



Département des Sciences Economiques, Sociales & de Gestion
U.F.R. de Sociologie

INTRODUCTION GENERALE AU DROIT
PRINCIPALES APPLICATIONS AU DOMAINE DU VIVANT

Jean-Pierre PLAVINET
Maître de Conférences

Cours de tronc commun de 2^{ème} Année
(Socle commun AgroParisTech & Socle commun de domaines)

& Enseignements optionnels de 2^{ème} année

Année 2012/2013

SOMMAIRE

<u>AVANT-PROPOS</u>	<u>7</u>
<u>PREMIERE PARTIE: LES SIX CLASSIFICATIONS DE BASE.....</u>	<u>10</u>
1.1. L'ORDRE JURIDIQUE DANS LA SOCIETE FRANÇAISE ET EUROPEENNE	10
1.1.1. Le Droit objectif.....	10
1.1.2. L'ordre juridique et ses fonctions	10
1.1.2.1. Du conflit au litige: prévenir et sanctionner	10
1.1.2.2. Système juridique et sécurité juridique	11
1.1.2.3. Les relations entre le droit et le fait.....	12
1.2. LA CLASSIFICATION DES BRANCHES DU DROIT OBJECTIF	14
1.2.1. La classification traditionnelle.....	14
1.2.1.1. Le Droit Public et son ordre juridictionnel	14
1.2.1.2. Le Droit Privé et son ordre juridictionnel	18
1.2.1.3. Les conflits de compétence entre les ordres juridictionnels	19
1.2.2. La classification fonctionnelle.....	20
1.2.2.1. Une approche fonctionnelle corrélée à la codification.....	20
1.2.2.2. Identification des branches pertinentes pour le cursus.....	22
1.3. LA CLASSIFICATION DES SOURCES DU DROIT	23
1.3.1. Les sources nationales à caractère impératif	23
1.3.1.1. La Constitution et le bloc de constitutionnalité	23
1.3.1.2. La loi; la législation	23
1.3.1.3. Le règlement; la réglementation	27
1.3.1.4. Les ordonnances	30
1.3.1.5. La codification de la législation et de la réglementation supérieure	31
1.3.2. Les sources internationales à caractère impératif	35
1.3.2.1. L'appréhension du Droit international par le Droit français	35
1.3.2.2. Les institutions d'élaboration du Droit international public	36
1.3.2.3. Un Droit international spécial: le Droit communautaire / de l'UE	37
1.3.2.4. Vue d'ensemble	38
1.3.3. Les sources de Droit à caractère indicatif	40
1.3.3.1. Le système tripolaire: textes, jurisprudence, doctrine	44
1.3.3.2. Doctrine administrative et expertise technique et scientifique	46
1.3.3.3. Les avis et recommandations	50
1.3.3.4. La pratique institutionnalisée: coutume, usages et bonnes pratiques	51
1.3.3.5. Les normes et spécifications de type normatif	54
1.3.3.5.1. Les normes stricto sensu	54
1.3.3.5.2. Les spécifications de type normatif	55
1.3.3.6. Morale, éthique, équité et déontologie	57
1.3.4. Les relations entre sources à caractère indicatif et sources à caractère impératif	61
1.4. CLASSIFICATION DES SUJETS DE DROIT : LES PERSONNES	65
1.4.1. Les personnes physiques	65
1.4.2. Les personnes morales de Droit Privé	67
1.4.2.1. Les sociétés	67

1.4.2.2. Associations, fondations et syndicats	69
1.4.3.3. Les groupements d'intérêt économique	70
1.4.3.4. Personnes morales diverses	71
1.4.3. Les personnes morales de Droit Public	73
1.4.3.1. Les collectivités publiques	73
1.4.3.1.1. L'Etat	74
1.4.3.1.2. Les collectivités territoriales et leurs groupements	81
1.4.3.2. Les établissements publics	90
1.4.3.3. Les groupements d'intérêt public	95
1.4.3.4. Personnes morales diverses	97
1.5. LA CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS ET DES OBLIGATIONS	99
1.5.1. Les sources communes aux droits et aux obligations	99
1.5.1.1. Les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée	99
1.5.1.2. La loi et les actes juridiques	100
1.5.1.2.1. Les actes administratifs unilatéraux	100
1.5.1.2.2. L'acte juridique unilatéral en Droit privé	101
1.5.1.2.3. Les contrats	101
1.5.1.3. Les quasi-contrats	106
1.5.1.4. Les faits juridiques	107
1.5.1.4.1. La naissance et la mort des personnes physiques	107
1.5.1.4.2. La possession et la détention des choses	107
1.5.1.4.3. L'écoulement du temps: la prescription et la forclusion	108
1.5.1.4.4. La force majeure et l'état de nécessité	109
1.5.1.4.5. Certains phénomènes naturels	110
1.5.1.4.6. Le franchissement de seuils techniques	111
1.5.1.4.7. La fréquentation publique de l'espace	112
1.5.1.4.8. Les quasi-délits	113
1.5.2. Classification des obligations	113
1.5.2.1. Classification issue du Code Civil	113
1.5.2.2. Classification jurisprudentielle et doctrinale	114
1.5.3. Classification des droits subjectifs	115
1.5.3.1. Les droits extrapatrimoniaux	115
1.5.3.2. Les droits patrimoniaux	118
1.5.3.2.1. Les droits personnels	120
1.5.3.2.2. Les droits intellectuels	121
1.5.3.2.3. Les droits réels	125
1.6. LA CLASSIFICATION DES CHOSES ET DES ANIMAUX	132
1.6.1. La classification fondamentale héritée du Droit romain	132
1.6.1.1. Les trois catégories de choses	132
1.6.2.1. La tentative de dépassement: l'émergence du "patrimoine commun"	133
1.6.2. Les classifications opérationnelles	135
1.6.2.1. Choses fongibles et non fongibles	135
1.6.2.2. Choses consommables et non consommables	135
1.6.3. Les biens	136
1.6.3.1. La distinction entre biens mobiliers et immobiliers	136
1.6.3.2. La question du statut juridique des animaux	137
1.6.3.3. La question bioéthique de l'embryon humain	138

1.6.3.4. La question des cendres funéraires et problèmes connexes	139
SECONDE PARTIE: L'INGENIEUR DANS LA CITE	141
2.1. LA RESPONSABILITE DES PERSONNES	141
2.1.1. Mécanismes généraux de la responsabilité	141
2.1.1.1. Terrains juridiques et régimes de la responsabilité	141
2.1.1.2. Les trois phases d'engagement de la responsabilité	142
2.1.2. La responsabilité pénale	143
2.1.2.1. la spécificité du Droit Pénal et ses conséquences	143
2.1.2.1.1. L'interprétation stricte du Droit Pénal	143
2.1.2.1.2. Le caractère personnel et indivisible de la responsabilité pénale	144
2.1.2.1.3. Les trois éléments de l'infraction pénale	144
2.1.2.1.4. La différenciation du régime de responsabilité entre personnes physiques et morales	147
2.1.3. La responsabilité civile	148
2.1.3.1. La responsabilité civile pour faute	149
2.1.3.1.1. Le concept de faute	149
2.1.3.1.2. Les applications jurisprudentielles du concept	149
2.1.3.2. La responsabilité civile objective, ou "sans faute"	151
2.1.3.2.1. La responsabilité du fait d'autrui	152
2.1.3.2.2. La responsabilité du fait des choses	152
2.1.3.2.3. La responsabilité du fait des animaux	153
2.1.3.2.4. La théorie prétorienne des troubles de voisinage	154
2.1.3.2.5. La responsabilité du fait des produits défectueux	155
2.1.4. La responsabilité de la puissance publique	155
2.1.4.1. La responsabilité administrative pour faute	156
2.1.4.1.1. L'analogie avec la responsabilité civile pour faute	156
2.1.4.1.2. Les applications jurisprudentielles sur les comportements fautifs de la puissance publique	156
2.1.4.2. La responsabilité administrative "sans faute"	159
2.1.4.2.1. L'absence d'analogie avec la responsabilité civile sans faute	159
2.1.4.2.2. La responsabilité pour risque	159
2.1.4.2.3. La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques	160
2.1.4.2.4. Régimes législatifs spéciaux de responsabilité sans faute	163
2.1.4.3. Un régime spécifique: la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi inconventionnelle	164
2.1.5. La responsabilité environnementale	164
2.1.5.1. La définition du dommage environnemental	165
2.1.5.2. Le fait générateur de responsabilité pour l'exploitant	166
2.1.5.3. L'application des principes de prévention et pollueur-payeur	166
2.2. L'INTERVENTION ADMINISTRATIVE	168
2.2.1. La toile de fond: les trois espaces de liberté	168
2.2.1.1. Le droit de propriété	168
2.2.1.1.1. La protection du droit de propriété par le Droit international public	168

2.2.1.1.2. La propriété en tant qu'espace de liberté	169
2.2.1.2. La libre initiative économique	171
2.2.1.3. La liberté contractuelle	172
2.2.1.4. Les conséquences sur les fondements du Droit Public	172
2.2.1.4.1. Les principes généraux communs au Droit Constitutionnel et au Droit Administratif	173
2.2.1.4.2. Les principes généraux du Droit de l'Environnement	178
2.2.1.4.3. Les principes généraux du Droit de l'Urbanisme	181
2.2.1.4.4. Les principes généraux du Droit Forestier	182
2.2.1.4.5. Les principes généraux du Droit de l'Alimentation	182
2.2.2. Les prérogatives de puissance publique	183
2.2.2.1. Prérogatives à caractère décisionnel	184
2.2.2.2. Prérogatives à caractère financier	185
2.2.2.3. Prérogatives à caractère patrimonial	186
2.2.3. Objectifs et modalités de l'intervention administrative	187
2.2.3.1. L'ordre public et ses implications	187
2.2.3.1.1. L'ordre public traditionnel et ses trois composantes	187
2.2.3.1.2. L'ordre public moderne: économique, social et écologique	191
2.2.3.1.3. Les implications de l'ordre public dans les branches traditionnelles du Droit	193
2.2.3.1.4. L'ordre public en Droit communautaire / de l'UE	193
2.2.3.2. Les pouvoirs de police	195
2.2.3.2.1. Police administrative et police judiciaire	195
2.2.3.2.2. Police générale et polices spéciales	196
2.2.4 Le service public	200
2.2.4.1. L'intérêt général	202
2.2.4.1.1. Un concept protéiforme	202
2.2.4.1.2. Les références législatives à l'intérêt général	203
2.2.4.1.3. Le développement durable	204
2.2.4.2. L'utilité publique	205
2.2.4.2.1. La reconnaissance d'utilité publique pour les personnes morales de Droit Privé	205
2.2.4.2.2. L'expropriation pour cause d'utilité publique	206
2.2.4.2.3. Déclaration d'utilité publique et servitudes d'utilité publique	207
2.2.4.2.4. L'affectation à l'utilité publique, critère de la domanialité publique	207
2.2.4.3. Le service public, concrétisation fréquente de l'intérêt général	212
2.2.4.3.1. L'élaboration jurisprudentielle de la définition du concept	212
2.2.4.3.2. La reconnaissance des missions de service public par le législateur	214
2.2.4.3.3. Les deux grandes catégories de service public	216
2.2.4.3.4. Les modes de gestion du service public	218
2.2.4.3.5. Le service public face au Droit de l'UE	222
2.2.4.3.6. L'incarnation territoriale du service public: les travaux et ouvrages publics	224
2.2.4.3.7. L'incarnation économique du service public: les contrats administratifs	226
2.2.5. L'optique de l'ingénieur: l'échelle IADL	228
2.2.5.1. La formule de Portalis	228

2.2.5.1.1. "Le Droit interdit"	229
2.2.5.1.2. "Le Droit ordonne"	229
2.2.5.1.3. "Le Droit permet"	230
2.2.5.2. L'échelle IADL	232
2.2.5.2.1. Le régime d'interdiction	232
2.2.5.1.2. Le régime d'autorisation préalable	233
2.2.5.1.3. Le régime de déclaration préalable	243
2.2.5.1.4. Le régime de liberté	245
2.3. METHODOLOGIE JURIDIQUE GENERALE POUR L'INGENIEUR	247
2.3.1. La formulation des questions juridiques	247
2.3.1.1. Se situer dans les 6 classifications de base	247
2.3.1.2. Rechercher les sources d'information appropriées	248
2.3.1.3. Appliquer la formule de Portalis et l'échelle IADL	250
2.3.2. La compréhension des mécanismes juridiques applicables à la question posée	250
2.3.2.1. La compréhension de la finalité de la règle	250
2.3.2.2. La compréhension du champ d'application de la règle	251
2.3.2.2.1. Le champ d'application territorial	251
2.3.2.2.2. Le champ d'application technique	252
2.3.2.2.3. Le champ d'application chronologique	253
2.3.2.3. La compréhension de la portée de la règle	253
2.3.2.3.1. Distinction de la règle et du principe	253
2.3.2.3.2. Le fractionnement des règles: échelle IADL, seuils, classifications et énumérations	255
2.3.2.4. S'entraîner au syllogisme juridique	255
2.3.2.4.1. Un raisonnement fréquent: le raisonnement <i>a contrario</i>	256
2.3.2.4.2. Application fréquente du théorème mathématique de la contrapositive	256
2.3.4. Evaluer ou faire évaluer le risque contentieux	258
2.3.4.1. Applicabilité de la formule de l'espérance mathématique	258
2.3.4.2. Evaluation du coût direct et indirect du risque contentieux	259
Suggestions bibliographiques	259
Annexe 1: Tableau des principales autorités administratives ou publiques indépendantes	259
Annexe 2: Les professions juridiques	260
Annexe 3: Tableau comparatif des codes les plus récents	266
Annexe 4: Les litiges et le contentieux	267
Annexe 5: Tableau des principaux établissements publics nationaux	295
Annexe 6: Tableau des sources du Droit de la propriété intellectuelle	296
Annexe 7: Tableau des principales servitudes d'utilité publique sur le territoire	297
Annexe 8: Caractéristiques juridiques du développement durable	298
Annexe 9: Principales polices spéciales dans le domaine du vivant	304
Liste des abréviations utilisées.....	309
Lexique des termes juridiques principaux.....	315
Lexique de termes & d'expressions juridiques latines utilisées en Droit.....	320

AVANT-PROPOS

Le présent document apporte aux élèves ingénieurs de 2^{ème} année d'AgroParisTech les bases d'une compréhension de la dimension juridique des questions qu'ils seront amenés à étudier dans leur formation initiale ainsi que dans la vie active. Il ne rassemble pas l'ensemble des connaissances nécessaires au regard de la grande diversité des débouchés de l'Ecole : loin d'avoir la prétention d'être un cours exhaustif de « Droit du Vivant », il entend plus modestement constituer une **INTRODUCTION GENERALE AU DROIT**, avec ses **PRINCIPALES APPLICATIONS AU DOMAINE DU VIVANT**.

Si l'on doit définir ce domaine, il convient de souligner d'emblée qu'il n'est pas caractérisé exclusivement par des règles spécifiques, mais aussi par une soumission à des règles plus générales dérivant du système socio-économique : les applications du cours au domaine du vivant doivent donc aussi avoir dans une certaine mesure un caractère généraliste.

Enseigner les fondements du Droit à un public d'ingénieurs dans une optique pré-professionnelle n'est pas chose aisée et peut paraître relever de la gageure. Le caractère opérationnel du métier d'ingénieur ne s'accommode guère des finasseries et ratiocinations des juristes universitaires, vivant souvent dans une tour d'ivoire et parfois ignorants des réalités sur lesquelles ils dissertent. Simultanément, cette attitude de distanciation par rapport au Droit caractérise traditionnellement le monde des ingénieurs, voire un public plus large dans le contexte français, comme le souligne Laurence ENGEL (1).

Cette distanciation et cette inculture ambiante se retournent souvent contre les ingénieurs dans l'exercice de leur métier: les juristes redoutent de devoir intervenir « en pompiers » sur des situations très dégradées résultant de « bricolages d'ingénieurs » en matière juridique. Simultanément, les juristes prennent conscience qu'ils ont besoin de communiquer avec les ingénieurs ou avec les scientifiques en général pour mieux saisir certaines dimensions des problèmes abordés qui sont étrangères à leur propre culture : éléments de doute venant troubler une construction basée sur des certitudes et irriguée par celles-ci. De plus, la composante technique du Droit (réglementation, et surtout les arrêtés ministériels et interministériels pris au niveau national) est souvent élaborée par des ingénieurs, et cela peut occasionnellement poser problème au niveau de la forme en raison de l'inégale maîtrise de la dimension littéraire par cette corporation. A défaut de prétendre combler le fossé entre les deux cultures, il s'agit donc ici de construire des passerelles solides qui permettent de circuler d'un bord à l'autre.

Pour reprendre la célèbre formule de Blaise PASCAL, le Droit est une alchimie entre l'esprit de géométrie et l'esprit de finesse. Enseigner les bases du Droit aux ingénieurs – en formation initiale ou continue – implique certainement d'aller à l'essentiel. La formation scientifique et mathématique de haut niveau des élèves ingénieurs prédispose favorablement à l'acquisition de cet esprit de géométrie, mais la dimension littéraire de l'exercice, qui conditionne l'acquisition de l'esprit de finesse, est plus problématique : maîtriser la dimension juridique d'un projet d'ingénieur peut nécessiter de compulsier beaucoup de textes à portée différenciée,

1 Cf. Prologue de « Construction européenne & Histoire du Droit », p. 10. Ce document relevant des Humanités et mis en ligne sur « Libres Savoirs » de ParisTech ainsi que sur Jurisgaïa de Claroline est désigné par la suite sous l'abréviation « CEHD » dans les notes de bas de page.

qu'il convient de sélectionner, de comprendre et de mettre en oeuvre. D'où la nécessité de conférer à cette Introduction Générale une dimension essentiellement méthodologique, étant entendu que l'acquisition de certaines connaissances de base reste indispensable.

L'objectif principal de ce cours n'est donc pas de transformer des ingénieurs en juristes. Il consiste au contraire à créer les conditions :

- a) d'une **communication** efficace entre **juristes** et **ingénieurs** dans l'exercice des métiers que ceux-ci peuvent être amenés à exercer, sans toute leur diversité ;
- b) si aucun juriste n'est présent pour assister l'ingénieur dans son projet, de permettre à l'ingénieur soit de résoudre directement un problème juridique simple, soit de formuler la question à poser au juriste qu'il convient alors de mobiliser, en interne ou en externe (avocat la plupart du temps), en ayant préalablement pris soin de fixer sa limite de compétence par rapport à la situation (a).

Ce cours a aussi deux objectifs secondaires par rapport à l'objectif principal, mais non dénués d'importance :

- a) conforter et enrichir les enseignements de socle commun et optionnels du **Département des Sciences Economiques, Sociales et de Gestion** d'AgroParisTech en Sociologie, Science politique, Economie et Gestion des entreprises ;
- b) apporter aux élèves-ingénieurs des éléments de culture générale, d'ouverture d'esprit et d'épistémologie dans le contexte des apports en **Humanités** dans le cursus (2).

De ce fait, l'apprentissage du Droit peut être facilité pour des élèves ingénieurs et étudiants dotés d'une solide bagage mathématique et scientifique, alors même que ce sont plutôt des « littéraires » qui s'engagent dans les études juridiques à l'Université, longues et sélectives. Le milieu des Ecoles de ParisTech est même favorable à l'innovation concrète en Droit (3). Cela permet de penser qu'il existe probablement une méthode d'apprentissage du Droit dans les Ecoles d'ingénieurs en général, plus directe et plus rapide, pour autant que le déficit moyen de « culture littéraire » n'y soit pas trop important.

La dimension éthique et philosophique du Droit ne sera pas mise en avant – au profit d'une conception purement opérationnelle de l'exercice - mais certaines informations fournies, ainsi que celles qui peuvent être trouvées à titre complémentaire dans les ressources documentaires internes, alimentent le questionnement contemporain sur le vivant en général. Les élèves ingénieurs et les étudiants sont invités à prendre conscience de l'intérêt de mettre tôt ou tard toutes ces questions dans une perspective historique, dans d'autres exercices : la dimension juridique est systématiquement présente dans la prise en compte de l'évolution des idées de toute nature dans le cadre des Humanités. Simultanément, ils prennent conscience de l'existence d'une dimension hypertechnicienne du Droit, qui paraît se situer aux antipodes des considérations précédentes. C'est en cela qu'il s'agit d'une discipline déconcertante : le Droit peut être à la fois très théorique et très « cuisinier » à la fois. Quoi qu'il en soit, cette discipline ne saurait en aucun cas faire l'objet d'un apprentissage « sur le tas » pour les ingénieurs, comme cela a pu être soutenu : de graves déconvenues sont l'issue d'une telle démarche, et l'exigence de qualité élevée de nos formations ne saurait s'en accommoder.

2 Cf. CEHD, 0.3., où il est montré que l'appréhension du Droit comme technique ne peut faire l'économie d'un apprentissage minimal du Droit comme science

3 Sur ce sujet, cf. certaines contributions de l'ouvrage collectif : « Savoir innover en Droit/Concepts, outils, systèmes », Hommage à Lucien MEHL, Documentation française, 1999. L'ouvrage est divisé en 3 parties : l'Administration comme champ de recherche, la société de l'information et les nouvelles technologies (partie la plus intéressante), la connaissance (de l'éducation à la culture).

C'est enfin une discipline qui revêt une dimension stratégique, que ce soit pour les intérêts privés ou publics : on observe l'émergence d'une « **intelligence juridique** », comme il existe une « **intelligence économique** », les deux démarches ayant au demeurant des relations entre elles (4). De nombreux commentateurs mettent l'accent sur la « juridicisation » des rapports sociaux, à l'image du contexte social des Etats-Unis, où le phénomène peut prendre des formes extrêmes ou caricaturales ; dans le contexte français, on observe des débats récurrents sur le statut et le rôle des magistrats dans les « affaires » sensibles et dans divers scandales judiciaires où des vies personnelles sont broyées... Un responsable professionnel éminent publie un ouvrage significativement intitulé « l'horreur juridique » (5).

Par conséquent, et de façon plus accessoire, l'acquisition de connaissances de bases dans le domaine juridique permet aussi aux élèves ingénieurs de mieux comprendre et gérer leur vie personnelle (privée, professionnelle et civique) : non seulement on sert mieux son employeur (qui peut être soi-même à la limite), mais on se laisse moins facilement importuner par le voisin, on apprend à ne plus craindre les puissants qui tendent toujours à abuser de leurs pouvoirs ou de leur situation privilégiée, on comprend mieux le contenu et la portée des « affaires » qui pimentaient l'actualité médiatique dans un flux et reflux perpétuel et fascinant avant que la procédure pénale ne soit modifiée pour mieux les étouffer, on prend conscience que l'insertion civique ne passe pas seulement par la participation électorale à un système représentatif en crise profonde, mais aussi par l'exercice des libertés associative, syndicale et économique... Le Droit contribue donc aussi à ce qu'on peut appeler l'**intelligence citoyenne**.

Acquérir les bases juridiques minimales pour l'exercice de son métier implique pour l'ingénieur de maîtriser une terminologie parfois déroutante et différant parfois considérablement de l'acception du même terme dans le langage courant ; les concepts juridiques que cette terminologie reflète sont successivement introduits et figurent en gras dans le texte. Un lexique des principaux termes juridiques employés, y compris des expressions latines utilisées par les juristes, et un récapitulatif des abréviations utilisées figurent en dernière partie.

Les exemples qui illustrent le propos théorique sont désignés par EX, EXn, ou sont insérés en bas de page s'ils peuvent être brièvement exposés.

Une rubrique **A !** invite à porter attention à une difficulté particulière, notamment sur le plan terminologique. L'usage abondant des majuscules obéit à des considérations d'opportunité pédagogique, et n'est pas conforme aux usages actuels en matière de publications.

Des annexes complètent et illustrent le développement du cours.

Les applications de ce cours sont en premier lieu les interventions des enseignants juristes principalement dans les enseignements optionnels du cursus, mais aussi des intervenants extérieurs dans ces enseignements, qu'ils soient juristes ou non.

4 INSTITUT DES HAUTES ETUDES DE DEFENSE NATIONALE-MERKATIS : L'intelligence juridique, un nouvel outil stratégique (Economica, 2004), pp. 271-280.

5 Valéry TURCEY : L'horreur juridique – Fayard, 2002.

PREMIERE PARTIE : **LES SIX CLASSIFICATIONS DE BASE**

1.1. L'ORDRE JURIDIQUE DANS LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE ET EUROPÉENNE

1.1.1. LE DROIT OBJECTIF

On entend par « Droit objectif » le Droit en tant qu'objet d'étude et de connaissance, ou encore en tant que discipline universitaire. Il se différencie du « droit subjectif », qui en dérive, et qui est une prérogative attachée à un sujet de droit, aussi appelé personne (cf. les expressions courantes « avoir le droit de... » ou « ne pas avoir le droit de... », ou encore « c'est votre droit »). C'est à la fois une **science** (pour les juristes) et une **technique** (pour les ingénieurs notamment).

On peut définir le Droit comme l'ensemble des règles concernant la totalité des aspects de la vie dans la société humaine, dans certaines limites d'espace et de temps :

- limite spatiale : l'Etat-nation ; tout système juridique est en dernière analyse national, quelle que soit l'influence des systèmes internationaux sur le droit national ;
- limite temporelle : la règle de droit évolue avec le temps, et peut même s'inverser.

« Il ne peut y avoir de Droit que dans une société, mais dès lors qu'il existe une société, il y a du Droit » (6).

Le Droit a une fonction civilisatrice et emplit la même fonction dans la diversité des civilisations (7) : il a été lentement sécrété par l'Histoire pour éviter la généralisation de la « loi de la jungle », du plus fort, du plus influent ou du plus rusé, etc... C'est en fait une forme symbolique de guerre, que l'on retrouve dans le vocabulaire juridique, souvent « précieux » et « daté » :

EX : « Ses moyens n'ayant pas prospéré, M. X a succombé » ; en langage courant : M. X a perdu parce qu'il n'a pas été plus fort que son adversaire en termes d'arguments juridiques.

1.1.2. L'ORDRE JURIDIQUE ET SES FONCTIONS

1.1.2.1. Du conflit au litige : prévenir et sanctionner

Ces deux limites ont un caractère secondaire par rapport à la fonction essentiellement stabilisatrice du Droit : à un moment donné et en un lieu donné, toute question posée dans la société humaine et dans son cadre étatique a une solution juridique et une seule ; cette solution peut évidemment être incertaine ou controversée, mais c'est surtout parce qu'elle est controversée – divergence d'intérêts entre les individus et les groupes - qu'elle peut paraître incertaine. Cette controverse doit être tranchée pour éviter le désordre : d'où la nécessité de « dire le droit », fonction confiée à des institutions appelées **juridictions**, devant lesquelles les conflits entre individus ou groupes deviennent des **litiges** : le conflit doit être formulé dans le langage juridique, en termes de « demandes », de « prétentions », d'« allégations », mais surtout de « **moyens** », qui sont les arguments juridiques susceptibles de convaincre la

6 Frédéric ROUILLON : Le Droit, Flammarion, 1999, p. 17. Cf. CEHD, 2.2., notamment François OST.

7 Cf. CEHD, 1.

juridiction saisie... Il s'agit d'une véritable mise en scène, qui implique l'utilisation d'un langage commun et l'insertion des **parties** en litige dans un processus d'interrogation de la juridiction, appelé **procédure** ; celle-ci est elle-même régie par le Droit.

On appelle **contentieux** le produit de l'activité juridictionnelle, qui résulte de l'accumulation des litiges qu'elle traite ; il existe aussi des modes de règlement des litiges qui permettent d'éviter le contentieux, souvent coûteux et traumatisant, et qui sont prévus par le système juridique. Mais le passage par le contentieux ou l'alternative non contentieuse prévue par la loi sont en quelque sorte obligatoires : on n'a pas le droit de se faire justice soi-même, sous réserve de deux exceptions :

- a) la légitime défense des personnes et des biens en Droit Pénal (8) ;
- b) l'exception d'inexécution du contrat en Droit Civil (cf. 1.5.1.2.).

Les leçons que l'on tire de l'accumulation du contentieux dans un domaine donné en longue période forment la **jurisprudence** : on parlera ainsi de la jurisprudence sur le divorce, sur la concurrence déloyale, sur le défaut d'entretien normal de l'ouvrage public, etc... Son étude est pour les juristes aussi importante que celle des textes de loi ou autres sources du Droit objectif.

Une conséquence importante du système est l'interdiction du **déni de justice** (9) : une juridiction qui est compétente pour trancher un litige selon les règles de procédure ne peut s'abriter derrière les obscurités ou le silence des textes applicables pour refuser de se prononcer. C'est pourquoi, d'un point de vue pratique, il n'existe pas de « vide juridique » ; mais il y a certainement des points de droit incertains ou controversés, qui peuvent révéler des insuffisances du système.

1.1.2.2. Système juridique et sécurité juridique

Sous réserve de la double limitation spatiale et temporelle, l'ordre juridique a donc un caractère stable et universel : la règle de droit n'est pas erratique, ni « à la tête du client ». Le système juridique peut être résumé par deux adages latins bien connus :

- a) *Nemo censetur ignorare legem* : (Nul n'est censé ignorer la loi) ; cela implique que la loi – prise ici au sens large de « règle de droit » - soit connue, donc publiée ; on ne voit pas en effet comment on pourrait attendre des citoyens qu'ils respectent une règle inconnue parce que clandestine ;
- b) *Dura lex, sed lex* (Dure est la loi, mais c'est la loi) : même si cela déplaît, on est censé respecter la loi, afin d'éviter le chaos social et plus prosaïquement les ennuis personnels.

La combinaison des deux adages instaure la **sécurité juridique**, qui est l'objectif idéal de tout système juridique : chaque partie prenante du système peut accéder à la connaissance de la règle et en tirer les conséquences qu'il convient. Il vaut mieux bien connaître une règle aux conséquences défavorables que d'avoir des incertitudes quant à une règle susceptible d'avoir des conséquences favorables. La jurisprudence a vocation à ne pas changer de façon incessante, ce qui est rendu possible en principe par la stabilité relative de la règle de droit dont elle constitue l'application, mais elle peut connaître des **revirements** (inversion de la solution apportée à un litige donné). L'unification de la jurisprudence est assurée par les

8 CP, articles 122-5 et 122-6.

9 C. Civ., art. 4. L'expression « déni de justice » est souvent détournée de son sens juste par les médias ou les acteurs qui s'y expriment, qui lui confèrent le sens de « décision juridictionnelle scandaleuse » ou « inique », etc... La culture et le langage médiatiques sont de puissants facteurs d'analphabétisme juridique.

juridictions suprêmes au niveau national (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, Cour des Comptes), ou encore par une juridiction unique comme le Conseil Constitutionnel.

Une conséquence fondamentale du premier adage est l'obligation pour l'Etat de publier la règle de droit. Il existe donc un **Journal Officiel de la République Française (JORF)** publiant les textes législatifs et réglementaires, complété par des **Bulletins Officiels** au niveau des ministères et par des **Recueils d'Actes Administratifs** départementaux et régionaux. Les éditions de la « Documentation Française » et des « Journaux Officiels » ont été fusionnées en 2010 pour constituer la Direction de l'information légale et administrative, rattachée au Secrétariat Général du Gouvernement, principal service du Premier Ministre (cf. 1.4.2.2.1.) : Décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010, article 2 : « La Direction de l'information légale et administrative est garante de l'accès au droit. Elle veille à ce que les citoyens disposent des informations nécessaires à leurs démarches administratives ainsi qu'à la connaissance de leurs droits et obligations. Elle contribue à la transparence de la vie publique, économique et financière. Elle propose au Premier Ministre les mesures utiles pour coordonner l'action des administrations de l'Etat dans ces domaines. »

Il existe de même un **Journal Officiel des Communautés Européennes (JOCE)**, devenu en 2003 le **Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE)**. Le JOUE comprend une version « L » (législation) et une version « C » (communications et avis).

Dans les sociétés complexes comme la nôtre, l'ordre juridique tend à devenir envahissant : des questions nouvelles ou des domaines en friche, faisant l'objet d'un « vide juridique », sont souvent appréhendées par le Droit, ce qui ne fait pas l'unanimité. Ainsi les pionniers d'internet au début des années 1990 ont-ils prétendu que le « web » était un espace de liberté, extérieur au Droit, ce qui constituait une prétention inacceptable et risible au regard des enjeux ; il était cependant pertinent de mettre en évidence une large inadaptation de l'état de droit existant aux réalités et aux enjeux d'internet, et ces lacunes ont été progressivement comblées (10). On peut aussi mentionner les questions nouvelles posées en matière biomédicale et liées aux progrès scientifiques et techniques : perspective du clonage humain reproductif, gestation pour le compte d'autrui (« mères porteuses »)... Des réponses juridiques y ont été apportées.

« Dans un ordre juridique, tout peut être objet de droit puisque rien ne demeure hors du champ de la normativité juridique, non seulement les choses (*res*), au sens le plus traditionnel du terme, sont l'objet de la propriété, mais tout fait, matériel ou immatériel, aussi bien que toute situation, sont susceptibles de recevoir une signification juridique et, par là même, d'entrer en tant que matière ou objet du Droit, dans le réseau, toujours ouvert à la complexification, des normes juridiques »(11).

1.1.2.3. Les relations entre le droit et le fait

L'ordre ou le système juridique mis en place reflètent ce qu'on appelle l'**état de droit**. Celui-ci s'oppose à l'**état de fait**, qui peut être conforme à l'état de droit ou non. Les comportements humains vis-à-vis de la règle de droit peuvent être schématiquement classés en deux grandes catégories et deux sous catégories :

a) la règle de droit est respectée, soit spontanément (rôle des « bonnes habitudes » sociales, de l'éducation ou d'une certaine conscience morale), soit par crainte des sanctions : l'état de fait coïncide avec l'état de droit, les deux adages sont respectés ;

10 Vincent FAUCHOUX & Pierre DESPREZ : Le Droit de l'internet, Litec, 2009. Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet, Cours LMD, Montchrestien, 2010.

11 Simone GUYARD-FABRE : Les embarras philosophiques du droit naturel, Vrin, 2002.

b) la règle de droit n'est pas respectée, soit parce qu'elle est ignorée de bonne foi (ce qui n'est pas une excuse en principe), soit délibérément, parce qu'elle fait l'objet d'un refus d'application (la règle devrait être différente (12)) ou d'un rejet plus profond (la règle n'a pas de raison d'exister, elle est jugée mauvaise ou scandaleuse (13)) : l'état de fait n'est pas conforme à l'état de droit ; cette situation appelle logiquement deux réactions alternatives: exercer la contrainte sur les récalcitrants, ou bien modifier la règle pour la rendre plus acceptable socialement.

En conséquence, la **voie de droit** s'oppose à la **voie de fait** dans la résolution des conflits, en les transformant en litiges, et la voie de fait est interdite, sous réserve des deux exceptions exposées. Les voies de droit se divisent en deux catégories :

a) l'exercice du **droit d'ester en justice** pour défendre ses droits subjectifs : une personne exerce des **actions en justice** ou intente des **recours** dans les conditions prévues par les règles de procédure ;

b) lorsqu'une décision juridictionnelle a acquis la **force de chose jugée** (cf. 1.5.1.1.), son bénéficiaire peut exercer les **voies d'exécution**, qui consistent principalement en divers types de **saisies** des biens de la partie adverse (14) ; l'exercice de ces voies d'exécution est aussi réglées par le droit.

La voie de fait n'est pas nécessairement synonyme de violence physique : il peut s'agir d'empiètements sur la propriété d'autrui ou de l'occupation illicite de locaux ou terrains, par exemple. Le respect des voies de droit en toutes circonstances constitue l'**ordre public** ; ce concept fera l'objet d'éclaircissements ultérieurs.

12 Par exemple, les limitations de vitesse sur les routes, qu'on peut juger excessives tout en en admettant le principe.

13 Par exemple, la consommation de certaines plantes classées stupéfiants, malgré une bonne connaissance de leurs propriétés, accessible au public.

14 L'état de civilisation atteint s'oppose à ce que le perdant soit physiquement contraint à s'exécuter, en devenant esclave de son créancier, comme cela a pu être le cas dans un passé lointain ; dans un passé plus récent, on pouvait aller en prison pour dettes, ce qui n'a été maintenu que pour les dettes envers le Trésor Public (« contrainte par corps », devenue « contrainte judiciaire » en 2004) ; cet archaïsme a vocation à disparaître .

1.2. LA CLASSIFICATION DES BRANCHES DU DROIT OBJECTIF

On se limite dans cette partie au Droit national français, mais cela vaudrait sans doute pour d'autres pays, la dimension internationale des branches du Droit étant abordée ultérieurement.

1.2.1. LA CLASSIFICATION TRADITIONNELLE

On oppose traditionnellement le **Droit Privé** au **Droit Public** : l'ensemble des règles de droit relatives aux affaires privées (interindividuelles, domestiques/familiales, professionnelles) est dominé par une certaine liberté, plus ou moins aménagée, alors que les règles de droit relatives aux affaires publiques sont dominées par des schémas assez rigides, tout cela étant le produit de l'Histoire. Une des conséquences pratiques de cette *summa divisio* est la séparation entre deux ordres de juridictions (15) : les juridictions de l'**ordre judiciaire** sont compétentes pour trancher les litiges de Droit Privé, les juridictions de l'**ordre administratif**, ou d'autres juridictions spécialisées, sont compétentes en matière de litiges de Droit Public. On a donc en France deux **ordres juridictionnels** distincts, ce qui caractérise les Etats de tradition romano-germanique (ou « continentale »), par opposition aux Etats qui ont le « common law » comme tradition (16).

1.2.1.1. Le Droit Public et son ordre juridictionnel

Les relations entre les institutions politiques sont régies par le **Droit Constitutionnel** : à l'exception notable du Royaume-Uni, chaque Etat-nation dispose d'une « loi fondamentale », qui peut changer lors des phases de bouleversement historique. Dans un Etat démocratique, la Constitution régit les relations entre les **pouvoirs publics**, qui sont au nombre de trois (théorie de la séparation des pouvoirs de MONTESQUIEU) :

- le **pouvoir législatif**, exercé par un Parlement élu et traditionnellement composé de deux Chambres (en France : l'Assemblée nationale et le Sénat) : son rôle consiste à adopter des lois, qui apparaissent donc comme « l'expression de la volonté générale », selon l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 ;
- le **pouvoir exécutif**, dévolu à un Gouvernement dirigé par un Premier Ministre (qui peut porter un nom différent dans certains pays) ; en France, ce pouvoir est en partie exercé par le Président de la République, selon une alchimie complexe qui a subi une refonte importante en 2008 ; le pouvoir exécutif du Gouvernement prend le nom de **pouvoir réglementaire** lorsqu'il est exercé par des **autorités administratives** dépendant du Gouvernement (préfets notamment) ou non (maires pour partie de leur activité, certaines autorités administratives indépendantes, cf. ci-dessous) ;
- le **pouvoir judiciaire**, qualifié plus modestement d'**autorité judiciaire** par la Constitution française actuelle : il est en charge des fonctions juridictionnelles, ou du contentieux, et est en principe indépendant des deux autres pouvoirs.

Dans le contexte français, le pouvoir exécutif est subordonné dans une large mesure au pouvoir législatif : le Parlement peut renverser le Gouvernement, ce qui implique en pratique que tout Gouvernement doive être soutenu par une majorité parlementaire stable et fidèle. Mais le Président de la République, qui choisit le Premier Ministre, peut dissoudre l'Assemblée nationale, sans pouvoir recommencer avant un an ; celle-ci a la prééminence sur

15 Cf. CEHD, annexe 3.

16 Cf. CEHD, 1.6..

le Sénat en cas de désaccord prolongé sur l'adoption d'une loi ordinaire, mais non sur l'adoption d'une loi organique (cf. 1.3.1.2.2.).

Le Droit Constitutionnel ne met pas en jeu que la Constitution de 1958 : des textes plus anciens, comme le Préambule de la Constitution de 1946 et la DDHC de 1789, lui ont été adjoints par la jurisprudence du **Conseil Constitutionnel** en 1971. L'ensemble s'appelle « **bloc de constitutionnalité** ». Celui-ci a été complété en 2005 par l'adoption d'une « Charte de l'Environnement » (17). De ce fait, le Droit Constitutionnel n'a pas exclusivement un contenu politique : il a aussi d'importantes implications dans le domaine économique, social et - depuis peu - environnemental.

Le Conseil Constitutionnel est une juridiction unique et spécifique, composée de 9 membres exerçant un mandat de 9 ans, non renouvelable : 3 sont nommés par le Président de la République, 3 par le Président du Sénat et 3 par le Président de l'Assemblée Nationale. Une loi ou une disposition législative déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée, et les décisions du Conseil Constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (18), c'est-à-dire aux pouvoirs publics dans leur ensemble. Il peut être saisi par le Président de la République, le Premier Ministre, les Présidents des deux assemblées parlementaires, ainsi que par un minimum de 60 députés ou sénateurs – non mélangés – mais non par les citoyens ou les juridictions. Il en résulte que certaines dispositions législatives en vigueur peuvent être contraires au Droit Constitutionnel.

Le Droit Constitutionnel fournit les fondements de la deuxième branche du Droit Public : le **Droit Administratif**. Celui-ci met en jeu l'**Administration** (19), qui est en fait l'ensemble des services et institutions dépendant soit du Gouvernement, soit des collectivités territoriales, l'organisation de la République étant décentralisée, quoique non fédérale (20), soit encore d'organismes spécifiques, établissements publics ou « autorités » indépendantes du Gouvernement. Le contentieux administratif, qui met en cause l'Administration ainsi définie, ressort des juridictions administratives : **Tribunaux Administratifs, Cours Administratives d'Appel** et **Conseil d'Etat**. Il existe quelques juridictions administratives spécialisées, intervenant dans des domaines très techniques, tels que la tarification sanitaire et sociale, la reconnaissance des handicaps et les pensions civiles et militaires. Les litiges de Droit Administratif opposent le plus souvent des personnes privées à une personne publique, qui peut être représentée par une autorité administrative ou non, mais aussi les personnes publiques entre elles.

Certains responsables administratifs (ministre, préfet, maire, présidents des Conseils régionaux et généraux, de certains établissements publics...) sont qualifiés d'**autorités administratives** : ils possèdent des prérogatives particulières dites de **puissance publique** (cf. 2.2.2.); il s'agit de pouvoirs particuliers ou spéciaux que ne possède pas le commun des mortels. Les **autorités administratives indépendantes (AAI)** et les **autorités publiques indépendantes (API)** sont des organismes dont la composition et les fonctions sont

17 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005.

18 Constitution, article 62.

19 A des fins pédagogiques, nous avons choisi d'écrire ce mot avec une majuscule, pour le différencier de l'administration, synonyme de gestion (« conseil d'administration » d'une société anonyme ou d'un établissement public, « actes d'administration » (gestion ordinaire) s'opposant aux « actes de disposition » en Droit Civil...). « Autorité administrative » est synonyme d'Administration, mais plus restrictif : il s'agit d'une fraction de l'Administration détenant des pouvoirs réels.

20 Les Etats organisés sous forme fédérale sont notamment les Etats-Unis, le Canada, le Brésil, l'Inde, la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche. Le Royaume-Uni, l'Espagne et l'Italie sont proches du modèle fédéral.

intermédiaires entre l'autorité administrative classique et la juridiction. Elles ne font pas l'objet d'un statut homogène et unique, mais variable en fonction de la loi qui les institue.

On trouvera en Annexe I un tableau relatif aux principales AAI et API ainsi que leurs pouvoirs respectifs. En plus petit nombre, les API sont moins une émanation de l'Administration que les AAI et davantage tournée vers l'expertise professionnelle, et sont dotées de la personnalité morale (cf. 1.4.2.5.). La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), qui existe en tant qu'instance de médiation pré-contentieuse (recours préalable obligatoire pour avis avant tout recours contentieux) depuis 1978, a été érigée en AAI en 2005, ce qui n'a pas grande signification pratique au vu de ses pouvoirs très limités (21).

EX : Une AAI peut en chasser une autre... Dans le litige durable qui oppose à l'Etat les victimes militaires ou civiles de l'exposition aux essais nucléaires anciens au Sahara et en Polynésie française, l'Association des vétérans des essais nucléaires et l'association « Moruroa e Tatou » ont saisi la CADA d'une demande d'accès à des documents administratifs détenus par le ministère de la Défense nationale concernant ces essais ; celle-ci a émis en 2008 un avis selon lequel une autre AAI, la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), avait seule le pouvoir de fournir un avis sur la possibilité de déclassifier ces documents couverts par le « secret défense », par le jeu combiné de l'article 413-9 du Code Pénal et de l'article L 2312-1 du Code de la Défense. Le TA de Paris, saisi ensuite par l'association, a validé l'avis de la CADA et son jugement « avant dire droit » a fait l'objet d'un pourvoi en cassation par le ministre (absence d'appel en vertu de diverses dispositions du CJA). Le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi du ministre (CE, 20 février 2012, Ministre de la défense et des anciens combattants). Si la CCSDN n'avait pu être saisie, la seule CADA ne pouvait que fournir un avis négatif que le juge administratif aurait certainement validé, et c'était bien là le but du ministre.

Les AAI les plus récentes sont :

- l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) (22) ;
- l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) (23).
- la Haute autorité de diffusion des oeuvres et de protection des droits sur internet (HADOPI), (24), dont l'existence ou les pouvoirs sont susceptibles d'être remis en question;
- l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) (25).

A ! Même si elles ont un caractère public, certaines « Autorités » n'ont pas le statut d'AAI : tel est le cas de l'Autorité de la statistique publique (26) et de l'Autorité des normes comptables (27). Par ailleurs, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) est une association et n'a aucun caractère public ; elle joue un rôle déontologique d'autorégulation dans le monde de la publicité (cf. ci-dessous 1.3.2.6.).

Enfin, la réforme constitutionnelle de 2008 a institué une « **autorité constitutionnelle indépendante** » unique en son genre, le **Défenseur des Droits** (28). Personne physique

21 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée. Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques ; décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 modifié.

22 C. Env., articles L 592-1 à L 592-40.

23 C. Trans., articles L 2131-1 à L 2136-1. Articles 1er à 31 du décret n° 2010-1023 du 1er septembre 2010.

24 Article 5 de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. CPI, articles L 331-12 à L 331-38.

25 Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux en ligne.

26 Article 1er de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 modifiée sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques ; décret n° 2009-250 du 3 mars 2009.

27 Ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables ; décret n° 2010-56 du 15 janvier 2010. Cette Autorité se substitue à un Conseil national de la comptabilité et à un Comité de la réglementation comptable institués par une loi de 1998.

28 Constitution, article 71-1. Loi organique n° 2011-333 et loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relatives au Défenseur des Droits.

nommée par le Président de la République, il reprend les compétences de 4 AAI antérieures : le Médiateur de la République, le/la Défenseur(e) des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Les 3 dernières sont remplacées respectivement par 3 collèges placés auprès du Défenseur des Droits et présidés par 3 de ses adjoint(e)s qui en sont Vice-Présidents :

- le collège de défense et de promotion des droits de l'enfant ;
- le collège de déontologie de la sécurité ;
- le collège de lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité.

Par ailleurs, le Défenseur des Droits est membre de droit, avec voix consultative, de deux AAI : la CADA et la CNIL. Ses pouvoirs sont étendus, et il peut saisir la justice dans certains cas pour assurer la défense effective des droits dont le respect relève de sa mission.

La troisième branche du Droit Public est constituée par le **Droit des Finances Publiques** (parfois appelé « Droit Financier », ce qui prête à confusion avec le Droit des activités bancaires ou boursières). Il s'agit du contrôle de l'emploi des fonds publics par les **juridictions financières : Cour des Comptes** au niveau national, et **Chambres Régionales des Comptes**. Ces juridictions « jugent les comptes et non les comptables », mais les comptables de droit ou de fait peuvent être sanctionnés par la **Cour de Discipline Budgétaire et Financière**, sorte de « bras armé » de la Cour des Comptes, lorsqu'ils ont trouvé un intérêt personnel dans un manquement comptable ou s'ils en ont fait profiter un tiers. La Cour des Comptes publie un rapport annuel, qui stigmatise les gaspillages ou le mauvais emploi des fonds publics, sans grand effet observable, ou qui étudie des secteurs particuliers de la dépense publique. Les juridictions financières ne peuvent pas être saisies directement par les citoyens : il s'agit de systèmes de contrôle automatiques. Un projet de loi prévoit d'incorporer les Chambres Régionales des Comptes à la Cour des Comptes.

Enfin, le Droit Public s'intéresse aux **Libertés Publiques** et aux limites qui peuvent y être apportées en Droit Administratif, en liaison avec le bloc de constitutionnalité. Les **droits de l'homme** ne sont pas fondamentalement différents des libertés publiques, mais se sont surtout développés au XXème siècle au niveau international, la France faisant figure de modèle historique avec l'article 4 de la DDHC de 1789, qui a valeur constitutionnelle :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

La « liberté » se décline dans de nombreux domaines : opinion, expression (notamment la presse et la communication), réunion, exercice d'une religion, aller et venir, exercice d'une activité économique... La propriété peut être privée ou publique. La « sûreté » se définit dans le contexte de 1789 comme l'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraire, selon le bon plaisir du souverain ou d'une autorité quelconque, le contexte moderne tendant à l'élargir en une sorte de « droit à la sécurité ». La résistance à l'oppression est évidemment plus exceptionnelle, mais permet de légitimer *a posteriori* la Résistance et la France Libre pendant la IIème Guerre Mondiale, alors même que l'Etat français, improprement dénommé « régime de Vichy », se situait dans la continuité régulière de la IIIème République et caractérisait ces mouvements comme hors-la-loi. Si une certaine partie de ses lois ont été abrogées à la Libération et lors de l'avènement de la IVème République, d'autres sont toujours en vigueur.

1.2.1.2. *Le Droit Privé et son ordre juridictionnel*

La branche maîtresse du Droit Privé est le **Droit Civil** : celui-ci rassemble les règles régissant les relations d'ordre privé entre individus, au sein de la famille et de l'institution matrimoniale, les successions à cause de mort, les contrats de la vie courante ou de la vie professionnelle, la responsabilité, la propriété, etc... Le Droit Civil moderne a connu des ajouts liés aux questions dites bioéthiques (artificialisation et instrumentalisation du corps humain ou de ses composantes...). Le Droit Civil est le « droit commun », la toile de fond de l'ensemble du système juridique : c'est celui que l'on doit appliquer si le Droit Public ou une autre branche du Droit Privé ne s'applique pas.

Les **juridictions judiciaires** chargées d'appliquer le Droit Civil sont le **Tribunal d'Instance**, le **Tribunal de Grande Instance**, la **Cour d'Appel** et la **Cour de Cassation**. Celle-ci est aussi compétente pour les autres branches du Droit Privé. Une juridiction supplémentaire avait été créée en 2003, malgré un avis défavorable de la magistrature dans son ensemble et de nombreux juristes : le Juge de proximité, issu de la société civile, qui reprenait certaines compétences du Tribunal d'Instance en matière civile et du Tribunal de police en matière pénale. Cette juridiction a été formellement supprimée en 2011, les juges existants étant incorporés à ces deux juridictions de base.

Si le Droit Civil contemporain est issu de la Révolution de 1789 en tant que système uniforme et égalitaire, le **Droit Commercial** trouve son origine dans les pratiques professionnelles préexistantes des marchands et des banquiers du Moyen-Age (*lex mercatoria*), et s'est ensuite développé en tant qu'assouplissement du Droit Civil ; il est basé sur les notions de commerçant et d'acte de commerce (29). Les litiges entre commerçants sont en principe du ressort d'une juridiction d'exception, le **Tribunal de Commerce**, en lieu et place du Tribunal de Grande Instance.

Le Droit Civil a encore donné lieu à une adaptation particulière, en matière de relations entre employeurs et salariés : le **Droit du Travail** s'est surtout développé au XXème siècle, de même que **Droit de la Sécurité Sociale**. Les litiges relatifs à ces deux branches du Droit Privé sont tranchés respectivement par le **Conseil des Prud'hommes** et le **Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale**, qui sont aussi des juridictions d'exception.

Enfin, c'est de façon un peu discutable que l'on range dans le Droit Privé le **Droit Pénal**, mais cela s'explique par la compétence commune des juridictions judiciaires pour le Droit Civil et le Droit Pénal, sous le contrôle de la Cour de Cassation :

- les infractions les moins graves (**contraventions**) sont jugées par le **Tribunal de Police**, qui est l'équivalent du Tribunal d'Instance;
- les infractions plus ou moins graves (**délits**) sont jugées par le **Tribunal Correctionnel**, qui est l'équivalent du Tribunal de Grande Instance ;
- les infractions les plus graves (**crimes**) sont jugées par la **Cour d'Assises**, dont il existe deux types (avec ou sans jury populaire, selon la nature des crimes poursuivis).

Il existe quelques juridictions pénales d'exception, qui n'ont pas de caractère permanent : la **Cour de Justice de la République**, chargée de juger les crimes ou délits commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, et le **Tribunal Maritime Commercial**, qui juge les infractions au Code Disciplinaire et Pénal de la Marine Marchande. Les juridictions militaires spécialisées (infractions au Code de Justice Militaire) n'existent

29 C. Com , art. L 110-1 & L 110-2.

que pour les forces armées stationnées hors du territoire national, ce à quoi s'ajoute un **Tribunal aux Armées de Paris**, pour le territoire français, qui doit être supprimé prochainement.

Le Droit Pénal pourrait être rangé dans le Droit Public, car les infractions constituent un **trouble à l'ordre public** qui va provoquer l'intervention de magistrats représentant la société (*via* l'Etat) et qualifiés collectivement de **ministère public** (ou « **Parquet** »), contrairement aux litiges civils ou commerciaux, où ils peuvent cependant intervenir de façon exceptionnelle ; certaines affaires pénales ne constituent qu'un litige entre le coupable présumé et la société, qui tient à son ordre public, concept de base de l'ordre juridique. Les magistrats du Parquet, ou « magistrature debout », se distinguent des magistrats du **siège**, ou « magistrature assise », qui siègent dans les juridictions et tranchent les litiges : si les premiers sont hiérarchiquement soumis au Ministre de la Justice, les seconds sont indépendants et inamovibles, en vertu de l'article 64 de la Constitution (cf. Annexe 2). Néanmoins, on rattache le Droit Pénal au Droit Privé du fait de l'organisation juridictionnelle générale qui le rattache à la Cour de Cassation (Code de l'Organisation Judiciaire).

En tant que juridiction suprême pour l'ensemble des branches du Droit Privé, la Cour de Cassation comprend six chambres : 3 Chambres civiles (« Cass. Civ. 1, 2 ou 3 »), qui ont des compétences générales différentes en Droit Civil, une Chambre Commerciale, économique et financière (« Cass. Com. »), une Chambre Sociale (« Cass. Soc. »), compétente pour le Droit du Travail et de la Sécurité Sociale et une Chambre Criminelle (« Cass. Crim. »), compétente pour le Droit Pénal général ou spécial. Lorsqu'il s'agit de trancher en droit une question qui s'éternise devant les juges du fond, la Cour de Cassation siège en Assemblée Plénière (« Cass. Plén. »), et ses arrêts ont alors exceptionnellement une portée impérative pour les juridictions inférieures concernées (30).

1.2.1.3. Les conflits de compétence entre les deux ordres juridictionnels

Lorsqu'un litige peut sembler relever aussi bien des juridictions judiciaires que des juridictions administratives – soit que les deux ordres se le disputent (« conflit positif »), soit qu'ils s'estiment tous deux incompétents au profit de l'autre ordre (« conflit négatif » débouchant sur un déni de justice) – le conflit de compétences est tranché par une juridiction à caractère non permanent, le **Tribunal des Conflits (TC)** : il est composé pour moitié de magistrats de la Cour de Cassation, et pour moitié de Conseillers d'Etat ; en cas de partage égal des voix, c'est le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, qui vient faire office de départiteur. En pratique, la jurisprudence constituée par les décisions du Tribunal des Conflits est plutôt assimilée à celle du Conseil d'Etat qu'à celle de la Cour de Cassation.

EX1 : Une « entreprise d'investissement » (société intervenant sur les marchés financiers pour le compte de ses clients, particuliers ou entreprises) avait poursuivi à des fins d'indemnisation l'Autorité des Marchés financiers (AMF, cf. Annexe 1) en raison des retards mis par celle-ci pour instruire les demandes de visa des documents d'information du public exigés par la loi avant l'introduction en bourse de PME clientes. La Cour d'Appel de Paris puis le Conseil d'Etat s'étant successivement déclarés incompétents (conflit négatif de compétences), le TC a tranché en faveur de la compétence des juridictions administratives, alors même que l'article L 621-30 du CMF réserve aux juridictions judiciaires le soin de connaître des recours formés contre les décisions de l'AMF : le litige ne porte pas sur une décision individuelle mais concerne l'exécution d'une mission de service public alléguée de défaillance (responsabilité administrative pour faute, cf. 2.1.4.1.) (TC, 2 mai 2011, Société Europe finance et industrie c. / AMF).

30 Dans le passé, on parlait d'un « arrêt des Chambres réunies » (« Ch. Réun. »).

EX2 : Les litiges relatifs aux **antennes de téléphonie mobile** se sont considérablement développés ces dernières années, tant devant le juge judiciaire que devant le juge administratif (exercice d'actions et recours différenciés selon les données locales du problème pour les riverains mécontents ou inquiets). La jurisprudence judiciaire tendant à être plus favorable à ceux-ci que la jurisprudence administrative, les opérateurs ont souvent plaidé l'incompétence du juge judiciaire et la compétence du juge administratif; le Tribunal des Conflits a fourni la solution suivante (TC, 14 mai 2012, 5 décisions), qui leur est très favorable :

- compétence des juridictions de l'ordre administratif pour connaître des actions tendant à interdire l'implantation, interrompre l'émission ou obtenir l'enlèvement ou le déplacement d'antennes relais ayant le caractère d'ouvrage public, pour des raisons de santé publique ;
- compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges opposant un opérateur aux usagers et aux tiers réclamant une indemnisation pour les dommages causés par l'implantation d'une antenne n'ayant pas le caractère d'un ouvrage public.

S'appuyant une jurisprudence récente du Conseil d'Etat (CE, Ass., 26 octobre 2011, 3 arrêts, cf. 2.2.3.2.2.), le Tribunal des Conflits estime donc que le juge judiciaire (TGI et Cours d'Appel) s'est immiscé indûment dans l'exercice de pouvoirs de police administrative à l'occasion des actions des riverains en cessation de troubles anormaux de voisinage. Ces concepts (pouvoirs de police, ouvrage public, trouble anormal de voisinage) sont abordés ultérieurement (partie 2 : l'Ingénieur dans la Cité).

1.2.2. LA CLASSIFICATION FONCTIONNELLE

Si elle sert de base commune à la formation de l'ensemble des juristes, la classification traditionnelle des branches du Droit n'est pas très adaptée à l'approche actuelle des problèmes : les deux branches maîtresses que sont le Droit Civil et le Droit Administratif sont très vastes en termes de contenu, alors que le Droit Pénal est d'application exceptionnelle, mais spectaculaire. La complexité de la société actuelle impose de partir d'un objet d'étude et de puiser dans les branches traditionnelles les règles pertinentes pour les rassembler de façon cohérente dans un ouvrage de synthèse (code, manuel, revue dédiée...).

EX : La mer. Si l'on veut réfléchir ou écrire sur le Droit de la mer, il faut puiser dans le Droit Administratif (pour la gestion du rivage et des ports maritimes) et dans le Droit Commercial (toutes les opérations maritimes sont des actes de commerce) ; on devra aussi mobiliser le Droit du Travail et de la Sécurité Sociale pour l'emploi des marins salariés, et il faudra recenser toutes les infractions pénales susceptibles d'être commises en mer ou par rapport à la mer, sans compter la dimension internationale (sur le droit de naviguer ici ou là) et communautaire (politique commune de la pêche).

C'est pourquoi le Droit objectif est de plus en plus souvent abordé selon une approche thématique ou fonctionnelle, qui a été fortement induite par la codification des textes (cf. ci-après).

1.2.2.1. Une approche fonctionnelle corrélée à la codification

Les branches fonctionnelles du Droit objectif pertinentes pour notre champ d'études sont :

- le **Droit Rural** est axé à l'origine sur l'agriculture, pour se développer selon des directions portant sur les produits et les services (donc sur l'alimentation humaine et animale) mais aussi sur l'encadrement institutionnel de l'agriculture (y compris l'enseignement et la recherche agronomiques) et sur la dimension territoriale et spatiale de l'agriculture (aménagement foncier, hydraulique agricole...), donc sur des questions environnementales (31); les litiges

31 De façon significative, la Revue de Droit Rural (10 numéros par an) porte en sous-titre : Agriculture, Agroalimentaire, Environnement. Même observation pour la couverture des comptes-rendus de l'Académie d'Agriculture de France (« Agriculture, Alimentation, Environnement ». Mais on reste un peu sceptique face à l'intitulé du Volume 97, n° 4, mars 2012 : « Deux siècles et demi au service de l'agriculture, de l'alimentation et de l'environnement ». Cette honorable et vénérable institution aurait donc eu des réflexions « durables » et inventé les « principes de Rio » de 1992 dès la fin de l'Ancien Régime...

entre les propriétaires agricoles et leurs locataires relèvent d'une juridiction d'exception, le **Tribunal Paritaire des Baux Ruraux (TPBR)** ;

- le **Droit Forestier** pourrait être inclus dans le Droit Rural, mais possède une forte autonomie dans le contexte français (fonction militaire ancienne de la conservation et de la gestion des forêts) ; il s'attache à la protection et à la valorisation des forêts en général, mais porte aussi sur des espaces non forestiers, tels que certains espaces pastoraux ou les dunes sur le littoral ;
- le **Droit de la Consommation** s'attache à la personne du consommateur final de produits et de services marchands, qui bénéficie de droits particuliers dans un souci d'équilibre, et en dérogation fréquente avec les mécanismes du Droit Civil ;
- le **Droit de la Santé Publique** concerne non seulement le système médico-social et hospitalier dans son ensemble, mais aussi la sécurité sanitaire alimentaire et environnementale, et le vaste domaine des produits de santé (médicaments, cosmétiques, dispositifs médicaux...) ;
- le **Droit de l'Environnement**, très vaste, regroupe l'ensemble des questions relatives à la prévention des pollutions et nuisances, des risques naturels et technologiques, ainsi qu'à la conservation de la nature (écosystèmes et paysages) et de la biodiversité ;
- le **Droit de l'Urbanisme** est substantiellement lié au Droit de l'Environnement, en ce qu'il régit l'ensemble des occupations humaines du territoire impliquant une artificialisation quelconque de l'espace (constructibilité, aménagements et équipements divers, mouvements du sol...) ;
- le **Droit de la Concurrence** s'appuie sur la théorie économique des marchés pour prévenir et sanctionner les agissements anticoncurrentiels des entreprises ou des organismes publics ayant une activité économique ;
- le **Droit de la Propriété Intellectuelle** peut, malgré une antériorité historique certaine par rapport au Droit de la Concurrence, se définir comme un ensemble d'exceptions légales au principe de concurrence régissant l'économie de marché, au niveau national ou international : la propriété intellectuelle a un caractère immatériel et se différencie de la propriété sur les biens matériels régie par le Code Civil ; bien qu'il soit surtout mis en œuvre par les entreprises, il ne fait pas partie du Droit Commercial et doit être considéré comme une branche autonome du Droit Civil, à quelques exceptions près ;
- de même, le **Droit Fiscal** est une branche autonome du Droit Administratif, au contenu très mouvant et particulièrement complexe.

La plupart de ces branches fonctionnelles du Droit comprennent du Droit Administratif, du Droit Pénal et du Droit Civil « aménagé », du Droit communautaire et du Droit international public en proportions variables. Elles se recoupent fréquemment, inconvénient qui n'est pas présent dans la classification traditionnelle, et l'on observe même des recoupements entre les deux classifications : ainsi ce qu'on appelle le **Droit des Affaires**, et qui concerne la vie des entreprises, est à la fois une combinaison du Droit Commercial, du Droit Civil (lorsque le Droit Commercial ne s'applique pas en tant que tel), du Droit Administratif, du Droit de la Consommation, de la Concurrence et de la Propriété Intellectuelle. On peut aussi qualifier de **Droit Economique** l'ensemble de ces règles, et le subdiviser en Droit Economique général, à prédominance de Droit Public (Droit de la Concurrence compris), et Droit Economique spécial, à prédominance de Droit Privé (donc le Droit des Affaires au sens classique du terme) ; aucun choix terminologique n'est parfait... Enfin, on doit considérer qu'un **Droit de l'Energie** est en phase d'émergence et qu'il concerne au plus haut point les élèves-ingénieurs de ParisTech.

Le Droit Pénal est omniprésent : outre le Droit Pénal général, il existe un Droit Pénal de la Consommation, de l'Environnement, de l'Urbanisme, de la Santé Publique, du Travail, etc.. A

l'exception du Code Civil et des codes de procédure, tous les codes comportent dans des proportions variables des dispositions de Droit Pénal.

1.2.2.2. Identification des branches pertinentes pour le cursus

Si l'on considère les 4 domaines d'application du cursus d'AgroParisTech, les corrélations suivantes peuvent être observées :

- le domaine 1 (Production durable dans le domaine du vivant) met en jeu principalement le Droit Rural, le Droit Forestier, et le Droit de l'Environnement
- le domaine 2 (Transformation durable) met en jeu à nouveau le Droit Rural (l'agriculture fournissant environ 90% des matières premières entrant dans les produits alimentaires, le reste venant de la mer), mais aussi le Droit de la Consommation (étiquetage et sécurité des produits alimentaires) et le Droit de la Santé Publique (hygiène alimentaire, produits de santé...) ;
- le domaine 3 (Ingénierie de l'environnement) met en jeu aussi le Droit de la Santé Publique, mais surtout le Droit de l'Environnement et le Droit de l'Urbanisme; le Droit Rural et le Droit Forestier sont aussi concernés à la marge ;
- le domaine 4 (Santé & Biologie) relève bien sûr à titre principal du Droit de la Santé Publique, mais aussi du Droit Rural et du Droit de l'Environnement.

Le Droit de la Propriété Intellectuelle est présent dans les 4 domaines, de façon transversale. Si on pose l'existence du Droit de l'Alimentation (humaine et animale), celui-ci est surtout présent dans les domaines 2 et 4. Enfin, le Droit de l'Energie émergent concerne les 4 domaines, dans des proportions variables.

Cependant, il convient de rappeler que, quel que soit le domaine choisi et les branches fonctionnelles ainsi corrélées, l'acquisition de connaissances juridiques de base dans le domaine suppose de maîtriser progressivement les bases des trois cultures juridiques fondamentales liées aux branches traditionnelles : Droit Civil, Droit Pénal et Droit Administratif. A cela il convient d'ajouter les bases du Droit communautaire/de l'Union, omniprésent dans le domaine du vivant, et qui est commun à 27 Etats européens depuis le 1^{er} janvier 2007.

1.3. LA CLASSIFICATION DES SOURCES DU DROIT

Les règles du Droit objectif ont différentes sources. On distinguera les sources à caractère impératif, qui sont les plus importantes (1.3.1. & 1.3.2.), des sources à caractère indicatif, qui tendent à les compléter et qui ne doivent pas être négligées (1.3.3.).

1.3.1. LES SOURCES NATIONALES A CARACTÈRE IMPÉRATIF

1.3.1.1. La Constitution et le bloc de constitutionnalité

Le sommet de la hiérarchie des sources nationales du Droit objectif à caractère impératif est occupé par la **Constitution**, avec la difficulté exposée ci-après quant à son article 55 : en théorie, un traité ou une convention internationale ratifiée et publiée s'incorpore au Droit français ; en pratique, le Conseil Constitutionnel refuse de contrôler la « conventionnalité » des lois, ce qui interdit d'affirmer que ces traités et conventions sont supérieurs à la Constitution. Ils seraient plutôt « à côté » d'elle, ce qui semble étrange : influence certaine du « souverainisme » et méfiance traditionnelle vis-à-vis des constructions supranationales. Le Conseil Constitutionnel semble cependant avoir récemment reconnu officiellement la primauté du Droit communautaire sur la Constitution française en invalidant plusieurs dispositions de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, se mettant ainsi en phase avec la jurisprudence de la CJCE :

« Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'union européenne » (32).

1.3.1.2. La loi ; la législation

La **loi**, votée par le Parlement, ou « **législateur** », est au centre du dispositif. On distingue trois catégories de lois, qui ont chacune une relation différente à la Constitution et au bloc de constitutionnalité : la loi constitutionnelle, la loi organique et la loi ordinaire.

La **loi constitutionnelle** est celle qui adopte ou modifie la Constitution ; elle est adoptée soit par référendum, soit par vote du Parlement réuni en Congrès à Versailles, en fonction du choix discrétionnaire du Président de la République, sur un texte unique adopté à la majorité qualifiée des 3/5èmes des suffrages exprimés. Tel a été le cas en 2008 pour les lois constitutionnelles n° 2008-103 du 4 février 2008 (ratification du traité de Lisbonne par la France) et n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République. Le Conseil Constitutionnel s'estime logiquement incompétent pour contrôler la

32 CC, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, point 7. La loi n° 2004-575 est la transposition partielle de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). Les commentaires doctrinaux divergent quelque peu sur la portée profonde de cette décision, ce qui n'a guère d'importance ; ils tendent cependant à maintenir la fiction doctrinale d'un statut « parallèle » de la Constitution et le Droit communautaire par rapport à la loi française.

validité d'une loi constitutionnelle adoptée de l'une ou de l'autre manière, le peuple étant souverain en tant que « pouvoir constituant » dans les deux cas.

La **loi organique** est une loi expressément prévue par la Constitution pour fixer un cadre institutionnel important et durable : certains aspects du régime électoral, du contrôle des finances publiques, de l'indépendance de la magistrature, de la présentation des lois de finances, etc... ; elles sont donc en nombre fini, et doivent être adoptées sur un pied d'égalité et en termes identiques par l'Assemblée Nationale et le Sénat (33) ; elles sont automatiquement soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel ;

EX1 : La loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 sur les lois de finances (LOLF) a abrogé une « ordonnance organique » de 1959 en ce qui concerne la présentation de ces projets de loi aux parlementaires, et est entrée en vigueur en 2005 : le contrôle parlementaire sur les dépenses publiques, très affaibli au fil des années par les pratiques discutables de présentation du budget par le Ministère de l'Economie et des Finances, devrait s'en trouver considérablement amélioré. Elle a été modifiée par une loi organique n° 2005-779 du 12 juillet 2005.

EX2 : La loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 a relancé la décentralisation et introduit une possibilité d'expérimentation dans l'application de la loi et des règlements par les collectivités territoriales, ainsi qu'un droit de pétition des citoyens susceptible d'aboutir sur un référendum local à portée décisionnelle ; cette loi prévoyait l'adoption de deux lois organiques sur chacun de ces deux points, ce qui s'est concrétisé le 1^{er} août 2003 (lois organiques n° 2003-704 & n° 2003-705), le Conseil Constitutionnel ayant vérifié la conformité de ces lois à la Constitution par deux décisions n° 2003-478 DC & 2003-482 du 30 juillet 2003. Par ailleurs, la loi organique n° 2004-578 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales est la troisième loi organique induite par la réforme constitutionnelle de 2003 (cf. ci-dessous, 1.3.2.1.2.).

EX3 : Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la Sécurité sociale, amputée d'une disposition par le Conseil Constitutionnel et assortie par ailleurs de quelques réserves d'interprétation (CC, décision n° 2005-519-DC du 29 juillet 2005).

EX4 : La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a prévu plusieurs lois organiques nouvelles, qui ont été adoptées pour la plupart :

- la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution implique une amélioration de l'opportunité de la production des lois ordinaires (autres que de finances ou de Sécurité Sociale), en exigeant une « étude d'impact » - à ne pas confondre avec leurs homologues environnementales - sur leurs répercussions dans l'ordre juridique, y compris sous l'angle du respect des engagements internationaux de la France ; faisant un bilan de l'application de ces dispositions, le Conseil d'Etat estime qu'il y a loin de la coupe aux lèvres, donnant plusieurs exemples d'insuffisance de ces études d'impact qui sont parfois considérées par le Gouvernement comme une simple formalité dépourvue de consistance (34)
- la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution élargit considérablement le contrôle de constitutionnalité aux citoyens dans le cadre de procédures contentieuses, en permettant à une partie dans un litige porté devant les juridictions judiciaires ou administratives de poser une « **question prioritaire de constitutionnalité** » (QPC) sur une disposition législative que l'on se dispose à appliquer à son détriment ;
- la loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au **Conseil économique, social et environnemental** élargit les compétences du Conseil économique et social à l'environnement, en application de l'article 71 de la Constitution ;
- la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au **Défenseur des Droits** (cf. 1.2.1.1.)

En revanche, n'a pas été adoptée la loi organique prévue par l'article 11 de la Constitution concernant le « référendum d'initiative populaire » : une « proposition de loi » peut être soumise à référendum (à ne pas confondre avec le référendum constitutionnel classique remontant à 1958), l'initiative d'un tel référendum appartenant conjointement au Président de la République ou à 1/5ème des membres du Parlement, soutenus par 1/10ème des électeurs inscrits sur les listes électorales.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du mécanisme « révolutionnaire » de la QPC, la **loi ordinaire** n'était soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel que de façon optionnelle, l'opposition parlementaire du moment étant généralement active sur ce point : la saisine du Conseil

33 Ce qui explique que les projets de limitation importante du cumul des mandats électoraux aient été systématiquement bloqués par le Sénat, où les élus cumulant mandats territoriaux et nationaux sont plus nombreux qu'à l'Assemblée Nationale.

34 Conseil d'Etat, Rapport public 2012, pp. 135-139. EDCE n° 63, Documentation française.

Constitutionnel est en effet possible si l'on réunit au moins 60 signatures de députés ou de sénateurs, sans panachage possible. Mais sa saisine par le Président de la République, le Premier Ministre ou les présidents des deux assemblées est très rare, sauf dans la matière de la « délégalisation », sans enjeu politique (cf. 1.3.1.2.5.). L'instauration de la QPC permet en effet à toute partie à un litige d'obtenir un renvoi préjudiciel au Conseil Constitutionnel pour l'examen d'une disposition législative susceptible de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution (ou plutôt le « bloc de constitutionnalité ») garantit ; ce renvoi ne peut être effectué que par le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation, mais non par les juridictions inférieures, qui doivent le ou la saisir préalablement, et une décision négative de filtrage par la juridiction suprême n'est susceptible d'aucun recours. Si le Conseil Constitutionnel admet le caractère contraire à la Constitution d'une ou plusieurs dispositions législatives ainsi déférées à son examen, il fixe au Parlement et au Gouvernement un délai pour procéder aux modifications appropriées.

EX1 : Caractère anticonstitutionnel de l'article 90 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande concernant la composition du Tribunal maritime commercial (absence d'indépendance de la plupart des juges vis-à-vis de l'Etat) (CC, n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010). Effet immédiat sur les procédures en cours : composition identique les juridictions pénales de droit commun requise, soit 3 magistrats par analogie avec le Tribunal correctionnel.

EX2 : Caractère anticonstitutionnel de plusieurs articles du Code de procédure pénale concernant la garde à vue prononcée par des officiers de police judiciaire, ceux-ci ayant tendance à en abuser du simple fait de l'imprécision de la loi, en dehors même de la « politique du chiffre » qui a prévalu plusieurs années mais qui n'est pas l'affaire du Conseil Constitutionnel (CC, n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010). Effet au 1er juillet 2011, une loi modificative de ce code ayant été présentée au Parlement et adoptée.

Parmi les lois ordinaires, l'article 34 de la Constitution mentionne de façon spécifique :

- les **lois de finances** annuelles, qui adoptent le budget de la nation à la fin de l'année civile n pour l'année civile (n + 1) ;
- les **lois de financement de la sécurité sociale** ;
- les « **lois de programmation** » (35) qui prévoient les orientations pluriannuelles de finances publiques dans l'objectif d'équilibre des comptes publics, ainsi que des objectifs techniques sur plusieurs années, dans les domaines **régaliens** en particulier : défense, justice, sécurité intérieure...

Par ailleurs, la pratique parlementaire a créé une catégorie de loi non prévue par l'article 34, la « **loi d'orientation** », qui a un caractère quelque peu solennel et ample, et qui peut aussi être « de programmation » (innovation sémantique antérieure à la réforme constitutionnelle de 2008) ou « de programme » (dans la version de l'article 34 antérieure à cette réforme) :

- lois d'orientation agricole de 1960, 1980, 1999 et 2006 ;
- loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche et les cultures marines ;
- loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt ;
- loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement scientifique ;
- loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (dite « LOTI »).

Exemples récents de lois « de programme » ou « de programmation » :

- loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique (dite « loi POPE ») ;
- loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche ;
- loi n° 2009-867 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en oeuvre du Grenelle de l'environnement (dite « loi Grenelle 1 »).

L'initiative des lois appartient concurremment au Gouvernement (« **projet de loi** ») ou aux parlementaires, y compris à un niveau individuel (« **proposition de loi** »). En pratique, la

35 « Lois de programme » jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008.

plupart des lois adoptées sont d'origine gouvernementale, et les propositions de loi qui aboutissent sont rares :

- soit le parlementaire qui en est à l'origine appartient à l'opposition du moment, et il n'a aucune chance de voir sa proposition aboutir ;
- soit il appartient à la majorité parlementaire, et on risque fort de lui faire comprendre que son initiative est intempestive, prématurée ou mal ficelée, mais si la proposition de loi est soutenue par le parti majoritaire dans la Chambre parlementaire, elle pourra être discutée ; le Gouvernement peut même avoir intérêt à faire porter un projet à lui sous forme de proposition téléguidée pour rallier des suffrages de l'opposition

Cependant, tous les parlementaires disposent du droit d'amender les projets ou propositions de lois, et ils ne s'en privent pas, y compris dans un but d'obstruction sur des sujets très sensibles ; le Gouvernement peut alors débloquent la situation en ayant recours à la procédure de l'article 49 § 3 de la Constitution : le Premier Ministre demande un vote bloqué sur l'ensemble du texte en engageant sa responsabilité, provoquant inévitablement un vote favorable de la majorité parlementaire qui le soutient.

A ! De ce fait, les lois se retrouvent souvent « personnalisées » dans les discours officiels, médiatiques et professionnels (« loi X, loi Y »), ce que les juristes critiquent et ce dont ils se tiennent éloignés, quitte à sacrifier occasionnellement à cette mode déplorable du bout des doigts et des lèvres (36) : que ce soit en effet un ministre ou un parlementaire à l'origine du texte, il s'agit toujours de lois de la République, dont on peut dire tout ce qu'on veut, mais qui ne sauraient faire l'objet d'un « droit d'auteur » ni d'un « droit de propriété » quelconque. Cette pratique est d'autant plus critiquable que la même personnalité politique X ou Y peut être à l'origine de plusieurs lois très différentes dans leur objet, d'où la possibilité de graves confusions. Plus acceptable est la pratique consistant à résumer le titre d'une loi par une abréviation (cf. ci-dessus la « LOTI » de 1982 et la « loi POPE » de 2005) :

- loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (« loi MOP ») ;
- loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (« loi DCRA ») ;
- loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (« loi SRU ») ;
- loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (« loi NRE ») ;
- loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (« loi DTR ») ;
- loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (« LEMA ») ;
- loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche (« LMAP »)
- loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (« LRCT »)

Enfin, deux importantes lois environnementales récentes sont l'aboutissement de longues négociations entre toutes les catégories d'acteurs publics et privés, le « Grenelle » de l'environnement :

- loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en oeuvre du Grenelle de l'environnement, dite « Grenelle I » ;
 - loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II ».
- Nous utiliserons ci-après ces abréviations et surnoms avec la simple mention de l'année.*

Dans un système juridique basé sur le droit écrit, la rédaction des lois, qui sont au centre du système, doit être irréprochable : c'est en effet la **lettre de la loi** qui, une fois un éventuel contrôle de constitutionnalité passé, va déterminer le contenu des textes de rang inférieur (les règlements, mais aussi son interprétation par les juridictions. Lorsque la lettre de la loi n'est pas claire, le juge peut faire appel à l'« **intention du législateur** », c'est-à-dire à l'esprit de la

36 Cela passe par deux usages professionnels que les ingénieurs sont invités à adopter sans rechigner : à l'oral, on cite la loi de façon normale (la date suffit en général, le numéro d'ordre n'est pas nécessaire) en ajoutant éventuellement « dite loi MACHIN » (et l'on peut ensuite citer la loi de cette manière dans la suite de l'exposé) ; à l'écrit, même observation, mais il convient de préciser en plus le numéro d'ordre du texte et le fait que cette loi ait été modifiée ou non. Il est évidemment plus aisé de citer les références des textes codifiés, lorsque ceux-ci existent ; on peut alors préciser éventuellement : « article L XYZ-AB du Code BIDULE », et, le cas échéant, « issu de la loi du..., etc.... ».

loi : il va pour ce faire consulter les **débats parlementaires** relatifs à la discussion de la loi pour contourner l'obstacle. On appelle **légistique** l'art de bien rédiger les lois.

Sur le plan de la qualité des lois (clarté essentiellement), le Conseil d'Etat a déploré dans son rapport annuel de 1991, en des termes sévères pour le Gouvernement et le Parlement, l'inutilité pratique de certaines dispositions législatives, qui reviennent à de l'affichage et du bavardage politiques et non à l'instauration de véritables règles juridiques.

Après un avertissement de son Président lors de la cérémonie des vœux au palais de l'Elysée en janvier 2005, le Conseil Constitutionnel, s'appuyant sur la DDHC de 1789, a mis fin à cette dérive issue de la gesticulation politico-médiatique en censurant un article verbeux de la loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école :

« (...) il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et en particulier son article 34 ; qu'à cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution par la loi » (CC, 21 avril 2005, DC n° 2005-512).

La doctrine a pu joliment qualifier ce type de dispositions de « neutrons législatifs » ; un exemple concernant les compétences des collectivités territoriales est cité plus loin (1.3.2.1.2.).

1.3.1.3. Le règlement ; la réglementation

La loi ne peut tout régler dans le détail au niveau national: il est nécessaire d'avoir recours à des textes plus détaillés, les **règlements**, qui relèvent du Gouvernement et de l'Administration, et qui sont les **décrets** et les **arrêtés** ministériels ou interministériels. L'article 34 de la Constitution définit de façon limitative le domaine législatif, et l'article 37 dispose que les matières qui n'ont pas de caractère législatif ont un caractère réglementaire :

Art. 34 : « La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé .

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

(...) ».

Il en résulte qu'il existe deux types de règlements : ceux auxquels la loi renvoie, et qui en constituent l'application (matières de l'article 34), et ceux qui constituent la « zone du règlement autonome » (matières autres que celles de l'article 34). Selon l'article 21 de la Constitution, le Premier Ministre a l'obligation de prendre les décrets d'application de la loi dans un délai raisonnable ; il ne peut s'y refuser ou repousser indéfiniment cette tâche pour des raisons techniques ou de pure convenance politique. Dans le domaine du vivant, il n'y a guère de règlements autonomes, qui ne peuvent intervenir que dans des matières purement techniques ou administratives (37); il faut en effet une loi pour restreindre le droit de propriété, la liberté en matière de contenu des contrats, ainsi que pour définir de nouvelles infractions pénales (contraventions exceptées).

La tendance du Parlement à adopter des lois contenant des dispositions réglementaires (d'application de la loi) est ancienne et souvent dénoncée, même si le Conseil Constitutionnel se refuse à en faire un motif de censure. Une circulaire administrative du 19 janvier 2006 (38) incite les ministres, qui sont souvent à l'origine des projets de loi, de veiller à ne pas encombrer ces projets de dispositions qui relèvent du décret d'application:

« Le directeur de cabinet du Premier Ministre à Monsieur le Ministre d'Etat, Mesdames et Messieurs les Ministres et ministres délégués, à l'attention de Mesdames et Messieurs les directeurs de cabinet des Ministres : La pratique consistant à introduire dans les lois des dispositions qui n'ont pas de caractère législatif suscite des critiques régulières, tant de la part des présidents des assemblées, du Conseil Constitutionnel ou du Conseil d'Etat.

Je souhaite attirer votre attention sur les inconvénients qu'elle présente du point de vue de la qualité de nos normes juridiques.

En effet, la définition d'un domaine de la loi résulte du souci du Constituant d'assurer un bon fonctionnement des pouvoirs publics. La méconnaissance de la ligne de partage ainsi tracée ne peut se faire qu'au détriment de l'efficacité de l'action gouvernementale, qui doit rester en charge de déterminer les modalités d'application de la loi.

Le respect de cette logique de partage constitue, en deuxième lieu, un enjeu démocratique. La représentation nationale doit consacrer ses délibérations à fixer les règles et principes essentiels. Lui soumettre des dispositions qui auraient leur place dans un décret, ou même dans un simple arrêté, ou a fortiori des dispositions non normatives, c'est affecter le travail législatif et, finalement, porter atteinte au prestige de la loi.

Enfin, il est clair que le programme ambitieux de réformes de ce Gouvernement ne peut aboutir que si le temps, nécessairement limité, des débats parlementaires est exclusivement dédié à l'examen des dispositions qui relèvent du Parlement.

Je vous demande donc de veiller à ce que les projets de loi dont vous saisissez le Premier Ministre en vue de leur transmission au Conseil d'Etat soient exempts de toute disposition réglementaire ou non normative. Le Secrétaire Général du Gouvernement s'assurera du strict respect de cette instruction. Par ailleurs, je demande que l'avis du Conseil d'Etat soit bien suivi, s'il conduit à disjoindre des dispositions du projet de loi au motif qu'elles ne relèvent pas du législateur.

Enfin, vous n'omettez pas de saisir le cabinet du Premier Ministre des projets d'amendement aux textes en discussion, afin que celui-ci en liaison avec le Secrétariat Général du Gouvernement s'assure de leur caractère législatif. »

En sens inverse, il est possible que la loi renvoie au règlement de façon abusive ou erronée, alors que c'est à elle d'apporter les règles de droit, en vertu de l'article 34 de la Constitution et compte dûment tenu de l'existence des trois autres composantes du bloc de constitutionnalité.

37 Exemple: le décret n° 2003-728 du 1^{er} août 2003 portant création du conseil d'orientation pour la prévention des risques naturels majeurs. On constate à la lecture des « visas » de ce texte qu'il ne se rattache à aucun texte législatif: il s'agit donc d'un règlement autonome, voulu par la Ministre chargée de l'environnement et par le comité interministériel du développement durable. Autres exemples : décret n° 2008-498 du 26 mai 2008 portant création du conseil stratégique de l'agriculture et de l'agro-industrie durable auprès du ministère de l'agriculture et de la pêche ; décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, précité.

38 JORF du 21-01-06.

EX1 : Lors de l'adoption de la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux OGM, le Conseil Constitutionnel a estimé que la liste des informations qui ne peuvent en aucun cas rester confidentielles, prévue par l'article 25 de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 modifiée relative à la dissémination volontaire des OGM dans l'environnement, relevait de la compétence législative en vertu de l'application combinée de cet article 34 (compétence de la loi pour la détermination des principes fondamentaux de la préservation de l'environnement) et de l'article 7 de la Charte de l'environnement (droit d'accès à l'information environnementale dans les conditions prévues par la loi), et ne pouvait donc être renvoyée à un décret d'application (CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC).

EX2 : La « loi DTR » de 2005 avait modifié l'article L 145-1 du Code de l'Urbanisme en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser les modalités d'exception au cumul des règles de la « loi montagne » de 1985 et de la « loi littoral » de 1986 pour les plans d'eau intérieurs d'une superficie supérieure à 1000 ha ; la solution traditionnelle posée par l'article L 146-9 de ce code était la prééminence de la « loi littoral », plus protectrice de l'environnement naturel et paysager que la « loi montagne ». Le décret n° 2006-993 du 1er août 2006 (CU, articles R 145-11 à R 145-15) prévoyant les modalités d'une enquête publique pour déterminer les espaces riverains de ces plans d'eau où seule la « loi montagne » s'appliquerait, le Conseil d'Etat a prononcé son annulation, car c'était à la loi elle-même d'organiser ce régime dérogatoire, l'article 34 de la Constitution prévoyant que le principe de participation mentionné à l'article 7 de la Charte de l'Environnement (dont les enquêtes publiques sont une application) s'exerce dans le cadre de la loi (CE, Ass., 8 octobre 2008, Commune d'Annecy & a.). De façon plus générale, cette décision de principe entérine au plus haut niveau de la jurisprudence administrative la possibilité d'invoquer la Charte de l'environnement devant le juge administratif.

EX3 : En application de la jurisprudence précédente, le Conseil d'Etat annule les décrets n° 2007-358 et 2007-359 du 19 mars 2007 pris pour assurer en catastrophe et pour partie la transposition de la directive 2001/18/CE sur les OGM précitée : ces textes réglementaires avaient en effet comme fondement législatif l'article L 125-3 du Code de l'Environnement, issu de la transposition en 1992 de la directive communautaire antérieure à celle de 2001 et que celle-ci abroge. Or ces décrets organisaient directement des modalités de consultation du public, ce qui, depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement en 2005, ne peut résulter que de dispositions législatives (CE, 24 juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique (CRII GEN)). Cependant, le Conseil d'Etat reporte l'annulation de ces deux textes réglementaires au 30 juin 2010, afin de ne pas compromettre la position française face à la primauté du Droit communautaire, et ce d'autant plus que la CJCE avait déjà condamné la France en manquement pour non transposition de la directive 2001/18/CE et menaçait de prononcer un second arrêt de sanctions financières. Le Gouvernement devait donc préparer et faire voter un texte législatif régularisant la situation d'ici là, mais cela s'est produit plus tardivement (ordonnance n° 2012-8 du 5 janvier 2012 portant diverses dispositions d'adaptation au Droit de l'UE dans le domaine de la prévention de la pollution et des risques).

Les règlements pris au niveau national sont donc les décrets et les arrêtés ministériels ou interministériels, dans la mesure où ils ont un contenu général et ne constituent ni des « décisions administratives individuelles » ni des « décisions d'espèce » (39). C'est le Premier Ministre qui détient le pouvoir réglementaire pour l'essentiel et qui prend les décrets d'application de la loi ou les « décrets autonomes » ; ils sont donc signés par lui et par un nombre variable de ministres concernés, qui peut être élevé. On distingue trois types de décrets :

- les **décrets délibérés en Conseil des Ministres** sont en outre contresignés par le Président de la République, qui détient historiquement une parcelle du pouvoir réglementaire ;
- les « **décrets en Conseil d'Etat** » sont prévus par la loi et impliquent que le Conseil d'Etat soit consulté sur le projet de texte, non pas en tant que juridiction suprême de l'ordre administratif, mais en tant qu'organisme consultatif placé auprès du Gouvernement ; les décrets de la catégorie précédente en font partie ;
- les **décrets simples**, nettement moins nombreux que les précédents, mais qui paraissent faire un certain retour suite aux observations du Conseil d'Etat dans son rapport annuel.

Les décrets renvoient souvent à des arrêtés ministériels ou interministériels : les Ministres sont donc aussi détenteurs du pouvoir réglementaire, mais de façon non distincte du Premier Ministre ; il arrive parfois que la loi renvoie directement à ces arrêtés, sans décret intercalé

39 Sur cette notion quelque peu byzantine, cf. 1.6.2.1..

(40). Le nombre de Ministres concernés par les arrêtés interministériels est rarement supérieur à 3 ; ainsi les arrêtés sur l'hygiène dans l'industrie alimentaire sont signés par les Ministres chargés de l'Agriculture, de la Santé Publique et de la Consommation. Dans certains domaines très techniques, le pouvoir réglementaire est dévolu à des instances spécifiques comportant des professionnels : ainsi de l'Autorité des normes comptables (cf. note 27) et, jusqu'à une date récente, du Comité de la réglementation bancaire et financière (41).

Mais le pouvoir réglementaire existe aussi :

- a) aux niveaux géographiques dits **déconcentrés**: les **préfets**, qui représentent le Gouvernement dans les régions et les départements, sont habilités à prendre des **arrêtés préfectoraux** à caractère réglementaire dans de nombreux domaines ;
- b) aux niveaux départemental et communal : le **Président du Conseil Général** et le **maire** détiennent aussi un pouvoir réglementaire qu'ils exercent le plus souvent au nom de la collectivité territoriale dont ils constituent l'exécutif, mais le maire agit parfois au nom de l'Etat ; les **arrêtés municipaux** peuvent donc avoir des fondements juridiques différenciés ;
- c) à la tête de certains établissements publics :

EX: Le directeur d'un Parc National exerce dans le coeur du Parc un pouvoir réglementaire qui se substitue au pouvoir réglementaire du maire dans les matières énumérées par l'article L 331-10 du Code de l'Environnement.

- d) pour certaines AAI, lorsque les textes qui les régissent le prévoient (42).

1.3.1.4. Les ordonnances

Dans les matières législatives énumérées par son article 34, la Constitution a prévu la possibilité de légiférer par **ordonnances** ; cette procédure consiste en une délégation de pouvoirs du Parlement au Gouvernement, à travers une **loi d'habilitation**, et en une **loi de ratification** des ordonnances prises par le Gouvernement comme s'il s'agissait de décrets. Cette pratique existait sous la IV^{ème} République (1946-1958), et même sous la III^{ème} République (1875-1940), où les ordonnances s'appelaient significativement « **décrets-lois** ». Le Gouvernement y a traditionnellement recours soit pour des raisons d'urgence (notamment en cas de fort retard dans la transposition des directives communautaires susceptible de faire condamner la France à des sanctions pécuniaires), soit pour éviter un enlèvement prévisible des débats parlementaires, mais la multiplication du recours à cet outil depuis 2005 a pu susciter des critiques de la doctrine « publiciste ». Les lois les plus importantes (lois d'orientation agricole de 2006, lois « Grenelle 2 » et LMAP de 2010...) ou les lois périodiques de « simplification du Droit » prévoient souvent leur prolongement à travers un certain nombre d'ordonnances. Il en a été de même pour l'adoption de nouveaux codes, et on utilise aussi cette technique pour pallier les inconvénients du retard dans la transposition des directives communautaires impliquant des changements législatifs.

Avant leur ratification, les ordonnances ont un caractère réglementaire et peuvent être assimilées à des décrets, donc faire l'objet de recours contentieux devant le Conseil d'Etat (cf. Annexe 4) ; elles acquièrent après ratification une pleine valeur législative, le Conseil d'Etat

40 Exemples : arrêté ministériel du 24 octobre 2005 pris pour l'application de l'article L 221-1 du Code Rural ; arrêté du 26 mars 2004 modifié relatif au report de la date de broyage et de fauchage de la jachère de tous terrains à usage agricole (application de l'article L 424-1 du Code de l'Environnement).j

41 L'article 28 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière a supprimé cette instance pour la remplacer par un Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières, le pouvoir réglementaire faisant retour au Ministre de l'Economie et des Finances.

42 Cf. Annexe 1.

ayant admis que cette ratification puisse être implicite, si le Parlement modifiait dans le cadre d'une loi ordinaire une ordonnance non encore ratifiée. Toutefois, la réforme constitutionnelle de 2008 a décidé qu'à l'avenir les ratifications d'ordonnances devraient toujours être **expresses** (synonyme d'explicites). Une fois ratifiées, les ordonnances peuvent évidemment être contestées sur le fondement d'une QPC au même titre qu'une loi ordinaire.

1.3.1.5. La codification de la législation et de la « réglementation supérieure »

Mais la prolifération des textes législatifs et réglementaires et leur fréquente modification rendent l'ensemble du système juridique peu lisible ; même les juristes, dont c'est pourtant le métier, ont du mal à s'y retrouver. C'est pourquoi on a imaginé de regrouper la législation (ordonnances comprises) et la partie supérieure de la réglementation (les décrets) dans des **codes**, qui présentent une vue d'ensemble d'un champ juridique donné, et qui permettent de mieux maîtriser les changements dans le contenu de la règle. En lieu et place d'avoir une loi Y qui modifie la loi X, on aura plus simplement la modification de l'article Z de tel code, ou l'ajout ou le retrait d'un ou plusieurs articles de ce code ; il est alors plus facile de consulter le dernier état de la législation ou de la réglementation sur une base de données télématique.

Les codes les plus anciens sont apparus au XIX^{ème} siècle : **Code Civil (C. Civ.)**, **Code Pénal (CP)**, **Code de Commerce (C. Com.)**, **Code Forestier (CF)** ; ils correspondent aux branches traditionnelles du Droit les plus anciennes, avec une exception remarquable pour le Code Forestier, qui est très « thématique » et constitue l'archétype des codes de la deuxième génération. Le besoin s'est fait sentir, en effet, d'élaborer aussi un code par branche fonctionnelle du Droit. Au XX^{ème} siècle apparaissent le **Code Rural (CR)**, devenu **CRPM** en 2010), le **Code de la Santé Publique (CSP)**, le **Code du Travail (C. Trav.)**, le **Code de la Sécurité Sociale (CSS)**, le **Code des Postes et Télécommunications** devenu **Code des Postes et Communications Electroniques (CPCE)** en 2004, et le **Code des Assurances (C. Ass.)**. Un Code de l'Urbanisme et de la Construction est adopté en 1954, pour faire l'objet en 1972 d'une scission entre un **Code de l'Urbanisme (CU)**, d'une part, et un **Code de la Construction et de l'Habitation (CCH)**, d'autre part. Le Droit Fiscal se concrétise dans le **Code Général des Impôts (CGI)** et le **Livre des Procédures Fiscales (LPF)**. Il existe, de même, un **Code des Douanes (CD)**, qui est à la fois un code de fond et de procédure.

Après une période de stagnation, le Gouvernement a relancé la codification en 1989, en fixant comme objectif la **codification** de la quasi-totalité des lois et décrets pour l'an 2000. En conséquence, l'article 3 de la loi DCRA du 12 avril 2000 en fait une composante du droit d'accès à l'information juridique et dispose :

« La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes.

Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit. »

La codification n'est donc plus une simple opportunité relevant de la sphère du règlement autonome prévue par l'article 37 de la Constitution. La **Commission supérieure de codification** instituée en 1989 publie des rapports annuels dans lesquels elle expose les progrès accomplis, les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir. Dans son rapport pour 2011, elle estime que le chantier des nouveaux codes est clos, en dehors de ceux qui sont toujours en voie d'élaboration ou qui ont été partiellement publiés, certains projets prévus en 1989 devant considérés comme abandonnés pour diverses raisons ; mais elle regrette par exemple l'absence de projet tendant à refondre en matière fiscale et douanière le CGI, le LPF

et le CD, au profit des usagers qui ne cessent de se plaindre du caractère incohérent de ces codes, indépendamment d'un contenu d'une complexité hors du commun. Il n'y aura donc pas de Code de l'Alimentation, sauf si le Gouvernement ou le Parlement en décident autrement à l'avenir. La Commission supérieure de codification prépare un Code Général de la Fonction Publique, un Code des Métiers et de l'Artisanat, prévus depuis 1989, pour les parties législatives, ainsi qu'une refonte des Codes de l'Urbanisme et du Code de la Consommation, ce à quoi il convient d'ajouter les parties réglementaires de différents codes, non encore parues.

On trouvera en Annexe 3 le panorama des codes nouveaux depuis 1989 et l'état de la parution de leur partie réglementaire (43). Les codes qui ont été simplement refondus n'y figurent pas :

- refonte du **Code de Commerce** en 2000 et du **Code Minier** en 2011 (44), ces codes ne comportant jusque là que des articles avec des numéros simples, sans être précédés de L ni R/D ; refonte pour la même raison en 2006 de deux autres codes (**Code de Justice Militaire** et **Code de l'Organisation Judiciaire**);
- refonte du Code Rural en 2000, puis adjonction en 2010 d'un Livre IX intitulé « Pêche maritime et aquaculture marine » (incorporation de la législation sur la pêche maritime, la conchyliculture et l'aquaculture marine), ce qui transforme sa dénomination en **Code Rural et de la Pêche Maritime (CRPM)** ;
- refonte du **Code Forestier** en 2012, à droit (faiblement) non constant, ou encore à droit (quasi) constant (45).

Le **Code de l'Urbanisme** et le **Code Electoral** sont en cours de refonte. Les derniers codes à paraître prochainement sont le **Code Général de la Fonction Publique** et le **Code des Métiers et de l'Artisanat**, qui doit englober un Code de l'Artisanat qui existe actuellement.

Les règles de procédure sont rassemblées dans quatre codes : le **Code de Procédure Civile (CPC)**, le **Code de Procédure Pénale (CPP)**, le **Code de la Juridiction Administrative (CJA)**, et le **LPF** pour le Droit Fiscal. Le **Code des Douanes** et le **Code des Juridictions Financières (CJF)** sont à la fois des codes « de fond » et « de procédure ».

On constate donc qu'en dehors des branches traditionnelles du Droit objectif il y a en gros un code par branche fonctionnelle ; le Droit de la Concurrence fait exception, et est inclus dans le Code de Commerce refondu en 2000 (46). Le Droit de l'Alimentation, privé de code propre, reste dispersé entre le Code de la Consommation, le Code de la Santé Publique, le CRPM et des textes non codifiés, parfois anciens et d'une conformité douteuse au Droit

43 Les retards souvent inacceptables dans la parution de la partie réglementaire d'un code n'est pas imputable à la Commission supérieure de codification, mais aux ministères concernés qui n'apportent pas la coopération nécessaire, par négligence et/ou manque de moyens.

44 Une nouvelle refonte du Code Minier est envisagée, afin de le rendre plus conforme aux exigences environnementales les plus récentes : problématique de la conciliation avec le développement durable de l'exploitation pétrolière et gazière « offshore » et de l'exploitation de gisements de gaz non conventionnels, dits « gaz de schistes », curieusement interdite en principe mais autorisée à titre expérimental par la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique.

45 Le Code Forestier refondu est si peu à droit constant que, par rapport à son ancienne version, il comporte une étonnante lacune avec l'immunité accordée aux propriétaires publics autres que l'Etat qui défricheraient sans autorisation des bois et forêts ne relevant pas du régime forestier (gestion par l'ONF) ; cf. Jean-Pierre PLAVINET & Louis de REDON : Le Code Forestier nouveau est arrivé - Droit de l'Environnement n° 200, avril 2012.

46 C. Com., articles L 420-1 à L 430-10, R 420-1 à R 430-10.

communautaire, sans oublier le poids important des règlements communautaires directement applicables en théorie, mais rarement en pratique (47). De ce fait, le Droit de l'Alimentation n'a pas vraiment « pignon sur rue », comme peut l'avoir le Droit de l'Environnement :

EX1 : « En fait, le Droit « alimentaire » constitue depuis longtemps une branche sauvage du Droit » (48).

EX2 : « Le Droit applicable au secteur économique agroalimentaire se caractérise par un triple éclatement :

- au regard de ses sources, il est éclaté entre les règles, de plus en plus nombreuses au fil des années, émanant de l'Union européenne, le Droit préexistant d'origine nationale et le Droit international en cours d'élaboration (OMC, Codex Alimentarius) ;

- au regard de sa nature, il est éclaté entre une multitude de normes et de réglementations techniques et/ou scientifiques, qui forment l'infra-Droit, et les lois générales, civiles, pénales, commerciales et administratives qui constituent le droit commun applicable au secteur agroalimentaire comme à l'ensemble des secteurs et activités économiques ;

- au regard de son contenu, il est partagé entre un grand nombre de nos Codes : Code Civil, Code de Commerce, Code de la Consommation, Code de la Santé Publique, Code Rural, Code de l'Environnement, etc ...

Le Droit agroalimentaire n'a donc, en son état actuel, ni unité formelle ni cohérence substantielle » (49).

Mais d'autres codes ne sont pas élaborés à droit constant, pour des raisons d'opportunité. Tel a été le cas du **nouveau Code Pénal**, adopté en 1992 et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994: le législateur ayant décidé de refondre totalement le Code Pénal existant, qui avait pour base le code napoléonien de 1810, certaines infractions ont été supprimées, d'autres ont été introduites et d'autres encore ont fait l'objet de modifications dans leur définition et dans les sanctions encourues. De même, le **CG3P** de 2006 n'a pas été élaboré à droit constant, mais intègre certains éléments de jurisprudence administrative ; il reprend en les abrogeant le Code du Domaine de l'Etat et une partie du Code du Domaine Public Fluvial et de la Navigation Intérieure (l'autre partie étant intégrée dans le Code des Transports), ainsi que les textes législatifs non codifiés sur le domaine public maritime.

A l'exception du Code Civil et du **Code des Marchés Publics (CMP)**, « faux code » qui semble intégralement de nature réglementaire au vu de sa publication par voie de décret (50), les articles des codes sont précédés d'une **lettre** qui indiquent leur nature juridique :

- L pour les dispositions à caractère législatif ;

- LO dans les rares cas où un article de loi organique est codifié (51) ;

- R pour les décrets en Conseil d'Etat et les décrets délibérés en Conseil des Ministres ;

- D pour les décrets simples, plus rares que la catégorie précédente, mais avec une tendance à l'accroissement selon les vœux du Conseil d'Etat ;

- A dans les rares cas où des arrêtés sont codifiés (52).

Curieusement, le **Code Pénal** présente la particularité d'avoir le « L » sous-entendu, en vertu de l'article 34 de la Constitution impliquant que la définition des délits et des crimes relève de la loi, mais il comporte une partie réglementaire avec des articles « R » et « D ».

47 La pratique française consiste à « enfoncer le clou » en adoptant des textes d'adaptation des règlements de façon assez systématique lorsque cela implique de niveau des arrêtés(inter)ministériels. Si cela implique le niveau « décret » ou « loi »

48 Yves SOYEUX : Alimentation, Droit et enseignement – Agro Mag n° 1, avril-mai-juin 2006.

49 Conseil national de l'alimentation, Rapport sur la préparation de l'entrée en vigueur, au 1er janvier 2005, de certaines dispositions du règlement (CE) n° 178/2002, § 1.1., juillet 2004.

50 Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 modifié portant Code des Marchés Publics ; circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du CMP (JORF du 4-08-06).

51 Les deux lois organiques du 1^{er} août 2003 ont donné lieu à l'insertion dans le CGCT des articles LO 1113-1 à LO 1113-7 ainsi que LO 5111-5 (expérimentation), et des articles LO 1112-1 à LO 1112-14 (référendum local). On trouve par ailleurs des articles LO dans le Code Electoral, dans le CJF et dans le CSS.

52 Code de l'Urbanisme, Code du Domaine de l'Etat (maintenant CG3P), Code des Assurances... Le Code du Sport et le Code de Commerce comprennent un volet A intégral, ce qui est exceptionnel.

Le **système conventionnel de numérotation** après la **lettre** est le suivant : dans la plupart des codes, la lettre est suivie d'un numéro à 3 chiffres, suivi d'un tiret et d'un numéro d'ordre allant de un à trois chiffres : l'article L XYZ-1, 2... n d'un code est l'article 1, 2,...n du Livre X, Titre Y, Chapitre Z du code. Toutefois, 6 codes font exception et ont un numéro à 4 chiffres avant le tiret, le premier étant celui d'une « Partie » qui comprend plusieurs Livres : le CGCT, le CSP, le CG3P, le Code de la Défense, le Code des Transports et le Code du Travail refondu en 2007/2008. Dans les deux cas, certains articles un peu plus longs que les autres sont subdivisés en parties matérialisées par des chiffres romains (I, II, III...) (53).

L'intérêt pratique essentiel de la codification est aussi de mieux coordonner les dispositions législatives et réglementaires correspondantes, qui ont le même numéro à 3 ou 4 chiffres avant le tiret : le décret d'application d'un article L XYZ-1, 2,...n sera codifié en R XYZ-1, 2,...n. L'existence d'articles à double ou triple tiret indique l'insertion d'un article supplémentaire après la codification, en dehors de ce qui a pu être ajouté à la fin d'un chapitre.

La Commission supérieure de codification a dû parfois effectuer des choix entre deux ou trois codes possibles pour la même disposition législative : on parle alors de « **code pilote** », pour le code principal, et de « **code suiveur** », lorsqu'un second code renvoie au code pilote, afin de « bien enfoncer le clou » (on emploie aussi les expressions « mode pilote » et « mode suiveur »). Mais elle a récemment déclaré abandonner cette technique, sauf à titre exceptionnel.

EX1 : En ce qui concerne les appellations d'origine, le code pilote est le Code de la Consommation (articles L 115-1, L 112-2 et L 112-4) et le CRPM est code suiveur (articles L 641-1, L 641-1-1 & L 641-1-2, reproduisant ces trois articles du code pilote) ; il y a même un second code suiveur, le Code de la Propriété Intellectuelle (article L 721-1).

EX2 : En ce qui concerne la qualité de l'eau potable et l'assainissement des eaux usées, qui conditionne la qualité de l'eau potable en longue période : en mode suiveur, les articles L 211-11 et L 214-14 du Code de l'Environnement renvoient à deux codes pilotes, le Code de la Santé Publique (CSP, articles L 1321-9 à L 1321-13, applications réglementaires précisées ci-après ; pour l'assainissement, articles L 1331-1 à L 1331-16 & R 1331-1), ainsi que, pour l'assainissement, le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT, articles L 2224-7 à L 2224-12, R 2224-6 à R 2224- 22).

Lorsqu'un règlement ou une directive a été modifiée plusieurs fois (ordre de grandeur : 5 fois), la Commission européenne estime sagement qu'il faut procéder à la « codification » ou à une « refonte » de ces textes. Elle emploie le terme « codification » dans le sens de « consolidation » des textes à droit constant, c'est-à-dire la reprise sans changement du texte initial et de l'ensemble des textes modificatifs pour en faire un seul texte apparemment nouveau, mais qui va lui même être modifié, etc... Elle emploie le terme « refonte » lorsque la consolidation se fait à droit non constant.

EX1 : Directive 2001/82/CE du 6 novembre 2001 modifiée instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires, et directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 modifiée instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. Il s'agit de la refonte d'une ancienne directive 65/65/CEE dans le second cas.

EX2 : Bien que le terme « code » n'y figure pas, la directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire de l'eau (dite « directive-cadre sur l'eau », ou DCE) procède à une refonte générale du Droit communautaire de l'eau assortie d'un objectif ambitieux de qualité pour les eaux du milieu naturel à l'horizon 2015 ; elle abroge selon un plan préétabli (2007 et 2013) la plupart des directives sectorielles sur l'eau, à l'exception de la directive 98/83/CE du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (transposée par ou dans les articles R 1321-1 à D 1321-68, et R 1321-84 à D 1321-105 du CSP), de la directive 80/777/CEE du 15 juillet 1980 modifiée relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'exploitation et la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles (transposée par ou dans les articles R 1321-69 à R 1321-83, et R 1322-1 à R 1322-44 du CSP, mais remplacée récemment

53 Les articles L 211-7 et L 211-12 du Code de l'Environnement sont des monuments en l'espèce.

par une directive de refonte 2009/54/CE du 18 juin 2009) ; la directive 2006/7/CE du 15 février 2006 concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade procède à la refonte d'une directive de 1976. La transposition tardive du dispositif juridique de la DCE est assurée par la loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 et la LEMA de 2006, qui modifient principalement le Code de l'Environnement.

EX3 : La directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative procède à la « codification » de la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984.

Enfin, il existe des « codes » non officiels, dits aussi « codes d'éditeurs », qui sont des compilations ou des encyclopédies avec mise à jour permanente (54).

1.3.2. LES SOURCES INTERNATIONALES A CARACTÈRE IMPÉRATIF

Si le Droit est toujours mis en œuvre dans un cadre national, le contenu de la règle peut être influencé, voire déterminé par une instance internationale, ce qui est de plus en plus fréquent à l'heure de la « mondialisation » et de la construction européenne à un stade avancé. Comme les autres Etats nations, la France prend des engagements internationaux en signant, puis en ratifiant ou en approuvant des **traités et conventions internationales**, (55) dont l'étude fait l'objet du **Droit international public**. Il existe aussi un **Droit international privé**, qui concerne surtout le Droit Commercial et le Droit Civil.

1.3.2.1. L'appréhension du Droit international par le Droit français

L'article 55 de la Constitution prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». C'est en raison de cette réserve de réciprocité que le Conseil Constitutionnel s'est toujours refusé à faire entrer les engagements internationaux de la France dans le bloc de constitutionnalité, ce qui aboutit à rendre possible une contrariété entre un engagement international de la France et la Constitution. En revanche, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat acceptent, dans des conditions très restrictives, d'appliquer l'article 55 de la Constitution et de conférer un **effet direct** de la règle internationale dans l'ordre juridique national. Tel est le cas pour la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)** et ses **Protocoles**, dont les violations peuvent être jugées par le **Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)**, qui siège à Strasbourg, sur recours individuel d'un citoyen européen. Mais les possibilités en la matière sont très limitées pour le citoyen français en ce qui concerne l'effet direct des conventions internationales en général, en dehors de la CESDH.

EX1 : Dans le contexte des pratiques chroniques et anciennes de la police et de la gendarmerie nationales en matière de placement abusif en garde à vue de personnes interpellées, pratiques aggravées par une politique d'évaluation de leurs responsables tendant à les démultiplier sans motifs sérieux (« politique du chiffre »), l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a mis fin à cette grave dérive des libertés fondamentales en France en annulant des gardes à vue où l'absence d'avocat dès le début de la mesure et pendant les interrogatoires aboutissait à la violation du droit à un procès équitable prévu par l'article 6§1 de la CESDH. Elle a par ailleurs rappelé que la France, comme les autres Etats adhérents à cette convention, est tenue de respecter les arrêts de la CEDH sans attendre d'être attaquée devant elle ni d'avoir modifié sa législation (Cass. Plén., 15 avril 2011, 4 arrêts ; Bull. Crim. 2011, Ass. Plén., n° 1, 2, 3 & 4). Convergence avec : CC, n° 2010-10/42 QPC, cf. p. 25).

EX2 : Le Conseil d'Etat a estimé que l'article 1er du décret n° 2008-908 du 8 septembre 2008 relatif aux conditions de permanence de la résidence des bénéficiaires du droit à un logement décent et indépendant est

54 Exemples : le « Code Permanent Environnement & Nuisances » et le « Code Lamy-Droit Economique ».

55 Les traités et conventions internationales peuvent donner lieu à des prolongements ultérieurs appelés « protocoles », qu'ils prévoient en général.

contraire à l'article 6 (1°) de la Convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants, régulièrement ratifiée et publiée au JORF en 1954, qui avait un effet direct :

« (...) Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatible avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la CJUE dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ; (...) » (CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI & Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement).

EX3 : L'article L 541-1 du Code du Patrimoine est contraire à l'article 1er du Premier Protocole de la CESDH, qui a un effet direct, en ce qu'il prive le propriétaire du sol de toute indemnisation pour la perte de la propriété des vestiges archéologiques trouvés dans le sous-sol qui autrement lui appartiendrait en vertu de l'article 552 du Code Civil (CE, 24 avril 2012, Ministre de la Culture et de la communication c. / M. Mathé-Dumaine, cf. 1.5.3.2.5.).

1.3.2.2. Les institutions d'élaboration du Droit international public

Les traités et conventions internationales ont souvent comme cadre institutionnel l'ONU et ses organisations spécialisées, mais aussi des organisations « régionales » comme le Conseil de l'Europe (cas de la CESDH notamment) :

EX1 : La Convention des Nations-unies sur le Droit de la Mer (CNUDM) du 10 décembre 1982, signé à Montego Bay (Jamaïque) est entrée en vigueur en 1994 : assimilable à un traité selon la doctrine (56), elle régit l'ensemble des questions maritimes (navigation, zones de pêche, gestion patrimoniale des fonds marins de la haute mer par une Autorité internationale des fonds marins), et renvoie à des conventions régionales pour la protection de l'environnement marin (Atlantique-nord, Méditerranée, Caraïbes, etc.).

EX2 : La Commission économique pour l'Europe de l'ONU (CEE-ONU) adopte des recommandations et des « règlements » qui sont fréquemment repris par l'UE, dans des domaines techniques (exemple : règlement n° 49 fixant les prescriptions uniformes concernant les mesures à prendre pour réduire les émissions de particules et de gaz polluants des moteurs à allumage par compression utilisés pour la propulsion des véhicules et les émissions de gaz polluants des moteurs à allumage commandé fonctionnant au gaz naturel ou au gaz de pétrole liquéfié utilisés pour la propulsion des véhicules) (JOUE L 103 du 12-04-08 & L 180 du 8-07-11).

EX3 : La FAO (Organisation de l'ONU pour l'agriculture et l'alimentation) a été le lieu de la négociation d'un **Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA)** du 6 juin 2002, approuvé par une loi n° 2005-149 du 21 février 2005 et publié par le décret n° 2005-1374 du 28 octobre 2005 ; elle administre aussi une **Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV)** qui remonte à 1929 (donc bien avant la création de la FAO) mais est entrée en vigueur en 1952, et dont la dernière version (1997) a été ratifiée par une loi n° 2005-153 du 21 février 2005 et publiée par le décret n° 2005-1515 du 1^{er} décembre 2005 ; la CIPV prévoit que les Etats signataires mettent en place un « service de protection des végétaux » contre les organismes nuisibles qui est notamment chargé de délivrer des certificats phytosanitaires pour les échanges internationaux. La loi n° 2007-1418 du 3 octobre 2007 ratifie tardivement l'acte constitutif de la FAO du 16 octobre 1945. A noter que tant la CIPV que le TIRPAA ont été intégrés au Droit communautaire / de l'UE par voie de décision (57).

EX4 : L'Office international des épizooties (OIE) a été créé par un « Arrangement international » de 1924 ; il a élaboré un « code zoosanitaire international » et un « code sanitaire international » pour les animaux aquatiques ;

56 Jean-Paul PANCRACIO : Droit de la mer - Dalloz, 2010, § 49 : « C'est ce grand traité qui est aujourd'hui la référence normative essentielle en la matière ».

57 Décision 2004/597/CE du 19 juillet 2004 approuvant l'adhésion de la Communauté européenne à la CIPV telle que révisée et approuvée par la résolution 12/97 de la 29^{ème} session de la conférence de la FAO de novembre 1995. Décision 2004/869/CE du 24 février 2004 (TIRPAA).

il joue un rôle analogue au secrétariat général de la CIPV. Il a été renommé « **Office mondial de la santé animale** » tout en conservant l'acronyme **OIE**.

EX5 : L'**Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)** a été instituée par une convention internationale de 1961 pour promouvoir le « certificat d'obtention végétale » en lieu et place du brevet en ce qui concerne la protection de l'innovation variétale en sélection végétale ; cette convention a été révisée en 1991, cette version révisée ayant été tardivement ratifiée par la loi n° 2006-245 du 2 mars 2006, et publiée par le décret n° 2012-865 du 5 juillet 2012.

EX6 : Le décret n° 2007-1073 du 4 juillet 2007 publie le **Règlement sanitaire international (RSI)** tel qu'adopté par la 58^{ème} assemblée de l'**Organisation mondiale de la santé (OMS)**, en vertu de la loi de ratification n° 48-814 du 13 mai 1948.

EX7 : L'**Organisation mondiale du commerce (OMC)** a été instituée en 1995 pour remplacer le secrétariat général de l'Accord général sur les droits de douane et le commerce (GATT) de 1948 ; les « accords de Marrakech » qui ont opéré cette mutation comportent aussi quatre autres accords :

- l'accord sur les obstacles techniques au commerce, dit **TBT**, qui porte sur la manière de considérer si une législation ou réglementation nationale sur des produits est justifiée ou simplement protectionniste ; il s'applique aux produits agricoles et alimentaires, sous réserve de certains aspects tels que les limites maximales de résidus de produits phytosanitaires ou de médicaments vétérinaires, qui relèvent de l'accord suivant ;
- l'accord sur les produits sanitaires et phytosanitaires, dit **SPS**, qui porte sur les échanges internationaux de médicaments humains et vétérinaires ainsi que sur les produits phytosanitaires ; cet accord reconnaît l'OIE et la CIPV comme producteurs de référentiels valables pour les exceptions à la libre circulation de ces produits.
- l'Accord sur les aspects de droit de la propriété intellectuelle touchant au commerce (**ADPIC**) : les échanges internationaux ne doivent pas pour effet de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle obtenus dans un ou plusieurs pays signataires ;
- un Accord général sur le commerce en matière de services (**GATS**), qui reste à finaliser pour l'essentiel (problème de la privatisation de certains services publics non marchands).

Les différends entre Etats signataires des accords de l'OMC sont portés devant l'**Organe de règlement des différends (ORD)**, que les juristes ne reconnaissent pas vraiment comme une juridiction.

1.3.2.3. Un Droit international spécial : le Droit communautaire, ou de l'Union Européenne

La construction de l'Europe communautaire dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle a donné lieu à l'émergence d'un système juridique spécifique : en signant et en ratifiant en 1958 le Traité de Rome instituant la **Communauté Economique Européenne** pour une durée indéfinie, la France a accepté un ordre juridique spécifique dérivé de ce Traité, qui a la primauté sur son Droit national, ce qui vaut aussi pour les autres Etats membres de cette Communauté. La **primauté du Droit communautaire sur le Droit interne**, pour chaque Etat membre, est le trait distinctif fondamental qui caractérise ce « Droit international spécial ». C'est pourquoi on réserve l'appellation de « Droit Européen » au Droit international public applicable à l'Europe au sens large : traités et conventions signés dans le cadre du **Conseil de l'Europe**, ou les règlements de la **CEE-ONU**, qui sont souvent reprises par le Droit communautaire.

Suite au rejet du projet du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » par la France et les Pays-Bas en 2005, le Traité de Lisbonne a été adopté le 13 décembre 2007 et est entré en vigueur le 1er décembre 2009; la dénomination « **Union européenne** » remplace en toutes circonstances la dénomination « Communauté européenne ». Auparavant, le « **Traité sur l'Union européenne** » (**TUE**) avait été instituée par le Traité de Maastricht signé en 1992, qui avait parallèlement modifié considérablement le Traité de Rome modifié en transformant la « Communauté Economique Européenne » en « **Communauté Européenne** » tout court, le traité fondateur ainsi modifié devenant le « Traité de la Communauté Européenne » (**TCE**),

entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 (58). Alors que le défunt « Traité constitutionnel » procédait à la refonte du TCE et du TUE en un texte unique, le Traité de Lisbonne modifie le TUE dans le sens d'une plus grande intégration politique et militaire, et transforme le TCE en « **Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne** » (TFUE), en le modifiant et en l'étoffant considérablement.

Par voie de conséquence, est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 l'article 88-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle de 2008, qui dispose : « La République participe à l'Union Européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du TUE et du TFUE, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. ». Les articles 2 à 6 du TFUE distinguent :

- les « **compétences exclusives** » de l'Union (article 3) : l'**union douanière** (l'UE représente les Etats membres à l'OMC pour la négociation du « tarif douanier commun » en matière de commerce international), l'établissement des règles de **concurrence** nécessaires au fonctionnement du **marché intérieur**, la **politique monétaire** pour les Etats de la « zone euro », la **politique commerciale commune** (régulation des importations et exportations de l'UE), et « la **conservation des ressources biologiques de la mer** dans le cadre de la politique commune de la pêche » ;
- les « **compétences partagées** » (article 4), parmi lesquelles la « **politique commune de l'agriculture et de la pêche** » (59), à l'exclusion du dernier point, la santé publique, la protection des consommateurs, l'**environnement**, l'**énergie**, les **transports**, et un « **espace de liberté, de sécurité et de justice** » ;
- les « **compétences d'appui, de coordination et de complément** » (article 6) dans des domaines qui relèvent en principe des Etats membres, mais où l'Union mène des « actions » : tourisme, culture, jeunesse & sport, industrie, « protection et amélioration de la santé humaine », sécurité civile, coopération administrative.

Avant le Traité de Lisbonne, on se bornait à distinguer les « politiques communes » (dont la PAC et la PCP) des « politiques communautaires » (dont l'environnement, la santé publique et la protection des consommateurs), l'intégration étant plus poussée pour les premières que pour les secondes, sans que l'on puisse pour autant parler systématiquement de compétences exclusives. Le TFUE actuel continue cependant de mentionner des « politiques communes », soit au titre des compétences exclusives, soit au titre des compétences partagées : cela n'a donc pas de signification particulière.

Il résulte de l'article 88-1 de la Constitution que les sources impératives du Droit français sont soumises à la **primauté du Droit communautaire / de l'UE** sur le **Droit interne** en cas de contrariété dans l'une de ces trois catégories de compétences de l'UE, et cela s'effectue par le biais d'un ordre juridictionnel autonome (cf. ci-dessous), mais aussi devant les juridictions nationales (« le juge national est le premier juge communautaire »).

Les textes de rang équivalent aux trois **Traités** en vigueur (TUE, TFUE, et Traité « Euratom ») sont la **Charte des droits fondamentaux de l'UE** de 2000 et les **Protocoles**

58 De ce fait, les références aux textes de Droit communautaire présentés ci-après (1.3.1.1.) comportent les lettres « CE » au lieu de « CEE » à partir de cette date. A partir du 1^{er} décembre 2009, « UE » remplace « CE ».

59 TFUE, article 38. L'acronyme « PCAP » étant peu attractif, les habitudes acquises maintiennent l'usage des acronymes « PAC » et « PCP » pour la politique agricole commune instituée dès 1958 et la politique commune de la pêche instituée en 1983. Cet article précise que la référence à la « PAC » ou « l'agriculture » inclut implicitement la pêche maritime, ce qui n'est pas en phase avec la définition des activités agricoles par le Droit français (cf. Annexe 8).

annexés aux Traités. En bonne logique, on ne doit plus dire ou écrire « Droit communautaire », mais « Droit de l'Union » ou « Droit de l'UE » depuis le 1er décembre 2009 ; d'aucuns font cependant observer que le Traité « Euratom » de 1958 révisé est porteur d'un Droit communautaire spécial (la Communauté européenne de l'énergie atomique). Le Droit de l'UE comprend donc deux niveaux fondamentaux : celui des Traités et textes de même rang, et les textes qui en dérivent (« actes »), qui constituent le **Droit dérivé**.

Ce Droit dérivé est lui même divisé en deux catégories : les « actes législatifs » et les « actes non législatifs ». Les premiers sont adoptés en règle générale selon la « procédure législative ordinaire » de co-décision du Conseil et du Parlement européen à la majorité qualifiée, et parfois par une « procédure législative spéciale » prévue par certaines dispositions du TFUE, qui met en jeu le Conseil statuant à l'unanimité, le Parlement étant simplement consulté. Les seconds émanent de la Commission européenne, et sont des textes d'application des actes législatifs (comparables aux décrets et arrêtés français d'application de la loi), qui appartiennent à deux catégories :

- les « actes d'exécution », qui sont les plus fréquents ;
- les « actes délégués », qui ressortent normalement de la co-décision, mais que le Parlement européen et le Conseil ont délégué à la Commission avec une procédure de contrôle *a posteriori* (mécanisme comparable aux ordonnances françaises).

Dans les deux cas, il en est fait mention dans le titre de l'acte non législatif.

L'article 288 du TFUE précise le contenu de la nomenclature des actes de Droit dérivé, qu'ils soient à caractère législatif ou non:

- les **règlements** sont directement applicables par toutes les parties concernées dans chaque Etat membre ; certains d'entre eux, dits « imparfaits », donnent cependant lieu à l'adoption de textes d'adaptation en Droit interne;
- les **directives** créent pour les Etats membres des obligations de résultat, chaque Etat devant procéder à leur transposition dans un certain délai (2 ou 3 ans en général), mais restant libre du choix des supports juridiques dans leur Droit interne ; ils doivent rendre compte des mesures de transposition à la Commission Européenne ; à cela il convient d'ajouter les **décisions-cadres** du TUE de 1992 (60), qui devaient faire l'objet d'une transposition, comme les directives, mais elles ont été supprimées par le TUE de 2007/2009 ;
- les **décisions** portent sur un ou plusieurs objets particuliers (substances, Etat membre, convention internationale approuvée par l'Union, etc...), et ne lient que leurs destinataires (Etat membre, entreprises...) ; ce sont le plus souvent des actes non législatifs.

On observe par ailleurs depuis plusieurs années une progression des règlements au détriment des directives, afin d'éviter les affres de la transposition absente ou défectueuse.

Les litiges de Droit de l'Union pouvant intéresser les Etats membres ou des personnes privées (entreprises, particuliers...) sont tranchés la **Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)**, qui comprend plusieurs juridictions siégeant à Luxembourg :

- la **Cour de Justice**, anciennement Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) ;
- le **Tribunal**, anciennement Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE) ;

60 Exemples : Décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; décision-cadre 2005/667/JAI du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, publiée dans le même JOUE que la directive 2005/35/CE du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions.

- les Tribunaux spécialisés, dont le **Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE)**, d'autres pouvant être créés.

Par ailleurs, un usage éditorial persistant dans les publications juridiques désignent l'ex CJCE par « CJUE », ce qui est inexact : la CJUE étant officiellement l'ensemble de juridictions précédemment décrites, « CJE » serait la règle, mais les habitudes acquises sont tenaces.

Dans ses relations avec le Droit international public, le Droit communautaire / de l'Union joue parfois un rôle de relais donnant plein effet interne à des dispositions qui l'auraient difficilement sans cela, et allant parfois plus loin que les préconisations de la convention internationale :

EX1 : La CITES (« Convention on international trade of endangered species » de Washington du 6 mars 1973) est relayée par un règlement (CE) n° 338/97 du 9 décembre 1996 modifié et son règlement d'application (CE) n° 865/2006 du 4 mai 2006. Ces règlements communautaires vont plus loin que la CITES.

EX2 : Même observation pour la Convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants (Programme des Nations-unies pour l'Environnement) : elle est approuvée par la décision n° 2006/507/CE du 14 octobre 2004, mais fait l'objet du règlement (CE) n° 850/2004 du 29 avril 2004 modifié, plus contraignant.

EX3 : La dernière version de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV de 1951, révisée par la FAO en 1997), a été approuvée par voie de décision en 2004 ; de ce fait, elle a été intégrée au Droit français avant même sa ratification et sa publication au JORF (cf. ci-dessus, 1.2.2.). Même observation pour le TIRPAA (cf. note 57).

EX3 : La CJCE a reconnu un effet direct à l'article 6 du Protocole d'Athènes du 17 mars 1980 relatif à la protection de la Mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique et portant application de la Convention de Barcelone du 16 février 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (CJCE, 15 juillet 2004, renvoi préjudiciel de la Cour de Cassation française, dans un litige opposant EDF au Syndicat professionnel de coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région) ; tout Etat membre de la Communauté doit donc prendre des mesures d'interdiction ou de réglementation des déversements de substances ayant un effet défavorable sur la teneur en O₂ du milieu marin méditerranéen (substances organiques en l'espèce). Or l'Etat français n'avait en l'espèce rien entrepris postérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole. Cet arrêt s'insère dans une jurisprudence préexistante, rappelée dans le point 39:

« 39. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considéré comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur » (suit la référence à deux autres arrêts de la CJCE de 1991 et 2003).

EX4 : Décision 2005/800/CE du 14 novembre 2005 concernant la conclusion de l'accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table. Cet accord a été conclu dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, et est intégré au Droit communautaire.

En longue période, la tendance à l'internationalisation et, dans le cas français, à l'« européanisation » des mécanismes juridiques est certaine ; il n'en demeure pas moins que le « Droit national » conserve son autonomie dans de nombreux domaines, et sert de relais indispensable - quoique non exclusif - au Droit international public et au Droit communautaire / de l'Union.

1.3.2.4. Vue d'ensemble

Il est essentiel de bien comprendre les implications de cette **hiérarchie des sources de droit à caractère impératif** :

a) l'ensemble du Droit français (Droit Constitutionnel compris !) est soumis à la primauté du Droit de l'UE en cas de conflit (61) ;

61 Un certain nombre de publications d'éminents professeurs de Droit Public prétendent le contraire, mais c'est « prendre ses désirs pour des réalités » : un nombre (très faible) d'arrêts de la CJCE/CJUE privent d'effet des

b) la loi française doit être conforme à la Constitution et au bloc de constitutionnalité ; mais le système français de contrôle de constitutionnalité est déficient, puisque celui-ci est à la discrétion des institutions limitativement énumérées, et malgré l'instauration d'une voie d'exception par la réforme constitutionnelle de 2008 (62) ; il en résulte que certaines règles législatives en vigueur peuvent être considérées comme anticonstitutionnelles, voire clairement contraires à la Constitution ;

c) même remarque pour le « contrôle de conventionnalité », c'est-à-dire la vérification de la conformité de la loi aux traités et conventions internationales signés, ratifiés ou approuvés, et publiés : il y a des « ratages », qui ne peuvent être évités qu'en Droit communautaire, par divers moyens (relais de conventions internationales par voie de règlements ou de décisions, jurisprudence de la CJCE/CJUE) ;

d) le décret doit être conforme à la loi dont il est l'application, ou aux « principes généraux du droit » s'il a un caractère autonome ;

e) un arrêté (inter)ministériel doit être conforme au décret ou à la loi dont il est l'application ;

f) un arrêté préfectoral ou municipal ne peut pas être contraire à un arrêté (inter)ministériel dans le même domaine, ou encore, à plus forte raison, à un décret ou à la loi ; même observation pour l'articulation arrêté préfectoral-arrêté municipal.

EX1: Un arrêté ministériel du 30 septembre 1988 modifié fixe au niveau national la liste des espèces animales nuisibles susceptibles d'être détruites par les particuliers dans certaines conditions ; le préfet fixe la liste au niveau départemental en fonction de la situation qui y prévaut quant aux dégâts occasionnés par ces espèces, en puisant en tant que de besoin dans la liste nationale, mais il ne peut inscrire sur celle-là une espèce qui ne figurerait pas sur celle-ci. L'arrêté ministériel du 2 août 2012 pris pour l'application de l'article R 427-6 du Code de l'Environnement et fixant la liste, les périodes et les modalités de destruction des espèces d'animaux classés nuisibles intègre les niveaux départemental et national, probablement dans le but de soustraire le contentieux associatif aux TA et de le concentrer sur le Conseil d'Etat.

EX2 : Une association bretonne de défense des milieux aquatiques avait demandé l'annulation de l'arrêté ministériel du 7 février 2005 fixant les règles techniques auxquelles doivent satisfaire les élevages de bovins, de porcs, de volailles ou de gibiers à plumes soumis à autorisation au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement (C. Env., article L 511-1 et suivants) ; elle a obtenu partiellement satisfaction. Le Conseil d'Etat a considéré que « lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles, 1, 2 et 6 de la Charte de l'Environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'Environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette Charte ; qu'ainsi la légalité de l'arrêté attaqué doit être appréciée au regard des dispositions du Code de l'Environnement qui imposent aux installations classées des sujétions destinées notamment à la protection de l'eau » (63). Le Conseil d'Etat vérifie ensuite qu'aucune de ces dispositions législatives n'est incompatible avec les articles précités de la Charte, pour retenir finalement qu'une partie de l'arrêté attaqué n'assure pas la protection des intérêts mentionnés à l'article L 511-1 du Code de l'Environnement ; d'une certaine manière, un arrêté ministériel doit donc aussi respecter le « bloc de constitutionnalité », mais il convient de souligner ici la spécificité du domaine environnemental, qui met en jeu les mêmes principes tout au long de la hiérarchie des sources (cf. 2.2.1.4.2.).

Le rôle des juridictions suprêmes est d'assurer la cohérence du système juridique global en contrôlant ces articulations entre chaque niveau de la hiérarchie des sources :

- la CJUE (contrôle de la **primauté du Droit communautaire/de l'Union** sur le **Droit interne**) ;

dispositions constitutionnelles contraires au Droit communautaire / de l'UE, mais cela n'est jamais arrivé pour la France. Il est exact en revanche d'affirmer que des dispositions constitutionnelles peuvent faire obstacle à l'application de ce Droit interne : le Droit de l'UE ne peut alors s'appliquer qu'après révision de la Constitution, ce qui ne permet nullement d'affirmer de notre point de vue que les deux sources de Droit ont un rang équivalent.

62 Sur ces notions, qui concernent aussi et surtout le contentieux administratif, cf. Annexe 4.

63 CE, 19 juin 2006, Association « Eau et rivières de Bretagne ».

- le Conseil Constitutionnel (**contrôle de constitutionnalité** des lois, avec la faille signalée antérieurement, un peu colmatée par la réforme constitutionnelle de 2008) ;
- le Conseil d'Etat (**contrôle de légalité** des règlements).

Le **contrôle de conventionnalité** des lois, auquel se refuse de façon discutable le Conseil Constitutionnel, est assuré par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, mais aussi par la CJUE, lorsque l'UE a signé ou approuvé une convention internationale, et sous certaines conditions, ainsi que par la CEDH (pour la CESDH et ses Protocoles).

La primauté du Droit communautaire/de l'Union sur le Droit interne se traduit par une grande fréquence de l'**effet direct** des textes de droit dérivé, voire pour certains articles du TFUE :

- les règlements et les décisions ont un effet direct « vertical » (application par les Etats membres et leurs collectivités territoriales dans les Etats fédéraux) et « horizontal » (invocation par les parties à un litige devant une juridiction nationale) ;
- les directives ont un effet direct « vertical », et ne peuvent avoir d'effet direct « horizontal », puisque seules les mesures de transposition peuvent être invoquées entre des parties à un litige ; toutefois, en cas de non transposition et après expiration du délai de transposition, elles peuvent être invoquées devant le juge national, même contre une décision administrative individuelle, pour autant que la disposition invoquée soit précise et non conditionnelle (pour l'Etat membre) (64).

En principe, un texte d'un rang donné ne peut être abrogé ou modifié que par un texte du même rang. Mais ceci est tempéré par le Droit Constitutionnel, dans la mesure où des dispositions à caractère réglementaire peuvent se trouver dans la loi, soit parce que celle-ci est antérieure à 1958 et relève d'une autre répartition constitutionnelle entre domaine législatif et domaine réglementaire, soit parce que celle-ci, bien que postérieure à 1958, contient des dispositions à caractère réglementaire qui y ont été insérées par le Parlement, volontairement ou non : le Conseil Constitutionnel peut alors être saisi par le Premier Ministre en vue de « délégaliser » un article de loi et de proclamer son caractère réglementaire ; on peut alors modifier ou abroger cette disposition par voie de décret, ce qui est plus commode. Cette démarche de **délégalisation** d'un texte apparemment législatif mais réglementaire dans son essence est généralement dépourvue d'enjeux politiques, mais il y a des exceptions significatives dans le domaine du vivant.

EX1 : Le Gouvernement en place avant les élections législatives de 2002 a constaté la présence dans le Code de l'Environnement et dans le CGCT de deux articles législatifs contraires aux engagements internationaux et communautaires de la France en matière de protection et de gestion de la faune sauvage ; il a interrogé le Conseil Constitutionnel sur la nature profonde de ces deux dispositions qualifiant de « nuisibles » des espèces protégées telles que le Loup, et obtenu leur déclassement du champ législatif dans le champ réglementaire (« délégalisation ») ; en conséquence deux décrets n° 2001-450 et 2001-451 du 25 mai 2001 sont pris pour toiletter tardivement ces textes. D'une manière générale, les classements d'animaux, de produits et de substances dans des catégories prévues par la loi relèvent du décret d'application de la loi et non de la loi elle-même.

EX2 : Le Gouvernement issu des élections législatives de 2002 souhaitait remplacer les « contrats territoriaux d'exploitation » (CTE) institués par la loi d'orientation agricole de 1999 par des « contrats d'agriculture durable » (CAD), très proches mais moins contraignants pour les agriculteurs. Problème : il aurait fallu en principe modifier la loi elle-même, soit les articles L 311-3, L 311-4 & L 341-1-II du Code Rural pour opérer le changement du nom du contrat administratif, la modification des dispositions réglementaires afférentes par voie de décret ne posant ensuite aucun problème. Le Premier Ministre a demandé et obtenu du Conseil Constitutionnel la « délégalisation » ou le déclassement de ces dispositions apparemment législatives mais fondamentalement réglementaires, comme cela apparaît dans les visas du décret n° 2003-675 du 22 juillet 2003 relatif aux contrats d'agriculture durable et modifiant le Code Rural.

EX3 : Dans sa décision n° 2005-512 sur la loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école, le Conseil Constitutionnel a procédé à la « pré-délégalisation » de 4 articles de la loi, mais sans mettre ces dispositions sur

64 CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme Perreux. Sur la notion de décision administrative individuelle, cf. ci-dessous 1.6.1.2.1..

le même plan que les « neutrons législatifs » qu'il censure dorénavant (maintien de la jurisprudence antérieure tolérant les dispositions à caractère réglementaire dans les lois).

Un décret peut donc, dans ces conditions, abroger des articles d'une loi promulguée sous l'empire de la Constitution actuelle et qui contient des dispositions de nature réglementaire ; il peut encore le faire lorsque la loi en question a été prise antérieurement à 1958, et où son contenu est clairement de nature réglementaire au regard de l'article 34 de la Constitution en vigueur. On observe par ailleurs en Droit français quelques cas de décrets d'application de décrets ou d'arrêtés d'application d'arrêtés, mais ce sont des anomalies ou des cas très particuliers.

De son côté, le Droit de l'UE est très souple et admet que des textes de nature différente puissent se modifier ou s'abroger entre eux :

- au titre des « actes d'exécution » ou des « actes délégués », il existe donc des directives d'application de directives, des règlements d'application de règlements, des décisions d'application de directives, de règlements, ou de décisions ; ce sont des textes qui sont adoptés par la Commission européenne, les textes de premier rang ayant pu être adoptés avant le 1er décembre 2009 soit par le Conseil (cas notamment de la PAC), soit par voie de codécision du Conseil et du Parlement européen ; sous la dénomination de « procédure législative ordinaire », la codécision est généralisée pour ces textes depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne à partir du 1er décembre 2009 ;
- des règlements peuvent abroger et remplacer des directives (tendance forte actuellement, afin d'éviter les péripéties de la transposition défailante ou fantaisiste par les Etats membres), mais aussi des décisions.

EX1 : La directive 93/43/CE du 14 juin 1993 relative à l'hygiène alimentaire est remplacée par 4 règlements du « paquet hygiène » en date du 29 avril 2004 pour l'alimentation humaine, et un autre règlement sur l'alimentation animale en 2005 :

- règlement (CE) n° 852/2004 relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, abrogeant la directive n° 93/43/CEE ;
- règlement (CE) n° 853/2004 fixant des règles spécifiques d'hygiène applicables aux denrées alimentaires d'origine animale ;
- règlement (CE) n° 854/2004 fixant les règles spécifiques d'organisation des contrôles officiels concernant les produits d'origine animale destinés à la consommation humaine.
- règlement (CE) n° 882/2004 relatif aux contrôles officiels effectués pour s'assurer de la conformité avec la législation sur les aliments pour animaux et les denrées alimentaires et avec les dispositions relatives à la santé animale et au bien-être des animaux ;
- règlement (CE) n° 1831/2003 du 22 septembre 2003 établissant des exigences en matière d'hygiène des aliments pour animaux.

EX2 : Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), et instituant l'Agence européenne des produits chimiques ; il remplace 5 directives et 2 règlements.

EX3 : Règlement (CE) n° 1272/2008 du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et mélanges abrogeant et remplaçant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE (applicabilité au 1er juin 2015) ; il reprend au niveau communautaire le « système général harmonisé de classification et d'étiquetage » des substances et mélanges chimiques (dit « SGH ») élaboré au niveau de l'ONU.

EX4 : Règlement (CE) n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE (depuis le 14 juin 2011).

EX5 : Règlement (CE) n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques (refonte de la directive 76/768/CEE du 27 septembre 1976, applicable le 11 juillet 2013).

EX6 : Règlement (UE) n° 1169/2011 du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires (abrogation de 6 directives et d'un règlement au 13 décembre 2014).

EX7 : Règlement (UE) n° 528/2012 du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides (abrogation de la directive 98/8/CE du 16 février 1998 au 1er septembre 2013).

1.3.3. LES SOURCES DE DROIT A CARACTÈRE INDICATIF

Assez rigide dans son essence, le système juridique ne peut pas fonctionner sans l'apport d'éléments lui conférant une certaine souplesse : il est donc nécessaire de compléter les sources à caractère impératif par des sources à caractère indicatif, qui en précisent la portée ou qui opèrent en parallèle sans les contrarier. Par définition, et contrairement aux sources impératives, ces sources ne sont donc pas soumises à une hiérarchie : elles entretiennent avec les textes des relations mutuelles constitutives d'un système tripolaire.

1.3.3.1. Le système tripolaire textes-jurisprudence-doctrine

La **jurisprudence** a déjà été abordée : traditionnellement, le juge « dit le droit » et n'est pas censé le créer (65) ; mais cela suppose qu'il existe des textes législatifs et réglementaires assez précis à appliquer et à interpréter. S'il n'y en a pas, le juge doit néanmoins trancher, en raison de l'interdiction du déni de justice : on parle alors de **création prétorienne** ou de **droit prétorien** (66). Même lorsque des textes consistants existent, il est admis que le juge puisse créer le droit dans une certaine mesure ; seul le Droit Pénal, qui est d'interprétation stricte et soumis au principe de légalité des infractions et des peines (67), fait exception, et les créations prétoriennes y sont interdites. On en trouve en revanche en Droit Civil et en Droit Commercial, mais surtout en Droit Administratif et en Droit Constitutionnel, où les textes sont peu nombreux et souvent très généraux.

Par ailleurs, la décision juridictionnelle ne doit pas revêtir un caractère général qui ferait du juge un législateur ou un détenteur du pouvoir réglementaire : pour mettre fin aux pratiques des « parlements » (juridictions de l'Ancien Régime qui prétendaient parfois dicter sa conduite au souverain), l'article 5 du Code Civil interdit les « arrêts de règlement », et l'article 1351 du même code précise qu'une décision de justice n'a qu'une portée particulière, et ne crée d'obligations qu'aux parties au litige, même si celui-ci vient à se reproduire à l'identique.

La jurisprudence dans un domaine donné n'a donc aucune portée impérative, à une exception près : les arrêts d'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation. En ce qui concerne le Conseil d'Etat (Droit Administratif), les « arrêts d'Assemblée » (« CE, Ass. ») ont une portée plus forte que les « arrêts de Section » (« CE, Section »), qui ont eux-mêmes une portée supérieure aux arrêts ordinaires ; mais ces arrêts d'Assemblée ne constituent pas à proprement parler une jurisprudence obligatoire, comme les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de Cassation. De façon plus générale, la jurisprudence exerce une influence non négligeable sur le législateur : des lois sont souvent adoptées pour entériner une jurisprudence considérée par celui-ci comme positive, mais aussi pour mettre fin à une jurisprudence jugée regrettable. Comme les AAI, les juridictions suprêmes publient des rapports annuels qui peuvent avoir une certaine influence sur le législateur.

Les deux juridictions suprêmes effectuent une sélection de leurs arrêts qu'elles jugent particulièrement importants. Les différentes chambres de la Cour de Cassation publient un « bulletin » contenant cette sélection (« Bull. Crim. », « Bull. Civ. », « Bull. Com. », « Bull. Soc. »). Le Conseil d'Etat décide de même de publier certains de ses arrêts au « Recueil

65 Les révolutionnaires de 1789 disaient que le juge devait être « la bouche de la loi ».

66 Sur le sens de « prétorien », cf. CEHD, annexe 1.

67 CP, article 111-3. Adage issu du Droit romain : *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Lebon » (les plus importants à ses yeux), ou de signaler simplement d'autres arrêts aux « Tables » de ce recueil s'il leur accorde une importance plus faible mais une forte signification. Le Conseil Constitutionnel publie toutes ses décisions, de même que la CJCE/CJUE. C'est essentiellement la doctrine (cf. ci-dessous) qui accorde plus ou moins de publicité aux décisions des juridictions suprêmes, qui ne sont pas toutes publiées.

Dans le contexte historique français, on se défie du « gouvernement des juges », alors même que l'indépendance durement acquise de l'autorité judiciaire au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle a fréquemment amené le monde judiciaire à se heurter au pouvoir exécutif et à un monde politique (parlementaires et élus territoriaux) dont la « vertu républicaine » n'est probablement pas la qualité principale... C'est pourquoi le débat public sur le statut et la responsabilité (morale et juridique) des magistrats revêt une dimension politique essentielle.

Il est à noter que ce modèle n'est pas universel : si le système juridique français a influencé bon nombre de pays voisins du fait de la conquête napoléonienne (Belgique, Italie, Espagne, Allemagne...), les pays anglo-saxons (Royaume-Uni et pays de l'ancien Commonwealth, Etats-Unis dans une certaine mesure...) suivent un modèle (« *common law* ») où la jurisprudence a un poids considérable et fonctionne selon la règle du précédent (68) ; il en va de même pour les usages (cf. ci-dessous).

L'étude de la jurisprudence et des textes juridiques est le fait de la **doctrine** : on entend par là la communauté des juristes, qui peuvent être des universitaires ou des praticiens (avocats, magistrats, notaires, juristes d'entreprise, etc...). La doctrine s'exprime dans des ouvrages, des encyclopédies, des revues, tient des congrès et des colloques, etc..., comme toutes les disciplines, mais il est important d'observer que, sur le plan épistémologique, la fonction de recherche n'existe pas en Droit : il n'y a rien à découvrir, mais tout à expliquer et à commenter par divers jeux d'éclairage. Ces jeux sont suffisamment complexes à mettre en place pour que les juristes constituent une sorte de caste assez jalouse de sa spécificité et de son indépendance, pour des raisons à la fois historiques et pratiques (cf. Annexe 2) ; la maîtrise du Droit peut être une arme redoutable, y compris contre les puissants. Cette caste est divisée dans le contexte français en deux sous-castes, qui ne perdent aucune occasion de se gausser l'une de l'autre : les « privatistes » (formés en Droit Privé) et les « publicistes » (formés en Droit Public) ; de même, dans chacune des deux sous-castes, on parlera de « civilistes », de « pénalistes », de « commercialistes », de « travailistes » (*sic*), de « constitutionnalistes », d'« administrativistes », etc... On parle parfois des « environnementalistes » pour désigner les spécialistes du Droit de l'Environnement, mais on n'a jamais entendu parler des « alimentationnistes » (ou « alimentaristes »?) : si la doctrine universitaire s'est approprié le Droit de l'Environnement dès les années 70, il n'en va pas de même pour le Droit de l'Alimentation, qui reste essentiellement une affaire de spécialistes devenus juristes, et l'absence de Code de l'Alimentation pèse lourd dans la balance (cf. ci-dessus, 1.3.1.2.6.).

La doctrine peut exercer une certaine influence sur le législateur ou sur la jurisprudence, mais plutôt pour montrer les incohérences et les dysfonctionnements du système : dans un régime démocratique où l'électorat est souverain en principe et où l'ensemble du système juridique dérive de cette souveraineté, les juristes s'interdisent en principe de dire ce que la règle de droit devrait être ou ne pas être, ou de tenir des discours basés sur la morale ou la politique. C'est ce qu'on appelle le **positivisme juridique** : on étudie le système existant, on ne prétend

68 Cf. CEHD , 1.6..

pas le façonner ou le modifier dans ses fondements, on ne fait pas oeuvre de **légiste** et ce n'est qu'à titre privé ou dans des travaux de recherche très particulières qu'on ne peut s'aventurer dans les autres théories du Droit (théories du Droit naturel, historique ou de la déconstruction) (69)...

1.3.3.2. Doctrine administrative et expertise technique et scientifique

Mais la doctrine ne concerne pas que les juristes ; elle concerne aussi l'Administration, qui dépend du Gouvernement : il existe donc une **doctrine administrative**, qui n'est pas purement juridique, et qui tient compte des particularités et des difficultés de l'**action administrative**, au risque permanent de basculer dans l'illégalité. D'où l'importance du rôle de la jurisprudence administrative, pour redresser la barre en faveur du citoyen, alors appelé administré. La doctrine administrative s'exprime principalement de trois manières :

- par des **avis** publiés dans un Bulletin officiel : par exemple, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) du Ministère de l'Economie et des Finances publie des avis sur des questions de composition de produits alimentaires, dans son Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes (BOCCRF); les professionnels concernés ont évidemment intérêt à en prendre connaissance, mais ils ne sont pas obligés de les respecter, à leurs risques et périls : ils sont simplement avertis de la position de l'Administration sur la question ; d'autres avis sont publiés au JORF et rappellent aux professionnels l'existence d'opportunités ou de procédures à suivre ; il convient aussi de mentionner les avis des Agences de sécurité sanitaire (AFSSA/ANSES, AFFSaPS/ANSM, cf. 2.2.3.1.1.) ;

- par des réponses apportées par un Ministre à une question posée par un parlementaire ; les **réponses ministérielles** sont publiées dans une édition particulière du Journal Officiel de la République Française;

- par les **circulaires administratives**, qui émanent habituellement d'un ou plusieurs ministres et sont en général destinées aux préfets de région et de département, ou à des directeurs d'établissements publics, mais qui peuvent émaner du Premier Ministre et sont destinées aux membres du Gouvernement :

EX1 : Circulaire du 26 août 2003 (du Premier Ministre aux Ministres et Secrétaires d'Etat) relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation (JORF du 29-08-03), et circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation (JORF du 2-10-03).

EX2 : Deux circulaires du Premier Ministre du 2 mars 2004 relatives à la charte d'accueil des usagers (dans les services administratifs de l'Etat), la première destinée aux Ministres et Secrétaires d'Etat, la seconde aux préfets (JORF du 3-03-04).

EX3 : Circulaire interministérielle du 30 juin 2005 relative à la simplification du bulletin de paie (JORF du 7-09-05).

EX4 : Circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale (JORF du 1-11-05).

EX5 : Circulaire du 12 février 2007 relative à la communication sur les projets financés par l'Union européenne dans le cadre de la politique de cohésion économique et sociale (JORF du 23-02-07).

EX6 : Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (JORF du 17-05-07).

EX7 : Circulaire du 7 janvier 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'Etat (JORF du 9-07-08).

EX8 : Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique (JORF du 18-09-09).

69 Cf. CEHD , partie 2. Les légistes du Moyen-Age étaient non seulement des gens qui connaissaient et étudiaient le Droit, mais aussi des inspirateurs du souverain en matière d'évolution des règles (cf. CEHD, 1.1.). Les juristes d'aujourd'hui sont donc les héritiers des légistes sur le premier point, dans un but de formation et de prestation de services, mais non sur le second, positivisme juridique oblige.

EX9 : Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément (JORF du 20-01-10).

EX10 : Circulaire du 21 juin 2010 relative à la participation du Parlement national au processus décisionnel européen (JORF du 22-06-10).

EX11 : Circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales (JORF du 18-02-11).

EX12 : Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF du 3-03-11).

EX13 : Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement de la transaction pour régler amiablement les conflits (JORF du 8-04-11).

EX14 : Circulaire du 23 mai 2011 relative aux dates communes d'entrée en vigueur des normes concernant les entreprises (JORF du 24-05-11)

EX15 : Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques (JORF du 27 mai 2011).

EX16 : Circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit (JORF du 8-07-11).

EX17 : Circulaire du 16 août 2011 relative à la mise en oeuvre du programme national très haut débit et de la politique d'aménagement du territoire (JORF du 17-08-11)

EX19 : Circulaire du 10 février 2012 relative à la professionnalisation des achats des établissements publics de l'Etat (JORF du 15-02-12).

Comme les réponses ministérielles, les circulaires contiennent des interprétations du droit existant (législation et réglementation, parfois un peu de jurisprudence), mais aussi des préconisations et des recommandations diverses qui ne sont pas à proprement parler juridiques, mais qui peuvent porter sur la terminologie :

EX1 : Une circulaire du SGG du 20 octobre 2000 (JORF du 31-10-00) tranche sur le concept terminologique d'**alinéa** dans un texte à caractère impératif, codifié ou non, en faveur de la position du Parlement et contre celle du Conseil d'Etat (suivie jusqu'alors par le Gouvernement) et des dictionnaires de référence : est un alinéa tout passage à la ligne suivante, quand bien même la ligne incomplète ne constituerait pas la fin d'une phrase (point) et se terminerait par deux points ou un point-virgule ; position très discutable sur le plan de la logique grammaticale, mais qui a le mérite de la clarté et de la rapidité du comptage des alinéas dans l'examen des textes.

EX2 : Une circulaire ministérielle du 2 mars 2005 (BOMEDD n° 9/2005) fait la synthèse de plusieurs réponses ministérielles antérieures concernant la définition du **cours d'eau**, qui font elles-mêmes la synthèse de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation sur la question, sachant que de nombreux textes législatifs et réglementaires s'y réfèrent sans le définir ; les deux critères à apprécier au cas par cas sont :

- la présence et la permanence d'un lit naturel à l'origine, éventuellement artificialisé de façon localisée, mais qui distingue le cours d'eau du canal ou du fossé ;
- la permanence d'un débit suffisant une majeure partie de l'année (existence de cours d'eau intermittents en zone méditerranéenne), ce qui distingue le cours d'eau d'un vallon ou d'une vallée sèche occasionnellement soumis à un ruissellement (talweg).

Mais il existe une définition particulière du cours d'eau, ayant pour base les cartes de l'IGN au 1/25000ème portée par l'article 1er de l'arrêté ministériel du 13 juillet 2010 modifié, qui précise le sens à donner au « cours d'eau » mentionné à l'article D 615-46-I du CRPM: «...cours d'eau représentés en trait bleu plein sur les cartes les plus récemment éditées au 1/25000ème par l'IGN », exception faite des canaux réalisés conformément à la réglementation ou démultipliés dans les zones de marais, et avec possibilité pour le préfet d'ajouter des cours d'eau intermittents en trait pointillés sur la même carte (talwegs pertinent pour le ruissellement et/ou l'érosion des sols). Cette définition ne vaut que pour l'application de ce texte lié à l'éco-conditionnalité des aides publiques de la PAC, et ne rend pas caduque au niveau général celle qui est fournie par la circulaire.

Du point de vue de l'ingénieur, les circulaires administratives sont utiles et intéressantes à étudier, car elle reflètent les préoccupations administratives du moment et décrivent des actions en cours ou à prévoir. Elles peuvent être publiées au Journal Officiel, dans des Bulletins officiels des Ministères, ou ne pas être publiées, auquel cas elles sont accessibles au public sur le fondement du droit d'accès aux documents administratifs. Mais, avec les instructions ou les directives administratives, elles ont une propension occasionnelle à

s'écarter de leur fonction interprétative et à créer des contraintes non prévues par les textes à caractère impératif, ce qui leur confère un caractère impératif et les entache d'illégalité (70) :

EX1 : L'Association « Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoir » obtient l'annulation d'une circulaire ministérielle du 1^{er} mars 2000, comme fixant une dérogation contraire aux dispositions du décret n° 97-903 relatif à la protection des animaux au moment de leur mise à mort (décret codifié par les articles R 214-63 à R 214-81 du CRPM) (CE, 10 octobre 2001, Association « Oeuvre d'assistance aux bêtes d'abattoir ») ; la pratique de l'abattage rituel hors abattoir par les chefs de famille lors de la fête musulmane de l'Aïd-el-Kébir (fin du ramadan) reste irrégulière, même si elle est tolérée. La tolérance administrative ne crée aucun droit au profit des administrés, et est dangereuse pour l'Administration elle-même.

EX2 : Une association interprofessionnelle agricole obtient l'annulation des dispositions d'une circulaire ministérielle imposant des critères de reconnaissance d'organisations de producteurs dans les filières bovine et ovine non prévus par les textes applicables (CE, 30 avril 2003, Association pour la défense des libertés des éleveurs et des acteurs des filières de l'élevage).

EX3 : L'Association nationale des industries alimentaires (ANIA) obtient l'annulation de deux « notes d'information » de 2004 et 2005, émanant du ministre de l'économie et des finances, sur les modalités d'application de l'article L 441-2 du Code de Commerce (CE, 21 mai 2007, ANIA).

L'arriération historique de l'Administration française dans le domaine juridique – en voie de régression du fait de la vigilance croissante des administrés qui saisissent de plus en plus les juridictions administratives pour défendre leurs droits, ainsi que d'un effort certain en matière de **réforme de l'Etat** – a pour origine le « culte de la circulaire » en lieu et place de l'application directe des textes à caractère impératif : les défauts de qualité des circulaires, qui ne sont pas nécessairement accidentels, ont alors des conséquences graves sur le terrain. La **culture de l'opportunité** doit finalement laisser la place à une **culture de la légalité**, le Droit Administratif fournissant à cet égard l'arsenal nécessaire à l'encontre de la « résistance des bureaux » et du poids des mauvaises habitudes : recours pour excès de pouvoir non soumis au ministère d'avocat en première instance (cf. Annexe 2) et droit d'accès aux documents administratifs garanti par la législation. Malgré cela, on observe encore trop souvent des comportements technocratiques arrogants qui privilégient la culture de l'opportunité.

La prolifération des circulaires, leur accessibilité difficile et l'absence de « toilettage » dans leur empilement ont amené le Premier Ministre à réagir : il a donc été décidé que « les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont tenues à la disposition du public sur un site internet relevant du Premier ministre », ou sur un site assimilable par arrêté du Premier Ministre ; à partir du 1^{er} mai 2009, celles qui ne sont pas reprises sur ce site ne sont pas applicables, et les services ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés ; toutefois, les administrés peuvent se prévaloir des circulaires antérieures à cette date si la loi le leur permet(71).

Très proches des circulaires sont les **instructions** ministérielles ou interministérielles : elles revêtent pour les échelons subordonnés un caractère plus directif que les circulaires, mais sans constituer pour autant une catégorie juridique distincte.

70 Elles acquièrent alors la qualité d'« acte administratif unilatéral décisif et faisant grief » susceptible de recours pour excès de pouvoir ; cf Annexe 2. Le Conseil d'Etat a récemment infléchi sa jurisprudence : il suffit qu'une circulaire ou une instruction contienne des dispositions impératives à caractère général pour qu'elle « fasse grief » à un administré, ce qui rend recevable le recours pour excès de pouvoir à son encontre (CE, Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères) ; auparavant, il se contentait de rechercher si la circulaire était purement interprétative ou revêtait un caractère réglementaire (CE, Ass., 29 janvier 1954, Institution Notre-dame du Kreisker). En pratique, la différence est minime.

71 Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 modifié relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires. Arrêté du Premier Ministre du 10 septembre 2012 relatif à la mise à disposition des instructions et circulaires publiées au Bulletin officiel des finances publiques-impôts (<http://bofip.impots.gouv.fr>).

EX1 : Instruction n° 89-13 du 26 décembre 1989 relative à la gestion du chamois et de l'isard (Brochure JORF n° 1734-II : La montagne - Protection, 2002, p. 273) ;

EX2 : Instruction du 4 mars 2002 relative à la lutte contre la pollution du milieu marin (JORF du 4-04-02), modifiée par l'instruction du 11 janvier 2006 portant adaptation de la réglementation relative à la lutte contre la pollution du milieu marin (POLMAR) (JORF du 13-01-06). 3 autres instructions ont été publiées en 2008.

EX3: Instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale (annexe à l'arrêté du Premier Ministre du 30 novembre 2011 sur la protection du secret de la défense nationale) (JORF du 2-12-11).

EX4: Une société semencière obtient l'annulation partielle d'une instruction ministérielle imposant des règles d'étiquetage sur les semences susceptibles de contenir accidentellement des OGM, mais n'obtient pas satisfaction sur un autre point (72) ; absence de fondement légal de l'instruction sur le premier point en l'absence de transposition de la directive 90/220/CEE modifiée, mais, sur le second point, légalité de l'obligation d'autocontrôle prévue par l'article L 212-1 du Code de la Consommation, faute de quoi le délit de tromperie prévu par l'article L 213-1 du même code serait constitué. Cette situation a été modifiée par l'article 21-I, alinéa 2, de la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux OGM, qui prévoit un étiquetage obligatoire des lots de semences contenant des traces accidentelles d'OGM au-dessus d'un seuil fixé par décret ou par le Droit de l'UE.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a dégagé en 1970 (73) une autre source à caractère voisin de la circulaire : la **directive administrative** (à ne pas confondre avec la directive communautaire). Le fait que certains textes soient qualifiés par l'Administration de directives ne préjuge pas de leur appartenance à cette catégorie jurisprudentielle (74). En ce qui concerne leurs effets respectifs, la doctrine formule le diagnostic suivant :

« Le commun caractère non décisif des circulaires et des directives (véritables) ne signifie pas que leurs régimes soient identiques.

Les directives sont, à la fois, opposables aux administrés, par l'Administration (qui est en droit de fonder sur elles ses décisions) et invocables par les administrés (qui peuvent en faire l'objet d'un débat contentieux).

(...) Quant aux circulaires, elles ne sont, en vertu de leur statut jurisprudentiel, ni opposables aux administrés par l'Administration (qui commet une erreur de droit en fondant une décision sur une circulaire), ni invocables par les administrés, que ce soit pour en réclamer l'application ou pour exciper de leur illégalité » (75).

L'équivalent communautaire de la circulaire administrative est la « **communication** », qui est un acte non prévu par la nomenclature de l'article 288 du TFUE, et qui est beaucoup moins fréquente ; la doctrine de la Commission européenne se reflète aussi dans d'autres « actes hors nomenclature » : les « Livres verts » (avant consultation du public) et les « Livres blancs » (après consultation du public), qui font le point sur une question de Droit Communautaire préfigurent souvent de futurs textes à caractère impératifs.

EX1 : Communication interprétative n° 91/C270/02 de la Commission concernant les dénominations de vente des denrées alimentaires (JOCE C 270 du 15 octobre 1991). La Commission y commente la jurisprudence postérieure à : CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentrale c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, aff. n° 120-78. L'Etat allemand prétendait interdire à un groupe de la grande distribution la commercialisation de la liqueur de cassis de Dijon, importée de France et titrant entre 15° et 20° d'alcool, au motif que les produits de ce type devaient titrer entre 25° et 32° selon la législation fiscale allemande. Le « Finanzgericht des Landes Hessen », saisi du litige, a posé une question préjudicielle à la CJCE, qui a répondu qu'une telle mesure nationale est une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative aux importations intracommunautaires au sens de l'article 28 (alors 30) du TCE (aujourd'hui article 34 du TFUE).

EX2 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 21 février 2002 « Vers un partenariat mondial pour un développement durable » (COM/2002/0082 final/2).

Mais la doctrine administrative ne peut être omnisciente : il lui est souvent nécessaire de s'appuyer sur une doctrine technique ou scientifique, qui est elle-même fonction de l'état des

72 CE, 20 novembre 2002, Société Golden Harvest-Zelder.

73 CE, Sect., 11 décembre 1970, Crédit foncier de France.

74 Par exemple : Directive nationale d'orientation relative au plan d'action gouvernemental en faveur de l'assiduité scolaire et de la responsabilisation des familles (JORF du 18-10-03).

75 René CHAPUS : Droit du contentieux administratif – Montchrestien, 2001, § 650 (3°).

connaissances du moment. C'est pourquoi les textes législatifs ou réglementaires prévoient fréquemment la consultation d'un ou plusieurs **organismes consultatifs**, qui rendent des **avis** dans leur domaine de compétence. Ces commissions, comités ou conseils sont très nombreux et existent à différents niveaux géographiques (national, régional, départemental), à tel point que le Gouvernement s'est engagé dans un processus de réforme en adoptant l'ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre ; cela concerne surtout le niveau départemental. En 2006, plusieurs décrets d'application ont concrétisé cette réforme (76). L'article 2 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 prévoit que les organismes consultatifs institués par voie réglementaire ont une durée d'existence de 5 ans renouvelables, et que leur création et leur renouvellement est accompagnée d'une étude d'opportunité.

Le rôle précis de ces organismes consultatifs est défini par les textes applicables : leur consultation est tantôt obligatoire, tantôt facultative, et ils peuvent parfois s'autosaisir. Mais ces instances ont parfois aussi un pouvoir d'initiative, qui est reflété par l'expression « sur proposition de... » dans le texte législatif ; dans ce cas, l'absence de proposition prive l'autorité administrative du pouvoir d'adopter un acte administratif unilatéral (réglementaire ou individuel) dans le domaine concerné, mais celle-ci peut ne pas donner suite à la proposition. Si, en théorie, cette autorité peut s'écarter de l'avis formulé, celui-ci est le plus souvent suivi. Les organismes consultatifs ont donc fréquemment une influence très forte sur la décision administrative.

EX1 : Dans le domaine très controversé des OGM en agriculture, la Commission du génie biomoléculaire, prévue par l'article L 531-4 du Code de l'Environnement et remplacée en 2008 par le Haut Conseil des biotechnologies, donnait un avis sur le risque environnemental de la dissémination, et c'est le ministre chargé de l'agriculture qui prend (ou non) un arrêté autorisant la mise en culture de la variété transgénique, après accord du ministre chargé de l'environnement ; les praticiens privés et publics tendaient dans leur discours à faire de cette Commission l'instance de décision, ce qui est formellement faux mais fondamentalement vrai.

EX2 : En matière de protection du consommateur (Code de la Consommation), la Commission des clauses abusives et la Commission de sécurité des consommateurs rendent des avis qui sont publiés, sans avoir aucun pouvoir de décision ou de sanction ; leur influence est cependant très forte, au point que le Conseil d'Etat a vu dans ces instances des AAI dans son rapport annuel 2001.

1.3.3.3. Les avis et recommandations

Les **avis** de ces instances consultatives ou d'autres organismes détenant des pouvoirs effectifs (juridictions, AAI...) ne sont donc pas contraignants, par définition, sauf dans les rares hypothèses d'exigence par la loi d'un avis conforme : cela revient alors à conférer un pouvoir de co-décision à l'organisme consultatif, qui ne l'est donc plus vraiment.

EX1 : Selon l'article L 2213-20 du CGCT, le maire d'une commune peut fixer la date de début des vendanges dans une commune viticole (« ban de vendanges »), sur avis conforme du Conseil municipal, et après avoir recueilli l'avis (simple) des présidents de groupements viticoles existant dans la commune : ce sont en fait le maire et le Conseil municipal qui décident ensemble, le maire pouvant ne pas donner suite à l'avis conforme du Conseil, qui ne prend pas une délibération classique en l'espèce. Il en résulte que le « ban de vendanges » n'a aucun caractère obligatoire dans les communes viticoles, c'est plutôt un usage local qui fait toutefois l'objet d'une procédure spécifique d'adoption.

76 Décret n° 2006-662 du 7 juin 2006 relatif à la réorganisation, au retrait de magistrats et à la suppression de diverses commissions administratives ; décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives ; décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif.

EX2 : Selon l'article L 213-9-1 alinéa 3 du Code de l'Environnement, les délibérations du conseil d'administration d'une Agence de l'eau relatives au programme pluriannuel d'intervention et aux taux des redevances des usagers de l'eau sont prises sur avis conforme du Comité de bassin, où les différentes catégories d'usagers sont représentées (d'où le surnom de « Parlements de l'eau » donnés aux Comités de bassin).

D'autres types d'avis peuvent être fournis par les juridictions suprêmes ou par des autorités administratives indépendantes (77).

En Droit communautaire/de l'Union, les **avis et recommandations** des institutions communautaires font partie de la nomenclature du droit dérivé prévue par l'article 288 du TFUE. Le Comité économique et social européen rend de nombreux avis, publiés au JOCE/JOUE (série C).

Lorsqu'on étudie une question particulière, les avis et recommandations ne doivent pas être négligés, dans la mesure où ils préfigurent souvent l'élaboration de textes contraignants. On peut leur adjoindre à cet égard les projets de textes qui ne sont pas encore adoptés, et qui sont portés à la connaissance des parties intéressées pour que celles-ci fassent valoir leurs observations.

1.3.3.4. La pratique institutionnalisée : coutume, usages et bonnes pratiques

Dans un système juridique basé sur les textes écrits, ce qui reste du domaine verbal ne peut jouer qu'un rôle marginal. La **coutume**, qui était très développée dans l'Ancien Droit (avant 1789), joue actuellement un rôle supplétif et marginal par rapport à la règle écrite : on n'y fait appel qu'en cas de nécessité, et à condition que le contenu de la coutume n'aille pas à l'encontre de la règle en vigueur. Les **usages** ne sont pas essentiellement différents de la coutume, mais ils s'en distinguent en ce que la coutume est très ancienne, voire immémoriale, et qu'elle est tenue pour règle par une croyance générale. Certains usages peuvent apparaître comme une coutume en formation.

On distingue trois types de coutume (et d'usages) selon leur rapport à la loi :

a) la coutume *secundum legem*, lorsque la loi y renvoie expressément ; tel est le cas de certaines dispositions du Code Civil ou du Code Rural, qui renvoient aux « usages locaux » pour l'application concrète de telle ou telle règle ;

b) la coutume *praeter legem*, lorsque la loi est muette (cf. note de bas de page de l'exemple suivant) ;

c) la coutume *contra legem*, lorsque la loi s'y oppose :

EX1 : Les « pas-de-portes » en agriculture (78) sont prohibés par l'article L 411-74 du CRPM.

EX2 : La vente de muguet du 1^{er} mai sur la voie publique sans autorisation est illicite ; ce n'est pas parce qu'elle est habituellement tolérée qu'il s'agit d'une coutume *praeter legem* : il s'agit en fait d'une coutume *contra legem*

77 La Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et la CJCE/CJUE peuvent rendre des avis ; les TA peuvent fournir un avis (confidentiel) au préfet de département qui en fait la demande, et les CAA peuvent faire de même pour le préfet de région (CJA, articles L 212-1, R 212-1 à R 212-4). Les avis du Conseil d'Etat sont de deux types : ceux qui sont fournis au Gouvernement à sa demande, et qui peuvent être publiés dans son rapport annuel sans être par ailleurs accessibles au public à un niveau général (article 1^{er} alinéa 3 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée), et des « avis contentieux » rendus à la demande d'un TA ou d'une CAA (CJA, articles L 113-1, R 113-1 à R 113-4), qui sont publiés au JORF.

78 Aussi appelé « chapeau », le « pas-de-porte » est une somme payée par le fermier entrant au fermier sortant, voire au propriétaire, et qui est économiquement la contrepartie de l'accession à un statut privilégié (la loi protège fortement le fermier) ; chez les commerçants, il s'agit d'un usage *praeter legem*.

(79). D'une manière générale, la tolérance administrative ne crée aucun droit subjectif et constitue une pratique dangereuse pour toutes les parties en présence.

Les **usages locaux** ont un caractère agricole et rural et font en principe l'objet d'une « codification » au niveau départemental : ils sont approuvés par le Conseil général après avis de la Chambre d'Agriculture. « Ces recueils de coutumes et usages locaux sont régulièrement tenus à jour, en particulier dans les zones d'érosion (des sols agricoles) définies à l'article L 114-1 » du Code Rural, ce qui laisse entendre que ces usages anciens sont d'une actualité précieuse en l'espèce (80). Par ailleurs, les appellations d'origine contrôlée (AOC) sont historiquement basées sur des « usages locaux, loyaux et constants » (81).

Les **usages professionnels** concernent la vie économique et illustrent la souplesse du Droit Commercial : constitue par exemple un usage professionnel la durée du crédit « fournisseurs » ou « clients », sauf si la loi vient à le plafonner, notamment pour certains produits agroalimentaires (82). Le « code des usages de la charcuterie » constitue un autre exemple, pris dans l'agroalimentaire.

Les **bonnes pratiques** sont apparues plus récemment et ont pour origine l'industrie pharmaceutique ; les principes relatifs aux bonnes pratiques de fabrication pour diverses catégories de produits relevant du Code de la Santé Publique (83) sont fixées par arrêté ministériel ou interministériel, ou encore par décision du directeur général de l'AFSSaPS (84). Elles ne sont pas essentiellement différentes des usages professionnels, mais semblent moins stables que ceux-ci, la technologie évoluant plus rapidement que les savoirs de type artisanal. Outre ces « bonnes pratiques de fabrication » des produits de santé, on peut citer :

EX1 : Le « code de bonnes pratiques agricoles » issu de la directive 91/676/CEE du 12 décembre 1991 relative à la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole et figurant en annexe de l'arrêté du 22 novembre 1993, qui la transpose sur ce point.

EX2 : Les « codes de bonnes pratiques sylvicoles » sont élaborés par les Centres régionaux de la propriété forestière (CRPF) puis approuvés par le préfet de région, et sont présumés constituer une garantie de gestion durable de la forêt privée (85).

EX3 : Les Etats membres de l'UE doivent faire respecter par les exploitants agricoles demandant les aides directes de la PAC les « bonnes conditions agricoles et environnementales » pour les terres agricoles (86).

79 CA Paris, 13 février 1992, Chambre syndicale des fleuristes de la région parisienne c./ Parti Communiste Français : même si elle est tolérée, la vente militante du muguet du 1^{er} mai sur la voie publique sans autorisation est sanctionnée de peines contraventionnelles, et constitue donc un usage *contra legem*.

80 CRPM, article L 511-3.

81 S'agissant des vins et spiritueux, cf. les articles L 641-19 et L 641-20 du CRPM.

82 C. Com., articles L 441-7 & L 443-1.

83 CSP, articles L 5121-5 (préparation, importation et distribution des médicaments), L 5131-5 (fabrication des produits cosmétiques), L 5133-5 (fabrication, importation et distribution des réactifs destinés aux laboratoires d'analyse de biologie médicale), L 5138-2 (fabrication et distribution des matières premières à usage pharmaceutique), L 5142-3 (distribution en gros des médicaments vétérinaires), R 5121-179 (pharmacovigilance). Directive 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain ; directive 2003/94/CE du 8 octobre 2003 établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain.

84 Exemples : arrêté du 21 avril 2005 relatif aux bonnes pratiques de distribution en gros des médicaments vétérinaires, et arrêté du 28 avril 2005 relatif aux bonnes pratiques de pharmacovigilance ; arrêté du 6 mars 2008 relatif aux bonnes pratiques de préparation des autovaccins à usage vétérinaire. Décision du 24 juillet 2009 relative aux bonnes pratiques de fabrication (des médicaments) (JORF du 20-09-09).

85 CF, articles L 122-3 alinéa 8, L 124-2, L 313-3, D 313-8 à D 313-11.

86 Article 6 et annexe III du règlement (CE) n° 73/2009 du 19 janvier 2009 modifié établissant les règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la PAC et établissant certains régimes de soutien

EX4 : En matière d'utilisation des pesticides (produits phytopharmaceutiques au sens de la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 modifiée), la détermination de la limite maximale de résidus (LMR) de ces produits « dans et sur les denrées alimentaires » est fonction des « bonnes pratiques agricoles » (BPA) en ce qui concerne leur emploi sur l'exploitation, et de la « BPA critique » qui est celle qui permet de déterminer le niveau maximal acceptable de résidus compte tenu de l'impératif de santé publique tendant à fixer la LMR au plus bas niveau possible (87).

EX5 : Les « guides de bonnes pratiques hygiéniques » sont issus de l'article 5 de la directive 93/43/CEE du 14 juin 1993 relative à l'hygiène des denrées alimentaires, remplacée par un règlement (CE) n° 852/2004 du 29 avril 2004 : ils sont élaborés par des organisations professionnelles et validés par le Ministre chargé de l'Alimentation.

EX6 : Les « bonnes pratiques de laboratoire » ont été élaborées par l'OCDE en 1981 et reprises par la Communauté européenne (88) : selon l'article 2.1 de l'annexe du décret du 25 mars 1981 modifié (mesure de transposition des directives communautaires), elles « se rapportent au mode d'organisation des études et aux conditions dans lesquelles les études en laboratoire sont planifiées, réalisées, contrôlées, enregistrées et diffusées » ; l'article L 5121-7 du CSP fait référence à la conformité aux bonnes pratiques de laboratoire pour les « essais non cliniques destinés à évaluer les propriétés et l'innocuité des médicaments à usage humain », et l'article L 5141-4 du même code y fait référence de la même manière pour les médicaments vétérinaires.

EX7 : « Les règles de bonnes pratiques qui s'appliquent au prélèvement, à la préparation, à la conservation, au transport et à l'utilisation des organes du corps humain sont élaborées par l'Agence de la biomédecine après avis de l'AFSSaPS. Ces règles sont approuvées par arrêté du ministre chargé de la santé » (CSP, article L 1235-5).

EX8 : Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (JORF du 15-02-12).

EX9 : La responsabilité médicale peut être mise en jeu en cas de non respect des « recommandations de bonne pratique » instituées par la Haute Autorité de santé, qui complètent les « recommandations médicales opposables », à contenu négatif (traitements inutiles ou dangereux) (89).

Au niveau du Droit communautaire, la réforme de la PAC qui a eu lieu en 2003 et qui a été confirmée en 2009 (règlements dits du « bilan de santé de la PAC ») a instauré la conditionnalité des aides publiques versés aux agriculteurs, que ce soit dans les organisations communes de marché (« premier pilier » de la PAC) ou dans les mesures de « développement rural » (« second pilier » de la PAC). La conditionnalité est définie comme le respect des « exigences réglementaires en matière de gestion » (respect d'un certain nombre de règlements et de directives hors PAC) et des **bonnes conditions agricoles et environnementales** » (BCAE) par les articles 4 à 6 du règlement (CE) n° 73/2009 (cf. note 80) : on a ici affaire à une notion voisine des bonnes pratiques professionnelles, qui seraient appliqués à l'espace agricole, puisqu'une distinction claire est établie avec les exigences des textes impératifs énumérées à l'annexe II de ce texte. Ces bonnes conditions sont définies par l'article 6 et l'annexe III de ce texte, par des dispositions spécifiques concernant le maintien des terres consacrées aux pâturages permanents dans le règlement d'application ainsi que par des textes réglementaires français d'adaptation (90) : ce seraient donc plutôt des « bonnes

en faveur des agriculteurs, modifiant divers règlements et abrogeant le règlement (CE) n° 1782/2003. Cf. note 90 pour l'application de ce règlement en France.

87 Article 3§2 du règlement (CE) n° 396/2005 du 23 février 2005 modifié concernant les limites maximales applicables aux résidus de pesticides présents dans ou sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux d'origine végétale ou animale et modifiant la directive 91/414/CEE.

88 Directive 2004/9/CE du 11 février 2004 concernant l'inspection et la vérification des bonnes pratiques de laboratoires (BPL) (version codifiée) ; directive 2004/10/CE du 11 février 2004 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application des principes de bonnes pratiques de laboratoire et au contrôle de leur application pour les essais sur les substances chimiques. Décret n° 2006-1523 du 4 décembre 2006 concernant les bonnes pratiques de laboratoire ; C. Env., articles D 523-8 (Annexes I et II) à D 523-11.

89 CSS, article L 162-12-15.

90 Articles 3 et 4 du règlement (CE) n° 1122/2009 du 30 novembre 2009 modifié (règlement d'application du règlement (CE) n° 73/2009, précité). CRPM, articles D 615-45 à D 615-61, D 681-4 à D 681-7; arrêté ministériel du 13 juillet 2010 modifié relatif aux BCAE.

pratiques administratives », puisque les contraintes pèsent d'abord sur l'Etat soucieux de voir ses exploitants agricoles bénéficier pleinement des aides directes de la PAC.

1.3.3.5. Les normes et spécifications de type normatif

1.3.3.5.1. Les normes stricto sensu

Si l'usage professionnel concerne historiquement l'agriculture, l'artisanat et le commerce, le développement industriel au XX^{ème} siècle a amené la nécessité de trouver un langage commun et des références communes dans les contrats portant échanges de produits industriels et est à l'origine de la normalisation : une **norme** est un document écrit, élaboré par des professionnels, et validé par un organisme de normalisation :

(Décret n° 2009-687 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, article 1er) : « La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations.

Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

Une norme est « une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :... (norme internationale ISO, norme européenne EN, norme nationale) » (art. 1er de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 modifiée).

Une norme est un « document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices, ou des caractéristiques, pour des activités ou des résultats garantissant un niveau d'ordre optimal de la communauté dans son ensemble » (Guide ISO/CEI 2).

Il peut exister une connexion entre « bonnes pratiques » industrielles et normes, comme le précise l'article 1er du décret du 16 juin 2009, ce qui n'était pas explicitement prévu dans le décret antérieur de 1984 qu'il abroge et remplace.

EX : L'article 8 du règlement (CE) n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques crée une présomption réfragable (cf. Annexe 4) de conformité aux bonnes pratiques de fabrication de ces produits si ces bonnes pratiques ont fait l'objet de normes EN publiées au JOUE.

Si les normes portent surtout sur des méthodes d'échantillonnage et d'analyse, elles peuvent aussi porter sur la terminologie et la définition de certains produits et services.

EX1 : La norme NF V 01-002 (2003) précise la distinction entre « sécurité alimentaire » (*food security*) et « sécurité des aliments » (*food safety*), le premier concept signifiant « sécurité de l'approvisionnement alimentaire » pour un Etat ou un groupe d'Etats, le second étant synonyme de « sécurité sanitaire alimentaire », ou « sécurité des denrées alimentaires » (norme NF EN ISO 22000 (2005) (91).

EX2 : Sont définis sur le fondement d'une norme le tonny (« lait de soja ») et les produits à base de tonny (NF V 29-001), le « jambon cuit supérieur » (NF V 40-100), le saumon fumé (NF V 45-065), etc.

Chaque Etat nation a son organisme de normalisation et deux ou trois lettres qui l'identifient avant le numéro de la norme elle-même (NF en France, BS au Royaume-Uni, DIN en Allemagne, etc...), mais les contraintes du commerce international favorisent une montée des normes européennes (EN) ou internationales (ISO). Le Comité européen de normalisation

91 Toutefois, la Commission générale de terminologie et de néologie attribue les deux significations à la fois à « sécurité alimentaire », et décompose celle-ci en « innocuité alimentaire » et « suffisance alimentaire » (avis publié au JORF du 7-09-07). Cf. Alain SOROSTE : « Sécurité alimentaire » et sécurité des aliments, Option Qualité n° 264, octobre 2007, pp. 5-6. A notre sens, les définitions normatives ont une portée plus forte que les choix discutables de cette commission.

(CEN) a été créé en 1961 et élabore les normes EN, qui reprennent souvent les normes ISO ; ainsi doit-on considérer qu'une norme NF EN ISO est très solide et n'est guère contestable au niveau international, et qu'une norme NF EN a le même caractère sur le marché intérieur de l'Union européenne. L'article 7 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information prévoit pour un organisme national de normalisation une obligation de suspension de ses travaux en cas d'élaboration simultanée d'une norme EN sur le même sujet. Le financement de la normalisation européenne a fait l'objet de la décision 2006/1673/CE du 24 octobre 2006.

La normalisation est à la base de l'**assurance qualité**, ou **certification d'entreprise** : un organisme indépendant accrédité certifie qu'une entreprise, considérée sous un angle concret (une usine, certains sites ou locaux), est gérée conformément à une norme reconnue au niveau international (notamment les séries ISO 9000 pour la qualité des procédés de fabrication et ISO 14000 pour le management environnemental). Des normes plus sophistiquées, combinant les deux préoccupations, sont à l'étude. La norme ISO 22000, adoptée en septembre 2005, constitue une combinaison de la norme ISO 9001 (sur le plan de l'architecture) et de la démarche HACCP, présentée ci-après (sur le plan du contenu).

1.3.3.5.2. Les spécifications de type normatif, ou « paranormes »

D'autres spécifications techniques peuvent être assimilées aux normes sans en avoir le statut, et ne sont guère éloignées des usages professionnels : on peut citer les « décisions » du Centre technique des conserves de produits alimentaires (CTCPA), ou des délibérations du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins (92). Ces sources sont « approuvées » par arrêté ministériel, ce qui les transforme en sources à caractère impératif.

Parmi les paranormes, on doit signaler spécifiquement le « **système HACCP** » (ou « méthode HACCP ») défini d'abord par l'article 3§2 de la directive-cadre 93/43/CEE sur l'hygiène alimentaire, puis par l'article 5 du règlement (CE) n° 852/2004 qui la remplace. Il en résulte que des textes réglementaires français transposant cette directive (entre autres) y font explicitement référence (93), de même que d'autres textes communautaires (94). Ce système

92 Malgré ces dénominations, le Conseil d'Etat considère que ces « décisions » ou « délibérations » sont assimilables aux usages professionnels et qu'elles ne peuvent acquérir une force contraignante que si elles sont reprises par un décret prévu par l'article L 214-1 du Code de la Consommation, et non par une décision ministérielle d'approbation (CE, 13 mars 1992).

93 Article 17 de l'arrêté interministériel du 9 mai 1995 modifié réglementant l'hygiène des aliments remis directement au consommateur ; article 20 de l'arrêté ministériel du 3 avril 1996 fixant les conditions d'entreposage des denrées animales et d'origine animale ; article 14 de l'arrêté interministériel du 28 mai 1997 relatif aux règles d'hygiène applicables à certains aliments et préparations alimentaires destinés à la consommation humaine ; article 5 de l'arrêté interministériel du 29 septembre 1997 fixant les conditions d'hygiène applicables dans les établissements de restauration collective à caractère social ; article 12 de l'arrêté interministériel du 6 juillet 1998 relatif aux règles d'hygiène applicables aux établissements d'entreposage de certaines denrées alimentaires ; article 11 de l'arrêté interministériel du 20 juillet 1998 modifié fixant les conditions techniques et hygiéniques applicables au transport des aliments : la méthode HACCP porte ici sur les autocontrôles et vérifications à effectuer par l'entreprise de transport, qui peut être l'entreprise agricole ou industrielle elle-même.

94 Article 29 du règlement (CE) n° 1069/2009 du 21 octobre 2009 établissant les règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux non destinés à la consommation humaine. Article 6 du règlement (CE) n° 183/2005 du 12 janvier 2005 modifié établissant des exigences en matière d'hygiène des aliments pour animaux.

est aussi applicable dans l'industrie de l'alimentation animale (95). La méthode HACCP est l'outil privilégié pour effectuer les autocontrôles institués par l'article L 212-1 du Code de la Consommation, un autre outil essentiel étant la **traçabilité** (cf. note 360). La norme ISO 22000, déjà présentée, englobe les principes relatifs à la démarche HACCP.

En matière de commerce international des produits alimentaires, on parle parfois de « normes Codex » : il s'agit des préconisations de la **Commission du Codex Alimentarius (CCA)**, organisme créé en 1962 conjointement par la FAO et l'OMS, et ayant acquis une importance accrue en 1994 lors de la signature des accords TBT et SPS de l'OMC. Les « normes Codex » portent sur la définition des produits et leur composition, sur les additifs alimentaires, sur l'étiquetage et les allégations nutritionnelles, mais aussi sur des questions plus générales et transversales en matière alimentaire : il ne s'agit pas d'une « réglementation internationale », mais d'un système de références communes pour faciliter le commerce international et fournir une base au règlement des différends entre Etats en cas d'entrave à la libre circulation des produits. L'article 13 du règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 sur la législation alimentaire fait référence à ces « normes techniques internationales », à l'élaboration desquelles la Communauté et les Etats membres participent.

Les **guides de bonnes pratiques hygiéniques** sont maintenant préconisés par le règlement (CE) n° 852/2004 ; il s'agit plus précisément de « guides de bonnes pratiques d'hygiène et d'application des principes HACCP », à caractère national ou communautaire, et qui peuvent être inspirés par le volume A du Codex Alimentarius, le même dispositif étant prévu en matière d'alimentation animale (96). Les guides nationaux peuvent être élaborés par les organismes nationaux de normalisation au sens de la directive 98/34/CE (donc l'AFNOR dans le contexte français), et doivent être communiqués à la Commission européenne pour être enregistrés et mis à la disposition des autres Etats membres, tant en vertu de l'article 8§4 du règlement qu'au titre de la procédure générale de notification des paranormes instituée par la directive 98/34/CE. Les guides communautaires sont publiés au JOUE (série C) et font l'objet des révisions appropriées en fonction de l'évolution technologique et scientifique.

L'UE représente les Etats membres auprès de la CCA, ce qui devrait faciliter l'émergence de guides communautaires ayant la primauté sur les guides nationaux et évitant les disparités préjudiciables aux professionnels et au principe de libre circulation des produits (97). Cependant, outre les travaux de l'ISO et des comités du Codex Alimentarius, il faut compter avec certaines organisations professionnelles influentes en matière de production de paranormes au niveau international :

EX1 : La CCA reconnaît la Fédération internationale de laiterie (FIL) comme source de spécifications techniques propres à l'industrie laitière ; on peut donc à la rigueur mentionner les « normes FIL » pour l'hygiène et l'assurance qualité dans cette branche importante de l'industrie alimentaire, au même titre que les « normes Codex ».

EX2 : Le Conseil oléicole international, reconnu par l'accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table, influence fortement l'adoption de règles nationales et communautaires pour les différents types d'huiles d'olives et autres produits oléicoles.

95 Articles 6 & 7 du règlement (CE) n° 183/2005, précité.

96 Articles 7 à 9 du règlement (CE) n° 852/2004, précité ; l'article 7, alinéa 2, précise bien que ces guides de bonnes pratiques n'ont pas de caractère impératif. Articles 20 à 22 du règlement (CE) n° 183/2005, précité.

97 Décision 2003/822/CE du 17 novembre 2003.

EX3 : L'article 2.2 de l'Accord portant création de l'Organisation internationale de la vigne et du vin (OIV) confie à cette organisation la mission de définir des spécifications de type normatif concernant les pratiques œnologiques, les caractéristiques et les méthodes d'analyse des produits (98).

EX4 : Les paranormes élaborées par des associations étatsuniennes influentes en matière de méthodes de chimie analytique concernant les oléagineux et les corps gras, en liaison avec les grandes entreprises du commerce international des céréales et oléagineux (« *traders* »), ont un poids très important ; ces paranormes se superposent aux normes officielles de l'ISO, du CEN et des organismes nationaux de normalisation.

EX5 : Référentiels IFS (*International Food Standard*) et BRC (*British Retailers Consortium*): ces paranormes d'origine privée émanent respectivement d'une sorte d'axe franco-italo-allemand et du Royaume-Uni, et s'adressent aux fournisseurs industriels de la grande distribution, concurremment avec la norme ISO 22000.

La doctrine peine à intégrer ces « spécifications de type normatif » dans ses catégories traditionnelles, parmi lesquelles les usages jouent un rôle central. On a pu proposer de qualifier cette nébuleuse de « documents référents » (99).

A ! – Les termes « norme » et « normatif » sont parfois utilisés dans le sens de règles, et non au sens restreint des normes issues des procédures officielles de normalisation : on parle ainsi des « normes de qualité ou d'énergie germinative des semences » ou des « normes de qualité de l'eau potable », alors qu'il s'agit de règles. Même observation pour les « normes de commercialisation » de certaines catégories de fruits et légumes ou des olives de table fixées par des règlements communautaires de la PAC.

Une circulaire du Premier Ministre en date du 26 août 2003 fait référence à « l'inflation normative » : il s'agit bien là aussi de règles issues de la législation et de la réglementation. De même, la doctrine peut s'interroger sur la « portée normative » ou non d'une disposition (problème du « bavardage » législatif ou des « neutrons législatifs »). En Droit du Travail, on appelle « pouvoir normatif » du chef d'entreprise son droit à édicter des règles internes de procédure et d'organisation, en tant que représentant des propriétaires (associés ou actionnaires dans les sociétés).

1.3.3.6. Morale, éthique, équité et déontologie

Dans une société caractérisée par la complexité et un rythme d'évolution historique à la fois rapide et violent, la **morale** (ou l'**éthique**, ce qui est à peu près synonyme) ne peut remplacer le Droit, sauf à exercer une tyrannie sur une partie de la population ; cela ne signifie pas pour autant que le Droit soit un monument d'amoralisme, mais certaines solutions législatives apportées à des problèmes difficiles peuvent donner lieu à des controverses passionnées, voire à des actions illégales (interruption volontaire de grossesse en particulier).

A la suite du banc d'essai constitué par le vivant végétal et animal, les avancées spectaculaires de la biologie appliquée à l'être humain posent des problèmes nouveaux en matière de **bioéthique** : perspective du clonage reproductif, artificialisation du corps humain, xénogreffes, etc... Le **Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)** a été créé par voie de décret en 1983 et « légalisé » en 1994 pour formuler des avis et recommandations qui ont une influence certaine sur le législateur ; il est qualifié d'« autorité indépendante » par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (100), ce qui ne permet pas de le ranger dans la catégorie pourtant hétérogène des AAI : toutes les sensibilités morales, y compris religieuses, y sont représentées, mais il s'agit

98 Accord portant création de l'Organisation internationale de la vigne et du vin du 3 avril 2001, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, ratifié par la loi n° 2003-1224 du 22 décembre 2003, et publié par le décret n° 2004-198 du 25 février 2004.

99 Edouard SABLIERE : Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents » - AJDA n° 2/2007, janvier 2007, pp. 66-73.

100 CSP, articles L 1412-1 & L 1412-2, R 1412-1 à R 1412-14 (mode pilote) ; C. Rech., article L 211-1 (mode suiveur).

aussi d'un lieu d'expression des chercheurs scientifiques et des médecins en tant que groupes de pression. On peut alors considérer que la bioéthique constitue le plus grand dénominateur commun, ou encore une sorte de consensus entre des références morales assez diverses et des préoccupations scientifiques et économiques, ce qui tend à instrumentaliser quelque peu le concept. Sur le plan juridique, les avis et recommandations du CCNE se rapprochent des usages *praeter legem*. La même loi a instauré auprès des centres hospitaliers universitaires des « **espaces de réflexion éthique** » au niveau régional ou interrégional (101).

On trouve encore une telle référence dans les textes récents : ainsi des « principes éthiques » régissant le service public de la transfusion sanguine, à savoir la gratuité et l'anonymat du don du sang (102). Le Code de la Recherche fait état d'une « éthique de la recherche » : outre le CCNE, des **comités d'éthique** peuvent être institués dans les établissements de recherche (développements dans la partie réglementaire de ce code, à paraître). Enfin, **un Comité national de réflexion éthique sur l'expérimentation animale** a été adjoint en 2005 à la Commission nationale de l'expérimentation animale (103).

Dans le domaine du sport, la loi n° 2012-158 du 1er février 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs fait obligation à chaque fédération sportive agréée d'établir une **charte éthique** et de veiller à son application.

Malgré ces exemples, on ne doit pas s'attendre à rencontrer souvent le terme « éthique » dans les textes juridiques, ne serait-ce parce que la solution juridique à un problème est censée véhiculer un choix qui a souvent le caractère d'un choix moral ou encore d'un compromis entre plusieurs approches morales contradictoires du problème considéré. Les infractions pénales constituent des comportements jugés par la société (par l'intermédiaire de la loi, donc de l'Etat) comme particulièrement contraires à la morale.

L'**ordre public** (concept développé en 2.2.3.1.) ne se confond pas avec l'ordre moral, le domaine de la sexualité étant ici en première ligne. Les textes effectuent parfois un renvoi aux « **bonnes mœurs** », qui sont appréciées souverainement par les juridictions compétentes en fonction de l'évolution de la société ; les « bonnes mœurs » sont souvent accolées à l'ordre public, qui fait quant à lui l'objet de mécanismes juridiques précis que les juges ne peuvent qu'appliquer. L'article 6 du Code Civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; cela signifie notamment que des contrats ne peuvent régir des activités interdites par la loi – la commission d'infractions pénales notamment – mais aussi des situations immorales, qui ne font l'objet d'aucune définition textuelle (104). Le CPI prévoit de son côté que les brevets et les marques ne peuvent être utilisées pour protéger des inventions ou des signes distinctifs contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (105). Le Droit communautaire reconnaît lui aussi le concept de bonnes mœurs d'une part, et la pertinence de la réflexion éthique sur les questions nouvelles dans le domaine du vivant (la bioéthique humaine étant ici exclue), d'autre part : l'article 6 § 1 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des

101 CSP, article L 1412-6. Arrêté ministériel du 4 avril 2012 relatif à la constitution, à la composition et au fonctionnement des espaces éthiques.

102 CSP, articles L 1221-1 & L 1222-1.

103 CRPM, articles R 214-122 à R 214-130.

104 C. Civ., articles 6 et 1133 (illicéité de l'objet et de la cause des contrats lorsque ceux-ci sont contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs)

105 CPI, articles L 611-17 (brevets), L 711-3, alinéa 3 (marques).

inventions biotechnologiques (106) exclut de la brevetabilité de telles inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et son article 7 dispose que « le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies de la Commission évalue tous les aspects éthiques liés à la biotechnologie ».

Lorsque la loi renvoie aux « bonnes mœurs » interprétées par le juge judiciaire, on peut considérer que la morale devient une source de droit à caractère indicatif. Ainsi une situation de concubinage pour un locataire pouvait donner lieu à une résiliation d'un bail d'habitation au profit du bailleur avant la II^{ème} guerre mondiale, mais ce serait impensable aujourd'hui : le concubinage n'est plus considéré comme immoral par l'autorité judiciaire, d'autant plus que, à l'occasion de l'adoption de la loi sur le pacte civil de solidarité (PACS) (107), le législateur en a fourni la définition dans le nouvel article 515-8 du Code Civil, sans lui attacher d'effets particuliers :

« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

Cela indique que la vie maritale hors mariage n'est plus immorale, puisque reconnue par le législateur. Mais la question de la moralité de l'union libre – qui se distingue du concubinage par le caractère instable des relations sexuelles – ou, à plus forte raison, des « ménages à trois ou plus » reste posée malgré ces avancées, qui ne font évidemment pas l'unanimité dans le corps social. Le champ d'application du PACS est resté limité au couple, indépendamment de l'orientation sexuelle : innovation frileuse s'il en est, d'autant plus que deux frères ou sœurs célibataires et vivant ensemble – situation fréquente dans le monde agricole et rural – ne peuvent pas « se pacser », comme cela avait été proposé dans les débats précédant la loi.

Sur la question de la moralité des jeux de hasard et d'argent, l'article 1965 du Code Civil retire aux adeptes ainsi qu'aux parieurs le droit d'ester en justice pour une dette contractuelle, mais les deux articles suivants prévoient des exceptions lorsque le jeu d'argent est mâtiné d'adresse corporelle et de savoir-faire (courses de chevaux, notamment). Cela laisse entendre que ces contrats de jeu et de pari dits aléatoires ne sont pas contraire à l'ordre public par eux-mêmes, mais qu'il convient de ne pas les encourager, pour des raisons morales d'origine religieuse. Une loi à caractère dérogatoire dut être adoptée en 1885 pour permettre aux premiers marchés à terme de marchandises de fonctionner (108). Ensuite, l'Etat prétendit jouer un rôle implicitement « purificateur » au cours du XX^{ème} siècle en s'arrogeant le monopole de la Loterie nationale (devenu Loto national) – les loteries privées commerciales étant interdites depuis 1836 – puis de multiplier les jeux de hasard et d'argent purs à travers une entreprise publique, la société « Française des Jeux » (cf. 2.2.4.3. pour plus de détails). Lors de l'ouverture à la concurrence des paris et jeux en ligne sur internet, sous la pression de la Commission européenne, le législateur s'enferma dans des circonlocutions reflétant un malaise certain lors de l'adoption de la loi n° 2010-476 (précitée en 1.2.1.1) :

(Article 1er) : « Les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect du principe de subsidiarité, ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs. »

(Article 3-II) : « Compte tenu des risques d'atteinte à l'ordre public et à l'ordre social, l'exploitation des jeux d'argent et de hasard est placé sous un régime de droits exclusifs délivrés par l'Etat. (...) »

106 Directive transposée tardivement par les articles 17 et 18 de la loi de bioéthique de 2004 (CPI, article L 611-18 & L 613-2-1 : principe de non brevetabilité du corps humain et de la découverte d'une séquence génique partielle ou totale, sous une réserve précise) et par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004.

107 Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. C. Civ., articles 515-1 à 515-7.

108 C. Civ., art. 1965 ; CMF, article L 432-20.

Cette référence à un « ordre social » parallèlement à l'ordre public, unique en son genre dans un texte législatif français, est une forme d'aveu d'organisation législative de l'immoralité fondamentale de ces pratiques (109)...

Le droit positif prend parfois en considération des notions voisines de la morale ou de l'éthique : l'**équité** et la **déontologie**.

Dans la conception française traditionnelle, le juge n'a pas à faire preuve d'équité subjective, mais à appliquer les textes pertinents ; très exceptionnellement, la loi s'en remet à son sens de l'équité :

- l'article 641 du Code Civil dispose que le juge d'instance (TI) doit « concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété » en cas de conflit d'usages de l'eau des cours d'eau non domaniaux; cette nécessité de conciliation des usages vaut aussi pour le « régime général » des cours d'eau en question, qui est une police spéciale exercée par le préfet (110) ;

- en matière de remboursement de « frais de justice non **répétibles** » (essentiellement les frais d'avocat), les trois codes de procédure autorisent la juridiction qui tranche le litige à ordonner le remboursement d'une partie de ces frais à la partie gagnante par la partie perdante, dans une proportion laissée au sens de l'équité du juge (111) :

- l'article L 141-6 du Code de la Consommation dispose que, dans le champ d'application de ce code, le juge peut, lors du prononcé d'une condamnation, et même d'office, mettre à la charge du professionnel condamné l'intégralité des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement prévus à l'article 32 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, pour des raisons tirées de l'équité ou de sa situation économique.

S'agissant des greffes d'organes, les articles L 1231-1 A & B du CSP affirment que le prélèvement et la greffe d'organes constituent une priorité nationale et que leur gestion par l'Agence de la biomédecine (qui reprend les compétences de l'Etablissement français des greffes en 2004) doit « respecter le principe d'équité » : il s'agit évidemment de gérer la pénurie de ces produits issus du corps humain dans des conditions techniques d'extrême urgence pour les opérateurs médicaux.

Le **commerce équitable** a été reconnu par le législateur en 2006 comme faisant partie de la « stratégie nationale de développement durable » (112).

Si les références explicites à l'équité sont plutôt rares, les références à la déontologie sont plus fréquentes. Lorsqu'elles ne font pas l'objet d'autoproclamations sans portée juridique par une entreprise, une organisation professionnelle ou un groupe de pression quelconque, les règles

109 Un tel précédent pourra être utilement invoqué pour tenter d'obtenir la reconnaissance officielle du « travail sexuel » des activités de prostitution, par exemple, qui sont peut-être immorales, mais non contraires à l'ordre public en elles-mêmes ; ce qui impliquerait de ne pénaliser en aucune manière les clients de ces services marchands.

110 C. Env., article L 215-8. Sur le concept de police spéciale, voir ci-dessous 2.2.3.2.2..

111 CPC, article 700 ; CPP, article 475-1 ; CJA, article L 761-1.

112 Article 60 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ; décret n° 2007-986 du 15 mai 2007 pris pour l'application de l'article 60 de cette loi et relatif à la reconnaissance des personnes veillant au respect des conditions du commerce équitable. A noter que la Commission nationale du commerce équitable instituée par ce décret accorde, suspend et retire directement cette reconnaissance, qui conditionne l'invocation du commerce équitable dans la communication de l'entreprise concernée. Cf. commentaire critique du décret par Laurence BOY (Droit de l'Environnement n° 150, juillet-août 2007).

déontologiques concernant l'exercice d'une profession peuvent être fixées par voie réglementaire : c'est le cas pour les professions de santé – y compris les vétérinaires – les polices nationale et municipale, les activités privées de sécurité, les avocats, les commissaires aux comptes, les experts-comptables et les militaires. En revanche, il n'existe pas actuellement de déontologie obligatoire pour la magistrature, qui est soumise par ailleurs à un régime disciplinaire peu contraignant ; il n'y a pas davantage de déontologie obligatoire pour les journalistes, qui constituent pourtant le « quatrième pouvoir » (pouvoir médiatique). Une **Commission nationale de la déontologie de la sécurité** a été instituée en 2000 dans le but de veiller au respect de la déontologie par les personnels exerçant des activités de sécurité ; il s'agissait d'une AAI qui publie un rapport annuel, mais son « impertinence » au regard des puissants intérêts politiques et corporatistes liés aux enjeux de la sécurité intérieure a amené le pouvoir exécutif à la supprimer et à transférer ses compétences au **Défenseur des droits** en 2011 (cf. note 28).

L'ARPP (présentée en 1.2.1.1.), qui a succédé en 2008 à un « Bureau de vérification de la publicité », est une association privée de régulation déontologique de la publicité : elle comporte une « jury de déontologie publicitaire » et un « conseil de l'éthique en publicité ». Bien qu'elle n'ait aucun pouvoir contraignant, son influence régulatrice est certaine.

Les codes ou autres chartes d'éthique propres à une entreprise, à une profession ou à un ensemble de professions (113), ou encore aux usagers des espaces et milieux naturels se sont multipliés ; ces codes comportent en fait surtout un rappel au respect des sources de droit à caractère impératif, ce qui ne saurait nuire, mais produit un certain effet de « poudre aux yeux » destiné aux profanes et aux naïfs... Un code ou une charte d'éthique authentique apporte un « plus » aux contraintes juridiques, qu'elles soient d'origine légale ou contractuelle : on ne l'observe pas souvent, et certains codes d'entreprise peuvent même porter atteinte à des droits fondamentaux des salariés (respect de la vie privée, notamment : les filiales françaises des entreprises étatsuniennes ayant cette mauvaise réputation).

1.3.4. LES RELATION ENTRE SOURCES A CARACTÈRE INDICATIF ET SOURCES A CARACTÈRE IMPERATIF

Les deux ensembles de sources du Droit ne sont pas hermétiquement séparés.

En premier lieu, les textes impératifs peuvent renvoyer à des sources indicatives : usages *secundum legem*, ou renvoi à des normes par des décrets ou des arrêtés environnementaux ou d'hygiène alimentaire.

EX1 : L'article 4 du décret n° 98-638 du 20 juillet 1998 relatif à la prise en compte des exigences liées à l'environnement dans la conception et la fabrication des emballages prévoit une dérogation à la limite supérieure de concentration en métaux lourds présents dans les emballages ou leurs éléments, dans le cas du verre cristal conforme à la norme homologuée NF B 30 004.

EX2 : L'article 2 de l'arrêté interministériel du 20 juillet 1998 modifié fixant les conditions techniques et hygiéniques applicables au transport des aliments fournit des définitions reprenant des normes : norme NF E 18150 sur les « enregistreurs de température approuvés » ou son équivalent CEN (normes EN), et norme ISO 1496 sur les conteneurs maritimes.

EX3 : Le chapitre 1 de l'annexe 1 du règlement (CE) n° 2073/2005 du 15 novembre 2005 concernant les critères microbiologiques applicables aux denrées alimentaires renvoie principalement à des normes EN/ISO pour les

113 On trouvera sur le site « cnisf.org » la Charte d'éthique de l'ingénieur, produite par le Conseil national des ingénieurs et scientifiques de France.

méthodes analytiques de référence permettant de détecter les franchissements de seuils de toxicité par catégories de produits.

EX4 : Le règlement (CE) n° 273/2008 du 5 mars 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1255/1999 en ce qui concerne les méthodes à utiliser pour l'analyse et l'évaluation de la qualité du lait et des produits laitiers choisit comme méthodes de référence, outre des normes EN et ISO, des méthodes publiées par la FIL ou un organisme privé étatsunien (AOAC International).

EX5 : Le règlement (CE) n° 479/2008 du 29 avril 2008 portant OCM vitivinicole s'appuie à un niveau général sur les recommandations de l'OIV pour la définition des pratiques oenologiques autorisées.

Inversement, les sources indicatives peuvent déboucher sur des sources impératives :

- des avis et recommandations précèdent l'élaboration de textes contraignants ou les conditionnent, comme on l'a vu précédemment, les « documents COM » de la Commission européenne annoncent la législation communautaire en préparation ;
- les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté interministériel pour combler l'absence de réglementation dans le domaine considéré : arrêtés conjoints du Ministre chargé de l'Agriculture et du Ministre chargé du Commerce intérieur, dans un but de rationalisation des circuits dans les filières (114), ou , à un niveau général, arrêté du ministre chargé de l'Industrie et d'un ou plusieurs autres ministres, pour des motifs d'ordre public ou autres exigences impératives (115) :

EX1 : Arrêté interministériel du 5 septembre 2003 modifié portant mise en application obligatoire de normes : dénominations et spécifications de fertilisants organiques, amendements et supports de culture définies pour 18 normes NF de la classe U (produits nécessaires à l'agriculture : matières fertilisantes et supports de culture).

EX2 : Arrêté interministériel du 18 mars 2004 portant mise en application obligatoire de la norme NF U 44-095 (mai 2002) sur les composts contenant des matières d'intérêt agronomique issues du traitement des eaux, ou une norme reconnue équivalente dans un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'EEE ; un second arrêté du même jour précise les vérifications auxquelles doit procéder le responsable de la mise sur le marché des matières fertilisantes répondant cette norme.

Les normes (françaises) étaient d'application obligatoire dans les **marchés publics** selon le décret de 1984 qui a été abrogé par le décret n° 2009-697, celui-ci ne reprenant pas cette règle dans un but de prévention des difficultés en Droit communautaire. L'article 6 du CMP fait référence aux normes en général de façon non exclusive, en tant que « **spécifications techniques** », et au même titre que « d'autres documents techniques équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation » ; ces spécifications techniques peuvent aussi consister en « performances » ou en « exigences fonctionnelles », à condition qu'elles soient « suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ».

Par ailleurs, d'un point de vue pratique, la distance entre sources impératives et indicatives se trouve réduite par le jeu de la surveillance permanente exercée par la Commission Européenne sur les « normes et réglementations techniques » adoptées par les Etats membres : la directive 98/34/CE considère en effet sur le même plan les « **spécifications techniques** » applicables *de jure* (en droit) ou *de facto* (en fait), la norme *stricto sensu* étant une spécification technique qui s'applique souvent en fait, et parfois en droit. Selon ce texte, toute spécification technique nationale qui ne consiste pas à appliquer un règlement ou une décision, ou à transposer une directive de Droit communautaire doit être notifiée à la Commission, qui peut s'y opposer après avoir recueilli l'avis des autres Etats membres. Cette directive, qui « codifie » une première directive de 1983 et ses directives modificatives,

114 Article 2 du décret n° 61-664 du 27 juin 1961 relatif à la normalisation des produits agricoles et alimentaires.

115 Article 17 du décret n° 2009-697, précité.

s'inscrit dans le contexte des mesures que doit prendre la Commission, en tant que « gardienne des Traités » (et sous le contrôle du juge communautaire), au titre de l'article 34 du TFUE : « les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres », ce qui laisse présumer du caractère protectionniste d'une réglementation fixée de façon unilatérale en Droit interne (national).

EX1 : Décret n° 2007-628 du 27 avril 2007 relatif aux fromages et spécialités fromagères, abrogeant et remplaçant un décret de 1988, qui ne définissait pas les « spécialités fromagères » par opposition aux fromages. Or il n'existe aucun règlement ni aucune directive communautaire régissant les fromages ou les spécialités fromagères, si ce n'est, de façon très partielle, le règlement (CE) concernant les AOP et IGP : cela implique donc pour la France de notifier ce décret purement national à la Commission, puisqu'il contient des spécifications techniques. On observe que l'article 25 de ce décret prend la précaution de prévoir une « règle de reconnaissance mutuelle » de la régularité de l'importation de produits similaires en provenance de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, mais ne respectant pas nécessairement les dispositions du décret (application de la jurisprudence « Cassis de Dijon » de 1979, cf. 1.3.3.2.).

EX2 : Cf. la présence de la directive 98/34/CE dans les visas des deux arrêtés du 18 mars 2004 précités concernant l'application obligatoire de la norme sur les boues de station d'épuration destinées à l'épandage.

L'article 9 de la directive 98/34/CE impose à un Etat membre de différer l'adoption d'un projet de **règle technique** pendant un certain nombre de mois, en fonction du contexte communautaire, et notamment si un projet de texte impératif sur le même sujet est à l'étude, et l'on a vu qu'en matière de normes *stricto sensu* l'article 7 de la directive prévoit qu'un Etat membre de la Communauté européenne a l'obligation de différer l'homologation d'une norme nationale si une norme EN est en cours d'élaboration. La « règle technique » est définie comme une « spécification technique ou autre exigence (...) dont l'observation est obligatoire, *de jure* ou *de facto* ». Dans son souci de traquer toutes les formes d'obstacles non tarifaires à la libre circulation, le Droit communautaire fait preuve d'un grand pragmatisme et ne s'attache pas à la façade juridique du caractère impératif ou non des « spécifications techniques ».

Cependant, un minimum de sécurité juridique est nécessaire pour les entreprises : l'article 3§2 de la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits introduit une présomption de conformité à l'**obligation générale de sécurité des produits** mis sur le marché lorsqu'ils sont conformes à une norme nationale transposant une norme européenne (NF EN dans le cas français), celle-ci ayant été préalablement publiée au JOUE (série C). Le même résultat est à plus forte raison obtenu s'il existe un texte communautaire impératif dans ce domaine qui a été adapté (règlement, décision) ou transposé (directive) en Droit interne. L'ordonnance n° 2008-810 du 22 août 2008 complétant la transposition de la directive 2001/95/CE a introduit dans le Code de la Consommation trois nouveaux articles dont le jeu combiné illustre bien le caractère complémentaire de la règle (impérative) et de la norme (indicative, mais non négligeable) :

- un produit est considéré comme satisfaisant à l'obligation générale de sécurité lorsqu'il est conforme à une réglementation spécifique ayant pour objet la protection de la santé ou de la sécurité du consommateur (C. Cons., article L 222-1) ;
- un produit est présumé satisfaire à cette obligation s'il est conforme à une norme NF reprenant une norme EN publiée au JOUE (C. Cons., article L 222-2) ;
- dans les autres cas, cette conformité est évaluée en prenant en compte notamment (donc de façon non exclusive) les normes NF reprenant une norme EN non publiée au JOUE, une norme NF simple, et d'autres spécifications à caractère indicatif (C. Cons., article L 222-3).

Lorsqu'elle n'est pas harmonisée par des textes de droit dérivé ou par des normes EN, la sécurité des produits appréhendée en Droit interne doit faire application du « **principe de reconnaissance mutuelle** » dans les échanges intercommunautaires des produits considérés.

La mise en oeuvre de ce principe, sur lequel tant la CJUE que la Commission sont intraitables, a été renforcée par l'adoption du règlement (CE) n° 764/2008 du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre. Le considérant (3) de ce texte rappelle la définition et la portée de ce principe :

« Le principe de reconnaissance mutuelle, qui résulte de la jurisprudence de la CJCE, est l'un des moyens permettant de garantir la libre circulation des marchandises sur le marché intérieur. La reconnaissance mutuelle s'applique aux produits qui ne font pas l'objet de la législation communautaire d'harmonisation, ou aux aspects des produits qui ne relèvent pas du champ d'application de cette législation. Conformément à ce principe, un Etat membre ne peut pas interdire la vente sur son territoire de produits qui sont commercialisés légalement dans un autre Etat membre, et ce même si ces produits ont été fabriqués selon des règles techniques différentes de celles auxquelles sont soumis les produits fabriqués sur son territoire. Les seules exceptions à ce principe sont des restrictions justifiées par les motifs énoncés à l'article 30 du traité ou d'autres raisons impérieuses d'intérêt public et proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent » (référence implicite au dispositif de l'arrêt « Cassis de Dijon » de 1979 et à la communication interprétative n° 91/C270/02 de la Commission, cf. 1.3.3.2.). Précision : l'article 30 du TCE est devenu l'article 36 du TFUE.

1.4. CLASSIFICATION DES SUJETS DE DROIT : LES PERSONNES

Les **droits subjectifs** ou leur contrepartie, les **obligations**, sont attachés à des sujets appelés **personnes** : la personnalité est la condition nécessaire de l'existence juridique, en particulier de la possibilité de faire valoir ses droits devant les juridictions (« **ester en justice** »), de gérer des **biens** et de passer des **contrats** avec d'autres personnes. Les personnes s'opposent aux choses, sur lesquelles elles ont vocation à exercer un certain pouvoir, et qui n'ont évidemment pas les prérogatives des personnes. On distingue les personnes physiques et morales de Droit Privé des personnes morales de Droit Public.

1.4.1. LES PERSONNES PHYSIQUES

Ce sont les êtres humains vivants et inscrits à l'**Etat-civil**, registre tenu dans chaque mairie et qui comptabilise les naissances et les décès, ainsi que les mariages. Le fait qu'elles soient mineures ou « majeures incapables » ne prive pas les personnes physiques de leurs droits, mais les prive de **capacité juridique** : leurs droits sont alors exercés par un représentant légal.

Les personnes physiques bénéficient du droit à l'intégrité corporelle : le Code Pénal sanctionne l'homicide, les coups et blessures (volontaires ou non), le viol, etc... Les éléments du corps humain et le corps humain lui-même sont « hors du commerce » (116) : le caractère gratuit du don du sang, d'organes, de tissus ou de gamètes est d'ordre public (117). Les articles 16 à 16-9 du Code Civil, introduits par une des deux lois de bioéthique du 29 juillet 1994, régissent le respect du corps humain. L'article 16-7 interdit les contrats dits de « mère porteuse » ou de « gestation pour autrui », transposition à l'espèce humaine de la transplantation d'embryons en zootechnie ; il grave dans la loi la solution fournie par un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation rendu en 1992. Mais le débat continue et est alimenté par l'existence d'un « tourisme procréatif », comme il existe un « tourisme sexuel » ou un « tourisme médical » : la filiation est refusée en France pour des enfants nés avec ce procédé dans des pays où il est légal. La protection du corps humain s'étend à la dimension génétique de la personne physique, les informations afférentes n'étant pas en libre accès généralisé (118).

L'application des **droits de l'homme**, en particulier la CESDH et ses Protocoles, aux personnes physiques a des conséquences importantes : interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants – notamment de la part de la force publique – droit à la vie privée, au mariage et à la fondation d'une famille, droit de propriété, droit à un procès équitable, etc...

Pour les personnes physiques, les attributs de la personnalité sont :

- un **nom patronymique** et un ou plusieurs prénoms, les célébrités pouvant utiliser un pseudonyme ;

116 Cette expression ne signifie pas qu'il échappe au Droit Commercial pour relever du Droit Civil, mais qu'il ne peut faire l'objet d'aucun contrat.

117 C. Civ., article 16-1, alinéa 3 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ; CSP, articles L 1211-4 & L 1221-1.

118 C. Civ., articles 16-10 à 16-12.

- un **domicile** légal, qui ne se confond pas nécessairement avec la ou les résidences ; ce domicile peut être distinct du domicile électoral (119), du domicile de secours (120) ou du domicile **affouager** (121) ;
- une **existence temporelle**, à durée nécessairement limitée (naissance et décès inscrits sur le registre d'état-civil, de même que d'éventuels mariages et divorces) ;
- une **nationalité**, qui fait d'ailleurs l'objet d'un code spécifique (Code de la Nationalité) ; à noter l'égalité de principe de la nationalité des personnes physiques et morales au sein de la Communauté européenne ;
- un **patrimoine**, qui est constitué par l'ensemble des biens et droits à caractère patrimonial (122) qui sont la propriété de la personne, diminué de la valeur des dettes en tout genre.

Qu'elles soient physiques ou morales, les personnes (et elles seules) peuvent passer des contrats et disposer librement des biens qui composent leur patrimoine (123). Traditionnellement, toute personne a un patrimoine et un seul, et il n'existe pas de patrimoine qui ne relève pas d'une ou plusieurs personnes, mais deux lois récentes ont apporté des exceptions au principe.

En premier lieu, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a innové en introduisant en Droit français la **fiducie**, équivalent du *trust* anglo-saxon et en insérant dans le Code Civil les nouveaux articles 2011 à 2030:

(Article 2011) : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

(Article 2012) : « La fiducie est établie par la loi ou le contrat. Elle doit être expresse ».

On constate donc dans cette hypothèse l'existence d'un **patrimoine d'affectation** géré par le **fiduciaire** au profit du **bénéficiaire** et de par la volonté du **constituant** ; selon l'article 2013, ce contrat tripartite est nécessairement conclu à titre onéreux, au profit du fiduciaire. Rien ne s'oppose par exemple à ce qu'il soit utilisé en matière environnementale pour gérer des espaces naturels intéressants sur les plans écologique et/ou paysager. Le schéma civiliste traditionnel ne s'applique donc plus, puisque ce patrimoine d'affectation n'appartient à personne, tout en étant géré.

En second lieu, la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et le décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010 ont institué l'**entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)** (124). Il ne s'agit pas d'une nouvelle forme juridique, mais d'une option applicable à toute entreprise individuelle (artisanat et agriculture compris, bien que cette variante soit insérée dans le Code de Commerce), selon le principe suivant facilitant l'insaisissabilité du patrimoine affecté :

(C. Com., article L 526-6) : « Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

119 Code Electoral, article L 11.

120 CASF, articles L 122-1 à L 122-5.

121 CF, article L 243-1 à L 243-3. L'affouage est un droit d'acquérir du bois de feu provenant de forêts communales relevant du régime forestier, pour les personnes ayant leur « domicile affouager » dans la commune.

122 La notion de « droit patrimonial » est abordée en 1.6.3.2..

123 C. Civ., articles 537 & 1123.

124 C. Com., articles L 526-6 à L 526-21, R 526-1 à 526-4, A 526-1 à A 526-4.

Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : " EIRL " ».

1.4.2. LES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ

Aucun rapport avec la morale dans ce concept ; l'expression « personne virtuelle » serait plus appropriée. A l'exception notable et unique des fondations (groupements de biens, et non de personnes), une personne morale est un **groupement de personnes** physiques ou morales ayant une **spécialité** et des attributs semblables aux personnes physiques. La spécialité des personnes morales est prévue par les textes législatifs applicables ainsi que par les **statuts** de la personne morale, qui concrétisent un **contrat**. Les attributs de la personne morale sont les mêmes que ceux de la personne physique – en particulier le patrimoine, qui se concrétise dans le bilan sur le plan comptable – mais certains peuvent changer de dénomination : le domicile est remplacé par le **siège** (**siège social** pour les sociétés), et le patronyme est remplacé par le **titre** (associations, fondations et syndicats) ou la **dénomination sociale** (sociétés).

Les personnes morales de Droit Privé peuvent avoir un but lucratif ou non. Les **sociétés** ont en principe un but lucratif et sont très diverses dans leurs formes. Les **associations**, les **fondations** et les **syndicats professionnels** n'ont pas de but lucratif, ce qui ne les empêche pas de jouer un rôle économique majeur éventuellement. Le **groupement d'intérêt économique (GIE)** a un but généralement lucratif. Enfin, il existe une multitude de personnes morales de Droit Privé spécifiques, qui n'ont pas de but lucratif en général.

1.4.2.1. Les sociétés

La **société** est la personne morale dont l'objet est soit de réaliser et partager un bénéfice, soit de réaliser des économies de moyens. Elle est régie par les articles 1832 à 1844-17 du Code Civil, qui s'appliquent à toutes les sociétés, sauf dispositions particulières contraires ; les articles 1845 à 1870-1 fournissent les règles applicables à la **société civile de droit commun**, mais, le plus souvent, ces règles sont éclipsées ou aménagées par des lois particulières propres à certains types de sociétés :

- a) les **sociétés commerciales par leur forme** - dites aussi « toujours commerciales » - sont au nombre de 6 et régies par les articles L 210-1 à L 248-1 du Code de Commerce: société anonyme (SA), société à responsabilité limitée (SARL), société en nom collectif (SNC), société en commandite simple (SCS), société en commandite par actions (SCA), société par actions simplifiée (SAS) ;
- b) les **sociétés coopératives** sont régies à un niveau général par une loi du 10 septembre 1947 modifiée, et par des lois propres à chaque catégorie de coopératives, qui peuvent renvoyer à la société civile de droit commun et à certaines sociétés commerciales pour le régime de responsabilité des associés et le régime fiscal ; les **coopératives agricoles**, qui « forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales » (125), sont régies par les articles L 521-1 à L 529-11, R 521-1 à R 527-12 du Code Rural ;
- c) les **sociétés civiles particulières** font l'objet d'un encadrement juridique plus étroit que la société civile de droit commun dans le but de mieux protéger les associés ou les tiers: on les

125 CRPM, art. L 521-1.

trouve en agriculture (126), en gestion forestière (127), en matière de placements immobiliers (128), et pour l'exercice en groupe de professions juridiques (129).

Comme l'association, la société a fait l'objet d'applications parapubliques, que l'on va trouver notamment dans le domaine de l'aménagement rural :

- les **sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)** jouent un rôle spécifique d'opérateur foncier en matière de terrains agricoles et accessoirement forestiers, et sont des SA aménagées et dotées de deux **commissaires du gouvernement** représentant respectivement les Ministres chargés de l'Agriculture et des Finances (130) ; elles jouent un rôle important en matière de politique agricole des structures ;
- les **sociétés d'investissement pour le développement rural (SIDeR)** ont pour objet de favoriser les investissements immobiliers professionnels, sociaux ou à des fins d'habitation dans les zones de revitalisation rurale définies à l'article 1465A du CGI ; elles prennent la forme de la SA ou de la SAS (131) ;
- les **sociétés d'économie mixte** sont aussi des SA à statut aménagé ayant comme actionnaires majoritaires des personnes morales de Droit Public ; il peut s'agir des **Sociétés d'Aménagement Régional (SAR)**, créées dans les années 60 pour réaliser des grands équipements hydrauliques à l'échelle régionale (132), et régies par les articles L 112-8 à L 112-9-1, R 112-6 à R 112-13 du CRPM, ou des **sociétés d'économie mixte locale** (133) ; une autre variante est constituée par certaines entreprises publiques ayant le statut de SA avec une participation de l'Etat plus ou moins importante (Renault, Air France...) ;
- le Réseau de Transport d'Electricité (RTE) et la « société gestionnaire de réseaux de transport de gaz » sont obligatoirement des SA à capitaux publics, étant donné que « la gestion d'un réseau de transport d'électricité ou de gaz est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz » (134)
- les **sociétés publiques locales** sont des SA dont le capital social est entièrement détenu par des collectivités territoriales et leurs groupements, dans le but de réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L 300-1 du Code de l'Urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial (cf. 2.2.4.3.3.) (135) .

126 Groupements Fonciers Agricoles (GFA) : CRPM, articles L 322-1 à L 322-24, R 322-1 à R 322-3 ; Groupements Agricoles d'Exploitation en Commun (GAEC) : CRPM, articles L 323-1 à L 323-16, R 323-1 à R 323-51 ; Exploitations Agricoles à Responsabilité Limitée (EARL) ; CRPM, articles L 324-1 à L 324-11, R 324-1 à R 324-3.

127 Groupements Forestiers : CF, articles L 331-1 à L 331-5, R 331-1 à R 331-16 ; Groupements Fonciers Ruraux (GFR) : CRPM, articles L 322-22 à L 322-24 (combinaison des règles du GFA et de l'article L 331-16 du Code Forestier).

128 Sociétés Civiles de Placements Immobiliers (SCPI) : CMF, articles L 214-50 à L 214-85, R 214-116 à R 214-143-1. Les SCPI sont incitées par l'ordonnance n° 2005-1278 du 13 octobre 2005 à se transformer en organisme de placement collectif immobilier (OPCI) (CMF, articles L 214-89 à L 214-146, R 214-160 à R 214-222) ; il ne sera plus possible de constituer de nouvelles SCPI après le 31 décembre 2009.

Sociétés d'Epargne Forestière : CMF, articles L 214-85, R 214-144 à R 214-159.

129 Sociétés Civiles Professionnelles (SCP) et Sociétés Civiles de Moyens (SCM): loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 modifiée.

130 CRPM, articles L 141-1 à L 144-5, R 141-1 à R 144-7.

131 CRPM, article L 112-18.

132 Compagnie d'Aménagement des Coteaux de Gascogne, Compagnie d'Aménagement Rural d'Aquitaine, Société du Canal de Provence, Compagnie Nationale d'Aménagement du Bas-Rhône-Languedoc...

133 CGCT, articles L 1521-1 à L 1525-3, R 1524-1 à R 1524-6.

134 C. En., articles L 111-2 & L 111-7.

135 CGCT, article L 1531-1. CU, article L 327-1.

1.4.2.2. Associations, fondations et syndicats

L'**association** est la personne morale dont l'objet est l'expression collective d'intérêts privés quels qu'ils soient, sans but lucratif : cela ne lui interdit aucunement de faire des bénéfices, mais ceux-ci ne peuvent être distribués à ses membres. Elle est soumise à la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et au décret du 16 août 1901 ; on peut éviter d'utiliser l'expression « association de la loi de 1901 », qui est quasiment un pléonasme, puisque les autres associations sont celles qui relèvent de la loi du 9 décembre 1905 (séparation de l'Eglise et de l'Etat), et qui ont un objet exclusivement cultuel (« associations cultuelles »). Les statuts sont déposés à la préfecture de département (136) et un résumé comportant le **titre**, le **siège** et l'**objet** de l'association est publié dans une série spéciale du JORF. Les associations sont très nombreuses, très diverses et de toute taille. Le caractère souple de la formule et libéral de la loi et du décret de 1901 a amené des abus, notamment à travers la création d'associations parapubliques par des personnes publiques, généralement afin de contourner les rigueurs de la comptabilité publique (mais non le contrôle de la Cour des Comptes !).

Une **fondation** est un groupement de biens affectés irrévocablement par une ou plusieurs personnes physiques ou morales à un but particulier, qui n'est pas lucratif. Il n'a existé dans un premier temps que deux types de fondations : les **fondations reconnues d'utilité publique** par décret en Conseil d'Etat (137), et les **fondations d'entreprise**, qui sont soumises à agrément administratif (138) ; l'usage de la dénomination « fondation » était interdit aux personnes morales en dehors de ces deux hypothèses. Plus récemment, trois nouvelles formules sont venues enrichir la panoplie des fondations, mais avec parfois l'absence de personnalité morale :

- la **fondation de coopération scientifique**, instituée par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, est une catégorie particulière de fondation reconnue d'utilité publique (139) ;
- la **fondation universitaire** a été instituée par la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités ; elle présente la particularité de ne pas avoir la personnalité morale tout en étant soumise aux mécanismes des fondations reconnues d'utilité publique ; son activité, à but non lucratif, contribue aux missions du service public de l'enseignement supérieur (140) ;
- la **fondation partenariale** est créée par des établissements publics de l'enseignement supérieur et/ou de la recherche, éventuellement avec « toutes personnes morales et physiques », avec l'autorisation du recteur d'académie ; elle bénéficie de toutes les prérogatives reconnues aux fondations universitaires, mais a la personnalité morale (141).

EX : Une fondation de coopération scientifique au rôle particulièrement important est la **Fondation pour la recherche sur la biodiversité** : elle rassemble le Muséum national d'histoire naturelle, le CNRS, l'INRA, le CIRAD, l'IRD, l'IFREMER, l'IRSTEA et le BRGM.

136 A Paris, à la Préfecture de police. L'article 3 de l'arrêté ministériel du 14 octobre 2009 portant création du Répertoire national des associations permet aux tiers d'avoir accès aux informations sur une association particulière énumérées à l'article 2.

137 Article 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat.

138 Articles 19 à 19-13 de la loi n° 87-571, précitée.

139 C. Rech., articles L 344-11 à L 344-16.

140 C. Ed., article L 719-12 ; décret n° 2008-326 du 7 avril 2008 relatif aux règles générales des fondations universitaires. Les créateurs peuvent être les EPSCP et les EPCS présentés en 1.4.2.2..

141 C. Ed., article L 719-13. Les créateurs peuvent être les mêmes que ceux de la fondation universitaire, plus les EPST, présentés en 1.4.2.2., et d'autres personnes physiques et morales.

Le **syndicat** professionnel a pour objet la défense d'intérêts professionnels, de quelque nature que ce soit, et non uniquement ceux des salariés : agriculteurs, artisans et professions libérales, commerçants, autres professions indépendantes. Cette catégorie de personne morale a été instituée par une loi du 21 mars 1884, après une longue période d'interdiction issue de la Révolution de 1789 et prohibant toute forme d'organisation professionnelle collective (loi LE CHAPELIER de 1791). Certains syndicats peuvent bénéficier de prérogatives particulières, soit au titre du Code du Travail, pour les organisations représentatives des salariés, soit au titre d'autres textes, notamment pour les agriculteurs. L'article 1^{er}-I, alinéa 19, de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 pose le principe d'une concertation institutionnelle avec les « organisations professionnelles représentatives » pour l'élaboration des mesures de politique agricole, qui n'a pas moins de 16 objectifs différents (142).

On observera que la défense d'intérêts professionnels peut aussi être assurée par le recours à la forme de l'association (143), cela étant prévu par la loi lorsqu'il s'agit de défendre des intérêts interprofessionnels regroupant plusieurs professions dans une même filière. Les syndicats professionnels peuvent se regrouper en Unions au niveau national, régional ou départemental (144).

A ! – *On emploie aussi le terme « syndicat » pour désigner des groupements de collectivités territoriales (cf. ci-dessous, (3) (a)), ainsi que l'organe dirigeant d'une association syndicale (cf. ci-dessous).*

1.4.2.3. Le groupement d'intérêt économique (GIE)

La vaste panoplie des formules de sociétés offertes par l'état de droit fait de la société la personne morale appropriée pour satisfaire les besoins des entreprises en matière de cadre juridique. Mais l'**entreprise**, qui n'est pas définie par un texte législatif ou réglementaire, peut aussi recourir à la forme juridique de l'association ou du **groupement d'intérêt économique (GIE)** ; elle peut encore coïncider avec une personne physique (entreprise individuelle).

Le GIE est une personne morale intermédiaire entre la société et l'association, régie par les articles L 251-1 à L 251-23, R 251-1 à R 251-3 du Code de Commerce. L'alinéa 2 de l'article L 251-1 lui assigne comme objectif de « faciliter et développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même » : il s'agit donc d'une entreprise constituant une structure de coopération entre entreprises préexistantes et éventuellement concurrentes.

Concurremment avec les coopératives agricoles, les agriculteurs recourent volontiers à cette formule pour l'approvisionnement en agrofournitures ou pour la commercialisation de leurs produits, de même que les petites entreprises semencières, lorsqu'il s'agit d'investir dans la sélection de variétés nouvelles. Les personnes publiques peuvent aussi y recourir, dans la mesure où rien ne l'interdit, et nonobstant l'existence de la formule du GIP, exposée en 1.4.2.3. (145).

142 Articles 1^{er} & 2 de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, modifiée par l'article 49 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, qui a ajouté « l'entretien des cours d'eau et la prévention des inondations et de l'érosion des sols ». Cette concertation est quelque peu illusoire, car certains mécanismes juridiques sous-jacents en matière alimentaire et environnementale sont d'origine communautaire, les autres étant « franco-français ». Cf. Annexe 8, p. 300.

143 Par exemple, l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA) regroupe des associations ou syndicats des différentes branches industrielles alimentaires.

144 Tel est le cas de l'Union des industries de la protection des plantes (UIPP).

145 L'Institut Supérieur de l'Agroalimentaire (ISAA) est un GIE entre AgroParisTech, l'ENVA et l'INRA.

Le PMU (pari mutuel urbain) est un GIE de sociétés de courses auquel l'adhésion de celles-ci est obligatoire, en application de l'article 27 du décret n° 97-456 du 5 mai 1997 modifié relatif aux sociétés de courses de chevaux et au pari mutuel.

Il existe une version communautaire du GIE: le **groupement européen d'intérêt économique** (GEIE), régi par les articles L 252-1 à L 252-13 et R 252-1 du Code de Commerce. Il existe, de même, un statut de **société européenne** (SE), que le Droit français a intégré très tardivement (146), et un statut de la **société coopérative européenne** (147). Une version européenne de l'association serait la bienvenue, mais cela ne paraît pas à l'ordre du jour.

1.4.2.4. Personnes morales diverses

Les autres personnes morales de Droit Privé jouent un rôle moins général, ont un caractère parfois très spécifique (« *sui generis* ») et sont assez hétérogènes.

Selon une terminologie regrettable, les **associations syndicales libres** (ASL) regroupent des propriétaires fonciers ou immobiliers gérant des biens en commun dans un but d'intérêt collectif ou d'intérêt général, sans être des associations ni des syndicats professionnels. Elles relevaient pour la plupart d'une loi du 21 juin 1865 fréquemment modifiée, mais aussi d'autres lois anciennes et dispersées ; la réécriture totale du dispositif par l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 modifiée et le décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 ont mis fin à cette situation. L'objet des associations syndicales en général est « la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux, ainsi que les actions d'intérêt commun en vue :

- a) de prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ;
- b) de préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ;
- c) d'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers,
- d) de mettre en valeur des propriétés. »

Lorsqu'elles ne sont pas « libres », elles sont « autorisées » ou « forcées », et se rangent alors dans la catégorie des personnes morales de Droit Public (EPA) (cf. 1.4.3.2.). Elles peuvent faire l'objet d'applications particulières avec des règles spécifiques, celles de l'ordonnance de 2004 constituant la toile de fond pour les mécanismes non régis par ces règles spécifiques :

- associations syndicales de gestion forestière (148) ;
- associations foncières d'aménagement foncier agricole et forestier (ex associations foncières de remembrement) (149) ;
- associations foncières pastorales (150) ;
- associations foncières agricoles (151).

146 Règlement (CE) n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 ; l'applicabilité du règlement impliquait la transposition de la directive avant le 8 octobre 2004, ce qui n'a pas été le cas, mais l'article 11 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie a inséré un nouveau chapitre sur ce point dans le Code de Commerce (articles L 229-1 à L 229-15, R 229-1 à R 229-26), et l'article 12 de cette loi insère un nouveau chapitre dans le Code du Travail en ce qui concerne la participation des salariés (articles L 2353-1 à L 2354-4).

147 Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC). Décret n° 2009-767 du 22 juin 2009.

148 CF, articles L 332-1 à L 332-5.

149 CRPM, articles L 133-1 à L 133-7, R 133-1 à R 133-15.

150 CRPM, articles L 135-1 à L 135-12, R 135-2 à R 135-10.

151 CRPM, articles L 136-1 à L 136-13, R 136-2 à R 136-11.

Sont aussi des personnes morales de Droit Privé *sui generis* :

- a) les **Comités d'entreprise** (ou d'établissement ou encore « de groupe »), qui sont une instance de concertation dans les entreprises ou établissements de plus de 50 salariés;
- b) les **Ordres professionnels**, qui ont autorité disciplinaire sur certaines professions libérales (médecins, vétérinaires, pharmaciens, avocats, experts-comptables, géomètres-experts, architectes-urbanistes...);
- c) les **Académies**, lorsqu'elles n'ont pas un statut de Droit Public (cf. ci-dessous 1.4.2.4.);
- d) les **Fédérations départementales, régionales** ainsi que la **Fédération nationale des chasseurs** (152);
- e) les **Fédérations départementales (ou interdépartementales) des associations agréées de pêche et de protection des milieux aquatiques (FDAAPPMA)**, ainsi que la **Fédération nationale de la pêche et des milieux aquatiques**, créée par la LEMA de 2006, et qui regroupe les FDAAPPMA (153);
- f) en matière halioalimentaire : les « **prud'homies de pêche** » sur le littoral méditerranéen (à ne pas confondre avec les Conseils de Prud'hommes !), le **Comité national** et les **Comités régionaux et locaux des pêches maritimes et des élevages marins**, le **Comité national** et les **Sections régionales de la conchyliculture** (154);
- g) le **Groupement national interprofessionnel des semences et plants (GNIS)**, créé par une loi du 11 octobre 1941 sur l'organisation du marché des semences et régi par le décret n° 62-585 du 18 mai 1962;
- h) les **centres techniques industriels (CTI)**, créés par une loi n° 48-1228 du 22 juillet 1948 (155), et qui rassemblent les membres d'une profession donnée, dans le but d'améliorer la productivité des entreprises ainsi que la qualité des produits; certains CTI sont aussi des « bureaux de normalisation sectoriels » travaillant en liaison avec l'AFNOR (156).
- i) les **Caisses de sécurité sociale** ou de **mutualité sociale agricole**;
- j) les **mutuelles** et leurs unions, définies par l'article L 111-1 du Code de la Mutualité comme des personnes morales à but non lucratif immatriculées au Registre national des mutuelles institué par l'article L 411-1 du même code; elles mènent une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide dans le but de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres;
- k) le **Haut Conseil de la coopération agricole**, institué par l'article L 528-1 du CRPM, qui octroie l'agrément des coopératives agricoles et de leurs unions;
- l) le **Conseil national de l'expertise foncière agricole et forestière**, institué par l'article L 171-1 du CRPM, auquel adhèrent obligatoirement ces experts fonciers évaluateurs des

152 C. Env., articles L 421-5 à L 421-14, R 421-33 à R 421-50. Cependant, l'article 6 de la loi n° 2003-698 du 30 juillet 2003 relative à la chasse, modifiant l'article L 421-5, prévoit que les Fédérations départementales sont des associations, ce qui tend à entériner des pratiques préexistantes; mais les Fédérations régionales et la Fédération nationale des chasseurs restent des personnes morales spécifiques.

153 C. Env., articles L 434-4 & L 434-5, R 434-29 à R 434-37.

154 CRPM, article L 912-1 & L 912-6. Décret n° 91-1276 du 19 décembre 1991 modifié fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement des organismes interprofessionnels de la conchyliculture; décret n° 92-335 du 30 mars 1992 modifié fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins ainsi que des comités régionaux et locaux des pêches maritimes et des élevages marins. Ces décrets sont destinés à être codifiés en articles R 912-X du CRPM.

155 C. Rech., articles L 342-1 à L 342-13.

156 Articles 2, 11 et 19 du décret n° 2009-697, précité. Dans le domaine du vivant, les CTI existants sont : le Centre technique des salaisons, charcuterie et conserves de viandes (CTSCCV), qui gère le Code des usages de la charcuterie, le Centre technique des conserves de produits alimentaires (CTCPA), qui prend des « décisions » sur la qualité des produits, l'Institut technique des corps gras (ITERG), le Centre technique interprofessionnel des fruits et légumes (CTIFL), l'Etablissement national technique pour l'amélioration de la viticulture (ENTAV) et le Centre technique du bois et de l'ameublement (CTBA).

propriétés agricoles et forestières, et qui a une mission de contrôle déontologique et disciplinaire sur ceux-ci ;

m) le **Comité national olympique et sportif français**, régi par les articles L 141-1 à L 141-5, R 141-1 à R 141-25 du Code du Sport ;

n) les **fonds de dotation**, institués par l'article 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (157) : ils ont un but non lucratif, et gèrent, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature, d'origine exclusivement privée (sauf dérogation exceptionnelle) qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable, y compris sous forme de dons et legs ; on peut les considérer comme une forme assouplie de fondation.

A l'exception évidente des Académies, où l'on ne rentre que par cooptation, l'adhésion à ces organismes est souvent obligatoire pour les personnes privées intéressées, y compris sous l'aspect financier (taxes parafiscales avant 2005, « cotisations volontaires obligatoires », contribution patronale obligatoire pour les Comités d'Entreprise...). La loi qualifie parfois ces personnes morales *sui generis* d'**établissements d'utilité publique** (CTI, Fédérations départementales et nationale des chasseurs et pêcheurs en eau douce, Compagnies nationales des commissaires aux comptes et des conseils en propriété industrielle, Haut Conseil de la coopération agricole, etc...). Mais cette qualification n'est pas nécessaire pour que des missions de service public (cf. 2.2.4.3.) et même des prérogatives de puissance publique (cf. 2.2.2.) leur soient conférées : le GNIS dispose d'un « service officiel de contrôle et de certification » (SOC) lui permettant de contrôler la qualité des semences et plants à tous les stades de la filière au nom de l'Etat, les CTI perçoivent des « cotisations volontaires obligatoires », les Ordres professionnels peuvent infliger des sanctions disciplinaires au nom de l'Etat, etc... On se situe ici à l'articulation du Droit Privé et du Droit Public, mais en restant ancré dans le Droit Privé en dernière analyse.

A ! Si l'emploi du terme « fondation » et la qualification précise de différents types de sociétés est réservée par la loi, et sauf cas particulier prévu par les textes, il n'existe guère de restrictions pour l'emploi des termes « agences », « instituts », « sociétés », « fédérations » ou « confédérations » ; ces dernières sont soit des associations soit des syndicats ou unions de syndicats, une « agence » peut être une personne morale de Droit Privé ou de Droit Public, des associations peuvent s'appeler « sociétés » (« sociétés savantes », « sociétés de chasse », « de pêche », etc.). Toutefois, la qualification d'« institut technique agricole » ou « agro-industriel » fait l'objet de restrictions (CRPM, articles L 800-1 & L 830-1, D 823-2 & D 823-3 ; arrêté ministériel du 7 mai 2007 relatif à la qualification d'instituts techniques agricoles et agro-industriels).

1.4.3. LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Elles comprennent trois grandes catégories : les **collectivités publiques**, les **établissements publics** et les **groupements d'intérêt public**. A cela il convient d'ajouter une catégorie *sui generis*, comme dans le cas des personnes morales de Droit Privé.

1.4.3.1. Les collectivités publiques

Une collectivité publique est caractérisée par l'existence d'une assemblée délibérante élue au suffrage universel, qui détient au moins deux pouvoirs fondamentaux : l'adoption d'un budget (autonomie financière) et la gestion de biens immobiliers (le domaine) ; à cela s'ajoutent des

157 Décret n° 2009-158 du 11 février 2009 relatif aux fonds de dotation. Circulaire du 19 mai 2009 relative à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle des fonds de dotation (JORF du 19-06-09).

compétences générales ou particulières prévues par la loi, en particulier le Code Général des Collectivités Territoriales. On distingue l'**Etat** des **collectivités territoriales**.

1.4.3.1.1. L'Etat

L'Etat est une collectivité publique : le **Parlement** adopte les lois de finances à la fin de chaque année civile (budget de la Nation), et la gestion du domaine de l'Etat relève essentiellement du pouvoir réglementaire (158). Mais il est singulier de considérer l'Etat comme une personne morale, d'un point de vue pratique : l'étude de son fonctionnement, qui relève de la Science politique, montre qu'il s'agit plutôt d'une nébuleuse composée de nombreux sous-systèmes dont l'action et la doctrine sont parfois contradictoires, même en faisant abstraction de l'impact des alternances politiques.

L'Etat ne se limite pas au **pouvoir exécutif** (Président de la République et Gouvernement), mais inclut aussi le Parlement (**pouvoir législatif**) et l'**autorité judiciaire**. Si l'on considère le Gouvernement proprement dit, il convient de noter que son architecture à l'échelon national (ministères et secrétariats d'Etat) est éminemment variable : c'est pourquoi les textes juridiques prennent la précaution de mentionner « le ministre chargé de... » (159). La pratique gouvernementale a multiplié les différenciations de rang entre ministres : ministres d'Etat, ministres, ministres délégués à..., secrétaires d'Etat...

Par ailleurs, la nécessité d'une coordination sur certains sujets a amené la multiplication des comités interministériels, missions interministérielles, délégués interministériels, groupes interministériels, etc...

EX1 : Le **Groupe interministériel des produits chimiques** a été institué par le décret n° 81-278 du 25 mars 1981 afin de contrôler la conformité aux bonnes pratiques de laboratoire (cf. ci-dessus note 88) de tout laboratoire d'essais (non cliniques) ; y sont représentés les ministres chargés de la santé, du travail, de l'industrie, de la recherche, de l'agriculture, de l'économie et de l'environnement).

EX2 : La **Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (DATAR)**, créée en 1963, a changé de nom en 2006 pour revenir quasiment à sa dénomination initiale en 2009, « attractivité » se substituant à « action ».

EX3 : Un décret n° 2005-1288 du 17 octobre 2005 institue un **coordonnateur interministériel pour la valorisation de la biomasse** ; celle-ci est définie comme la « fraction dégradable des produits végétaux et animaux ainsi que des déchets et résidus provenant de l'agriculture, de la pêche, de la sylviculture et de l'activité des entreprises, des collectivités et des ménages » ; la valorisation de la biomasse « consiste en son utilisation en biocarburants, biocombustibles solides, liquides ou gazeux, biomatériaux et autres bioproduits ou biomolécules ». Ce décret est un « règlement autonome » au sens de l'article 37 de la Constitution, comme le sont ses homologues instituant des délégués interministériels. A noter que l'article L 211-2, alinéa 2, du Code de l'Energie apporte une définition différente et supérieure de la biomasse, et l'article L 661-1 du même code apporte une définition des biocarburants et des bioliquides, définitions issues de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 sur les énergies renouvelables.

158 CG3P, articles R 2122-2 & R 2122-4 : gestion du domaine public et privé de l'Etat par les préfets de département, à l'exception du domaine public militaire et du domaine privé forestier, qui est l'exclusivité de l'ONF en vertu de l'article R 2222-36 du même code. L'aliénation des biens du domaine privé de l'Etat est possible, avec une importante réserve en matière forestière (CG3P, article L 3211-5).

159 Par exemple, l'actuel « Ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt » a pu s'appeler auparavant « Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et de l'Aménagement du Territoire », « Ministère de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche », « Ministère de l'Agriculture, de la Pêche, de l'Alimentation et de la Ruralité », « Ministère de l'Agriculture et de la Forêt », « Ministère de l'Agriculture et du Développement Rural », et même, au XIXème siècle, « Ministère de l'Agriculture et du Commerce ». Il existe une manie politico-administrative française, irritante et coûteuse, de modifier sans cesse les dénominations des Administrations centrales en dehors même des changements de majorité politique, l'ancien Ministère de l'Environnement étant un autre exemple navrant...

Les services du **Premier Ministre** comprennent 6 Secrétariats Généraux :

- le principal est le **Secrétariat Général du Gouvernement (SGG)**, qui prépare les dossiers du Premier Ministre, et élabore les projets de lois, d'ordonnances et de décrets, en liaison avec le Conseil d'Etat dans ses fonctions consultatives ; le ou les ministères concernés participent bien entendu à l'élaboration des décrets qui relèvent de leur compétence ;
- le **Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale (SGDSN)** (ex Secrétariat Général à la Défense Nationale), dont les missions ne sont pas exclusivement militaires et liées au caractère de « chef des armées » du Premier Ministre, coordonne l'action des Hauts fonctionnaires de défense et de sécurité dans chaque ministère, et est assisté par une Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, dépourvue de la personnalité morale (160) ;
- le **Secrétariat Général à la Coopération Internationale (SGCI)**, compétent aussi pour les affaires de l'Europe communautaire jusqu'en (161) ; c'est le service qui s'occupe du suivi et des implications des engagements internationaux de la France en général (gestion des traités et conventions internationales à tous les stades de la procédure) ;
- le **Secrétariat Général aux Affaires Européennes (SGAE)** a repris en 2005 une partie des compétences du SGCI (y compris la liaison avec les travaux de l'OCDE) et assure le secrétariat du comité interministériel sur l'Europe ;
- le **Secrétariat Général à la Mer (SGM)**, qui tend à remplacer un Ministère de la mer, très difficile à mettre en place et à faire vivre en raison de l'extrême dispersion interministérielle des questions maritimes ; cela n'empêche pas qu'il est fait mention dans les textes législatifs d'un « ministère chargé de la mer » ;
- le **Secrétariat Général de l'Administration (SGA)**, créé en 2006, qui est compétent pour la gestion prévisionnelle de la fonction publique de l'Etat (effectifs, statuts et rémunérations).

Le Gouvernement a autorité sur l'Administration, c'est-à-dire l'ensemble de ses services, au niveau national ou déconcentré (régions et départements), et sous réserve de l'existence de services administratifs propres aux collectivités territoriales. A différents niveaux géographiques inférieurs au niveau national, les **préfets** représentent le Gouvernement : ce sont de hauts fonctionnaires à statut particulier, ayant une obligation de réserve particulièrement forte ainsi qu'une obligation de fidélité politique au Gouvernement en place, quel qu'il puisse être. On distingue trois niveaux géographiques dans les emplois normaux du corps préfectoral, plus un niveau spécifique en matière maritime :

- le **préfet de département**, qui dispose des compétences les plus variées : il est autorité de police générale et de polices spéciales (cf. 2.2.3.2.2. et Annexe 9) ; il a aussi autorité sur l'emploi des fonctionnaires des **services déconcentrés** de l'Etat, à l'exception notable des services dépendant du ministère chargé de l'Economie et des Finances, du ministère de l'Education nationale et des personnels placés sous l'autorité de l'Agence régionale de santé (ARS) ;
- le **préfet de région** a vu ses compétences et son pouvoir s'accroître, pour devenir un superviseur et un coordinateur des préfets de département en 2004, puis le supérieur

160 Décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information ». Il ne s'agit pas d'une personne morale.

161 Circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes (JORF du 2-10-04). Ce texte incite les Administrations centrales à faire preuve de vigilance et d'organisation dans le suivi de la procédure afin d'éviter la multiplication des condamnations en manquement contre la France par la CJCE, comme cela a pu être le cas. Le décret n° 2005-1283 du 17 octobre 2005 confie au SGAE le soin d'assurer la transposition des directives et des décisions-cadres (supprimées par le Traité de Lisbonne de 2007), en liaison avec le SGG.

hiérarchique des préfets de département en 2010 (162) ; « garant de la cohérence de l'action de l'Etat dans la région », il « est responsable de l'exécution des politiques de l'Etat dans la région, sous réserve des compétences de l'ARS (163), ainsi que de l'exécution des politiques communautaires qui relèvent de la compétence de l'Etat » ; ils peuvent donner des instructions aux préfets de département et procéder à l'évocation d'une compétence d'un d'entre eux pour une période limitée (164) ;

- le **préfet de zone de défense et de sécurité**, regroupant plusieurs régions, qui a originellement des pouvoirs de défense, mais dont les attributions ont été considérablement élargies en matière civile, notamment en cas de crise ou d'événements d'une particulière gravité (sécurité civile) et en matière de circulation routière dans les contextes de grandes migrations motorisées (165) ; il « dirige l'action des préfets de région et de département en ce qui concerne la préparation et la mise en oeuvre des mesures relatives à la sécurité intérieure et à la sécurité civile » (166) ;

- le **préfet maritime** est un amiral de la Marine Nationale chargé de la coordination des actions de l'Etat en mer, y compris en matière civile, et doté de pouvoirs de police générale ; ils sont au nombre de 3 en France métropolitaine (Cherbourg, Brest et Toulon), d'autres officiers généraux assumant cette fonction outre-mer (167).

En fait, les trois premières catégories se confondent en termes de personnes physiques : c'est le même individu qui est préfet du département où se trouve le chef-lieu de la région, qui peut être aussi chef-lieu de « zone de défense et de sécurité ». Le même préfet peut aussi remplir les fonctions de « **préfet coordinateur de massif** » en application de l'article 7 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne (168) ; il existe, de même des **préfets coordonnateurs de bassin** placés auprès de chaque groupement de bassins correspondant aux 7 Agences de l'Eau. En matière agroalimentaire, la crise de la viticulture a amené la création de **préfets coordonnateurs de bassins viticoles**, qui sont des préfets de région au nombre de 10 (169), et les difficultés de la filière « lait »

162 Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et les départements. Décret n° 2004-1053 du 5 octobre 2004 modifié ; circulaire du 7 juillet 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'Etat (JORF du 9-07-08); autres circulaires mentionnées en 1.3.2.2. (EX5).

163 Les relations entre les trois types de préfets et l'ARS sont régies par le décret n° 2010-338 du 31 mars 2010 relatif aux relations entre les représentants de l'Etat dans le département, dans la zone de défense et dans la région et l'ARS pour l'application des articles L 1435-1, L 1435-2 et L 1435-7 du CSP (CSP, articles R 1435-1 à R 1435-9). Par ailleurs, l'article D 1432-53-1 du CSP précise que l'ARS de la région du siège du Comité de bassin mentionné à l'article L 213-7 du Code de l'Environnement (donc celle du préfet coordonnateur de bassin) « assure la coordination et l'harmonisation, à l'échelle du bassin hydrographique, de la politique de santé publique dans le domaine de l'eau ».

164 Sur le concept d'évocation, cf. ci-après, même partie. Circulaire du 20 juillet 2010 relative à l'exercice du droit d'évocation par le préfet de région (JORF du 13-08-10).

165 Décret n° 2010-224 du 4 mars 2010 relatif aux pouvoirs des préfets de zone de défense et de sécurité.

166 C. Déf., article R 1311-4.

167 Loi n° 94-589 du 15 juillet 1994 modifiée relatif aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer ; décret n° 2004-112 du 6 février 2004 relatif à l'organisation de l'action de l'Etat en mer ; décret n° 2007-536 du 10 avril 2007 (DOM et COM) ; décret n° 2007-798 du 11 mai 2007 fixant l'organisation des commandements de zone maritime.

168 Articles 3 à 6 du décret n° 2002-955 du 4 juillet 2002 relatif aux compétences interdépartementales et interrégionales des préfets et aux compétences des préfets coordonnateurs de massif ; arrêté du 16 janvier 2004 relatif aux préfets coordonnateurs de massif. Ce décret prévoit aussi les conditions et les modalités d'adoption d'arrêtés interpréfectoraux de la part des préfets de département et de région.

169 Arrêté ministériel du 15 juin 2006 portant création des bassins viticoles, pris en application du décret n° 2006-704 du 15 juin 2006 portant création du Conseil national de la viticulture de France.

dans le contexte de suppression des quotas laitiers a amené la création de **préfets coordonnateurs de bassins laitiers** (170).

Les préfets sont nommés à ces différents postes par décret en Conseil des Ministres (donc avec l'assentiment du Président de la République) ; ils ont la charge des intérêts nationaux, du respect des lois, et représentent le Premier Ministre et chacun des ministres ; à ce titre, ils dirigent les **services déconcentrés de l'Etat** aux trois niveaux, sauf exception ; ils assurent le contrôle administratif de la région (pour les premiers) et du département et des communes (pour les seconds), ainsi que de leurs établissements publics. Ils mettent en œuvre la politique de l'Etat dans la région ou le département, et les présidents des Conseils régionaux ou généraux doivent leur transmettre les informations nécessaires à l'exercice de leurs attributions (171), et réciproquement : les maires et ces présidents reçoivent des préfets, à leur demande, les informations nécessaires, la loi prévoyant parfois de façon plus spécifique l'obligation pour le préfet de « porter à connaissance » de l'exécutif territorial des informations particulières.

La réforme des services déconcentrés de l'Etat entre 2008 et 2010 s'inscrit dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP), et est fondée sur les principes suivants :

« - Le niveau régional est le niveau de pilotage de droit commun des politiques publiques, de l'Etat sur le territoire ;

- le niveau départemental est chargé de la mise en œuvre de ces politiques publiques, au plus près des administrés et du territoire ;

- pour le pilotage des politiques publiques, le préfet de région a autorité sur les préfets de département et dispose d'un « pouvoir d'évocation » (172) ;

- le préfet de région a autorité sur les administrations civiles de l'Etat, directions réorganisées en considération des missions ministérielles, à l'exception de l'organisation de l'action éducatrice, des actions d'inspection de la législation du travail et de la détermination de l'assiette et du recouvrement de l'impôt, conformément au décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 ;

- sauf exception, les préfets seront délégués des agences nationales lorsque celles-ci exercent des attributions territoriales ;

- les services déconcentrés départementaux sont organisés en fonction des besoins des citoyens sur le territoire et des priorités identifiées à cette échelle (...) » (173).

Ont ainsi été mises en place, par redéploiement et/ou fusion des directions existantes (174) :

- au niveau interrégional : 4 Directions inter-régionales de la mer (Manche est & Mer du Nord, Nord-Atlantique & Manche ouest, Sud-Atlantique et Méditerranée) qui sont compétentes pour les affaires maritimes (production primaire comprise), sous l'autorité du préfet de la région du siège de cette direction (notamment pour la production primaire

170 CRPM, articles R 654-111-2 et 654-114-1. Arrêté du Premier Ministre du 10 mars 2011 relatif à la délimitation des bassins laitiers et à la désignations des préfets coordonnateurs de bassins laitiers.

171 Article 21-1 de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 modifiée portant création et organisation des régions ; article 34 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ; articles 1^{er} à 14 du décret n° 2004-374, précité.

172 Cette notion est abordée ci-dessous.

173 Point I de l'annexe de la circulaire du 7 juillet 2008 relative à l'organisation départementale de l'Etat (JORF du 9-07-08).

174 Décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement. Décret n° 2009-707 du 16 juin 2009 relatif aux services déconcentrés de la Direction générale des finances publiques. Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Décret n° 2009-1540 du 10 décembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale. Décret n° 2010-130 du 11 février 2010 relatif à l'organisation et aux missions des directions interrégionales de la mer. Décret n° 2010-429 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt. Décret n° 2010-633 du 8 juin 2010 relatif aux directions régionales des affaires culturelles.

halieutique) et sous l'autorité fonctionnelle du préfet maritime, pour les affaires de navigation maritime ;

- au niveau régional : la Direction régionale de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt (DRAAF), la Direction régionale de l'architecture et de la culture (DRAC), la Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), la Direction régionale des entreprises, de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi (DiRECCTE), la Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS), et la Direction régionale des finances publiques (DRFiP) ;

- au niveau départemental, trois directions départementales interministérielles (les directions régionales ayant un caractère ministériel) (175) : direction départementale de la cohésion sociale et de la protection de la population (DD(CS)PP), direction départementale des territoires (et de la mer dans les départements à façade littorale) (DDT(M)), direction départementale des finances publiques (DDFiP), services chargés de la sécurité intérieure (police et gendarmerie).

Les directions régionales auront des unités départementales ou interdépartementales. La région Ile-de-France a une structuration spécifique tendant à amalgamer les directions régionales avec des directions interdépartementales (176).

Le préfet de département est assisté de plusieurs sous-préfets qui sont amenés à le représenter dans de nombreuses réunions ou manifestations officielles : un secrétaire général, qui est son « bras droit », spécialement chargé de la mutualisation des moyens des services, un sous-préfet par arrondissement (177), et souvent un ou plusieurs sous-préfets chargé(e)s de missions particulières. Il conserve son autonomie par rapport au préfet de région dans les domaines suivants : contrôle administratif des collectivités territoriales, sécurité intérieure et sécurité civile, réglementation générale relative à l'exercice des libertés publiques, droit des étrangers...

La politique de l'eau, reconfigurée en 2005, demeure néanmoins spécifique sur le plan administratif : le **préfet coordonnateur de bassin** anime et coordonne l'action des préfets des régions et des départements appartenant au bassin ; ceux-ci font partie de la Commission administrative de bassin qui l'assiste dans l'exercice de ses fonctions, ainsi que le directeur de l'Agence de l'eau et le DREAL. Ce préfet coordonnateur est par ailleurs « autorité administrative » pour la mise en œuvre de trois directives communautaires importantes :

175 Décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles. Arrêté primo-ministériel du 12 janvier 2010 relatif aux missions interdépartementales des directions départementales interministérielles. Dans certains départements particulièrement urbanisés, la DDCSPP est éclatée en deux : direction départementale de la protection de la population (DDPP) , et direction départementale de la cohésion sociale (DDCS). On utilise donc dans ce document le sigle DD(CS)PP pour désigner l'une ou l'autre de ces situations.

176 Décret n° 2008-1406 du 19 décembre 2008 relatif à l'organisation et aux attributions de la direction régionale et interdépartementale de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt d'Ile-de-France. Décret n° 2010-687 du 24 juin 2010 relatif à l'organisation et aux missions des services de l'Etat dans la région et les départements d'Ile-de-France.

177 L'arrondissement est une subdivision administrative du département qui n'a pas la personnalité morale, et son chef-lieu est appelé sous-préfecture. Même observation pour le canton, qui est une subdivision de l'arrondissement à fonction essentiellement électorale (élection d'un conseiller général par canton), mais qui joue un rôle important dans la législation de protection du littoral, ainsi que dans la réglementation des zones vulnérables à la pollution nitrée d'origine agricole.

- la directive « eaux résiduaires urbaines » 91/271/CEE : il délimite les « zones sensibles », qui sont des masses d'eau douce ou marine nécessitant des ouvrages publics d'assainissement des eaux usées adaptés à certains objectifs de qualité des milieux aquatiques concernés (178) ;
- la directive « nitrates » 91/676/CEE : il délimite les « zones vulnérables à la pollution nitrée » d'origine agricole (179), mais les « programmes d'action » dans ces zones vulnérables sont du ressort du préfet de département ;
- la directive-cadre 2000/60/CE (DCE), qui institue les « plans de gestion de district hydrographique » impliquant de sa part l'établissement d'un programme de surveillance de l'état des eaux et un programme pluriannuel de mesures à mettre en œuvre afin de respecter les objectifs de qualité à long terme (180) ; les plans en question sont les Schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), dont le contenu a été modifié en conséquence.

La **déconcentration** consiste, pour l'Etat, à rapprocher la décision administrative du terrain, et à transférer des pouvoirs de l'échelon central (les ministères et secrétariats d'Etat) à l'échelon déconcentré (préfectures de département ou de région), les transferts de pouvoirs aux maires étant plus difficiles et plus problématiques, puisqu'un maire est aussi – et surtout – l'exécutif communal. Elle a fait l'objet d'un premier décret en 1992 (dit « charte de la déconcentration ») et de plusieurs décrets en 1997; le renversement de perspective est important : si auparavant, dans un domaine donné, la compétence ministérielle était la règle et la compétence préfectorale l'exception, c'est désormais le contraire qui prévaut. Simultanément, les préfets de département et de région ont plus de latitude pour organiser et coordonner les fonctionnaires des services déconcentrés de l'Etat, pour aboutir à un pouvoir total en 2008. Dans la perspective de l'entrée en vigueur de la LOLF en 2005, un décret n° 2004-1085 du 14 octobre 2004 facilite la délégation de gestion dans les services de l'Etat, au niveau central ou déconcentré : il s'agit d'un « acte par lequel un ou plusieurs services de l'Etat confient à un autre service de l'Etat, pour une durée limitée éventuellement reconductible, la réalisation, pour leur compte, d'actes juridiques, de prestations ou d'activités déterminées concourant à l'accomplissement de leurs missions ».

Il existe un mécanisme inverse de la déconcentration, appelé **évocation**, qui est rare : la loi peut autoriser le ministre compétent à se saisir d'un dossier normalement traité par un préfet et à se substituer à lui (181) ; la réforme administrative territoriale de l'Etat a conféré ce pouvoir au préfet de région par rapport au préfet de département.

Sur le plan de l'intervention économique de l'Etat au niveau national, une **Agence des participations de l'Etat** a été créée pour gérer de façon cohérente ces participations,

178 C. Env., articles L 211-2, R 211-94 & R 211-95. Arrêté interministériel du 22 juin 2007 relatif à la collecte, au transport et au traitement des eaux usées des agglomérations d'assainissement ainsi qu'à la surveillance de leur fonctionnement et de leur efficacité, et aux dispositifs d'assainissement non collectif recevant une charge brute de pollution organique supérieure à 1,2kg/j de DBO5 ; cet arrêté s'applique aussi en dehors des zones sensibles, justement pour qu'elles ne le deviennent pas.

179 C. Env., articles L 211-2, R 211-75 à D 211-93.

180 C. Env., articles L 212-2, L 212-2-2, L 212-2-3, L 212-2-4, R 212-1 à R 212-25. Arrêté ministériel du 16 mai 2005 portant délimitation des bassins et groupements de bassins en vue de l'élaboration et la mise à jour des SDAGE; décret n° 2005-378 du 20 avril 2005 relatif au programme national d'action contre la pollution des milieux aquatiques par certaines substances dangereuses; arrêté d'application du 20 avril 2005 modifié ; arrêté ministériel du 30 juin 2005 relatif au programme national d'action contre la pollution des milieux aquatiques par certaines substances dangereuses. Arrêté ministériel du 17 mars 2006 modifié relatif au contenu des SDAGE.

181 Exemples de pouvoirs d'évocation du ministre compétent par rapport au préfet de région : C. Pat., article L 642-6 (AVAP) ; C. Env., articles L 122-3-II, alinéa 6, R 122-12 alinéa 1er (études d'impact).

majoritaires ou minoritaires, dans le capital social des entreprises publiques (182). De même, a été instituée en 2007 une **Agence du patrimoine immatériel de l'Etat**, qui a pour mission de valoriser les droits intellectuels de l'Etat (183).

Bien que l'Etat soit en théorie une personne morale indivisible, le contentieux administratif donne parfois l'impression qu'il est divisé ou parcellisé : les décisions juridictionnelles mentionnent spécifiquement un préfet de tel type ou un ministre, voire le maire d'une commune (dans les cas peu fréquents où il représente l'Etat et non la commune), mais non l'Etat en tant que tel. Au contraire, dans les rares cas où l'Etat est partie dans un litige relevant des juridictions judiciaires, il est toujours représenté par l'**Agence judiciaire de l'Etat**, service du ministère chargé de l'économie et des finances (184).

Outre le corps préfectoral, la haute fonction publique de l'Etat comprend aussi des corps d'inspection des Administrations centrales et de leurs services déconcentrés ; ces corps étudient le fonctionnement des services, font des suggestions d'amélioration et des critiques, et peuvent suggérer la prise de sanctions disciplinaires si des manquements graves dans l'exécution du service sont constatés (185). Elle comprend encore des instances d'expertise, d'étude et de conseil, notamment liées aux grands corps d'ingénieurs : Conseil Général de l'Economie, de l'Industrie, de l'Energie et des Technologies (186), Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable (187), Conseil Général de l'Alimentation, de l'Agriculture et des Espaces ruraux, qui disposent aussi de pouvoirs d'inspection (188). En matière de santé publique, le Conseil supérieur d'hygiène publique de France (CSHPF) a été

182 Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 ; arrêté du 11 octobre 2004.

183 Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat (JORF du 27-04-07). Arrêté du 23 avril 2007 portant création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat. Décret n° 2007-905 du 15 mai 2007 portant création du comité d'orientation de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat. Sur les droits intellectuels, cf. 1.6.3.2.2..

184 Anciennement « Agence judiciaire du Trésor ». A titre d'exemple, on peut citer les litiges de propriété intellectuelle, pour lesquels le CPI prévoit la compétence spéciale de certains TGI en première instance, ou encore certains mécanismes tels que le nantissement d'une créance d'une personne privée sur l'Etat : Cass. Com., 20 février 2007, Safi Trans c./ Agent judiciaire du Trésor ; le nantissement (notion définie ci-après en 1.6.3.2.1.) d'une créance sur l'Etat doit être effectué selon les dispositions du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique, et non au moyen de la « signification » prévue par l'article 2362 (ancien article 2075) du Code Civil, ce qui amène la nullité du contrat de nantissement.

185 Les plus connues sont le Contrôle Général des Armées, l'Inspection Générale des Finances, l'Inspection Générale des Affaires Sociales, l'Inspection Générale de l'Education Nationale, l'Inspection Générale de la Police Nationale (la « police des polices », avec une variante autonome pour la Préfecture de Police de Paris, l'Inspection Générale des Services), l'Inspection Générale des Services Judiciaires, et, jusqu'à une date récente, l'Inspection Générale de l'Environnement et l'Inspection Générale de l'Agriculture.

186 Décret n° 2009-64 du 16 janvier 2009 modifié par le décret n° 2011-1523 du 14 novembre 2011 relatif au Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies; arrêté interministériel du 14 novembre 2011 fixant le nombre et les attributions des sections de cette instance, qui remplace le Conseil général des mines.

187 Décret n° 2008-679 du 9 juillet 2008 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable ; arrêté interministériel du 9 juillet 2008. Il remplace le Conseil général des ponts et chaussées et l'Inspection générale de l'environnement. A noter qu'il comprend une « formation d'autorité environnementale » constituant une autorité administrative de l'Etat pour les recours concernant certaines études d'impact (C. Env., articles L 122-1 & R 122-1-1-II).

188 Décret n° 2010-141 du 10 février 2010 relatif au Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux ; arrêté ministériel du 10 février 2010 relatif à l'organisation de ce Conseil. Il concrétise la fusion du Conseil général du génie rural et des eaux et forêts, du Conseil général vétérinaire et de l'Inspection générale de l'agriculture. La fusion entre le corps du GREF et des Ponts et chaussées instituant le corps des « ingénieurs des ponts et des eaux et forêts » (décret n° 2009-1106 du 10 juillet 2009) laisse augurer d'un rapprochement au moins partiel avec le Conseil général précédent.

une instance consultative très influente (189), avant son remplacement en 2004 par le Haut Conseil de santé publique.

Le **Conseil d'Etat** n'est pas seulement la juridiction suprême de l'ordre administratif, qui se concrétise dans sa « Section du contentieux ». Héritier du « Conseil du Roi » et du « Conseil des Aides » de l'Ancien Régime, il comprend aussi des formations non contentieuses : Section des travaux publics, Section de l'administration, Section sociale, Section des finances, Section de l'Intérieur, Section du rapport et des études (190). Sous cet angle, le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté en deux circonstances : sur les projets de lois (y compris les lois organiques et constitutionnelles, ainsi que les ordonnances), et lorsque des « décrets en Conseil d'Etat » sont prévus par la loi. Dans ce dernier cas, la fonction du Conseil d'Etat revient à lui attribuer une compétence de conception conjointe du texte avec le Gouvernement :

« Lorsque le Conseil d'Etat doit être obligatoirement consulté sur un projet de règlement, les dispositions prises doivent correspondre, soit au projet soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat, soit au texte résultant de l'avis émis par le Conseil d'Etat. le Conseil d'Etat se prononce sur tout le texte dans ses moindres détails, et tranche aussi bien des questions de forme que de fond. Aucune modification n'est possible après que l'avis a été rendu. Le rôle de superviseur juridique du Conseil d'Etat pour les décrets en Conseil d'Etat ne serait pas possible si le texte pouvait subir une modification, même minime, après la consultation de la Haute juridiction. Le Conseil d'Etat a un rôle d'émetteur d'idées, comme tout organisme consultatif, mais aussi une fonction de conseil juridique qui oblige à lui soumettre le texte définitivement rédigé.

Le non-respect des règles concernant les avis obligatoires du Conseil d'Etat est considéré par ce dernier comme un vice de compétence et constitue donc un moyen d'ordre public. Cette solution peut surprendre, car seul le Gouvernement détient un pouvoir de décision. Il peut parfaitement rejeter toutes les propositions du Conseil d'Etat et arrêter le texte qu'il veut, quitte à consulter de nouveau le Conseil d'Etat s'il amende le texte après le rendu de l'avis. Il n'y a nulle codécision de la part du Conseil d'Etat. Tout au plus peut-on reconnaître à ce dernier un rôle de coauteur quand le texte définitif mêle, comme c'est souvent le cas, des dispositions qui proviennent à la fois du Gouvernement et du Conseil d'Etat. Il y a alors rédaction en commun du texte, et celui-ci porte la marque du Conseil d'Etat. Mais cela ne suffit pas à conférer au Conseil d'Etat un pouvoir de codécision, puisque seul le Gouvernement peut transformer le projet de texte en norme juridique » (191).

1.4.3.1.2. Les collectivités territoriales et leurs groupements

A la suite de la réforme constitutionnelle de 2003, l'article 74 de la Constitution distingue cinq types de **collectivités territoriales** :

- les **communes** ;
- les **départements** ;
- les **régions** ;
- les **collectivités à statut particulier** (Corse, Martinique, Guyane) ;
- les **collectivités d'outre-mer**.

Sur ce dernier point, l'ancienne version de cet article rattachait les départements d'outre-mer (DOM) aux départements, et faisait des territoires d'outre-mer (TOM) une catégorie spécifique ; mais les DOM étaient aussi et restent des « régions d'outre-mer » : bien que le sigle « ROM » soit inusité, il convient de signaler que ces « ROM » adaptent aux DOM les

189 CSP, articles L 1311-1, R 1416-1 à R 1416-15.

190 De façon significative au niveau symbolique, le Premier Ministre est le Président en titre du Conseil d'Etat, mais il s'agit d'une fonction purement honorifique, la direction effective du Conseil d'Etat appartenant à son Vice-Président. Même observation pour les Conseils généraux des grands corps d'ingénieurs : ils sont dirigés par un Vice-Président, le Président en titre étant le Ministre concerné.

191 Marie-Thérèse VIEL : Note sous CC n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants du Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; AJDA n° 30/2003, p. 1626.

lois et règlements applicables en France métropolitaine (192). On peut oser l'équation : DOM + ROM = « DROM » (sigle inusité).

En 2003, la catégorie des TOM a éclaté en plusieurs cas particuliers dotés d'institutions spécifiques (Nouvelle-Calédonie notamment), d'où l'intérêt de remettre de l'ordre au niveau textuel en supprimant la catégorie des TOM. Si l'expression « DOM-TOM » est dorénavant à bannir de tout discours écrit ou oral, la distinction conserve une certaine pertinence sur le point suivant, les « COM » remplaçant les TOM :

- les règles de droit applicables en France métropolitaine sont applicables dans les 3 « DROM » (Guadeloupe, Réunion et Mayotte), ainsi que dans les ex DOM devenus « collectivités uniques d'outre-mer » (Martinique et Guyane), sauf disposition législative contraire (solution traditionnelle) ou « adaptations décidées par ces collectivités et tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités », en dehors des domaines régaliens (193) ;
- dans les ex-TOM devenus COM (Polynésie française, Wallis & Futuna, Terres Australes et Antarctiques Françaises, Saint Barthélemy, Saint-Martin), ainsi que dans les collectivités de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, la loi nationale n'est applicable que lorsqu'elle le prévoit explicitement ; la COM de Mayotte est devenue un « département » ayant aussi les fonctions de la région (donc un « DROM » innommé) lors de la réforme constitutionnelle de 2008 (194).

L'article 74 de la Constitution prévoit que les COM ont un statut défini par une loi organique fixant notamment les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables, alors que son article 73 prévoit la possibilité pour les « DROM » de devenir des « collectivités territoriales » régies par une Assemblée unique réunissant les compétences du Conseil régional et du Conseil général, ce qui met en jeu une loi ordinaire et non une loi organique spécifique comme dans le cas de Mayotte : c'est toutefois la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution qui organise ce mécanisme général, et la loi n° 2011-884 du même jour l'applique aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, qui quittent donc le statut de DOM-ROM (ou « DROM ») pour devenir « collectivités uniques d'outre-mer » (195).

Enfin, la Nouvelle-Calédonie, en transition vers l'indépendance (« Kanaky ») si un référendum le décide, n'a pas le statut de COM et fait l'objet de dispositions transitoires spécifiques (196).

La question de l'applicabilité du Droit de l'UE dans ces parties ultramarines du territoire français est résolue de la façon suivante :

- le Droit de l'UE s'applique en principe, avec quelques aménagements possibles, dans les DOM et les « collectivités uniques d'outre-mer » qui font partie des « régions ultrapériphériques » de l'UE au sens de l'article 349 du TFUE ;

192 CGCT, articles LO 4435-1 à L 4435-12.

193 Constitution, article 73. Par exemple, le régime du défrichement à la Réunion est plus sévère qu'en France métropolitaine : comparer, dans le Code Forestier, les articles L 341-1 à L 342-1 (régime général) aux articles L 374-1 à L 374-9 (Réunion).

194 Loi organique n° 2010-1486 et loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte.

195 Pour une analyse doctrinale fine, cf. Michel VERPEAUX, Différenciation(s) et identité(s) dans l'outre-mer français, AJDA n° 39/2011, 21 novembre 2011. Cet auteur, professeur à l'Université de Paris I, suggère de qualifier la Martinique et la Guyane de « collectivités uniques d'outre-mer » (CUOM) pour les différencier à la fois des « DROM » et des COM.

196 Constitution, articles 76 & 77.

- ce Droit ne s'applique pas, sauf dans des domaines très limités, dans les « pays et territoires d'outre-mer » au sens de l'article 355 du TFUE, les autres Etats concernés étant le Danemark et les Pays-Bas.

La réforme constitutionnelle de 2003 a modifié sensiblement le mode de financement des collectivités territoriales : le nouvel article 72-2 de la Constitution prévoit (alinéa 3) que « les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources » et renvoie à une loi organique la fixation des conditions de mise en œuvre de ce principe (197) ; cela met fin à une période historique où l'essentiel des ressources des collectivités territoriales était constituée par des « dotations » diverses et au régime complexe provenant du budget de l'Etat. Sur le plan du financement, la loi organique distingue trois catégories de collectivités territoriales :

« Les catégories de collectivités territoriales mentionnées au troisième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution sont :

1° Les communes ;

2° Les départements auxquels sont assimilés le Département de Mayotte, la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon et les collectivités à statut particulier issues de la fusion d'une ou plusieurs communes et d'un département ;

3° Les régions et la collectivité territoriale de Corse auxquelles sont assimilées les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution autres que celles mentionnées au 2°, [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004] les collectivités à statut particulier issues de la fusion de départements et de régions et les collectivités mentionnées au dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution. »(198).

Cette réforme a par ailleurs introduit dans la Constitution un **droit à l'expérimentation** des collectivités territoriales. Le nouvel article 37-1 de la Constitution dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental », et la nouvelle version de son article 72, alinéa 4, prévoit la possibilité pour une collectivité territoriale ou un groupement auquel elle adhère de déroger aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de ses compétences, dans les conditions prévues par la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003. Enfin, la réforme constitutionnelle de 2003 prévoit la possibilité de créer par la voie législative une nouvelle catégorie de collectivités territoriales.

La question de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales était jusqu'ici réglée, de façon à peu près cohérente, par des dispositions du CGCT ou d'autres textes (199). L'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution pose que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». La nouvelle répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales issue de la réforme de 2003 a été précisée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui transfère un certain nombre de compétences étatiques aux collectivités territoriales, en

197 Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, partiellement invalidée par le Conseil Constitutionnel, qui a par ailleurs émis des « réserves d'interprétation » (CC, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004) ; l'invalidation concerne notamment la Nouvelle-Calédonie, ce qui implique l'adoption d'une nouvelle loi organique spécifique à cette collectivité au statut complexe.CHECK

198 CGCT, article LO 1114-1.

199 Par exemple, les articles L 121-1 et L 121-2 du Code Forestier attribuent à l'Etat une compétence générale en matière forestière, y compris pour l'encadrement de la gestion de la forêt privée par les CRPF et le CNPF, les collectivités territoriales et leurs groupements pouvant y être associées en passant des contrats avec l'Etat.

particulier en matière d'infrastructures linéaires ou non linéaires (200). Cette réforme constitutionnelle ouvre par ailleurs à la France la possibilité d'évoluer vers un système de type espagnol, où les collectivités territoriales n'ont pas toutes le même statut et les mêmes pouvoirs.

Mais la répartition des compétences entre les trois grandes catégories de collectivités territoriales a été dominée par la confusion jusqu'à l'adoption de la LRCT de 2010 (article 73). Chacune d'entre elles bénéficiait d'une « clause de compétence générale », en plus des compétences particulières attribuées par la loi : en trois articles différents, le CGCT posait que l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale (Conseils régional, général et municipal) « réglait par ses délibérations les affaires de » chacune d'entre elles. Cela provoquait des difficultés inextricables dans les montages de projets impliquant des « financements croisés » pour les associations ou les entreprises. Dorénavant, seule la commune conserve la « clause de compétence générale » (201), et les compétences respectives de la région et du département sont définies par la loi, qui précise si elles sont exclusives ou partagées :

(CGCT, article L 1111-4) : « Les compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales le sont à titre exclusif. Toutefois, la loi peut, à titre exceptionnel, prévoir qu'une compétence est partagée entre plusieurs catégories de collectivités territoriales. Les compétences en matière de tourisme, de culture et de sport sont partagées entre les communes, les départements et les régions.

Lorsque la loi a attribué à une catégorie de collectivités territoriales une compétence exclusive, les collectivités territoriales relevant d'une autre catégorie ne peuvent intervenir dans aucun des domaines relevant de cette compétence. »

En dehors même des grandes réformes législatives de décentralisation, la tendance générale en France est le transfert fréquent de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales :

EX1 : La « loi DTR » de 2005 a transféré la responsabilité de la mise en oeuvre de l'aménagement foncier rural du préfet au Président du Conseil général ; au niveau national, cette compétence a été transférée en 2007 au Ministre de l'Ecologie, du Développement et de l'Aménagement durables.

EX2 : La même loi a transféré de l'Etat aux collectivités territoriales et à leurs groupements l'élaboration et le suivi de la mise en oeuvre du « document d'objectifs » des sites Natura 2000 au sein d'un « comité de pilotage » (202).

EX3 : La loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux Parcs nationaux, aux Parcs naturels marins et aux PNR réforme en profondeur le régime des Parcs nationaux en y renforçant le pouvoir des élus territoriaux et en rapprochant le régime de l'aire d'adhésion (anciennement « zone périphérique ») de celui des PNR (adhésion à une charte).

En revanche, la compétence conjointe de l'Etat et des communes (ou de leurs groupements) pour la distribution de l'électricité et du gaz prévue par l'article L 121-45 du Code de l'Energie est une solution ancienne.

200 Routes nationales transférées aux départements ou, à défaut, aux communes (article 18-III de la loi n° 2004-809 ; CVR, article L 121-1), à l'exception des « routes d'intérêt national ou européen ». Aéroports civils transférés aux collectivités territoriales ou à leurs groupements (article 28 de la loi, décret n° 2005-1070 du 24 août 2005), à l'exception des « aéroports d'intérêt national ou international ». Ports maritimes non autonomes transférés aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, sans exception prévue (article 30), la région ayant une compétence exclusive pour les ports maritimes de commerce, le département pour les ports maritimes de pêche, et la commune, les EPCI ou, à défaut, le département pour les ports maritimes de plaisance. Ports intérieurs du domaine public fluvial transférés aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, les régions étant déjà concernées depuis 2002, à l'exception des ports d'intérêt national (article 32). Voies ferrées non urbaines pour le transport de personnes transférées aux départements, sauf dans la région Ile-de-France (article 33). Biens de l'Etat concédés aux SAR transférés aux régions (article 36). Biens immobiliers affectés au logement étudiant transférés aux collectivités territoriales ou à leurs groupements (article 66). Biens immobiliers classés monuments historiques ou inscrits à l'inventaire correspondant et figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat (article 97).

201 CGCT, article L 2121-9, alinéa 1er : « Le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. (...) ».

202 C. Env., article L 414-2.

« La **région** coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements, sous réserve des missions incombant à l'Etat » (203) ; elle doit à ce titre surveiller les aides publiques aux entreprises consenties par les collectivités territoriales et leurs groupements, que l'Etat doit notifier à la Commission européenne au titre de l'article 107 du TFUE (204). Elle peut élaborer un schéma de développement économique régional, et détient une compétence générale pour « promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique » ainsi que l'aménagement de son territoire. Elle peut aussi engager des « actions complémentaires » à celles de l'Etat et des autres collectivités territoriales dans les domaines fixés par la loi (205). La loi de décentralisation du 13 août 2004 lui confère des compétences particulières (ou confirme et élargit des compétences préexistantes) en matière de formation professionnelle (206) ainsi qu'en matière d'inventaire général du patrimoine culturel (207) ; elle permet aussi à la région de se substituer à l'Etat pour gérer les SAR (208). La doctrine est quelque peu perplexe quant au sens profond de la transformation des relations Etat-région :

« Les relations de l'Etat avec les régions demeurent marquées du sceau de la méfiance du premier à l'égard des secondes. La crainte des autorités nationales est celle d'une concurrence néfaste que la région pourrait faire à l'Etat, contribuant à l'affaiblir. Les interventions d'hommes politiques de différents bords, depuis l'annonce de la mise en chantier de la réforme, constitutionnelle puis législative, de la décentralisation, montrent ces craintes. On peut penser que ce débat est à la fois dépassé et désuet, que les dirigeants, ou nombre d'entre eux, n'ont pas pris la mesure des changements intervenus, et auxquels ils ont contribué. La région ne vient pas en concurrence avec l'Etat, mais elle le contraint à se transformer. Elle est, non un obstacle, mais une aide pour l'Etat, à condition que ce dernier se réforme » (209).

Dans le domaine environnemental, et antérieurement à la réforme institutionnelle de 2003/2004, la région est compétente pour l'élaboration et le suivi du plan d'élimination des déchets industriels spéciaux (210) ainsi qu'en matière de gestion de certaines réserves naturelles (211). Elle peut mettre en place un « schéma régional de l'éolien », qui « indique les secteurs géographiques qui paraissent les mieux adaptés à l'implantation » d'éoliennes (212). Elle peut proposer à l'Etat, conjointement avec les communes concernées, le classement d'un territoire en Parc naturel régional (PNR) (213). Enfin, elle élabore conjointement avec l'Etat les Schémas régionaux de cohérence écologique destinés à la mise en place de la « trame verte » et de la « trame bleue » instituées par l'article L 371-1 du Code de l'Environnement (214).

203 CGCT, article L 1511-1, alinéa 1^{er}.

204 CGCT, article L 1511-1-1. Cette disposition fait suite aux suggestions contenues dans l'étude du Conseil d'Etat intitulée « Collectivités territoriales et obligations communautaires » (Documentation française, 2004).

205 CGCT, article L 4221-1.

206 C. Ed., articles L 214-2 & L 214-3.

207 Article 95 de la loi n° 2004-809 modifiée, précitée.

208 CRPM, articles L 112-8, R 112-6 à R 112-13 ; décret n° 2008-995 du 22 septembre 2008.

209 Jean-Marie PONTIER : Les nouvelles compétences de la région – AJDA n° 36/2004, p. 1977.

210 C. Env., articles L 541-13, R 541-29 à R 541-41.

211 C. Env., articles L 332-2-II, L 332-11 et L 332-16-I, R 332-30 à R 332-53 (y compris les réserves créées par la collectivité territoriale de Corse).

212 C. Env., article L 553-4. Ces schémas constituent un volet annexé au Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie institué par l'article L 222-1 du même code et élaboré conjointement par le président du Conseil régional et le préfet de région.

213 C. Env., articles L 333-1, R 333-1 à R 333-16.

214 C. Env., article L 371-3, R 371-7 à R 371-15.

Le **département** a une compétence générale en matière d'action sociale et médico-sociale (215), de gestion du revenu minimum d'insertion ou d'activité (216) et de protection sanitaire de la famille et de l'enfance (217). Il doit élaborer un Plan de gestion des déchets ménagers et assimilés ainsi qu'un Plan de gestion des déchets issus de chantiers du bâtiment et de travaux publics (218), ainsi que différents plans en matière touristique (219), et bénéficie depuis peu de la responsabilité de la conduite des opérations d'aménagement foncier rural en lieu et place du préfet de département (220). La LEMA de 2006 a officialisé par ailleurs l'appui apporté par le département aux petites communes rurales en matière d'eau et d'assainissement, et il peut être maître d'oeuvre en matière de travaux relatifs à la protection des captages d'eau potable (221). Enfin, le département peut mener deux politiques territoriales importantes sur le plan environnemental en délimitant des « périmètres d'intervention » :

- l'acquisition foncière d'espaces naturels sensibles, à des fins d'ouverture au public (222) ;
- l'acquisition foncière, directe ou indirecte, d'espaces agricoles et naturels périurbains (223).

La principale compétence particulière de la commune est la maîtrise des utilisations non agricoles du sol, sous réserve du respect de « normes » d'urbanisme supérieures (224). En dehors des très importants pouvoirs spécifiques du maire, exercés de façon autonome mais au nom de la commune, celle-ci dispose de quelques compétences particulières : la distribution d'eau potable, l'assainissement collectif et le contrôle de l'assainissement non collectif des eaux usées (225), l'élimination des déchets ménagers et assimilés (226) ; cette dernière compétence, qui se décompose en collecte, transport et traitement des déchets selon trois modalités essentielles (mise en décharge des déchets ultimes, incinération et valorisation après tri sélectif) peut être partagée avec le département, qui assume alors la fonction de traitement, la commune restant responsable de la collecte et du transport.

Si l'on se limite au territoire métropolitain, deux particularismes juridiques sont à signaler en ce qui concerne les collectivités territoriales :

- dans certaines régions, pour des raisons d'ordre historique, les communes peuvent avoir des subdivisions appelées « **sections de communes** », qui ont la personnalité morale (227) : la

215 CASF, articles L 121-1 à L 121-5.

216 CASF, articles L 263-1 à L 263-9.

217 CSP, articles L 1423-1 & L 1423-2.

218 C. Env., articles L 541-14-V & L 514-14-1, R 541-13 à R 541-28.

219 Plan départemental des itinéraires de randonnée pédestre (C. Env., article L 361-1), Plan départemental des itinéraires de randonnée motorisée (C. Env., articles L 361-2, R 362-1 à R 362-5), Plan départemental des espaces, sites et itinéraires de nature, incluant le premier Plan (CS, articles L 311-3, R 311-1 à R 311-3).

220 CRPM, articles L 121-1 à L 127-3, R 121-1 à D 127-13.

221 CGCT, articles L 3232-1-1, R 3232-1 à R 3232-2. CSP, article L 1321-2, alinéa 11.

222 CU, articles L 142-1 à L 142-13, R 142-1 à R 142-19.

223 CU, articles L 143-1 à L 143-6, R 143-1 à R 143-9.

224 Les Plans locaux d'urbanisme (PLU), qui remplacent progressivement les Plans d'occupation des sols (POS) au niveau communal ou intercommunal doivent être compatibles avec les Schémas de cohérence territoriale (SCoT), ou avec d'autres sources supérieures en leur absence : on parle de la « pyramide à géométrie variable » des sources du Droit de l'Urbanisme, qui est d'une rare complexité.

225 CGCT, articles L 2224-7-1, L 2224-8 et L 2224-10. S'agissant de l'eau potable, c'est la LEMA de 2006 qui a « légalisé » une pratique admise par la jurisprudence administrative alors que, contrairement à l'assainissement des eaux usées, aucun texte ne prévoyait formellement une compétence communale en l'espèce. Explication : l'existence traditionnelle de nombreux puits et sources captées par des personnes privées dans certaines régions rurales ; ceci pouvant présenter un danger pour la santé publique, l'article L 2224-9 du CGCT dispose que tout prélèvement privé d'eau potable doit être déclaré au maire de la commune, qui tient ces données à la disposition du préfet (DD(CS)PP).

226 CGCT, articles L 2224-13 & L 2224-14.

227 CGCT, articles L 2411-1 à L 2412-1, D 2411-1 à D 2411-10.

section est définie comme « toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune » ;

- certains mécanismes juridiques diffèrent des mécanismes habituels dans la région **Alsace** (départements du Bas-Rhin et du Haut-Rhin), ainsi que dans le département de la **Moselle** (région Lorraine) : ces trois départements ayant été allemands entre 1871 et 1919, la législation impériale allemande a subsisté dans certains domaines, créant ainsi un « **Droit local** » dérogatoire au Droit français ; cela concerne les associations, les relations entre les Eglises et l'Etat, la chasse (228), la gestion du foncier, etc... ; compte tenu de cette spécificité et d'autres facteurs historiques et culturels, il n'est pas à exclure que la région Alsace et ses deux départements deviennent la première collectivité territoriale à statut particulier sur le territoire métropolitain, en décidant conjointement leur transformation en ce sens.

Décentralisation et déconcentration ne doivent pas être confondues, même s'il existe une certaine corrélation chronologique et logique entre les deux mécanismes.

La **décentralisation** consiste à transférer des prérogatives de l'Etat aux collectivités territoriales, avec les ressources financières correspondantes ; la réforme de 2003 a ajouté - contre l'avis du Conseil d'Etat, qui estimait la phrase creuse et dépourvue de portée effective - à l'article 1^{er} de la Constitution un alinéa précisant que « l'organisation de la République est décentralisée ». En fait, la première vague de décentralisation remonte à 1982 et 1983, et a abouti à un transfert massif de compétences aux départements et aux régions, les communes ayant une compétence générale pour tout ce qui les concerne de près ou de loin ; cette réforme a aboli la tutelle du préfet de département sur les actes des collectivités territoriales, posé le principe de libre administration des collectivités territoriales en interdisant toute tutelle d'une collectivité sur une autre (229), et posé deux contrepoids - notoirement insuffisants - aux nouveaux pouvoirs des collectivités territoriales :

- le **contrôle de légalité *a posteriori*** du préfet sur les actes des collectivités territoriales, qui lui permet de déférer au Tribunal Administratif ceux qui lui paraissent entachés d'illégalité, après mise en demeure infructueuse de la collectivité ou de son exécutif ; ce **déféré préfectoral** peut éventuellement être provoqué par des administrés mécontents d'un acte particulier ;

- un **contrôle *a posteriori* des finances locales** par les Chambres Régionales des Comptes, créées à cette occasion, selon des modalités fixées par le Code des Juridictions Financières.

Si la décentralisation a induit davantage de « proximité » dans les relations entre collectivités publiques et citoyens, elle a considérablement aggravé les pratiques préexistantes de clientélisme politique (230) et de corruption, et l'affaiblissement de l'Etat corrélatif à la montée en puissance de « notables » locaux cumulant légalement plusieurs mandats

228 C. Env., articles L 429-1 à L 429-40, R 429-1 à R 429-21.

229 CGCT, articles L 1111-3. Ce principe a valeur constitutionnelle (jurisprudence du Conseil Constitutionnel). Le Conseil d'Etat avait pu estimer que ne constituait pas l'exercice d'une tutelle le fait, pour un Conseil général, de subventionner de façon préférentielle et à la marge les communes et groupements de communes du département choisissant de gérer leur service public de l'eau potable en régie et non en délégation de service public (cf. 2.2.4.3.4.) (CE, Ass., 12 décembre 2003, Département des Landes). L'article 54 de la LEMA du 30 décembre 2006 a mis fin à cette jurisprudence : « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétentes en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service » (CGCT, article L 2224-11-5). Mais le Conseil Constitutionnel a déclaré cette disposition contraire à la Constitution (CC, 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, Département des Landes), aboutissant ainsi en pratique à « ressusciter » la jurisprudence du Conseil d'Etat de 2003.

230 Phénomène de dégénérescence naturelle de la démocratie représentative, qui consiste à organiser individuellement ou collectivement l'échange du bulletin de vote favorable contre des services rendus aux citoyens par l' élu local, en lieu et place d'un choix électoral basé sur des idées, des projets, etc... Ce n'est évidemment pas une spécificité française.

électoraux ne va pas dans le sens de l'intérêt général. La déconcentration encourt au demeurant le même type de critique, quoique plus atténuée : la « proximité » du terrain induit une sensibilité plus forte de l'autorité préfectorale aux pressions et aux manœuvres diverses des élus locaux et des intérêts privés que l'éloignement ministériel parisien. Il n'est pas certain que la loi de décentralisation du 13 août 2004, prolongement de la réforme constitutionnelle de 2003, donne de meilleurs résultats que les lois de 1982/83, notamment au vu de l'article 145 de cette loi concernant les communes :

« Les communes constituent le premier niveau d'administration publique et le premier échelon de proximité. Les communes et leurs groupements ont vocation à assurer, à égalité de droits avec la région et le département, les responsabilités qui sont exercées localement.

Ils sont associés selon les modalités fixées par la loi à l'élaboration des schémas et des plans établis par la région ou le département.

A l'initiative de la région et du département ou à leur demande, ils peuvent participer à l'exercice de tout ou partie des compétences relevant de la responsabilité de l'une ou de l'autre de ces collectivités territoriales, dans des conditions prévues par une convention. »

Si le deuxième alinéa n'appelle pas de commentaire particulier et est en phase avec la LRCT de 2010, le premier est un bon exemple de « neutron législatif », et le troisième laissait entrevoir un certain nombre de complications jusqu'à ce que la LRCT lui redonne un sens du fait du choix de l'exclusivité de la « clause de compétence générale » au profit du niveau communal.

Par ailleurs, la décentralisation a fait émerger une fonction publique territoriale qui anime les services des départements, des régions et des communes les plus importantes ; certains fonctionnaires de l'Etat sont « mis à la disposition » de ces services en fonction des besoins.

Le législateur a développé depuis longtemps les formules d'**intercommunalité** afin de pallier l'inconvénient du grand nombre de petites communes rurales faiblement dotées en moyens humains et financiers (environ 30000 sur 36700) ; les communes se regroupent dans différents types d'**établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)**.

(CGCT, art. L 5210-1-1 A). « Forment la catégorie des établissements publics de coopération intercommunale les syndicats de communes, les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération, les syndicats d'agglomération nouvelle et les métropoles. »

Les syndicats de commune sont qualifiés de **syndicats intercommunaux à vocation unique (SIVU)** ou **multiple (SIVOM)**, selon qu'ils ont plus d'une compétence ou nonoffrent des possibilités d'« intercommunalité à la carte » (231), contrairement aux **EPCI à fiscalité propre (communautés ou métropoles)**, qui se caractérisent par des transferts de compétences à caractère obligatoire ou facultatif des communes vers la communauté, et dont le régime de fiscalité propre est la contrepartie. Les dotations budgétaires de l'Etat à ces communautés sont d'autant plus élevées que celles-ci optent pour une fiscalité propre à fort « coefficient d'intégration fiscale », en remplacement du système d'impôts locaux levés et gérés par chaque commune. La LRCT a institué un **schéma départemental de coopération intercommunale** élaboré par le préfet et une Commission départementale de coopération intercommunale ; ce schéma généralise la couverture du territoire par des EPCI à fiscalité propre et la diminution du nombre de syndicats intercommunaux et de syndicats mixtes fermés par fusion ou absorption par les communautés restructurées. Les **syndicats d'agglomération nouvelle** (232) sont mis en extinction et sont incités à se transformer en communauté d'agglomération ou en communauté urbaine.

Ces EPCI à fiscalité propre sont :

231 CGCT, articles L 5212-1 à L 5212-34, R 5212-1 à R 5212-17.

232 CGCT, articles L 5321-1, L 5332-1 à L 5333-9.

- métropoles et **communautés urbaines** pour les grandes villes (233) ;
- **communautés d'agglomération** pour les villes moyennes (234) ;
- **communautés de communes** pour les villages et bourgs (235).

Jusqu'à leur suppression par l'art. 51 de la LRCT de 2010, une forme spécifique d'intercommunalité - sans personnalité morale toutefois - a été offerte par les « **pays** » de l'article 22 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 modifiée d'orientation pour l'aménagement et le développement durables du territoire.

Les « groupements de collectivités territoriales » sont ainsi définis par la LRCT :

(CGCT, art. L 5111-1, alinéa 2) : « Forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8, les pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales. »

Les « **syndicats mixtes** » sont de deux sortes :

- les syndicats mixtes dit « fermés », constitués exclusivement de communes et/ou d'EPCI, et soumis au régime de ceux-ci (236) ; ce sont donc des EPCI au second degré ;
- les syndicats mixtes dit « ouverts », qui peuvent regrouper des collectivités territoriales, des EPCI et autres établissements publics de coopération entre collectivités, et des Chambres consulaires (237).

La LRCT de 2010 a institué les **pôles métropolitains**, qui sont des établissements publics créés par convention entre des EPCI à fiscalité propre afin d'intervenir dans des domaines limités : ils ne constituent pas une catégorie spécifique d'EPCI dans la mesure où ils sont une variante autonome des syndicats mixtes fermés. Les départements et les régions peuvent aussi se regrouper pour gérer certaines affaires communes : institutions ou organismes interdépartementaux (238), ententes interrégionales (239). Enfin, les agences départementales peuvent rassembler le département, des communes et des EPCI afin d'apporter à ceux-ci une assistance d'ordre technique, juridique ou financier (240).

En définitive, si l'on croise cette panoplie avec les périmètres des documents d'urbanisme, les éventuels PNR, ainsi que les Schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire (qui ne servent pas à grand chose), on observe une « usine à gaz » difficile à maîtriser et à gérer, d'autant plus que les élus territoriaux, très nombreux et bénéficiant d'un régime très libéral en matière de cumul des mandats électoraux, constituent un véritable groupe de pression représenté plus particulièrement par le Sénat. Il en résulte un remaniement incessant et irritant du CGCT ; le fatras institutionnel à la française n'est certainement pas un article d'exportation... La Cour des Comptes a publié en novembre 2005 un « rapport public particulier » sur l'intercommunalité assez critique, qui note en particulier une tendance à la prolifération des syndicats mixtes fermés, ainsi que l'absence fréquente d'économies d'échelle en matière d'EPCI, et a réitéré ces critiques dans des rapports plus récents.

233 CGCT, articles L 5215-1 à L 5215-42, R 5215-1 à R 5215-20 (communautés urbaines) ; L 5217-1 à L 5217-19 (métropoles).

234 CGCT, articles L 5216-1 à L 5216-10.

235 CGCT, articles L 5214-1 à L 5214-29, R 5214-1 & R 5214-2.

236 CGCT, article L 5711-1, R 5711-1 à R 5711-5.

237 CGCT, articles L 5721-1 à 5722-6, R 5721-1 à R 5722-1.

238 CGCT, articles L 5421-1 à L 5421-6, R 5421-1 à R 5421-14.

239 CGCT, articles L 5621-1 à L 5622-4, R 5621-1.

240 CGCT, article L 5511-1.

1.4.3.2. Les établissements publics

Les établissements publics peuvent être définis comme des composantes du service public (cf. 2.2.4.) que le législateur ou le pouvoir réglementaire a choisi d'ériger en personne morale autonome, ce qui implique aussi l'autonomie financière. Certains établissements publics sont directement créés par les textes (241), d'autres préexistent déjà en tant que composantes des Administrations centrales (242), d'autres enfin succèdent à des personnes morales de Droit Privé chargées de missions de service public (243) ; ceci vaut pour les établissements publics nationaux, rattachés à l'Etat et placés sous la tutelle d'un ou plusieurs ministères. Mais les établissements publics peuvent aussi être rattachés à une ou plusieurs collectivités territoriales :

- le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) est un établissement public rattaché au département (244), de même que les Offices de l'eau dans les DOM (245); en Corse, l'Office de développement agricole et rural (ODARC) et l'Office d'équipement hydraulique (OEHC) sont rattachés à la collectivité territoriale (246) ;
- chaque commune a obligatoirement un Centre communal (ou intercommunal) d'action sociale (CCAS) (247).

L'article 34 de la Constitution réserve à la loi le soin de créer des catégories nouvelles d'établissements publics. On en déduit, *a contrario*, qu'un nouvel établissement public peut être créé par voie de décret, pour autant qu'il appartienne bien à une catégorie préexistante ; mais la création par voie législative est sans doute la plus fréquente, et elle semble s'imposer

241 Exemples : le Centre national pour l'amélioration des structures des exploitations agricoles (CNASEA) a été créé par la loi en 1965 et avait pour objet « d'assurer l'application des dispositions législatives et réglementaires d'aide à l'aménagement des structures agricoles », mais a été supprimé et fusionné avec l'Agence unique de paiement (des aides de la PAC et d'autres aides publiques) pour former l'Agence de services et de paiements (ASP) par l'ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009 (CRPM, art. L 313-1 à L 313-7, R 313-1 à R 313-44). En 1998, deux Agences de sécurité sanitaire ont été créées par la loi : l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA), ainsi que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSaPS), qui reprenait en les élargissant à d'autres produits les fonctions de l'Agence du médicament, instituée en 1993; une troisième a été mise à l'étude par cette loi, l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale (AFSSE) et a été créée de 2001, pour devenir l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET) en 2005 ; l'AFSSA et l'AFSSET ont été fusionnées en 2010 pour former l'Agence nationale de sécurité sanitaire alimentaire, de l'environnement et du travail, qui a curieusement choisi de se présenter sous l'acronyme « ANSES » en lieu et place d'ANSSAET.

242 Exemples : Météo-France, l'Inventaire forestier national, les Haras nationaux (devenus l'Institut Français du Cheval et de l'Equitation en 2010 : CRPM, articles R 653-154 à R 653-168), le Service hydrographique et océanographique de la Marine (SHOM) (décret n° 2007-800 du 11 mai 2007). L'Inventaire forestier national a été amalgamé à l'IGN par le décret n° 2011-1371 du 27 octobre 2011 relatif à l'Institut national de l'information géographique et forestière, qui conserve le sigle « IGN » (marque déposée) et a le statut d'EPA.

243 Exemples : l'Agence pour le développement de l'information technologique (ADIT), qui avait été d'abord créée sous forme associative ; le Centre national professionnel de la propriété forestière (CNPPF), qui succède à l'Association nationale des Centres régionaux de la propriété forestière et devient Centre national de la propriété forestière (CNPF) en 2009 ; l'Agence de développement agricole et rural (ADAR), instituée par l'article 43 de la loi de finances rectificative n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 et le décret n° 2003-1087 du 18 novembre 2003 (CRPM, articles R 821-1 à R 821-9) pour succéder à l'Association nationale de développement agricole, créée en 1962 et dont la gestion financière par la profession agricole avait pu prêter à la critique de la part de la Cour des Comptes ; l'Académie des technologies, association transformée en établissement public par la loi de programmation pour la recherche de 2006.

244 CGCT, articles L 1424-1 à L 1424-8, R 1424-1 à 1425-25.

245 C. Env., articles L 213-13 à L 213-20, R 213-59 à D 213-76.

246 CGCT, articles L 4424-33 ; CRPM, articles L 112-10 à L 112-15, R 112-14 à R 112-31 (ODARC), R 112-32 à R 112-50 (OEHC).

247 CASF, articles L 123-4 à L 123-9.

si l'établissement public est créé *ex nihilo*. Il existe quatre catégories d'établissements publics : deux résultent de la jurisprudence administrative de la première moitié du XX^{ème} siècle, et les deux autres de la loi, dans le contexte de la Constitution de 1958.

Une décision du Tribunal des Conflits (248) est à l'origine de la distinction entre **établissements publics à caractère administratif (EPA)** et **établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)**, à partir d'une partition similaire dans les missions de service public. A la différence des EPA, qui relèvent de la comptabilité publique et des mécanismes du Droit Administratif, les EPIC relèvent de la comptabilité d'entreprise (Plan comptable général) et du Droit Privé (Civil ou Commercial en fonction de la qualité des partenaires) ; ils sont inscrits au Registre du Commerce et des Sociétés, mais ne sont pas soumis au champ d'application de la législation sur la faillite (249). Si leurs dirigeants sont nommés par le Gouvernement, comme dans le cas des EPA, leur personnel relève en principe du Droit du Travail, sauf lorsque s'applique un statut de Droit Public proche du statut de la fonction publique, voire plus favorable ; le maintien d'un tel statut pose des problèmes difficiles lorsque l'EPIC doit se transformer en SA pour se conformer à l'obligation d'ouverture à la concurrence des monopoles nationaux à caractère commercial posée par l'article 37 du TFUE. On trouvera Annexe 5 un tableau des principaux EPA et EPIC nationaux.

La Poste et France Télécom ont été qualifiés par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 d'« exploitants publics » en raison du maintien du statut de quasi-fonctionnaires pour leur personnel, mais la doctrine a analysé ce statut apparemment spécifique comme étant équivalent à celui d'EPIC. Puis, sous la pression du Droit communautaire, l'ouverture à la concurrence précédemment évoquée a amené en 1996 l'Etat à transformer France Télécom en SA (250), et à transférer cette entreprise au secteur privé par le décret n° 2004-387 du 3 mai 2004. La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 a prévu le même mécanisme pour EDF et GDF, non sans remous politiques et syndicaux : le Réseau de transport d'électricité (RTE) a cessé d'être un service interne à EDF pour devenir la « société RTE EDF Transport », et des sociétés de gestion des gazoducs ont émergé indépendamment de GDF ; par ailleurs, EDF et GDF ne sont plus des EPIC et sont devenus des SA au capital dans lequel l'Etat a une participation majoritaire (EDF) ou minoritaire (GDF-Suez) (251). La Poste est devenue une SA suite à la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique « La Poste » et aux activités postales. Cette mutation est prévisible pour la SNCF.

De même, en 1997, il a été nécessaire de dédoubler la SNCF par un second EPIC, Réseau Ferré de France (RFF) : cette entité gère les infrastructures ferroviaires et perçoit des redevances des entreprises utilisatrices du réseau, qui ne se limitent plus à la SNCF (252). En

248 Cf. 2.2.4.3.3. (jurisprudence « Bac d'Eloka »).

249 Interprétation *a contrario* des articles L 631-2 et L 640-2 du Code de Commerce : le redressement et la liquidation judiciaire sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif et réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ; on en déduit qu'un établissement public (même EPIC) ne peut être mis en faillite.

250 Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 modifiée de réglementation des télécommunications.

251 Décrets n° 2004-1223 et n° 2004-1224 du 17 novembre 2004.

252 C. Trans., articles L 2111-9 à L 2111-14.

revanche, l'Etablissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) créé en 2006 est un EPA (253).

La forme juridique de l'EPIC avait été choisie en 1982 pour les Offices nationaux interprofessionnels agricoles, halieutiques et alimentaires, afin de leur permettre de bénéficier de taxes parafiscales. Sans remettre en question ce choix – et alors même que la LOLF de 2001 a supprimé les taxes parafiscales – la loi d'orientation agricole de 2006 a réduit leur nombre à 5, puis l'ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009 a fusionné ces Offices en les transformant en un EPA unique, l'Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) (254). En revanche, l'Office de développement de l'économie agricole dans les DOM (ODEADOM) reste un EPIC (255). FranceAgriMer est donc le principal distributeur d'aides publiques d'origine principalement communautaire aux exploitations agricoles et aux entreprises des filières, sous la coordination de l'Agence des services et des paiements (ASP), qui a le statut d'EPIC. L'ASP, FranceAgriMer, l'ODEADOM et l'ODARC sont agréés comme organismes payeurs au titre des règlements communautaires concernant le financement de la PAC (256).

La loi n° 2010-873 du 27 juillet 2010 relative à l'action extérieure de l'Etat a créé trois nouveaux EPIC nationaux : Campus France, qui se substitue à une association et à un GIP (cf. 1.4.2.3.), l'Institut français, qui se substitue à une association, et France expertise internationale, qui se substitue à un GIP.

Les « Offices de tourisme » créés dans les stations classées et les communes littorales peuvent être des EPIC, mais aussi des EPA (257).

L'article 15 de la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique a créé la catégorie des **établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST)**. Cette catégorie diffère peu des EPA, si ce n'est par un assouplissement du régime de comptabilité publique applicable et la possibilité de créer des filiales de Droit Privé (258). Les EPST sont en nombre assez réduits : le CNRS, l'INRA, l'INSERM, l'IRSTEA (ex CEMAGREF), l'IFSTTAR et l'Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération (IRD, ex ORSTOM). L'article L 311-1 du Code de la Recherche dispose que :

« Les établissements publics de recherche ont soit un caractère industriel et commercial, soit un caractère administratif. Les établissements publics à caractère scientifique et technologique ont un caractère administratif ».

253 C. Trans., articles L 2221-1 à L 2221-7; décret n° 2006-369 du 28 mars 2006 relatif aux missions et statuts de l'Etablissement public de sécurité ferroviaire (codifiés prochainement en R 2221-1 à R 2221-X).

254 CRPM, articles L 621-1 à L 621-12, R 621-1 à R 621-60.

255 CRPM, articles R 684-1 à R 684-17.

256 Règlement (CE) n° 1290/2005 du 21 juin 2005 relatif au financement de la PAC, et 3 règlements d'application n° 883/2006, 884/2006 et 885/2006 du 21 juin 2006; CRPM, article R 621-33; arrêté interministériel du 16 août 2007 portant agrément de l'ODARC comme organisme payeur des dépenses du FEADER; 2 arrêtés interministériels du 30 mars 2009 portant agrément de l'ASP et FranceAgriMer comme organismes payeurs des dépenses financées par les fonds de financement des dépenses agricoles; arrêté interministériel du 25 septembre 2009 portant agrément de l'ODEADOM comme organisme payeur des dépenses financées par les fonds de financement des dépenses agricoles.

257 CGCT, articles L 2231-9 à L 2231-18, R 2231-31 à R 2231-57.

258 En créant Agri-Obtentions SA pour gérer son portefeuille de variétés végétales, l'INRA a été le premier EPST à utiliser cette faculté. Autre exemple : la SA « France- Innovation scientifique et transfert », filiale de valorisation de la recherche du CNRS. S'agissant des EPA ou EPSCP de l'enseignement supérieur, l'article L 123-5, alinéa 6, du Code de l'Education ouvre cette possibilité.

L'article L 321-1 du même code précise que l'objet principal des EPST n'est ni industriel ni commercial. En revanche, l'INRIA, l'IFREMER et le CIRAD sont des EPIC.

La loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (aujourd'hui incluse dans le Code de l'Education) a créé la catégorie des **établissements publics à caractère scientifique ou culturel, et professionnel (EPSCP)** (259); on y trouve les Universités, le Conservatoire national des Arts et Métiers (CNAM), le Muséum national d'histoire naturelle (MNHN), l'Ecole des hautes études en santé publique et l'Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace (ISAE). Le rapprochement entre l'INAPG, l'ENSIA et l'ENGREF a transformé ces 3 EPA en un EPSCP ayant le statut particulier de « grand établissement » : l'Institut supérieur des sciences et industries du vivant et de l'environnement/AgroParisTech. Puis la même formule a été appliquée sur les pôles de Montpellier et Rennes/Angers de l'enseignement supérieur agronomique (« AgroCampus Montpellier » et « AgroCampus Ouest »).

La doctrine publiciste tend à considérer que les EPST et EPSCP, catégories créées par la loi, ne sont qu'apparemment distinctes de la vaste catégorie des EPA, voire de celle des EPIC dans certains cas. L'activité des EPSCP et des EPST est évaluée par l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), qui est une AAI instituée par l'article L 114-3-1 du Code de la Recherche.

La catégorie des EPA reste cependant nombreuse et hétérogène : les EPA nationaux sont nombreux en matière de politique agricole, environnementale ou de santé publique (260). Mais un EPA national peut avoir un ressort territorial limité, comme les Parcs nationaux ou les Parcs naturels marins, l'établissement public de gestion de l'eau et de la biodiversité du Marais poitevin (261), ou les Chambres professionnelles.

Les **Chambres professionnelles** représentent officiellement à un niveau territorial donné trois grandes catégories de professions indépendantes, les agriculteurs (**Chambres d'Agriculture**), les artisans et métiers assimilés (**Chambres des Métiers et de l'Artisanat**), et les commerçants au sens juridique du terme, ce qui inclut les industriels (**Chambres de Commerce et d'Industrie**). Leurs réseaux ont été réorganisés, pour les deux dernières catégories, par la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services ainsi que, pour les Chambres d'Agriculture, par la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche (262). Cette réforme tend à privilégier la représentation professionnelle au niveau régional, par rapport au niveau départemental traditionnel, qui peut être maintenu, mais sans identité de structuration dans les trois réseaux:

- au niveau national, les têtes de chaque réseau sont l'Assemblée permanente des Chambres d'Agriculture (APCA), l'Assemblée permanente des Chambres des Métiers et de l'Artisanat (APCMA) et l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI) ; ces assemblées représentent les professions concernées auprès de l'Etat (notamment en siégeant au Conseil économique, social et environnemental) et de l'Union européenne ;
- au niveau régional, on observe des chambres régionales (ou interrégionales) d'Agriculture, des Chambres régionales des Métiers et de l'Artisanat, qui peuvent se transformer en Chambres (...) « de région », par fusion de Chambres départementales et d'une Chambre

259 C. Ed., articles L 711-1 à L 711-8.

260 Cf. Tableau de l' Annexe 5.

261 C. Env., articles L 213-12-1, R 213-49-1 à R 213-49-25.

262 CRPM, articles L 510-1 à L 515-5. Code de l'Artisanat, articles 5-1 à 17. C. Com., articles L 710-1 à L 711-16.

régionale (par avis concordant des Chambres concernées pour l'Agriculture, mais à la majorité absolue des Chambres départementales pour les Métiers et l'Artisanat ; la Chambre de Commerce et l'Industrie « de région » existe dans tous les cas ;

- au niveau départemental, les Chambres d'Agriculture existent dans tous les cas mais peuvent être interdépartementales, et les Chambres des Métiers et de l'Artisanat départementales existent sauf création d'une Chambre « de région » ; les Chambres de Commerce et d'Industrie ne sont plus départementales, sauf dans la région Ile-de-France, mais il peut être créé des Chambres territoriales en fonction du schéma directeur établi par la Chambre de région.

Les associations syndicales de propriétaires, lorsqu'elles ne sont pas « libres », c'est-à-dire constituées librement (cf. 1.4.1.2.), sont des EPA qui n'ont un caractère ni national ni local :

- **associations syndicales autorisées (ASA)**, constituées selon une règle de majorité qualifiée alternative tendant à « embrigader » les minoritaires ;
- les **associations syndicales forcées** peuvent être constituées d'office par le préfet contre l'avis de tout le monde (solution très rarement utilisée).

Les EPA à caractère local sont rattachés aux collectivités territoriales d'une catégorie donnée ou de catégories différentes :

- l'ensemble des groupements de collectivités territoriales, de même catégorie (EPCI notamment) ou de catégorie différente, prévus par le CGCT (Partie V), redoutable « usine à gaz » administrative unique au monde ;
- les **établissements publics territoriaux de bassin (EPTB)** à vocation de maîtrise d'ouvrage publique institués sur le fondement de l'article L 213-10 du Code de l'Environnement, pour un bassin ou un sous-bassin hydrographique ; ils ont pour finalité la gestion équilibrée de la ressource en eau et la prévention des inondations ; ils peuvent prendre la forme du syndicat mixte « ouvert » ou d'une institution ou organisme interdépartemental.
- les « communautés aéroportuaires » instituées par la loi n° 2004-172 du 23 février 2004 et le décret n° 2005-1282 du 11 octobre 2005, qui sont « chargées de soutenir des actions territoriales et des projets permettant de favoriser la correction des atteintes aéroportuaires à l'environnement et à la qualité de vie urbaine et rurale, l'accès des riverains aux emplois et aux équipements collectifs et l'information relative aux impacts de l'aéroport sur son territoire et aux actions menées pour en corriger les effets. »

Les opérations d'aménagement foncier au sens de l'article L 300-1 du Code de l'Urbanisme supposent au préalable le développement d'une maîtrise foncière par la constitution des réserves foncières adéquates en vue de procéder aux aménagements voulus (zones d'activités économiques diverses, implantations d'équipements publics, d'infrastructures non linéaires, etc.). L'ordonnance n° 2011-1068 du 8 septembre 2011 et les décrets n° 2011-696 du 20 juin 2011 et n° 2011-1900 du 20 décembre 2011 ont rapproché deux catégories distinctes d'établissements publics de l'Etat ou à caractère local :

- les établissements publics fonciers ou d'aménagement de l'Etat, qui ont le statut d'EPIC (263) ;
- les établissements publics fonciers locaux (264) et les établissements publics locaux d'aménagement (265), qui ont, dans le silence de la loi, le statut d'EPA ;

263 CU, articles L 321-1 à L 321-13 (fonciers), L 321-14 à L 321-28 (aménagement), R 321-1 à R 321-22 (dispositions communes).

264 CU, articles L 324-1 à L 324-10, R 324-1 à R 324-4 ;

265 CU, articles L 326-1 à L 326-7.

Une loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002 a institué les **établissements publics de coopération culturelle (EPCC)**, qui peuvent être chargés par une convention passée entre l'Etat et les collectivités territoriales ou leurs groupements de la gestion d'un service public culturel d'intérêt commun et contribuant à la réalisation des objectifs nationaux en matière culturelle (266) ; ce sont des EPA ou des EPIC « selon l'objet de leur activité et les nécessités de leur gestion ». Il ne s'agit donc pas vraiment d'une catégorie nouvelle d'établissement public sur le plan juridique, mais d'une catégorie secondaire à caractère fonctionnel.

De même, la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche a créé des **établissements publics de coopération scientifique (EPCS)**, qui assurent la mise en commun des moyens que les établissements et organismes fondateurs et associés consacrent aux pôles de recherche et d'enseignement supérieur institués par la même loi (267). Ces pôles sont créés par convention passée entre les établissements publics ou organismes de recherche fondateurs, publics ou privés, dont au moins un EPSCP. Ils peuvent avoir une dimension européenne et n'ont pas nécessairement la personnalité morale ; s'ils choisissent de l'avoir, ils peuvent opter pour la fondation de coopération scientifique, l'établissement public de coopération scientifique ou le GIP, abordé ci-après. La loi ne précise pas s'il s'agit d'EPA ou d'EPIC, ce que la doctrine tend à interpréter comme une présomption d'EPA. AgroParisTech est membre de deux EPCS : ParisTech et le « Consortium national pour l'agriculture, l'alimentation, la santé animale et l'environnement », dénommé Agreenium (268). L'Université de Paris-Saclay, en formation, sera certainement un EPCS.

A l'exception notable des Chambres professionnelles et des associations syndicales autorisées ou forcées, les établissements publics sont rattachés à une collectivité publique, qui en assure la tutelle en fonction des textes applicables : les établissements publics nationaux sont rattachés à l'Etat, les établissements publics « locaux » sont rattachés à une collectivité territoriale. Cela ne signifie pas que les établissements publics nationaux exercent toujours leur activité sur l'ensemble du territoire national : ils sont sous la tutelle de l'Etat mais peuvent opérer à un niveau territorial déterminé (269).

1.4.3.3. Les groupements d'intérêt public (GIP)

Les GIP ont été institués par l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique (270), puis ont été étendus à de nombreux autres domaines législatifs au fil des années, chaque texte législatif et décret d'application venant préciser les mécanismes applicables (271). Les articles 98 à 122 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit et le décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 ont remanié ce dispositif hétéroclite pour leur

266 CGCT, articles L 1431-1 à L 1431-9, R 1431-1 à R 1431-21.

267 C. Rech., articles L 344-1 à L 344-10.

268 Décret n° 2009-522 du 7 mai 2009. Les autres membres de cet EPCS sont l'INRA, le CIRAD, l'ENVT, Montpellier Sup Agro et Agro campus ouest.

269 Tel est le cas des Parcs nationaux, des Agences de l'eau, qui sont des EPA.

270 C. Rech., articles L 341-1 à L 341-4.

271 Développement des produits agricoles et agroalimentaires, réseau des Chambres d'Agriculture, enseignement supérieur agronomique et vétérinaire, actions d'aménagement du territoire et de développement économique, sport, innovation et transfert de technologie, environnement en général, gestion des déchets industriels spéciaux et des déchets ultimes en particulier, sécurité maritime et transport maritime, gestion des grands ports maritimes...

conférer un statut homogène et transversal : le législateur pourra donc à l'avenir prévoir la possibilité de créer des GIP dans un domaine nouveau, sans autre précision.

Structure de coopération entre organismes préexistants, le GIP tient à la fois du GIE et de la fondation. Une convention constitutive permet d'associer des personnes morales de Droit Privé compétentes à des personnes morales de Droit Public, et doit comporter au moins une d'entre celles-ci pour être valide. Il s'agit donc essentiellement d'une démarche volontaire, mais la constitution d'un GIP est obligatoire pour l'implantation d'un laboratoire souterrain ou d'un centre de stockage de déchets nucléaires en couches géologiques profondes (272).

La convention constitutive du groupement doit être approuvée par le(s) Ministre(s) de tutelle et le Ministre du Budget, ou par le préfet s'il s'agit d'un GIP concernant un département, une région ou une COM. Elle décide de l'applicabilité au GIP des règles relatives aux EPA ou aux EPIC, ce qui, dans le premier cas implique l'applicabilité des règles de la comptabilité publique. L'arrêté interministériel d'approbation de la convention peut décider de placer un commissaire du gouvernement auprès du GIP, et si celui-ci est soumis ou non au contrôle économique financier de l'Etat. Les GIP sont donc « plus ou moins publics ».

Dans les domaines qui nous intéressent, on peut relever les applications suivantes :

EX 1 : Le Groupe d'études des variétés de semences (GEVES) est un GIP regroupant l'INRA, le GNIS et l'Etat (Ministère de l'Agriculture & CTPS) ; il est chargé des essais officiels de variétés végétales en vue de leur inscription au Catalogue des espèces cultivées ; on observe que le GNIS et le CTPS (instance consultative dotée d'un pouvoir de proposition en matière de sélection végétale) sont divisés en 8 sections identiques : céréales à paille et protéagineux, maïs et sorgho, plantes fourragères et à gazon, espèces potagères et florales, betterave et chicorée industrielle, plants de pomme de terre, plantes oléagineuses, plantes textiles (arrêté du 13 mai 2005 relatif aux sections du GNIS, articles D 661-4, D 661-9 & D 661-10 du CRPM concernant les sections du CTPS, arrêté ministériel du 30 juillet 2012 fixant la liste des sections du CTPS).

EX 2 : Le GIP « Ecosystèmes Forestiers » (Ecofor) rassemble l'Etat (Ministère de l'Agriculture, chargé des forêts), l'INRA, le CEMAGREF (devenu IRSTEA) et le MNHN ; son objet est l'amélioration des connaissances en la matière.

EX3 : L'Agence française pour le développement et la promotion de l'agriculture biologique (dite « Agence BIO ») est un GIP créé en 2001 et rassemblant l'Etat (ministères chargés de l'agriculture et de l'environnement), l'APCA et trois organisations professionnelles ou interprofessionnelles.

EX4 : Le GIP « Atelier technique des espaces naturels (ATEN) » a pour mission de favoriser le développement et la diffusion de méthodes de gestion patrimoniale des espaces naturels ; il rassemble l'Etat (Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable), les 8 Parcs nationaux et le Conservatoire du littoral (EPA), les associations « Réserves naturelles de France », « Espaces naturels de France » (Fédération des conservatoires d'espaces naturels, associations régionales liées par convention au ministère), la Fédération des PNR et une fondation.

EX5 : Avant d'accéder au statut d'établissement public (probablement EPA) en 2006, l'Agence nationale de la recherche (ANR) a été un GIP créé en 2005 dans le but de financer des programmes de recherche sélectionnés, et regroupant l'Etat, le CNRS, l'INRA, l'INRIA, l'INSERM, le CEA, OSEO-ANVAR, l'Association nationale de recherche technique et l'Association de la Conférence des présidents d'Universités pour la recherche.

EX6 : Le Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat (GRIDAUH) regroupe l'Etat, le CNRS, l'Université de Paris I, la Fédération nationale des organismes publics de HLM, le Barreau de Paris, l'Ordre des géomètres-experts, le Conseil supérieur du notariat et l'Association française du Droit de l'urbanisme.

A ! Malgré une terminologie similaire, les groupements d'intérêt scientifique (GIS) et les groupements d'intérêt cynégétique (GIC) ne sont ni des GIE ni des GIP, mais des associations « de la loi de 1901 », qui peuvent préfigurer la constitution de l'une ou l'autre personne morale.

272 C. Env., articles L 542-11, D 542-11 à D 542-33.

1.4.3.4. Personnes morales diverses

On doit considérer comme des personnes morales de Droit Public *sui generis* les API ou l'unique AAI (CRE) auxquelles la loi a conféré la personnalité morale (273) .

L'article 35 de la loi de programme pour la recherche de 2006 a mis fin à des incertitudes juridiques en qualifiant de « personnes morales de Droit Public à statut particulier placées sous la protection du Président de la République » l'Institut de France et les **Académies** qui le composent (Académie française, Académie des inscriptions et belles-lettres, Académie des Sciences, Académie des beaux-arts et Académie des sciences morales et politiques). Mais l'Académie des technologies, créée par la même loi, a le statut d'EPA, et les autres Académies (Médecine, Agriculture, Vétérinaire) sont des personnes morales de Droit Privé *sui generis*.

En matière bancaire et financière, il existe des personnes morales de Droit Public spécifiques qui pourraient ressortir du Droit Privé, ne serait-ce qu'à travers leur histoire :

- « la **Banque de France** est une institution dont le capital appartient à l'Etat » (274) ;
- « la **Caisse des dépôts et consignations** est un établissement spécial chargé d'administrer les dépôts et les consignations, d'assurer les services relatifs aux caisses ou aux fonds dont la gestion lui a été confiée, et d'exercer les autres attributions de même nature qui lui sont légalement déléguées » (275) ; les dépôts en question sont souvent des fonds déposés par des particuliers dans les cabinets des notaires pour différentes affaires (successions, transactions immobilières...), la consignation étant un dépôt de fonds à caractère obligatoire prévu par des textes particuliers (en Droit de l'Environnement, par exemple).

Il est à noter que les biens immobiliers appartenant à ces deux institutions sont régis comme ceux des EPA, par renvoi des textes qui les régissent au CG3P (276).

Le **groupement européen de coopération territoriale** a été créée par la loi n° 2008-352 du 16 avril 2008 afin de faciliter la coopération transfrontalière dans la Communauté européenne (UE aujourd'hui), notamment dans le cadre de la passation des marchés publics : elle peut rassembler des collectivités territoriales françaises, leurs groupements et d'autres personnes morales de Droit public (avec l'accord de leur autorité de tutelle), ainsi que leurs homologues des Etats voisins (277).

Le TFUE confère la personnalité morale dans chaque Etat membre à l'UE, à la **Banque centrale européenne** et à la **Banque européenne d'investissement**. L'article 4 du règlement (CE) n° 58/2003 du 19 décembre 2002 confère la personnalité morale aux « **Agences** exécutives que la Commission peut charger, sous son contrôle et sa responsabilité, de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires » ; ce peuvent être aussi des textes spécifiques qui confèrent directement la personnalité juridique à certaines agences : Autorité européenne de sécurité alimentaire (AESa/EFSA), Agence communautaire de contrôle des pêches, Agence européenne des médicaments (278)...

273 API : AMF, HADOPI, ARAF, Haute Autorité de Santé (« autorité publique indépendante à caractère scientifique » régie par les articles L 161-37 à L 161-46 du CSS). Cf. 1.2.1.1..

274 CMF, article L 142-1.

275 CMF, article L 518-2, alinéa 1^{er}. Cf. 2.2.4.1.2. pour le texte complet de cet alinéa.

276 CMF, article L 144-2-1.

277 CGCT, art. L 1115-4-2.

278 TFUE, articles 47 (Union européenne), 129 (Banque centrale européenne), 308 (Banque européenne d'investissement); article 46 du règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 modifié (AESa/EFSA) ; article

Au niveau international extracommunautaire, le **Conseil oléicole international** a la « personnalité juridique internationale », de même que l'**OIV** (279). Par ailleurs, l'**Autorité internationale des fonds marins** a la personnalité juridique et ses membres disposent de privilèges et immunités juridiques dans les Etats ayant ratifié la Convention de Montego Bay (CNUDM) de 1982.

18§1 du règlement (CE) n° 2371/2005 du 26 avril 2005 (Agence communautaire de contrôle des pêches) ; article 71 du règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004 (Agence européenne des médicaments).

279 Article 5 de l'accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table, approuvé par la décision 2005/800/CE du 14 novembre 2005. Article 11 de l'Accord portant création de l'OIV.

1.5. CLASSIFICATION DES DROITS ET DES OBLIGATIONS

En tant que sujets de droit, les personnes de toutes catégories sont titulaires de **droits subjectifs**, c'est-à-dire de la faculté d'obtenir une prestation quelconque (en argent ou en nature) ou de faire respecter une situation donnée de la part d'autres personnes. Obligations et droits subjectifs sont en fait deux facettes d'un même mécanisme pour les personnes insérées dans l'ordre juridique : leurs sources sont donc communes.

1.5.1. LES SOURCES COMMUNES AUX DROITS SUBJECTIFS ET AUX OBLIGATIONS

Ces sources sont les mêmes que les sources du Droit objectif à caractère impératif, plus d'autres sources. Sur le premier point, on rappellera pour mémoire les lois et règlements (nationaux), ainsi que les règlements et décisions communautaires, mais non les directives communautaires, qui n'ont pas d'effet direct en principe (280) ; exceptionnellement, certaines conventions internationales – et notamment la CESDH – peuvent avoir un effet direct au profit des personnes privées. Les autres sources communes sont la loi, les actes juridiques en général, et les décisions juridictionnelles « passées en force de chose jugée ».

1.5.1.1. Les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée

Cela signifie que deux conditions doivent être réunies :

- elles doivent avoir un caractère définitif : les voies de recours sont soit épuisées, soit irrecevables parce que hors délai (281) ;
- la décision doit avoir été dûment signifiée à son ou ses destinataires.

Une décision juridictionnelle simple et classique confère des droits à la partie gagnante et des obligations à la partie perdante.

Sur le fond, le concept implique qu'il existe une « vérité judiciaire », qui ne coïncide pas à tous les coups avec la vérité objective :

- en Droit Pénal, il est possible qu'un malfrat ait été innocenté, ou qu'un innocent ait été reconnu coupable ; mais on n'a pas le droit de le dire, surtout dans le premier cas (le délit de diffamation serait alors constitué) ;
- dans les autres branches traditionnelles du Droit, on peut aboutir à des situations embarrassantes car ne cadrant pas avec la réalité (en matière de filiation par exemple).

Ce phénomène peut choquer, mais c'est le prix à payer pour obtenir un minimum de sécurité juridique. En tant qu'institution humaine, la justice n'est pas infaillible, et l'acte de juger éminemment difficile dans certains cas ; l'essentiel est qu'elle se trompe le moins souvent possible. L'erreur judiciaire peut parfois être réparée, non sans difficulté.

Dans ce qu'il convenu d'appeler l'affaire d'Outreau (Pas-de-Calais) qui s'est étalée de 2004 à 2006, un grand nombre de personnes accusées d'actes pédophiles particulièrement graves et suscitant l'indignation de l'opinion publique a été innocenté en appel, alors que 6 personnes ont été malgré tout reconnues coupables et condamnées. Une commission d'enquête parlementaire a interrogé les différents acteurs en vue de proposer des modifications du Code de Procédure Pénale. Le juge d'instruction en charge du dossier a été fortement mis en cause, mais c'est une soixantaine de magistrats (du siège et du Parquet) – Chambre Criminelle de la Cour de Cassation exclue,

280 Les directives doivent être transposées en Droit interne dans un certain délai, et ne sont donc pas directement applicables. Passé ce délai, et en cas de non transposition ou de transposition partielle, la jurisprudence admet qu'elles puissent avoir un effet direct dans certaines conditions.

281 Les règles de procédure foisonnent de délais à respecter.

puisqu'elle ne se prononce que sur les points de droit – qui ont failli avec lui. De plus, les autres acteurs de cette affaire terrifiante (policiers, travailleurs sociaux et « experts » divers) ne sont pas au-dessus de tout reproche, sans parler de l'opportunisme de bas étage des médias, qui ont jeté de l'huile sur le feu dans les deux sens en fonction de l'évolution de l'affaire.

1.5.1.2. La loi et les actes juridiques

La loi (à laquelle il convient d'adjoindre les règlements et décisions communautaires, qui ont un effet direct) est la principale source commune aux droits et aux obligations, de même que les **actes juridiques** qui en dérivent, et qui résultent de la manifestation de la volonté d'une ou plusieurs personnes.

A ce titre, la doctrine ne considère pas la loi comme un acte juridique, dans la mesure où elle est « l'expression de la volonté générale », selon l'article 6 de la DDHC. Toutefois, le Droit communautaire / de l'Union emploie le terme « acte » pour désigner les trois sources impératives dérivées du TCE/TFUE (règlements, directives et décisions).

1.5.1.2.1. Les actes administratifs unilatéraux

L'acte juridique unilatéral caractérise essentiellement le Droit Administratif : l'**acte administratif unilatéral** émane de la volonté d'une autorité administrative et est un des concepts de base de cette branche du droit. Cette catégorie juridique se divise elle-même en trois catégories :

- les actes administratifs unilatéraux à caractère réglementaire, lorsqu'ils ont un contenu général ;
- les actes administratifs unilatéraux à caractère individuel, aussi appelés « décisions individuelles », lorsqu'ils ne concernent qu'une ou plusieurs personnes nommément définies (282) ;
- les décisions d'espèce, qui ont un caractère intermédiaire : elles ne sont ni individuelles ni réglementaires, mais descriptives d'une situation (283).

En d'autres termes, les décrets ou arrêtés peuvent ressortir d'une de ces trois catégories. L'enjeu pratique de la distinction est la condition formelle d'**opposabilité** de la règle de droit qu'elles suscitent : les actes réglementaires et les décisions d'espèce doivent faire l'objet d'une **publication** au JORF (niveau national) ou dans un Recueil d'actes administratifs départemental ou régional (niveau territorial), ou encore d'un affichage en mairie pour être opposables aux personnes concernées, alors que les décisions individuelles sont opposables aux intéressés par voie de **notification** (courrier administratif ou recommandé avec avis de réception), sauf dans les cas où la loi exige aussi une mesure de publication (284).

La distinction entre les deux catégories principales présente un intérêt sur le plan de la disparition de l'acte administratif, soit par **abrogation**, soit par **retrait**. C'est le plus souvent l'illégalité révélée de l'acte administratif qui pousse à son abrogation ou à son retrait, mais cela peut aussi être une question d'opportunité. L'abrogation, qui concerne les textes

282 D'une manière générale, cette catégorie recouvre toutes les autorisations préalables prévues par la législation.

283 On va notamment trouver dans cette catégorie les déclarations d'utilité publique (DUP), liées ou non à une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, les déclarations d'état de catastrophe naturelle ou de calamité agricole, le classement en « site Natura 2000 », l'inscription sur une liste administrative quelconque.

284 Cas notamment du permis de construire : sa délivrance est notifiée au pétitionnaire (notification), mais la demande et la décision finale doivent faire l'objet d'un affichage en mairie (publication).

réglementaires et les décisions d'espèce, ne vaut que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif ; les actes réglementaires ne créent jamais de droits acquis, mais les décisions individuelles et les décisions d'espèce peuvent en créer, auquel cas on ne peut les abroger. Le retrait, qui ne concerne que les décisions individuelles, a un effet rétroactif : si l'acte n'est pas créateur de droits, son retrait est toujours possible, même pour des motifs d'opportunité, mais il doit être effectué dans le délai du recours contentieux pour les actes réglementaires ; s'il l'est, il ne peut faire l'objet d'un retrait que s'il est illégal, et dans le délai du recours contentieux.

Du point de vue de sa forme, l'acte administratif unilatéral peut être :

- un décret ou un arrêté quelconque, pouvant relever d'une des trois catégories définies ci-dessus ;
- toute délibération de Conseil municipal, général, régional, ou de tout conseil d'administration d'EPCI ou toute personne morale de Droit Public (285) ;
- les circulaires administratives à caractère impératif ;
- certains avis, dans la mesure où ils peuvent « faire grief » ;
- une simple lettre adressée à un administré et contenant une décision le concernant ;
- le silence de l'Administration au bout d'un certain laps de temps, dans certaines conditions fixées par les articles 20 à 23 de la loi DCRA du 12 avril 2000 et ses décrets d'application : les « décisions implicites » de rejet ou d'acceptation d'une demande adressée à l'Administration, dans un certain délai, font donc partie des actes administratifs unilatéraux .

On constate donc que les formes de ce type d'acte juridique sont très variées. L'existence d'un acte administratif unilatéral induit automatiquement la **compétence des juridictions administratives** en cas de litige sur sa légalité (contentieux de l'annulation, **recours pour excès de pouvoir**, cf. Annexe 4).

1.5.1.2.2. L'acte juridique unilatéral de Droit Privé

Cette catégorie semble se limiter à la promesse de récompense, qui est valide pourvu que son objet ne soit ni illicite ni immoral (286).

1.5.1.2.3. Les contrats

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose » (287). Le **contrat** est un donc acte juridique bilatéral (ou multilatéral) créateur d'obligations pour les 2 ou n parties, le plus souvent : on parle alors de **contrat synallagmatique**, par opposition aux **contrats unilatéraux**, beaucoup moins fréquents. Les principaux contrats unilatéraux sont le legs testamentaire (ou testament) et la donation, car le légataire ou le donataire ne sont nullement

285 Lorsqu'il s'agit de revenir en arrière, une délibération de collectivité territoriale (ou d'un groupement quelconque de collectivités territoriales) ne fait pas l'objet d'une abrogation ou d'un retrait : on dit qu'elle est « rapportée » par une nouvelle délibération (règle dite du « parallélisme des formes », qui vaut pour tous les actes administratifs unilatéraux).

286 Est valide et engage son auteur la promesse de récompense à qui retrouvera un animal domestique perdu, mais non celle qui a pour objet l'exécution d'une personne physique (ce qui, incidemment, est aussi une infraction pénale...).

287 C. Civ., article 1101.

obligés d'accepter ce que leur offre le testateur ou le donateur (288) : ils n'ont donc aucune obligation, mais il s'agit bien d'un contrat et non d'un acte juridique unilatéral, puisqu'ils doivent manifester un consentement pour accepter le legs ou la donation. Sont au contraire des contrats synallagmatiques (liste non limitative) :

- le **contrat de vente**, très fréquent et dont il existe une multitude de variantes ; le vendeur a un droit, celui d'être payé par l'acheteur, et deux obligations, selon l'article 1625 du Code Civil : la garantie d'éviction (289) et la garantie du vice caché (290) ; l'acheteur a l'obligation de payer le prix convenu ;
- le **contrat de bail**, qui est la location d'un ou plusieurs biens immobiliers, implique des obligations réciproques pour le bailleur (propriétaire) et le preneur (locataire) : le premier doit laisser le second entrer en jouissance du bien sans la troubler, et le second doit lui payer la somme convenue pour le loyer ;
- le **contrat de travail**, où l'accomplissement d'une tâche par le salarié a pour contrepartie le versement d'un salaire par l'employeur ;
- le **contrat d'entreprise**, qui obéit au même mécanisme, mais l'entrepreneur, à la différence du salarié, est libre des moyens employés et n'est pas subordonné techniquement à son client, qui n'est attaché qu'au résultat final.
- les **contrats d'association, de société et de GIE** (291) ont un caractère synallagmatique découlant d'une égalité de principe entre les membres de l'association, les associés (292) ou les membres du GIE ; ce sont les statuts de ce qui a vocation à devenir une personne morale de Droit Privé qui déterminent les droits et obligations des co-contractants.

Le Code Civil opère d'autres classifications des contrats :

- **contrats à titre onéreux ou à titre gratuit** : les premiers n'impliquent pas nécessairement le versement d'une somme d'argent, mais toute prestation en nature à caractère positive (livrer un bien, accomplir un travail...) ; ce sont les plus fréquents ; les contrats à titre gratuit (ou « de bienfaisance », pour reprendre les termes de l'article 1105 du Code Civil), le sont soit par définition (293), soit de façon optionnelle (294) ;
- **contrats commutatifs ou aléatoires** : les premiers débouchent sur des prestations en argent ou en nature précisément définies (situation la plus fréquente, applicable notamment aux 5 contrats synallagmatiques antérieurement présentés), alors que les seconds comportent au moins une prestation dont l'existence ou l'étendue est aléatoire (295) ;

288 On notera que, dans ces substantifs quelque peu vieillots et rébarbatifs, le suffixe « -aire » désigne celui qui reçoit et le suffixe « -eur » ou « -ant » celui qui transmet.

289 C. Civ., articles 1626 à 1640 ; on entend par là que le vendeur doit garantir à l'acheteur qu'il ne l'évincera pas de la possession de la chose vendue, ne serait-ce que par des moyens détournés.

290 C. Civ., articles 1641 à 1649.

291 Il est essentiel de ne jamais oublier qu'avant d'être des personnes morales, ces formulations sont des contrats.

292 Paradoxalement, les parties au contrat de société s'appellent « associés », mais non les parties au contrat d'association, que l'on appelle « membres » ou « adhérents ». Les associés prennent le nom d'actionnaires dans les trois formes de sociétés par actions (SA, SCA et SAS), et de « sociétaires » dans les sociétés coopératives ou les mutuelles définies par l'article L 111-1 du Code de la Mutualité.

293 Sont toujours des contrats à titre gratuit, par définition, le commodat (ou prêt à usage d'une chose), l'échange, la donation, et, par la volonté du législateur, le don d'éléments du corps humain.

294 Les contrats de mandat ou de dépôt peuvent être à titre gratuit ou onéreux, selon la volonté des parties (mandant/mandataire et déposant/dépositaire ; cf. l'observation sémantique de la note 288).

295 L'article 1964 du Code Civil fournit comme exemples les contrats d'assurance (l'assureur ignore la survenance du risque qui l'obligera à payer l'assuré), de rente viagère (le débirentier paie au crébirentier une rente tout au long de la vie restante de celui-ci, sans savoir quand il va trépasser), de jeu et de pari.

- **contrats nommés ou innommés** : les premiers sont des contrats courants faisant l'objet de règles législatives plus ou moins étendues, les autres sont des contrats spécifiques, fait « sur mesure » par ou pour les parties en fonction de leurs objectifs particuliers.

Ce dernier point est essentiel : on appelle **consensualisme**, ou **principe de l'autonomie de la volonté**, le libre choix du contenu et de la forme des contrats, sous réserve que des lois d'ordre public ne viennent pas le restreindre (296). Il est l'équivalent en Droit Privé du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en Droit Public. Dans plusieurs domaines, certains contrats sont très encadrés par la loi, qui leur est supérieure :

- les contrats d'assurance sont encadrés (297) ;
- les contrats de transport sont encadrés (298) ;
- le Code de la Consommation définit, au profit du consommateur placé en état d'infériorité par rapport aux professionnels avec lesquels il est amené à contracter, des clauses illicites, ainsi que des clauses abusives assimilées à celles-ci (299) ;
- la législation sur les baux ruraux, pour les agriculteurs (300), sur les baux commerciaux (301), applicables aux commerçants et artisans, et sur les baux d'habitation limite considérablement la liberté contractuelle au détriment des bailleurs et au profit des preneurs ;
- les contrats d'intégration en agriculture comportent des mentions obligatoires, à peine de nullité au profit de l'agriculteur intégré, et parfois une obligation de conformité à un contrat type établi au niveau national (302) ;
- les contrats de vente de produits agricoles ont fait l'objet d'un encadrement par la LMAP de 2010, dans l'intérêt de la sécurité juridique des agriculteurs (303) .

La doctrine a constaté pour sa part que l'on pouvait effectuer d'autres classifications, avec des enjeux pratiques non négligeables :

- **contrats conclus *intuitu personae* ou non** : l'*intuitus personae* est le caractère déterminant de la prise en considération de la personne pour conclure le contrat ; en conséquence, les contrats conclus *intuitu personae* se forment après acquiescement de l'offreur à l'acceptation de l'offre par son partenaire, et non après cette acceptation elle-même, ce qui vaut pour les contrats conclus sans *intuitus personae* (304) ;

- **contrats d'adhésion ou contrats de gré à gré** : les premiers impliquent qu'en pratique le co-contractant le plus faible ne peut qu'adhérer ou refuser d'adhérer à une offre, sans pouvoir réellement négocier les clauses du contrat (305) ;

EX : Selon l'article 1587 du Code Civil, le contrat de vente en vrac de vin, d'huile ou « d'autres choses que l'on est de l'usage de goûter avant d'en faire l'achat » est conditionné par l'agrée de la marchandise, la qualité organoleptique (gustative) souhaitée par l'acheteur étant un élément déterminant de la cause du contrat ; un tel

296 Ce principe n'est proclamé explicitement nulle part dans le Code Civil, mais se déduit *a contrario* de l'article 6 de ce code.

297 C. Ass., articles L 100-1 à L 114-3. Interaction avec le Droit de la Consommation.

298 C. Trans., articles L 1432-1 à L 1432-14 (transport de marchandises en général), L 3222-1 à L 3222-7 (transport routier), L 4451-1 à L 4451-6 (transport fluvial), L 5420-1 à L 5424-11 (transport maritime).

299 C. Cons., articles L 132-1 à L 135-1.

300 CRPM, articles L 411-1 à L 441-13, L 461-1 à L 464-2, R 411-1 à R 411-27, R 461-1 à R 464-1.

301 C. Com., articles L 145-1 à L 145-60, R 145-1 à R 145-33.

302 CRPM, articles L 326-1 à L 326-10, R 326-1 à R 326-10.

303 CRPM, articles L 631-24 à L 631-26.

304 Par exemple, le contrat de bail est toujours conclu *intuitu personae* : si un locataire potentiel accepte les conditions générales de la location, le contrat ne sera formé qu'à partir de l'acquiescement du bailleur sur la personne du locataire, qu'il peut choisir ou rejeter. Le contrat de vente est le plus souvent conclu sans *intuitus personae*, mais il peut l'être (vente à prix d'ami, notamment).

305 Par exemple, on ne marchandise pas les titres de transport usuels pour les transports publics de voyageurs ou de marchandises (contrats d'adhésion), mais on peut négocier des tarifs particuliers pour des déplacements de groupes ou des volumes de marchandises importants ou très fréquents (contrats de gré à gré). La plupart des contrats entre consommateurs et professionnels sont des contrats d'adhésion.

contrat est bien de gré à gré, mais il ne s'agit pas d'une disposition d'ordre public, bien qu'il ait été jugé que le silence des co-contractants sur l'agrément n'impliquait pas à lui seul que l'acheteur y ait renoncé volontairement (306).

- **contrats individuels ou contrats collectifs**, sur le même sujet, un contrat collectif étant signé par des personnes morales (associations ou syndicats professionnels) représentant un certain nombre de personnes.

Les contrats collectifs connaissent des applications importantes en Droit du Travail et en Droit Rural, assorties d'un mécanisme ressortant du Droit Administratif, l'**extension** des règles à l'ensemble du champ concerné :

- les **conventions collectives du travail** peuvent être négociées par les organisations représentatives des employeurs et des salariés à différents niveaux (entreprise, branche professionnelle, niveau interprofessionnel) ; elles obligent les entreprises adhérentes aux organisations patronales signataires à les appliquer dans les contrats de travail individuels de leurs salariés ; mais, sous certaines conditions, et à l'exception des conventions collectives d'entreprise, le ministre du Travail peut étendre par voie d'arrêté ces conventions collectives à l'ensemble des entreprises de la branche ou du pays (pour les conventions à caractère interprofessionnel), les contrats de travail individuels devant alors leur être conformes ;
- même mécanisme dans la structuration des filières agroalimentaires, halioalimentaires ou agroindustrielles : des **accords interprofessionnels à long terme** peuvent être conclus par les organismes représentant la production et la transformation ou la distribution (les acheteurs des produits), homologués et étendus par arrêté ministériel (307) ; l'homologation est un acte administratif unilatéral (308), qui est à la fois distinct de et préalable à l'extension ;
- même mécanisme en matière de régulation conjoncturelle des filières où les prix payés aux producteurs agricoles sont tombés trop bas (309).

L'étude des effets du contrat dans le temps amène à retenir les classifications suivantes :

- **contrats à exécution instantanée ou contrats à exécution successive** : les premiers ne produisent d'effets entre les parties que de façon ponctuelle, les seconds voient leur exécution étalée dans le temps (310) ;
- **contrats à durée déterminée ou contrats à durée indéterminée**, pour les contrats à exécution successive ; en Droit du Travail, le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) est la règle et le contrat à durée déterminée (CDD) l'exception (311) ;

Une importante réforme législative globale des contrats de travail est envisagée depuis plusieurs années, au gré des alternances politiques, certaines formules ayant fait long feu.

306 Cass. Civ. 1, 24 mars 1998. Pour les applications aux ventes de vin, cf. Jean-Marc BAHANS : L'application du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agrément, *Revue de Droit Rural* n° 335, août-septembre 2005.

307 CRPM, articles L 631-3, L 631-9 & L 631-10.

308 Il est de la même nature que l'homologation des normes par le directeur de l'AFNOR, ou l'approbation des délibérations du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins par voie d'arrêté ministériel : un acte administratif unilatéral, de nature réglementaire, se superpose à un acte juridique unilatéral ou bilatéral de Droit Privé et lui confère des effets juridiques plus larges.

309 CRPM, articles L 611-4 & L 611-4-1.

310 Le contrat de vente peut appartenir à l'une ou l'autre catégorie : pour exemples, vente d'un gros équipement industriel unique en son genre, par opposition à un contrat prévoyant la livraison échelonnée et régulière de marchandises (« contrat de vente à livrer », ou « de fournitures »). D'autres contrats n'appartiennent qu'à une seule de ces catégories, par définition : les contrats de bail ou de travail sont toujours à exécution successive, le contrat d'entreprise est à exécution instantanée.

311 C. Trav., articles L 1242-1 à L 1242-6.

A ! – *Les contrats à durée déterminée sont en général renouvelables par tacite reconduction, sauf disposition législative contraire ; un co-contractant doit donc prendre l'initiative d'annoncer à l'autre partie son intention d'y mettre fin, dans un certain délai précédant la date de l'expiration du contrat.*

La doctrine a aussi relevé la fréquence des **contrats types**, qui peuvent avoir deux portées juridiques différentes :

- soit il s'agit de simples modèles de contrats, élaborés par l'Administration ou la profession notariale afin de simplifier l'élaboration d'un contrat donné (312): on n'est nullement obligé de les suivre ;
- soit il s'agit de contrats « hiérarchiquement supérieurs » aux contrats individuels et à portée impérative, comme le sont les conventions collectives du travail étendues, et les contrats individuels doivent en respecter le contenu : contrats types dérivés d'un accord interprofessionnel (313), contrats types d'intégration à caractère collectif (314), contrats types prévoyant des « actions » à intégrer dans les contrats d'agriculture durable (CAD), remplacés par les engagements agroenvironnementaux en 2007 (315) ; par ailleurs, l'article L 111-4 du Code des Assurances confère à l'autorité administrative le droit d'imposer l'usage de « **clauses types** » dans les contrats d'assurance.

La **validité** d'un contrat est subordonnée à quatre conditions fondamentales :

- la **capacité juridique** des co-contractants, ou « parties » au contrat : sont exclus les mineurs et les majeurs incapables ; les associations ont une capacité juridique limitée en matière d'acquisition de biens immobiliers, à moins qu'elles ne soient reconnues d'utilité publique ;
- l'absence de caractère illicite ou immoral de la **cause** du contrat ;
- l'existence d'un **objet** certain et licite pour l'obligation, ou l'une des obligations mises en œuvre par le contrat ;
- un consentement non vicié pour chaque partie contractante ; les **vices du consentement** sont la violence (physique ou morale), le dol (316), l'erreur sur la substance ou sur la personne, et la **lésion**, que l'on ne peut invoquer que dans les cas où la loi le prévoit.

Un contrat a fondamentalement deux effets : l'**effet obligatoire** (317) et l'**effet relatif** (318). Le premier désigne simplement le fait qu'un contrat crée des obligations pour une partie, le non respect de ces obligations portant probablement un préjudice à l'autre partie et fondant celle-ci à en demander réparation (319). Le second énonce que le contrat ne produit cet effet obligatoire qu'entre les parties, et non envers les tiers, sous réserve de deux exceptions :

312 Concerne en particulier les statuts types des sociétés. L'agrément administratif est de droit pour les GAEC dont les statuts suivent les statuts types (CRPM, articles L 323-11).

313 CRPM, article L 631-14.

314 CRPM, articles L 326-4, L 326-5 et L 326-9, R 326-1 à R 326-10.

315 CRPM, article R 311-2.

316 Il y a dol lorsqu'une des parties trompe l'autre sur les qualités intrinsèques du produit ou du service qui est l'objet du contrat (ce qui concerne surtout le contrat de vente) ; la manœuvre dolosive peut être constituée par une rétention d'informations essentielles, et non pas seulement par un truquage matériel (maquillage de l'âge d'un animal agricole, truquage du compteur d'un véhicule d'occasion...). Bien que constitutif d'une faute civile, le dol n'est pas très éloigné du délit de tromperie (C. Cons., article L 213-1), et, au demeurant, la doctrine pénaliste utilise ce concept dans l'analyse des infractions pénales : on oppose ainsi le « dol spécial » au « dol général », le premier affectant la victime de l'infraction (ex. : le vol) et le second la société tout entière (ex. : la corruption).

317 C. Civ., article 1154.

318 C. Civ., article 1165.

319 Régime de la responsabilité civile pour faute, dite « responsabilité contractuelle » (cf. 2.2.1.2.).

- la **stipulation pour autrui** : un tiers est bénéficiaire d'une prestation (320) ;
- le **porte-fort** : une des parties se « porte fort » du comportement d'un tiers, c'est-à-dire s'engage à ce qu'un tiers accomplisse une prestation ; la clause de porte-fort ne peut être valide que si un contrat distinct existe bien entre le tiers impliqué et le co-contractant qui se porte fort.

A !- De même que « tout ce qui brille n'est pas or », tout ce qui s'appelle « contrat » n'est pas nécessairement un contrat sur le plan juridique. Face à des préoccupations d'affichage qui ont souvent pour objet ou pour effet de marginaliser la réglementation applicable au domaine considéré, la doctrine est parfois partagée lorsqu'il s'agit de caractériser un dispositif contractuel authentique. Ainsi les contrats « de rivière », « de baie », « d'étang » ou « de nappe » ne sont probablement pas des contrats, mais de simples documents de programmation financière qui peuvent à la rigueur être appréhendés sous l'angle de la directive administrative (321). En revanche, il est admis que les contrats d'agriculture durable (CAD) de 2003, qui ont succédé aux contrats territoriaux d'exploitation de 1999, sont comme leurs prédécesseurs d'authentiques contrats administratifs ; la solution est moins claire pour les engagements agroenvironnementaux (EAE) régis par le décret n° 2007-1342 du 12 septembre 2007 et l'arrêté interministériel d'application du même jour, mais il semble bien qu'ils aient un caractère contractuel, dans la mesure où ce décret supprime, pour l'avenir, la possibilité de conclure des CAD et où les EAE les remplacent.

En pratique, les termes « convention » et « contrat » (ou les adjectifs « conventionnel » ou « contractuel ») sont synonymes, mais, en théorie, la doctrine considère que la convention a une acception plus large que le contrat, comme la définition de l'article 1101 du Code Civil le montre : une convention proprement dite est un accord de volontés qui ne crée pas nécessairement d'obligations à la charge des parties (ou d'au moins une partie), et le contrat est une catégorie particulière de convention (322). C'est pourquoi le principe de l'autonomie de la volonté est aussi appelé « **liberté des conventions** » ou « **liberté contractuelle** » (cf. 2.2.1.3.).

A l'exception de certains contrats relevant du Droit de la Consommation, le droit des contrats échappe de façon générale au Droit de l'UE et reste donc du ressort de la loi de chaque Etat membre. Toutefois, afin d'éviter les conflits de loi dans les relations contractuelles transfrontalières, le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») pose le principe de la liberté des parties de choisir le droit applicable, et fournit des solutions à titre supplétif.

1.5.1.3. Les quasi-contrats

Comme leur nom l'indique, les quasi-contrats sont des situations juridiques proches des contrats, mais qui s'en écartent du fait de l'absence d'une volonté concomitante de l'autre partie ; il en existe trois types :

320 Les contrats d'assurance-vie en sont un bon exemple : à la mort de l'assuré, le tiers bénéficiaire reçoit une rente ou un capital versé par l'assureur. Les contrats d'intégration en agriculture peuvent contenir des clauses de stipulation pour autrui : la firme intégratrice peut faire bénéficier un abattoir ou un maquignon de la livraison des animaux engraisés par l'agriculteur intégré.

321 Circulaire DE/SDPAE/BEEP/n°3 du 30 janvier 2004 relatives aux contrats de rivière et de baie. Facultatifs, les contrats de rivière sont des instruments de reconquête de la qualité des eaux et de prévention des inondations impliquant principalement les personnes publiques. Ils précèdent ou accompagnent l'élaboration d'un Schéma d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE), ou complètent un SAGE déjà approuvé ; ils peuvent aussi exister en dehors de toute préconisation de SAGE.

322 En Economie, la « théorie des conventions » rejoint cette acception large ; de ce point de vue, les sources de droit à caractère indicatif que sont les normes, les usages professionnels et les bonnes pratiques seraient des conventions.

- la **gestion d'affaires**, qui consiste à gérer les affaires d'autrui en son absence et dans un contexte d'urgence (323) : le gérant a alors droit au remboursement des frais engagés, à condition qu'ils correspondent au strict minimum nécessaire à la conservation de la substance de la chose;
 - la **répétition de l'indû** (324): on doit rembourser une somme qui a été versée par erreur, ou restituer un bien livré par erreur ;
 - l'**enrichissement sans cause**, qui est une création prétorienne fondée sur le seul article 1371 du Code Civil définissant les quasi-contrats en général ; c'est une notion d'interprétation très stricte et une occurrence rare, la plupart des cas d'enrichissement ayant une cause et trouvant leur racine dans la cause d'un contrat ou dans un des deux quasi-contrats précédents.
- Dans tous les cas, il s'agit de situations exceptionnelles, alors que la conclusion de contrats est courante.

1.5.1.4. Les faits juridiques

Les faits juridiques se distinguent des actes juridiques en ce qu'ils échappent à la volonté humaine, même si certains d'entre eux ne sont pas détachables des comportements humains. Il s'agit d'une catégorie très hétérogène.

1.5.1.4.1. La naissance et la mort des personnes physiques

Ces phénomènes naturels appliqués aux humains créent respectivement des droits pour l'enfant et ses parents, et pour les héritiers du *de cuius* (*successione agitur*).

1.5.1.4.2. La possession et la détention

La **possession** est elle-même un fait juridique qui crée des droits au profit du possesseur : la **protection possessoire** (325). Le propriétaire qui exerce l'*usus* sur son bien (cf. ci-dessous 1.6.3.2.1.) est le premier à bénéficier de cette protection. Mais celle-ci bénéficie aussi au **détenteur précaire**, qui a un lien de droit avec le propriétaire : locataire ou commodataire ((326)). Le terme « détention » est synonyme de possession sur le fond, mais s'emploie en lieu et place de ce concept antique du Droit Civil dans les textes législatifs ou réglementaires relevant de préoccupations plus récentes (Droit de l'Environnement, Droit Rural...).

Par conséquent, la détention n'est pas toujours « précaire », et est alors synonyme de possession au sens minimaliste du terme (applicabilité au « squatteur » d'un bien immobilier, notamment, ou au voleur d'un bien mobilier) ; lorsqu'un texte à caractère impératif mentionne la détention ou le « détenteur », cela recouvre aussi bien la « détention précaire », qui suppose l'existence d'une relation juridique entre le détenteur et le propriétaire, que la possession pure et simple, hors détention précaire ou exercice de l'*usus* en tant que propriétaire :

EX1 : En Droit de l'Environnement, la simple détention de déchets, sans responsabilité aucune dans leur production ou dans leur introduction, génère une obligation de remise en état du site par l'élimination de ces

323 C. Civ., articles 1372 à 1375.

324 C. Civ., articles 1376 à 1381.

325 Celle-ci se concrétise dans les actions possessoires (cf. Annexe 4).

326 « Précaire » ne signifie pas ici « fragile, instable... », mais « à la prière de... », ce qui suppose un lien de type contractuel avec le propriétaire : situation du locataire, du dépositaire, du commodataire...

déchets (327), ce qui est difficile à faire appliquer (problème des « friches polluées ou des « sites orphelins » susceptibles de causer de graves pollutions des sols et des eaux) ; la jurisprudence administrative actuelle est marquée par une certaine insécurité juridique, qui appelle logiquement une clarification de la part du législateur.

EX2 : (CRPM, article L 201-3) : « Les propriétaires ou détenteurs d'animaux ou de végétaux sont soumis aux prescriptions du présent livre dans les conditions qu'il définit.

Pour l'application du présent livre est regardée comme propriétaire ou détenteur d'animal toute personne qui possède ou détient, même à titre temporaire, un animal, vivant ou mort, d'une espèce figurant sur une liste définie par décret, ou ses semences, ovules ou embryons.

Pour l'application du présent livre est regardée comme propriétaire ou détenteur de végétaux toute personne qui possède ou détient, même à titre temporaire, des plantes vivantes, des parties vivantes de plantes ou des produits de végétaux, ces derniers étant définis comme des produits d'origine végétale non transformés ou n'ayant fait l'objet que d'une préparation simple.

Sont assimilés aux végétaux, pour l'application du présent chapitre et du chapitre Ier du titre V, des objets, ci-après dénommés " autres objets ", qui sont de nature à constituer des vecteurs de contagion, de contamination ou d'infestation des végétaux ou produits de végétaux, tels que les supports de culture, les moyens de transport des végétaux ou produits de végétaux ou les emballages de végétaux ou produits de végétaux. Les propriétaires ou détenteurs de ces objets peuvent être soumis aux mêmes règles que celles applicables aux propriétaires ou détenteurs de végétaux. »

On observe que ce champ d'application concerne les végétaux ligneux de type forestier ou ornemental, et non pas seulement les végétaux non ligneux agricoles ou ornementaux.

EX3 : Dans le cadre de la lutte contre l'influenza aviaire, l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 24 octobre 2005 pris pour l'application de l'article L 221-1 du Code Rural dispose que « tout propriétaire ou détenteur d'oiseaux doit prendre les mesures nécessaires afin de prévenir tout contact direct ou indirect avec les oiseaux vivant à l'état sauvage », du moins jusqu'à une certaine date. A la limite, cela s'applique à une personne qui aurait volé lesdits oiseaux et qui les détiendrait... Dans le même esprit, l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 24 février 2006 relatif au recensement des oiseaux détenus par toute personne physique ou morale en vue de la prévention et de la lutte contre l'influenza aviaire oblige « tout détenteur d'oiseaux » à en faire la déclaration auprès du maire selon le modèle figurant en annexe de ce texte.

Le détenteur est le plus souvent le propriétaire de ces animaux et végétaux, mais il peut s'agir d'un commodataire (bénéficiaire d'un prêt à usage), le co-contractant d'un contrat de mise en pension d'animal domestique, voire un préposé (salarié...).

1.5.1.4.3. L'écoulement du temps : la prescription et la forclusion

On appelle **prescription** l'écoulement d'un certain laps de temps qui aboutit à créer ou à faire disparaître des droits subjectifs et des obligations.

La **prescription acquisitive**, ou **usucapion**, est le mécanisme qui permet d'acquérir la propriété de biens immobiliers à l'issue d'une période de 30 ans à la suite d'une possession à titre de propriétaire ou de titulaire de certains autres droits réels (328). Pour que la possession trentenaire puisse fonder l'usucapion, elle doit remplir quatre conditions : être continue, paisible, publique et non équivoque (329) ; cette dernière condition implique évidemment que le possesseur ne soit pas un détenteur précaire (locataire, par exemple), ce qui rendrait la possession équivoque.

EX1 : Malgré la production d'un titre de propriété constitué par un acte notarié de donation-partage daté de 1978, la propriété d'une parcelle agricole a été attribuée à une personne en possession du bien et ayant accompli des actes matériels d'exploitation antérieurement à cette date, avec « jonction des possessions » (par des

327 C. Env., articles L 511-1 (installations classées) & L 541-2 (déchets).

328 Il est admis que la possession peut porter en principe sur l'ensemble des droits réels principaux, avec quelques restrictions pour les servitudes : ainsi l'usucapion n'est possible que pour les servitudes continues et apparentes.

329 C. Civ., article 2229.

personnes différentes) antérieurement à 1951 (le délai de 30 ans peut concerner plusieurs possesseurs successifs, sous certaines conditions) (CA Pau, 21 novembre 2005, Fagoaga c./ Bidegaray).

EX2 : Malgré l'existence d'un titre de propriété remontant à 1904 et conférant le droit de pêche au propriétaire d'un étang (ou plutôt de son support foncier), les riverains de l'étang ont pu faire prévaloir le droit de pêche à leur profit en prouvant la possession du droit depuis plus de 30 ans (Cass. Civ. 3, 15 mars 2000, Mme Pecqueux c./ Epoux Anuzet et autres). La Cour d'Appel avait adopté la solution inverse en se basant sur l'antériorité de la date du titre sur celle du début de la possession, mais la Cour de Cassation a fait prévaloir l'article L 435-4 du Code de l'Environnement (alors article L 235-4 du Code Rural), qui réserve le cas des droits contraires établis par possession.

Au sens ordinaire du terme, la prescription s'entend de la **prescription extinctive** et concerne le droit d'ester en justice : tel type d'action ne peut plus être exercé à partir d'un certain laps de temps. Les délais de prescription sont très variables et prévus par les textes législatifs ; en pratique, les choses peuvent être compliquées par le questionnement sur la date de commencement du délai et sur les faits ou actes de procédure qui sont susceptibles de l'interrompre : c'est la problématique de **computation** des délais sur le plan procédural. Le concept de **forclusion** a le même sens, mais son champ d'application est différent et ne concerne pas les actions en justice : ainsi une personne qui exerce un droit qui lui est reconnu par la loi ou une clause contractuelle en dehors du délai prévu par le texte est forclosée, et ne peut plus l'exercer. Les règles de prescription en matière civile (au sens large, par opposition à la matière pénale, donc aussi en Droit Commercial, Droit du Travail...) ont été remaniées par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

Sont imprescriptibles (au sens de la prescription extinctive) les crimes contre l'humanité et l'exercice du droit de propriété.

1.5.1.4.4. La force majeure et l'état de nécessité

Il est des événements qui rendent impossible l'exécution des obligations, en toute objectivité : ce sont les « cas de **force majeure** », qui sont aussi des « **cas fortuits** » (330). L'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a mis fin en 2006 à une divergence entre Chambres pour confirmer la solution traditionnelle : pour être retenue comme facteur d'exonération de l'exécution d'une obligation, la force majeure doit présenter un caractère imprévisible et irrésistible (ou insurmontable) (331). Pour être caractérisés comme cas de force majeure, les aléas météorologiques et sociaux doivent remplir ces deux conditions. La jurisprudence a ajouté à cela le critère d'**extranéité**, implicitement contenue dans le concept lui-même : la force majeure doit être « externe au débiteur de l'obligation », ce qui rejoint le concept de « cas fortuit » ; ainsi un chef d'entreprise ne peut pas s'en prévaloir si ses machines ou son personnel ont été défaillants par rapport à la satisfaction du client. La force majeure produit les mêmes effets en Droit Administratif.

EX : Ne constitue pas un cas de force majeure la pollution des eaux souterraines par l'agriculture intensive, qui exonérerait un établissement public de coopération intercommunale de l'obligation de résultat concernant la livraison d'une eau potable conforme à la réglementation, cette circonstance causale étant prévisible en Bretagne (Cass. Civ. 1, 16 mai 2006, Syndicat d'adduction d'eau du Trégor c./ M. Baulier). On note ici la compétence spéciale des juridictions judiciaires pour les litiges relatifs aux contrats de services publics locaux concernant

330 Les deux concepts sont distincts mais se recoupent largement en pratique : le cas fortuit est la « cause étrangère » mentionnée à l'article 1147 du Code Civil, qui permet au débiteur de bonne foi de s'exonérer de l'exécution de son obligation, mais la « force majeure » est un cas fortuit plus strictement défini et présentant les deux conditions cumulatives présentées ci-après. L'article 1148 du même code distingue bien les deux concepts.

331 Cass. Plén., 14 juin 2006. Auparavant, la 1^{re} Chambre civile et la Chambre commerciale acceptaient de s'en tenir au seul caractère irrésistible de l'aléa et n'exigent pas le critère d'imprévisibilité pour retenir la force majeure, alors que les autres Chambres s'en tenaient à l'exigence classique des deux critères cumulés.

notamment l'eau potable, nonobstant le caractère d'établissement public à caractère administratif d'une des parties.

Le Droit Pénal offre une notion voisine : l'**état de nécessité** (332). Il est rarement retenu lorsqu'il est invoqué par la défense d'un prévenu ou d'un accusé.

L'état de nécessité a été invoqué par les « faucheurs volontaires » (opposants aux cultures de plantes génétiquement modifiées) poursuivis pour « dégradation de biens immobiliers en réunion » (CP, articles 322-1 & 322-3), et a été reconnu en 2005 par les Tribunaux correctionnels d'Orléans et de Versailles, mais cela a été infirmé en appel, position validée de façon constante par la Cour de Cassation (333).

1.5.1.4.5. Certains phénomènes naturels ou biologiques

La loi confère des effets juridiques générateurs de droits et d'obligations à certains phénomènes naturels :

- les articles 556 à 563 du Code Civil (334) règlent les conséquences des phénomènes d'**alluvionnement** sur les cours d'eau au regard du droit de propriété sur le sol ;
- la **limite de salure des eaux** détermine, en amont, le champ géographique d'application de la législation sur la pêche en eau douce et, en aval, l'applicabilité de la législation, sur la pêche maritime (335) ; de même, en aval, elle détermine la partie des cours d'eau, canaux et plans d'eau affluant à la mer qui relèvent du régime de la chasse maritime, sauf applicabilité éventuelle des règles sur la chasse sur le domaine public fluvial (336), ainsi que les communes riveraines des estuaires et deltas soumises à la législation sur le littoral (337) ; à noter que le titre IV de l'annexe de l'article R 214-1 du Code de l'Environnement donne une définition assez précise du **front de salinité** (impacts sur le milieu marin), mais on reste dans l'incertitude sur la convergence des deux définitions, faute de précisions dans les textes concernés, qui relèvent pourtant tous du Code de l'Environnement ;
- dans la mesure où elle permet la circulation du poisson, la communication en termes de **réseau hydrographique** engendre l'applicabilité de la législation sur l'eau et sur la pêche en eau douce aux plans d'eau en relation avec celui-ci (338), ainsi que du régime de la domanialité publique maritime (cf. 2.2.4.1.4..) pour les étangs littoraux salés ou saumâtres.

A ! Sur ce dernier point, la LEMA de 2006 et le décret n° 2007-978 du 15 mai 2007 ont modifié considérablement la définition des « eaux closes » : alors qu'auparavant les « eaux libres » étaient définies par la simple communication, même occasionnelle ou par capillarité (jurisprudence de la Cour de Cassation), de plans d'eau avec le réseau hydrographique (mais à l'exclusion du dispositif de vidange), ce sont dorénavant la « configuration des lieux » ainsi que l'existence d'un dispositif permanent empêchant les poissons de gagner le réseau hydrographique qui les définit (339). Toutefois, les eaux closes sont partiellement soumises à la législation sur la pêche en eau douce (C. Env., articles L 432-1 à L 432-12) : on pourrait dire qu'elles sont « entr'ouvertes » sans être vraiment « libres ».

332 CP, article 122-7 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

333 Cour de Cassation, Rapport annuel 2011, Documentation Française, pp. 373-375 (chapitre sur « le principe de précaution et son invocation devant les juridictions pénales au titre de l'état de nécessité »).

334 C. Env., article L 215-6 (mode pilote); CG3P, article L 2111-13 (mode suiveur).

335 C. Env., article L 431-3, alinéa 2. CRPM, article L 911-1, alinéa 2.

336 C. Env., articles L 422-28, alinéa 4, et R 422-95 (chasse maritime, incluant la chasse sur le domaine public maritime et sur les cours d'eau, domaniaux ou non, en aval de la limite), D 422-114 à D 422-127 (chasse sur le domaine public maritime et sur le domaine public fluvial en aval de la limite). En amont de la limite, la chasse sur le domaine public fluvial est régie par les articles D 422-97 à D 422-113 du même code.

337 C. Env., articles L 321-2, alinéa 3, & R 321-1 (application de la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986, dite « loi littoral ») & L 322-1, alinéa 4, & R 322-3 (Conservatoire du littoral).

338 C. Env., articles L 431-3, L 431-6 et L 431-7.

339 C. Env., articles L 431-4 et R 431-7.

Le Conseil d'Etat a apporté quelques précisions à cette définition des eaux closes en rejetant un recours en annulation du décret n° 2007-978: « (La LEMA) a entendu que l'obstacle au passage du poisson ne puisse résulter que des caractéristiques physiques permanentes du fossé, canal, étang, réservoir ou autre plan d'eau, c'est-à-dire soit d'une configuration naturelle, soit d'un aménagement permanent qui transforme durablement la configuration des lieux et non d'un simple dispositif ayant pour seul objet d'empêcher temporairement le seul passage des poissons » (CE, 27 octobre 2008, FDAAPMA de l'Orne).

On peut aussi s'interroger sur la caractérisation de la **biodiversité** comme fait juridique, mais on ne peut conclure de façon catégorique et générale: la « richesse écologique » d'un espace naturel n'aboutit pas de façon précise à créer des droits (de voir les milieux ou espaces naturels protégés) ou des obligations (de protéger ces milieux ou espaces) ; le « droit à un environnement équilibré » prévu par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2005 pourrait amener des évolutions intéressantes en matière de jurisprudence constitutionnelle. De son côté, la jurisprudence administrative prend parfois en considération les zones naturelles d'intérêt écologique, faunique et floristique (ZNIEFF) pour annuler des projets d'aménagement ou des documents d'urbanisme, malgré l'absence de portée réglementaire de ce zonage, mais cette jurisprudence est plutôt disparate et incertaine. Les inventaires écologiques ont d'abord été le fait de la doctrine administrative avant d'acquiescer un statut légal en 1993 : l'inventaire du patrimoine naturel, qui concerne aussi le patrimoine géologique, minéralogique et paléontologique, relève de la responsabilité de l'Etat, avec possibilité de participation des collectivités territoriales, et de la responsabilité scientifique du MNHN (340). Il est certain que l'appréhension scientifique de la biodiversité, relayée par certains mécanismes juridiques, a des effets juridiques, mais on ne peut pas pour autant en faire un fait juridique clair et aux conséquences juridiques précises.

De même, la **toxicité** et l'**écotoxicité** d'une substance biologique ou chimique peuvent faire l'objet d'une approche en termes de fait juridique, mais cela suppose que ces phénomènes ne soient aucunement pris en considération sous l'angle des actes juridiques, en particulier s'il existe un acte administratif unilatéral à caractère réglementaire interdisant ou réglementant ladite substance.

EX : La toxicité d'un produit naturel tel qu'une algue, une fois constatée par une instance consultative d'évaluation scientifique et notifiée à l'entreprise concernée par l'Administration, peut devenir l'élément matériel du délit de mise en vente de produits alimentaires toxiques prévu par l'article L 213-4, alinéa 3, du Code de la Consommation : a été condamnée une entreprise importatrice d'un complément alimentaire contenant cette algue, en dehors même de toute réglementation applicable à cet ingrédient (341).

Cependant, en règle générale, ce sont des seuils quantitatifs fixés par la réglementation qui permettent de conclure à la toxicité ou l'écotoxicité d'une substance : on observe alors un acte juridique unilatéral qui renvoie à des faits juridiques qui doivent pouvoir être établis de façon uniforme (importance particulière des méthodes d'échantillonnage et d'analyse).

1.5.1.4.6. Les franchissements de seuils techniques

Les **seuils quantitatifs** (en volumes, surfaces, linéaire, coûts...), dont le dépassement entraîne une modification de la règle de droit, sont des faits juridiques très fréquents dans le domaine du vivant (Alimentation et Environnement).

340 C. Env., article L 411-5-I. Circulaire n° 91-71 du 14 mai 1991 relative aux ZNIEFF (Code de l'Environnement annoté, Litec, 2006, p. 1652).

341 Cass. Crim., 4 février 1998.

EX1 : Limites maximales de résidus de pesticides dans les produits alimentaires et les aliments pour animaux (342).

EX2 : Limites maximales de résidus de substances pharmacologiquement actives dans les aliments d'origine animale (343).

EX3 : Seuils de compétence obligatoire ou facultative de la CNDP en matière de grands travaux d'aménagement du territoire (344)

EX4 : Seuils des nomenclatures ICPE et IOTA pour l'application de deux polices spéciales environnementales non cumulables (345).

1.5.1.4.7. La fréquentation publique de l'espace

La **fréquentation de la voirie par le public** est un fait juridique, lorsqu'il ne s'agit pas du droit de circuler exercé normalement sur une voie publique, c'est-à-dire lorsque ce sont des voies privées qui sont fréquentées. Le Droit de la Voirie routière, qui s'incarne dans le Code de la Voirie Routière et dans le Livre 1^{er} du Code Rural (346), engendre une typologie fermée des voies en tout genre ; cette typologie comprend deux parties :

- les voies publiques de droit : autoroutes, routes nationales, départementales, voies communales, chemins ruraux ;
- les voies privées : chemins d'exploitation, la plupart des chemins de servitude, chemins intérieurs (347).

De nombreuses voies privées sont « ouvertes de fait à la circulation publique » et cela a des conséquences juridiques :

- applicabilité du Code de la Route pour la circulation motorisée (348) ;
- obligations diverses d'assainissement ou d'entretien des abords (débroussaillage préventif des incendies de forêts notamment) (349).

Enfin, la **baignade** (dans les espaces aquatiques naturels des eaux intérieures et du littoral, éventuellement sous forme de baignade aménagée, mais à l'exclusion des piscines) est un fait juridique qui crée à la fois des obligations de surveillance pour le maire (350) et pour l'Etat, du fait de la transposition de la directive 2006/7/CE du 15 février 2006 concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade (351).

342 Règlement (CE) n° 396/2005 du 23 février 2005 concernant les limites maximales applicables aux résidus de pesticides présents dans et sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux d'origine végétale et animale.

343 Règlement (UE) n° 37/2010 du 22 décembre 2010 relatif aux substances pharmacologiquement actives et à leur classification en ce qui concerne les limites maximales de résidus dans les aliments d'origine animale.

344 C. Env., articles L 121-8 & R 121-2.

345 C. Env., articles R 214-1 (IOTA) et R 511-9 (ICPE). Sur le concept de police spéciale, cf. 2.2.3.2.1..

346 CRPM, articles L 161-1 à L 161-13, R 161-1 à R 161-26 (chemins ruraux), L 162-1 à L 162-5 & R 162-1 (chemins et sentiers d'exploitation).

347 CVR, articles L 162-1 à L 162-6, R 162-1 & R 162-2. On appelle « chemins intérieurs » des voies privées dont l'emprise est intégralement située sur une unité foncière (ensemble de parcelles cadastrales d'un seul tenant) ; ils sont aussi appelés dans la pratique notariale « chemins d'aisance » ou « chemins de desserte ».

348 Code de la Route, article R 110-1.

349 CVR, articles L 162-1, L 162-3, L 162-5 & L 162-6, R 162-1 & R 162-2 (signalisation et assainissement) - CF, articles L 322-6 à L 322-8 (mode pilote) ; CRPM, article L 163-1 (mode suiveur) (débroussaillage).

350 CGCT, articles L 2212-2 (eaux intérieures) & L 2213-23 (littoral).

351 CSP, articles L 1332-1 à L 1332-3 ; décret n° 2007-983 du 15 mai 2007 relatif au premier recensement des eaux de baignade par les communes ; arrêté interministériel du 15 mai 2007 fixant les modalités de réalisation du premier recensement des eaux de baignade. Mesures de transposition de la DCE 2000/60/CE (« zones protégées » dans les SDAGE et SAGE) et de la directive 2006/7/CE du 15 février 2006.

1.5.1.4.8. Les quasi-délits

On appelle quasi-délits des agissements humains proches des délits mais qui, vu l'interprétation stricte de la loi pénale, ne peuvent être appréhendés comme tels : ainsi d'un accident que l'on cause, pour autant qu'il n'ait pas de conséquences trop graves pour autrui, auquel cas il peut être appréhendé comme un délit. Les conséquences juridiques sont l'engagement de la responsabilité civile pour faute (cf. ci-dessous 2.2.1.).

1.5.2. CLASSIFICATIONS DES OBLIGATIONS

Comme dans le cas d'un droit subjectif, toute obligation a au moins un **créancier** et un **débiteur**, soit en argent, soit en nature. On appelle **subrogation** le mécanisme juridique d'origine légale ou contractuelle par lequel une personne est remplacée par une autre comme débitrice de l'obligation :

De nombreux contrats secrètent ce mécanisme : le cautionnement, qui va rendre la caution débitrice en lieu et place du débiteur principal défaillant (352); l'assurance, qui rend l'assureur de la personne responsable d'un accident débiteur vis-à-vis de la victime ou de son assureur, etc..

1.5.2.1. Classification issue du Code Civil

L'article 1101 du Code Civil distingue trois types d'obligations :

- l'**obligation de faire** est sans doute la plus courante : payer une somme d'argent à un créancier si l'on est débiteur (353), accomplir un travail, libérer des locaux en fin de bail, enlever des marchandises achetées (354), gérer correctement les déchets que l'on a produit ou que l'on détient (355), négocier annuellement les salaires et les conditions de travail et de formation professionnelle (356), acheter de l'énergie électrique produite dans certaines conditions, informer une autre personne ou une autorité administrative, tenir un registre d'informations à la disposition de celle-ci...
- l'**obligation de donner** est une variante autonome de l'obligation de faire : « donner » signifie ici « mettre une autre personne en possession d'une chose » ; les contrats de vente, de donation, de prêt à usage (commodat) ou de dépôt comportent nécessairement une obligation de donner ;
- l'**obligation de ne pas faire** se concrétise notamment dans le respect du secret professionnel (ne pas communiquer certaines informations à des tiers), que la loi impose à de nombreuses activités professionnelles (357), ou dans les clauses de confidentialité que les contrats de travail ou d'entreprise imposent au salarié ou au prestataire de services ; on peut citer aussi les

352 C. Civ., articles 2011 à 2039.

353 En matière de paiement, le Code Monétaire et Financier prévoit deux obligations de faire, dont l'une est assez étonnante et irréaliste : on est tenu de faire l'appoint lorsqu'on paie en monnaie métallique et scripturaire (article L 112-5), donc personne n'est jamais tenu de rendre la monnaie ! C'est l'invocation habile de cette règle qui permet aux commerçants (distributeurs) de contourner l'interdiction de refuser de recevoir des « grosses coupures » de monnaie scripturaire en € sous prétexte qu'ils pourraient être faux (CP, article R 642-3 : constitue une contravention de 2^{ème} classe le fait de refuser des signes monétaires ayant cours légal). Par ailleurs, on est tenu de présenter une pièce d'identité pour tout paiement par chèque, qui est un moyen de paiement et non de la monnaie (article L 131-15), le créancier étant libre de renoncer à ce droit de vérifier l'identité de son débiteur.

354 C. Civ., article 1657 (« retirement » de « denrées et effets mobiliers »).

355 C. Env., article L 541-2.

356 C. Trav., articles L 2221-1 à L 2221-3, L 2241-1 à L 2243-2.

357 La violation d'un secret professionnel institué par la loi ou un contrat est un délit prévu et réprimé par les articles 226-13 et 226-14 du Code Pénal.

clauses de non publication d'une invention avant la demande de dépôt de brevet dans un contrat de recherche appliquée, les clauses de non concurrence avec l'ancien employeur après la fin d'un contrat de travail, les clauses d'exclusivité en Droit Commercial (358)...

Si les obligations de faire consistant en un paiement ont un coût facile à mesurer, les obligations de faire « en nature » ont un coût moins facile à mesurer sur le plan de la gestion des entreprises et des organisations : obligation de facturation pour toutes les ventes de produits ou prestations de services (359), obligation de tenir des registres concernant les flux de matières dans de nombreuses activités professionnelles, obligation de transmettre des informations à diverses autorités administratives (fiscale, statistique, du travail, etc.), obligation de traçabilité pour chaque « exploitant du secteur alimentaire » ou « du secteur de l'alimentation animale » (360)...

1.5.2.2. Classification jurisprudentielle et doctrinale

La jurisprudence a dégagé une distinction essentielle entre **obligations de moyens** et **obligations de résultat**. Dans l'obligation de moyens, le débiteur doit « faire de son mieux » pour parvenir à un certain résultat ; dans l'obligation de résultat, il doit parvenir à ce résultat coûte que coûte, ce qui est évidemment plus exigeant. Une conséquence importante est l'engagement automatique de la responsabilité pour faute si une obligation de résultat n'est pas remplie, alors que le non respect d'une obligation de moyens n'est pas nécessairement un comportement fautif : il y aura discussion devant le juge.

En tant que prestataires de services, les professions libérales ont souvent une simple obligation de moyens vis-à-vis de leurs co-contractants : un médecin ne peut garantir à son patient qu'il le guérira ou lui sauvera la vie à coup sûr (existence d'un aléa thérapeutique), un avocat ne peut garantir à son client qu'il va l'emporter contre son adversaire quel que soit le contenu du dossier... Mais l'architecte urbaniste et l'expert-comptable ont une obligation de résultat : construire l'immeuble voulu dans le respect de la législation et de la réglementation applicables, établir les documents comptables de base de façon conforme au Plan comptable général... Pour le même type de travail, un salarié a vis-à-vis de son employeur une obligation de résultat (effectuer le travail convenu dans un certain temps) et une obligation de moyens (le faire en respectant les méthodes et procédures fixées), alors que l'entrepreneur (prestataire de services, et non salarié) n'est tenu que d'une obligation de résultat vis-à-vis de son client et est libre du choix des moyens. La livraison aux consommateurs locaux d'une eau potable conforme aux dispositions de l'article R 1321-2 du Code de la Santé Publique est une obligation de résultat, quelles que soient les difficultés rencontrées quant à la qualité des eaux naturelles qui en sont à l'origine ; des dérogations sont possibles, mais de façon très encadrée.

Dans les contrats de travail impliquant des risques pour la santé et la sécurité des salariés (affaire de l'exposition à l'amiante en l'occurrence), la Cour de Cassation a estimé que

358 C. Com., articles L 330-1 à L 330-3, R 330-1 & R 330-2.

359 C. Com., articles L 441-3 à L 441-5, R 441-3 ; cette obligation générale, qui pèse aussi bien sur le créancier que sur le débiteur de l'obligation de paiement, implique de porter de nombreuses informations sur la facture et génère l'obligation de la conserver pendant 3 ans. Mais d'autres législations impliquent la conservation des factures pendant une durée supérieure : 6 ans en matière fiscale, et 10 ans en tant que pièce justificative des documents comptables. En pratique, on s'aligne donc sur la règle la plus contraignante (législation comptable).

360 Articles 18 du règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 modifié établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'AESA/EFSA et fixant les procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires.

l'employeur était tenu en la matière d'une obligation de résultat, et non simplement de moyens:

« En vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par l'intéressé du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (361).

La question de l'extrapolation de cette jurisprudence à la sécurité sanitaire dans le domaine du vivant est posée, mais on ne peut pour le moment conclure positivement sur ce point.

L'article 3§1 de la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits pose que « les producteurs sont tenus de ne mettre sur le marché que des produits sûrs », cette notion étant définie à l'article 2 de ce texte. Il s'agit d'une obligation de résultat, tout comme celle qui est prévue par l'article 14 § 1 du règlement (CE) n° 178/2002 et qui apparaît comme une déclinaison à l'alimentation humaine de la règle précédente : « aucune denrée alimentaire n'est mise sur le marché si elle est dangereuse », la dangerosité étant définie au § 2 de cet article de façon composite. L'on peut considérer à la rigueur comme une obligation de moyens celle qui est reflétée par l'article 3 du règlement (CE) n° 852/2004, sous le titre « obligation générale », mais il est plus prudent d'y voir une obligation de résultat :

« Les exploitants du secteur alimentaire veillent à ce que toutes les étapes de la production, de la transformation, et de la distribution des denrées alimentaires sous leur responsabilité soient conformes aux exigences pertinentes en matière d'hygiène fixées par le présent règlement ».

L'article 4 du même texte prévoit clairement des obligations de résultat, surtout en matière de DAOA (référence au règlement (CE) n° 853/2004 du même jour).

La distinction entre ces deux types d'obligation n'est pas toujours aisée ; la jurisprudence tend à reconnaître de plus en plus d'obligations de résultat, dans un but de protection des intérêts les plus faibles.

Comme en matière de contrats, le droit des obligations échappe à un niveau général au Droit Communautaire et relève de la loi nationale, mais il existe aussi un mécanisme de coordination entre ces systèmes nationaux pour les obligations non contractuelles (362).

1.5.3. CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS

Les droits subjectifs dont les personnes peuvent être titulaires se divisent en deux grandes parties : les **droits extrapatrimoniaux** et les **droits patrimoniaux**. Les premiers n'ont pas de valeur monétaire et ne peuvent faire partie du patrimoine d'une personne physique ou morale, et donc être transmis par voie successorale (dans le cas des personnes physiques). Les seconds font partie du patrimoine, avec les biens, et ont une valeur marchande.

1.5.3.1. Les droits extrapatrimoniaux

Il s'agit d'une catégorie hétérogène que la période moderne a eu tendance à multiplier.

361 Cass. Soc., 28 février 2002 (30 arrêts). Il s'agit de différents litiges concernant le décès ou le handicap grave de salariés exposés à l'amiante par leurs employeurs.

362 Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

L'article 7 du Code Civil dispose que « l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». Les **droits civils**, qui sont liés à la nationalité française ou à toute nationalité donnant lieu à la réciprocité de la reconnaissance de ces droits (363), sont essentiellement les droits familiaux (souvent liés à l'état matrimonial) et les droits successoraux. Les droits politiques, ou **droits civiques**, consistent en la possibilité d'être électeur ou éligible dans diverses élections, mais aussi à être témoin ou juré d'assises dans le cadre du service public de la justice (364). On peut être privé des uns ou des autres en tant que sanction pénale, lorsque la loi le prévoit.

Les **droits de l'homme**, qui peuvent se confondre avec certains droits constitutionnels, sont aussi des droits extrapatrimoniaux, de même que les **libertés publiques**, que l'on peut toujours ramener à un droit subjectif : liberté d'aller et venir, liberté d'opinion et d'expression (y compris religieuse), liberté syndicale et associative, liberté de la presse et de la communication audiovisuelle, liberté de réunion et de manifestation, droit de pétition... Il s'agit en fait d'une nébuleuse où la même réalité est appréhendée sous des appellations différentes. Si de nombreux textes de Droit international public ressassent ces droits et libertés, la CESDH constitue sans aucun doute le plus efficace d'entre eux, puisque la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat lui reconnaît un effet direct en droit national. A cela il convient d'ajouter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée au Traité de Nice de 2000, et à laquelle l'article 6 du TUE tel que modifié par le Traité de Lisbonne de 2007 reconnaît une valeur égale à ce traité ; ce même article fait adhérer l'UE à la CESDH. Par ailleurs, les considérants (1) et (2) du règlement (CE) n° 168/2007 du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'UE exposaient déjà cette convergence avec le « Droit européen » :

« (1) L'Union européenne est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres.

(2) La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, eu égard à son statut, à son champ d'application et aux explications qui l'accompagnent, reflète les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres, du TUE et des traités communautaires, de la CESDH, des chartes sociales adoptées par la Communauté et le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la CJCE et de la CEDH. »

La « Charte de l'Environnement », qui est intégrée au « bloc de constitutionnalité » reconnaît un « **droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé** », et l'article L 110-2 du Code de l'Environnement, issu de la « loi BARNIER » du 2 février 1995, dispose que les « lois et règlements organisent le **droit de chacun à un environnement sain** », ce qui constitue le fondement législatif de la « sécurité sanitaire environnementale ».

Le « **droit à la santé** » a un caractère constitutionnel (Préambule de la Constitution de 1946, sur renvoi du Préambule de la Constitution de 1958). Sur le plan législatif, le CSP reconnaît un « **droit fondamental à la protection de la santé** » (art. L 1110-1), ainsi que le « droit au respect de la dignité » pour la personne malade (art. L 1110-2) :

- (art. L 1110-1) « Le droit fondamental à la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires

363 C. Civ., articles 8 & 11.

364 A noter que, dans ces deux cas, il s'agit aussi d'une obligation dont le non respect est sanctionné pénalement. Même observation pour l'inscription sur les listes électorales, mais la sanction n'est pas pénale puisqu'elle est... l'impossibilité de participer au scrutin !

contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

- (art. L 1110-2) : « La personne malade a droit au respect de sa dignité. »

Au delà de la maladie, le droit à la dignité de l'être humain s'étend à l'ensemble des applications de la biologie et de la médecine (365).

Les articles L 1111-1 à L 1111-6 du Code des Transports développent des considérations assez théoriques sur un « **droit au transport** ».

Le **droit à la vie privée** est proclamé par l'article 9 du Code Civil ; sa violation est au moins une faute civile, et parfois un délit (366). Sont sanctionnées pénalement :

- les atteintes au **droit à l'honneur** (délits de diffamation et d'injures publiques instituées par la loi sur la presse de 1881, la jurisprudence afférente au premier délit étant complexe et génératrice d'une forte insécurité juridique à notre sens) ;
- les atteintes au **droit à l'intégrité physique** : crimes d'homicide volontaire et de viol, délits d'homicides involontaires, de coups et blessures volontaires, d'attouchements sexuels...

Le droit à l'intégrité physique se double d'une liberté fondamentale consistant en la libre disposition de son propre corps, qui se traduit par le droit de le transformer (tatouages, « piercing »), de le soumettre à des traitements ascétiques (notamment le jeûne), voire de le mutiler ou de le détruire (suicide). Le **droit à l'image** est une sorte de prolongement du droit à la vie privée, mais aussi de la libre disposition de son propre corps, étendue à sa représentation.

Ont aussi un caractère extrapatrimonial le droit d'accès à ceci ou à cela, qui ont eu tendance à se multiplier dans les dernières décennies :

- les **droits d'accès à l'information**, notamment en matière environnementale, dans le cadre de la mise en œuvre du principe de participation (367), mais aussi dans l'accès aux informations contenues dans les actes des collectivités territoriales et de leurs groupements (368) ;
- le « droit à l'eau » est un droit d'accès général à la ressource dans ses multiples usages, en particulier l'eau potable pour l'alimentation et l'hygiène (369) ;

365 Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, ratifiée par l'article 1er de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 sur la bioéthique et publiée par le décret n° 2012-855 du 5 juillet 2012.

366 CP, article 226-1.

367 C. Env., articles L 110-1-I, L 124-1 à L 126-1, R 124-1 à D 125-34 ; Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE ; Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, ratifiée par la loi n° 2002-285 du 28 février 2002 et publiée par le décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002. Décision 2005/370/CE du 17 février 2005 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de cette convention. Règlement (CE) n° 1367/2006 du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus.

368 CGCT, articles L 2121-26 & L 2141-1 (communes) L 5211-46 à L 5211-48, L 5711-1 (EPCI et syndicats mixtes fermés), L 5721-6 (syndicats mixtes ouverts). Pour les départements, les régions, les actes réglementaires sont publiés dans un Recueil administratif, et les articles L 4312-1 (région) et L 3313-1 (département) de ce code prévoient une accès spécifique des administrés au budget et renvoient à l'article L 2126-1 pour l'accès aux procès-verbaux de l'assemblée délibérante, aux arrêtés de police de l'exécutif et au budget.

369 C. Env., article L 210-1, alinéa 2 : « Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiques acceptables par tous ». Le droit à la connexion avec un réseau public d'adduction d'eau potable n'est donc pas général et absolu. Le Conseil d'Etat avait estimé

- le « droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité », est proclamé par l'alinéa 3 de l'article L 121-1 du Code de l'Energie ; il se concrétise notamment par l'absence de coupure totale de la fourniture en cas de non paiement des factures.

Les droits extrapatrimoniaux sont incessibles et intransmissibles (ils ne sont ni à vendre, ni à louer, et l'on ne peut en hériter), imprescriptibles (on ne les perd pas ou on ne les acquiert pas avec le temps) et insaisissables (ils n'ont aucune valeur marchande). Lorsqu'ils ne sont pas respectés, les sanctions sont variables : sanctions pénales ou civiles (cf. 3.1.1.), injonctions prononcées par le juge administratif (référé-liberté, injonction de donner accès à un document administratif communicable...)

Les droits défendus par le Défenseur des droits (cf. 1.2.1.1.) ont en principe un caractère extrapatrimonial, ainsi que l'implique l'alinéa 1er de l'article 71-1 de la Constitution :

« Le Défenseur des Droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

1.5.3.2. Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux présentent les caractéristiques inverses : ils sont en principe cessibles (à titre onéreux ou gratuit), transmissibles par voie successorale, prescriptibles et saisissables. Cependant, en matière rurale, il existe quelques cas de droits patrimoniaux incessibles : le droit de vaine pâture (370), le droit d'usage forestier (371), le droit sur les « biens communaux » de l'article 542 du Code Civil (372), et le « privilège des bouilleurs de crû » (373). Entrent aussi dans cette catégorie la plupart des « droits à produire » en agriculture (quota laitier, quota betteravier, droits de plantation et de replantation viticoles, sous-quotas de pêche maritime...) dans la mesure où ils ont incontestablement une valeur patrimoniale mais où les textes de Droit de l'UE ou la jurisprudence française ne leur reconnaissent aucune cessibilité de façon séparée du sol ou de l'exploitation (374).

dans le passé qu'une commune pouvait, « sans violer le principe de l'égal accès de tous les citoyens au service public, décider de ne pas prolonger le réseau d'alimentation en eau jusqu'au hameau précité dont les habitants ne sont pas dans la même situation que ceux du chef-lieu de la commune » (CE, 30 mai 1962, Parmentier) ; il est fait ici application du principe d'égalité, qui s'apprécie toujours « à situation comparable » (cf. 2.2.1.4.1.).

370 CRPM, articles L 651-1 à L 651-10, R 651-1.

371 Ensemble de droits reconnus, généralement par des titres antérieurs à la Révolution de 1789, à des personnes ou à des habitants d'une commune ou section de commune dans des bois et forêts dont ils ne sont pas propriétaires : prélèvements de bois sur pied ou mort, soit « estant » (arbre mort sur pied), soit « gisant », pâturage, panage, glandée... L'article 636 du Code Civil renvoie au Droit Forestier pour leur régulation, et diverses dispositions du Code Forestier les traquent littéralement : on considère (à tort de notre point de vue) que, comme le droit de vaine pâture, ce sont des mécanismes archaïques qui entravent une exploitation rationnelle des biens concernés.

372 « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit duquel les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Pour leur régime et la mise en extinction : CGCT, articles L 2421-1 à L 2421-20, R 2421-1 & R 2421-2. Dans les communes où existent des sections de commune, il peut exister des « biens sectionaux » qui ont le même statut.

373 Droit de distiller en franchise de taxes une certaine quantité d'alcool à partir d'une production propre de fruits ; ce droit est non seulement incessible, mais aussi intransmissible par voie successorale, il est donc « en voie d'extinction ».

374 Article 15 de la loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995 de modernisation de l'agriculture (transfert des droits à produire). Sur cette question difficile, cf. Denis BARTHELEMY & Jacques DAVID : L'agriculture européenne et les droits à produire, INRA-Editions, 1999.

Le « droit au paiement unique » (DPU) prévu par les articles 33 à 50 du règlement (CE) n° 73/2009 précité a un caractère patrimonial, mais des incertitudes et des controverses se sont développées sur l'étendue de sa connexion avec les terres agricoles ou avec l'exploitant qui en est titulaire : les DPU sont en effet des droits attribués aux agriculteurs, mais qui sont calculés sur la base de l'hectare aidé pendant une période de référence antérieure à 2003.

Sur cette question, qui est à la fois très théorique et très pratique (de nombreux cas de figure ne reçoivent pas de solution claire sur le plan juridique), on peut se reporter notamment au n° 334 de la Revue de Droit Rural (juin-juillet 2005), qui publie les actes d'un colloque consacré à la question, et plus particulièrement aux contributions des professeurs Denis GADBIN (« Les DPU, pour qui, pourquoi ? ») et François COLLART-DUTILLEUL (« La nature juridique des DPU »). Les pratiques administratives développées par le Ministère de l'Agriculture en matière de DPU de 2005 à ce jour sont considérées avec les plus extrêmes réserves par les « ruralistes » qui ont étudié cette question.

Ont un caractère patrimonial les « droits à polluer » institués par la directive 2003/87/CE du 13 mars 2003, en application du Protocole de Kyoto de 1997 issu lui-même de la Convention internationale sur les changements climatiques de Rio de Janeiro de 1992 (375) : ils ont justement été institués pour faire l'objet de cessions entre entreprises concernées par leur champ d'application, compte tenu d'un objectif « planétaire » global fixé par ces textes de Droit international public. Mais cette inclusion dans la catégorie des « biens meubles » (équivalant à des « droits patrimoniaux mobiliers ») par l'article L 229-15 du Code de l'Environnement apparaît comme un peu artificielle, quoique nécessaire sur le plan de la sécurité juridique :

« On s'est ainsi interrogé sur la nature juridique des quotas. Si le quota s'apparente par certains aspects à un bien, on a pu relever que son propriétaire n'est pas en mesure de le détruire et que le quota doit être obligatoirement restitué en fin de période. Le considérer comme un droit de créance pose un problème au regard de sa vitesse de circulation, peu compatible avec les règles applicables aux cessions de créances. Distribué par l'Etat, le quota pourrait être considéré comme une autorisation administrative. Sa transférabilité, l'absence d'un *intuitus personae*, et l'impossibilité de le révoquer lui confèrent cependant un régime juridique différent de celui des autorisations administratives. Au bout du compte, le quota d'émission est sans doute une institution *sui generis* mais il est parfois nécessaire de le faire entrer de force dans une catégorie préexistante » (376).

La transmission des droits patrimoniaux dans les contrats s'effectue selon la maxime *Nemo plus juris (transfert potest quam ipse habet)* : on ne peut pas transférer plus de droits que l'on en a, ce qui laisse entendre qu'on peut n'en transférer qu'une partie, et garder les autres pour soi-même.

Les droits patrimoniaux se divisent en 3 catégories : les **droits personnels**, les **droits intellectuels** et les **droits réels**. Les deux premières catégories ont un caractère immatériel et ne figurent que dans des registres ou des documents comptables. La troisième catégorie a un caractère matériel : ce sont des droits qui portent sur des choses (*res*) susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété ou d'un diminutif de ce droit, et appelées **biens**.

Le respect des droits patrimoniaux implique que leurs titulaires puissent s'en prévaloir vis-à-vis d'autrui en invoquant divers mécanismes légaux, notamment au contentieux : on appelle

375 Directive 2003/87/CE du 13 mars 2003 établissant un système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre (GES) dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE, transposée par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échanges de quotas d'émission de GES et les décrets d'application n° 2004-832 du 19 août 2004 (C. Env., articles L 229-1 à L 229-19, R 229-5 à R 229-44 ; arrêté interministériel du 25 février 2005 modifié fixant la liste des exploitants auxquels sont affectés des quotas d'émission de GES et le montant des quotas affectés).

376 Patrick HUBERT & Pierre BECHMANN : Les techniques de marché : les quotas d'émission de gaz à effet de serre (Dossier spécial « Les risques environnementaux de l'entreprise ») – Environnement n° 10/2006, pp. 17-19.

cela l'**opposabilité**. Les droits réels et intellectuels sont opposables aux tiers (opposabilité « *erga omnes* »), qui doivent les respecter sous peine d'ennuis divers et variés, mais les droits personnels ne sont opposables que de façon très limitée :

- lorsqu'ils trouvent leur source dans un contrat, un quasi-contrat ou un quasi-délit, ils ne sont opposables qu'aux personnes concernées par ce mécanisme juridique créateur d'obligations (opposabilité « *inter partes* ») ;
- lorsqu'ils sont de plus inclus dans une procédure collective de cessation d'activité d'une entreprise, l'opposabilité des droits personnels des créanciers de l'entreprise en faillite est élargie à d'autres créanciers en fonction d'une hiérarchie légale complexe.

1.5.3.2.1. Les droits personnels

Les droits patrimoniaux à caractère personnel sont aussi appelés « droits de créance », la créance portant ici sur un objet ayant une valeur monétaire, et non sur un droit de l'homme ou sur une liberté fondamentale aux contours flous et au contenu extrapatrimonial: il s'agit donc souvent d'une créance au sens comptable du terme, inscrite dans l'actif circulant du bilan de la personne concernée, mais cette créance peut porter sur une prestation en nature susceptible d'évaluation. En sens inverse, on peut donc être débiteur d'une obligation en nature et non pas seulement d'une somme d'argent. Selon l'article 529 du Code Civil, les droits personnels ou de créance ont toujours un caractère mobilier. Le caractère mobilier du DPU de la PAC a pu être contesté (377), et il convient donc d'être attentif aux évolutions jurisprudentielles et doctrinales en cours, sans préjudice des modifications susceptibles d'être apportées aux règlements qui régissent cette innovation majeure issue de la réforme de la PAC de 2003.

Ayant un caractère patrimonial, les créances peuvent être cédées à autrui, isolément ou conjointement avec d'autres éléments de l'actif de l'entreprise (378). Cette pratique dans le monde des affaires s'appelle l'**affacturage** : une entreprise spécialisée achète, moyennant rémunération du service, des créances à des entreprises qui ne souhaitent pas les gérer et se charge de les recouvrer, d'autres contrats de recouvrement de créances n'impliquant pas ce transfert patrimonial (379). La cession et le nantissement de créances ont été facilités par la « loi DAILLY » du 2 janvier 1981 (380). La **titrisation** consiste pour une entreprise à se défaire de créances douteuses en les transférant à bas prix dans un fonds commun de créances, géré par un établissement de crédit ; l'abus qui en a été fait au niveau international, mais en premier lieu aux Etats-Unis, est à l'origine de la crise des marchés financiers de 2008/2009 (381).

Les droits personnels peuvent donner lieu au mécanisme de **subrogation**, qui trouve son origine dans la loi ou le contrat : la personne subrogée dans les droits d'une autre (en situation de créancier) exerce les droits personnels de celle-ci contre les tiers.

EX1 : L'entreprise d'affacturage est subrogée dans les droits du créancier qui lui a cédé la créance.

377 Cf. notamment « La propriété privée rurale » n° 338 (février 2005), dossier spécial.

378 Dans les rapprochements d'entreprises, les créances (clients ou autres débiteurs) inscrites à l'actif circulant du bilan peuvent être transférées dans le cadre d'un « apport partiel d'actif » ou d'une « fusion-absorption » ; elles peuvent aussi en être disjointes si elles sont « pourries » (importantes provisions pour dépréciation).

379 L'entreprise chargée du recouvrement peut être simplement mandataire de l'entreprise créancière, qui garde alors la propriété du droit de créance.

380 CMF, articles L 313-23 à L 313-29, R 313-15 à R 313-25. On parle de « bordereaux DAILLY » pour désigner les imprimés à remplir.

381 Cf. J.-P. P., « Droit des marchés financiers », 3.1.2. & Annexe III (Jurisgaia).

EX2: L'assureur ou la Caisse de Sécurité Sociale qui a payé les frais relatifs à un accident d'un assuré ou d'un assuré social est subrogée dans les droits de celui-ci et peut exiger le remboursement des frais de la part du responsable de l'accident.

Il existe aussi un mécanisme de subrogation réelle, applicable aux droits réels (382).

1.5.3.2.2. Les droits intellectuels

Les droits intellectuels sont proches des droits réels en ce qu'ils sont opposables *erga omnes*, mais ils portent sur des « biens immatériels ». En revanche, ils sont toujours un caractère mobilier, et se rapprochent sur ce plan des droits personnels.

Le Droit de la Propriété Intellectuelle et le code du même nom concrétisent leur régime pour l'essentiel, le Code de la Consommation se chargeant du reste. Le caractère immatériel de l'objet de ces droits patrimoniaux nécessite le plus souvent un dépôt à caractère officiel, qui a pour but l'information du public et des professionnels, donc l'opposabilité générale du droit subjectif. L'INPI gère ainsi trois registres nationaux :

- les **brevets d'invention**, qui portent sur un produit ou un procédé nouveau, issu d'un processus inventif et susceptible d'application « industrielle » (383) ; ne sont pas brevetables diverses opérations concernant le corps humain ainsi que les races animales (384) ;
- les **marques de fabrique, de commerce et de services**, qui constituent un signe distinctif à caractère nominatif, figuratif ou sonore, servant à rallier une clientèle (385) ;
- les **dessins et modèles**, qui protègent une création esthétique originale en deux ou trois dimensions (386).

Les différentes variétés des espèces végétales font l'objet d'une protection spécifique : les **certificats d'obtention végétale** (387), qui sont octroyés par le GIP INOV institué par l'article L 412-1 du CPI (388). Ils sont incompatibles avec le brevet pour la même variété (389).

Ces quatre types de droits intellectuels caractérisent la **propriété industrielle**. A cela il convient d'ajouter la **propriété littéraire et artistique**, qui est basée sur le **droit d'auteur** et les droits voisins (390). Le droit d'auteur ne résulte pas d'un dépôt ni de l'inscription sur un registre. Il naît avec toute « œuvre de l'esprit », dont les exemples les plus courants font l'objet d'une énumération non limitative par l'article L 112-2 du CPI : sont notamment concernés tout écrit (y compris scientifique), toute création audiovisuelle, les représentations

382 Par exemple, la disparition d'un bien immobilier hypothéqué donnera lieu à la substitution de l'indemnité due par le responsable de la disparition à l'immeuble détruit comme garantie du créancier hypothécaire.

383 CPI, articles L 611-1 à L 615-22, R 611-1 à R 618-5. Projet de règlement sur le brevet communautaire depuis 1975, en cours d'adoption.

384 CPI, articles L 611-18 & L 611-19.

385 CPI, articles L 711-1 à L 716-16, R 711-1 à R 718-4. Règlement (CE) n° 207/2009 du 26 février 2009 sur la marque communautaire ; directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 relative au rapprochement des législations sur les marques.

386 CPI, articles L 511-1 à L 521-7, R 511-1 à R 521-1. Règlement (CE) n° 6/2002 du 12 décembre 2001 modifié sur les dessins et modèles communautaires.

387 CPI, articles L 623-1 à L 623-35, R 623-1 à R 623-58. Règlement (CE) n° 2100/94 du 27 juillet 1994 modifié instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

388 CPI, articles L 412-1, R 412-1 à R 412-21 (mode pilote) ; CRPM, articles L 662-1 à L 662-3 (mode suiveur).

389 CPI, article L 611-20. Article 92 du règlement (CE) n° 2100/94, précité.

390 CPI, articles L 111-1 à L 343-4, R 111-1 à R 335-2. Directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

graphiques en tout genre et les logiciels informatiques (391). Sa particularité est de comporter une dimension extrapatrimoniale : le **droit moral de l'auteur** sur son œuvre, indépendamment du droit de reproduction et de représentation de l'œuvre, qui ont un caractère patrimonial ; ce droit moral est perpétuel, inaliénable et imprescriptible, mais il est transmissible par voie d'héritage.

En tant que droits patrimoniaux, et à l'instar des droits réels, ces quatre grandes catégories de droits intellectuels peuvent faire l'objet d'une **cession** (généralement à titre onéreux, parfois à titre gratuit) ou d'une **concession de licence**, à caractère exclusif ou non (392): le **licencié** (souvent **concessionnaire** exclusif) d'un droit intellectuel s'apparente au locataire d'un bien, et le **cessionnaire** (la partie au contrat qui bénéficie du droit) a avec le **cédant** (la partie qui transfère le droit) le même type de relation que celle qui caractérise la relation acheteur-vendeur pour les biens. La concession de licence peut être rendue obligatoire au profit d'une entreprise qui en fait la demande quand le CPI le prévoit et dans les conditions que ses dispositions pertinentes fixent alors.

En tant qu'armes de concurrence, les droits de propriété intellectuelle sont en général accordés pour un temps déterminé, à l'exception notable de la marque, qui a « vocation à perpétuité » : elle est valide pour dix ans renouvelables. On distingue les marques individuelles classiques, qui sont au centre de la publicité commerciale et des stratégies de la mercatique, des **marques collectives** et des **marques collectives de certification**, qui sont parfois appelées « labels » (393) : ces marques collectives peuvent être utilisées par toute personne respectant le « règlement d'usage » fixé par le titulaire de l'enregistrement (394), et, dans le cas des marques collectives de certification, le déposant est obligatoirement une personne morale qui n'est ni fabricant, ni importateur, ni vendeur des produits et services concernés, et le règlement d'usage est déposé et enregistré à l'INPI (395).

Le droit des marques joue aussi un rôle instrumental non négligeable (logos dont l'apposition est autorisée ou obligatoire) dans la **certification de qualité des produits alimentaires et des produits agricoles non alimentaires et non transformés** : outre leur utilisation par l'AFNOR pour la certification de conformité aux normes de produits et services (396), les marques collectives de certification sont utilisées pour la reconnaissance des 4 modes de certification de qualité des produits (397):

391 Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

392 Dans le monde des affaires, l'expression « concession de licence » est souvent abrégée en « licence » tout court, ce qui peut prêter à confusion avec certaines autorisations administratives préalables. Il est à noter que la gestion collective de portefeuilles de droits de propriété intellectuelle ou de leurs licences est une activité civile, et non commerciale : ainsi, la Caisse de gestion des licences végétales (CGLV) est une société civile gérant les concessions de licence non exclusives des titulaires de COV (« obtenteurs », qui ne sont pas nécessairement les sélectionneurs) ; les concessions exclusives sont gérées par une SICA, la SICASOV.

393 CPI, articles L 715-1 à L 715-3, & R 715-1.

394 Par exemple, tout fabricant de vêtements « pure laine » peut apposer la marque collective « Woolmark » sur ses produits.

395 Par exemple, la marque « Junior Entreprise » ne peut être employée que par des associations étudiantes respectant le règlement d'usage de cette marque déposée par la Confédération nationale des Junior entreprises.

396 Les articles 15 et 16 du décret n° 84-74 modifié sur la normalisation prévoient l'existence de « marques nationales de normalisation » telles que « NF-Environnement », « NF-Agroalimentaire », « NF-Services », « NF-Gaz », etc... Elles constituent une variante autonome des marques collectives de certification.

397 Il existe aussi une certification de qualité des services et produits autres qu'alimentaires, régie par les articles L 115-27 à L 115-33, R 115-1 à R 115-12 du Code de la Consommation. Elle peut concerner le bois, par exemple.

- les **labels agricoles** (398), qui ont un caractère exclusivement national depuis la condamnation des labels régionaux par la CJCE (399) ;
- la **certification de conformité des produits** (400) ;
- la **dénomination « montagne »** (401) ;
- l'**agriculture biologique** (402).

L'**appellation d'origine (AO)** est une notion basée sur le lien entre une provenance géographique et une qualité particulière (souvent implicite) du produit, et qui peut concerner des produits autres qu'agricoles et alimentaires (403). Le Droit français reconnaît aussi l'**indication de provenance**, sans relation avec une qualité particulière (404). Les **appellations d'origine contrôlée (AOC)** concernent les produits agricoles, forestiers ou alimentaires, bruts ou transformés (405), ledit contrôle étant effectué par l'INAO. L'ensemble du système est articulé avec le Droit communautaire ; **appellations d'origine protégée (AOP)**, **indications géographiques protégée (IGP)** et « **spécialités traditionnelles garanties** » (STG) (406).

L'article L 640-2 du CRPM définit et classe ces signes de la façon suivante :

- les « signes d'identification de la qualité et de l'origine » : le label rouge, qui atteste la qualité supérieure d'un produit ; l'AOC et l'AOP, l'IGP, et la STG, qui attestent la qualité liée à l'origine ou à la tradition ; la mention « agriculture biologique », qui atteste la qualité environnementale ;
- les mentions valorisantes, dont l'usage est réglementé par décret : la dénomination « montagne » ; le qualificatif « fermier » ou la mention « produits de la ferme » ou « produit à

398 CRPM, articles L 643-5, R 643-1 à R 643-11.

399 CJCE, 6 mars 2003, Commission c./ République française. Arrêtés des 27 et 28 mai 2003 annulant divers labels agricoles régionaux.

400 CRPM, articles L 643-1 à L 643-8, R 643-1 à R 643-30.

401 CRPM, articles L 644-1 à L 644-4, R 644-1 à R 644-13.

402 CRPM, article L 645-1, R 645-1 à R 645-7; arrêté interministériel du 20 juin 2007. Règlement (CEE) n° 834/2007 du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques, applicable depuis le 1^{er} janvier 2009. Règlement (CE) n° 889/2008 du 5 septembre 2008 portant modalités d'application du règlement précédent.

403 Exemples d'AO simples hors domaine agricole et alimentaire : « poterie de Vallauris », « céramique de Biot », « coutellerie de Thiers », « mouchoir de Cholet »...

404 Cela peut être le « *made in...* », ou la référence à une origine régionale, à supposer qu'il n'y ait ni AO, ni AOC, AOP ou IGP pour les produits en question.

405 CRPM, article L 641-2. Exemples d'AOC agricoles non alimentaires: « foin de Crau », « taureau de Camargue », « monoï de Tahiti »... Les AOC forestières, prévues par la loi d'orientation agricole de 2006, connaissent un début d'application.

406 CRPM, articles L 642-1, R 642-1 à R 642-25 ; arrêté ministériel du 28 décembre 2006 relatif aux modalités d'application de l'article 10 de l'ordonnance n° 2006-1747 du 7 décembre 2006 relative à la valorisation des produits agricoles, forestiers ou alimentaires et des produits de la mer. Règlement (CE) n° 510/2006 du 20 mars 2006 modifié relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, et règlement (CE) n° 1898/2006 du 14 décembre 2006 portant modalités d'application du règlement précédent; règlement (CE) n° 509/2006 du 20 mars 2006 relatif aux attestations de spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles et des denrées alimentaires. Les AOC (autres que vitivinicoles) ont vocation à devenir des AOP, sans que cela soit obligatoire, et, en sens inverse, les certifications de conformité ou les labels agricoles comportant une dimension géographique ne peuvent prétendre à l'homologation française que s'ils sont reconnus comme IGP et inscrits sur la liste limitative prévue par le règlement d'application du règlement (CE) n° 510/2006 (C. Cons., articles L 115-26-1 à L 115-26-4). Avec les AO-VDQS, les AOC vitivinicoles faisaient partie des « vins de qualité produits dans une région déterminée » (VQPRD) au sens du règlement (CEE) n° 1493/1999 du 17 mai 1999, règlement remplacé par le règlement (CE) n° 479/2008 du 29 avril 2008 : dorénavant, les vins de qualité sont appréhendés sur une double base identique à celle du règlement (CE) n° 510/2006 (AOP & IGP)). Au niveau français, les VDQS sont mis en extinction et doivent se transformer en AOC (AOP) ou en « vin de pays » (IGP) (CRPM, articles L 644-12, D 645-25 à D 645-31).

la ferme » ; les termes « produits pays » dans les DOM ; la dénomination « vin de pays », suivie d'une zone de production ou d'un département (407).

Ce pan spécifique de la propriété intellectuelle est donc articulé avec la promotion et la valorisation de la qualité des produits agricoles et alimentaires, et est protégé par la police spéciale de la répression des fraudes, qui relève du Code de la Consommation (cf. 2.2.3.2.2.) ; les atteintes aux signes d'identification sont donc soit des délits spécifiques (408), soit des délits à caractère général comme la tromperie ou la publicité trompeuse (409).

EX : Le Centre de développement des certifications des qualités agricole et alimentaire (CERQUA) a obtenu en première instance et en appel la condamnation pour publicité trompeuse d'une entreprise qui avait utilisé la mention « label 100% saveur 100% consommateur » accompagnant la marque collective « reconnu saveur de l'année », au motif que cela présentait dans l'esprit des consommateurs un risque de confusion avec les labels agricoles, les produits en question n'étant pas concernés par ce signe de qualité (CA Versailles, 23 septembre 2004, SARL Monadia c./ CERQUA). Cette décision est d'autant plus remarquable que le terme « label » est souvent utilisé par les professionnels pour désigner une marque collective (simple ou de certification). Or les textes de droit positif utilisent peu ce terme (410), et il n'existe pas d'interdiction ou de règles particulières pour son usage ; il est certain que le fait que des produits alimentaires étaient concernés a ici été déterminant. Une clarification législative ou réglementaire sur l'usage du terme « label » serait souhaitable.

Le Code de la Consommation prévoit par ailleurs les incompatibilités suivantes :

- incompatibilité entre label agricole et certification de conformité d'un produit ;
- incompatibilité entre chacun des deux modes précédents et l'AOC ;
- possibilité de cumul des 5 signes d'identification avec une marque commerciale classique (qui permet une différenciation avec les produits concurrents), sous réserve de certaines restrictions dans l'intérêt du consommateur (411).

Pour la désignation exclusive d'espaces naturels protégés ou d'organismes d'intérêt général oeuvrant à la conservation de la biodiversité et des paysages, l'Etat est propriétaire de marques telles que « Parc national », « Parc naturel régional » ou « Conservatoire botanique national ». Sont également propriété de l'Etat les marques « label rouge », le logo « AB » de l'agriculture biologique et le logo des AOC (412). En matière vitivinicole, le « label » VDQS (AO simple, distincte des AOC vitivinicoles classiques), est la propriété de la Fédération nationale des VDQS. L'Etat est aussi propriétaire de la marque « Programme national nutrition-santé », dont l'usage par différents intervenants est réglementé par arrêté (413).

Le Droit communautaire/de l'Union accorde une place importante aux droits intellectuels, tout en développant une jurisprudence complexe dans son articulation avec le Droit de la Concurrence, qui peut dans certains cas atténuer ou supprimer le plein effet de la propriété intellectuelle:

407 Ces vins appartenaient à la même catégorie des VQPRD que les VDQS et les AOC, mais sont depuis 2009 des vins bénéficiant d'une IGP à caractère régional, départemental ou territorial particulier.

408 Jean-Pierre PLAVINET (en collaboration avec Gilbert JOLIVET) : Fraudes alimentaires et méthodes analytiques : structuration du champ juridique (in : Fraudes alimentaires : approche réglementaire et méthodologie analytique (Christian J. DUCAUZE, coordonnateur, Ed. Tec&Doc, 2003), Chap. 1, pp. 1-62).

409 C. Cons., articles L 121-1 à L 121-8 (publicité trompeuse), L 213-1 & L 213-2 (tromperie).

410 Cf. Jean-Pierre DOUSSIN : Label et commerce équitable – Option Qualité n° 239, juin 2005.

411 C. Cons., article L 112-4 ; décret d'application à paraître.

412 CRPM, article L 641-1-1 (mode suiveur) ; C. Cons., article L 112-2 (mode pilote).

413 CSP, article L 3231-1. Arrêté ministériel du 9 novembre 2011 fixant les conditions d'utilisation de la marque « PNNS ».

- les Etats membres peuvent invoquer le respect de la propriété intellectuelle (« propriété industrielle et commerciale ») pour faire obstacle au principe de libre circulation des produits sur le marché intérieur (414);
- la Communauté Européenne a approuvé par la décision 94/800/CE l'accord sur les ADPIC conclu en 1994 dans le cadre de l'OMC;
- elle a adopté la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (415), texte à caractère transversal visant à gommer les disparités entre Etats membres en la matière.

La question de la « brevetabilité du vivant » suscite des débats soutenus (416). La directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques a été tardivement transposée par les articles 17 et 18 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ainsi que par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques. Un recours en annulation de cette directive, intenté par les Pays-Bas, a échoué (417).

On trouvera en Annexe 6 un tableau récapitulatif des textes de Droit international public et de Droit communautaire concernant les droits de propriété intellectuelle.

1.5.3.2.3. Les droits réels

Un droit subjectif est **réel** lorsqu'il porte sur une chose. On distingue les droits réels principaux des droits réels accessoires. Ils ont comme caractéristique commune d'être **opposables erga omnes** (à tout le monde), contrairement aux droits personnels, dont l'opposabilité est limitée à un ou plusieurs débiteurs d'une obligation.

Le principal droit réel est le **droit de propriété**. L'article 544 du Code Civil le définit comme « le droit de jouir des choses de la façon la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements ». Le droit de propriété a une valeur constitutionnelle (418) et le caractère d'un droit de l'homme (419). Les limitations apportées historiquement au droit de propriété au nom de l'intérêt général n'en sont pas moins nombreuses et importantes. En matière immobilière, il s'acquiert par titre (420) ou par usucapion ; en matière mobilière, « possession vaut titre » (421). Lorsque le propriétaire est une personne morale de Droit Public, les biens concernés prennent le nom de **domaine** (422). Le caractère absolu du droit de propriété se traduit par trois prérogatives fondamentales pour le propriétaire :

414 L'article 36 du TFUE prévoit que la violation des droits intellectuels puisse constituer une exception au principe de libre circulation des produits posé par l'article 34.

415 JOUE L 195 du 2-06-04.

416 Cf. Ingénieurs de la vie, n° 463 (avril-mai-juin 2003) : Droit du vivant, brevetabilité du vivant. DPBB, étude « brevetabilité du vivant ».

417 CJCE, 9 octobre 2001.

418 CC, 16 janvier 1982, « Nationalisations ».

419 Protocole n° 1 à la CESDH, article 1er.

420 Il existe trois types de titres de propriété immobilière: l'acte de partage successoral, le contrat de vente et le contrat de donation.

421 C. Civ., article 2279. La jurisprudence a décidé que cette règle ne jouait que lorsque la possession n'émane pas du propriétaire (auquel cas le possesseur ne serait pas le propriétaire présumé, mais un détenteur précaire), et lorsqu'elle est « de bonne foi » (il est facile de voler ou confisquer provisoirement un bien mobilier).

422 Le régime de la domanialité est développé en 2.2.4.1.4..

- l'*usus*, qui est le droit d'utiliser directement le bien : agriculteur exploitant ses terres en faire-valoir direct, propriétaire forestier prélevant du bois dans sa forêt pour du gros œuvre ou du chauffage, etc... ;
- le *fructus*, qui est le droit de tirer du bien les **fruits naturels, industriels ou civils** ; les fruits se distinguent des produits en ce qu'ils se renouvellent périodiquement, sans entamer la substance de la chose (423) ;
- l'*abusus*, qui est à la fois le droit de transférer la propriété à autrui (« l'aliéner ») et le droit d'en faire un usage non conventionnel, voire aberrant (424).

L'extension du droit de propriété aux fruits naturels et industriels est une application particulière de la théorie de l'**accession** : le propriétaire de la chose accède à la propriété de tout ce qui s'incorpore à la chose, naturellement ou non. Cela entraîne une conséquence importante dans le domaine du vivant : le végétal (même sauvage) est toujours un bien – immobilier s'il est fixé au sol, mobilier s'il en est détaché – alors que l'animal sauvage est *res nullius* ; l'animal domestique (appartenant éventuellement à une espèce « non-domestique ») est un bien. Une autre conséquence importante de la théorie de l'accession est la présomption de l'appartenance des immeubles bâtis ou d'un ouvrage d'aménagement quelconque du sol au propriétaire du terrain ; mais il existe des situations juridiques particulières où la propriété du dessus est dissociée de la propriété du sol.

La théorie de l'accession a une conséquence fondamentale : contrairement à une idée reçue, on est à la fois propriétaire du sol et du sous-sol (425), sous réserve que celui-ci ne contienne pas de substances minérales limitativement énumérées à l'article L 111-1 du Code Minier (426). Même dans ce cas, le propriétaire du fonds reste formellement propriétaire de ces substances, mais il se trouve dépossédé de leur valorisation au profit du titulaire d'un « titre minier ». Les articles L 100-1 et L 100-2 de ce code répartissent en deux grandes masses législatives les ressources du sous-sol (dénommées « gîtes »), selon la nature des substances concernées (« de mine » ou « de carrière ») :

(Article L 100-1) : « L'assujettissement d'un gîte contenant des substances minérales ou fossiles soit au régime légal des mines, soit à celui des carrières est déterminé par la seule nature des substances qu'il contient, sous réserve de dispositions contraires prévues par le présent code. »

(Article L 100-2) : « Toute substance minérale ou fossile qui n'est pas qualifiée par le livre Ier du présent code de substance de mine est considérée comme une substance de carrière. »

En matière énergétique, les gisements de gaz naturel sont assimilés aux « gîtes » miniers (427).

Une des conséquences regrettables de l'article 552 du Code Civil est l'appartenance de principe des eaux souterraines au propriétaire du sol correspondant, à la verticale, à l'exception des eaux souterraines dans les DOM, les « CUOM » et dans la COM de Saint-

423 Sont des « fruits naturels », les fruits sauvages, les champignons et, en agriculture, la laine des ovins et le miel des abeilles ; les récoltes et la production laitière sont des « fruits industriels » ; les « fruits civils » sont les revenus tirés du bien à travers sa location. Sont des produits, et non des fruits, la viande et les produits carnés des animaux et les ressources minérales extraites du sous-sol. En matière de gestion forestière, les arbres prélevés sont soit des fruits (éclaircies, coupes réglées...), soit des produits (coupe rase), la distinction n'étant pas toujours aisée à établir ; cela dépend largement de la capacité des essences considérées à se régénérer de façon naturelle ou non.

424 On peut évidemment penser au caprice d'un milliardaire détruisant une voiture de luxe à la masse pour se défouler, mais il peut s'agir plus prosaïquement de laisser un bien, notamment immobilier, totalement inutilisé.

425 C. Civ., article 552.

426 Ce à quoi cette disposition ajoute les « gîtes géothermiques ».

427 C. En., article L 411-1.

Pierre-et-Miquelon, qui relèvent de la domanialité publique, ainsi que les sources et les cours d'eau (428).

Une autre conséquence critiquable est la possibilité de l'existence d'un droit du propriétaire du sol sur les oeuvres préhistoriques (peintures, gravures, etc...) situées dans des grottes souterraines, dans certaines conditions : les articles L 541-1 et R 541-1 du Code du Patrimoine, issus de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive et du décret n° 2004-490 du 3 juin 2004, disposent que ces oeuvres relèvent de l'article 713 du Code Civil : elles sont présumées « biens immobiliers vacants et sans maître », dont les communes peuvent acquérir la propriété, ou, à défaut, l'Etat, sauf pour le propriétaire du sol à démontrer l'existence d'un droit de propriété sur lesdites oeuvres (!). Ces modifications dans la législation sont consécutives aux péripéties contentieuses liées à la « grotte Chauvet » (429).

EX : Suite à la découverte fortuite en 2005 par des spéléologues d'une grotte souterraine comportant des peintures pariétales à Vilhonneur (Charente), le propriétaire du sol, qui avait indiqué l'accès au réseau souterrain sans avoir connaissance de ces oeuvres, a contesté l'arrêté préfectoral prononçant l'incorporation de la grotte au domaine public de l'Etat suite au retrait de la commune. Il a obtenu gain de cause devant les juridictions administratives après avoir invoqué la contrariété de ces dispositions du Code du patrimoine à l'article 1er du premier Protocole additionnel de la CESDH tel qu'interprété par la jurisprudence de la CEDH (CE, 24 avril 2012, Ministre de la culture et de la communication c. / M. Mathé-Dumaine).

Le droit de pêche (dans les cours d'eau non domaniaux) et le droit de chasse sont des prérogatives qui dérivent du droit de propriété. Le propriétaire peut avoir recours à des gardes particuliers assermentés pour protéger ses intérêts (cf. 2.2.1.1.2.).

L'**usufruit** est un autre droit réel principal, qui réunit l'*usus* et le *fructus* sur la même personne, mais non l'*abusus* (430). Le droit de propriété est alors scindé en deux composantes : l'usufruit et la **nue-propriété**. Le nu-propriétaire n'a pas l'*abusus*, qui viendrait à l'encontre de l'*usus* de l'usufruitier, mais un droit de regard sur la conservation de la substance de la chose : l'usufruitier ne peut aliéner le bien sans le consentement du nu-propriétaire, et il ne peut pas non plus en faire un usage aberrant. L'usufruit est soit d'origine légale (431), soit d'origine conventionnelle.

Le Code Civil considère aussi comme un diminutif du droit de propriété le **droit d'usage** et le **droit d'habitation**, qui s'établissent et prennent fin de la même manière que l'usufruit (432). Ce droit d'usage, qui porte sur un bien, ne doit pas être confondu avec le droit d'usage sur les choses communes, bien qu'il ne puisse être ni cédé ni loué.

A ! En tant que composante de ce que la doctrine appelle « droit de riveraineté » (pour les propriétaires riverains d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau non domanial), le droit d'usage de l'eau (qui relève du droit d'usage sur une res communis et qui n'est pas un diminutif de l'usufruit) est considéré par la Cour de Cassation comme un droit réel sui generis. Il est souvent appelé « droit d'eau ».

428 CG3P, articles L 5121-1 (Martinique, Guadeloupe, Guyane, Réunion), L 5211-1 (Saint-Pierre & Miquelon), L 5331-8 (Mayotte).

429 Cette grotte, située dans le département de l'Ardèche et dénommée d'après un de ses découvreurs, constitua une découverte majeure de l'archéologie préhistorique et donna lieu à un contentieux long et complexe devant les juridictions judiciaires entre l'Etat et les propriétaires du sol en surface dont les parcelles avaient été expropriées afin de mettre en oeuvre de façon simple l'article 552 du Code Civil.

430 C. Civ., articles 578 à 624.

431 En particulier l'usufruit légal du conjoint survivant de l'article 767 du Code Civil.

432 C. Civ., articles 625 à 636.

L'**emphytéose**, ou **bail emphytéotique**, est rangé dans les droits réels principaux, alors que le contrat de bail ne confère en principe que des droits personnels pour le preneur ; l'emphytéote peut donc utiliser ce droit de « quasi-propriété » pour avoir un meilleur accès au crédit bancaire que le simple preneur à bail. Il s'agit d'un bail de faveur pour le preneur, impliquant le paiement d'une redevance modique appelée « canon », et à long terme (durée comprise entre 18 et 99 ans) (433); il peut être consenti par les collectivités territoriales et leurs groupements (434), et par l'Etat uniquement pour les besoins immobiliers des services publics de la justice ainsi que de la police et de la gendarmerie nationales (435). En revanche, l'Etat et les collectivités territoriales peuvent consentir à l'établissement de **droits réels spécifiques** sur les ouvrages et installations implantés sur leur domaine public artificiel au bénéfice du titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT) de ce domaine (436).

L'**indivision** n'est pas un droit réel spécifique, mais l'exercice du droit de propriété sur le même bien par plusieurs co-indivisaires. Le législateur tend à considérer cette situation comme indésirable :

- l'article 815 du Code Civil pose le principe que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision », sauf convention ou jugement contraire : demandé par un seul co-indivisaire, le partage est alors de droit, éventuellement par **licitation** (437) ;
- parmi les « conventions contraires », les formules de la société civile, du GFA, du GFR et du Groupement forestier (438) peuvent être utilisées pour gérer une indivision sans démembrement d'un fonds agricole ou forestier ;
- lorsque l'Etat est co-indivisaire de parcelles forestières, l'application du régime forestier (gestion par l'ONF) à ces parcelles est de droit, ce qui n'implique pas que l'ONF revendique systématiquement cette application (439).

Cependant, l'indivision est recherchée et organisée en matière de gestion de l'épargne des ménages et des entreprises par les prestataires de services d'investissement : les **fonds communs de placement**, dont il existe plusieurs types, ainsi que les **fonds communs de créances** (440), sont des indivisions portant sur un portefeuille d'instruments financiers. Par ailleurs, la propriété publique peut être concernée : dans certaines régions, il existe des biens indivis entre plusieurs communes, dont la gestion fait l'objet de dispositions spécifiques (441).

On range parmi les droits réels principaux les **servitudes** : « une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », sans que cela établisse une prééminence d'un fonds sur un autre ; le fonds qui doit la servitude est appelé **fonds servant**, celui qui en bénéficie est le **fonds dominant** (442). Elles sont soit d'origine légale, soit d'origine conventionnelle, c'est-à-dire établies par accord

433 CRPM, articles L 451-1 à L 451-13.

434 CGCT, articles L 1311-2 à L 1311-6, L 2122-20.

435 CG3P, articles L 2122-5, R 2122-28 à 2122-33.

436 CG3P, articles L 2122-5 à L 2122-19, R 2122-9 à R 2122-27.

437 La licitation est la vente aux enchères du bien indivis, les co-indivisaires ne parvenant pas à s'entendre sur un partage, ou celui-ci étant techniquement impossible ; ils se partagent alors le produit de la vente.

438 CF, articles L 331-8 à L 331-5, R 331-4 à R 331-36 (Groupements forestiers). Pour les GFA et GFR, les dispositions des articles 815, 815-1 et 1873-1à 1873-18 du Code Civil sont applicables (caractère contractuel de la création d'une société).

439 CF, article L 211-1, alinéa 2, L 215-1 à L 215-3..

440 CMF, articles L 214-20 à L 214-32, L 214-36 à L 214-42, R 214-1 à R 214-19, D 214-21 à R 214-56, R 214-59 à D 214-91 (fonds communs de placement) ; L 214-43 à L 214-49, R 214-92 à R 214-115 (fonds communs de créances).

441 CGCT, articles L 5222-1 à L 5222-6.

442 C. Civ., articles 637 et 638.

entre propriétaires voisins ; selon l'article 686 du Code Civil, les servitudes conventionnelles ne peuvent en principe imposer des services à la personne de l'autre propriétaire. On distingue les **servitudes de Droit privé** des **servitudes d'utilité publique** ; celles-ci sont toujours d'origine légale, et ne peuvent avoir d'origine conventionnelle ni même réglementaire (443).

Les principales servitudes légales de Droit Privé sont :

- dans le Code Civil, la servitude de passage en cas d'enclave (444), la servitude d'écoulement, qui prend en considération le ruissellement des eaux naturelles sur une pente (445), la servitude d'égout des toits (446), les servitudes de jours et vues entre fonds voisins (447) ;
- dans le CRPM, plusieurs types de servitudes sont prévues au profit de « tout propriétaire » (donc éventuellement un propriétaire public) : « servitudes d'aqueduc » (pour l'approvisionnement en eau potable), « d'appui » (sur la rive opposée d'un cours d'eau non domanial) et « d'écoulement » (pour le drainage) (448) .

Les **servitudes d'utilité publique** concernant le territoire rural sont rassemblées dans le tableau de l'Annexe 7, et réparties en trois catégories d'un point de vue pratique : la circulation des personnes et éventuellement d'engins mécaniques, la circulation de l'eau et le couvert végétal agricole et forestier. Sur ce dernier point, il convient de noter que les « bandes tampons » le long des cours d'eau instituées par le règlement (CE) n° 73/2009 sur la conditionnalité des aides de la PAC ne doivent pas être considérées comme des servitudes, car elles sont une des conditions de l'octroi d'aides publiques communautaires (449), et ne sont donc pas « obligatoires » en théorie ; cependant, si l'on raisonne de façon instantanée et d'un point de vue pratique, ces contraintes ont les apparences et la réalité d'une servitude, puisque la contrainte porte sur le sol et non sur la personne qui l'exploite. Par ailleurs, le nouvel article L 211-14 du Code de l'Environnement résultant de la loi « Grenelle II » de 2010 a instauré une véritable servitude d'implantation ou de maintien d'un « couvert végétal permanent » grevant les terrains non bâtis en général (agricoles ou non), « en cohérence avec » les bandes tampons précédentes, le long des cours d'eau définis par l'autorité administrative

Les servitudes d'utilité publique reproduisent rarement le modèle privatiste du fonds servant et du fonds dominant : tel est le cas de celles qui visent à protéger ou à valoriser le domaine public fluvial ou maritime, ou encore le domaine public routier (problèmes de visibilité)).

443 L'article 55-II de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels a « légalisé » la servitude de libre passage sur les berges des cours d'eau non navigables ni flottables imprudemment instituée par un décret n° 59-96 du 7 janvier 1959, texte déclaré entaché d'illégalité (par voie d'exception) par le Conseil d'Etat (CE, 22 mai 1996, Ministre de l'Environnement c./ Mme Perreaut) ; ce décret a été abrogé et remplacé par le décret n° 2005-115 du 7 février 2005 (C. Env., article R 214-98), qui a comme fondement législatif l'article L 211-7-IV du Code de l'Environnement. Une servitude d'utilité publique ne peut être créée par décret, une loi est nécessaire, en application de l'article 34 de la Constitution (atteinte au droit de propriété).

444 C. Civ., articles 682 à 685-1.

445 C. Civ., article 640.

446 C. Civ., article 681.

447 C. Civ., articles 675 à 680.

448 CRPM, articles L 152-14 à L 152-23, R 152-26 à R 152-28. La servitude d'écoulement de l'article L 152-20 concerne le drainage agricole, et n'a rien à voir avec la servitude pareillement dénommée par l'article 640 du Code Civil.

449 Règlement (CE) n° 73/2009, précité, article 149 et annexe III. CRPM, article D 615-46 ; articles 1er à 3 de l'arrêté ministériel du 13 juillet 2010 modifié. Ces bandes tampon se confondent avec les « bandes enherbées » le long des mêmes cours d'eau dans les zones vulnérables à la pollution nitrée (C. Env., art. R 211-83-II ; article 4 (points 2.7 et 4.2 de l'annexe) de l'arrêté interministériel du 6 mars 2001 modifié ; arrêté préfectoral).

Dans la plupart des cas, le fonds dominant (domaine public dans les cas précédents) est remplacé par un concept à caractère immatériel : l'intérêt général (cf. 2.2.4.1.) ; tel est le cas :

- des **servitudes d'urbanisme**, qui grèvent le sol nu ou les immeubles bâtis ;
- des **servitudes environnementales**, notamment celles qui limitent le droit de propriété dans les espaces naturels protégés, ou qui résultent des plans de prévention des risques naturels (450) et des plans de prévention des risques technologiques (451).

Enfin, les terrains et immeubles bâtis appartenant à des propriétaires regroupés en **associations syndicales** (ou en **associations foncières**) sont grevés de servitudes (452) : le changement de propriétaire suite à une succession, une donation ou une vente n'a pas pour effet de supprimer les contraintes créées par les statuts de l'association syndicale.

Les **droits réels accessoires** sont les **sûretés réelles** : comme dans le cas des servitudes conventionnelles, ce sont des contrats qui se définissent en négatif par rapport à la propriété d'un bien qu'elles « grèvent », et permettent d'apporter davantage de garanties au créancier d'une obligation. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a considérablement modernisé le Code Civil en matière de sûretés réelles et personnelles ; dans les deux cas, ce sont souvent des instruments de crédit sur le plan financier, les banques subordonnant souvent à leur constitution l'octroi d'un prêt :

- l'**hypothèque**, qui porte sur un ou plusieurs biens immobiliers (453), voire sur des droits réels à caractère immobilier (emphytéose, droits réels sur le domaine public artificiel de l'Etat) ;
- le **gage**, qui porte sur des biens mobiliers corporels (454) ; les articles 2092 à 2093 du Code Civil organisent le **droit de gage général du créancier** sur les biens de son débiteur ;
- le **nantissement**, qui porte sur des biens mobiliers incorporels (nantissement de créances), ou sur une universalité de droit comme le **fonds de commerce**, pour les personnes physiques et morales ayant la qualité de commerçant, ou encore sur certains éléments du fonds de commerce (455) ; la réforme de 2006 a étendu cette dénomination au « gage sans dépossession », concernant les biens mobiliers corporels ;
- l'**antichrèse**, qui porte sur les fruits (revenus locatifs) d'un bien immobilier (456) ;
- le **privilège**, qui est mobilier ou immobilier, général ou spécial (457) ;
- le **droit de rétention**, qui permet au créancier détenant un bien mobilier du débiteur et devant normalement le restituer après paiement de retenir le bien en sa possession jusqu'à paiement effectif (458).

450 C. Env., articles L 562-1 à L 562-8, R 562-1 à R 562-12.

451 C. Env., articles L 515-15 à L 515-25, R 515-39 à R 515-51.

452 Article 3 de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 modifiée relative aux associations syndicales de propriétaires.

453 C. Civ., articles 2114 à 2203.

454 C. Civ., articles 2333 à 2350 ; 2 décrets n° 2006-1803 (gage des stocks) et n° 2006-1804 (publicité du gage sans dépossession) du 23 décembre 2006. Le prêt sur gage d'un objet mobilier est une prérogative traditionnelle des Caisses de crédit municipal, surnommées dans le passé « mont-de-piété », « le clou » (pour accrocher les objets), ou « ma tante » (supposée à l'origine du prêt, vis-à-vis des relations avec autrui).

455 C. Com., articles L 142-1 à L 143-23, R 143-1 à R 143-23 (fonds de commerce) ; L 525-1 à L 525-16, R 525-1 à R 525-8 (outillage et matériel d'équipement).

456 C. Civ., articles 2387 à 2392 ; ce sont les fruits industriels du bien immobilier (loyers) qui servent de garantie au créancier antichrésiste, et non le bien lui-même, comme dans le cas de l'hypothèque. L'article 2390 consacre sur le plan législatif une pratique juridique notariale entérinée par la Cour de Cassation : l'antichrèse-bail

457 C. Civ., articles 2330 à 2332-3 (privilèges mobiliers), 2374 à 2386 (privilèges immobiliers),

458 Tel est notamment le cas pour tout réparateur, garagiste, etc...

D'une manière générale, le gage implique la dépossession du débiteur propriétaire du ou des biens mobiliers, au profit du créancier gagiste ; la réforme récente des sûretés réelles généralise le gage sans dépossession, qui continue toutefois à être appelé **warrant** dans certains contextes professionnels : agriculture (459), hôtellerie et industrie pétrolière (460). Par ailleurs, la réforme de 2006 a entériné la jurisprudence de la Cour de cassation sur les « clauses de réserve de propriété » dans les contrats commerciaux (notamment dans les relations industrie-distribution) : malgré le transfert du bien mobilier en la possession de l'acheteur, le vendeur en reste propriétaire jusqu'au paiement complet. Ce sont dorénavant les articles 2367 à 2372 du Code Civil qui régissent la « **propriété retenue à titre de garantie** » (nouvelle dénomination de ces clauses).

Par opposition aux sûretés réelles, les **sûretés personnelles** sont le **cautionnement**, la **garantie autonome** et la **lettre d'intention** (461).

A noter que les sûretés réelles ou personnelles doivent être mentionnées à l'annexe du bilan dans le Plan comptable général, puisqu'elles ne peuvent donner lieu à des écritures comptables. L'examen de la situation réelle d'une entreprise implique de ne pas omettre de prendre cette annexe en considération.

459 CRPM, articles L 342-1 à L 342-17.

460 C. Com., articles L 523-1 à L 523-15, R 523-1 (warrant hôtelier) ; articles L 524-1 à L 524-21, R 524-1 (warrant pétrolier).

461 C. Civ., articles 2288 à 2322. La garantie autonome se distingue du cautionnement en ce que le garant doit payer une somme prédéterminée au regard de l'obligation du débiteur principal, et non la dette de celui-ci. La lettre d'intention consiste en un « engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

1.6. LA CLASSIFICATION DES CHOSES ET DES ANIMAUX

Le pouvoir des personnes porte sur les **choses**, qui, sans être définies formellement, ont une existence matérielle, constatable et souvent mesurable (surface, poids, caractéristiques qualitatives...). Les choses ont vocation à faire l'objet d'un **droit de propriété** ou de droits voisins au profit de personnes privées ou publiques, mais cela dépend de la catégorie dont elles font partie.

1.6.1. LA CLASSIFICATION FONDAMENTALE HÉRITÉE DU DROIT ROMAIN

1.6.1.1. Les trois catégories de choses

On distingue trois catégories fondamentales de choses :

- la **chose commune** (*res communis*) : elle ne peut faire l'objet d'une appropriation, mais d'une simple jouissance, appelée droit d'usage ; il s'agit de l'air et des eaux courantes (462) et marines ; l'article 714 du Code Civil dispose que « des lois de police règlent la manière d'en jouir », ce qui renvoie essentiellement aujourd'hui aux mécanismes du Droit de l'Environnement tendant à prévenir les pollutions de l'air et des eaux ;
- la **chose sans maître** (*res nullius*) : à la différence des choses communes, elles peuvent faire l'objet d'une appropriation par « occupation » (463), alors qu'elles n'appartiennent à personne au départ : la faune sauvage (gibier, poissons, etc...) relève de cette catégorie, mais l'article 715 du Code Civil précise que « la faculté de chasser et de pêcher est régie par des lois particulières » (Code de l'Environnement, Livre IV, Titres II & III) ; se range aussi dans cette catégorie la *res derelicta*, qui est une chose appropriée que son propriétaire abandonne de façon unilatérale et irrévocable (464) ;
- la **chose appropriée** (*res propria*), ou **bien** : elle fait l'objet d'un droit de propriété (privée ou publique), et sa jouissance peut faire l'objet d'un contrat de bail ou de location ; les eaux souterraines, les « eaux pluviales » (465) et les « eaux jaillissantes » (466) recueillies sur un terrain sont appropriées, à la différence des eaux courantes ; le sol et ce qui s'y incorpore naturellement (croissance des végétaux de toute catégorie) et artificiellement (immeubles bâtis, équipements divers artificialisant le sol) sont toujours des biens.

L'article 717 du Code Civil renvoie à des « lois particulières » le soin de préciser les droits des personnes sur les « effets jetés à la mer, les objets que la mer rejette, (...), les plantes et

462 Cette notion renvoie à la notion de cours d'eau, qui n'est pas définie par la loi, mais par la jurisprudence et la doctrine (cf. la circulaire du 3 mars 2005 mentionnée ci-dessus 1.2.2.1.).

463 Terme employé dans un sens différent du sens usuel : l'acte de chasse ou de pêche aboutit à « occuper » le gibier ou le poisson, ce qui est évidemment une manière de parler...

464 Concrètement, il s'agit de ce que l'on « met à la poubelle », manifestant par là une volonté de renoncer au droit de propriété et de laisser éventuellement quelqu'un le « récupérer ». Mais les épaves en tout genre n'appartiennent pas à cette catégorie : elles ont toujours un propriétaire qui en est présumé responsable au titre de l'article 1384 du Code Civil.

465 A partir du moment où elles sont recueillies dans une citerne, un impluvium, des récipients quelconques.

466 On entend par là non seulement les sources, mais aussi les puits et les forages. L'article 642 du Code Civil limite cependant la propriété exclusive sur les eaux d'une source, dans une perspective sociale. Il en résulte que l'eau stockée par un agriculteur dans un lac collinaire est probablement *res propria*, qu'il soit alimenté par un forage ou par un prélèvement régulier dans les eaux superficielles, et indépendamment du caractère régulier ou non de ces différents types de prélèvements ; cette eau serait en revanche *res communis* si le lac collinaire était approvisionné par un cours d'eau traversant le fonds dont l'agriculteur est propriétaire ou exploitant (fermier ou métayer).

herbages qui croissent sur les rivages de la mer ». La récolte des **végétaux marins** est une activité assimilée à la **pêche maritime** (467), ce qui explique que le préfet de région ait une compétence générale pour délivrer les autorisations administratives de prélèvements d'algues marines, qu'elles soient flottantes ou attachées au rivage ou au fond marin, au même titre que les autorisations de pêche. Or les algues sont tantôt *res propriae* si elles sont attachées au rivage ou au fond marin, auquel cas elles se rattachent alors au domaine public maritime (cf. 2.2.4.1.4.) - ce qui rendrait normalement le préfet de département compétent pour attribuer ces autorisations - tantôt *res nullius* si elles sont flottantes ; le législateur a entendu ici unifier le régime de surveillance des prélèvements dans le milieu marin en attribuant un bloc de compétences au seul préfet de région.

La LEMA du 30 décembre 2006 a innové en élargissant le champ d'application de la *res nullius* à « tout bateau, navire, engin flottant ou établissement flottant abandonné sur le domaine public fluvial » (468) ; si aucune personne ne se manifeste pendant 6 mois après mise en demeure, l'autorité administrative compétente (VNF en général) peut en disposer pour l'éliminer.

Cette application inégale du mécanisme de l'appropriation à une réalité unique (la « nature », les « écosystèmes », les eaux...) pose de sérieux problèmes dans le domaine du vivant, en particulier en Droit de l'Environnement : il est nécessaire qu'une législation et une réglementation fortes se développent pour réguler l'usage des choses communes et sans maître. Les personnes physiques ou morales ont en effet un patrimoine qui ne porte que sur les biens, et certains économistes préconisent, de façon peu crédible, d'étendre la sphère de la chose appropriée à l'ensemble des choses à caractère environnemental (469), le discours inverse étant tout aussi recevable *a priori* : il y aurait de grands avantages à supprimer la propriété privée et publique du sol, par exemple. Il est intellectuellement malhonnête d'affirmer que « les réglementations (environnementales) sont inefficaces » alors qu'elles sont très inégalement appliquées en pratique. A la différence des économistes, les juristes s'interdisent ce type de spéculation, pour se concentrer sur le système juridique tel qu'il est (positivisme juridique)...

1.6.1.2. La tentative de dépassement : l'émergence du « patrimoine commun »

Le Droit moderne s'efforce de résoudre ce problème en mettant en avant le concept de **patrimoine commun**, qui rassemble ces catégories hétérogènes et appelle logiquement des interventions publiques et l'élaboration d'instruments de planification pour compenser l'absence des effets habituels du droit de propriété :

- l'article L 110-1 du Code de l'Environnement pose que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et les paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine

467 CRPM, articles L 911-1 & L 921-1. Décret n° 90-719 du 9 août 1990 fixant les conditions de pêche, de récolte et de ramassage des végétaux marins (destiné à être codifié en R 921-X).

468 CG3P, article L 1127-3.

469 Ouvrage collectif fondateur (sous la direction de Max FALQUE & Michel MASSENET) : Droits de propriété et environnement, Dalloz, 1997. Ont suivi, dans la même collection « Thèmes et commentaires », un ouvrage collectif sur l'eau (2000), les ressources marines (2002) et sur le littoral (2003). En dehors des contributions de certains économistes américains et européens qui suscitent un scepticisme profond quant à leur connaissance réelle des problèmes environnementaux ou qui sont franchement risibles, on trouve dans ces ouvrages des contributions scientifiques et juridiques de très bon aloi.

commun de la nation » : d'autres articles du même code déclinent ce principe dans divers champs législatifs (470) ;

- l'article L 110 du Code de l'Urbanisme (cf. 2.2.1.4.3.) dispose que le « territoire français est le patrimoine commun de la nation », mais il ajoute que ce sont les collectivités publiques qui en sont le gestionnaire ou le garant ; on ignore en quoi et comment la propriété privée, qui est le principal occupant du territoire, est partie prenante de ce patrimoine commun.

Dans le contexte français, et en dehors des cas où il est fait allusion au patrimoine d'une personne au sens civiliste du terme, on entend le plus souvent par « patrimoine » le patrimoine historique et culturel, qui relève aussi du « patrimoine commun ». Le Code du Patrimoine définit en son article L 1 le **patrimoine** au sens de ce code comme « l'ensemble des biens, immobiliers et mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique » ; de même, l'article L 510-1 du même code définit les « éléments du patrimoine archéologique ». Le classement d'un bien immobilier comme « monument historique » ou l'inscription sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques constitue le principal mécanisme applicable (471), mais le « petit patrimoine » (472), pour lequel un tel classement ou une telle inscription constitue une procédure inadaptée, peut être protégée par une « Fondation du patrimoine » instituée en 1996 et reconnue d'utilité publique (473). Il convient de noter que les paysages ruraux, mélanges complexes d'éléments naturels et culturels, font aussi partie du patrimoine (474).

La loi d'orientation agricole de 2006 a innové et suscité une certaine perplexité en proclamant le foie gras « partie du patrimoine culturel et gastronomique protégé en France » (475), dans le contexte d'une contestation de la légitimité même du produit au regard du bien-être animal en Europe et au niveau international (Etats-Unis, notamment).

La catégorie de la chose sans maître apparaît comme dépassée, en particulier dans le domaine biologique animal : la nécessité de raisonner en termes de populations incite à concevoir celles-ci comme des choses communes, et non pas de concevoir le spécimen d'une population donnée comme une chose sans maître. Comme on a pu le faire remarquer dès 1973 :

« Le poisson est comme le gibier une *res nullius*, c'est-à-dire un bien sans maître. N'étant à personne, il peut être capturé par tout le monde et il est protégé par tous les autres. Un tel principe est en totale contradiction avec la plus élémentaire politique de protection de la nature. La *res nullius* est une conception qui convenait parfaitement à l'époque romaine, où gibier et poisson pouvaient être assimilés à des produits de cueillette » (476).

470 C. Env., article L 210-1 : « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation (...) » ; article L 219-1 : « le milieu marin fait partie du patrimoine commun de la Nation (...) » ; article L 411-1 : interdiction de destruction d'espèces végétales et animales sauvages justifiée par « la préservation du patrimoine biologique » ; article L 420-1 : « la gestion durable du patrimoine faunique et de ses habitats est d'intérêt général » ; article L 430-1 : « la préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général ».

471 C. Pat., articles L 621-1 à L 624-7.

472 Très présent en milieu rural, le « petit patrimoine » comprend des petits édifices religieux (calvaires, oratoires, chapelles...), des lavoirs, les constructions traditionnelles des bergers et artisans, etc...

473 C. Pat., articles L 143-1 à L 143-14 (mode pilote) ; C. Env., articles L 300-3 & R 300-3 (mode suiveur).

474 La « loi paysages » n° 93-24 du 8 janvier 1993 a adjoint l'adjectif « paysager » à l'expression « zone de protection du patrimoine architectural et urbain » créées en 1983 (« ZPPAUP »). La loi « Grenelle 2 » de 2010 remplace les ZPPAUP par des « aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine » (AVAP) dans un délai expirant le 15 juillet 2015 (C. Pat., articles L 642-1 à L 642-10, D 642-1 à R 642-29, mode pilote ; C. Env., articles L 350-2 & R 350-16, mode suiveur).

475 CRPM, article L 654-27-1.

476 Jehan de MALAFOSSSE : Le droit à la nature : aménagement et protection – Montchrestien, 1973, p. 186.

Ainsi, la régulation drastique de l'exercice de la pêche maritime par les règlements de la PCP rend obsolète la caractérisation du poisson comme *res nullius* :

« On ne saurait (...) continuer à parler de *res nullius* alors que l'activité de pêche maritime s'organise désormais dans le cadre d'un quasi-usufruit à caractère temporaire et renouvelable constitué par l'effet de la loi, lequel n'est nullement incompatible avec la reconnaissance éventuelle de la cessibilité des droits de pêche. Faut-il parler alors de *res collectivis* dans la mesure où les ressources halieutiques sont désormais patrimoine commun de la nation ou de *res professionalis* dans la mesure où l'exploitation des ressources halieutiques est ainsi réservée à un groupe de pêcheurs professionnels sous le contrôle de la collectivité ? Les ressources halieutiques tout comme les droits de pêche ne rentrent pas dans les catégories traditionnelles du droit des biens mais relèvent de catégories nouvelles à forger » (477).

L'approche scientifique actuelle qui tend à raisonner en termes de dynamique des populations pour optimiser la gestion conservatoire d'une population animale donnée sur un territoire donné inciterait à considérer cette population elle-même comme *res communis*, les spécimens prélevés pouvant alors continuer à être considéré comme *res nullius*. Cependant, prétendre substituer la *res communis* à la *res nullius* est intellectuellement séduisant, mais dépourvu de portée pratique : il n'y aurait aucun texte à modifier, et on ne peut museler ni la jurisprudence ni la doctrine qui mentionneraient la seconde. Et l'observation doctrinale grinçante selon laquelle une chose peut être capturée ou consommée par tout le monde et protégée par tous les autres est transposable à la *res communis*.

1.6.2. LES CLASSIFICATIONS OPERATIONNELLES

L'intérêt pratique de ces deux classifications est limitée à la portée de l'obligation de « donner » la chose, quand celle-ci existe du fait de la loi ou d'un acte juridique, ou pour l'application de l'usufruit.

1.6.2.1. Choses fongibles et non fongibles

La fongibilité est la capacité d'une chose à pouvoir être remplacée par une chose équivalente en termes d'usage et de valeur monétaire : l'argent et tous biens mobiliers à l'état neuf et produits en série sont des choses fongibles ; les biens immobiliers peuvent plus difficilement avoir un caractère fongible (tel serait le cas de constructions en « kit », par exemple). L'obligation de restitution ou de livraison portant sur une chose non fongible (aussi appelée « corps certain ») qui a disparu ne peut être exécutée, à charge pour le débiteur de l'obligation d'en réparer éventuellement le préjudice.

EX : Un « tableau de maître » est une chose non fongible (il est unique en son genre), sa reproduction est une chose fongible.

1.5.2.2. Choses consommables et non consommables

Les choses consommables sont celles qui disparaissent dans un processus de consommation ou de transformation : argent, aliments destinés à l'homme ou à l'animal, médicaments, additifs et auxiliaires technologiques dans l'industrie alimentaire... Une fois consommées, elles ne peuvent faire l'objet d'une restitution en nature, à la différence des choses non consommables.

477 Gwenaële PROUTIERE-MAULION : De la nature juridique des droits de pêche et de leur influence sur le concept traditionnel de *res nullius* – Revue de Droit Rural n° 277, novembre 1999.

Les choses consommables sont le plus souvent fongibles, mais ce n'est pas toujours le cas : ainsi le vin est-il une chose consommable, et la bouteille de vin fongible en ce sens qu'elle appartient à une catégorie de produits identiques, mais cela ne vaudrait pas pour une bouteille de « grand vin » produite il y a longtemps et unique en son genre, au point de faire l'objet d'une vente aux enchères publiques comme d'autres produits rares ou uniques en leur genre (choses non fongibles).

1.6.3. LES BIENS

1.6.3.1. La distinction entre biens mobiliers et immobiliers

L'article 516 du Code Civil dispose que « tous les biens sont meubles ou immeubles ». Les **immeubles par nature** sont le sol et les immeubles bâtis (478); mais il existe aussi des **immeubles par destination**, en particulier des biens qui sont techniquement des meubles, mais qui sont considérés comme amalgamés à un tout qui a un caractère immobilier. Tel est le cas d'une exploitation agricole traditionnelle (479), où les animaux et les machines forment un tout cohérent avec les terres et les constructions : il résulte des articles 522 et 524 du Code Civil que des animaux, des « pailles et engrais » et des machines agricoles peuvent avoir un statut immobilier, et le lapin de garenne serait une sorte d'« animal sauvage domestique », distinct tant du lapin domestique que du lapin sauvage (480)... Mais, le plus souvent, l'animal domestique est un bien mobilier : en tant que « corps » susceptible de se mouvoir, l'article 528 du Code Civil le range expressément dans la catégorie des biens mobiliers.

Cette distinction a une portée non négligeable :

- les actes juridiques translatifs de biens immobiliers doivent être passés « en la forme authentique », c'est-à-dire devant notaire ;
- en termes de preuves, la preuve de la propriété immobilière est apportée en principe par les mentions du **fichier immobilier**, tenu par le « conservateur des hypothèques », et auquel les notaires se réfèrent constamment ; le **cadastre**, document fiscal servant à établir l'assiette des taxes foncières, doit en principe s'aligner sur ce fichier (nécessairement avec un temps de retard), mais ne constitue pas une preuve de la propriété (481) ;

478 Dans son langage archaïque, le Code Civil utilise les termes « fonds » (qui a donné l'adjectif « foncier ») et « héritage » pour désigner les biens immobiliers en général, qu'il s'agisse de terrains nus ou de constructions diverses. On n'emploie pas en droit le terme « propriété » pour désigner un fonds, comme dans le langage usuel.

479 Ne pas oublier que le Code Civil a été rédigé à la fin du XVIII^{ème} siècle et mis en œuvre au début du XIX^{ème} siècle : il reflète donc un système agraire traditionnel, proche de l'autosuffisance, et où les animaux sont omniprésents et multifonctionnels (traction, travail du sol, apport de fumure, fourniture de produits laitiers et carnés...). On retrouve cette vision dans l'article L 411-27, alinéa 1^{er}, du CRPM : le bailleur peut obtenir la résiliation du bail rural aux torts du preneur si celui-ci « ne garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation », entre autres motifs ; une interprétation littérale de ce texte aboutirait à faire résilier le bail de chaque fermier qui ne pratique que des productions végétales, ce que s'abstiennent sagement de faire les juges du fond : ils privilégient l'interprétation téléologique pour adapter cette disposition archaïque aux systèmes de production spécialisés de l'agriculture moderne.

480 Edouard SABLIERE : Le lapin de garenne saisi par le droit ; AJDA n°30/2006, pp. 1642-1649. L'auteur est conseiller juridique à la CRE, après avoir été directeur juridique d'EDF.

481 Il s'agit d'une présomption réfragable (cf. Annexe 4), ce qu'exprime d'une autre manière l'article 110-I de la loi n° 2009-526, précitée : « en matière de découpage parcellaire et de représentation du bâti, le plan cadastral constitue la donnée de référence ».

- en termes de voies d'exécution, la saisie mobilière est plus aisée à effectuer que la saisie immobilière, qui est une procédure particulière de vente aux enchères publiques ;
- en termes de prestige ou de statut social, on considèrerait au XIX^{ème} siècle que la propriété immobilière était supérieure à la propriété mobilière (482) ; aujourd'hui, ce serait plutôt le contraire, les biens mobiliers les plus prestigieux étant l'argent (judicieusement placé, de préférence) et les « *stock options* » des dirigeants et cadres supérieurs d'entreprise.

Les droits patrimoniaux (cf. 1.5.3.2.) et actions en justice ayant pour but l'exercice de ces droits sont assimilés aux biens et ont donc aussi un caractère soit mobilier, soit immobilier : on peut donc en hériter au même titre que les biens, ou les transmettre par voie contractuelle.

1.6.3.2. La question du statut juridique des animaux

La vision moderne des choses et la montée des préoccupations éthiques vis-à-vis du vivant en général et du monde animal en particulier ne pouvaient admettre qu'un animal fût un simple bien mobilier dans tous les cas, surtout à partir du moment où apparaissent de « nouveaux animaux de compagnie » d'origine exotique et transplantés dans un milieu encore plus éloigné des conditions biologiques originelles que celles qui peuvent être attribuées aux chiens et aux chats. L'article L 214-1 du CRPM, issu de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, pose la règle selon laquelle l'animal (d'origine sauvage) doit « être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce », parce que c'est un « être sensible » : d'où une réglementation stricte applicable aux parcs zoologiques, aux cirques, mais aussi aux élevages portant sur des espèces non domestiques, qu'ils soient professionnels ou d'agrément (483)... La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux errants et à la protection des animaux (connue sous le nom de « loi anti-pitbull ») renforce la protection animale tout en accroissant les pouvoirs des maires et des préfets face aux abus en matière de détention de chiens susceptibles d'être dangereux, le champ d'application de cette loi étant plus large : l'animal dangereux, errant ou en captivité, peut appartenir à une espèce exotique aussi bien qu'à une espèce domestique ou non domestique dont l'élevage est autorisé (484).

Mais il n'en demeure pas moins que l'animal approprié reste une chose, et n'est pas une personne : c'est en quelque sorte une « chose à statut spécial », et il importe peu à cet égard qu'il appartienne à une espèce domestique ou non. Une évolution législative est envisagée pour mettre fin à cette situation peu acceptable du point de vue intellectuel ou éthique. Il en résulte que le « bien-être animal », système de protection de l'animal en tant qu'être sensible, est devenu une contrainte omniprésente, y compris pour les « animaux de rente » (485), pour lesquels des directives communautaires ont été adoptées et sont transposées sous forme réglementaire et sur le fondement de l'article L 214-3 du CRPM en Droit interne. Alors qu'il était absent du TCE, le bien-être animal a été inséré dans le TFUE :

482 Ce qu'exprime l'adage doctrinal « *Res mobilis, res vilis* ».

483 Notamment 2 arrêtés du 10 août 2004 modifiés fixant les règles générales de fonctionnement des installations d'élevage d'agrément d'animaux d'espèces non domestiques, et fixant les conditions d'autorisation de détention d'animaux de certaines espèces non domestiques ; circulaire du 17 mai 2005 relative aux règles précisant la détention d'animaux d'espèces non domestiques (BOMEDD n° 17/2005), commentant ces 2 arrêtés.

484 Arrêté ministériel du 30 mars 1999 fixant les liste des espèces animales non domestiques prévue à l'article R 413-6 du Code de l'Environnement (cf. note suivante pour les fondements législatifs).

485 C'est sous cette dénomination que le CRPM mentionne les animaux d'élevage. L'élevage d'animaux appartenant à des espèces non domestiques relève des articles L 413-1 à L 413-5, R 413-1 à R 413-51 du Code de l'Environnement.

(TFUE, art. 13) : « Lorsqu'ils formulent et mettent en oeuvre la politique communautaire dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur et de la recherche et du développement technologique et de l'espace, l'Union et les Etats membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'être sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux ». Les abattages rituels « halal » et « kasher », les corridas et combats de coqs ainsi que le gavage des palmipèdes ne sont donc pas remis en cause par cette disposition.

Le Droit de l'Environnement a créé ou repris de la législation plus ancienne plusieurs catégories d'animaux à caractère réglementaire pour les espèces non domestiques :

- en vue de leur protection : espèces animales protégées, dont le prélèvement est en principe interdit, sauf dérogation, et l'élevage réglementé et limité à certaines espèces (486) ;
- en vue de leur destruction : espèces animales chassables et nuisible, dont la prélèvement est réglementé (487).

Dans tous les cas, ces animaux sont *res nullius*, mais ils peuvent devenir *res propria* suite au prélèvement, cette question étant totalement indépendante du respect ou non de la réglementation.

1.6.3.3. La question bioéthique de l'embryon humain

Le développement des techniques de procréation médicalement assistée a abouti à la constitution de stocks d'embryons humains conservés *in vitro* et ne faisant pas l'objet d'un « projet parental ». La question de leur statut a été posée et ne trouve pas de solution claire et satisfaisante pour tout le monde, d'autant plus que l'utilisation de leurs cellules totipotentes peut présenter un intérêt pour la recherche thérapeutique : soit il s'agit de personnes, et il n'est pas question de les instrumentaliser, soit il s'agit de choses, et on peut se demander si elles ont un propriétaire qui va en assumer la responsabilité, si l'on peut en hériter, les détruire librement, etc... Or il n'existe pas de statut intermédiaire ou spécifique entre la personne et la chose, même dans le cas de l'animal.

Le statut de l'embryon humain *in utero* a été défini, non sans difficultés internes à l'ordre juridictionnel et controverses externes, par la Cour de Cassation et le Conseil Constitutionnel.

Saisi sur la constitutionnalité sur ce point de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, le Conseil Constitutionnel a distingué l'embryon *in utero* de l'embryon *in vitro*, conservé en vue de la procréation médicalement assistée, considérant le premier comme proche de la personne et le second comme proche de la chose, ce qui tend à faire échapper l'embryon humain dans les deux cas à la *summa divisio* du Droit objectif concernant les personnes et les choses (CC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC).

Dans un litige mettant en jeu l'invocation d'un préjudice spécifique pour un embryon *in utero* ayant cessé de vivre suite aux blessures d'une femme enceinte victime d'un accident de la route, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a posé que l'embryon ou le fœtus tué ou blessé du fait d'autrui n'avait pas la qualité d'une personne distincte de celle de la femme concernée, même si un préjudice spécial devait lui être reconnu dans le cadre de la responsabilité civile du fait de sa disparition (Cass. Plén. , 29 juillet 2001).

Avant l'adoption de la loi de bioéthique du 6 août 2004, l'article L 2141-8 du CSP issu de cette loi de 1994 interdisait l'expérimentation sur les embryons *in vitro*, ainsi que la

486 C. Env., articles L 411-1 & L 411-2, R 411-1 à R 411-21. Arrêtés interministériels par catégorie d'animaux et par zone géoclimatique du territoire national.

487 C. Env., articles L 420-2 & L 424-1 (espèces chassables) ; L 427-6 & L 427-8, R 427-6 & 427-8 (espèces nuisibles). Arrêté ministériel du 26 juin 1987 modifié (liste des espèces chassables). Arrêté ministériel du 30 septembre 1988 modifié (liste des espèces nuisibles pouvant être reprises par arrêté préfectoral au niveau du département, incluse dans la liste des espèces chassables).

conception d'embryons *in vitro* à des fins de recherche et d'expérimentation, ce qui tendait à les aligner implicitement sur le statut de la personne (488). La recherche sur l'embryon humain pouvait être autorisée à titre exceptionnel, et les « préparations de thérapie génique » et les « préparations de thérapie cellulaire xénogénique » pouvaient faire l'objet d'opérations technico-économiques à titre dérogatoire et dans l'intérêt de la recherche biomédicale (489) ; l'interdiction de conception *in vitro* à des fins autres que l'assistance médicale à la procréation est cependant maintenue. Malgré de fortes pressions de certains milieux scientifiques et médicaux résolument utilitaristes, la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 sur la bioéthique a maintenu la solution de 2004.

Les dérogations à l'interdiction de principe font l'objet d'une interprétation stricte, comme il est d'usage (maxime latine « *Exceptio est strictissimae interpretationis* » : les exceptions font l'objet d'une interprétation stricte).

EX : La Fondation Jérôme Lejeune, qui défend une position éthique consistant à considérer l'embryon humain comme une personne dans tous les cas, a obtenu l'annulation d'une décision de l'Agence de la biomédecine qui avait autorisé un protocole de recherche sur des cellules embryonnaires déposé par l'INSERM, en raison de la violation de l'article L 2151-5 du CSP, qui implique de bien préciser « la pertinence du projet de recherche, de ses conditions de mise en oeuvre au regard des principes éthiques et de son intérêt pour la santé publique » (CAA Paris, 10 mai 2012, Fondation Jérôme Lejeune).

1.6.3.4. La question des cendres funéraires et problèmes connexes

Le développement de la crémation en matière funéraire (490) a suscité une réflexion sur le statut des cendres funéraires lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une inhumation, d'une exposition dans un columbarium ou, si telle a été la volonté du défunt, d'un épandage qui est libre en tous lieux, à l'exception des voies publiques. Des querelles privées ayant éclaté sur l'attribution des urnes cinéraires à l'occasion de successions ou de divorces, les juridictions civiles saisies ont été fort embarrassées pour trancher sur leur statut (bien faisant l'objet d'un droit de propriété ?).

Après qu'une proposition de loi n'ait pas abouti, le décret n° 2007-328 du 12 mars 2007 a fixé des règles modifiant le CGCT qui tendent à exclure l'existence d'un droit de propriété des ayants droits du défunt sur les cendres ; cela a été officialisé conformément à l'article 34 de la Constitution par la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, qui a fixé de façon précise les modalités possibles des suites de la crémation. Les cendres funéraires et les urnes cinéraires qui les contiennent ne sont pas une chose, mais ont le même statut que les corps inhumés auxquels certains droits de la personne restent attachés : il est interdit de conserver une urne cinéraire chez soi au-delà du délai d'un an, et l'on ne peut choisir pour les cendres que l'une des trois destinations suivantes :

488 Pour un exemple de mise en oeuvre de cette disposition en contentieux administratif dans le cadre de la procédure d'urgence de référé-suspension: CE, réf., 13 novembre 2002, Association Alliance pour les droits de la vie. Le Ministre de la Santé ne devait pas appliquer par anticipation une loi en discussion au Parlement en autorisant l'importation d'embryons alors que l'état du droit ne le permettait pas.

489 CSP, articles L 2151-1 à L 2151-8, L 4211-8 à L 4211-11, R 2151-1 à R 2151-21.

490 La loi ne prévoit que deux modes de disposition des corps des personnes décédées : l'inhumation dans un cimetière ou très exceptionnellement sur des terrains privés, et la crémation, les cendres étant alors remises à la famille du défunt ou à « la personne qui a pourvu aux funérailles », mais qui n'en ont pas la libre disposition. Quelques tentatives privées de promouvoir la cryogénisation dans l'espoir hypothétique d'une résurrection future permise par le progrès scientifique ont été censurées, tant par le juge judiciaire que par le juge administratif.

- dispersion des cendres dans la nature, devant donner lieu à déclaration au maire de la commune du lieu de naissance du défunt, ou dans un « site cinéraire », espace spécialement prévu à cet effet dans un cimetière ;
- inhumation de l'urne cinéraire dans une sépulture classique ;
- dépôt de l'urne dans le columbarium d'un cimetière ou scellement sur un monument funéraire (491).

Par ailleurs, l'invention d'un procédé de conservation de corps de défunts par « plastification », y compris « en écorché », a pu amener une initiative artistique d'exposition de tels objets - d'origine chinoise indéterminée - au public à des fins éducatives. Deux associations obtinrent du juge judiciaire la fermeture de cette exposition, sur le fondement des articles 16-1-1 et 16-2 du Code Civil issus de la loi n° 2008-1350 (492) :

(Art. 16-1-1) : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. »

(Art. 16-2) : « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort. »

491 CGCT, art. L 2223-2, L 2223-18-1 à L 2223-18-4, L 2223-40, R 2213-38 à R 2213-39-1.

492 Cass. Civ.1, 16 septembre 2010, Société Encore Events.

PARTIE 2: L'INGÉNIEUR DANS LA CITÉ

Dans sa vie professionnelle (mais sans doute aussi dans sa vie personnelle), l'ingénieur opère dans la « cité » au sens de la Sociologie politique ou de la Science politique. La mise en oeuvre de ses connaissances peut avoir des conséquences positives ou négatives pour autrui : son employeur, les clients ou usagers de celui-ci (s'il opère dans une mission de service public), ses subordonnés, des minorités diverses, les animaux, l'environnement naturel... On s'attache ici aux conséquences négatives potentielles et aux enjeux dont elles sont porteuses. Ensuite, il lui importe de maîtriser l'articulation entre l'exercice légitime des intérêts privés face à l'intervention publique, notamment réglementaire (493), afin de ne pas se mettre en situation périlleuse ou source de perte économique et financière.

2.1. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES

2.1.1. MÉCANISMES GÉNÉRAUX DE LA RESPONSABILITÉ

2.1.1.1. Terrains et régimes de la responsabilité

Si les personnes physiques ou morales ont le droit d'ester en justice, elles doivent bien sûr s'attendre à ce que d'autres personnes exercent cette faculté à leur encontre, et elles doivent alors répondre de leurs agissements ou non agissements : c'est la **responsabilité**, au sens juridique du terme. L'ordre juridique a essentiellement comme portée la construction de cette responsabilité, et la gestion des conséquences que sa reconnaissance entraîne : des **sanctions** à caractère financier ou en nature (2.1.1.3.). La responsabilité des personnes se décline dans trois grandes branches traditionnelles du Droit, qui constituent différents « terrains » de l'engagement de la responsabilité, au nombre de 4, ces terrains pouvant se subdiviser en plusieurs « régimes » :

- le **Droit Pénal** fournit le terrain de la **responsabilité pénale** : on doit répondre d'une infraction face au **ministère public** (magistrats du « Parquet » représentant la société tout entière, par l'intermédiaire de l'Etat, Ministère de la Justice) ; ce terrain ne fait pas l'objet de régimes particuliers (2.1.2.) ;
- le **Droit Civil** et ses branches voisines (Droit Commercial, Droit du Travail et Droit de la sécurité Sociale) fournissent le terrain de la **responsabilité civile** : on doit répondre d'une faute (régime de la responsabilité civile « pour faute »), ou d'un agissement non constitutif d'une faute mais générateur d'un préjudice pour autrui (régime de la responsabilité civile « sans faute ») (2.1.3.).
- le **Droit Administratif** fournit le terrain de la **responsabilité administrative**, aussi appelée **responsabilité de la puissance publique** ; à l'instar de la responsabilité civile, elle comprend deux régimes (« pour faute » et « sans faute ») (2.1.4.).

Plus récemment, le Droit de l'UE et son exigence d'un haut niveau de protection de l'environnement portée par l'article 191 du TFUE sont venues ajouter un régime spécifique de responsabilité au profit d'une victime qui, contrairement à celles qui peuvent invoquer l'une des trois branches traditionnelles du Droit vues précédemment, ne peut agir en justice :

493 Improprement appelée « action publique » au sein du Département SESG et dans toute une sphère de l'enseignement supérieur et de la recherche ignorante de la précision conceptuelle induite par l'existence du Droit. L'action publique est le déclenchement des poursuites en Droit Pénal contre un ou plusieurs auteurs présumés d'une infraction ; par conséquent, cette expression ne saurait être utilisée dans un autre sens.

l'environnement naturel. La **responsabilité environnementale** constitue un terrain spécifique, assorti de deux régimes (« sans faute » et « pour faute »).

2.1.1.2. Les trois phases d'engagement de la responsabilité

Ces 4 terrains obéissent à un schéma fondamental commun sur le plan à la fois chronologique et logique : la responsabilité d'une ou plusieurs personnes est engagée et sera éventuellement retenue par la juridiction compétente saisie par la victime d'un préjudice ou le ministère public (pour la responsabilité pénale) :

- un **fait générateur de responsabilité** se produit, imputable à une personne, une chose ou un animal, ce qui pose le problème de l'observation de ce fait et de la mesure de ses caractéristiques ;
- ce fait induit par voie de causalité un ou des dommages à une personne, une chose, un animal, ou l'environnement naturel (écosystèmes, paysages...) : un **lien de causalité** est à établir ;
- les conséquences dommageables du fait générateur accolé au lien de causalité établi ont pour conséquence un **préjudice** pour la ou les victimes, qui vont rechercher la responsabilité de l'auteur du fait générateur devant le juge, le préjudice étant l'évaluation monétaire du **dommage** subi ; ce préjudice doit en principe faire l'objet d'une **réparation intégrale** (« *in integrum* »).

Chacune de ces 3 phases peut donner lieu à contestation de la part de la personne poursuivie, et il suffit qu'un des 3 maillons de la chaîne manque pour que la responsabilité qui a été engagée à l'encontre d'une personne ne soit pas retenue. Au-delà de la diversité des mécanismes qu'ils mettent en œuvre, et plus particulièrement la charge de la preuve, les 4 terrains de la responsabilité abordés dans ce chapitre ont un point commun et un seul, le lien de causalité à prouver :

« L'exigence d'un lien de causalité est l'essence même de tout régime de responsabilité. Aucune condamnation ne saurait en effet être admise si un lien de causalité ne peut être établi entre l'activité de l'exploitant et le dommage invoqué par la partie poursuivante. » (494).

Divers types de sanctions prononcées par une décision juridictionnelle devenue définitive peuvent frapper le responsable d'un préjudice. Il existe toutefois des situations plus complexes :

- la pluralité de responsables pour un même fait générateur : la loi ou une stipulation contractuelle peut prévoir un mécanisme de **responsabilité solidaire**, qui désigne un ou plusieurs co-responsables pour une obligation de réparation d'un préjudice - mécanisme qui vaut pour les obligations en général : la victime peut alors obtenir la réparation de son préjudice de la part d'un seul co-responsable, à charge pour celui-ci de se retourner contre les autres ensuite pour qu'ils assument leur part ; la jurisprudence confère souvent à cette obligation solidaire un caractère *in solidum*, ce qui a pour conséquence d'amplifier les effets techniques secondaires de la solidarité au profit du créancier de l'obligation ;
- la contribution de la victime à son propre préjudice : certains comportements de la victime peuvent amener le juge à répartir la responsabilité du préjudice entre la personne à l'origine du fait générateur de responsabilité et la victime (495) ; on parle alors de **responsabilité partagée** ou **divisible**.

494 Jean-Pierre DELVIGNE : La directive sur la responsabilité environnementale : une application du principe pollueur-payeur – Droit de l'Environnement n° 121, septembre 2004, pp. 160-163.

495 Les accidents de la circulation en Droit des Assurances sont un domaine privilégié de ce mécanisme.

2.1.2. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Le fait générateur de la responsabilité pénale est la commission d'une infraction prévue par la loi (exceptionnellement par un décret pour les contraventions, qui sont des infractions mineures). L'**infraction pénale** constitue un **trouble à l'ordre public**, quand bien même aucune personne n'en serait directement victime (corruption ou espionnage, par exemple), mais un préjudice est souvent subi par une victime en ce qui concerne sa personne (homicide, coups et blessures, viol, diffamation...) ou ses biens (vol, dégradations...). Mais la première victime est avant tout l'ordre social, qui prend le nom d'ordre public.

Par conséquent, l'infraction pénale définie par un texte législatif en principe concrétise l'interdiction censée émaner de la volonté du corps social dans son ensemble, son existence illustrant la plus haute réprobation en matière de transgression de la règle de droit, à la différence de la faute civile ou administrative, qui n'affecte pas l'ensemble du corps social. Une condamnation pénale est donc censée être infamante, même pour une simple contravention. A l'autre extrémité du spectre (crimes récemment définis par le législateur), on peut citer le « terrorisme écologique », introduit en 1992 dans le nouveau Code pénal (article 421-2), et le clonage reproductif, érigé en crime et assorti de délits connexes par l'article 28 de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique (496). Les sociologues du Droit ont renoncé à dénombrer précisément le nombre d'infractions pénales en Droit français, mais il serait de l'ordre de 18000 ! Certaines ne sont jamais utilisées, sans que l'on sache exactement si les infractions prévues ne sont jamais commises ou si elles ne sont jamais détectées (notion de « chiffre noir » de la délinquance). D'autres au contraire, telles que le vol et ses multiples variantes ou les contraventions au Code de la Route, sont très fréquentes.

2.1.2.1. La spécificité du Droit Pénal et ses conséquences

2.1.2.1.1. L'interprétation stricte du Droit Pénal

Le Droit Pénal est d'interprétation stricte (497), et, contrairement à la procédure civile et à la procédure administrative, dont les règles sont fixées par décret, la procédure pénale relève du domaine législatif, de même que la définition et la sanction des délits et des crimes (498). La responsabilité pénale d'une personne physique ou morale est donc établie lorsque la personne a été reconnue coupable d'une infraction : la responsabilité dérive ici de la **culpabilité** dans une relation biunivoque, contrairement à la responsabilité civile ou administrative, qui doit être établie au cas par cas, ou de façon catégorielle, en fonction de la législation et de la jurisprudence.

EX : Dans l'affaire du « sang contaminé », aussi appelée la « transmission administrative du sida » dans les années 1985-1995, une Ministre de la Santé en exercice, poursuivie devant la Cour de Justice de la République, a déclaré aux médias qu'elle se sentait « responsable, mais pas coupable » ; ce propos a été largement considéré comme incohérent, voire cynique, alors qu'il est parfaitement correct sur le plan juridique (indépendamment de tout jugement de valeur) : la Ministre voulait certainement dire qu'elle pouvait accepter dans cette affaire une responsabilité morale ou que l'Etat devait assumer une responsabilité administrative, mais qu'elle rejetait toute responsabilité pénale.

496 C. Civ., article 16-4, alinéa 3 (mode pilote) ; CSP, article L 2151-1 (mode suiveur) ; CP, articles 214-1 à 215-4, 511-1 & 511-1-1.

497 CP, article 111-4.

498 Constitution, article 34.

2.1.2.1.2. Le caractère personnel et indivisible de la responsabilité pénale

L'article 121-1 du Code Pénal dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». En conséquence, la responsabilité pénale ne se partage pas, contrairement à la responsabilité civile ou administrative, puisque la culpabilité est un concept strictement binaire : si l'on peut être à moitié ou aux 3/4 responsable civilement, on n'est pas à moitié ou aux 3/4 coupable, on l'est ou on ne l'est pas. S'il existe plusieurs auteurs pour une infraction, ou si une infraction a été commise en groupe sans que le rôle de chacun soit clairement établi, la responsabilité pénale de chaque co-auteur présumé sera examinée par le juge pour chaque individu selon cette logique binaire, le doute devant bénéficier au **prévenu** en toutes circonstances (499). Les articles 121-6 et 121-7 du Code Pénal prévoient cependant que les **complices** d'un délit ou d'un crime encourent les mêmes peines que l'auteur de l'infraction, ce qui vaut aussi pour les **co-auteurs** d'une même infraction.

La charge de la preuve de la culpabilité revient à l'accusation, le prévenu bénéficiant des droits de la défense et de la **présomption d'innocence**. Il est interdit de qualifier une personne de coupable d'un délit ou d'un crime quelconque avant qu'elle n'ait été condamnée en ce sens par une décision juridictionnelle devenue définitive ; l'atteinte à cette présomption est au minimum une faute civile (500), et peut être appréhendée éventuellement sous l'angle du délit de **diffamation** (501).

Contrairement au cas de la responsabilité civile, il est exceptionnel que la loi vienne exonérer une personne de sa responsabilité pénale. Les articles 122-1 à 122-7 du Code Pénal prévoient 6 mécanismes généraux d'exonération. Par ailleurs l'article L 237-2 du CRPM, issu de la loi n° 65-543 du 8 juillet 1965 relative à la modernisation du marché de la viande, dispose qu'« en aucun cas la responsabilité pénale du propriétaire (d'un animal agricole) ne peut être invoquée lors de l'abattage d'animaux malades ou accidentés, pratiqué en vue de la boucherie, lorsque cet abattage a été effectué soit dans un abattoir régulièrement inspecté, soit sous le contrôle d'un vétérinaire inspecteur agréé » (502).

2.1.2.1.3. Les trois éléments de l'infraction pénale

L'interprétation stricte du Droit Pénal a une autre conséquence : l'interdiction absolue faite au juge pénal de faire « œuvre prétorienne », en créant des infractions nouvelles, ou encore d'infliger des peines supérieures au maximum prévu par la loi. En revanche, il dispose d'une

499 Le prévenu est une personne soupçonnée d'avoir commis un délit ou une contravention par la force publique ou la magistrature ; il va être poursuivi pour un ou plusieurs « chefs de prévention » (infractions alléguées). En matière criminelle, on emploie les termes « accusé » et « chef d'accusation ».

500 C. Civ., article 9-1.

501 Article 29 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée sur la liberté de la presse: la diffamation est « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». La jurisprudence pénale sur la diffamation est complexe et subtile au point d'en devenir insaisissable. La législation et la jurisprudence françaises sur la diffamation sont considérées comme très restrictives de la liberté d'expression, comme la CEDH de Strasbourg l'a jugé à plusieurs reprises : on est d'autant plus facilement condamné pour diffamation que la véracité des faits allégués n'est pas le critère déterminant de l'infraction ; de ce fait, diverses catégories de personnages peu recommandables peuvent obtenir réparation pour une allégation publique portant sur des faits parfaitement établis, mais selon un mode qui porterait atteinte à leur honneur !

502 Cette disposition paraît entrer en contradiction avec le principe de responsabilité des « exploitants » du secteur alimentaire à chaque stade d'une filière, mais il n'en est rien, puisque la responsabilité civile de l'exploitant concerné n'est nullement écartée.

grande marge de manoeuvre dans le prononcé des peines : sursis simple ou avec mise à l'épreuve, dispense de peine, non inscription au casier judiciaire (503)... De plus, lorsque plusieurs peines sont encourues, il peut n'en prononcer qu'une (504).

Le principe de légalité des infractions et des peines encourues implique que l'examen de la culpabilité d'un prévenu se fasse en premier lieu en examinant de près en quoi les faits qui lui sont reprochés entrent dans la définition de l'infraction par le texte : c'est donc l'**élément légal** de l'infraction qui va servir de base d'appréciation sur l'opportunité des poursuites en premier lieu, et sur l'appréciation de la culpabilité du prévenu ensuite, les faits allégués devant rentrer strictement dans cette définition ; d'où l'importance de chaque mot et de la construction de la phrase (syntaxe, ponctuation) dans l'interprétation du texte. Contrairement aux autres branches traditionnelles du Droit, le Droit Pénal est d'interprétation stricte.

EX : Un particulier avait obtenu un permis de construire pour un hôtel, mais, à la demande d'une association, le TA avait prononcé le sursis à exécution de ce permis. Ce particulier ayant fait continuer les travaux malgré la notification de ce jugement, il fit l'objet de poursuites pénales sur le fondement de l'article L 480-3 du Code de l'Urbanisme qui dispose : « En cas de continuation des travaux nonobstant la décision judiciaire ou l'arrêt en ordonnant l'interruption, une amende de 75000 € et un emprisonnement de 15 jours à 3 mois, ou l'une de ces deux peines seulement, sont prononcées par le tribunal contre les personnes visées à l'article L 480-4 (2ème alinéa) » (soit « les utilisateurs du sol, les bénéficiaires des travaux, les architectes, les entrepreneurs ou autres personnes responsables de l'exécution desdits travaux »). Il fut condamné à payer 1,5 million de F d'amende par le Tribunal Correctionnel de Grasse en 2000 et la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence en 2001, solution approuvée par la Cour de Cassation (Cass. Crim., 6 mai 2002, M. Pessino - Bull. Crim. n° 101, p. 347) : « ...le constructeur ne peut se prévaloir d'aucun permis de construire lorsque l'exécution de celui-ci a été suspendue par une décision du juge administratif ». Ceci constituant un revirement de jurisprudence dans le sens d'une plus grande sévérité contre ce type de comportement, l'intéressé porta l'affaire devant la CEDH en alléguant la violation de l'article 7§1 de la CESDH posant le principe de non-rétroactivité en matière pénale (sans distinction formelle entre loi et jurisprudence !), et l'emporta, un revirement de jurisprudence ayant généralement une dimension rétroactive qui s'avère ici fatale (CEDH, 10 octobre 2006, Pessino c./ France). Par voie de conséquence, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation devait casser (sans renvoi) l'arrêt rendu en 2001 par la CA d'Aix-en-Provence (Cass. Plén., 13 février 2009, M. Pessino), et poser comme élément de jurisprudence impérative : « la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative prononçant le sursis à exécution du permis de construire n'est pas constitutive de l'infraction de construction sans permis ». A notre sens, les trois degrés de juridictions pénales se sont égarés en oubliant que, le Droit Pénal étant d'interprétation stricte, l'expression « décision judiciaire » de l'article L 480-3 du Code de l'Urbanisme signifie « émanant du juge civil ou pénal », et est moins large que « décision juridictionnelle » (toute décision émanant du juge judiciaire ou du juge administratif), d'où l'inapplicabilité de cette disposition pour poursuivre ce particulier. Tirant la leçon de cette affaire d'une autre manière, la loi n° 2012-382 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des charges administratives a ajouté à l'article L 480-3 du Code de l'Urbanisme l'alinéa suivant : « Ces peines sont également applicables en cas de continuation des travaux nonobstant la décision de la juridiction administrative prononçant la suspension ou le sursis à exécution de l'autorisation d'urbanisme. »

Sur la base de cet élément légal défini par un texte, le rôle du juge pénal est d'examiner l'existence de deux autres éléments :

- l'**élément matériel** de l'infraction : il porte sur les faits de la cause, qui sont confrontés directement à l'élément légal ; il comporte souvent plusieurs circonstances de fait, et il suffit qu'une seule de ces circonstances manque pour que l'élément matériel ne soit pas retenu ;
 - l'**élément moral** de l'infraction : l'article 121-3 du Code Pénal dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », ce qui permet d'affirmer que cet élément moral est en principe un **élément intentionnel**, mais la même disposition prévoit que cet élément moral puisse ne pas être intentionnel si certaines conditions sont réunies.
- (CP, art. 121-3) : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

503 CP, articles 132-1 à 132-75.

504 En conséquence, il faut lire « et/ou » à la place de « et » dans la rédaction des dispositions pénales qui prévoient deux peines ou plus. En matière correctionnelle, l'emprisonnement est plus rarement infligé que l'amende, et il est souvent assorti du sursis.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu à l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

L'élément moral non intentionnel d'un délit (imprudence, négligence) peut donc être retenu sous deux conditions cumulatives :

- la loi le prévoit clairement, notamment en prévoyant une obligation particulière de prudence ou de sécurité à la charge de la personne mise en cause ;
- il y a soit une mise en danger délibérée de la personne d'autrui, soit un comportement fautif résultant de l'omission de « diligences normales », compte tenu de la situation particulière de la personne mise en cause (pouvoirs, missions, moyens).

L'alinéa 4 de cet article sous-entend la mise en cause cumulée d'une personne physique et d'une personne morale ; il tend à subordonner la mise en cause de la personne physique à des conditions très strictes alors que la personne morale dont il est un représentant est déjà mise en cause.

EX: Le délit de pollution de rivières de l'article L 432-2 du Code de l'Environnement, beaucoup plus utilisé que son homologue de l'article L 216-6 en raison d'un élément légal plus favorable à la répression, est un délit d'imprudence ; cela se déduit à la fois de sa rédaction (« jeter, déverser ou laisser écouler... ») et de l'article 339 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite « loi d'adaptation » du nouveau Code Pénal à l'ancien Code Pénal : « tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément », ce qui renvoie implicitement à la jurisprudence pénale afférente antérieure à 1992. Le rapport annuel de 2005 de la Cour de Cassation revient sur la jurisprudence ancienne et récente de sa Chambre criminelle pour souligner que la définition de la « faute pénale non-intentionnelle » était bien applicable à ce délit. La circonstance de la mise en danger de la vie d'autrui n'étant pas présente en l'espèce, elle a pu appliquer les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code Pénal pour retenir à plusieurs reprises une « faute caractérisée » permettant de constituer le délit, à supposer son élément matériel établi (505).

Un délit ne peut être constitué si, son élément matériel étant établi, l'élément moral intentionnel fait défaut (2 exemples de ce cas de figure, et 2 exemples inverses)

EX1 : Une union de coopératives vinicoles avait mis sur le marché un « vin sans l'alcool », fabriqué à partir de vin et désalcoolisé, et avait été poursuivie pour les délits de publicité de nature à induire en erreur (C. Cons., art. L 121-1) et de tromperie sur la nature de la marchandise (C. Cons., art. L 213-1). Son président a été relaxé par le Tribunal correctionnel puis par la Cour d'Appel de Montpellier, et le pourvoi en cassation du Parquet a été rejeté, l'élément moral des deux délits étant absent (Cass. Crim., 10 mai 1993, Procureur Général près la CA de Montpellier c. / R. G.) : le consommateur français moyen ne pouvait pas croire raisonnablement qu'un tel produit était encore du vin, la présence de l'article défini avant le mot « alcool » évoquant clairement une boisson désalcoolisée à base de vin.

EX2 : 4 vétérinaires-inspecteurs (depuis 2002 : « inspecteurs de la santé publique vétérinaire ») d'un poste d'inspection frontalière alsacien ont été poursuivis du chef de prévention de « concussion » (article 174 de l'ancien Code Pénal, devenu l'article 432-10 du nouveau Code Pénal) : la délivrance de faux certificats permettant d'accélérer la procédure de contrôle frontalier pour les animaux vivants et les carcasses contre rémunération de la part de transitaires en douanes étant constitutive de l'élément matériel du délit, ils ont invoqué avec succès le fait que leur hiérarchie administrative du ministère de l'Agriculture était au courant de ces pratiques et les tolérât pour échapper à l'élément intentionnel, et ont été en conséquence relaxés (CA

505 Cour de Cassation : Rapport annuel 2005, Documentation Française, pp. 159-161.

Colmar, 9 décembre 1994, Ministère public c./ M.B., C.F., F.L. & J.-J. M.). A noter que leur dénonciateur, un collègue honnête et choqué par ces pratiques en pleine crise de l'ESB (« vache folle ») a été sanctionné par un déplacement d'office, pour lequel il a obtenu une condamnation de l'Etat à 120000 F d'indemnités par jugement du TA de Besançon du 8 octobre 1998, devenu définitif. Le Ministère de l'Agriculture n'est pas sorti grandi de cette affaire...

EX3 : Un laboratoire pharmaceutique avait importé une plante médicinale chinoise à effet amincissant, mais qui se trouvait mélangée à une espèce voisine, contenant de l'acide aristolochique à effet cancérigène et néphrotoxique, et revendu le tout à une officine pharmaceutique ; en conséquence, deux clientes en moururent. Les rapports d'autopsie et d'analyse conclurent que la cause du décès était exclusivement l'absorption d'acide aristolochique, alors que la monographie de la pharmacopée chinoise sur ces plantes recommande de procéder à un contrôle soigneux pour éviter toute confusion entre les deux espèces. L'élément matériel du délit d'homicide involontaire (CP, art. 221-6) étant établi par l'expertise clinique sur les causes du décès, l'élément moral de ce délit d'imprudence est bien constitué par l'absence fautive de contrôle de qualité par les deux professionnels concernés. Rejet du pourvoi des prévenus contre l'arrêt de la CA d'Aix-en-Provence, mais cassation partielle en ce que celle-ci n'a pas accueilli la constitution de partie civile d'une association de défense des consommateurs agréée au niveau national (Cass. Crim, 1er avril 2008, M.R.).

EX4 : Le propriétaire d'une maison avait provoqué l'incendie et la destruction de 250 ha de forêts et de maquis (relevant au surplus du régime forestier) suite à une étincelle partie d'un groupe électrogène. Il a été reconnu coupable d'incendie involontaire, délit prévu par l'article 322-5 du Code Pénal, par application de l'article 121-3 du même code : il avait manqué à son obligation légale de débroussaillage sur un périmètre de 50 m autour des constructions prévues par l'article L 322-3 du Code Forestier ancien (aujourd'hui article L 134-6) (Cass. Crim., 4 septembre 2007, Bull. Crim. 2007, n° 192).

L'article 121-3 a été modifié deux fois (en 1996 et 2000) depuis son insertion dans le nouveau Code Pénal de 1992, dans le sens de l'assouplissement de la répression. Il a soulevé beaucoup de controverses, notamment à propos d'affaires mettant en cause la responsabilité pénale d'élus locaux (maires essentiellement) (506) ou des enseignants encadrant des élèves, dans un établissement d'enseignement ou au cours de sorties pédagogiques.

En matière criminelle, l'élément moral est toujours intentionnel : il n'y a pas de « crime par négligence ou imprudence ». En matière contraventionnelle, le seul élément matériel suffit, et l'on ne se préoccupe pas de rechercher un éventuel élément moral, intentionnel ou non : on dit que les contraventions sont des **infractions matérielles**. Les délits d'imprudence l'étaient aussi sous l'ancien Code Pénal, mais ils ne le sont plus, comme le montre la rédaction alambiquée de l'article 121-3 du Code Pénal.

2.1.2.1.4. La différenciation du régime de responsabilité entre personnes physiques et morales

Une des grandes innovations du Code Pénal de 1992 a été l'instauration d'un régime de responsabilité des personnes morales. Auparavant, c'étaient les personnes physiques qui en étaient les responsables légaux (présidents d'associations, gérants ou PDG de sociétés commerciales...) qui voyaient systématiquement leur responsabilité pénale engagée. Cette réforme n'a pas totalement mis fin à cette situation, dans la mesure où :

a) jusqu'en 2004, la responsabilité des personnes morales n'était engagée que dans les cas où la loi le prévoyait explicitement, et, dans les autres cas, l'ancien système produisait toujours les mêmes effets en jurisprudence ; mais la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation

506 CGCT, articles L 2123-34, L 3123-28, L 4135-28, L 4422-10-1 & L 5211-8 : les élus territoriaux ne peuvent être condamnés sur le fondement de l'article 121-3 du Code Pénal « que s'il est établi qu'il (l' élu) n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie ».

de la justice aux évolutions de la criminalité a discrètement abrogé cette condition, généralisant ainsi le mécanisme, à l'exception des délits de presse (507) ;

b) le représentant légal de la personne morale peut être poursuivi en tant que co-auteur ou complice de l'infraction, ce qui lui fait encourir les mêmes peines que l'auteur principal, la personne morale (508).

Selon l'article 121-2 du Code Pénal, la responsabilité des personnes morales ne peut être engagée que pour des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants, les personnes morales de Droit Public n'étant que peu concernées :

- l'Etat ne peut voir sa responsabilité pénale engagée ; toutefois, elle peut l'être indirectement ou symboliquement à travers la mise en cause sur le plan pénal des fonctionnaires et agents publics (dans les EPA, EPST et EPSCP notamment), y compris les préfets et les ministres ;
- les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée que pour des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public (cf. 2.2.4.3.4.).

2.1.3. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

La **responsabilité civile** vaut non seulement pour le Droit Civil, mais aussi pour les autres branches classiques du Droit Privé. Sa mise en oeuvre suppose qu'un **dommage** ait été causé à autrui, à partir d'un **fait générateur de responsabilité**, et qu'il y ait un **lien de causalité** entre ce fait et le dommage. Lorsqu'elle est établie, elle entraîne une obligation de réparation *in integrum* pour le responsable et au profit de la ou des victimes ; cette réparation est souvent monétaire (dommages-intérêts versés à la victime), mais peut aussi être en nature dans certains cas. L'évaluation monétaire du dommage par la personne qui le subit est appelée **préjudice** ; celui-ci peut se décomposer en plusieurs parties :

EX1 : Une personne physique qui subit un dommage corporel du fait d'un accident pourra invoquer un préjudice économique, ce qui sera certainement revendiqué par un organisme de Sécurité Sociale ou une entreprise d'assurances du fait de la subrogation personnelle, un préjudice lié à la douleur subie (*pretium doloris*), et un ou plusieurs préjudices particuliers liés à l'exercice d'une profession où la bonne forme ou l'apparence physique sont importantes (mannequin, hôte(sse) d'accueil, moniteur ou accompagnateur sportif...) :

EX2 : Dans l'industrie, et surtout dans l'hypothèse d'une production en flux tendus, la déficience d'un fournisseur dans ses livraisons à un client peut créer à celui-ci un préjudice qui peut se décomposer en perturbation du planning de production du client, préjudice indirect causé aux clients du client et dont celui-ci doit répondre, etc...

Le fait générateur de responsabilité peut être un **fait personnel** constitutif d'une **faute**, un **fait d'autrui**, d'une **chose** ou d'un **animal**. Dans tous les cas, il s'agit d'un fait juridique. L'exigence du lien de causalité est logique, puisqu'il serait profondément inéquitable que le préjudice subi par la victime fût imputable à une autre cause tout en étant mis à la charge d'une personne ayant peut-être commis une faute, mais sans relation avec le dommage. Par ailleurs, la force majeure, lorsqu'elle est établie, a un caractère exonératoire de la responsabilité civile dans tous les cas.

507 Cela n'empêche pas les dispositions pénales de lois ultérieures de continuer à prévoir des dispositions spécifiques pour les peines en nature applicables à chaque délit ; le mécanisme de généralisation ne vaut donc que pour les amendes multipliées par 5 par rapport à celles encourues par les personnes physiques.

508 Cela n'est exact que a priori, mais non a posteriori, puisque les amendes encourues sont multipliées par 5 pour la personne morale, et qu'elle encourt par ailleurs des sanctions spécifiques (cf. Annexe 4).

Enfin, à la différence de la responsabilité pénale, la responsabilité civile est **divisible** et peut être **solidaire**.

2.1.3.1. La responsabilité civile pour faute

Son fondement législatif est constitué par les articles 1382 et 1383 du Code Civil, qui ont une importance particulière :

(Article 1382) « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

(Article 1383) : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

2.1.3.1.1. Le concept de faute

Aucun texte ne définit la faute ni ne prétend énumérer les différentes catégories de fautes possibles ; ce sont donc la jurisprudence de la Cour de Cassation et la doctrine qui ont progressivement dégagé ce que peuvent être les comportements fautifs, soit par action, soit par abstention d'agir (carence, négligence, etc...).

La faute est d'abord un comportement imputable à une ou plusieurs personnes. C'est le plus souvent le non respect d'une obligation légale (ou réglementaire) ou contractuelle, mais c'est aussi, en dehors de l'hypothèse précédente, un écart de conduite par rapport à une norme sociale, ce qui se rapproche de l'obligation morale ou de la notion d'équité. La possibilité de créations prétorienne en Droit Civil favorise une extension de la sphère de la faute à l'infini, ce qui n'est pas sans poser problème au regard de certaines libertés fondamentales (509).

2.1.3.1.2. Les applications jurisprudentielles du concept

L'exécution défectueuse des obligations contractuelles étant une source importante de la responsabilité civile, la doctrine distingue deux grandes catégories d'applications : **la responsabilité contractuelle**, et **la responsabilité extracontractuelle**, ou **délictuelle** (510). La jurisprudence de la Cour de Cassation a décidé que ces deux catégories ne pouvaient se cumuler pour la même affaire.

La responsabilité contractuelle est une conséquence directe de l'effet obligatoire du contrat, qui est « la loi des parties » : l'inexécution ou l'exécution défective d'une obligation contractuelle est donc fautive, le fait générateur de responsabilité étant imputable à la personne du co-contractant et le lien de cause à effet aisé à établir. La responsabilité délictuelle connaît en revanche un grand nombre d'applications possibles, parmi lesquelles on retiendra les exemples suivants :

- le licenciement irrégulier d'un salarié en Droit du Travail, la loi exigeant une cause réelle et sérieuse pour un licenciement à caractère disciplinaire ; en fonction de son ancienneté et de l'effectif de l'entreprise, le salarié a droit au minimum à des dommages-intérêts, mais aussi à

509 Cass. Plén., 12 juillet 2000 (Bull. Plén. 2000, n° 8) : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil ». Cet arrêt a mis fin aux errances de certaines chambres de la Cour de Cassation, qui admettaient la solution inverse, vidant insidieusement de son contenu la liberté d'expression.

510 Cet adjectif ne se rapporte pas spécifiquement au délit (adjectif : délictueux), mais a une portée plus vaste : infraction pénale, quasi-délict, tout comportement fautif en général, en dehors de tout contexte contractuel...

des indemnités spécifiques ou à la réintégration dans l'entreprise (511), cette réparation en nature se résolvant en dommages-intérêts supplémentaires si l'une ou l'autre partie ne l'acceptent pas ;

- les actes de concurrence déloyale entre entreprises sont appréhendés de façon souple et large par la jurisprudence civile et commerciale : dénigrement fautif de produits concurrents, copie servile de thèmes publicitaires ou d'emballages, débauchage de cadres ou de salariés qualifiés employés chez un concurrent dans le but de désorganiser son entreprise, lancement dans le milieu professionnel de rumeurs ayant pour effet de manipuler artificiellement le niveau des prix, et, d'une manière générale, toute manœuvre déloyale créant un préjudice à un concurrent ;
- même si les deux entreprises ne sont pas concurrentes, le fait pour l'une d'imiter un slogan publicitaire de l'autre constitue un fait de concurrence parasitaire constituant une faute (512) ;
- un lâcher d'animaux sauvages appartenant aux espèces chassables peut être fautif vis-à-vis du voisinage s'il est effectué dans des circonstances temporelles ou spatiales impliquant que ces animaux aillent commettre des dégâts chez les particuliers du voisinage (513).

Il arrive que la loi définisse elle-même le comportement fautif et établisse le lien de causalité avec le dommage subi :

EX1 : Les actes de contrefaçon de certains droits de propriété intellectuelle peuvent être appréhendés sous l'angle de la faute civile, indépendamment de la possibilité de poursuites pénales (514).

EX2 : En matière de relations industrie-distribution, l'article L 442-6 du Code de Commerce énumère un certain nombre d'agissements constitutifs d'une faute civile et se différenciant des autres pratiques restrictives de concurrence qui sont des délits : pratiquer ou obtenir d'un partenaire économique des avantages tarifaires ou non tarifaires (délais de paiement, conditions de vente ou d'achat...) à caractère discriminatoire, fausse coopération commerciale impliquant la rémunération de prestations inexistantes, abus de relation de dépendance économique, rupture brutale de relations commerciales préétablies, etc... Cette action civile peut être introduite non seulement par l'entreprise victime de ces agissements, mais aussi par le Parquet ou le Ministre de l'Economie et des Finances ; dans ce cas, les dommages-intérêts sont remplacés par une amende civile plafonnée à 2 millions d'€ (515).

L'article L 442-9 du Code de Commerce prévoit un mécanisme similaire pour « tout producteur, commerçant, industriel » ou artisan, le fait « de pratiquer ou de faire pratiquer en situation de crise conjoncturelle telle que définie par l'article L 611-4 du CRPM, des prix de première cession abusivement bas pour des produits agricoles figurant sur la liste prévue à l'article L 441-2-1 du présent code.

Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits. Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixées par décret. (...) »

La liste prévue à l'article L 442-2-1 du Code de Commerce est fournie à l'article D 441-2 du même code : fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ; viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins ; oeufs ; miels. Le décret prévu au second alinéa est le décret n° 2008-534 du 5 juin 2008.

L'arrivée sur la scène du principe de précaution en matière environnementale (cf. 2.2.1.4.2.) déploie un nouveau champ de la responsabilité pour faute : la violation de ce principe peut

511 Denis GATUMEL : Le Droit du Travail en France, Ed. Francis Lefebvre, 2004/2005, § 605.

512 Cass. Com., 30 janvier 1996, Société Fleurs Eclairs c./ Office néerlandais des produits laitiers. Le slogan publicitaire « La Côte d'Azur, l'autre pays de la tulipe » de la société française parasite le slogan publicitaire « La Hollande, l'autre pays du fromage » de l'office néerlandais, alors même que les deux entreprises ne sont pas concurrentes ; cette décision marque bien la différence entre concurrence déloyale et concurrence parasitaire.

513 Jacques GUILBAUD & François COLAS-BELCOUR, La chasse et le droit, 1999, §§ 1043-1048.

514 CPI, articles L 615-1, alinéa 2 (brevet), L 623-25 (certificat d'obtention végétale), L 716-1 (marque).

515 Sur l'amende civile, cf. Annexe 4.

être constitutif d'une faute, tant sur le plan de la responsabilité civile que sur celui de la responsabilité administrative. Mais la discussion devant le juge sur le lien de causalité entre la violation du principe (si elle est reconnue) et le préjudice subi va être tendue, et elle peut aussi porter sur la violation du principe elle-même, voire sur le caractère plausible de son invocation.

EX1 : Une SEML qui exploitait une source d'eau minérale naturelle avait invoqué la violation du principe ainsi que l'abus du droit de propriété à l'encontre de particuliers qui procédaient à un forage en vue de capter des eaux souterraines à proximité de cette source, invoquant un risque de pollution de son eau. La Cour de Cassation approuve l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes qui avait rejeté cette demande, l'expertise ayant constaté que le forage avait été réalisé dans les règles de l'art, qu'il se situait en aval de la source sans lien direct par faille avec celui-ci, et que l'introduction éventuelle de substances polluantes dans le forage n'aurait aucun impact sur la qualité de l'eau de la source ; par conséquent, le principe de précaution ne pouvait être invoqué, et la question de sa violation ne se posait pas (Cass. Civ. 3, 3 mars 2010, Société d'économie mixte Vals ; Bull. Civ. 2010, III, n° 53).

EX2 : Un GAEC avait assigné la SA RTE-EDF pour le préjudice causé à des animaux d'élevage évoluant sous une ligne à très haute tension relevant de cette entreprise de transport d'électricité et constitutive d'une servitude d'utilité publique de surplomb des terrains, en invoquant une violation du principe de précaution. La Cour de Cassation a validé l'arrêt de la Cour d'Appel de Limoges qui avait rejeté la demande en faisant valoir que « la Charte de l'Environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes » ; or les juges avaient relevé en l'espèce que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possibles de cette ligne sur l'état des animaux, ce qui ne permettait pas de constater le lien de causalité entre la violation alléguée du principe (législatif et constitutionnel) et le préjudice (Cass. Civ. 3, 18 mai 2011, GAEC D. ; Bull. Civ. 2010, III, n° 80).

2.1.3.2. La responsabilité civile objective ou « sans faute »

Il convient d'emblée de souligner que l'expression « responsabilité objective » est préférable à « responsabilité sans faute » : dans les situations de responsabilité « sans faute » prévues par la loi, il est possible qu'une faute ait été commise, mais on ne s'en préoccupe pas. Le fait générateur de responsabilité n'est donc pas un fait personnel, mais un fait lié à une ou plusieurs autres personnes (fait d'autrui), ou à une chose, qui a nécessairement le statut de *res propria*, ou encore à un animal (même remarque que précédemment, un animal *res nullius* ne pouvant entraîner une responsabilité objective du fait de cet animal).

Du point de vue pratique, la caractéristique principale de la responsabilité objective est d'inverser partiellement – mais substantiellement – la **charge de la preuve**. Dans la responsabilité pour faute, la victime du dommage doit prouver le dommage (donc aussi le préjudice), le comportement fautif, et le lien de causalité entre les deux. Dans la responsabilité sans faute, la victime doit simplement prouver le dommage qu'elle a subi et le lien de causalité avec autrui, la chose ou l'animal – ce qui est généralement aisé, puisque aucun comportement fautif ne doit être caractérisé – mais le responsable présumé voit sa **responsabilité engagée de plein droit** : il ne peut s'en exonérer qu'en prouvant l'existence d'un des trois facteurs suivants :

- la **force majeure**, qui est, comme on l'a vu, une notion d'interprétation extrêmement restrictive ;
- le **fait d'un tiers**, qui a pu intervenir dans le déroulement des événements et provoquer, ne serait-ce que partiellement, le dommage (516) ;

516 Là encore, la circulation automobile fournit un bon exemple, avec les carambolages en série.

- le **comportement de la victime**, qui a pu concourir au dommage, dans les mêmes conditions qu'un tiers.

2.1.3.2.1. La responsabilité du fait d'autrui

L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code Civil dispose qu'on est responsable du « dommage qui est causé par des personnes dont on doit répondre ». La suite de cet article donne les exemples suivants, qui ont un caractère limitatif :

- responsabilité des parents ou des représentants légaux de l'enfant mineur pour les dommages que celui-ci peut causer ;
- responsabilité des « instituteurs » (comprendre « enseignants » en général) pour les dommages causés par leurs élèves placés sous leur surveillance ;
- responsabilité des artisans pour les dommages causés par leurs apprentis ;
- responsabilité des « maîtres » et des « commettants » pour les dommages causés par leurs « préposés » : cela s'appliquait à l'origine aux relations maîtres-domestiques, mais a été extrapolé aux relations entre le chef d'entreprise et ses salariés.

2.1.3.2.2. La responsabilité du fait des choses

L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code Civil dispose qu'on est responsable des « choses que l'on a sous sa garde ». La notion de **garde** a été définie par un arrêt des Chambres Réunies (maintenant Assemblée Plénière) de la Cour de Cassation de 1941 comme le « pouvoir d'usage, de contrôle et de direction » (517). Le gardien d'une chose n'est pas nécessairement le propriétaire, mais peut être un ayant droit de celui-ci (salarié, locataire, etc...), voire le possesseur sans droit ni titre ; toutefois, le propriétaire est présumé gardien de façon réfragable (cf. Annexe 4), et, s'il veut s'exonérer de sa responsabilité objective qui est engagée, c'est à lui de prouver le **transfert de la garde** à une autre personne, celle-ci n'ayant pas à prouver le contraire.

EX1 : Dans une grande surface de la distribution, une cliente avait été blessée par la chute d'un objet manipulé par un autre client, mais la responsabilité du magasin est automatiquement engagée et retenue en définitive, faute pour celui-ci de prouver le transfert de la garde de l'objet à l'origine du dommage (Cass. Civ. 2, 28 février 1996, Magasin Continent c. / Mme Riel).

EX2 : Est gardien à distance des hydrocarbures qui ruissellent sur des terres agricoles la personne qui est à l'origine de ce ruissellement, et non l'exploitant agricole qui est pourtant bien gardien de ses terres à l'origine apparente du dommage subi par le voisinage, le transfert de la garde n'étant pas prouvé, ne serait-ce que parce qu'il ne peut pas sérieusement être allégué (Cass. Civ. 2, 18 mars 2004).

Si la chose (bien) est mobilière, la jurisprudence tend à considérer que la responsabilité du gardien n'est engagée que si elle est en mouvement ou à un endroit inapproprié (518). Si la chose a un caractère immobilier, la situation est beaucoup plus sévère pour le propriétaire, et cela vaut en particulier pour les espaces naturels ou ce qui s'y rattache en vertu de la théorie civiliste de l'accession : arbres, rochers, cavités, etc. Aucune disposition législative à caractère général ne venant écarter systématiquement la responsabilité du propriétaire dont les terrains sont fréquentés par des tiers, le plus souvent sans son autorisation expresse, il ne faut

517 Cass. Ch. Réun., 2 décembre 1941, Franck : la responsabilité du propriétaire d'une voiture volée est écartée pour les dommages causés par le véhicule piloté par le voleur (ce que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'admettra qu'en 1980 !). Autre étape importante : Cass. Plén., 29 mars 1991, Blicq : jurisprudence obligatoire posant le principe général de la responsabilité objective du fait d'autrui (C. Civ., article 1384, alinéa 1^{er}), ce qui est applicable aux chefs d'entreprise par rapport à leurs salariés, dans l'exercice de leurs fonctions.

518 Tel est le cas, par exemple, d'une épave automobile abandonnée sur la voie publique, qui n'est pas faite pour cela ; il ne s'agit pas d'une *res nullius derelicta*.

donc pas s'étonner de ce que beaucoup de propriétaires sont réticents à leur laisser cette liberté, et dressent des clôtures pour empêcher l'accès ou apposent divers écriteaux comminatoires l'interdisant. Toutefois, l'article 28 de la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 modifiant le statut des parcs naturels a introduit dans le Code de l'Environnement un article L 365-1, qui dispose :

« La responsabilité civile ou administrative des propriétaires de terrains, de la commune, de l'Etat ou de l'organe de gestion de l'espace naturel, à l'occasion d'accidents survenus dans le cœur d'un parc national, dans une réserve naturelle, sur un domaine relevant du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres ou sur les voies et chemins visés à l'article L 361-1, à l'occasion de la circulation des piétons ou de la pratique d'activités de loisirs, est appréciée au regard des risques inhérents à la circulation des espaces naturels ayant fait l'objet d'aménagements limités dans le but de conservation des milieux, et compte tenu des mesures d'information prises, dans le cadre de la police de la circulation, par les autorités chargées d'assurer la sécurité publique. »

Le législateur renvoie donc au juge (civil ou administratif, selon le cas) le soin d'apprécier l'exposition volontaire au risque du promeneur, mais sans apporter d'exonération particulière au propriétaire : l'insécurité juridique reste élevée pour celui-ci.

Par ailleurs, l'article 1386 du Code Civil prévoit un régime de responsabilité objective spécifique pour les bâtiments en mauvais état causant un dommage aux personnes (chutes de matériaux notamment), lorsque cet état est dû à un défaut d'entretien ou un vice de construction.

La jurisprudence civile a développé des créations prétorienne importantes en matière de garde ; dépassant la conception traditionnelle de 1941, elle a admis que la garde puisse être exercée à distance, et est même allée jusqu'à admettre que cette garde à distance puisse être divisée entre « garde du contenu » de la chose, et « garde de la structure » de celle-ci :

EX1 : Le fabricant d'un téléviseur est gardien à distance du tube cathodique dont l'implosion peut créer des dégâts considérables (mort d'homme comprise) (519) ;

EX2 : Le fabricant d'une bouteille de verre contenant une boisson gazeuse est gardien à distance de la bouteille (structure), le consommateur victime de l'explosion de la bouteille suite à une malfaçon étant gardien du liquide (contenu) (520).

EX3 : Une entreprise de malterie qui avait fait procéder à la démolition d'un de ses bâtiments et à l'enlèvement des gravats par une entreprise spécialisée, qui les avait entreposés de façon irrégulière dans une carrière située dans le périmètre rapproché d'un captage d'eau potable a été reconnue responsable civilement des atteintes à la nappe phréatique du fait de la contamination de celle-ci par de l'orge fermentée présente sur ces gravats : faute d'avoir informé l'entreprise spécialisée de cet état de fait, elle ne pouvait prouver lui avoir « transféré la garde » de ces restes d'orge fermentée (Cass. Civ. 1, 9 juin 1993, Société La Malterie de la Moselle). L'entreprise spécialisée ou le propriétaire de la carrière était certainement gardien(ne) des gravats par ailleurs, mais, en tant que déchets inertes, ils ne pouvaient en principe affecter la qualité des eaux naturelles destinées à la consommation humaine.

2.1.3.2.3. La responsabilité du fait des animaux

L'article 1385 du Code Civil dispose que «le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé ». Cela s'applique à tout animal *res propria*, et non pas seulement aux animaux agricoles.

Bien que les animaux sauvages appartenant aux espèces chassables (521) soient *res nullius*, l'influence humaine sur leur comportement a eu des conséquences sur le régime de

519 Cass. Civ. 2, 16 janvier 1991.

520 Cass. Civ. 2, 4 juin 1984.

521 Arrêté ministériel du 26 juin 1987 modifié fixant la liste des espèces de gibier dont la chasse est autorisée.

responsabilité des organismes cynégétiques; les dégâts aux récoltes causés par le gibier donnent lieu à un régime de responsabilité sans faute et à indemnisation par les Fédérations départementales de chasseurs, dans des conditions assez complexes et restrictives (522).

Il est à noter que dans certains cas l'animal peut être une source de responsabilité pénale : ainsi d'un chien que son maître lance contre une autre personne en l'excitant pour qu'il morde et blesse celle-ci, la jurisprudence y voyant alors une « arme par destination ».

2.1.3.2.4. La théorie prétorienne des troubles de voisinage

La jurisprudence de la Cour de Cassation a institué dès le XIX^{ème} siècle un régime autonome de responsabilité objective qui est basé sur une idée simple : la vie sociale étant ce qu'elle est, le voisinage n'est pas toujours de tout repos, mais on ne doit pas infliger à son voisin un **trouble anormal de voisinage** (ce qui laisse entendre l'existence de troubles normaux de voisinage, considérés comme inévitables au regard de la liberté individuelle). Cette jurisprudence vaut aussi bien pour les litiges entre résidants que pour la coexistence spatiale entre résidants et activités économiques, voire pour la coexistence des activités économiques entre elles. Les troubles en question sont le plus souvent des nuisances sonores d'origine diverse, mais aussi des odeurs ou des poussières, mais non les empiètements matériels d'un fonds sur un autre, qui mettent en jeu des mécanismes juridiques distincts tels que les actions possessoires où la procédure de référé.

EX1 : Un propriétaire agricole ne pouvant plus exploiter ou louer des terres affectées par des poussières d'une cimenterie voisine, qui respectait pourtant la réglementation applicable en matière d'émission de ces poussières, a été indemnisé pour trouble anormal de voisinage (Cass. Civ. 2, 29 mars 1962 ; Bull. Civ. II, n° 365). Jurisprudence constante : le respect de la réglementation applicable par une entreprise en termes de nuisances (Droit Administratif) ne met pas celle-ci à l'abri d'une action en réparation du trouble anormal de voisinage (Droit Civil) ; la *summa divisio* entre Droit Public et Droit Privé trouve ici une application concrète.

EX2 : Un particulier avait attaqué son voisin pour trouble anormal de voisinage en raison du caquètement des poules de celui-ci ; il avait obtenu quelques dommages-intérêts en première instance, mais le juge avait refusé de prononcer une injonction de cessation de la nuisance sonore alléguée, ce qui l'a amené à interjeter appel. Les juges d'appel ont rejeté l'ensemble de ses prétentions en affirmant dans un style inhabituel que le trouble de voisinage n'avait pas de caractère anormal, pour la plus grande joie de la doctrine et des médias : « Attendu que la poule est un animal anodin et stupide, au point que nul n'est encore parvenu à le dresser, pas même un cirque chinois ; que son voisinage comporte beaucoup de silence, quelques tendres gloussements et caquètements qui vont du joyeux (ponte d'un œuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard) ; que ce paisible voisinage n'a jamais incommodé que ceux qui, pour d'autres motifs, nourrissent du courroux à l'égard des propriétaires de ces gallinacés ; la Cour ne jugera pas que le bateau importune le marin, la farine le boulanger, le violon le chef d'orchestre et la poule un habitant d'un lieu-dit » (CA Riom, 7 septembre 1995).

Toutefois, s'agissant des litiges mettant en jeu une activité professionnelle, l'article L 112-16 du Code de la Construction et de l'Habitation crée un régime d'irrecevabilité pour l'action en réparation du trouble si certaines conditions sont réunies :

- « nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales et commerciales », donc d'origine professionnelle au niveau le plus large ; les nuisances d'origine purement domestiques ne sont pas concernées ;
- arrivée de la partie non professionnelle (mais éventuellement professionnelle elle aussi) postérieure à l'arrivée de l'activité professionnelle source de la nuisance (d'où le nom de « **théorie de la pré-occupation** » donné à ce régime) ;

522 C. Env., articles L 426-1 à L 426-6, R 426-1 à R 426-29.

- fonctionnement de l'installation professionnelle conformément aux dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables, et ce de façon ininterrompue.

Cette prise en considération de la conformité à l'état de droit du fonctionnement de l'installation ne doit pas être interprétée comme conférant automatiquement le caractère de trouble anormal de voisinage au fonctionnement non conforme, en vertu du principe de l'indépendance des législations (cf. 2.2.1.4.1.) ; c'est l'appréciation souveraine des juges du fond qui est déterminante.

2.1.3.2.5. La responsabilité civile du fait des produits défectueux

Ce régime de responsabilité objective a été introduit par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, insérant dans le Code Civil les articles 1386-1 à 1386-18, transposition tardive de la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985, suite à une condamnation en manquement de la France par la CJCE en 1993. Mais il tient de la responsabilité pour faute en ce qui concerne la charge de la preuve : l'article 1386-9 dispose que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » ; c'est donc un régime nettement moins favorable à la victime que celui de l'article 1384, alinéa 1^{er}. La responsabilité peut être atténuée ou supprimée par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable, mais non par le « fait d'un tiers ».

Le **défaut** du produit s'entend de toute situation où « il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre », l'article 1386-4 donnant quelques indications sur ce qu'il faut entendre par là : il ne s'agit pas simplement de l'absence de dangerosité, mais aussi de la sécurité d'emploi du produit. La responsabilité pèse sur le « **producteur** », qui n'est pas nécessairement lié par un contrat à la victime du défaut du produit, et qui est défini par l'article 1386-6 comme le fabricant du produit fini ou d'une matière première qui le compose, mais aussi l'importateur ou le distributeur qui appose sa marque sur un produit fabriqué par une autre entreprise.

Les articles 1386-11, alinéa 5, et 1386-12 établissent une exonération de responsabilité pour « **risque de développement** », à l'exception des dommages créés par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci : le défaut du produit n'était pas perceptible au moment de sa mise en circulation parce que l'état des connaissances scientifiques et techniques à ce moment ne le permettait pas. Ce mécanisme vaut particulièrement pour les produits du vivant.

2.1.4. LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

La mise en œuvre de la **responsabilité de la puissance publique**, ou **responsabilité administrative**, s'appuie rarement sur des textes, mais surtout sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle suit à peu près la même logique que la responsabilité civile, dont elle est l'équivalent en Droit Public, mais selon des modalités parfois différentes : existence d'une responsabilité pour faute et sans faute, possibilité que celle-ci soit partagée avec la victime du dommage, exonération pour force majeure.

Une différence notable est l'absence de réparation en nature, sauf accord du responsable : la réparation s'effectue par équivalent, mais sur le plan financier. Il convient de rappeler que la

responsabilité administrative ne concerne pas seulement l'Etat, mais toute personne morale de Droit Public. S'agissant de fonds publics, le juge administratif est généralement considéré comme moins généreux que son homologue judiciaire statuant en matière de responsabilité civile.

2.1.4.1. La responsabilité administrative pour faute

2.1.4.1.1. L'analogie avec la responsabilité civile pour faute

Le Droit Administratif distingue traditionnellement entre **faute simple** et **faute lourde** de la part de la personne publique. La jurisprudence a longtemps limité la responsabilité administrative à l'exigence d'une faute lourde, les administrés devant en quelque sorte souffrir les dysfonctionnements habituels du service public ; puis elle s'est assouplie en admettant de plus en plus largement l'engagement de responsabilité pour faute simple (activité médicale du service public hospitalier, services de secours et de sauvetage...) tout en continuant à exiger une faute lourde dans certains domaines, mais de façon rarement systématique (activités de contrôle administratif, tutelle sur les établissements publics...). Il peut arriver que l'exigence d'une faute lourde pour déclencher le mécanisme soit prévue par la loi (523). Cela implique des efforts particuliers dans l'organisation des services publics et leur gestion *in concreto*.

2.1.4.1.2. Les applications jurisprudentielles sur les comportements fautifs de la puissance publique

La jurisprudence a retenu un certain nombre de cas où le comportement de l'Administration peut être jugé fautif, pour autant qu'il en ait résulté des conséquences dommageables pour des intérêts privés ou même publics : comportements illégaux reconnus par le juge administratif, sanction disciplinaire injustifiée, carence dans l'exercice des pouvoirs de police (524), fourniture au public d'informations erronées, défaut d'entretien normal d'un ouvrage public (cf. 2.2.4.3.6.), dysfonctionnements du service public hospitalier... Le fait d'accorder une autorisation administrative qui fait ensuite l'objet d'une annulation contentieuse est un comportement fautif assez fréquent :

EX1 : L'Etat a été condamné à verser 400000 F à une exploitation agricole d'élevage intensif suite à l'annulation par la justice administrative d'une autorisation indûment octroyée (police spéciale des ICPE, cf. Annexe 9), l'erreur portant sur la distance insuffisante des bâtiments d'élevage par rapport aux habitations voisines (TA Caen, 10 janvier 1995, GAEC du Vieux Bougy) ;

EX2 : Même type de condamnation pour une commune dont le maire avait délivré un permis de construire pour une étable située en deçà de la distance minimale d'implantation prévue par le règlement sanitaire départemental,

523 Code de l'Organisation Judiciaire, article L 781-1 (faute lourde exigée pour un dysfonctionnement du service public de la justice, sauf pour le déni de justice qui est interdit en général). CPCE, article L 37 (faute lourde exigée pour la responsabilité du fait des dysfonctionnements du service public téléphonique) ; en revanche, les articles L 7 et L 8 du même code renvoient aux articles 1134 et 1382 du Code Civil pour les pertes et avaries dans les envois postaux, d'une part, et pour les dommages directs causés par les retards d'acheminement, d'autre part, c'est-à-dire à une faute simple (modification législative récente). Les articles R 2-1 à R 2-5 du CPCE précisent les conditions de dédommagement pour les victimes du dysfonctionnement du service postal.

524 La circulaire DPPR/SEI du 25 mars 1997 relative à la responsabilité de l'Etat pour faute dans l'exercice des pouvoirs de police au titre de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (Code de l'Environnement Litec 2006, p. 1922) mentionne plusieurs décisions juridictionnelles sanctionnant l'Etat pour carence ou inaction en la matière, ceci valant au demeurant pour toutes les polices administratives spéciales.

l'agriculteur ayant été condamné par le juge civil à verser des dommages-intérêts à un voisin. Mais le TA de Grenoble puis la CAA de Lyon ont exonéré la commune d'1/3 de sa responsabilité du fait de la négligence de l'agriculteur, qui était censé connaître ce règlement (*Nemo censetur ignorare legem !*) (CAA Lyon, 25 juin 1996, Commune de Saint-Agnan en Vercors).

Dans d'autres hypothèses, on a pu observer les solutions suivantes :

EX1 : Une carence dans l'exercice de la police spéciale de la protection des végétaux a constitué un comportement fautif dommageable à une exploitation arboricole, en raison de la « perte de chance » de pouvoir conserver son verger intact (CAA Marseille, 10 janvier 2005, Société civile d'exploitation agricole Durance-Crau). La jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la responsabilité civile pour faute prend aussi en considération la « perte de chance » consécutive à un agissement fautif d'une personne privée, en tant que conséquence dommageable de cet agissement. Mais le Conseil d'Etat a inversé la solution en estimant que la carence fautive de l'Etat n'était pas établie et que les juridictions inférieures avaient « dénaturé le dossier » (CE, 7 août 2008, Ministre de l'Agriculture et de la Pêche).

EX2 : Après avoir obtenu d'un TA l'annulation d'un refus d'autorisation d'exploiter (contrôle des structures agricoles), un agriculteur a recherché la responsabilité de l'Etat du fait de la lenteur du préfet à exécuter l'injonction à son profit prononcée par cette juridiction ; il a obtenu 3000 € d'indemnités pour son préjudice, une « perte de chances de revenus » liée au retard pris dans l'exploitation des terres considérées, la régularité de sa situation par rapport à cette réglementation conditionnant légalement l'obtention d'un bail rural de la part d'un propriétaire (CAA Nancy, 11 mai 2006, M. Reveille).

EX3 : La carence fautive de l'Etat peut être aisément écartée dans les cas où la jurisprudence exige une faute lourde (exercice de pouvoirs de police en l'occurrence) : solution retenue par le juge administratif après avoir constaté la tendance à la diminution du braconnage de masse de la tourterelle dans le Médoc (Gironde) après des années d'impunité et de laxisme répressif pour des raisons d'opportunité sociopolitique (CAA Bordeaux, 20 décembre 2005, Ligue de protection des oiseaux).

EX4 : Carence fautive de l'Etat (préfet, police spéciale des ICPE) retenue pour le fonctionnement non conforme à la réglementation ICPE d'une porcherie qui avait entraîné la pollution d'un étang voisin (CE, 11 juillet 1986, Ministre de l'Environnement c./ Michallon).

EX5 : Carence fautive de l'Etat lorsqu'un préfet n'exerce pas à bon escient son pouvoir de substitution au maire d'une commune (CGCT, art. L 2215-1) (CE, 25 juillet 2007, Société France Télécom, Société Axa Corporate solutions assurances, & Ministre d'Etat, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire (2 arrêts)).

EX6 : Carence fautive de l'Etat pour laxisme et insuffisance des contrôles des élevages intensifs en Bretagne, à l'origine des « marées vertes » sur le littoral du fait de la prolifération de certaines algues ; sur les 4 associations ayant déposé des recours similaires en indemnisation de leur préjudice moral, l'une est déboutée, deux obtiennent 1 € symbolique et l'association « Eaux et Rivières de Bretagne » obtient 2000 €, et ces trois associations obtiennent 1000 € au titre de l'article L 761-1 du CJA (TA Rennes, 25 octobre 2007, Associations « Halte aux marées vertes », « Sauvegarde du Trégor », « Eaux et Rivières de Bretagne » et « De la source à la mer »). Sur appel des associations, ces sanctions financières ont été aggravées : 15000 € pour « Eaux et Rivières de Bretagne », 3000 € pour les deux autres associations (CAA Nantes, 1er décembre 2009). L'Etat a décidé de ne pas exercer de recours en cassation, pour des raisons d'ordre politique (il lui est difficile de mettre en oeuvre une démarche tendant à valoriser ou à illustrer son laxisme environnemental chronique vis-à-vis de la profession agricole).

EX7 : Faute de l'Etat pour la « perte de chance » d'amélioration de ses résultats économiques pour un exploitant agricole indûment évincé de la rétrocession d'un terrain de 4 ha apte à l'arboriculture régionale (nectariniers et pêcheurs), au profit d'un autre exploitant qui n'exerçait pas son activité à proximité immédiate (CE, 10 avril 2009, M. Moracchini). Le commissaire du gouvernement, représentant l'Etat auprès de la SAFER de Corse, avait en effet approuvé la décision de rétrocession à l'autre agriculteur ; la SAFER elle-même pouvant dès lors être considérée comme co-responsable, le préjudice subi par l'arboriculteur évincé, estimé à 36000 €, est imputable pour moitié à l'Etat (18000 €). A noter que tant le TA de Bastia que la CAA de Marseille avaient statué en sens contraire en rejetant le recours en indemnité du requérant, le préjudice n'ayant pas à leurs yeux un caractère certain.

EX8 : « La responsabilité des personnes investies d'un pouvoir de police peut être recherchée devant le juge administratif pour faute simple résultant soit de l'illégalité de décisions ou d'agissements contraires aux objectifs de protection de l'ours, soit, à l'inverse, d'une carence à prendre les mesures nécessaires ou à faire appliquer les mesures prises, qu'il s'agisse de la protection de l'animal ou de la prévention des risques qu'il cause. » (CE, Section des travaux publics, Avis n° 381.725 du 29 juillet 2008, Rapport annuel 2009, p. 320, en réponse à deux questions posées par le Ministre chargé de l'environnement sur les dégâts causés par les ours pyrénéens, espèce protégée).

EX9 : Faute de l'Etat pour avoir omis de déclarer et de verser les cotisations sociales pour l'emploi d'un vétérinaire libéral exerçant un « mandat sanitaire » (avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2011-863 du 22

juillet 2011, cf. ci-dessous), ce qu'a découvert ce praticien au moment de son départ à la retraite, indemnisation de 14800 € (CE, 14 novembre 2011, Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. / M. Camblong).

EX10 : Une société avait acquis un terrain exproprié afin d'y constituer une zone d'aménagement concerté (ZAC), mais la révélation d'une pollution du sol avait amené le préfet à lui imposer par arrêté des travaux de dépollution en tant que détentrice d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE). La société ayant obtenu l'annulation de cet arrêté pour illégalité (elle n'avait pas le caractère de « dernier exploitant connu » de l'installation), elle obtint ensuite réparation de son préjudice du fait de cette illégalité par la CAA de Paris. Le Conseil d'Etat inversa la décision en faisant observer que le préjudice subi par la société n'avait pas été causé par l'illégalité de l'arrêté préfectoral, puisque c'est la police des déchets au titre des articles L 541-2 et L 541-3 du Code de l'Environnement qui devait être appliquée en premier lieu par le maire, et, à défaut, par le préfet, et non celle des ICPE : en tant que propriétaire du terrain, la société était en effet bien « détentrice » de ces déchets présents dans le sol ; il manquait donc le lien de causalité entre le fait générateur de la responsabilité administrative (l'illégalité de l'arrêté préfectoral, qui s'est « trompé de police spéciale ») et le préjudice financier subi par la société qui a dû procéder à travaux pour une pollution du sol dont elle n'avait pas connaissance (CE, 23 novembre 2011, Ministre de l'Ecologie).

Le refus du concours de la force publique pour l'exécution forcée de la chose jugée peut être appréhendé sous l'angle de la faute lourde, mais aussi sous l'angle de la responsabilité sans faute, dans sa composante de la rupture de l'égalité dans l'accès au service public, abordée ci-après (2.3.2.3.).

Dans l'affaire de l'exposition de travailleurs salariés à l'amiante et de ses conséquences mortelles, et en phase avec la jurisprudence de la Cour de Cassation condamnant divers employeurs pour manquement à leur obligation de sécurité de résultat (cf. 1.4.2.2.), la faute de l'Etat a été retenue (525) ; les conséquences dommageables sont d'une particulière gravité, tant pour les victimes et leurs proches que pour le contribuable qui, comme dans le cas de l'affaire du sang contaminé, a été amené à financer un fonds d'indemnisation en lieu et place des intérêts privés responsables de ces scandales majeurs de santé publique qui ont marqué la fin du XXème siècle en France et en Europe (526). Ces fonds d'indemnisation ont été dotés de la personnalité morale afin de pouvoir exercer une **action récursoire** contre les responsables après indemnisation des victimes, qui peuvent aussi, mais sans cumul possible, choisir d'exercer l'action en justice ou le recours contentieux classique pour leur cas propre. Ce système présente pour les victimes l'avantage de dissocier la réparation du préjudice de l'établissement de la responsabilité, mais présente le grave inconvénient de transférer la charge financière de l'indemnisation du responsable au contribuable sans garantie aucune que les actions récursoires sont ou seront exercées dans leur intégralité ; il semblerait qu'elles ne le sont pour ainsi dire jamais, surtout si de puissants intérêts économiques sont en jeu.

Les constructions jurisprudentielles étant assez stables, il est rare que des textes législatifs prévoient explicitement l'existence de ce régime, si ce n'est pour clarifier un dispositif global comportant deux ou plusieurs variantes à effets différents.

EX : La réforme du « mandat sanitaire » des vétérinaires libéraux (ou salariés) opérée par l'ordonnance n° 2011-863 précitée et le décret n° 2012-844 du 30 juin 2012 (CRPM, articles L 203-1 à L 203-11, R 203-1 à D 203-21) a tenu à préciser que la responsabilité pour faute de l'Etat est engagée en cas de dommage causé ou subi par un vétérinaire mandaté par l'Etat qui n'a pas la qualité d'agent public (art. L 203-11, alinéa 2) ; ce statut se différencie de celui du « vétérinaire sanitaire » habilité de façon permanente, qui est un agent public, ce dont on déduit que la solution est la même que précédemment, mais celle-ci est alors classique. Il y aurait eu une insécurité juridique grave pour les praticiens et les propriétaires ou détenteurs d'animaux si cette précision n'avait pas été apportée par la loi dans le premier cas.

525 CAA Marseille, 18 octobre 2001 (2 arrêts), conclusions L. BENOIT, Environnement n° 1/2002, 1. CE, Ass., 3 mars 2004 (4 arrêts rejetant les pourvois en cassation contre ces 2 arrêts, entre autres).

526 Cette question a fait l'objet de l'étude centrale du rapport public 2005 du Conseil d'Etat: Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56, Documentation française).

2.1.4.2. La responsabilité administrative « sans faute »

2.1.4.2.1. L'absence d'analogie avec la responsabilité civile sans faute

La responsabilité administrative « sans faute » n'a pas le même poids que son homologue en Droit Civil : en l'absence de textes généraux comme les articles 1384 à 1386-18 du Code Civil, elle joue un rôle accessoire et supplétif à la responsabilité pour faute. La jurisprudence administrative subordonne sa mise en œuvre soit à l'existence d'un texte spécial (527), soit à l'existence d'un **préjudice anormal et spécial**. Par « anormal », il faut entendre « particulièrement élevé », et, par « spécial », il faut entendre « exclusif » ou quasi-exclusif ; en d'autres termes, la responsabilité administrative « sans faute » ne peut être retenue pour un préjudice « normal » et revêtant un caractère « général ». Cette attitude ne doit pas surprendre : la réparation des préjudices d'origine administrative met en jeu des fonds publics, qui ne doivent pas être dilapidés dans une acceptation trop large de la mise en œuvre de ce régime de responsabilité. Ce sont donc surtout des circonstances exceptionnelles qui vont motiver la reconnaissance de la responsabilité administrative sans faute.

2.1.4.2.2 La responsabilité pour risque

La jurisprudence tend à admettre le mécanisme de responsabilité pour risque lorsque existe une perspective de dommage créant un « risque spécial » :

- soit parce que l'action administrative peut mettre en jeu des choses dangereuses, telles que les armes ou les explosifs (528), ou encore des ouvrages publics particulièrement dangereux (529) ;
- soit parce qu'elle implique des méthodes risquées, telles que le fait de détenir dans des centres spéciaux semi-ouverts des mineurs délinquants susceptibles de les quitter facilement et causer des dégâts (530), ou d'expérimenter des méthodes thérapeutiques ou chirurgicales nouvelles dans le cadre du service public hospitalier (531) ;
- soit parce qu'elle implique parfois de placer des personnes, éventuellement agents du service public, dans des situations objectivement dangereuses (532).

Une deuxième catégorie de cas est fournie par les dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public : ce ne sont pas des agents publics (fonctionnaires ou agents à statut comparable, tels que ceux des EPST), mais ils peuvent apporter ponctuellement ou temporairement assistance pour l'exécution d'une mission de service public : participer aux

527 Dans le contexte de la prévention du sida et autres maladies transmissibles par les matériels de transfusion sanguine, l'article L 1222-9 du CSP prévoit que « l'Etablissement français du sang assume, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs à raison des opérations de prélèvement ». Selon l'article L 1121-7 du même code, les dommages subis à l'occasion de travaux de recherche biomédicale peuvent donner lieu à responsabilité « même sans faute » du promoteur des recherches si ces travaux sont effectués « sans bénéfice individuel », mais, dans l'hypothèse contraire, le promoteur peut s'exonérer de cette responsabilité s'il prouve que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant.

528 CE, Ass., 24 juin 1949, Consorts Lecomte & Franquette et Daramy (2 arrêts) (tiers mortellement blessés lors d'une opération de police mettant en œuvre des armes à feu).

529 CE, Ass., 6 juin 1973, Dalleau (chutes de blocs rocheux sur une route nationale).

530 CE, Section, 3 février 1956, Thouzellier.

531 CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi.

532 CE, Ass., 6 novembre 1968, Dame Saulze (institutrice enceinte contractant la rubéole dans l'exercice de ses fonctions et donnant naissance à un enfant handicapé).

recherches d'une personne disparue, concourir à la lutte contre un incendie de forêt ou autre formation végétale...

La jurisprudence considère aussi comme entrant dans la responsabilité pour risque les dommages subis par des tiers en raison de travaux publics (cf. 2.2.4.3.6.), les tiers s'opposant ici aux personnels impliqués dans la réalisation des travaux : les dommages que ceux-ci peuvent subir relèvent normalement de la responsabilité pour faute. Lorsque ces dommages du fait de travaux publics ont des conséquences non pas ponctuelles, mais permanentes, on passe dans la catégorie jurisprudentielle suivante (2.3.2.3.), mais les conséquences sont les mêmes en pratique.

Enfin, la loi prévoit que l'Etat est responsable des dommages causés lors d'attroupements et de rassemblements, à condition que les auteurs des dommages n'aient été ni appréhendés ni identifiés (533). La responsabilité de l'Etat est engagée même si la victime n'est pas en règle au regard d'une réglementation, ce qui ne s'applique pas dans d'autres cas de figure, tels que les dommages subis lors de l'occupation irrégulière du domaine public:

EX : Une société exploitant un élevage industriel de volailles avait été victime d'un saccage lors d'une manifestation, mais n'était pas en règle sur le plan de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement ; elle a malgré tout eu droit à réparation (534).

2.1.4.2.3. La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques

Ce régime constitue une application d'un principe général du Droit Public, dit « principe d'égalité » (cf. 2.2.1.4.1.). Si l'adoption de textes impératifs, nationaux ou non (cela concerne donc aussi les règlements et décisions communautaires), crée des contraintes nouvelles pour une catégorie d'administrés, cela doit être supporté par ceux-ci de façon égale : il n'y a pas de discrimination, et il n'existe par ailleurs aucun mécanisme général d'indemnisation des intérêts économiques lésés par une innovation textuelle.

Le Conseil d'Etat a cependant admis la possibilité de reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait des lois et des conventions internationales en 1938, dans deux affaires mettant en jeu des produits alimentaires :

EX1 : Une entreprise de l'industrie laitière fabriquait une spécialité laitière dénommée « gradine », qui tombait sous le coup d'une loi nouvelle interdisant la fabrication de produits de substitution à la crème naturelle, pour soutenir le marché et les producteurs de lait ; du fait de l'importance de ce produit dans son chiffre d'affaires, elle a dû arrêter son activité. Malgré le silence de la loi en question, et au vu des « travaux préparatoires » qui ont précédé son adoption (projet de loi et débats parlementaires), le Conseil d'Etat a estimé que rien ne s'opposait à l'indemnisation du préjudice « grave et spécial » subi par l'entreprise : la gravité était démontrée par l'arrêt de son activité, et la spécialité par le fait qu'elle était la seule à fabriquer ce produit en France à cette époque (535).

EX2 : La même faculté a été refusée à une entreprise exportant des boissons alcoolisées vers les Etats-Unis en violation de la législation instaurant la prohibition totale de l'alcool dans ce pays, la loi française ayant été adaptée à la demande du gouvernement étatsunien pour lutter contre la contrebande à l'exportation, car l'entreprise s'était placée d'elle même dans une situation permettant d'affirmer qu'elle avait créé son propre dommage (536).

533 CSI, article L 211-10 ; CGCT, article L 2216-3. La profession agricole en colère n'est pas la dernière à alimenter ce mécanisme.

534 CE, 21 février 1996, SARL Œufs BB.

535 CE, Ass., 14 janvier 1938, Société des produits laitiers La Fleurette.

536 CE, Ass., 14 janvier 1938, Compagnie générale de la Grande Pêche.

Mais la jurisprudence « La Fleurette » et son exigence d'un préjudice grave et spécial doublé d'une interprétation quasi-divinatoire de l'intention du législateur de ne pas exclure une réparation du fait de l'impact économique du texte législatif, dans le silence de la loi elle-même, a reçu très peu d'applications depuis lors. Le problème a ressurgi à la suite de l'adoption de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, qui impliquait notamment la création d'un statut d'espèces végétales et animales protégées contre les actes de destruction : certaines espèces animales protégées – surtout des oiseaux tels que les flamants roses ou les cormorans - causant des dommages importants aux activités agricoles, les agriculteurs peuvent-ils prétendre à une indemnisation de la part de l'Etat dans le silence de la loi ? Après beaucoup d'hésitations des juges du fond, le Conseil d'Etat a fixé dans un premier temps la jurisprudence dans un sens négatif en 1998 (537), pour la revirer en 2003 dans une large mesure, en admettant la possibilité d'une indemnisation pour un « dommage anormal » (538). La solution idéale serait évidemment d'instaurer un mécanisme national d'indemnisation, mais on s'y refuse pour des raisons budgétaires, et peut-être aussi politiques. Cette jurisprudence sur la responsabilité sans faute du fait des lois (ou des actes administratifs unilatéraux ayant un fondement législatif) a donné lieu à des applications plus récentes, quoique rares, en matière environnementale :

EX1 : Une coopérative agricole qui avait dû fermer des silos de stockage de céréales en application de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement a subi un préjudice grave et spécial engageant la responsabilité de l'Etat, malgré le silence de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 (C. Env., art. L 511-1 et suivants) (CE, 2 novembre 2005, Société coopérative Ax'ion). La CAA de Douai, censurée une première fois sur cette affaire en 2004 en ayant simplement retenu le silence du législateur pour rejeter l'indemnisation, a accordé celle-ci en 2006, pour être à nouveau censurée (CE, 27 juillet 2009, Ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire c./ Société Ax'ion), au motif que seuls ont été retenus les frais liés au redéploiement des installations, sans tenir compte de l'aléa inhérent à l'activité de la coopérative (absence d'anormalité du préjudice).

EX2 : Un arrêté préfectoral de protection d'un biotope consistant en un site de nidification de hérons cendrés, espèce d'oiseau protégée au niveau national sur le même fondement législatif que pour les cormorans, avait été mis en cause par des particuliers, qui ont obtenu réparation d'un préjudice grave et spécial du fait de l'interdiction sur leurs terrains de tous travaux susceptibles de modifier l'état des lieux, en particulier l'extraction de matériaux (CE, 12 janvier 2009, Ministère de l'Ecologie et du développement durable c./ Consorts X).

EX3 : Un arrêté municipal avait restreint la circulation sur une voie communale des poids lourds aux véhicules d'un tonnage inférieur à 3,5 t, empêchant la desserte de terrains supportant un garage pour camions utilisé par une entreprise, qui résilia de ce fait le contrat de bail qui la liait aux époux propriétaires du terrain ; ceux-ci demandèrent des indemnités correspondant à la perte des loyers escomptés jusqu'à l'expiration du bail. Cette indemnisation fut accordée car ces propriétaires avaient bien subi un préjudice anormal et spécial (CE, 4 octobre 2010, Commune de Saint-Sylvain-d'Anjou).

EX4 : En matière de dégâts causés par les cormorans, le Conseil d'Etat a infléchi sa jurisprudence de 2003 en limitant l'étendue de l'anormalité du préjudice des exploitations piscicoles à ce qui excède l'aléa inhérent à cette activité (cf. second arrêt « Ax'ion » de 2009 ci-dessus) ; il annule un arrêt de la CAA de Lyon ayant condamné l'Etat à verser 50000 € à ces exploitations après avoir simplement retenu que la surpopulation de cormorans était la cause unique du préjudice subi et que ce préjudice anormal et spécial (en l'espèce) ne concerne que les pisciculteurs exerçant leur activité dans ces zones (CE, 1er février 2012, M. Bizouerne & EARL L'Etang de Galetas) ; renvoi devant la CAA de Lyon (autrement composée).

EX5 : Une société de la filière de l'appellation « Cognac » exploitait deux chais de stockage dont une autre était propriétaire, et pour lesquels elle bénéficiait du régime d'antériorité à la loi de 1976 sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) prévu par l'article L 513-1 du Code de l'Environnement. Un décret de 2004 l'ayant contraint à les fermer en application de l'article L 514-17 du même code (risque créé du fait d'une urbanisation du voisinage alors que son implantation était purement rurale en 1782), elle rechercha la responsabilité de l'Etat en invoquant la jurisprudence « Ax'ion » de 2005. Le TA de Poitiers lui alloua 676748 € d'indemnités, puis la CAA de Bordeaux annula ce jugement sur appel du Ministre chargé de l'environnement en estimant qu'il n'existait pas d'aléa excédant ceux que comporte nécessairement l'exploitation de ce type

537 CE, 21 janvier 1998, Ministre de l'Environnement c./ M. Plan (dégâts causés à un riziculteur de Camargue par des flamants roses).

538 CE, Section, 30 juillet 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre (dégâts causés à des aquaculteurs par les cormorans).

d'installation. Le CE inverse la solution mais ramène l'indemnisation à 202111 €, en estimant que le TA avait négligé toute appréciation de cet aléa (CE, 9 mai 2012, Société Godet Frères & Société charentaise d'entrepôts).

Par ailleurs, ce régime de responsabilité sans faute vaut aussi pour les « dommages permanents de travaux publics » (539), ainsi que pour les conséquences des décisions administratives régulières (540) ; cela s'applique en particulier, et contre toute attente, lorsque l'autorité administrative détenant l'emploi de la force publique refuse de l'utiliser pour assurer l'exécution d'une décision de justice, pour des motifs relevant du maintien de l'ordre public, mais aussi dans des situations voisines (541).

EX1 : Dans un « avis contentieux » sollicité par le TA d'Orléans, le Conseil d'Etat a estimé que ressortissait du régime de responsabilité sans faute au titre de « dommages permanents (créé par un ouvrage public résultant) de travaux publics » les dégâts causés aux propriétés voisines par les lapins proliférant dans les talus ferroviaires, et que cette responsabilité reposait sur RFF (propriétaire et gestionnaire du réseau ferroviaire depuis 1997) et non sur la SNCF, alors même que les statuts de celle-ci prévoient une clause d'entretien des installations et ouvrages du domaine public ferroviaire qu'elle utilise. Il en résultait que les solutions apportées par les TA et CAA étaient divergentes sur ce problème, créant une insécurité juridique pour les victimes des dégâts causés par les lapins. La Haute Assemblée a néanmoins indiqué que la responsabilité de la SNCF (ou de tout autre exploitant du domaine public ferroviaire depuis l'ouverture à la concurrence en Droit communautaire) pouvait être engagée dans la mesure où ces dommages pouvaient être imputables à un défaut d'entretien dans la cadre de cette clause ; mais la solution de principe est la responsabilité du maître de l'ouvrage public constitué par la voie ferrée et son substrat, à savoir RFF (542). On observera que ce régime de responsabilité pour dommages permanents de travaux publics produit les mêmes effets que la responsabilité du fait des choses en Droit Civil : il est très protecteur des victimes.

EX2 : Lorsqu'une station d'épuration communale ou intercommunale déborde et cause des dommages aux propriétaires voisins, ceux-ci vont certainement rechercher la responsabilité de la commune ou de l'EPCI qui gère cet ouvrage public. Il peut y avoir deux origines au problème : le défaut d'entretien normal de la station qui est ponctuel ou épisodique, ou un défaut de conception qui est permanent, mais dont les conséquences peuvent aussi être épisodiques, ou encore répétées ; dans le premier cas, on se situerait sous le régime de la responsabilité administrative pour faute, et la victime du dommage devrait prouver l'existence d'un préjudice, le défaut d'entretien normal de la station et le lien de causalité entre les deux ; mais la jurisprudence exige aussi que la victime soit usager de l'ouvrage public, ce qui ne peut être le cas en l'occurrence. Dans le second cas, qui est en l'espèce le seul possible, la responsabilité de la commune ou de l'EPCI est engagée de plein droit, et la victime doit prouver les premier et troisième éléments du schéma précédent (CAA Lyon, 26 mars 2002, Commune de Cluny).

EX3 : La CAA de Lyon a inversé un jugement du TA de Dijon dans une affaire de pollution d'un ruisseau traversant une propriété et causant des nuisances olfactives : elle a considéré que le propriétaire subissait un préjudice « anormal et spécial » du fait de l'ouvrage public communal constitué par un réseau unitaire d'évacuation des eaux usées dans le ruisseau, sans traitement préalable (CAA Lyon, 20 avril 2006, M. de Denesvre de Domecy c./ Commune de Domecy-sur-le-Vault ; étrange et amusante coïncidence entre un patronyme et un toponyme, qui laisse entendre que le propriétaire requérant est probablement un descendant du seigneur local...).

EX4 : Malgré le silence de la loi sur les conséquences que peut comporter la mise en œuvre de l'article L 2212-2 (5°) du CGCT (risque d'inondation en l'espèce), l'exploitation d'un camping dont la fermeture a été ordonnée à juste titre par le maire de Port-Vendres (Pyrénées-orientales) sur le fondement de ses pouvoirs de police municipale générale peut donner lieu à indemnisation si l'exploitant du camping démontre qu'il a subi un préjudice « grave et spécial » ; cassation de l'arrêt de la CAA de Marseille, qui avait jugé que la mise en œuvre de ces pouvoirs de police poursuivant un but de sécurité publique suffisait à exclure toute indemnisation (CE, Section, 25 juillet 2007, M. Leberger, M. & Mme Cortie).

539 CE, Section, 20 novembre 1992, Commune de Saint-Victoret (dédommagement des frais d'insonorisation d'un bâtiment communal du fait des nuisances sonores causées par un aéroport voisin).

540 CE, 30 novembre 1923, Sieur Couiteas. Si une décision administrative est irrégulière, c'est la responsabilité pour faute qui s'applique en ce qui concerne ses conséquences préjudiciables.

541 CE, Section, 7 décembre 1979, Société « Les fils de Henri Ramel » (préjudice subi par une entreprise importatrice de vin et n'ayant pu réceptionner la cargaison d'un navire interdit d'accostage pour éviter des heurts avec des viticulteurs hostiles aux importations).

542 CE, avis, 26 février 2003, M. Courson.

On peut enfin se demander si la distinction entre les deux régimes a encore un sens, dans la mesure où le Conseil d'Etat a pu avoir recours au concept civiliste de **garde**, appliquée à un ouvrage public résultant de travaux publics (cf. 2.1.4.2.3.), pour admettre la responsabilité sans faute d'une commune et d'un syndicat intercommunal (543).

Outre la responsabilité du fait des lois, la responsabilité « sans faute » de l'Etat est retenue parce qu'il a respecté un traité et une convention de Droit International Public, ou encore la coutume internationale, source particulière de celui-ci, d'une part, et parce que cela a créé un préjudice anormal et spécial à une personne privée, d'autre part.

EX1 : Une entreprise de radiodiffusion a obtenu une indemnisation de l'Etat pour le préjudice par elle subi du fait de l'occupation allemande qui avait réquisitionné ses locaux à Paris, sur le fondement de l'article 53 de l'annexe de la Convention internationale de la Haye du 18 octobre 2007 concernant les lois et coutumes de guerre sur terre. Cette disposition prévoit après le retour de la paix une indemnisation pour le préjudice causé par la saisie des biens des personnes publiques ou privées ayant une activité de radiodiffusion (CE, Ass., 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique).

EX2 : L'ambassade du Koweït à Paris avait licencié quatre femmes de ménage irrégulièrement au regard du Droit du Travail. Celles-ci avaient renoncé à intenter une action devant le Conseil des Prud'hommes, vouée à l'échec au vu de la spécificité de l'employeur, pour demander à l'Etat l'indemnisation de leur préjudice anormal (ou « grave ») et spécial ; l'anormalité (ou la gravité) résidait dans le montant des sommes dues de l'ordre de 100000 € pour 3 d'entre elles, et de 240000 € pour l'une d'entre elles (rappels de salaires et indemnités de licenciement diverses), et le caractère spécial du préjudice provenait de ce que l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, qui fait partie du bloc de constitutionnalité, fait obligation à la République française de se conformer au Droit international Public, sources coutumières comprises. Par conséquent, le Conseil d'Etat a posé « qu'il résulte d'une règle coutumière du Droit Public international que les Etats bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger ; que cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté », et que la situation d'impunité qui en résultait pour cet employeur très particulier générerait un préjudice anormal spécial pour les intéressées. Il inverse la solution apportée au litige par la CAA de Paris, qui avait rejeté le recours indemnitaire des femmes de ménage pour deux motifs : elles devaient logiquement avoir connaissance du risque qu'elles encouraient avec ce type d'employeur, et le caractère générique de genre de situation écarte le caractère spécial du préjudice (CE, Section, 14 octobre 2011, Mme Saleh & a.).

2.1.4.2.4. Régimes législatifs spéciaux de responsabilité sans faute

Afin d'éviter ces attermoissements jurisprudentiels, le législateur intervient parfois pour fixer des régimes spéciaux de responsabilité objective ou pour délimiter la frontière avec la responsabilité pour faute.

EX1 : L'article 8 de la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 sur les OGM a institué un régime de responsabilité objective des agriculteurs mettant en culture un OGM dont la mise sur le marché est autorisée (régime distinct de la « dissémination volontaire » pour les cultures expérimentales), en cas de présence accidentelle de cet OGM dans des cultures voisines aboutissant à un étiquetage OGM obligatoire pour les produits agricoles ou alimentaires qui en sont issus ; le préjudice se limite alors à la différence de prix de vente entre le produit conventionnel et le produit contenant l'OGM. Ce régime restrictif ne fait pas obstacle à la recherche de la responsabilité de l'exploitant, des distributeurs et détenteurs de l'AMM et du COV sur d'autres fondements juridiques (CRPM, articles L 663-4 et L 663-5) : allusion implicite à la « garde à distance » de l'OGM, sous réserve de confirmation jurisprudentielle.

EX2 : L'article 13 de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales prévoit un régime de responsabilité objective pour l'opérateur spatial pour les dommages causés au sol et à l'espace aérien, et un régime de responsabilité pour faute pour les autres dommages. Il est précisé que, dans les deux cas, cette responsabilité est exclusive (elle ne peut être partagée), et qu'elle ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime ; cela exclut donc la force majeure et le fait d'un tiers.

543 CE, 3 mai 2006, Commune de Bollène et autres (2 arrêts), note Maryse DEGUERGUE, AJDA n° 4/2007, pp. 204-210. Les ouvrages publics en question étaient des réseaux hydrauliques qui avaient créé des inondations et coulées de boue.

2.1.4.3. Un régime spécifique : la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi « inconstitutionnelle »

Dans la hiérarchie des sources du Droit objectif, les conventions internationales intégrées au Droit français sur le fondement de l'article 55 de la Constitution ont une portée supérieure à la loi. Or il se peut que le Parlement - qui fait partie de l'Etat - adopte par mégarde ou volontairement une loi contraire à une convention internationale ; si cette contrariété engendre un préjudice pour des personnes privées, l'Etat doit réparer ce préjudice.

EX : Dans un litige porté devant le TASS (Droit de la Sécurité Sociale), un chirurgien-dentiste avait contesté la légalité d'un décret de 1985 sur les cotisations sociales pour la retraite, et obtenu satisfaction devant le Conseil d'Etat ; mais une loi de 1994 est venue valider ce décret - pratique parlementaire douteuse tolérée par le Conseil Constitutionnel - ce qui a abouti à valider rétroactivement les demandes antérieures accumulées par la caisse de retraite, malgré l'arrêt du Conseil d'Etat (la loi est supérieure à la jurisprudence). Ce praticien s'est alors tourné devant les juridictions administratives pour obtenir une indemnisation de son préjudice, en invoquant d'abord devant le TA de Paris la jurisprudence « La Fleurette », puis, ayant été débouté, en invoquant devant la CAA de Paris l'article 6-1 de la CESDH (droit à un procès équitable). Ayant à nouveau été débouté, il a exercé un recours en cassation devant le Conseil d'Etat et obtenu gain de cause (CE, Ass., 8 février 2007, M. Gardedieu ; AJDA n° 11/2007, pp. 585-589).

Cet arrêt d'Assemblée a donné lieu à de nombreux commentaires doctrinaux contradictoires (544), y compris le classement de ce régime dans la responsabilité pour faute ; pour d'autres « publicistes », il s'agissait d'un régime intermédiaire entre responsabilité pour faute et sans faute, *sui generis* ; le commissaire du gouvernement Luc DEREPAS a caractérisé ce nouveau régime comme relevant d'une responsabilité objective *sui generis*, mais nous nous rangeons plutôt à l'avis des auteurs qui y voient une nouvelle catégorie de responsabilité pour faute (545).

2.1.5. LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE

La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux a été tardivement transposée par la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 et le décret n° 2009-468 du 23 avril 2009, qui ajoutent au Livre Ier du Code de l'Environnement un Titre VI intitulé « prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement » (546). Ce régime de responsabilité ne concerne pas les atteintes au patrimoine des personnes, mais le « dommage environnemental » proprement dit : celui-ci ne porte atteinte à aucun patrimoine au sens classique, mais au « patrimoine commun » constitué par l'environnement.

Il met en oeuvre les **principes « pollueur-payeur » et de prévention** (cf. 2.2.1.4.2.), et s'applique à un « exploitant », qui peut être une personne de Droit privé ou de Droit public

544 AJDA n° 42/2007, p. 2336.

545 D'un point de vue doctrinal, on admet aisément que le Gouvernement exerçant le pouvoir réglementaire puisse être fautif, mais non le Parlement, qui exerce le pouvoir législatif au nom des citoyens. Mais les lois sont le plus souvent d'origine gouvernementale, assortie d'un avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi, et les parlementaires disposent d'assistants compétents en matière juridique. Donc, de notre point de vue, le Parlement n'a aucune excuse lorsqu'il adopte des lois contraires aux engagements internationaux et communautaires de la France... D'où notre position sur l'arrêt « Gardedieu ». On peut simplement regretter que le Conseil Constitutionnel, lorsqu'il est saisi, refuse de procéder au « contrôle de conventionnalité », en plus du contrôle de constitutionnalité habituel : cela tendrait à éviter ce type de contentieux.

546 C. Env., art. L 160-1 à L 165-2, R 161-1 à R 163-1.

exerçant une activité professionnelle, et qui n'est pas nécessairement le propriétaire du bien immobilier atteint ; il prévoit aussi l'intervention d'une autorité administrative compétente, qui sera probablement le préfet de région (DREAL). Cette autorité administrative a la responsabilité d'établir le lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité pour l'exploitant et le dommage environnemental (547)

2.1.5.1. La définition du dommage environnemental

Les « dommages causés à l'environnement » sont les « détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement », limitativement énumérées par l'article L 161-1 de ce code :

- 1°) contamination des sols créant un risque d'atteinte grave à la santé humaine (548) ;
- 2°) atteinte grave à l'état écologique, chimique ou quantitatif des eaux, ou leur potentiel écologique, au sens de la DCE 2000/60/CE (cf. 1.3.1.2.6.) ;
- 3°) atteinte grave au maintien ou du rétablissement dans un état de conservation favorable des espèces et des habitats des espèces définis par les directives 79/409/CEE du 2 avril 1979 (« oiseaux ») (549) et 92/43/CEE du 21 mai 1992 (« habitats-faune-flore »), soit encore le « réseau écologique européen Natura 2000 » ou les « sites Natura 2000 » définis par l'article L 414-1 du code ;
- 4°) atteinte aux « services écologiques, c'est-à-dire les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats mentionnés au (3°) au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public, à l'exclusion des services rendus au public par des aménagements réalisés par l'exploitant ou le propriétaire.

Le dommage environnemental est donc le plus souvent un dommage écologique, qui peut revêtir aussi une dimension sociale (un dommage paysager, par exemple). Mais le (1°) ci-dessus lui attribue aussi une composante de santé publique environnementale, et le (4°) lui confère encore une dimension socio-économique (externalités positives) (550). Le positionnement de l'environnement en tant que victime insusceptible d'agir en justice n'exclut pas que des personnes physiques ou morales soient affectées par ailleurs sur le plan patrimonial et poursuivent le responsable présumé pénalement ou civilement.

Sont exclus du champ d'application du dispositif les activités ou aménagements dûment autorisés au titre du réseau Natura 2000 ou de la protection de la biodiversité (destruction exceptionnelle de spécimens d'espèces protégées, par exemple).

547 De fait, une partie de la doctrine estime qu'il ne s'agit pas vraiment d'un régime de responsabilité, mais d'une nouvelle police administrative spéciale. Cf. notamment : Marcel SOUSSE : De la responsabilité environnementale, Environnement n° 11/2008. Cf. aussi l'important ouvrage collectif : La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation (sous la direction de Chantal CANS), Dalloz, 2009 ; dans sa préface, Geneviève VINEY, professeure émérite et auteure d'un ouvrage de référence sur la responsabilité civile, critique cette position : « La plupart des auteurs rejettent cette qualification de « responsabilité » et lui substituent celle de « régime de police administrative », mais cette prise de position nous paraît méconnaître le rôle central de l'exploitant de l'activité polluante qui reste tenu, en vertu des principes de « prévention » et « pollueur-payeur », de prévenir l'atteinte à l'environnement et d'assumer, en fin de compte, la charge de la réparation, le tout sous le contrôle de l'administration représentée par le préfet. Il s'agit donc d'un mécanisme original de gestion du risque environnemental au service de fonctions qui sont très proches de celle de la responsabilité. »

548 Une directive communautaire de protection des sols est prévue depuis 2006, mais semble « en panne ».

549 Directive remplacée par la directive de « codification » 2009/147/CE du 30 novembre 2009.

550 Le concept de « services écologiques » fait son entrée dans le champ juridique, mais, comme dans beaucoup d'autres cas, les juristes se tourneront vers l'expertise scientifique pour l'intégrer dans leurs raisonnements et leurs pratiques. L'INRA a produit d'intéressants travaux sur la question.

2.1.5.2. Le fait générateur de responsabilité pour l'exploitant

Il s'agit toujours d'activités professionnelles, mais qui se divisent en deux catégories prévues par la directive 2004/35/CE. La première catégorie met en jeu un régime de responsabilité « sans faute », et la seconde un régime de responsabilité « pour faute » :

- la première catégorie d'activités professionnelles est fixée par l'article R 162-1 du Code de l'Environnement, qui reprend l'annexe III de la directive : installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) sans effets de seuil, opérations de gestion des déchets, y compris les transferts internationaux, rejets ou introduction de polluants dans les eaux de surface ou souterraines soumise à autorisation, captage et endiguement d'eaux soumis à autorisation, opérations économiques concernant les substances dangereuses, les produits phytopharmaceutiques et les produits biocides, opérations de transport de marchandises dangereuses ou polluantes ; rejets de substances polluantes dans l'air, utilisation confinée ou dissémination volontaire d'OGM ;
- la seconde catégorie comprend toutes les autres activités professionnelles, mais la responsabilité pour faute ne concerne que les atteintes à la biodiversité du réseau Natura 2000, alors que la première catégorie est concernée pour les quatre catégories de dommages causés à l'environnement.

2.1.5.3. L'application des principes de prévention et « pollueur-payeur »

Il est fait application du principe de prévention en ce que ce régime concerne aussi les « menaces imminentes de dommage causé à l'environnement », définies comme présentant « une probabilité suffisante que survienne un tel dommage dans un avenir proche ». L'exploitant doit alors prendre sans délai et à ses frais les mesures permettant d'en empêcher la réalisation ou en limiter les effets, et en informer l'autorité administrative compétente. Il doit en principe opérer en accord avec le(s) propriétaire(s) concerné(s). En cas d'inertie de sa part, cette autorité peut lui demander de fournir les informations adéquates, et intervenir à sa place et à ses frais, éventuellement après lui avoir demandé une consignation financière ; en cas d'urgence ou de danger grave, elle intervient directement. D'autres acteurs peuvent aussi intervenir en cas d'urgence :

- personnes morales de Droit public : les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements publics et les GIP ;
- personnes morales de Droit privé : associations de protection de l'environnement, fondations, syndicats professionnels, propriétaires (individuels ou en association) .

En second lieu, ce régime met ici plutôt en oeuvre le principe de réparation tel que prévu à l'article 4 de la Charte de l'environnement au niveau constitutionnel, même si l'article L 160-1 mentionne explicitement le principe pollueur-payeur (cf. 2.2.1.4.2.). L'autorité administrative compétente procède à l'évaluation de la nature et des conséquences du dommage. Elle apprécie le contenu des mesures de réparation que lui propose l'exploitant, et les lui impose, éventuellement modifiées, selon les mécanismes suivants :

- les dommages causés au sol doivent être réparés de façon à supprimer tout risque d'atteinte grave à la santé publique, compte tenu de la destination des terrains concernés en Droit de l'Urbanisme (risques plus ou moins importants) ;
- les dommages causés aux eaux, à la biodiversité et aux services écologiques afférents doivent en principe faire l'objet d'une « réparation primaire », qui « désigne toute mesure par laquelle les ressources naturelles et leurs services (...) retournent à leur état initial ou s'en

rapprochent » ; si cette réparation primaire est impossible, des mesures compensatoires en nature, éventuellement sur un autre site, la remplacent.

Les pouvoirs de police administrative prévus pour la prévention valent aussi pour la réparation. L'intégralité des coûts des opérations est à la charge de l'exploitant. Des sanctions pénales sont prévues s'il ne respecte pas la mise en demeure de l'autorité administrative, dans les deux cas. L'exploitant dispose d'une action récursoire contre les tiers, y compris une autorité publique, qui serait à l'origine du dommage ou de la menace imminente de dommage ayant donné lieu à sa mise en cause.

2.2. L'INTERVENTION ADMINISTRATIVE

L'appréhension d'un problème juridique donné implique de recenser systématiquement les mécanismes de Droit Privé et de Droit Public qui le caractérisent. Il existe évidemment des cas où l'on a affaire exclusivement à des mécanismes de l'un ou l'autre de ces deux grands champs juridiques délimités par la *summa divisio*. Cependant, il est essentiel de noter que le Droit Privé constitue la « toile de fond » ou le « point de départ » de l'examen de la question, le Droit Public venant ensuite en restreindre la portée de façon plus ou moins importante, et non l'inverse, sauf si la question posée relève exclusivement du Droit Public (litige entre deux personnes publiques, notamment).

Le Droit Privé, et plus particulièrement sa branche maîtresse, le Droit Civil, crée par conséquent trois espaces de liberté en tant que toile de fond : un espace portant sur les choses, donc mettant en jeu la propriété privée ; un espace de liberté économique, en termes d'innovation sur les activités économiques et les métiers ; et enfin un espace de liberté sur la manière de gérer les engagements des acteurs économiques dans les contrats qu'ils passent entre eux. Ces espaces de liberté n'ont pas seulement une valeur législative (Code Civil ou lois non codifiées), ils sont adossés à des sources de rang plus élevé : le bloc de constitutionnalité et certaines conventions internationales.

2.2.1. LA TOILE DE FOND : LES TROIS ESPACES DE LIBERTÉ

L'article 2 de la DDHC du 26 août 1789, qui a valeur constitutionnelle, pose l'existence de quatre « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » : liberté, propriété, sûreté et résistance à l'oppression. Les deux premiers droits font l'objet des développements qui suivent, la sûreté étant abordée ultérieurement (551). On a vu que les « libertés publiques » constituent une branche autonome du Droit Public, interférant fréquemment avec le Droit Constitutionnel et le Droit Administratif. Mais les « libertés fondamentales », qui incluent les libertés publiques, ont aussi des incidences en Droit Privé, les « droits de l'homme » jouant fréquemment un rôle fédérateur.

2.2.1.1. Le droit de propriété

2.2.1.1.1. La protection du droit de propriété aux niveaux européen et international

Le droit de propriété fait l'objet d'une protection dans diverses conventions internationales :

- l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, sans portée contraignante, dispose que « toute personne, seule ou en collectivité, a droit à la propriété » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété » ;
- en « Droit Européen », l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la CESDH, ratifié par la France et incorporé au Droit de l'UE, dispose que :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

551 Il serait intéressant de s'interroger sur les implications du quatrième droit naturel et imprescriptible, mais cela paraît hors sujet au vu des objectifs du présent document. On se bornera à rappeler qu'il légitime *a posteriori* la prise de la Bastille et le renversement de l'Ancien Régime en 1789, mais aussi la Résistance et la France Libre entre 1940 et 1945. Il n'est pas à exclure qu'il puisse encore servir dans l'avenir.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assumer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Le Droit de l'UE n'est pas en reste. Si l'article 345 du TFUE fait application du principe de subsidiarité en proclamant que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres » (552), l'article 6 du TUE proclame l'adhésion de l'UE à la CESDH et à ses Protocoles, ce qui entraîne l'applicabilité de l'article précédent en Droit de l'UE. Par ailleurs, l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui occupe un rang égal aux Traités en vertu du même article, fait écho à la CESDH en disposant :

« 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour une cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

2. La propriété intellectuelle est protégée ».

Ces dispositifs européens et internationaux trouvent leur origine historique dans les articles 544 et 545 du Code Civil (553) et leur « exportation » par la conquête napoléonienne de la plus grande partie de l'Europe au début du XIX^{ème} siècle.

2.2.1.1.2. La propriété en tant qu'espace de liberté

L'article 544 du Code Civil, déjà présenté, fait du droit de propriété un droit absolu, « pourvu qu'on n'en fasse point un usage prohibé par les lois ou les règlements ». Il convient ici de distinguer la propriété immobilière et mobilière. En matière mobilière, les limitations les plus importantes concernent les armes et les stupéfiants. Les lois qui limitent l'exercice du droit de propriété immobilière sont peu nombreuses :

EX1 (CF, article L 122-1) : « Tout propriétaire exerce sur ses bois et forêts tous les droits résultant de la propriété dans les limites spécifiées par le présent code et par la loi, afin de contribuer, par une gestion durable, à l'équilibre biologique et à la satisfaction des besoins en bois et autres produits forestiers.

Il en réalise le boisement, l'aménagement et l'entretien conformément à une sage gestion économique. »

EX2 : Le propriétaire de terrains agricoles qui les laisse « incultes » ou « manifestement sous-exploités » peut se voir imposer un fermier qui en fait la demande au préfet de département, mais non sans avoir eu la possibilité de procéder à leur mise en valeur dans un certain délai ; il existe deux procédures, l'une individuelle et l'autre collective, organisée par le préfet (554).

Une des conséquences concrètes de ce caractère absolu est le **droit de se clore** (555), lorsque le droit de propriété porte sur des biens immobiliers, qualifiés de « fonds » ou d'« héritage » par le Code Civil, c'est-à-dire sur des terrains éventuellement assortis d'immeubles bâtis. D'un point de vue historique, le droit de se clore est indissolublement lié à la mise en extinction du **droit de vaine pâture**, droit coutumier qui permettait aux populations rurales de faire paître leurs animaux sur certains terrains qui ne leur appartenaient pas. L'article 648 du Code Civil précise d'ailleurs que « le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait ». L'article L 651-4 du CRPM précise que, lorsque le droit de vaine pâture existe encore, il ne peut faire obstacle au droit de se clore : « tout terrain clos est affranchi de la vaine pâture ». Ce recul de l'appropriation collective du sol doit être interprété comme une volonté du législateur de favoriser la liberté

552 Cela signifie concrètement qu'aucune compétence n'est attribuée à l'UE sur les questions foncières (régimes locatifs, régime du sous-sol, de la propriété publique, Droit de l'Urbanisme...)

553 C. Civ., article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

554 CRPM, articles, L 125-1 à L 125-15, R 125-1 à R 125-14.

555 C. Civ., article 647.

individuelle en matière agricole et l'innovation dans les systèmes de production sous l'influence des économistes « physiocrates » (556). L'article R 651-1 du CRPM fournit, sous la forme d'une présomption irréfragable, une définition extensive mais très précise de la clôture au regard de l'existence éventuelle au niveau local d'un droit de vaine pâture :

« Est réputé clos pour l'application de l'article L 651-4 tout terrain entouré soit par une haie vive, soit par un mur, une palissade, un treillage, une haie sèche d'une hauteur d'un mètre au moins, soit par un fossé d'un mètre vingt centimètres à l'ouverture et de cinquante centimètres de profondeur, soit par des traverses en bois ou des fils métalliques distants entre eux de trente-trois centimètres au plus s'élevant à un mètre de hauteur, soit par toute autre clôture continue et équivalente faisant obstacle à l'introduction des animaux. »

Cette définition de la clôture n'a aucune portée générale et ne vaut qu'en cas de litige sur l'exercice d'un droit de vaine pâture, occurrence rare. La clôture « parfaite » sur le plan technique peut avoir une autre conséquence juridique : le droit de chasser en tout temps sur ses terres le gibier à poil et à plumes (557), alors que, en dehors de cette hypothèse particulière, la période de chasse doit être respectée par les chasseurs, même sur leurs propres terrains. L'article L 424-3 du Code de l'Environnement précise que l'**enclos cynégétique** doit comporter un bâtiment d'habitation et mettre en oeuvre une « clôture continue et constante faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins et empêchant complètement le passage de ce gibier et celui de l'homme ».

D'une manière générale, il va de soi que la clôture agricole a aussi une fonction inverse : empêcher des animaux parqués sur des parcelles herbagères de divaguer et de causer des dégâts sur le terrain d'autrui, ce qui mettrait en jeu le régime de responsabilité sans faute de l'article 1385 du Code Civil pour leur propriétaire ou leur gardien. La clôture forestière a généralement pour but d'empêcher le gros gibier de détériorer les jeunes arbres.

Enfin, que le fonds soit affecté ou non à l'agriculture, la clôture a aussi pour fonction de prévenir l'intrusion humaine, un certain nombre de nos contemporains ayant du mal à comprendre que le droit de propriété bénéficie non pas seulement à eux-mêmes mais aussi aux autres... Sauf mécanisme spécifique tel qu'une servitude engendrant un droit de passage ou une convention d'ouverture au public (558), il n'existe en France aucun droit subjectif général d'évoluer sur le fonds d'autrui, et le propriétaire est absolument libre de s'y opposer ; cela étant, on ne peut pas affirmer en sens inverse qu'il est interdit de circuler sur la propriété d'autrui, aucune infraction pénale n'étant prévue à ce sujet, sauf si le promeneur accomplit certains actes sanctionnés par le Code Pénal : dégradations de biens immobiliers, abandon de déchets, départ de feu, violation de domicile.... Le propriétaire est donc généralement libre de décider de la fréquentation de ses terrains par le public ; seuls la loi ou des engagements contractuels peuvent aboutir à une situation inverse.

Le droit de se clore ne concerne pas exclusivement les espaces ruraux, mais aussi les espaces urbains ou périurbains, si l'on habite pas dans l'appartement d'un immeuble à étages. Il peut

556 Joseph HUDAULT & Nadine VIVIER : Les racines historiques du Droit Rural et le rôle joué par la Société royale d'agriculture - Compte-rendu de la séance historique du 250ème anniversaire de l'Académie d'Agriculture de France, volume 97, n° 4, 2012, pp. 20-26.

557 C'est l'alinéa 2 de l'article L 424-3 qui prévoit l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour étendre le droit de chasse en tout temps à « certains oiseaux d'élevage ». Une association intéressée a obtenu une injonction contre l'Etat en vue de l'adoption de ce décret dans un délai de 6 mois : CE, 22 janvier 2003, Association de loisirs cynégétiques en enclos. Le décret n'est toujours pas paru.

558 Le cadre juridique principal de ces conventions est fourni par l'article L 130-5 du Code de l'Urbanisme (mode pilote) et par les articles L 343-8 du Code du Tourisme et L 311-3 du Code du Sport (mode suiveur). Les documents de gestion forestière prévoient les modalités d'ouverture éventuelle des espaces forestiers au public, qui est de principe pour les forêts relevant du régime forestier (CF, articles L 122-9 à L 122-11) ; l'article L 122-9 renvoie aux conventions de l'article L 130-5 du Code de l'Urbanisme.

contribuer de diverses manières à la liberté individuelle, en soustrayant la vie privée du propriétaire et de ses ayants droits à la vue du public.

Une autre conséquence concrète du droit de propriété (appliqué aux biens immobiliers) est la possibilité pour le propriétaire d'avoir des « **gardes particuliers** » assermentés et commissionnés, donc susceptible de constater certaines infractions : gardes du littoral (applicabilité au domaine relevant du Conservatoire du littoral, personne publique), gardes-chasses, gardes-pêche, gardes forestiers, etc... (559).

D'une manière générale, la « maîtrise foncière » privée bien inspirée est une des manières les plus efficaces de protéger l'environnement en assurant une gestion durable des espaces naturels : les **Conservatoires régionaux des espaces naturels (CREN)** sont des associations dotées d'un agrément administratif particulier qui peuvent acquérir à l'amiable des terrains dans ce but (560), mais, en dehors de cas, il est loisible aux associations et fondations ayant comme objet une gestion durable des espaces naturels et de leur biodiversité de devenir propriétaires privés si l'occasion se présente. La maîtrise foncière s'oppose à la « mise en réserve » constituée par les espaces naturels protégés par des servitudes d'utilité publique à caractère environnemental. Les personnes physiques propriétaires peuvent évidemment, elles aussi, jouer un rôle de protection de l'environnement en toute discrétion ou à travers des réseaux d'échanges d'informations et d'expériences.

2.2.1.2. La libre initiative économique

L'innovation économique et technique relève aussi de la liberté. L'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 (loi ou « décret » d'ALLARDE, toujours en vigueur (561)) dispose que « s'il est libre à toute personne de faire tel négoce ou exercer telle profession, art ou métier..., elle sera tenue de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Le sens profond de cette mesure, véritablement révolutionnaire à l'époque, est l'interdiction faite à des intérêts privés coalisés de s'opposer à l'éclosion de métiers nouveaux leur apportant une concurrence indésirable ; seul l'intérêt général peut justifier des restrictions à l'innovation professionnelle ou technique, sous le contrôle du juge constitutionnel.

L'analogie rédactionnelle avec l'article 544 du Code Civil est frappante : la liberté est la règle, l'atteinte à la liberté l'exception, et toujours d'origine publique au nom de l'intérêt général. La loi d'ALLARDE est le fondement de l'émergence du principe général de la liberté du commerce et de l'industrie en Droit Public (cf. 2.2.1.4.1.).

559 Décret n° 2006-1100 du 30 août 2006 relatif aux gardes particuliers assermentés, complétant le CPP et modifiant le Code de l'Environnement et le Code Forestier. C. Env., articles L 322-10-1, R 322-15 & R 322-15-1 (gardes du littoral), L 428-21, R 428-25 à R 428-28 (gardes-chasse particuliers), L 437-13 & R 437-3-1 (gardes-pêche particuliers). Les « gardes particuliers » tout court existent aussi, et tous doivent être agréés par le préfet pour pouvoir constater des infractions commises au détriment du ou des propriétaires qui les emploient (CPP, articles R 15-33-24 à R 15-33-29-2) ; ils peuvent concerner la forêt privée (suppression des dispositions spécifiques aux gardes des bois particuliers dans le Code Forestier de 2012, mais allusion indirecte à cette possibilité dans l'article D 315-4 de ce code en cas d'application contractuelle du régime forestier).

560 C. Env., articles L 414-11, D 414-30 & D 414-31. Les CREN, qui ne peuvent qu'acheter à l'amiable, peuvent recevoir l'appui technique et juridique de personnes morales dotées de droits de préemption telles que les SAFER ou les établissements publics fonciers régionaux.

561 Cass. Crim., 8 avril 1992, Menchou : le tenancier d'un « restaurant grec » ne peut invoquer ce principe pour s'adonner au racolage commercial des clients sur la voie publique, en contravention avec un arrêté du préfet de police de Paris de 1933.

2.2.1.3. La liberté contractuelle

Le principe de la liberté contractuelle, ou encore « principe de l'autonomie de la volonté », résulte de l'interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code Civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». L'innovation en matière économique est donc possible en Droit Privé, parallèlement et en phase avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie en Droit Public : on peut inventer des contrats nouveaux, de nouveaux types de clauses, et l'objet des obligations du contrat peut consister en produits et en services nouveaux.

Ce principe est à l'origine de la distinction entre contrats nommés et innommés (cf. 1.5.1.2.3.) ; les premiers sont les plus courants et ont été étudiés en profondeur par la doctrine (universitaire et professionnelle), les seconds ont un caractère rare ou spécifique, et peuvent donc servir de support à une innovation dans les relations économiques. L'évolution des règles applicables aux marchés financiers est une bonne illustration : les professionnels inventent occasionnellement de nouveaux « produits », qui font l'objet de contrats nouveaux avec les épargnants ; si à l'expérience des problèmes apparaissent, ces contrats seront encadrés par la législation ou la réglementation spécifique édictée par l'AMF.

2.2.1.4. Conséquences sur les caractéristiques du Droit Public

Intervenant sur cette toile de fond, les deux branches maîtresses du Droit Public que sont le Droit Constitutionnel et le Droit Administratif s'appuient sur des textes très généraux qui ne donnent pas de solutions précises à toutes les questions juridiques d'équilibre entre ces trois espaces de liberté et les limitations à leur apporter dans l'intérêt général. C'est pourquoi la jurisprudence afférente a dégagé des principes puissants pour trancher ces questions. Par ailleurs, ces constructions jurisprudentielles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans lesquelles ces principes jouent un rôle essentiel constituent de véritables chaînes conceptuelles communes aux deux branches : prérogatives de puissance publique, ordre public, intérêt général, service public, travaux publics, ouvrages publics, domanialité publique, contrats administratifs... C'est l'apprentissage progressif des maillons de cette chaîne et de leur interaction parfois complexe qui caractérise la difficulté du Droit Public dans son apprentissage académique, alors qu'en Droit Privé (Droit Pénal inclus) les textes législatifs, généralement codifiés, sont nombreux et développés, et précèdent logiquement la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Même si le Droit Administratif est la branche maîtresse du Droit Public, il convient de ne pas oublier que son fondement et son présupposé théorique est le Droit Constitutionnel :

« A partir de la source que forment les règles et les principes constitutionnels, le Droit Administratif développe ses constructions comme un fleuve dessine ses méandres. (...) L'histoire politique de la France a été en partie forgée par son Administration. Tout comme le Droit Administratif a des sources constitutionnelles, le Droit Constitutionnel a des sources administratives » (562).

Il en résulte que les principes généraux du Droit Public sont le plus souvent communs aux deux branches, leur apparition première ayant pu se produire dans l'une ou l'autre branche ; en pratique, ils ont émergé plus fréquemment en Droit Administratif pour être repris par le Droit Constitutionnel. Ces principes ont toutes les chances d'être aussi des principes généraux du Droit de l'UE, puisque communs à de nombreux Etats membres.

562 Bernard STIRN : Les sources constitutionnelles du Droit Administratif, L.G.D.J., 1995, p. 111.

2.2.1.4.1. Les principes généraux communs au Droit Constitutionnel et au Droit Administratif

Du fait de leur caractère essentiellement jurisprudentiel, le Droit Constitutionnel et le Droit Administratif ont sécrété des « principes » pour compenser une large absence de textes applicables, si ce n'est les textes très généraux du « bloc de constitutionnalité ». Etant donné que ces principes existent le plus souvent dans les Etats voisins, le Droit Communautaire/de l'UE tend à les reconnaître lui aussi, éventuellement sous une formulation un peu différente. Commentant la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, la doctrine publiciste distingue les **principes généraux du Droit Constitutionnel** des « **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** » : si les premiers se rattachent clairement et directement au bloc de constitutionnalité, les seconds sont d'origine législative et sont rattachés au bloc de constitutionnalité par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Par ailleurs, les principes généraux du Droit Administratif se distinguent des « règles et principes à valeur constitutionnelle », qui sont d'origine purement jurisprudentielle (563) et se situent à un niveau inférieur à la Constitution et au bloc de constitutionnalité, dont font partie les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (564). On se bornera à retenir l'existence de cette nébuleuse principielle, située entre la législation et le bloc de constitutionnalité.

Parmi les principes généraux de la première catégorie, on doit accorder une importance particulière au **principe d'égalité**, au **principe de liberté du commerce et de l'industrie**, et au **principe de continuité du service public**.

Le principe d'égalité, qui est commun aux trois branches du Droit précitées, trouve son origine dans le célèbre article 1^{er} de la DDHC : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit (...) ». Réitéré par l'article 1er de la Constitution, il se décline selon plusieurs axes :

- l'égalité devant les charges publiques, que ce soit en matière fiscale ou face aux contraintes juridiques à incidence financière, y compris la tarification d'un SPIC tel que la distribution d'eau potable (565) ; mais il s'applique « à situations comparables », c'est-à-dire selon des classes d'équivalence dans la situation des citoyens (personnes physiques ou morales) ; ce principe n'implique donc pas que chaque contribuable français paie la même somme au titre de l'impôt sur le revenu, mais que, pour chaque catégorie de contribuable définie par la législation fiscale à un moment donné, chacun paie la même somme ou la même proportion du revenu imposable ;
- l'égalité dans l'accès aux emplois publics, compte tenu des conditions de compétence à remplir pour y accéder (566) ;
- l'égalité dans l'accès aux prestations des services publics, que l'on retrouve dans la législation sur l'aménagement et le développement durable du territoire ;

563 On peut citer par exemple le droit à un logement décent ou le droit à la dignité de la personne humaine.

564 Exemples : l'indépendance des enseignants-chercheurs du service public de l'enseignement supérieur, le respect des droits de la défense, la liberté d'association...

565 CE, 28 avril 1993, Commune de Coux ; une commune ne peut fixer une tarification de l'eau potable distribuée aux résidents en différenciant les tarifs selon qu'ils sont résidents principaux et résidents secondaires, les motifs invoqués à l'appui de la délibération du Conseil municipal (nécessité de lutter contre la gaspillage, et insuffisance de la ressource en été) n'étant pas de nature à constituer une différence de situation, pouvant justifier une telle discrimination. Le principe d'égalité s'apprécie en effet « à situation comparable ».

566 CE, Ass., 28 mai 1954, Barel : illégalité du refus d'enregistrer une candidature à l'ENA en raison des opinions politiques du candidat.

- un triple égalité en matière de marchés publics : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures (567).

EX : La Compagnie agricole de la Crau et du marais de Fos (SA), avait conclu en 1881, 1888 puis en 1940 une série de conventions avec l'Etat, approuvées par voie législative, aux termes de laquelle elle s'engageait à mettre en valeur des terrains impropres à l'agriculture en contrepartie de prêts consentis par l'Etat, à charge pour elle de reverser à celui-ci 50% de ses bénéfices pendant la durée de remboursement de ces prêts, puis 25% après leur amortissement complet. Ce système de double imposition objective des bénéfices (la SA étant soumise à l'impôt sur les sociétés) a abouti à l'invalidation de la loi de 1941 pour rupture d'égalité devant la loi fiscale (CC, 14 octobre 2010, n° 2010-108 QPC). La QPC avait été posée lors d'un contentieux fiscal porté devant la juridiction administrative (émission d'un titre de perception à l'encontre de la Compagnie en 2000 pour un montant de 3095407 €), la Compagnie ayant cessé ses versements en 1984 et entrepris des démarches en vue de la résiliation de la convention. Le Conseil d'Etat, saisi en cassation d'un arrêt de la CAA de Marseille qui avait ramené le montant du titre de perception à 2428252 €, a annulé cet arrêt ainsi que le titre de perception et une décision ministérielle de rejet d'un recours gracieux de remise en 2001. L'Etat doit donc rembourser à la Compagnie la somme de 3095407 € majorée des intérêts capitalisés (CE, 26 juillet 2011, Compagnie agricole de la Crau), suite à une QPC issue de la réforme constitutionnelle de 2008 appliquée rétroactivement à une loi de 1941 !

Un des corollaires du principe d'égalité est le **principe de neutralité** du service public, qui interdit la « discrimination positive » telle qu'elle peut exister aux Etats-Unis ; seule une disposition constitutionnelle spécifique peut créer un mécanisme de discrimination positive. Il en résulte que l'égalité homme-femme, qui est aussi un principe important du Droit Communautaire, peut dans certains cas bénéficier aux hommes considérés isolément, alors que ces mesures sont historiquement nées de l'existence de situations généralement plus défavorables pour les femmes dans la vie économique et sociale. Le principe de neutralité débouche aussi sur l'**obligation de réserve des fonctionnaires** : ceux-ci ne peuvent pas librement critiquer leur hiérarchie dans l'exercice de leurs fonctions, sous réserve des droits syndicaux qui leur sont reconnus ; mais cette obligation s'apprécie de façon différenciée selon les corps concernés : elle est très forte pour le corps préfectoral ou les militaires, et très faible dans l'enseignement supérieur.

Par ailleurs, cette neutralité implique naturellement l'**impartialité** de l'Administration dans son action vis-à-vis des administrés (568). La **laïcité**, qui est proclamée dans la Constitution, est en conséquence la règle dans l'enseignement primaire et secondaire publics.

Le principe d'égalité ne vaut pas que pour le Droit Public : il est très présent en Droit Privé, notamment en matière de successions (égalité de principe des co-héritiers), de sociétés par actions (égalité des actionnaires), de marchés financiers (569), mais surtout en matière de non-discrimination entre personnes privées dans diverses situations juridiques (570). Certaines discriminations peuvent être sanctionnées pénalement (571). En matière de rémunération des salariés d'une même entreprise relevant les uns du Droit Privé (contrat de travail) et les autres du Droit Public (statut de type « fonctionnaire »), le principe ne

567 CMP, article 1er-II.

568 Dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ce manquement à l'impartialité est appréhendé en tant que détournement de pouvoir, et l'infraction pénale n'est pas loin...

569 L'article L 465-2 du CMF prévoit 3 délits (dits « délits d'initiés ») qui tendent à sanctionner la rupture de l'égalité entre les investisseurs potentiels sur les marchés financiers.

570 Cf. notamment la loi n° 2004-1486 du 31 décembre 2004 portant création de la HALDE, la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au Droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. dans le domaine du travail : interdiction des discriminations (C. Trav., art. L 1132-1 à L 1134-4), et mesures tendant à l'égalité professionnelle hommes-femmes (C. Trav., art. L 1141-1 à L 1146-3).

571 CP, articles 225-1 & 225-2, et 432-7.

s'applique pas pour la rémunération de base (en contrepartie de la protection de l'emploi supérieure dans le second cas), mais s'applique pour tout complément de rémunération fixé pour le critère de la fonction et du poste de travail occupé (572).

Bien qu'il ait aussi un fondement législatif ancien (la « loi d'ALLARDE » de 1791), le principe de liberté du commerce et de l'industrie se déduit de l'article 4 de la DDHC : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (573). En ont été déduites de nombreuses libertés, parmi lesquelles la liberté du commerce et de l'industrie, qui permet le renouvellement constant des activités économiques (produits, services, emploi...). Elle se traduit par un contrôle du juge administratif sur la légalité des activités économiques créées par des personnes publiques en concurrence avec l'initiative privée, et en particulier les communes qui créent des « commerces municipaux » : la jurisprudence ne valide ce type d'initiative que s'il est établi que l'initiative privée sur le territoire concerné est absente ou insuffisante pour satisfaire les besoins de la population locale (574) ; ainsi les « bains-douches municipaux » ont-ils eu leur heure de gloire avant la généralisation de la « salle de bains » dans les logements, une commune et son maire étant compétents en matière d'hygiène publique.

Dans un litige opposant l'Ordre des avocats au barreau de Paris à l'Etat qui avait institué une « Mission d'appui aux contrats de partenariat » susceptible de concurrencer indûment la profession sur le plan du conseil, le Conseil d'Etat a ainsi résumé l'état de la question sur le plan jurisprudentiel, et par voie de conséquence doctrinal, pour confirmer la validité de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (avant sa ratification par voie législative) :

« (...) Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du Droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans les limites de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ; (...) » (CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris).

Cet extrait illustre de façon claire et exhaustive les liens réciproques entre les concepts fondamentaux étudiés ici : intérêt général (ou public), service public, prérogatives de puissance publique, applicabilité de principe du Droit de la Concurrence aux activités économiques des personnes publiques, sans oublier le principe étudié proprement dit.

Comme les autres principes, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut être écarté pour des motifs d'intérêt général par le juge constitutionnel saisi pour contrôler une loi, mais à condition que l'atteinte au principe soit proportionnée au but recherché (principe de proportionnalité abordé ci-après).

Le principe de continuité du service public implique que l'Administration ou le délégataire d'un service public est tenu d'assurer cette continuité, sauf cas de force majeure ou fait de l'autorité délégante. Celle-ci est même tenue, selon une théorie jurisprudentielle dite de

572 Cass. Plén., 27 février 2009, La Poste.

573 Principe que semble avoir oublié le législateur lorsqu'il érige en infraction pénale la consommation de substances diverses classées stupéfiants, dont le consommateur ne nuit qu'à lui-même.

574 Cela peut permettre de lutter contre la « désertification » économique dans les espaces ruraux dits profonds.

l'imprévision, de secourir financièrement un délégataire acculé à la ruine pour des raisons conjoncturelles. Une des conséquences de ce principe est la limitation du droit de grève, qui est pourtant un droit reconnu par la Constitution, dans la fonction publique, voire son interdiction pour certaine catégorie de fonctionnaires (militaires, policiers, magistrats, services pénitentiaires). La limitation du droit de grève dans le but de maintenir la continuité du service public implique l'obligation de déposer un préavis de grève dans un certain délai, et l'interdiction des grèves tournantes ou de solidarité. Avant l'instauration de ces mécanismes, il a été jugé que l'Administration était en droit d'annoncer et de prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre de personnels grévistes (575). Une autre conséquence du principe peut être l'instauration d'un « service minimum » dans certains services publics, par voie législative puis réglementaire.

EX : S'agissant du service public des transports publics de personnes, les dispositions des articles L 1222-1 à L 1222-12 du Code des Transports fixent les mécanismes généraux d'organisation de cette continuité selon des modalités techniques fixées par décret en Conseil d'Etat.

Outre le principe de continuité, le service public – et les contrats administratifs, qui l'accompagnent souvent – met en jeu le **principe de mutabilité**, ou d'**adaptabilité** : le régime applicable doit pouvoir être adapté à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général en tant que de besoin (576). Les contrats administratifs peuvent donc faire l'objet d'une résiliation unilatérale pour ces motifs, assortie d'un droit à indemnisation pour le co-contractant lésé, alors qu'en Droit Privé, un tel droit ne peut provenir que d'une disposition législative ou d'une stipulation contractuelle particulière. Une conséquence importante du principe de mutabilité est l'absence de droit acquis au service pour les usagers du service public, qui ne sont pas dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'Administration, mais dans une situation législative ou réglementaire. La situation n'est pas fondamentalement différente dans le cas des services publics à caractère industriel et commercial (SPIC) impliquant un contrat avec l'utilisateur, mais peut être plus variable (577).

Le **principe de proportionnalité** est commun au Droit Constitutionnel, au Droit Administratif et au Droit communautaire (en ce qui concerne l'intervention du législateur communautaire dans les affaires internes des Etats membres). Il sert en particulier à contrebalancer les atteintes portées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie au nom de l'intérêt général, ou encore aux trois « espaces de liberté » abordés en 2.2.1..

EX : Les représentants de la propriété forestière privée ont contesté deux arrêtés interministériels du 16 décembre 2004 pris sur les fondement des articles L 411-1, L 411-2 et R 411-1 du Code de l'Environnement (liste des espèces végétales et animales protégées) ; ils ont obtenu gain de cause car les mesures d'interdiction d'atteinte aux spécimens et aux habitats de ces espèces présentait un caractère général et indifférencié sur l'ensemble du territoire métropolitain, et, de plus, ne faisaient que reprendre littéralement le texte législatif sans l'adapter :

« (...) Considérant que des règles relatives à la protection du milieu particulier des espèces protégées sont au nombre des mesures que les ministres compétents peuvent, en application des dispositions législatives et réglementaires précitées, édicter afin de poursuivre l'objectif général de conservation des espèces affirmé par la loi ; que ces règles ne peuvent toutefois légalement consister en une interdiction générale et absolue de modifier le milieu où vivent ces différentes espèces mais doivent au contraire être adaptées aux nécessités que la protection de certaines espèces impose en certains lieux ; que, dès lors, les arrêtés attaqués, qui interdisent de manière générale la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier de chacune des espèces

575 CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene.

576 Cette théorie jurisprudentielle porte le nom évocateur de « fait du prince ».

577 Par exemple, une augmentation des tarifs de l'électricité et du gaz s'applique aux contrats en cours, parce que ces tarifs sont fixés par voie administrative. Cela ne vaut pas pour les télécommunications, où les tarifs obéissent au mécanisme de droit commun de fixation des prix par le marché, et parce que ce secteur autrefois monopolistique a été ouvert à la concurrence par le Droit communautaire. Un arrêté interministériel du 2 juillet 2007 régit les factures de fournitures d'électricité ou de gaz naturel. Sur le concept, de SPIC, cf. 2.2.4.3.3..

protégées et prévoient que cette interdiction s'applique sur tout le territoire national et en tout temps, sont entachés d'excès de pouvoir ; (...) » (CE, 13 juillet 2006, Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs).

La loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 a apporté une rédaction nouvelle de l'article L 411-2 du Code de l'Environnement, qui précise les conditions de dérogation à la protection, reprenant les contraintes du Droit européen (Convention de Berne de 1979), et du Droit communautaire (directives 79/409/CEE « Oiseaux » et 92/43/CEE « Habitats-faune-flore »).

Ce qui est connu sous le nom de « principe du contradictoire » en matière procédurale (cf. Annexe 4) n'est pas différent du principe du **respect des droits de la défense**. Il trouve un puissant appui dans l'article 6§1 de la CESDH, qui pose le droit à un procès équitable et auquel le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation reconnaissent un effet direct ; cette pression a amené ces deux juridictions suprêmes d'une part, puis le législateur d'autre part à faire évoluer les règles de procédure devant certaines AAI qui sont en fait des organismes quasi-juridictionnels, ainsi que devant les instances disciplinaires de toute sorte. Ce principe est si puissant qu'il a été étendu par l'article 24 de la loi DCRA du 12 avril 2000 à la procédure administrative (non contentieuse) relative aux décisions administratives individuelles à contenu négatif, qui doivent être motivées ; mais cela ne peut intervenir qu'après que l'intéressé ait présenté ses observations écrites, et même orales, s'il le demande.

Dans le même sens, le **principe de non rétroactivité** des actes administratifs unilatéraux est aussi un principe général du Droit Public. On peut le considérer comme l'extrapolation du même principe proclamé par l'article 2 du Code Civil pour la loi : « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » (578). La subordination de l'acte administratif à la loi est aussi à l'origine du principe selon lequel « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer » (579).

Le **principe de l'indépendance des législations** est d'origine jurisprudentielle (580) : un état de fait peut être concerné par plusieurs législations, qui doivent s'appliquer de façon cumulative, sauf dans les cas où la loi elle-même prévoit une articulation particulière entre deux législations. Il en résulte en pratique un cumul de contraintes, qui va surtout s'exprimer au niveau des réglementations qui dérivent de ces législations. Ce principe a reculé face à la constitutionnalisation des principes généraux du Droit de l'Environnement en 2005, notamment le principe de précaution (cf. ci-dessous 2.2.1.4.2.), qui ont pénétré dans le champ du Droit de l'Urbanisme et du Droit de la Santé Publique.

578 Ce principe connaît trois exceptions (pour la loi) : (1) Les lois expressément rétroactives pour sanctionner des faits particulièrement graves (sanctions des actes de collaboration avec l'ennemi après 1945, par exemple) ; (2) les lois pénales plus douces (rétroactivité « *in mitius* »), applicables aux procédures en cours, et qui peuvent donc être l'occasion de procéder à une amnistie discrète d'infractions pénales commises par des personnages publics ; (3) les lois purement interprétatives, qui ne créent pas de règle nouvelle.

579 CE, Ass., 3 février 1989, Compagnie Alitalia.

580 CE, 1^{er} juillet 1959, Sieur Piard. L'illégalité d'une autorisation préalable délivrée au titre des « établissements dangereux, incommodes et insalubres » (devenus les ICPE dans la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, articles L 511-1 et suivants du Code de l'Environnement) est sans incidence sur la légalité du permis de construire pour le même bien immobilier : « ces deux décisions, qui doivent être prises en vertu de législations distinctes et selon des procédures entièrement dépendantes, ont chacune une portée et un contenu propre et sont sans connexité l'une avec l'autre. » On constate donc que le champ des polices administratives spéciales, et plus particulièrement ces deux régimes d'autorisation préalable (urbanisme et ICPE), est le domaine privilégié de l'application du principe (Marie-France DELHOSTE : Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations, LGDJ, 2001). Depuis lors, la loi a organisé la connexion entre les deux procédures : la demande de permis de construire doit être accompagnée de la demande d'autorisation (ou du récépissé de la déclaration) au titre des ICPE (C. Env., article L 512-15, alinéa 1^{er}).

Le Conseil d'Etat a récemment dégagé un nouveau principe général du droit en s'appuyant – de façon assez inhabituelle – sur l'article 2262 du Code Civil sur la prescription (extinctive) trentenaire :

Dans le cadre de la police spéciale des installations classées, le préfet ne peut imposer à une personne privée une obligation de remise en état d'un site pollué « lorsque plus de 30 ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'Administration, sauf dans le cas où les dangers et les inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés » (581).

Ce principe n'a pas de dénomination précise ; on peut le qualifier, faute de mieux, de **principe de la prescription trentenaire**. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a entériné cette jurisprudence en l'élargissant à l'ensemble des dommages causés à l'environnement par les installations, travaux, ouvrages et activités régis par le Code de l'Environnement, et non plus seulement les ICPE ; cette prescription vaut aussi pour les dommages causés à l'environnement dans le régime de la responsabilité environnementale (582).

Le Conseil d'Etat a encore reconnu un nouveau principe : le **principe de sécurité juridique**, reconnu par la jurisprudence de la CJCE depuis 1972 et par celle de la CEDH depuis 1979 :

Le décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie des commissaires aux comptes est partiellement annulé, pour n'avoir pas prévu de mesures transitoires concernant les relations contractuelles en cours entre les commissaires aux comptes et les sociétés soumises à leur contrôle (583).

2.2.1.4.2. Les principes généraux du Droit de l'Environnement

D'un point de vue historique, le Droit de l'Environnement a fait émerger des principes spécifiques à trois niveaux géographiques : en Droit international public, en Droit communautaire et en Droit français. A ce dernier niveau, ils émergent au niveau législatif dans la « loi BARNIER » du 2 février 1995 (article L 110-1-II du Code de l'Environnement), puis au niveau constitutionnel avec les articles 3, 4, 5 et 7 de la Charte de l'Environnement de 2005. En Droit communautaire/de l'Union, l'article 191§2 du TFUE les mentionne depuis 1992. Il convient de souligner que la référence au concept de développement durable implique le respect des ces 5 principes, et ne se limite pas au premier qui y fait directement référence, ce que certains zéloteurs du développement durable ont tendance à oublier...

Le **principe d'intégration** est une autre manière de formuler le principe constitutionnel de développement durable, qui se retrouve en Droit international public et en Droit de l'Union : l'article 11 du TFUE et l'article L 110-2 du Code de l'Environnement proclament que les agissements privés et publics doivent intégrer la nécessité de préserver l'environnement, ne serait-ce que pour ne pas léser les générations futures. L'article 2 de la Charte de l'environnement dispose que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. » Cela vaut donc pour les personnes privées comme pour les personnes publiques. Il en résulte que les politiques publiques, y compris la politique agricole, doivent respecter ce principe : d'où la régularité de l'écoconditionnalité des aides publiques en agriculture, comme le rappellent les règlements communautaires fondamentaux des deux « piliers » de la PAC (584).

581 CE, Ass., 8 juillet 2005, Société Alusuisse-Lonza-France.

582 C. Env., articles L 152-1 et L 161-4.

583 CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres.

584 Articles 4, 5, & 6, annexes II (A) & III du règlement (CE) n° 73/2009, précité (1er pilier : aides directes/DPU). Article 5§7 du règlement (CE) n° 1698/2005 du 20 septembre 2005 modifié concernant le soutien au développement rural par le FEADER (2ème pilier : développement rural).

Le **principe de précaution** est très controversé parce que mal compris, et mal compris parce que mal étudié dans les textes et dans la jurisprudence, ou tout simplement « mal vu » en ce qu'il remet en cause fortement l'arrogance technoscientifique et/ou l'obsession affairiste. Il fait à ce titre l'objet d'attaques récurrentes de la part de divers réseaux d'influence ou groupes de pression, mais ce sont plutôt ses effets cumulés avec ceux du principe de participation qui sont visés. L'article 5 de la Charte de l'environnement le définit comme suit :

« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

Au niveau législatif, la mise en oeuvre du principe implique que « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable. En Droit de l'Alimentation, le même principe est formulé par l'article 7 du règlement (CE) n° 178/2002 (cf. 2.2.1.4.5.).

Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (généralement appelé **principe de prévention**) ; il pose peu de problèmes en lui-même, mais sa frontière avec le principe précédent n'est pas toujours aisée à définir. En fait, ce sont toutes les polices administratives spéciales, à caractère environnemental ou non, qui le mettent en oeuvre depuis longtemps, de même que la police administrative générale. Au niveau constitutionnel, l'article 3 de la Charte de l'environnement dispose que « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut en limiter les conséquences ». Au niveau législatif, l'article L 110-1-II du Code de l'Environnement le qualifie de « principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. »

Le **principe pollueur-payeur** est d'origine économique, et se situe en opposition aux situations « pollué-payeur » ou « contribuable-payeur », voire « pollueur-payé, notamment dans le cas de l'agriculture intensive lorsqu'elle fait l'objet d'aides publiques pour la mise aux normes des bâtiments d'élevage, par exemple. Il en résulte que ce principe tend à se présenter de façon extrêmement édulcorée à l'article 4 de la Charte de l'Environnement, pour aboutir à simple **principe de réparation** :

« Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi. »

Cette régression, jugée comme telle par la doctrine «environnementaliste» unanime, a probablement pour origine le refus des pouvoirs législatif et exécutif d'appliquer le principe à la profession agricole, pour des motifs d'opportunité sociopolitique. Ce faisant, le dévoiement avéré du principe au regard du Droit international Public et du Droit communautaire / de l'Union profite indirectement à tous les pollueurs potentiels ou réels (industriels, collectivités territoriales et groupements, etc...). Au niveau législatif, le principe pollueur-payeur mentionné au (3°) e l'article L 110-1-II du Code de l'Environnement implique que « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportées par le pollueur ». Il n'y a donc pas de contradiction entre les deux niveaux de sources du droit : le principe législatif, édicté en 1995 ne prend pas position sur la

réparation proprement dite, si ce n'est partiellement à travers la notion de « lutte » (qui peut consister en une réparation en nature de tout ou partie du préjudice écologique), et le principe constitutionnel, adopté en 2005, ne porte que sur la sanction, mais non sur la prévention ou la réduction de la pollution, ce qui n'a guère d'importance puisque le principe de prévention recoupe alors le principe pollueur-payeur tel que défini au niveau législatif.

Le principe de participation, qui est essentiellement un droit d'accès à l'information environnementale, aussi dérangeante soit-elle. Selon l'article 7 de la Charte de l'environnement, « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Au niveau législatif, l'article L 110-1-II du Code de l'Environnement prévoit que « chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. » La Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, approuvée par la Communauté européenne, ajoute à ces deux mécanismes le droit à un recours juridictionnel effectif contre les décisions publiques en matière d'environnement. Le principe a donc une triple portée en pratique : droit d'accès à l'information administrative (mais non privée !), droit de participer à la décision publique environnementale (enquêtes publiques, débat public...), et droit de contestation contentieuse effective de telles décisions. Si les première et troisième composantes du principe

EX1 : Le Conseil Constitutionnel a fait application du principe dans sa deuxième composante en déclarant contraire à la Constitution l'alinéa 2 de l'article L 511-2 du Code de l'Environnement issu d'une ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009, en ce qu'il instituait un régime d'enregistrement pour les ICPE (C. Env., articles L 512-7 à L 512-7-7), intermédiaire entre l'autorisation et la déclaration préalables. Ce régime d'autorisation simplifiée dispensait de l'étude d'impact et de l'enquête publique et soumettait ces ICPE à des arrêtés ministériels sectoriels qui faisaient l'objet d'une publication préalable à son adoption, « éventuellement par voie électronique », avant transmission pour avis au Conseil supérieur des installations classées. L'association France-Nature-Environnement a contesté par voie de QPC ce dispositif devant le Conseil d'Etat, au motif que ce simple système de mise en ligne ne permettait une véritable participation du public, et obtenu satisfaction (CC, 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC). A noter que le Ministre avait vainement fait valoir que la consultation du Conseil supérieur de prévention des risques technologiques, où sont représentées des associations agréées de protection de l'environnement, valait consultation du public conjointement avec la mise en ligne des projets d'arrêtés.

EX2 : Même association requérante devant le Conseil d'Etat, même solution et même motivation en ce qui concerne les ICPE soumises à autorisation (inconstitutionnalité de la dernière phrase de l'alinéa 1er de l'article L 512-1 du Code de l'Environnement) (CC, 13 juillet 2012, n° 2012-262 QPC).

La loi « Grenelle 2 » de 2010 a introduit dans le Code de l'Environnement deux nouveaux articles concernant la mise en oeuvre de l'article 7 de la Charte de l'Environnement (585), qui doivent améliorer la participation du public à l'adoption de mesures réglementaires en matière environnementale, ce qui paraît techniquement complexe et politiquement risqué.

En dehors du principe d'intégration qui est le noyau historiquement constitutif du développement durable et qui les « coiffe » à ce titre, ces 4 principes ne sont pas sans relation les uns avec les autres :

- le principe pollueur-payeur comporte à la fois un volet sanctionnateur (responsabilité pénale, civile ou environnementale pour les pollueurs) et un volet lié au principe de prévention (coût des mesures de police administrative, les sanctions administratives relevant du premier volet d'un point de vue théorique, mais plutôt du second volet en pratique, car elles sont souvent de même nature que les mesures de police) ; le régime de la responsabilité environnementale (cf.

585 C. Env., articles L 120-1 & L 120-2 ; décret en Conseil d'Etat à paraître (futurs articles R 120-1 à R 120-X).

2.1.5.), qui n'a guère trouvé à s'appliquer en France à ce jour, est une concrétisation des liens étroites entre ces deux principes :

- le principe de précaution peut être considéré à la rigueur comme une variante autonome du principe de prévention, avec lequel il est souvent confondu ; le critère discriminant est l'existence d'une incertitude scientifique sur tout ou partie de la question abordée, pour autant qu'il ne s'agisse point de simples soupçons relevant de la méfiance légitime du public : il doit y avoir un début de controverse scientifique, et l'existence d'une opinion majoritaire ne doit pas avoir pour conséquence de privilégier l'application du principe de prévention à sa place ;
- la mise en œuvre du principe de participation par la société civile (au sens sociologique du terme) facilite la mise en œuvre du principe pollueur-payeur et du principe de précaution ; il est permis de penser que les attaques virulentes de certains milieux professionnels (y compris dans la recherche publique) contre le principe de précaution visent en réalité le principe de participation, qu'il est « politiquement incorrect » d'attaquer frontalement.

2.2.1.4.3. Les principes généraux du Droit de l'Urbanisme

D'origine purement législative, ils sont contenus dans les articles L 110 et L 121-1 du Code de l'Urbanisme, et la jurisprudence administrative leur a reconnu un effet direct dans le contentieux de l'urbanisme. Le premier article, à caractère introductif, pose le principe du **territoire « patrimoine commun de la Nation »** et fait des collectivités publiques leur garant, en ignorant superbement et curieusement l'apport de la propriété privée. Le second article expose les **grands équilibres** que les **documents d'urbanisme** doivent s'efforcer de respecter.

(Article L 110) : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, de réduire les émissions de gaz à effet de serre, de réduire les consommations d'énergie, d'économiser les ressources fossiles d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la biodiversité notamment par la conservation, la restauration et la création de continuités écologiques, ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace. Leur action en matière d'urbanisme contribue à la lutte contre le changement climatique et à l'adaptation à ce changement. »

(Article L 121-1) : « Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer, dans le respect des objectifs de développement durable :

1°) L'équilibre entre :

- a) le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, la mise en valeur des entrées de ville et le développement rural ;
- b) l'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;
- c) La sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables ;

2°) La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements et de développement des transports collectifs ;

3°) La réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon

état des continuités écologiques, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature. »

2.2.1.4.4. Les principes généraux du Droit Forestier

Le Code Forestier de 2012 a totalement reformulé dans ses articles L 112-1 à L 112-4 les principes généraux du Droit Forestier, qui ont donc un caractère législatif, mais les deux derniers montrent une articulation d'ordre constitutionnel et législatif avec le Droit de l'Environnement (principe de participation) :

(Article L 112-1) : « Les forêts, bois et arbres sont placés sous la sauvegarde de la Nation, sans préjudice des titres, droits et usages collectifs et particuliers.

Sont reconnus d'intérêt général la mise en valeur et la protection des forêts ainsi que le reboisement ».

(Article L 112-2) : Cf. 2.2.1.1.2., sur les limitations du droit de propriété en matière forestière.

(Article L 112-3) : « Les informations établies ou détenues en application du présent code par des autorités publiques au sens du chapitre IV du titre II du livre Ier du Code de l'Environnement sont accessibles au public dans les conditions fixées par ce chapitre, sous réserve des dispositions particulières du présent code ».

(Article L 112-4) : Les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public est applicable aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement prises en application du présent code sont, sous réserve des dispositions particulières que celui-ci édicte, énoncées aux articles L 120-1 et L 120-2 du Code de l'Environnement ».

2.2.1.4.5. Les principes généraux du Droit de l'Alimentation (humaine et animale)

Ces principes sont de nature législative et contenus dans le règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité alimentaire :

- principe d'analyse des risques afférents aux substances et aux produits sur des bases scientifiques reconnues (article 6) ;
- principe de précaution (article 7) ;
- principe de protection des intérêts des consommateurs, sur le plan sanitaire et de la loyauté de l'information (article 8) ;
- principe de transparence vis-à-vis des citoyens (articles 9 et 10) ;
- principe de responsabilité de chaque « exploitant du secteur » de l'alimentation humaine et animale à chaque stade des filières, et de responsabilité des Etats membres pour les contrôles officiels (article 17).

On observe donc une forte analogie avec les principes généraux du Droit de l'Environnement. Ainsi, le principe de précaution est passé du Droit de l'Environnement au Droit de l'Alimentation à travers la doctrine administrative de la Commission européenne qui, s'appuyant sur la jurisprudence concomitante du TPICE, a développé en 2000 la position suivante dans une « communication » :

« Dans la pratique, son champ d'application est beaucoup plus vaste, plus particulièrement lorsqu'une évaluation scientifique objective et préliminaire indique qu'il est raisonnable de craindre que les effets potentiellement dangereux pour l'environnement ou la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau élevé de protection choisi par la Communauté » (COM(2000) 1 final, 2 février 2000).

Si le principe de précaution est étendu au domaine de la santé publique et de la protection des consommateurs en raison du « haut niveau de protection » de ces intérêts édicté par les articles 168 et 169 du TFUE, il ne peut qu'être étendu au Droit de l'Alimentation humaine et animale au titre de la sécurité sanitaire alimentaire. Par ailleurs, la Commission européenne a

tiré dans cette communication de 2000 les conséquences de sa condamnation par l'ORD de l'OMC (affaire du « boeuf aux hormones ») et se propose d'introduire le principe dans un projet de règlement sur les principes fondamentaux de la législation alimentaire. De ce fait, l'article 7 du règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 donne une définition précise du principe, qui s'applique aussi bien aux personnes privées qu'aux personnes publiques (586) :

« 1. Dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque.

2. Les mesures adoptées en application du §1 sont proportionnées et n'imposent pas plus de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question. Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une évaluation plus complète du risque. »

On constate donc que la mise en œuvre du principe de précaution s'accompagne d'une mise en œuvre du principe de proportionnalité, très important en Droit de l'UE. Par ailleurs, et contrairement aux idées répandues dans divers milieux professionnels, le principe de précaution s'applique tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques, quoique de façon plus atténuée en pratique.

2.2.2. LES PRÉROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE

Ce concept désigne l'ensemble des droits spécifiques dont peuvent disposer les personnes morales de Droit Public, et que les personnes privées n'ont pas, sauf dans l'hypothèse où elles les détiendraient légalement d'une personne publique. Les prérogatives de puissance publique doivent toujours être prévues par un texte, à l'exception d'une seule : le maintien et le rétablissement de l'ordre public traditionnel (sécurité et tranquillité publiques) par la force publique, au service de l'Etat, qui n'est explicitement prévu par aucun texte, mais qui a toujours été admis par la jurisprudence, ce à quoi la jurisprudence du Conseil d'Etat a ajouté, de façon assez contestable, la santé publique. La DDHC de 1789 prévoit même un devoir du citoyen : obéir aux injonctions de la force publique (587), quitte à les contester après coup sur le plan juridique. Entre personnes privées, ce mécanisme ne saurait exister : l'injonction à l'encontre d'autrui doit être obtenue du juge judiciaire, et l'on ne peut se faire justice soi-même en principe.

Sur la forme, notamment en matière de procédure, ces prérogatives de puissance publique mettent en œuvre le « **principe du privilège du préalable** » ; l'obligation d'obéissance à la force publique en est une illustration, mais il en existe une autre qui a une importance considérable pour le contentieux administratif : tout acte administratif unilatéral est immédiatement exécutoire, et le recours contentieux, tout comme l'appel, n'est pas suspensif

586 Dans les milieux professionnels, beaucoup de gens prennent leurs désirs pour des réalités en affirmant que le principe de précaution n'est applicable qu'aux autorités publiques. En pratique, son applicabilité aux personnes privées est très atténuée, mais tant la primauté du Droit communautaire sur le Droit interne (en particulier en Droit de l'Alimentation) que la rédaction elle-même de la Charte de l'Environnement et de l'article L 110-1 du Code de l'Environnement amènent à affirmer clairement son applicabilité aux deux catégories de personnes.

587 DDHC, article 7, *in fine* : « ...tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». D'où les délits spécifiques d'outrage à agent de la force publique (CP, article 433-5) et de rébellion (CP, article 433-6).

d'exécution, sauf à obtenir du juge administratif un référé-suspension, autrefois appelé « sursis à exécution ».

De façon plus prosaïque, ce principe peut s'énoncer ainsi: on s'exécute d'abord, on conteste ensuite...

2.2.2.1. *Prérogatives à caractère décisionnel*

Les prérogatives de puissance publique à caractère décisionnel les plus importantes sont les **pouvoirs de police**, et font l'objet de développements spécifiques ci-après (2.2.3.2.).

D'autres prérogatives à caractère décisionnel sont plus douces et plus discrètes : ainsi de l'**homologation** ou de l'**approbation** de normes ou de paranormes d'origine professionnelle :

- homologation des normes par le directeur général de l'AFNOR (588) ;
- homologation du règlement général de l'AMF par le Ministre de l'Economie et des Finances (589) ;
- approbation des délibérations du Comité national des pêches et des élevages marins par le Ministre chargé de la pêche maritime (590) ;
- homologation des règlements techniques de production et de commercialisation de semences par le Ministre de l'Agriculture, ainsi que des « règlements spéciaux » pour les semences et plants importés (591) ;
- validation des « guides de bonnes pratiques hygiéniques » en matière alimentaire par le même Ministre.

L'homologation peut être aussi une des nombreuses manières de désigner un système d'**autorisation préalable** (cf. 2.2.5.1.2.), qui est aussi une prérogative de puissance publique à caractère décisionnel :

EX : Homologation des cahiers des charges des signes d'identification de la qualité que sont le « label rouge » et le mention « agriculture biologique » pour les produits alimentaires (592).

A ! : *L'homologation des normes par le directeur général de l'AFNOR est une prérogative de puissance publique qui ne correspond à aucun système d'autorisation préalable, et qui ne doit pas être confondue avec le mécanisme exceptionnel consistant à rendre obligatoire une norme ; le terme est synonyme ici de « validation ».*

En tant que champ d'application premier des prérogatives de puissance publique à caractère décisionnel, l'action administrative met en jeu en général le **pouvoir discrétionnaire** de l'autorité administrative : celle-ci dispose d'une certaine marge de manoeuvre pour apprécier la situation, sous le contrôle du juge administratif ; mais il est des cas, peu fréquents, où la prérogative doit s'exercer dans un sens et un seul, l'autorité en question devant alors prendre une décision précise et une seule : elle est alors en situation de **compétence liée**.

EX : Le refus de délivrance du permis de chasser est automatique pour certains motifs énumérés par l'article L 423-24 du Code de l'Environnement (notamment certaines condamnations pénales) : compétence liée du préfet ;

588 Article 15 du décret n° 2009-697, précité.

589 CMF, article L 621-6.

590 Article 4 du décret n° 92-335 du 30 mars 1992 modifié fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins ainsi que des Comités régionaux et locaux des pêches maritimes et des élevages marins.

591 Articles 2-I & 9 du décret n° 81-605 du 18 mai 1981 modifié. Arrêté ministériel du 22 mai 2006 relatif à la production, au contrôle et à la certification des semences.

592 CRPM, articles L 641-3 & L 641-4, R 641-1 à R 641-10 (labels agricoles), L 641-13, R 641-26 à R 641-30 (agriculture biologique).

mais celui-ci peut refuser de le délivrer (pouvoir discrétionnaire) pour d'autres motifs énumérés par l'article L 423-25 du Code de l'Environnement.

2.2.2.2. Prérogatives à caractère financier

La fiscalité, la parafiscalité (jusqu'en 2005, en vertu de la LOLF de 2001) et l'ensemble des « prélèvements obligatoires » (593) sont des prérogatives de puissance publique à caractère financier, dont le fondement doit être législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution (594).

De même, les modes de recouvrements de créances publiques sont plus rapides et plus expéditives que leurs homologues de Droit Privé. Le privilège du préalable s'applique aussi à cette occasion, et peut prendre la forme d'un **état exécutoire** (injonction administrative directe de payer), qui est soumis à des exigences de forme et de motivation définies par le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962.

EX : Une entreprise de la filière des fruits et légumes a échappé au remboursement d'aides communautaires indûment perçues à la suite de fausses déclarations, parce que l'état exécutoire était incomplet au regard du contenu de ce décret (CE, 11 janvier 2006, Office national interprofessionnel des fruits, des légumes et de l'horticulture c./ SCA Unipom).

En matière fiscale, le contribuable qui conteste le montant de l'impôt ou de la taxe qui le frappe doit payer d'abord et contester après. En Droit Privé, au contraire, les protagonistes ayant une divergence sur l'existence ou le montant d'une somme à payer seront sur un strict pied d'égalité pour contester l'une ou l'autre ; la partie qui entend être payée doit procéder à une mise en demeure du débiteur avant de saisir la juridiction compétente, qui prononcera éventuellement l'injonction de payer.

2.2.2.3. Prérogatives à caractère patrimonial

Sur le territoire, la délimitation unilatérale du domaine public naturel maritime ou fluvial, ainsi que du domaine forestier de l'Etat (domaine privé) (cf. 2.2.4.1.4.) est une prérogative de puissance publique : au contraire, les personnes privées ou les personnes publique ayant un domaine privé qui veulent délimiter leurs fonds respectifs sont placées sur un pied d'égalité en finançant à frais communs le bornage de leurs fonds, et la délimitation est donc bilatérale.

L'**expropriation** pour cause d'utilité publique est la prérogative patrimoniale la plus spectaculaire. Elle se définit comme le transfert forcé d'un bien relevant de la propriété privée ou de la domanialité privée à une personne publique ou privée qualifiée d'autorité expropriante, contre une indemnité représentant le préjudice direct, matériel et certain subi par l'exproprié et fixé par le juge judiciaire (« juge de l'expropriation » du TGI). Elle obéit à une procédure précisément définie par un code spécifique (CECUP), et la validité de la déclaration d'utilité publique (DUP) n'est pas subordonnée à l'existence d'un texte particulier

593 Catégorie très hétérogène, où l'on va trouver les cotisations aux organismes de Sécurité Sociale, aux Ordres professionnels, aux Chambres consulaires, la redevance télévisuelle, la redevance d'affranchissement postal (les timbres), les redevances payées par les entreprises aux Agences de l'eau, etc...

594 Jusqu'à l'adoption de la LEMA du 30 décembre 2006, les redevances perçues par les Agences de l'eau étaient fixées contrairement à l'article 34 de la Constitution, malgré l'adoption de la loi du 15 avril 2004 transposant partiellement la DCE 2000/60/CE : elles étaient fixées par leur Conseil d'administration sur avis conforme du Comité de bassin.

prévoyant la possibilité d'exproprier (cf. 2.2.4.2.2.). La « loi BARNIER » du 2 février 1995 et la « loi BACHELOT » du 30 juillet 2003 ont innové en rendant possible l'expropriation pour exposition à un risque naturel ou technologique majeur, dans certaines conditions de coût par rapport à l'alternative de la prévention s'appuyant généralement sur des servitudes d'utilité publique (595).

L'expropriation a donné lieu à une certaine contrariété de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation : la première des deux juridictions suprêmes a admis une « théorie de l'expropriation indirecte », qui permettait de régulariser dans certains cas des pratiques administratives d'occupation de terrains et d'engagement de travaux publics aboutissant à évincer le propriétaire en titre en l'indemnisant, mais sans recours à la procédure du CECUP, alors que la seconde a adopté une position contraire (596). En 2005, la CEDH devait donner indirectement raison à la Cour de Cassation, dans plusieurs affaires concernant l'Italie, qui connaît des pratiques semblables. Le Conseil d'Etat a en conséquence abandonné cette théorie, éminemment contestable en elle-même.

L'expropriation ne doit pas être confondue avec la **réquisition**, qui est temporaire, ni avec l'exercice des **droits de préemption** par une personne publique, qui permet à celle-ci de devenir propriétaire de biens en s'immisçant légalement dans un contrat de Droit Privé. Le titulaire d'un droit de préemption se substitue à l'acheteur pressenti dans un contrat de vente :

- droits de préemption institués dans un but d'intérêt général en vue de mener des actions ou des opérations d'aménagement (597) ;
- droit de préemption du département en vue de l'acquisition d'espaces naturels sensibles (598) ; ce droit de préemption peut faire l'objet d'une délégation à d'autres personnes publiques, ou d'un droit de substitution de celles-ci au département si celui-ci choisit de ne pas l'exercer ;
- droit de préemption du **département** dans les « espaces agricoles et naturels périurbains » en lieu et place de la SAFER, mais aussi au profit des établissements publics fonciers et d'aménagement (cf. notes 263, 264 & 265) ;
- droit de préemption des **communes** sur les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux (599), dans le but de relancer l'activité économique locale.

A ! – *Il existe des droits de préemption qui relèvent du Droit Privé : celui du preneur en place dans un bail rural (600), celui des SAFER (601), et celui des co-indivisaires en cas de mise en vente de la part d'un propriétaire indivis (602).*

595 C. Env., articles L 515-16-III et R 515-41-II (risques technologiques) ; articles L 561-1, R 561-1 à R 561-5 (risques naturels majeurs).

596 Cass. Plén., 6 janvier 1994, Consorts Baudon de Mony c./ EDF : « le transfert de propriété, non demandé par le propriétaire, ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure régulière d'expropriation ».

597 CU, articles L 210-1 à L 216-1. Le « droit de préemption urbain », exercé par les communes ou les EPCI ayant reçu transfert de compétence en la matière, ne peut s'exercer que si une ZAD ou un périmètre provisoire de ZAD n'existe pas sur les mêmes terrains ; les ZAD sont l'objet d'un droit de préemption distinct. Il peut être exercé dans les « périmètres de protection rapprochée » des captages d'eau potable (CSP, article L 1321-2), dans les « zones de rétention temporaire des eaux de crue ou de ruissellement » et les « zones de mobilité des cours d'eau » (C. Env., article L 211-12-XI), ainsi que dans certaines zones d'un périmètre d'exposition à un risque technologique (C. Env., article L 515-16-I).

598 CU, articles L 142-1 à L 142-13, R 142-1 à R 142-18.

599 CU, articles L 214-1 à L 214-3, R 214-1 à R 214-16.

600 CRPM, articles L 412-1 à L 413-1.

601 CRPM, articles L 143-1 à L 144-5, R 143-1 à R 143-18.

602 C. Civ., articles 815-14 & 1873-12.

2.2.3. OBJECTIFS ET MODALITÉS DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

L'action administrative, tout comme l'action législative à laquelle elle est subordonnée, vise à maintenir l'ordre juridique. Sur le plan politique -au sens le plus large - celui-ci implique le respect de l'**ordre public**, c'est-à-dire de la relation ordonnée et conforme à l'**état de droit** des personnes privées au système social et à la vie publique. Le concept symétrique d'« ordre privé » n'est pas usité, mais il n'en est pas moins réel : ce sont les trois espaces de liberté abordés antérieurement (2.2.1.). Mais les personnes publiques, qui sont chargées de faire respecter cet ordre public en vue du maintien de l'état de droit dans la société, sont elles-mêmes soumises à cet état de droit et ne peuvent se comporter de façon arbitraire : c'est l'Etat de droit, caractéristique des démocraties modernes (603).

2.2.3.1. L'ordre public et ses implications

L'**ordre public** est à la fois le but et le moyen de l'ordre juridique : on ne crée pas un système de règles juridiques complexes et mises en oeuvre par l'autorité judiciaire par plaisir ou par perversion, mais pour aboutir à une certaine stabilité sociale, que l'on peut appeler l'ordre public en tant que but. D'un point de vue concret, l'ordre public est une condition ou un moyen de parvenir à l'ordre juridique : celui-ci ne peut être préservé que si les voies de droit et les voies d'exécution fonctionnent correctement, en n'étant pas troublées ou remplacées par des voies de fait ou des justices parallèles. Mais l'ordre public comprend plusieurs composantes, qui ont émergé à des époques historiques différentes : l'ordre public traditionnel, centré sur les missions régaliennes de l'Etat, et l'ordre public que l'on peut qualifier de « moderne », dans la mesure où il apparaît pour l'essentiel dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle (ordre public économique et social et ordre public écologique).

2.2.3.1.1. L'ordre public traditionnel et ses trois composantes

Le noyau fondamental de l'ordre public n'a pas vraiment été créé au moment de la Révolution de 1789, et il était déjà bien présent sous l'Ancien Régime. Il comprend trois composantes : la **sécurité publique**, la **tranquillité publique** et la **salubrité publique**. La « sûreté » de la DDHC de 1789 peut être rétrospectivement considérée comme l'archétype de la sécurité publique, bien qu'elle signifiât alors le droit de ne pas faire l'objet d'une arrestation et d'une détention arbitraires.

La sécurité publique implique la **sécurité des biens et des personnes** à assurer contre les agissements privés qui la remettent en cause

(CSI, article L 111-1) : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.

L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens.

Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par décret, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou oeuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes ».

603 Cf. CEHD, 3.1..

Les citoyens doivent être protégés non seulement des délinquants et des criminels, mais aussi contre les risques naturels et technologiques majeurs, ce qui relève de la **sécurité civile** :

(CSI, article L 112-1) : « La sécurité civile, dont l'organisation est définie au livre VII, a pour objet la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en oeuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l'Etat, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées.

Elle concourt à la protection générale des populations, en lien avec la sécurité publique au sens de l'article L. 111-1 et avec la défense civile dans les conditions prévues au titre II du livre III de la première partie du code de la défense. »

(CSI, article L 112-2) : « L'Etat est garant de la cohérence de la sécurité civile au plan national. Il en définit la doctrine et coordonne ses moyens.

Il évalue en permanence l'état de préparation aux risques et veille à la mise en oeuvre des mesures d'information et d'alerte des populations.

Sans préjudice des dispositions relatives à l'organisation de l'Etat en temps de crise et de celles du code général des collectivités territoriales, le ministre chargé de la sécurité civile coordonne les opérations de secours dont l'ampleur le justifie. »

Les préfets de département et les préfets de zone sont compétents pour la mise en oeuvre de cette politique de sécurité intérieure (604), qui relève du Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire au niveau national.

La tranquillité publique s'entend essentiellement de la prévention des nuisances telles que le bruit ou le fait de ne pas pouvoir évoluer tranquillement sur la voie publique. C'est pourquoi divers textes interdisent les attroupements, les jeux sur la voie publique (605), le racolage commercial ou prostitutionnel, la mendicité dite agressive, etc...

La salubrité publique porte à la fois sur les lieux d'habitation et leur environnement immédiat, tel que les mares (606), ainsi que sur les produits, en particulier les produits alimentaires (607). Sur le plan terminologique, ce concept a régressé depuis le XIX^{ème} siècle, au profit de la **santé** et de l'**hygiène publiques**. Les dispositions du Code de la Santé Publique relatives à l'assainissement collectif (le « tout-à-l'égout ») sont intitulées « Salubrité des immeubles et des agglomérations » (608). La qualité sanitaire des coquillages destinés à être mis sur le marché (ou non) est fonction du classement des zones conchylicoles en 4 catégories de salubrité (609), et les DAOA portent un « marquage de salubrité » de forme ovale qui témoigne du contrôle de police sanitaire vétérinaire en ce qui concerne l'établissement de fabrication (610).

604 Article 34-III de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifié par l'article 2 de la loi n° 2003-239, précitée.

605 En ce qui concerne l'usage des « rollers », et bien qu'ils soient dérivés des patins à roulettes des enfants, la Cour de Cassation a estimé que cet usage sur la voie publique ne constituait pas par lui-même un « jeu » au sens de l'article 113 de l'ordonnance impériale du 25 juillet 1862, texte qui était le fondement de poursuites pénales contre un adepte (Cass. Civ., 7 février 2001, E.D.). La répression de cette pratique doit donc trouver un autre fondement législatif.

606 CGCT, articles L 2213-29 à L 2213-31.

607 CGCT, article L 2212-2, alinéa 5 : le maire est chargé de « l'inspection (...) sur la salubrité des comestibles exposés à la vente ». Ce texte, comme les dispositions sur les mares insalubres, remonte à 1884 et apparaît comme obsolète au vu de l'institution des Services vétérinaires d'hygiène alimentaire en 1965, mais il est toujours en vigueur, donc applicable. L'article L 231-1 du CRPM, d'origine plus récente (1965), mentionne « l'inspection de la salubrité et de la qualité des denrées animales ou d'origine animale destinées à la consommation humaine » comme une nécessité pour la protection de la santé publique, et relève du corps des inspecteurs de la santé publique vétérinaire (ex « vétérinaires-inspecteurs ») des DD(CS)PP.

608 CSP, articles L 1331-1 à L 1331-32, R 1331-1 & R 1331-2.

609 CRPM, articles R 231-37 à R 231-46.

610 Ce marquage de salubrité indique que « des contrôles officiels ont été effectués conformément au présent règlement » (CE) n° 854/2004 (articles 2.1 (i) & 5.2), et se présente sous la forme d'un ovale identifiant l'Etat

L'hygiène publique est une des conditions de la santé publique, les autres conditions relevant de l'organisation du système médical, pharmaceutique et hospitalier, ou encore de l'environnement. L'article L 1311-1 du Code de la Santé Publique montre bien les relations étroites entre santé, salubrité et hygiène publiques :

« Sans préjudice de l'application de législations spéciales et des pouvoirs reconnus aux autorités locales, des décrets en Conseil d'Etat, pris après consultation du Haut Conseil de la santé publique et, le cas échéant, du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels, fixent les règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'homme, notamment en matière

- de prévention des maladies transmissibles ;
- de salubrité des habitations, des agglomérations et de tous les milieux de vie de l'homme ;
- d'alimentation en eau destinée à la consommation humaine ;
- d'exercice d'activités non soumises à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ;
- d'évacuation, de traitement, d'élimination et d'utilisation des eaux usées et des déchets ;
- de lutte contre les bruits de voisinage et la pollution atmosphérique d'origine domestique ;
- de préparation, de distribution, de transport et de conservation des denrées alimentaires ».

On constate donc que ce bloc législatif construit une articulation importante entre le Droit de l'Alimentation et le Droit de l'Environnement, en ce que :

- le cycle de l'eau est pris en considération : l'assainissement adéquat des eaux usées aujourd'hui permet l'élaboration de l'eau potable de demain ;
- l'industrie alimentaire génère des déchets et des effluents qui doivent être traités de façon à limiter la pollution du milieu naturel récepteur ;
- l'élimination de certains déchets organiques consiste à les transformer en fertilisants agricoles, donc à les recycler dans la chaîne alimentaire.

L'hygiène publique (ou la salubrité publique, qui l'englobe) est aussi intégrée au Droit de l'Urbanisme et à ses divers mécanismes, en particulier la délivrance des autorisations d'urbanisme en fonction du contenu des documents d'urbanisme communaux ou intercommunaux. Au-delà même de la question cruciale de la constructibilité sur terrain nu, les Plans d'occupation des sols (POS), progressivement remplacés par les Plans locaux d'urbanisme (PLU) ont un caractère synthétique, et leurs « règlements de zone » peuvent apporter des restrictions au droit de se clore ou aux épandages agricoles sources de nuisances sur le plan de l'hygiène publique, indépendamment des pollutions qu'ils peuvent occasionner s'ils sont mal maîtrisés techniquement (611).

S'il est désuet sur le plan terminologique, le concept de salubrité publique reste donc profondément d'actualité, mais le législateur lui a trouvé une appellation plus flatteuse : la **sécurité sanitaire**, ce qui permet accessoirement de construire un pont symbolique entre santé et sécurité publiques. La loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle sanitaire des produits destinés à l'homme a créé les deux

membre de la Communauté européenne et le numéro d'ordre de l'établissement industriel où le produit a été fabriqué. L'article 5 du règlement (CE) n° 853/2004 oblige à procéder à un « marquage d'identification » dans les cas de DAOA non soumises au marquage de salubrité.

611 CE, 4 décembre 1995, Chambre d'Agriculture de la Mayenne. Le POS de la commune de Bonchamp-lès-Laval (Mayenne) a pu légalement subordonner l'épandage de fumier et de lisier à leur enfouissement immédiat dans des zones NC (activité agricole prédominante) proches de zones urbanisées, afin d'éviter les nuisances olfactives et les problèmes d'hygiène ; les documents d'urbanisme comptent en effet l'hygiène publique et la santé publique parmi leurs préoccupations. Inapplicabilité de l'article L 112-16 du CCH en vertu du principe de l'indépendance des législations, cette disposition ne pouvant concerner que la recevabilité de l'action en réparation du trouble anormal de voisinage (cf. 2.1.3.2.4.).

premières Agences de sécurité sanitaire, l'AFSSA (aujourd'hui ANSES) et l'AFSSaPS (aujourd'hui ANSM) (612).

Joint à celui de veille sanitaire, le concept de **sécurité sanitaire** émerge en même temps que la pénétration du **principe de précaution** en Droit de la Santé Publique (donc aussi en Droit de l'Alimentation) à partir du Droit de l'Environnement. La sécurité sanitaire fait l'objet d'un dispositif d'ensemble pour l'ensemble des produits végétaux et animaux, bruts ou transformés, à travers la prévention et la gestion des **dangers sanitaires**, répartis en trois catégories par le Livre II du CRPM refondu :

- dans un premier temps, l'ordonnance n° 2006-1224 du 5 octobre 2006, prise sur habilitation de l'article 71 de la loi d'orientation agricole de 2006, a procédé à cette mise à jour, et a inséré dans ce code les articles L 257-1 à L 257-11 pour l'application des règlements du paquet hygiène aux denrées alimentaires strictement d'origine végétale ;
- dans un second temps, l'ordonnance n° 2011-862 du 22 juillet 2011 relative à l'organisation de l'épidémiologie, de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales et aux conditions de délégation de certaines tâches liées aux contrôles sanitaires et phytosanitaires, prise sur habilitation de l'article 11 de la LMAP de 2010, a réorganisé de façon transversale la prévention des atteintes sanitaires au vivant végétal et animal, donc aussi à la sécurité sanitaire alimentaire, autour d'un **réseau informatif** auquel doivent obligatoirement adhérer les professionnels et auquel le **réseau des laboratoires nationaux et communautaires de référence** institué par le règlement (CE) n° 882/2004 du « paquet hygiène » (613) est intégré.

Toutefois, s'agissant des filières agroalimentaires animales, le Livre II du CRPM a développé antérieurement à ces changements principalement la **santé publique vétérinaire**, qui inclut la santé animale proprement dite et la sécurité sanitaire alimentaire des denrées animales et d'origine animale (DAOA), jusqu'au stade de la distribution (614). Cette restructuration récente du Livre II du CRPM tend à faire émerger un **ordre public sanitaire** propre au **vivant**, incluant le végétal, et conditionnant étroitement la santé publique traditionnelle.

A ce stade de multiplication et de différenciation technique des règles à respecter, on ne peut plus considérer que l'on a affaire à l'hygiène publique traditionnelle issue du « mouvement hygiéniste » du début du XX^{ème} siècle : l'hygiène alimentaire, ou la sécurité sanitaire alimentaire élargie au vivant de la production primaire, relève bien davantage de l'ordre public économique moderne incluant la primauté du Droit de l'UE tendant à concilier l'impératif de libre circulation des produits et la haut niveau de protection de la santé humaine prévus par le TFUE.

612 CSP, articles L 1313-1 à L 1313-11, R 1313-1 à R 1313-40 (ANSES) ; L 5311-1 à L 5322-1, R 5311-1 à R 5323-2 (ANSM).

613 Cf. 1.3.2.4.. Ce « paquet hygiène » comprend aussi :

- la décision n° 2004/478/CE du 29 avril 2004 relative à l'adoption d'un plan général de gestion des crises dans le domaine des denrées alimentaires et des aliments pour animaux, prévue par l'article 55 du règlement (CE) n° 178/2002 ;
- la directive 2004/41/CE du 21 avril 2004 abrogeant certaines directives relatives à l'hygiène des denrées alimentaires et aux règles sanitaires régissant la production et la mise sur le marché de certains produits d'origine animale destinés à la consommation humaine : il s'agit d'un texte à caractère purement technique et résultant de la substitution des règlements considérés à des directives antérieures.

614 CRPM, articles L 231-1 à L 231-6, & R 231-60. Cette dernière disposition mentionne aussi deux règlements non cités précédemment : le règlement (CE) n° 999/2001 du 22 mai 2001 modifié fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles, et le règlement (CE) n° 37/2005 du 12 janvier 2005 relatif au contrôle des températures dans les moyens de transport et les locaux d'entreposage et de stockage d'aliments surgelés destinés à l'alimentation humaine, qui remplace une directive 92/1/CEE et qui est un règlement d'application du règlement (CE) n° 852/2004.

2.2.3.1.2. *L'ordre public moderne : économique, social et écologique*

Le XX^{ème} siècle voit l'apparition d'un ordre public dans le domaine économique et social. On peut considérer que l'**ordre public économique** émerge avec la loi du 1^{er} août 1905 intervient pour protéger les acheteurs de produits – et en particulier les agriculteurs – contre les fraudes en tout genre sur la qualité et la quantité : elle est intégrée, quasiment sans changement, dans le Livre II du Code de la Consommation en 1993. Un autre pas important est franchi avec les lois n° 78-22 et n° 78-23 du 10 janvier 1978 (« lois SCRIVENER ») et la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs: la première pose le principe de l'égalité produits-services en matière de protection du consommateur, la seconde organise la prévention et la sanction de la mise sur le marché de produits ou services dangereux, à l'exception des DAOA, qui relèvent du Livre II du CRPM. Ces trois blocs législatifs constituent l'essentiel du Code de la Consommation, qui protège le consommateur à la fois contre des informations erronées ou tendancieuses susceptibles d'influencer indûment son acte d'achat, et contre les atteintes potentielles ou réelles à sa santé et à sa sécurité, comme le résume l'article L 212-1 de ce code :

« Dès leur première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs.

Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur.

A la demande des agents habilités pour appliquer le présent Livre, il est tenu de justifier les vérifications et les contrôles effectués ».

Le Droit de la Consommation s'intéresse aussi à d'autres types de contrats passés par les consommateurs : accès au logement (contrat de bail d'habitation) et au crédit (contrats de prêt, de crédit-bail, etc...), contrats d'assurance... L'intervention législative vient limiter la liberté contractuelle dans l'intérêt du consommateur. Par ailleurs, en rassemblant diverses lois sur les marchés financiers, le Code Monétaire et Financier prévoit des mécanismes de protection d'une forme particulière de consommateur : l'épargnant, ou le « petit porteur » de « valeurs mobilières », devenues « instruments financiers » en 1996.

L'ordre public économique se développe aussi dans le domaine de relations entre entreprises situées sur le même champ concurrentiel ou amenées à entrer en relation dans les filières. Deux ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 jettent les fondements du Droit de la Concurrence, qui va être systématisé par une ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence abrogeant les ordonnances précédentes, et insérée dans le nouveau Code de Commerce de 2000, sans oublier la forte pression du Droit communautaire (615). Des pratiques commerciales déloyales sont sanctionnées pénalement, à 2 exceptions près (616), et les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante font l'objet d'un traitement spécifique par une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la Concurrence (Conseil de la Concurrence jusqu'en 2008), tout en étant susceptible d'être

615 Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 modifié relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (dit « le règlement CE sur les concentrations ») ; C. Com., articles L 430-1 à L 430-10, R 430-1 à R 430-10.

616 C. Com., articles L 440-1 à L 443-3, D 440-1 à R 442-2. Les articles L 442-6 & L 442-10 constituent les deux exceptions (fautes civiles), mais le premier prévoit 13 comportements fautifs possibles.

sanctionnés par la Commission européenne par voie de décision, sous le contrôle des juridictions communautaires (617).

L'**ordre public social** se concrétise par l'intervention du législateur dans les relations du travail, selon deux axes : les droits individuels et collectifs des salariés face aux employeurs, et les questions d'hygiène et de sécurité sur les lieux de travail ; à noter que si le premier volet ne concerne que le secteur privé de l'économie, le champ d'application second inclut la fonction publique. Mais les orientations libérales qui prévalent en matière économique remettent fortement en question cet ordre public social, au nom de la « flexibilité » et au prix d'une précarité accrue pour de nombreuses catégories de salariés, et la refonte de la typologie des contrats de travail est à l'ordre du jour. L'émergence d'un système de Sécurité Sociale après la II^{ème} guerre mondiale s'inscrit aussi dans cette nouvelle composante de l'ordre public, de même que le développement de l'aide sociale dans le contexte de la politique familiale et de la solidarité nationale envers les plus défavorisés (personnes handicapées notamment) : d'où l'existence d'un Code de la Sécurité Sociale (CSS) et d'un Code de l'Aide Sociale et des Familles (CASF). L'ordre public social « à la française » est fortement remis en question par la quasi absence de préoccupations sociales en Droit de l'UE, ainsi que par la « mondialisation » (dumping social, délocalisations, impuissance de l'Organisation internationale du travail (OIT) face à l'OMC, etc...).

Enfin, l'**ordre public écologique** émerge dans la décennie 70 du XX^{ème} siècle ; cette expression a été inventée par la doctrine en 1979 (618), à la suite de l'adoption de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, précédée d'une loi n° 60-708 du 22 juillet 1960 relative aux Parcs nationaux et d'une loi n° 57-740 du 1^{er} juillet 1957 permettant de créer les premières réserves naturelles à travers une inflexion de la loi du 2 mai 1930 sur les sites protégés. Sous l'influence déterminante du Droit international public et surtout du Droit communautaire / de l'UE, le Droit de l'Environnement monte en puissance à la fin du XX^{ème} siècle.

La législation sur la chasse et la pêche en eau douce comporte des volets écologiques non négligeables. La loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau revêt une forte dimension écologique : les zones humides, qui sont définies, doivent être protégées d'une manière ou d'une autre, mais cela suppose qu'elles puissent être identifiées sur le plan juridique afin d'éviter les discussions et contestations sur la seule base des critères scientifiques (619). Tout cela est aujourd'hui réuni de façon assez cohérente dans le Code de l'Environnement, mais on trouve aussi quelques dispositions d'ordre public écologique dans le Code Forestier, le Code de l'Urbanisme et le Livre Ier du CRPM.

617 TFUE, articles 101 (ententes anticoncurrentielles) & 102 (abus de position dominante) ; C. Com., articles L 420-1 à L 420-7, R 420-1 à R 420-5. Le règlement (CE) n° 1184/2006 du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles procède à la refonte d'un règlement remontant à 1962, et prévoit une exemption au titre de l'article 101§3 pour les accords, décisions ou pratiques faisant partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC énoncés à l'article 39 du TFUE : cela concerne notamment les regroupements d'agriculteurs en coopératives, GIE, etc...

618 Francis CABALLERO : Essai sur le concept juridique de nuisance, L.G.D.J., 1979. Le même auteur est à l'origine d'un remarquable manuel sur le « Droit de la drogue » (en collaboration avec Yann BISIOU), Dalloz, 2000 ; il est par ailleurs un des avocats du Comité national de lutte contre le tabagisme et président du « Mouvement de légalisation contrôlée » (des drogues douces).

619 C. Env., articles L 211-1-I, L 211-1-1, L 211-3-II (4°), L 211-12-II (3°) & V bis, L 211-13-I bis, L 214-7-1, & R 211-108.

2.2.3.1.3. Les implications de l'ordre public dans les branches traditionnelles du Droit objectif

Le Droit Pénal est manifestement la branche traditionnelle du Droit la plus concernée par l'ordre public : les infractions pénales de toute catégorie sont des troubles à l'ordre public, et une condamnation pénale est censée exprimer la plus haute réprobation de la société (représentée par le ministère public, ou Parquet). La création d'une infraction nouvelle a donc une forte portée symbolique.

Mais l'ordre public est aussi présent en Droit Civil, Commercial, du Travail, etc... Il se traduit la plupart du temps par des restrictions législatives à la liberté contractuelle, rendant illicite certains types de clauses :

EX1 : Sont illicites dans tous les contrats les clauses d'indexation du montant d'une obligation à objet financier sur le SMIC ou le niveau général des prix ou des salaires, à l'exception des paiements internationaux (620), ainsi que, dans les contrats de prêt financier, toute clause fixant un taux d'intérêt supérieur au taux de l'usure, défini par décret sur une base semestrielle ; l'offre de prêt à un « taux effectif global » usuraire est un délit (621) ;

EX2 : L'article L 132-1 du Code de la Consommation permet au juge de déclarer non écrites des clauses abusives, au profit du consommateur brimé, alors que cette solution ne saurait prévaloir à un niveau général : en dehors du Droit de la Consommation, l'autonomie de la volonté des parties s'impose au juge, qui ne dispose que d'un pouvoir d'interprétation du contrat, sauf exception telle que la rescision pour lésion ;

EX3 : Les articles L 330-1 à L 330-3, R 330-1 et R 330-2 du Code de Commerce limitent les abus que peuvent occasionner les clauses d'exclusivité dans les contrats commerciaux (approvisionnement ou distribution exclusive, franchise...).

EX4 : En matière de baux ruraux, les fermages payés aux bailleurs sont plafonnés (622), alors que, pour les baux commerciaux et les baux d'habitation, les locataires ne peuvent contester le montant trop élevé des loyers que par des procédures particulières.

Si l'on excepte le contentieux répressif des contraventions de grande voirie, le Droit Administratif n'aborde les questions d'ordre public que de façon très indirecte, à travers les litiges qui mettent en jeu d'autres concepts et mécanismes qui lui sont propres : contrôle des motifs d'une décision administrative de retrait d'un produit dangereux du marché, par exemple.

Le Conseil d'Etat a rendu cependant un arrêt remarqué (en double exemplaire), mais unique en son genre : il a validé un arrêté municipal interdisant le « lancer de nain » par des clients volontaires comme attraction dans une discothèque, en faisant valoir que cela portait atteinte à la dignité humaine, ce qui semble plus proche du concept de « bonnes mœurs » que de celui d'ordre public (623) ; c'est d'ailleurs ce qu'avaient admis certains TA, qui avaient censuré des arrêtés municipaux au motif que, à supposer que cette pratique puisse être considérée comme immorale, elle n'était aucunement contraire à l'ordre public. Le commissaire du gouvernement FRYDMAN, dont les conclusions ont été suivies par le Conseil d'Etat, a estimé au contraire que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ».

2.2.3.1.4. L'ordre public en Droit communautaire/de l'Union

De façon générale, l'UE n'a pas vocation à se substituer aux Etats membres pour leur imposer une conception unifiée de l'ordre public dans tous les domaines. Mais ceci ne vaut que pour l'ordre public traditionnel. En matière économique et sociale, l'ordre public national peut être

620 CMF, articles L 112-1 & L 112-2.

621 C. Cons., articles L 313-3 à L 313-6, R 313-1 à D 313-9.

622 CRPM, articles L 411-1 & R 411-1.

623 CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge & Ville d'Aix-en-Provence (2 arrêts). A noter que le requérant en première instance était la personne de petite taille qui contestait la suppression de son gagnepain par l'autorité municipale.

mis en échec par le jeu combiné des articles 34 à 36 du TFUE, la dernière phrase de l'article 36 faisant l'objet d'une application tatillonne de la part de la Commission européenne et de la CJUE:

(Article 34) : « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres. »

(Article 35) : « Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres. »

(Article 36) : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou la protection de la propriété industrielle ou commerciale. Toutefois ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres. »

On constate que la protection des consommateurs (sur le plan de l'information) ne figure pas parmi les exceptions de l'article 36. Dans l'arrêt « Cassis de Dijon » de 1979 (cf. p. 49, EX1), la CJCE a admis qu'il s'agissait d'une « exigence impérative », tout comme l'efficacité des contrôles fiscaux ou portant sur les droits indirects, pour répondre aux arguments allemands sur le positionnement « impossible » de la liqueur de cassis dans la nomenclature fédérale des accises. On doit en déduire que l'énumération de l'article 36 n'est pas absolument limitative en matière d'exceptions au principe de libre circulation des produits. Une des conséquences a été l'adoption en 1983 de la première directive de surveillance des « spécifications techniques » purement nationales (devenue la directive 98/34/CE présentée en 1.3.2.5.1.), afin de limiter la possibilité d'invoquer l'ordre public interne à des fins protectionnistes. Par ailleurs, les mesures de police administrative à caractère restrictif de la libre circulation dans les secteurs non harmonisés par des règlements ou des directives doivent faire l'objet d'une notification à la Commission européenne et aux Etats membres. En 2008, plusieurs règlements et une décision viennent préciser la portée du principe de libre circulation dans l'optique du « principe de reconnaissance mutuelle » issu de la jurisprudence « Cassis de Dijon » (624).

Mais le protectionnisme national peut aussi concerner les services marchands et le libre établissement des entreprises de services sur le marché intérieur, avec invocation de l'ordre public par un Etat membre. Le « considérant » 41 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (625) résume ainsi la question :

624 Règlement (CE) n° 764/2008 du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat-membre ; règlement (CE) n° 765/2008 du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits ; règlement (CE) n° 766/2008 du 9 juillet 2008 modifiant le règlement (CE) n° 515/97 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des Etats membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole ; décision n° 768/2008/CE u 9 juillet 2008 relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits.

625 Cette directive est l'avatar du célèbre projet de directive émanant de Frits BOLKESTEIN, qui était commissaire au marché intérieur en 2002 ; cela avait soulevé de fortes controverses dans la mesure où il était question d'étendre aux services le principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle des règles concernant les produits dont la mise sur le marché ne fait pas l'objet de textes d'harmonisation (règlements ou directives). Ce projet insensé, qui aurait abouti à créer de véritables « délocalisations à domicile », et dont l'émergence n'a pas été sans influence sur le vote négatif du corps électoral français lors du référendum constitutionnel de mai 2005 sur le projet de « traité constitutionnel », a été révisé de façon drastique pour aboutir à un texte acceptable, puisqu'il y a eu abandon du principe de reconnaissance mutuelle des conditions d'exercice des activités indépendantes. Dans son déviationnisme ultra-libéral occasionnel, la Commission semble avoir oublié que l'essence de la construction européenne est la progression de l'harmonisation – même si le processus est lent et

« La notion d'« ordre public », telle qu'interprétée par la CJCE, recouvre la protection contre une menace réelle et suffisamment grave, affectant l'un des intérêts fondamentaux de la société, et peut comprendre, en particulier, les questions touchant à la dignité humaine, à la protection des mineurs et des adultes vulnérables et au bien-être des animaux. De même, la notion de « sécurité publique » comprend les questions de sûreté publique ».

En matière environnementale (ordre public écologique), l'article 193 du TFUE autorise les Etats membres à adopter des mesures nationales plus contraignantes que celles provenant du droit dérivé (directives, règlements et décisions), mais à condition d'être compatibles avec le reste du Traité (dont l'article 36) et d'être notifiées à la Commission.

Il n'existe pas à proprement parler de « Droit pénal communautaire/de l'Union », si ce n'est en matière de concurrence (décisions de la Commission infligeant des pénalités pour les pratiques anticoncurrentielles des entreprises). Mais ce Droit tend à multiplier les directives prescrivant aux Etats membres l'adoption de « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives » sur telle ou telle question.

2.2.3.2. Les pouvoirs de police

Les **pouvoirs de police** sont des prérogatives de puissance publique à caractère décisionnel, étroitement liés au maintien ou au rétablissement de l'ordre public. Il s'agit de pouvoirs contraignants pouvant revêtir diverses formes, et dont ne disposent pas les personnes privées, et sont en principe déterminés par un texte législatif, codifié ou non. Certaines lois peuvent être qualifiées de **lois de police**, dans la mesure où elles créent des régimes contraignants, sans même l'intervention d'une autorité administrative dotée de prérogatives particulières (626). En revanche, l'existence de **règlements de police** implique une telle intervention :

EX : Le décret n° 73-912 du 21 septembre 1973 modifié portant règlement général de police de la navigation intérieure renvoie à des arrêtés préfectoraux (cours d'eau) ou interpréfectoraux (plans d'eau interdépartementaux) et leurs dépendances, et au ministre pour les cours d'eau et canaux interdépartementaux. Son fondement législatif actuel étant constitué par les articles L 4241-1 et L 4241-2 du Code des Transports, il sera codifié en articles R 4241-1 et suivants de ce code.

Concrètement, ils consistent à exercer des prérogatives particulières telles que contrôler l'organisation et l'agencement d'établissements industriels, artisanaux et agricoles (sécurité des salariés, hygiène des procédés de fabrication...) , des marchandises, des animaux, avoir accès des documents, un droit de fouille ou de perquisition, effectuer des prélèvements à des fins d'analyse, etc... Comme les autres prérogatives, ils sont précisément définis par les textes législatifs. Ils sont étroitement liés au concept d'**ordre public**, traditionnel ou plus récent, et peuvent être classés de deux manières.

2.2.3.2.1. Police administrative et police judiciaire

La **police administrative** rassemble l'ensemble des pouvoirs dévolus à une autorité administrative, éventuellement indépendante, et qui tendent à maintenir l'ordre public à travers des mesures de prévention. La **police judiciaire** se rattache exclusivement à l'ordre

parfois difficile – et l'activation du principe de reconnaissance mutuelle une exception à ce principe ; le projet en question inversait purement et simplement cette problématique, et s'inscrivait donc dans un processus de déconstruction de l'Europe...

626 Par exemple, les articles L 362-1 à L 362-8, R 362-1 à R 362-5 du Code l'Environnement, qui interdisent la circulation motorisée dans les espaces naturels en dehors des voies ouvertes à la circulation publique, avec quelques exceptions.

public en matière pénale ; elle consiste à constater les infractions au moyen de procès-verbaux (PV) (627), et à en identifier le ou les auteurs dans la mesure du possible, en vue de les renvoyer devant la justice pénale. Les agents et officiers de police judiciaire (APJ & OPJ) (628) peuvent être requis par le ministère public en vue de constater des infractions, mais peuvent aussi le faire d'initiative. Sur le terrain, on peut passer instantanément de l'une à l'autre.

S'agissant des fonctionnaires qui ne sont ni policiers, ni gendarmes, ni douaniers, les pouvoirs d'APJ ou d'OPJ supposent l'acquisition d'une **commission d'habilitation** (pour la compétence technique) et d'une **assermentation** (dans le but de conférer aux PV une force probante supérieure aux déclarations des personnes privées). Les pouvoirs d'investigation sont précisément définis par la loi dans chaque cas ; il n'existe pas de schéma général, le Code de l'Environnement faisant exception. Dans les procédures pénales (police judiciaire), les avocats de la défense vérifient systématiquement et dans le détail la régularité des opérations menées : le vice de procédure peut en effet amener la nullité globale de celle-ci, ce qui dispense d'argumenter sur le fond si le client est en mauvaise posture.

Les pouvoirs de police administrative sont par définition exercés par une **autorité administrative**, qui peut être :

- traditionnellement, le Premier ministre, même sans texte législatif (629) ;
- les ministres, dont le pouvoir n'est pas distinct sur le fond de celui du Premier ministre (le Gouvernement forme un tout) ; c'est cette pratique qui s'est développée, les pouvoirs de police du Premier Ministre étant devenus virtuels en pratique ;
- les préfets, en tant que représentant du gouvernement, donc du Premier ministre et des ministres ;
- les maires des communes, ou, dans certains cas les Présidents des EPCI à fiscalité propre (630) ; le maire a en général la « casquette » d'exécutif de la commune, bien que ses pouvoirs de police soient exercés sans « feu vert » du Conseil municipal, mais il peut aussi être le représentant de l'Etat dans la commune ;
- les directeurs de certains EPA (Parcs nationaux, Agences de sécurité sanitaire, ARS...) ;
- certaines AAI ou API.

Sur la question de l'intervention de la loi pour préciser l'étendue de ces pouvoirs, il convient de distinguer si la police administrative est exercée au titre de la police générale ou d'une police spéciale : l'intervention de la loi est nécessaire pour les polices spéciales, elle est facultative pour la police générale.

2.2.3.2.2. Police générale et polices spéciales

627 Comme son nom ne l'indique pas, le procès-verbal (PV) de police judiciaire est toujours écrit, et obéit à un rigoureux formalisme, à peine de nullité de la procédure. Les PV doivent être transmis au ministère public (Parquet) dans un certain délai précisé par le texte applicable à l'infraction.

628 Il ne s'agit pas de grades, mais de fonctions attribuées à des fonctionnaires, d'autorité ou non, à partir d'une certaine qualification : certains policiers, gendarmes ou douaniers peuvent être OPJ, les autres étant simplement APJ. Les commissaires de police sont toujours OPJ.

629 CE, 8 août 1919, Labonne.

630 L'article L 5211-9-2 du CGCT, issu de l'article 63 de la LRCT de 2010, transfère de plein droit au Président de l'EPCI à fiscalité propre les pouvoirs du maire en matière d'assainissement, d'élimination des déchets et de réalisation d'aires d'accueil des gens du voyage, en plus de deux autres polices qui peuvent lui être transférées de façon facultative : voirie communale, et manifestations culturelles et sportives.

En tant que police administrative, la **police générale** a pour finalité la préservation de l'ordre public traditionnel, dans la vie quotidienne des citoyens : sécurité publique, tranquillité publique, salubrité publique. Elle ressort essentiellement de la police et de la gendarmerie nationales, qui sont aux ordres du Ministère de l'Intérieur au niveau national, et aux ordres du préfet de département ou du préfet de zone au niveau régional et local.

EX. : L'association France-Nature-Environnement avait contesté la légalité du décret n° 2010-1226 du 20 octobre 2010 portant limitation du trafic des hélicoptères dans les zones à forte densité de population, notamment en ce que ce décret opérait un renvoi à un arrêté ministériel pour l'édiction de certaines règles. Le Conseil d'Etat rejette le recours en invoquant implicitement la jurisprudence « Labonne » de 1919 et en faisant observer « qu'il appartient au Premier Ministre de veiller, par des précautions convenables, à la préservation de la tranquillité publique en prenant, pour l'ensemble du territoire, des mesures permettant de limiter les nuisances sonores provoquées par le trafic d'aéronefs » ; il estime que « le Premier ministre a fait usage de ses pouvoirs de police générale, sans porter d'atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie » (CE, 23 novembre 2011, Association France-Nature-Environnement).

Le **maire** et le **préfet** sont les principales autorités de police générale : la police générale s'exerce en premier lieu au niveau communal, et elle prend alors le nom de « police municipale », le maire l'exerçant au nom de la commune mais de façon autonome par rapport au Conseil municipal (631) ; le préfet peut se substituer au maire en cas de carence avérée de celui-ci, ou si les problèmes se posent à l'échelle de plus d'une commune (632). Le maire et le préfet ont la qualité d'OPI, et peuvent donc dresser des PV ; le maire a autorité sur les gardes-champêtres communaux et sur les agents de police municipale. Le **préfet maritime** est autorité de police générale en mer, sous réserve des pouvoirs propres du maire sur une bande de 300 mètres de largeur, pour l'usage de certains engins (633).

Les **polices spéciales** s'exercent dans des domaines particuliers, distincts des trois domaines de la police générale, mais pouvant parfois la recouper partiellement. Le maire en détient un certain nombre : police funéraire, police des cimetières, police des mares insalubres, police des foires et marchés, police des baignades, police des emplacements de ruchers, police de la circulation et du stationnement, etc ... La lecture du passage approprié du CGCT montre une législation qui a été pour l'essentiel fixée à une époque où la vie rurale était active et diversifiée (loi de police municipale de 1884). Mais le maire détient aussi une police spéciale à dimension écologique, plus récente : il a la possibilité d'interdire la circulation motorisée sur certaines voies et secteurs de la commune pour des motifs de réduction des nuisances sonores préjudiciables à la fois aux personnes et à la faune sauvage ou pour des motifs paysagers, le préfet détenant un pouvoir de substitution en cas de carence (634).

La question du « concours des pouvoirs de police » relevant de deux autorités administratives différentes pour le même objet ou le même problème peut être résumée de la façon suivante : « Les pouvoirs de police spéciale attribués aux ministres et aux préfets ne font pas obstacle à l'exercice des compétences reconnues aux maires par la loi, notamment pour assurer la protection des personnes et des biens » (CE, Section des travaux publics, Avis n° 381.725 du 29 juillet 2008, Rapport public 2009, p. 320). Pour l'explication méthodologique, cf. 2.3.2.4.2. : application du théorème de la contrapositive).

La Haute Assemblée fait ici le point sur des débats jurisprudentiels assez anciens qu'elle a régulé en dernière instance : la jurisprudence administrative admet donc que l'existence d'une police spéciale ne fait généralement pas obstacle à la mise en œuvre de la police générale pour le même problème, « sauf si cet usage, hors des cas d'urgence, a eu pour objet ou pour effet

631 CGCT, articles L 2211-1 à L 2212-5.

632 CGCT, article L 2215-1.

633 CGCT, article L 2213-23 (maire); décrets n° 2004-112 & 2007-536, précités (préfet maritime ou équivalent dans les DOM).

634 CGCT, articles L 2213-4 & L 2215-3.

de ne pas respecter la procédure prévue pour la police générale » (635). Tel est le cas, par exemple, des nuisances sonores aéroportuaires : la police générale municipale de l'article L 2212-2 du CGCT, mise en oeuvre pour des motifs de tranquillité et sécurité publiques, pourrait servir à interdire le passage d'avions bruyants au-dessus d'une territoire d'une commune, alors que la police spéciale de la circulation aérienne appartient au Ministre des Transports et que sa remise en cause au niveau local aboutirait à une situation chaotique aux conséquences dangereuses. De même, les velléités de maires « anti-OGM » d'en interdire les cultures expérimentales sur leur commune est vouée à l'échec, la police spéciale relevant d'une compétence interministérielle Agriculture-Environnement. Le Conseil d'Etat applique ici une maxime du Droit Administratif : « juger l'Administration, c'est encore administrer ».

Ainsi, en matière environnementale, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a limité à plusieurs reprises l'intervention des maires au titre de leur pouvoir de police générale (CGCT, articles L 2212-1 & L 2212-2) à l'encontre des autorités administratives dotées de police spéciale, sans l'exclure dans l'absolu :

EX1 : La police spéciale des ICPE ayant été attribuée au préfet par les articles L 512-1, L 512-7-3 et L 512-8 du Code de l'Environnement, et cette matière étant hautement technique, la jurisprudence administrative considère que le maire ne peut s'immiscer dans ces questions en tant qu'autorité de police générale, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il existe un « péril imminent » (CE, 22 janvier 1965, Consorts Alix, avec application de la législation de 1917 antérieure à celle de 1976 pour les ICPE). Toutefois le maire peut activer la police spéciale des déchets instituée par l'article L 541-3 du même code pour exiger du détenteur des déchets de l'ICPE leur élimination s'il en résulte un danger pour la santé publique ou pour l'environnement naturel : la coexistence des deux polices spéciales n'aboutit pas à une immixtion d'une autorité dans les prérogatives d'une autre, d'autant plus que le préfet peut se substituer au maire en cas de carence de celui-ci (CE, 18 novembre 1998, M. Jaeger).

EX2 : Un maire ne peut légalement, sous la pression des apiculteurs locaux, interdire sur sa commune l'usage d'insecticides contestés par les apiculteurs locaux alors qu'ils bénéficient d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) ou d'une autorisation provisoire de vente (APV) au titre de la police spéciale exercée par le Ministre de l'Agriculture (TA Nancy, 2 mars 2004, Préfet des Vosges c./ Commune de Frémifontaine ; CAA Nantes, 24 mai 2005, Commune de Murs-Erigné) : la profession apicole ne peut obtenir gain de cause qu'en obtenant le retrait de l'AMM ou de l'APV du produit concerné au niveau national.

EX3 : Sauf à démontrer un péril imminent, un maire ne peut invoquer ses pouvoirs de police générale pour s'immiscer dans la police de l'épandage des boues de stations d'épuration, confiée au préfet par les textes réglementaires d'application de la législation sur l'eau (CAA Nancy, 5 août 2004, Préfet de la Haute-Saône c./ Commune de Saulnot).

EX4 : Le préfet tient de l'article L 211-5, alinéas 3 & 4, du Code de l'Environnement une police spéciale d'intervention par voie d'injonctions ou de travaux d'office en cas de menace sur la qualité, la conservation des eaux ou la sécurité civile, le maire de la commune concernée jouant simplement un rôle de récepteur et d'émetteur des informations pertinentes en direction de la population ; il ne peut donc s'immiscer dans cette police spéciale en faisant usage de ces pouvoirs de police générale (CGCT, articles L 2212-2 & L 2212-4), sauf à justifier d'un péril imminent. Tel est le cas dans une commune dont un captage d'eau potable avait été affecté par des pollutions d'origine agricole ayant amené un défaut de conformité de l'eau aux exigences réglementaires issues du CSP, ce qui a amené le maire à prendre un arrêté interdisant les cultures sur des parcelles faisant partie du périmètre rapproché de protection du captage, alors même que l'arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L 1321-2 du CSP ne le prévoyait pas (CE, 2 décembre 2009, Commune de Rachecourt-sur-Marne) ; infirmation de l'arrêt d'appel, qui avait considéré qu'il n'y avait pas « péril imminent » (CAA Nancy, 2 août 2007, GAEC des Varennes).

EX5 : Dans le contentieux de l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile, le Conseil d'Etat a posé que les maires hostiles à ces implantations sur leur commune ne pouvaient invoquer leur pouvoir de police générale sur le fondement du CGCT en prétendant protéger leurs administrés contre les effets nocifs présumés des ondes électromagnétiques émises par ces antennes sans s'immiscer indûment dans les pouvoirs de police spéciale attribuées au Ministre compétent sur le fondement des articles L 32-1, L 34-9-1, L 34-9-2, L 42-1 et L 43 du CPCE. Les requérants ayant invoqué le principe constitutionnel de précaution (Charte de l'Environnement, article 5), la Haute Assemblée a fait valoir « que le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attribution ; que, par

635 CE, 22 décembre 1993, Commune de Carnoux-en-Provence.

conséquent, la circonstance que les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques fixées au niveau national ne prendraient pas suffisamment en compte les exigences posées par le principe de précaution n'habilite pas davantage les maires à adopter une réglementation relative à l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes » (CE, Ass., 26 octobre 2011, 3 arrêts). Cette jurisprudence semble avoir inspiré celle du Tribunal des Conflits, qui restreint peu après les compétences du juge judiciaire en la matière, celui-ci pouvant paraître trop enclin à faire jouer la responsabilité pour trouble anormal de voisinage au profit des contestataires... Toutefois, le Conseil d'Etat a admis plus récemment que le maire d'une commune pouvait, pour s'opposer à l'implantation d'une antenne relais en refusant de délivrer une autorisation d'urbanisme pour celle-ci, mettre en oeuvre le principe constitutionnel de précaution, dans des conditions très restrictives (« éléments circonstanciés faisant apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus ») (CE, 30 janvier 2012, Société Orange France).

Dans le domaine du vivant, on observe l'intervention de nombreuses polices spéciales, qui n'obéissent pas a priori aux mêmes schémas procéduraux ou aux mêmes caractéristiques sur le fond (Annexe 9). En matière environnementale, l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire, prise sur l'habilitation de l'article 256 de la loi « Grenelle 2 » de 2010, tend à harmoniser l'exercice des polices spéciales prévues par le Code de l'Environnement, tant sous le volet « administratif » que « judiciaire » (636) :

- police administrative : régime unique de modalités d'accès aux ouvrages, travaux, opérations, objets, dispositifs et activités concernés, avec saisine du juge des libertés et de la détention (du TGI) en cas de refus, modalités d'application du principe du contradictoire (cf. Annexe 4), de la mise en demeure en vue de la régularisation de la situation avec possibilité d'injonction de mesures conservatoires ou de suspension d'activité, suites possibles en cas d'absence de régularisation à l'expiration d'un certain délai (consignation financière, exécution d'office des travaux, amende administrative et astreinte journalière, fermeture d'établissement ou suppression d'ouvrage...) ;
- police judiciaire : désignation des fonctionnaires « inspecteurs de l'environnement » habilités à rechercher les infractions et commissionnés par spécialité, harmonisation des sanctions pénales, y compris les peines complémentaires.

Les polices spéciales applicables au domaine du vivant se répartissent en deux grandes catégories, que l'on peut aisément corréler aux codes de la deuxième génération :

- celles qui ont un caractère général et qui s'appliquent de façon non exclusive au domaine du vivant, telles que la répression des fraudes sur les produits et services (C. Cons.), le contrôle métrologique (non codifié), l'inspection du travail (C. Trav.), l'usage non agricole des sols (CU)...
- celles qui ont un caractère spécifique et relèvent du CRPM, du Code Forestier, du Code de l'Environnement et du CSP (Annexe 9).

La **répression des fraudes** prévient (police administrative) et sanctionne (police judiciaire) les agissements économiques contraires à la loyauté des transactions commerciales ou à une saine concurrence, ainsi que ceux qui portent atteinte à protection des consommateurs, tant sur le plan du couple santé/sécurité que sur celui de l'information. Elle relève principalement de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF, Ministère de l'Economie et des Finances) ; par ailleurs, les agents de certaines AAI peuvent détenir des pouvoirs de police en matière économique (Autorité de la Concurrence, AMF, etc...), de même que certains agents du GNIS (semences et plants) ou de FranceAgriMer, ainsi que les agents de la Commission Européenne en Droit de la

636 C. Env., articles L 170-1 à L 174-1. Décret d'application à paraître (futurs articles R 171-1 à R 173-X).

Concurrence). Elle concerne le domaine du vivant sur le plan de l'information et de la satisfaction des utilisateurs professionnels, sur le fondement très général de l'article L 214-1 du Code de la Consommation qui renvoie à des décrets en Conseil d'Etat le soin de préciser les conditions de dénomination, de composition et d'utilisation des produits alimentaires et des intrants agricoles notamment. Ces décrets peuvent faire l'objet d'une insertion dans le même code (articles R 214-1 à R 214-22 renvoyant aux règlements de l'UE directement applicables, afin de permettre la répression pénale contraventionnelle ou correctionnelle), être codifiés dans le CRPM (produits phytopharmaceutiques, matières fertilisantes et supports de culture), ou rester non codifiés (semences et plants, alimentation animale...). Les « variantes OGM » des intrants sont insérées dans ces divers supports.

Le **contrôle métrologique** est effectué par un service relevant du ministre chargé de l'industrie pour tous les appareils de mesure, avec l'appui du Laboratoire national de métrologie et d'essais, qui a le statut d'EPIC (637).

En ce qui concerne les polices spéciales spécifiques au domaine du vivant, il est parfois difficile de les dénombrer avec précision, et on peut parfois les regrouper dans un vocable plus large (« police sanitaire vétérinaire » par exemple) : le Livre II du CRPM est un cas d'école à ce titre. Le **bien-être animal** n'est pas en pratique une police spéciale distincte de la police sanitaire vétérinaire ou de ses composantes distinctes, du fait de la compétence des DD(CS)PP pour les deux domaines, mais il l'est bien sur le plan théorique et historique, puisque issu de la loi de protection de la nature de 1976. On note qu'il peut donner lieu dans le cadre du « second pilier » de la PAC à des aides communautaires pour les pratiques allant au-delà du minimum réglementaire (638), et les dispositions applicables, qui sont souvent l'application du Droit de l'UE ou du Droit européen (conventions internationales du Conseil de l'Europe), figurent dans le CRPM (639).

2.2.4. LE SERVICE PUBLIC

Le Droit français a développé une conception extensive du service public : il s'agit d'un ensemble d'activités ou de missions qui relèvent de l'intérêt général et qui ont vocation à être développées par des personnes morales de Droit Public, ou pour leur compte par des personnes morales de Droit Privé. Comme dans le cas de l'ordre public, le concept symétrique de « service privé » n'est pas usité, mais il est bien réel : ce sont les services marchands de l'économie qui répondent à des intérêts particuliers. Cependant, il n'existe pas de clivage net ou de frontière bien tracée entre les deux sphères, ne serait-ce que parce que l'intérêt général peut être spontanément satisfait par le jeu des intérêts particuliers. En d'autres termes, l'intérêt privé ou l'intérêt particulier, qui s'oppose *a priori* à l'intérêt général, n'est pas nécessairement opposé à celui-ci *a posteriori*. Un bon exemple est fourni par les associations

637 Décret n° 78-280 du 10 mars 1978 modifié. Décret n° 2001-387 modifié relatif au contrôle des instruments de mesure. Décret n° 2006-447 du 12 avril 2006 relatif à la mise sur le marché et à la mise en service des instruments de mesure, transposition de la directive 2004/22/CE du 31 mars 2004 sur les instruments de mesure. Les fondements législatifs de la réglementation française sont anciens : loi du 4 juillet 1837 modifiée par la loi du 15 juillet 1944 relative au système métrique et à la vérification des poids et mesures, et décrets d'application n° 61-501 et 73-788. Un certain « ménage » serait opportun...

638 Article 40 du règlement (CE) n° 1698/2005 du 20 septembre 2005 modifié concernant le soutien au développement rural par le FEADER.

639 CRPM, articles L 211-1 à L 215-14, R 211-1 à R 215-10.

syndicales de propriétaires, qui peuvent être constituées à la fois dans un but d'intérêt commun (intérêts privés convergents, mais difficile à mettre en œuvre séparément sur le plan économique) et dans un but d'intérêt général : avant la réforme de fond de 2004, les 19 objets possibles de ce type de personne morale, qui relève tantôt du Droit Privé (associations syndicales libres), tantôt du Droit Public (associations syndicales autorisées ou forcées) pouvaient tous être rattachés à l'intérêt général, y compris dans ses implications contradictoires (640).

Dans une optique libérale sur le plan économique, on poserait que tel est le cas en général, et que seuls les services publics de l'« Etat minimum » sont acceptables (« missions régaliennes » de défense, diplomatie, justice et police), mais la tradition politique et socioéconomique française n'est pas de cette veine (641). Ainsi, l'on a aux Etats-Unis une vision inversée de la question : c'est l'exercice des activités privées dans le cadre légal qui contribue essentiellement à la satisfaction de l'intérêt général (642), et l'Etat fédéral ainsi que les Etats sont invités à intervenir le moins possible dans la vie économique, sociale et culturelle : c'est pour cette raison que le « moins d'Etat » - surtout sous l'angle fiscal, mais pas uniquement - est un thème récurrent des élections présidentielles dans ce pays.

Ce n'est que récemment que les textes législatifs ont pris le relais de la jurisprudence administrative pour cerner ces deux concepts fondamentaux : l'intérêt général et le service public, qui en découle. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les critères jurisprudentiels d'identification d'une mission de service public sont :

- un **critère finaliste** : le caractère d'intérêt général de la mission ;
- un **critère organique** : son rattachement à une personne publique, ou à une personne privée ayant un lien de droit avec une personne publique (délégation de service public par voie contractuelle, ou attribuée directement par la loi à une personne privée, le lien étant alors établi avec l'Etat);
- un **critère fonctionnel**, aussi appelé **critère matériel** : un régime de Droit Public applicable à l'activité, c'est-à-dire des mécanismes « exorbitant du droit commun » (Droit Civil) ; il peut s'agir d'une prérogative de puissance publique.

Le critère organique est à la fois le plus important et le plus simple à identifier : il sous-entend le critère finaliste et rend inutile la recherche du critère fonctionnel, d'autant plus que quelques arrêts concluent à l'existence d'une mission de service public malgré son absence (643). On peut intégrer le critère finaliste dans le critère fonctionnel en donnant à celui-ci un sens plus large. Ces constructions doctrinales à partir d'une jurisprudence qui évolue par petites touches ne doivent pas être prises au pied de la lettre, et sont naturellement évolutives et « à géométrie variable », d'où certaines divergences de présentation :

640 Avant l'adoption de l'ordonnance n° 2004-632 qui abroge et remplace d'anciennes lois, dont celle du 21 juin 1865 modifiée à de nombreuses reprises, l'article 1^{er} de celle-ci en ce qui concerne le droit de l'eau montrait de nombreuses contradictions potentielles ou effectives avec les dispositions du Livre II du Code de l'Environnement.

641 Sur ce point, cf. CEHD, 3.3 ., la pensée de Friedrich von HAYEK.

642 Proverbe étatsunien ancien: « Ce qui est bon pour General Motors est bon pour les Etats-Unis ». On peut évidemment remplacer aujourd'hui GM par « Coca Cola », « ExxonMobil » ou « Microsoft »... Mais on observe également que le Droit étatsunien de la Concurrence exerce une forte régulation sur ces grandes entreprises pour les empêcher de s'écarter de cette fonction en abusant de leur position dominante sur les marchés.

643 René CHAPUS : Droit Administratif général, Tome 1, Montchrestien, 2000, § 762 (2°).

EX1 : Le service public est « une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique et suivant un régime dérogatoire au droit commun » (644) ;

EX2 : « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public.

Toutes autres données ou considérations sont indifférentes » (645).

Il convient donc de s'interroger en premier lieu sur le critère finaliste du service public.

2.2.4.1. L'intérêt général

2.2.4.1.1. Un concept protéiforme

Tel le dieu Protée de l'Antiquité grecque qui changeait fréquemment d'apparence, l'intérêt général est omniprésent dans l'ordre juridique, mais très contrasté dans ses expressions, au point d'offrir parfois un aspect contradictoire dans ses implications concrètes. L'intérêt général peut être proclamé par la loi à propos de telle ou telle activité, mais il l'est traditionnellement bien davantage par la jurisprudence administrative. La doctrine observe que la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'identification de l'intérêt général permet d'y voir simultanément une « norme de mesure », une « norme de contrôle » et une « norme de raison » (646). Plus précisément :

« Il est constant que l'une des fonctions les plus importantes de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative est de limiter, au nom des finalités supérieures qu'elle représente, l'exercice de certains droits et libertés individuels, au nombre desquels il faut ranger notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, ainsi que certains principes fondamentaux, tels celui d'égalité et celui de sécurité juridique. De la confrontation de ces principes avec la notion d'intérêt général ne naît pas une opposition stérile et statique, mais bien plutôt un ensemble de constructions juridiques fécondes qui sont à l'origine de branches entières du Droit Public » (647).

On vérifie donc ici l'application du modèle de la « toile de fond » constituée par les principes fondamentaux du Droit Privé, modifiée par la jurisprudence administrative et constitutionnelle, le juge étant alors le juge de l'équilibre entre la nécessité de respecter l'existence des espaces de liberté du Droit Privé et la nécessité ponctuelle de leur porter atteinte au nom de l'intérêt général :

- le Conseil Constitutionnel opère ce contrôle par rapport à la législation ;
- les juridictions administratives et le Conseil d'Etat en dernier ressort font de même par rapport à la réglementation, aux décisions d'espèce et aux décisions administratives individuelles, en les confrontant à la loi, mais parfois aussi au bloc de constitutionnalité (Charte de l'Environnement, notamment)

En ce qui concerne l'optique du Droit communautaire, le considérant (40) de la directive « services » de 2006, déjà présentée, formule la doctrine de la Commission européenne, basée sur la jurisprudence de la CJCE :

« La notion de « raisons impérieuses d'intérêt général » à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la présente directive a été élaborée par la CJCE dans sa jurisprudence relative aux articles 43 et 49 du TCE et est susceptible d'évoluer encore. Cette notion, au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, couvre au moins les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, au sens des articles 46 et 55

644 André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET : *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, L.G.D.J., 2001, § 1108.

645 R. CHAPUS, précité, § 748, avec répétition de l'argument au § 760. On appréciera la « petite phrase assassine » destinée notamment aux auteurs précédents. Cette position est confirmée par un arrêt récent du Conseil d'Etat en matière de distribution cinématographique, présenté ci-dessous.

646 Didier TRUCHET : *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre*, Rapport public 1999 du Conseil d'Etat, EDCE n° 50, p. 362. L'auteur a soutenu sa thèse en 1977 sur cette question.

647 Conseil d'Etat, Rapport public 1999, précité, p. 290.

du TCE, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine artistique national, et la politique vétérinaire. »

Précision : les articles 43, 46, 49 et 55 du TCE sont devenus les articles 49, 52, 56 et 62 du TFUE. Dans le texte même de la directive, la définition (8) de l'article 4 procède à une énumération plus ramassée des « raisons impérieuses d'intérêt général ». De telles raisons peuvent justifier l'existence de « régimes d'autorisation » nationaux susceptibles de limiter la liberté d'établissement des entreprises prestataires de services, dans les conditions prévues par les articles 9 à 13 de la directive 2006/123/CE.

2.2.4.1.2. Les références législatives à l'intérêt général

Dans le domaine du vivant, il existe de nombreuses proclamations législatives de l'intérêt général :

EX1 : En Droit Rural, l'**agriculture de montagne** est d'intérêt général « par sa contribution à la production, à l'emploi, à l'entretien des sols et à la protection des paysages » (648), ce qui est corroboré en Droit international public par les articles 3 et 7 du Protocole d'application de la Convention internationale pour la protection des Alpes (« Convention alpine ») du 7 novembre 1991, portant sur l'agriculture de montagne, intégré au Droit communautaire et au Droit français; cela ne signifie aucunement que l'agriculture hors zones de montagne ne soit jamais d'intérêt général, en particulier dans les cas où un exploitant agricole passe avec l'Etat un contrat d'agriculture durable (CAD) ou prend un engagement agroenvironnemental (EAE), couramment appelé « mesure agroenvironnementale ».

EX2 : En Droit Forestier, « sont reconnus d'intérêt général la **mise en valeur** et la **protection des forêts** ainsi que le **reboisement** » (649) ; on notera que le régime de la propriété forestière (publique ou privée) n'intervient pas à ce stade . Par ailleurs, les missions de **développement forestier** du CNPF (EPA) et de ses délégations régionales (CRPF), qui encadrent la gestion de la forêt privée, sont d'intérêt général (650).

EX3 : En Droit de l'Urbanisme, un **projet d'intérêt général** peut être établi par le préfet de département au nom de l'Etat pour s'insérer dans les documents d'urbanisme ou caractériser certaines parties d'une directive territoriale d'aménagement et de développement durable (DTADD) (651) ;

EX4 : En Droit de l'Environnement, la **protection et la gestion (durable) de la nature** est d'intérêt général (652), de même que la protection , la **mise en valeur** et le **développement de la ressource en eau utilisable**, « dans le respect des équilibres naturels » (653), « la préservation et la gestion durable des zones humides » (654), « la gestion durable du **patrimoine faunique** et de ses **habitats** » (655), « la préservation des **milieux aquatiques** et la protection du **patrimoine piscicole** » (656), ainsi que, pour le **milieu marin**, sa protection, la conservation de sa biodiversité et son utilisation durable par les activités maritimes et littorales (657).

EX5 : En Droit Rural, la conservation des ressources phytogénétiques patrimoniales est d'intérêt général (658).

648 CRPM, article L 112-1.

649 CF, article L 112-1, alinéa 2.

650 CF, article L 321-13, alinéa 1er.

651 CU, articles L 121-2, L 121-9, R 121-3 & R 121-4. Les DTADD sont régies par les articles L 113-1 à L 113-6 du même code.

652 C. Env., article L 110-1-I. La nature n'est pas définie de façon directe, mais de façon indirecte à travers une approche en trois dimensions : ressources naturelles, espaces naturels, milieux naturels.

653 C. Env., article L 210-1.

654 C. Env., article L 211-1-1.

655 C. Env., article L 420-1.

656 C. Env., article L 430-1.

657 C. Env., article L 219-7.

658 CRPM, article L 660-3.

Si l'on considère à présent le sport, on apprend :

- que la **promotion et le développement des activités sportives** sont d'intérêt général (659) ;
- que les « sports de nature s'exercent dans des espaces ou sur des sites et itinéraires qui peuvent comprendre des voies, des terrains et des souterrains du domaine public ou privé des collectivités publiques ou appartenant à des propriétaires privés, ainsi que des cours d'eau domaniaux ou non domaniaux » (660).

Il en résulte que le développement des sports de nature, définis de façon ouverte à travers leur positionnement spatial, est d'intérêt général, alors même que la fréquentation (voire la surféquentation) de la nature selon certaines modalités techniques va probablement à l'encontre de la protection de la nature, qui est elle aussi d'intérêt général : voici donc deux facettes contradictoires de l'intérêt général.

L'exemple de l'eau n'en est pas moins flagrant : construire un barrage ou des « retenues de substitution » (661) pour l'irrigation agricole est d'intérêt général (« développement de la ressource en eau utilisable »), mais il est quasiment inévitable que ce type d'ouvrage public ait des conséquences négatives sur les écosystèmes aquatiques ou l'équilibre général de la ressource dans le bassin versant hydrographique. Ce n'est donc pas la référence à l'intérêt général qui départagera les partisans et les adversaires du projet.

Dans le domaine des institutions financières, la loi attribue à **Caisse des dépôts et consignations** une mission d'intérêt général :

(CMF, article L 518-2, alinéa 1er) : « La Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduits par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles ».

Les activités de **normalisation** sont d'intérêt général, mais c'est un simple décret qui le proclame (cf. 1.3.2.5.1.).

Enfin, la loi précise que les membres d'un GIP, y compris les personnes morales de Droit Privé qui peuvent en faire partie, « y exercent ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice » (662).

2.2.4.1.3. Le développement durable

On fait souvent du neuf avec du vieux: l'émergence du concept de **développement durable** en Droit de l'Environnement apparaît comme tentative particulière et sans doute non désintéressée sur le plan sociopolitique d'opérer une synthèse entre deux, puis trois aspects potentiellement contradictoires de l'**intérêt général**. Cela se vérifie avec l'examen des dispositions proclamatoires des codes les plus récents, où les concepts de développement (ou de gestion ou d'aménagement, selon le cas) durable et d'intérêt général sont En matière

659 CS, article L 100-1.

660 CS, article L 311-1. On note l'absence de mention de l'espace aérien, dont la fréquentation sportive par divers moyens posait des problèmes redoutables d'articulation avec le Code de l'Aviation Civile, absorbé aujourd'hui dans le Code des Transports .

661 Souvent appelées « bassines » dans la profession agricole, ces retenues sont des ouvrages semi-enterrés stockant l'eau pompée l'hiver dans les nappes phréatiques pour être utilisée l'été à des fins d'irrigation.

662 Article 98, alinéa 2, de la loi n° 2011-525, précitée.

agricole et forestière, les lois d'orientation de 1999 et de 2001 proclament la multifonctionnalité de l'agriculture et de la forêt (663).

On trouvera en Annexe 8 l'ensemble des données juridiques sur le concept, ainsi que les principales références législatives accolant « développement durable » et « intérêt général ».

2.2.4.2. L'utilité publique

La notion d'**utilité publique** n'est pas fondamentalement différente de l'intérêt général, tout comme des expressions voisines au demeurant (664). Ce qui diffère, c'est l'existence d'une situation particulière où la dimension d'intérêt général d'un projet ou de l'activité d'une personne morale de Droit Privé est déclarée ou reconnue par un acte administratif unilatéral qui a la nature d'une décision d'espèce, intermédiaire entre l'acte réglementaire et la décision individuelle.

2.2.4.2.1. La reconnaissance d'utilité publique pour les personnes morales de Droit Privé

C'est parfois la **loi** qui qualifie d'**établissements d'utilité publique** des personnes morales de Droit Privé poursuivant un but d'intérêt général : tel est le cas des CTI et des Fédérations départementales d'associations agréées de pêche et de protection des milieux aquatiques (665). Par ailleurs, les associations (666) et les fondations (667) peuvent être reconnues d'utilité publique par **décret en Conseil d'Etat** (ou par une loi sous l'empire de Constitutions antérieures). L'avantage du statut est la liberté totale de perception de dons et legs de la part des personnes privées, et, pour les associations, un droit de propriété immobilière plus étendu.

EX : L'univers des associations reconnues d'utilité publique est très hétérogène et parfois étonnant. On y voit ainsi coexister l'Association nationale de prévention de l'alcoolisme et d'addictologie et une Association de propagande pour le vin (reconnue en 1933), le Comité national de lutte contre le tabagisme, la Société protectrice des animaux, la Société nationale de sauvetage en mer, la Société nationale de protection de la nature et d'acclimatation de France, la Société scientifique d'hygiène alimentaire, l'Association scientifique et technique de l'eau et de l'environnement (ex Association générale des hygiénistes et techniciens municipaux), toutes les associations d'anciens élèves des Grandes Ecoles...

Mais c'est surtout sur le plan territorial et au regard des questions d'aménagement et d'environnement que la notion d'utilité publique revêt une importance particulière: la **déclaration d'utilité publique (DUP)** d'un projet va entraîner des conséquences importantes pour les personnes publiques et privées concernées.

663 Pour la forêt, cette loi de 2001 a été précédée par une loi de 1985 qui insérait dans le Code Forestier un article (abrogé en 2001) posant que la forêt avait une fonction économique, sociale et environnementale (mais non « écologique »). C'est aujourd'hui l'article L 121-1 du Code Forestier de 2012 sur la politique forestière qui mentionne les trois fonctions de la forêt en ce qui concerne sa gestion durable. Curieusement, la multifonctionnalité agricole n'a pas été codifiée dans le CRPM (cf. Annexe 8 pour le texte de l'article 1er de la loi d'orientation agricole de 1999).

664 Par exemple, les sources d'eau minérale font l'objet d'une « déclaration d'intérêt public » (CSP, articles L 1322-3, R 1322-17 à R 1322-31).

665 C. Env., article L 434-4.

666 Article 10 de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée; articles 8 à 15 du décret du 16 août 1901 modifié.

667 Articles 18, 18-1 et 18-2 de la loi n° 87-571, précitée.

2.2.4.2.2. L'expropriation pour cause d'utilité publique

Le principale application des DUP concerne la procédure d'**expropriation pour cause d'utilité publique**, qui fait l'objet d'un code spécifique (« Code de l'Expropriation », CECUP). La DUP est le cœur de cette procédure : son annulation contentieuse a pour effet d'emporter l'annulation ou l'annulabilité des actes antérieurs et postérieurs de la procédure, en particulier l'indemnisation des personnes expropriées pour leur préjudice « direct, matériel et certain » (668) par le juge judiciaire, gardien théorique des intérêts de la propriété privée. On rappellera ici les dispositions de l'article 545 du Code Civil sur la « juste et préalable indemnité » et les dispositions correspondantes en Droit international public. La DUP est prononcée par arrêté ministériel ou préfectoral, selon l'ampleur du projet (669).

Lorsqu'une DUP est attaquée dans le contentieux de l'annulation, il est fréquent que plusieurs facettes contradictoires de l'intérêt général soient en présence, la DUP consistant alors à choisir un « intérêt général prééminent », en quelque sorte. En 1971, le Conseil d'Etat a fortement innové en inaugurant un contrôle juridictionnel plus étendu sur les DUP, appelé « théorie du bilan » (670), qui est ainsi formulée dans les jugements ou arrêts : « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social (ou l'atteinte à d'autres intérêts publics) qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». Cette « théorie du bilan » (des différentes facettes de l'intérêt général) est considérée par la doctrine comme généralement peu favorable à la préservation de l'environnement, face aux préoccupations socio-économiques, mais la jurisprudence du Conseil d'Etat a pu récemment paraître évoluer. Cette appréciation au cas par cas peut donner lieu à une jurisprudence difficile à cerner dans sa portée :

EX1 : CE, 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix : annulation de la DUP de la ligne électrique à très haute tension Boutre-Carros, qui devait assurer une sécurité d'approvisionnement en électricité du département des Alpes-Maritimes, mais en traversant le PNR du Verdon et le site classé des Gorges du Verdon (avec dérogation à l'obligation légale d'enfouissement prévue par l'article L 341-11 du Code de l'Environnement), ainsi que plusieurs « espaces remarquables » du massif des Alpes du Sud (prise en considération de l'article L 145-3-II du Code de l'Urbanisme) et des zones intégrées ou en voie d'intégration au réseau Natura 2000.

EX2 : En sens inverse, la DUP d'une ligne électrique à très haute tension traversant le PNR de la Montagne de Reims a été validée (CE, 15 novembre 2006, Syndicat mixte du PNR de la Montagne de Reims) : bien que la charte du PNR ait écarté l'implantation de nouveaux pylônes électriques dans une « zone d'intérêt paysager majeur », la Haute assemblée a confirmé le rejet du référé-suspension en observant qu'une ligne à haute tension existante avait été supprimée du fait de ce projet. La confrontation de ces deux arrêts montre clairement qu'il n'y a pas en jurisprudence administrative de réponse unilatérale à la question : une nouvelle ligne électrique à très haute tension peut-elle traverser un PNR ?

668 CECUP, article L 13-13. On en déduit, *a contrario*, que les préjudices indirects, moraux et éventuels ne sont pas indemnisés.

669 CECUP, article L 11-2, alinéa 1^{er}.

670 CE, Ass., 28 mai 1971, Ministère de l'Équipement et du Logement c./ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle-est ». Auparavant, le Droit Administratif distinguait traditionnellement deux types de contrôle sur l'acte administratif unilatéral attaqué dans le contentieux de l'annulation : le contrôle minimum, dit aussi de « l'erreur manifeste d'appréciation », et le contrôle normal ; le troisième type de contrôle de la « théorie du bilan » est plus étendu que le contrôle normal, le juge administratif rompant alors avec le principe traditionnel selon lequel il est juge de la légalité, mais non de l'opportunité de l'acte administratif en question. Cette question délicate des trois types de contrôle du juge sur l'acte administratif attaqué n'est pas développée dans ce document, car elle n'est pas essentielle pour la formation des ingénieurs.

2.2.4.2.3. Déclarations d'utilité publique et servitudes d'utilité publique

On trouve aussi des DUP en dehors de la procédure d'expropriation ; elles permettent d'effectuer des travaux publics et d'édifier des ouvrages publics (cf. 2.2.4.3.6.), ce qui renvoie à deux régimes de responsabilité administrative sans faute (cf. 2.3.2.2. & 2.3.2.3.) ; elles aboutissent souvent à l'établissement de **servitudes d'utilité publique** :

EX1 : DUP de captages d'eau potable établissant généralement plusieurs périmètres de protection où les terrains sont grevés d'une servitude d'utilité publique quant à leur usage (671) ; même système pour la « **déclaration d'intérêt public** » des **sources d'eau minérale** (672).

EX2 : DUP diverses en matière de travaux et ouvrages relatifs à l'**eau** (673).

EX3 : DUP de Droit Forestier en matière de servitudes d'utilité publique pour l'aménagement des voies et les ouvrages de **DFCI** (674), ainsi que les « périmètres de protection et de reconstitution forestière » (675). L'article L 142-7 du Code Forestier prévoit que sont déclarés d'utilité publique les travaux de **restauration des terrains en montagne (RTM)**.

EX4 : Décret n° 70-492 du 11 juin 1970 modifié portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 35 modifié de la loi du 8 avril 1946 concernant la procédure de DUP des travaux d'électricité et de gaz qui ne nécessitent que l'établissement de servitudes ainsi que les conditions d'établissement desdites servitudes. On en déduit que certains de ces travaux peuvent nécessiter des DUP d'expropriation.

La constitution d'une servitudes d'utilité publique constitue une prérogative de puissance publique, d'autant plus qu'elle débouche parfois sur l'expropriation à la demande du propriétaire, lorsque la loi prévoit un **droit de délaissement** (676) ; l'octroi d'un tel droit est souvent la contrepartie d'une absence ou d'une insuffisance de l'indemnisation de la servitude pour les intérêts privés.

Parallèlement à la DUP, la législation sur l'eau peut donner lieu à une **déclaration d'intérêt général (DIG)** ou encore à une déclaration d'urgence (677), pour les travaux prescrits ou exécutés par les collectivités territoriales ou leurs groupements: cette simple différence de forme provient de l'imbrication des intérêts publics et privés en matière d'eau, un ou plusieurs intérêts privés peuvent coïncider avec l'intérêt général, l'intervention publique étant alors susceptible de bénéficier aux intérêts privés sur le plan financier. Certaines opérations nécessitent un cumul des deux déclarations (678).

2.2.4.2.4. L'affectation à l'utilité publique, fondement de la domanialité publique

Nous avons vu que la propriété publique en général (« domanialité ») se subdivisait en deux grands régimes : la domanialité publique et la domanialité privée. C'est « **l'affectation à l'utilité publique** » qui est le critère déterminant du clivage entre ces deux régimes ; cette

671 CSP, articles L 1321-2 & L 1321-3, R 1321-6 à R 1321-14.

672 CSP, articles L 1322-3 à L 1322-13, R 1322-17 à R 1322-31.

673 C. Env., articles L 211-17 & L 215-13; CRPM, articles L 151-36 & L 151-37, R 151-40 à R 151-49.

674 CF, articles L 134-1 à L 134-3, R 134-1 à R 134-3.

675 CF, articles L 133-3 à L 133-6, R 133-12 à R 133-17.

676 CU, articles L 230-1 à L 230-6 (certaines servitudes d'urbanisme) ; CF, article L 141-1 (classement en forêt de protection) ; C. Env., articles L 331-17 (Parcs nationaux), L 332-5 (réserves naturelles) & L 341-6 (sites classés), L 515-16-II (secteurs spécifiés dans les périmètres d'exposition à un risque technologique), etc...

677 C. Env., articles L 211-7, R 214-88 à R 214-104. Ce mécanisme concerne les collectivités territoriales et leurs groupements, qui ont tendance historiquement à se substituer à des propriétaires privés quelque peu dépassés par les exigences modernes de la gestion de la ressource en eau ; l'article L 211-7 est alors articulé avec les articles L 151-36 à L 151-40, R 151-40 à R 151-49 du CRPM.

678 Exemple : « renaturation » d'un cours d'eau non domanial artificialisé impliquant un changement de son lit ; nécessité d'une DIG au titre de l'article L 211-7-I du Code de l'Environnement, nécessité d'une DUP au titre de l'article L 215-13 du même code. Le même arrêté préfectoral peut combiner les deux.

affectation caractérise le régime de la **domanialité publique**, et consiste soit en une affectation directe à l'usage du public, soit en une affectation à un service public :

(CG3P, article L 2121-1) : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique.

Aucun droit d'aucune nature que ce soit ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

(CG3P, article L 2111-1) : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

L'article L 1 mentionne l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements, et les établissements publics. Pour les autres personnes publiques (GIP et personnes morales *sui generis*), l'article L 2 prévoit une application combinée des textes qui les régissent et du CG3P. Comme dans le cas des concepts d'intérêt général et de service public, le régime de domanialité publique est déterminé soit par la loi, soit par la jurisprudence administrative. Avant l'émergence du CG3P en 2006, la jurisprudence du Conseil d'Etat considérait que le régime de la domanialité publique était établi lorsque deux critères étaient réunis : l'affectation à l'usage du public ou à un service public, ainsi que, dans ce dernier cas, l'existence d'un « aménagement spécial », mais ce concept a laissé la place à « aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public », ce qui paraît plus restrictif.

L'affectation à l'utilité publique peut consister à désigner un établissement public pour occuper le domaine public en fonction de sa spécialité ; l'établissement est alors dit **affectataire** du domaine public, mais cela peut valoir aussi pour le domaine privé : l'ONF est affectataire des forêts domaniales (679).

Selon l'article L 2211-1 du même code, font partie du domaine privé des personnes publiques les biens qui ne relèvent pas du régime de la domanialité publique, et notamment les réserves foncières constituées au titre de Code de l'Urbanisme et les immeubles de bureaux qui ne forment pas un ensemble indivisible avec des biens du domaine public.

EX1 : Dans un litige locatif concernant un gîte rural, le Conseil d'Etat a vérifié que l'immeuble communal occupé par des locataires avait bien été aménagé spécialement en vue de créer un gîte rural ; cette circonstance ainsi que son affectation au « service public de développement économique et touristique » conféraient à cet immeuble bâti le caractère de dépendance du domaine public communal ; dans l'hypothèse inverse d'un logement communal ordinaire, son appartenance au domaine privé communal n'eût guère fait de doute (CE, 25 janvier 2006, Commune de La Souche c./ M. & Mme Claite).

EX2 : La question du régime domanial s'est posée dans le cas des terrains acquis par les départements au titre de la politique des espaces naturels sensibles (CU, articles L 142-1 à L 142-13, R 142-1 à R 142-19). De façon surprenante, le Tribunal des Conflits a estimé qu'ils relevaient du domaine privé départemental, alors même qu'il a reconnu leur affectation à un service public de la protection de l'environnement et qu'il avait constaté en l'espèce (une grotte située dans un massif forestier relevant de cette propriété publique) l'existence d'aménagements du type fléchage et panneaux indicatifs ; un accident grave étant survenu à une étudiante qui avait dormi dans la grotte du fait de l'effondrement de son plafond rocheux, il a estimé en conséquence que la réparation du préjudice subi par cette personne relevait des juridictions judiciaires et non administratives ; au surplus, le second critère d'ouverture au public (principe posé par l'article L 142-10 de ce code) était bien présent (TC, 22 octobre 2007, Mlle Doucedame c. / Département des Bouches-du-Rhône). Cette décision a provoqué des critiques doctrinales, en ce que la juridiction des conflits semble avoir appliqué le CG3P de façon rétroactive en lieu et place de la jurisprudence antérieure qui exigeait un « aménagement spécial » en plus de l'un ou l'autre critère d'affectation à l'utilité publique ; mais on ne peut en déduire que la solution eût alors été différente.

Les principales caractéristiques du domaine public sont :

679 Tel est le cas d'AgroParisTech, affectataire du domaine public de l'Etat constitué par ses centres.

- le caractère inaliénable et imprescriptible (usucapion impossible) de ses **dépendances**, ainsi que l'impossibilité de principe de le grever de servitudes (680) ;
- la délimitation de ses dépendances par voie unilatérale, et non de façon contradictoire comme dans l'action en bornage du Droit Civil (681) ;
- la compétence du juge administratif pour tout litige relatif à son occupation.

Au contraire, le domaine privé des personnes publiques obéit en principe aux règles du Droit Privé en matière immobilière : aliénabilité, prescriptibilité (usucapion possible), possibilité d'être grevé de servitudes, compétence du juge judiciaire pour les litiges ; le propriétaire public est alors un propriétaire comme les autres. Du moins en général, car il existe des situations intermédiaires entre les deux régimes :

- les **chemins ruraux** appartiennent au domaine privé communal, mais leur aliénation n'est pas totalement à la discrétion du Conseil municipal, surtout si le chemin rural est un élément de voirie inscrit au Plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée ou au Plan départemental des espaces, sites et itinéraires de sports de nature (682) ;
- les **forêts domaniales**, qui appartiennent au domaine privé de l'Etat selon la jurisprudence du Conseil d'Etat reprise par le CG3P, ne peuvent être aliénées qu'en vertu d'une loi si elles ont une certaine importance (683), et sont délimitées de façon unilatérale, ce qui constitue un trait de domanialité publique ; l'ONF est un EPIC qui en est affectataire.

A ! – *L'adjectif « domanial(e) » ne s'applique qu'au domaine public ou privé de l'Etat, alors que les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent avoir un domaine public ou privé ; mais cet adjectif ne leur est pas applicable, ce qui n'est guère logique. On dira donc « bien relevant du domaine public communal » et non « bien domanial communal », par exemple.*

D'un point de vue pratique, le CG3P distingue 7 catégories de dépendances du domaine public immobilier :

- le domaine public maritime, qui peut être naturel ou artificiel (ports maritimes) ;
- le domaine public fluvial (même observation, *mutatis mutandis*) ;
- le domaine public routier, qui est aussi décrit par l'article L 111-1 du Code de la Voirie Routière ;
- le domaine public ferroviaire ;
- le domaine public aéronautique ;
- le domaine public militaire ;
- le domaine public hertzien, qui a un caractère immatériel (fréquences radioélectriques disponibles).

On constate que le service public des transports est très présent, et qu'il peut se combiner à l'usage direct du public dans certaines dépendances (gares, ports, aéroports, réseau routier et autoroutier). Le domaine public militaire est affecté au service public de la défense nationale, et n'est pas affecté à l'usage direct du public. A l'opposé, l'article L 321-9 du Code de l'Environnement dispose :

« L'accès des piétons aux plages est libre sauf si des motifs justifiés par des raisons de sécurité, de défense nationale ou de protection de l'environnement nécessitent des dispositions particulières.

L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines.

680 CG3P, articles L 3111-1 & L 3111-2. Du moins pour certaines servitudes, qui suivent le modèle classique du Code Civil. Les servitudes d'urbanisme et celles qui résultent de la constitution d'espaces naturels protégés (servitudes environnementales) s'appliquent au domaine public maritime et au domaine public fluvial.

681 CG3P, article L 3111-1 ; CGCT, article L 1311-1.

682 CRPM, articles L 161-10 & L 161-10-1 ; CS, article L 311-3.

683 CG3P, article L 3211-5.

Sauf autorisation donnée par le préfet, après avis du maire, la circulation et le stationnement des véhicules terrestres à moteur autres que les véhicules de secours de police et d'exploitation sont interdits, en dehors des chemins aménagés, sur le rivage de la mer et sur les dunes et plages appartenant au domaine public ou privé des personnes publiques lorsque ces lieux sont ouverts au public.

Les concessions de plage sont accordées dans les conditions fixées à l'article L 2124-4 du CG3P. Elles préservent la libre circulation sur la plage et le libre usage par le public d'un espace d'une largeur significative tout le long de la mer ».

Le domaine public naturel de l'Etat est constitué essentiellement du domaine public maritime (DPM) et du domaine public fluvial (DPF), les collectivités territoriales pouvant avoir un DPF depuis peu (684). Le DPM et le DPF naturels ont comme noyau fondamental respectivement le **rivage** ou le **cours d'eau**, mais leur contenance peut inclure des terrains adjacents au rivage ou au cours d'eau. Le premier est délimité de façon « unilatérale, obligatoire, récognitive et contingente » (685). Le second est soumis, de même, à la règle dite du *plenissimum flumen*, c'est-à-dire « la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder » (686). Le préfet de département, pour le premier, et VNF (EPA affectataire de la majeure partie du DPF), pour le second, disposent de pouvoirs de **police de la conservation** du domaine, et peuvent déclencher les poursuites pour contravention de grande voirie devant la juridiction administrative (contentieux répressif d'exception) pour toute atteinte à l'intégrité ou tout usage économique sauvage du domaine (cf. 3.3.3.4.).

On observe que le maire d'une commune dispose de la police de la conservation des chemins ruraux (687), ce qui est un trait de domanialité publique refoulée. Enfin, la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux PNR a élargi le champ d'application des contraventions de grande voirie aux dépendances du domaine public incluses dans les parcs nationaux, les parcs naturels marins, les réserves naturelles et le « domaine relevant du Conservatoire du littoral ».

L'article L 322-9 du Code de l'Environnement définit comme relevant du régime de domanialité publique le « domaine relevant du Conservatoire du littoral », qui est la somme du domaine propre de cet EPA et du domaine d'autres personnes publiques qui lui est affecté, confié ou remis en gestion, ce qui peut impliquer des dépendances du domaine public maritime ou fluvial, des forêts domaniales, etc... Cette innovation législative de 2002 a pour but de permettre une meilleure gestion d'un territoire homogène sur le plan écologique et paysager (fonction d'accueil du public, prévue par cette disposition, sauf motif écologique ou de sécurité, comme dans le cas des forêts domaniales).

684 CG3P, articles L 2111-7 & L 2111-12, L 2124-6 à L 2124-25, R 2111-15 à R 2111-20, R 2124-7 à 2124-59.

685 Conclusions conformes du commissaire du gouvernement Bruno GENEVOIS sur : CE, Section, 18 juin 1976, Pujol & Dame Ménard. « Unilatérale » : prérogative de puissance publique sur le plan territorial ; « obligatoire » : l'Etat ne peut refuser de procéder (à ses frais) à la délimitation, car ce serait créer une insécurité juridique pour les propriétaires voisins ; « récognitive » : il s'agit simplement de reconnaître l'impact des grandes marées ; « contingente » : la délimitation peut varier dans le temps, conséquence de la dimension récognitive. Le décret n° 2004-309 du 29 mars 2004 relatif à la procédure de délimitation du rivage de la mer, des lais et relais de la mer et des limites transversales de la mer à l'embouchure des fleuves et rivières, pris sur le fondement de l'article L 2111-5 du CG3P, a assoupli ce caractère unilatéral (CG3P, articles R 2111-5 à R 2111-14).

686 CG3P, article L 2111-9.

687 CRPM, article L 161-5.

La question de la possibilité que le domaine privé des personnes publiques soit affecté à un service public n'est pas claire : la loi a pu en prévoir la possibilité pour l'Etat (688), mais non pour les autres personnes morales de Droit Public, et la jurisprudence administrative tend à apporter à cette question une réponse négative, critiquée par la doctrine (689).

Le domaine privé de l'Etat est alimenté par certains biens relevant antérieurement de la propriété privée :

- **successions en déshérence**, qui peuvent porter sur des biens immobiliers ou mobiliers (690)
- **biens vacants et sans maître** : il s'agit de biens immobiliers qui tendent à devenir *res nullius* suite à la disparition du propriétaire, constatée en matière fiscale à travers l'absence de paiement des taxes foncières pendant plus de 5 ans (691) ; la commune (ou, à défaut, l'Etat) en devient propriétaire à la suite d'une procédure de recherche du propriétaire en titre qui s'avère vaine ;
- **confiscations pénales** (692), dans la mesure où les textes applicables ne prévoient ni la destruction des biens, ni leur distribution à titre gratuit.

En matière de gestion du domaine privé ou public des personnes publiques, le contrat prédomine pour le premier, et l'acte administratif unilatéral pour le second :

« La plupart des actes de gestion (locations...) ou de disposition relatifs au domaine privé des collectivités (ventes en l'état futur d'achèvement, cessions...) empruntent la forme du contrat de Droit Privé.

Dans la gestion de leur domaine public, les collectivités publiques recourent en revanche à l'ensemble des prérogatives reconnues à la puissance publique, notamment aux règlements de police et aux contraventions de grande voirie. Les conditions d'occupation du domaine public sont quant à elles fixées indifféremment dans des actes unilatéraux ou des contrats. Elles faisaient plutôt appel jusqu'à un passé récent à des actes unilatéraux, autorisations d'occupation du domaine public essentiellement. En effet, l'inaliénabilité du domaine public a longtemps été considérée comme interdisant la constitution de droits réels sur celui-ci. En découle le caractère précaire des droits de l'occupant du domaine public qui est susceptible d'en être expulsé à tout moment, sans délai. Mais ces conditions d'occupation sont de plus en plus souvent fixées dans des actes contractuels (baux emphytéotiques administratifs, conventions d'occupation du domaine public...)» (693).

Les **droits réels** pouvant être consentis sur le domaine public en dérogation au mécanisme général de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) ne peuvent concerner le domaine public naturel, mais uniquement le domaine public artificiel (694). Ils permettent aux entreprises privées qui en bénéficient un surplus de sécurité juridique et d'accès au crédit.

Le passage d'un régime de domanialité à l'autre possible, mais est conditionné par la prédominance du mécanisme de l'affectation des dépendances du domaine public à l'utilité publique : l'acte juridique unilatéral de classement (passage du domaine privé au domaine public) ou de déclassement (procédure inverse) relève de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou de l'établissement public ; il n'est donc pas discrétionnaire et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir à ce titre.

688 L'article L 36 du Code du Domaine de l'Etat prévoyait la possibilité pour le domaine privé de celui-ci d'être affecté à un service public. Le CG3P n'a pas repris cette disposition et est muet sur la question en ce qui concerne l'ensemble des personnes publiques.

689 R. CHAPUS, Droit Administratif Général (Tome 2), précité, § 637-640.

690 C. Civ., articles 539 ; 723 & 768 (code pilote) ; CG3P, articles L 1122-1 & R 1122-1 (code suiveur).

691 C. Civ., articles 539 & 713 (code pilote) ; CG3P, articles L 1123-1 à L 1123-3, R 1123-1 & R 1123-2 (code suiveur).

692 CP, article 131-21, alinéa 5 ; CG3P, article L 1124-1 (code suiveur).

693 Rapport public 2008 du Conseil d'Etat : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, EDCE n° 59, pp. 21-22.

694 CG3P, articles L 2122-5 à L 2122-14, R 2122-9 à R 2122-27.

2.2.4.3. Le service public, concrétisation fréquente de l'intérêt général

Si l'existence d'un service public implique la présence de l'intérêt général constaté par la jurisprudence ou proclamé par la loi, la réciproque est fautive : là où est l'intérêt général, une mission de service public est le plus souvent observable, mais ce n'est pas toujours le cas.

EX1 : Un joueur avait contesté des décisions du PDG de la société « Française des jeux », qui gère le Loto national et d'autres jeux de hasard et d'argent. Le Conseil d'Etat a examiné les conditions de la création ainsi que les activités de cette personne morale de Droit privé instituée par un décret de 1978 pris en application de l'article 136 de la loi de finances de 1933 instituant la « Loterie nationale », lointaine héritière de la Loterie royale de 1776 devenue « Loterie d'Etat » en 1793, en dérogation à l'interdiction de principe des loteries commerciales posée par une loi de 1836. Il a abouti à la conclusion que, si cette société a bien des prérogatives de puissance publique concernant la fixation unilatérale des règlements de ces jeux, son activité est dépourvue de caractère d'intérêt général et, partant, elle n'exerce pas de mission de service public : incompétence de la juridiction administrative pour connaître du litige (CE, 27 octobre 1999, Rolin).

EX2. : Une société d'économie mixte locale (SEML) avait été autorisée par la Commission départementale d'équipement cinématographique à substituer à l'ancien cinéma qu'elle exploitait un cinéma multiplexe de 10 salles. Une entreprise privée du secteur de la distribution cinématographique avait vainement exercé un « référé précontractuel » afin d'obtenir une mise en concurrence de la part de la collectivité territoriale actionnaire de la SEML, en invoquant l'existence d'un service public local. Le Conseil d'Etat a confirmé l'ordonnance de référé du TA de Nancy en observant que la SEML exerçait une activité d'intérêt général, mais ne pouvait être en l'espèce considérée comme délégataire d'une mission de service public par la collectivité territoriale : « ...indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission » (CE, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné-Cité).

Comme dans le cas de l'intérêt général ou du régime de domanialité applicable, il est revenu à d'abord à la jurisprudence administrative, puis à la loi de reconnaître ou non l'existence d'un service public.

2.2.4.3.1. L'élaboration jurisprudentielle de la définition du concept

L'émergence première du concept de service public en **jurisprudence** remonte à une des premières décisions du Tribunal des Conflits, créé en 1872 :

Une mineure, Agnès Blanco, avait été grièvement blessée par le wagonnet d'une manufacture des tabacs (entreprise de l'Etat à l'époque), et son père avait exercé en son nom des poursuites devant une juridiction civile en réparation du préjudice subi. Le préfet, représentant l'Etat, ayant « décliné la compétence » du juge civil au motif que l'Etat employeur était responsable, le Tribunal des Conflits donnait raison à ce dernier en posant que les litiges relatifs aux conséquences dommageables de l'exécution d'un service public échappaient par nature aux juridictions civiles, et que l'indemnisation devait être effectuée directement par le juge administratif, c'est-à-dire à l'époque le seul Conseil d'Etat, qui accorda une rente viagère à la victime (TC, 8 février 1873, Blanco ; CE, 8 mai 1874, Blanco).

Sur le fondement de la jurisprudence « Blanco », le Conseil d'Etat devait multiplier les reconnaissances d'activités de service public, et elle continue de le faire aujourd'hui avec une moindre fréquence en raison de la multiplication des reconnaissances par voie législative ; trois exemples de « grands arrêts » anciens concernent le domaine du vivant :

EX1 : Un « chasseur de vipères », M. Terrier, intéressé par des primes alors versées par un Conseil général pour la destruction de ces reptiles, réclame son dû au département qui n'a plus de fonds disponibles pour le payer ; compétence de la juridiction administrative pour connaître du litige, la destruction d'animaux nuisibles et dangereux tels que les vipères (!?) étant une mission de service public par nature (CE, 6 février 1903, Sieur

Terrier). Autre temps, autres mœurs : on ne saurait considérer aujourd'hui les vipères comme « nuisibles » - elles sont occasionnellement dangereuses si on ne les respecte pas - et une espèce de vipère est même protégée en France (Vipère d'Orsini).

EX2 : La commune de Montpellier avait concédé à M. Théron la concession exclusive de la capture et de la mise en fourrière des chiens errants, de l'enlèvement d'animaux morts qui n'auraient pas été réclamés par leurs propriétaires ainsi que des animaux déclarés « malsains » par l'inspection sanitaire, ce service étant rémunéré par le reversement à l'intéressé des taxes mises à la charge des propriétaires et de la valeur des dépouilles des animaux abandonnés. La commune ne s'étant pas acquittée de son obligation, le concessionnaire réclama sa rémunération devant le conseil de préfecture (prédécesseur du TA), qui rejeta son recours, puis devant le Conseil d'Etat ; celui-ci qualifia l'objet du contrat de service public justifiant la compétence du juge administratif, et prononça au profit du requérant (indemnisation) la résiliation de ce marché public illégal car contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie du fait de l'exclusivité consentie (CE, 4 mars 1910, Sieur Théron).

EX3 : Les groupements d'agriculteurs en vue de la défense contre les « ennemis des cultures » (devenus « organismes nuisibles » depuis 1992), des hannetons en l'occurrence, exercent une mission de service public nonobstant la qualité de personne morale de Droit Privé de ces groupements, qui sont des syndicats professionnels (CE, 13 janvier 1961, Magnier).

Dans le silence de la loi, la jurisprudence reconnaît comme service public la distribution d'eau potable (695), et admet que la « production » d'eau potable puisse constituer un service public distinct de la distribution (696). Elle a pu aussi reconnaître l'existence d'un « service public de développement économique et touristique » à l'occasion d'un litige entre une commune et les locataires d'un immeuble communal destiné à être transformé en gîte rural (697). En matière forestière, le Conseil d'Etat a reconnu l'existence de plusieurs services publics :

- la protection et la défense des forêts contre l'incendie (PFCI/DFCI) (698) ;
- le reboisement organisé par l'Etat, même en faveur de la forêt privée (699) ;
- la tutelle technique sur la gestion forestière privée, plus précisément les décisions administratives fixant l'assiette des coupes de bois, d'où la reconnaissance d'une mission de service public de « protection de la forêt » contre sa surexploitation (700).

Toutefois, le Conseil d'Etat s'est refusé à reconnaître l'existence d'un service public de l'accueil du public dans les forêts domaniales de l'Etat (701), ce qui a attiré de fortes critiques de la doctrine, à l'exception des juristes liés au corps forestier qui considèrent traditionnellement que la fonction économique de la forêt doit rester prépondérante par rapport à sa fonction sociale. L'article L 380-1 du Code Forestier ancien, issu de la loi d'orientation forestière de 2001, aurait pu amener une remise en cause de la jurisprudence « Abamonte » de 1975, dans la mesure où il posait le principe de l'ouverture au public des forêts publiques, sauf exception fondée sur des motifs écologiques ou de sécurité ; mais l'article L 123-1 du Code Forestier de 2012 ne reprend pas textuellement cette disposition

695 TC, 19 février 1990, Thomas ; TC, 14 mai 1990, Epoux Laperrouze.

696 CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier.

697 CE, 25 janvier 2006, Commune de La Souche c./ M. & Mme Claite, précité.

698 CE, 3 novembre 1950, Giudicelli. A noter que la seule fonction de lutte contre l'incendie en général par les sapeurs-pompiers est traditionnellement reconnue comme une mission de service public, et les SDIS ont vocation à intervenir sur les incendies de forêt ou d'autres formations végétales (lande, garrigue, maquis...), mais il existe des formations spécialisées « hybrides » : les forestiers-sapeurs des unités de DFCI, cogérées par l'Etat et les départements concernés, et les « pompiers forestiers », employés par des unions d'associations syndicales de propriétaires forestiers (départements des Landes et de la Gironde). La PFCI est régie par les articles L 131-1 à L 136-1, D 131-1 à R 134-6 du Code Forestier (mode pilote), L 300-1 & R 300-1 du Code de l'Environnement (mode suiveur). La PFCI englobe la DFCI, mais ne s'y limite pas.

699 CE, Section, 20 avril 1956, Consorts Grimouard. L'article L 312-1 du Code Forestier de 2012 entérine cette jurisprudence en attribuant aux activités du Centre national de la propriété forestière (EPA) une mission d'intérêt général, donc probablement aussi de service public (présence du critère organique).

700 CE, 3 mars 1975, Sieur Courrière.

701 CE, Section, 28 novembre 1975, Sieur Abamonte.

abrogée, au profit d'une rédaction qui paraît dénoter un recul par rapport à la loi de 2001 et une continuité par rapport à la jurisprudence « Abamonte ».

Le CG3P de 2006, qui n'a pas été réalisé à droit constant mais intègre la jurisprudence administrative dominante en matière de domanialité, confirme l'appartenance des forêts domaniales au domaine privé de l'Etat, en son article L 2212-1, ce qui concerne aussi les autres forêts publiques (principalement communales) qui relèvent du régime forestier.

Les qualifications jurisprudentielles de services publics en matière environnementale sont rares et toujours périphériques. La jurisprudence du Conseil d'Etat, qui n'a jamais été en pointe sur les questions environnementales, reconnaît toutefois un « service public de l'environnement », mais à propos de l'impact de l'activité des Fédérations départementales de chasseurs, ce qui n'est ni probant ni éclatant (702). La doctrine admet très largement que la protection de la nature et la conservation de la biodiversité sont un service public. Plus récemment, le Tribunal des Conflits a reconnu un « service public de protection de l'environnement » dans la gestion des « espaces naturels sensibles » acquis par les départements, dans l'affaire de l'étudiante blessée dans une grotte (cf. 2.2.4.2.4.).

2.2.4.3.2. La reconnaissance des missions de service public par le législateur

Plus récemment, et sans doute pour clarifier les choses de façon préventive, les missions de service public sont définies par le législateur, mais celui-ci ne fait le plus souvent qu'entériner une jurisprudence préexistante.

EX1 : L'établissement des statistiques officielles par l'INSEE et les services statistiques ministériels (« **service statistique public** ») (703).

EX2 : Les **envois postaux** et les **communications électroniques** (anciennement « télécommunications ») (704) .

EX3 : L'**énergie**, et plus particulièrement le gaz et l'électricité (705).

EX4 : Les **transports** ferroviaires de personnes et de marchandises (706).

EX5 : L'**éducation**, y compris l'enseignement supérieur (707).

EX6 : L'**emploi** (placement, indemnisation, insertion, formation et accompagnement des demandeurs d'emploi) (708) .

EX7 : La gestion des **marchés d'intérêt national** (709).

EX8 : Le **développement et la promotion des activités sportives** (cf. note 659).

EX9 : L'**équarrissage**, c'est-à-dire l'élimination des animaux vivants impropres à la consommation humaine ainsi que des déchets provenant de ces animaux (710) .

EX10 : L'**assainissement** des eaux usées, ainsi que la gestion des **eaux pluviales urbaines** (711) .

EX11 : L'élimination des déchets **ménagers et assimilés** (712) ;

EX12 : L'activité des **Conservatoires botaniques nationaux** (713) ;

702 CE, 13 juin 1984, Fédération départementale des chasseurs du Loiret. Cf. M. PRIEUR, précité, § 59.

703 Article 1er-I de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 modifiée sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

704 CPCE, articles L 2, & L 32-2. Article 2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 modifiée.

705 C. En., articles L 121-1 (électricité) & L 121-32 (gaz).

706 C. Trans., article L 1211-4.

707 C. Ed., articles L 111-1, L 123-1 à L 123-9, L 211-1.

708 C. Trav., articles L 5311-1 à L 5314-4.

709 C. Com., articles L 761-1, R 761-1 à R 761-26 ; décret n° 2005-1595 du 19 décembre 2005 ; arrêté interministériel du 13 janvier 2006 ; arrêté ministériel du 17 juillet 2007.

710 CRPM, articles L 226-1 à L 226-10, R 226-1 à R 226-15 ; décrets n° 2006-877 et 2006-878 du 13 juillet 2006 ; arrêté du 13 juillet 2006 pris pour l'application de l'article L 226-9 du Code Rural.

711 CGCT, articles L 2224-7 à L 2224-12, R 2224-6 à R 2224-22 (assainissement), L 2333-97 (gestion des eaux pluviales urbaines).

712 CGCT, articles L 2224-13 à L 2224-17, R 2224-23 à R 2224-29

EX13 : Une partie des **actions des Fédérations départementales des chasseurs** (FDC) (714) ;

EX14 : L'**action sociale** menée par les départements (715) ;

EX15 : Les établissements de santé (« **service public hospitalier** ») (716) ;

EX16 : La **transfusion sanguine** (717) ; elle est de la responsabilité d'un EPA, l'Etablissement français du sang, et des « établissements de transfusion sanguine » locaux, qui n'ont pas la personnalité morale et sont rattachés à cet EPA ;

EX17 : La **gestion des plages** par voie de concession du DPM (« **service public balnéaire** ») (718) ;

EX18 : Le changement d'adresse organisé par internet (719) ;

EX19 : La **diffusion du Droit par internet** (720).

EX20 : L'**archéologie préventive** (721).

On observe d'emblée que ces missions n'impliquent pas nécessairement l'intervention systématique de personnes publiques : des personnes privées peuvent être chargées de missions de service public, soit de façon partagée avec des opérateurs publics (enseignement supérieur, transports, énergie, service public hospitalier...), soit de façon exclusive, comme dans le cas de l'équarrissage. L'assainissement et l'action sociale sont des services publics locaux, les autres services publics ayant un caractère national, mais parfois aussi local (énergie).

Inversement, la prééminence du critère organique implique que, en l'absence de proclamation par la loi, doivent être considérés comme exerçant une mission de service public les abattoirs publics régis par les articles L 654-4 à L 654-11, D 654-8 à D 654-23 du CRPM, alors même que l'activité d'abattage d'animaux vivants relève aussi de l'entreprise privée, et que le caractère d'intérêt général de cette activité ne relève pas de l'évidence : ce qui est d'intérêt général, c'est la transparence relative de l'opération que la dimension publique de l'établissement d'abattage génère, comme l'illustrent les dispositions citées.

L'application mécaniste du critère organique a cependant produit des décisions surprenantes : une association syndicale autorisée pour l'irrigation de propriétés agricoles étant un établissement public, les litiges afférents sont du ressort des juridictions administratives, alors même qu'il s'agit ici davantage d'un intérêt collectif que de l'intérêt général (722).

Parmi les personnes privées dont les attributions législatives ont été reconnues comme remplissant les trois critères, on peut citer les groupements de défense contre les organismes nuisibles (alors appelés « ennemis des cultures »), qui sont des syndicats professionnels (723),

713 C. Env., article L 414-10.

714 C. Env., article L 421-10.

715 CASF, articles L 123-1 à L 123-3.

716 CSP, articles L 6112-1 à L 6112-9.

717 CSP, article L 1222-1.

718 CG3P, article R 2124-13. Cette proclamation par voie réglementaire ne fait qu'entériner une jurisprudence existante, notamment : CE, 21 juin 2000, SARL « Chez Joseph ». Dans ses conclusions (conformes), la commissaire du gouvernement Catherine BERGEAL a estimé que « ... le service public des bains de mer cache sous cette appellation désuète des aspects fort modernes et, en particulier, la préservation et l'entretien du littoral, ainsi que le développement du tourisme dans les stations balnéaires, tout autant et au même titre que les casinos, dont nous ne voyons pas comment on pourrait justifier un traitement différent ».

719 Ordonnance n° 2005-395 du 28 avril 2005 ; décret n° 2005-469 du 16 mai 2005 ; arrêté du 16 mai 2005 .

720 Article 1^{er} du décret n° 2002-1064 du 7 août 2002.

721 C. Pat., article L 521-1.

722 TC, 8 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac. Commentant défavorablement cette décision, le doyen Maurice HAURIU, un grand nom de la doctrine publiciste, a pu écrire : « ... nous disons que c'est grave, parce qu'on nous a changé notre Etat ». A cette époque, la distinction EPA/EPIC n'existait pas, et on se bornait à relever qu'une association syndicale autorisée était un établissement public.

723 CE, 13 janvier 1961, Magnier. Cf. 2.2.4.3.1.

l'action des CTI (724) et des SAFER (725). Les bases de cette jurisprudence sont plus anciennes : le Conseil d'Etat a d'abord admis que des personnes morales de Droit Privé pouvaient être chargées de missions de service public : au-delà des arrêts « Terrier » de 1903 et « Thérond » de 1910 concernant des personnes physiques, le Conseil d'Etat a admis que des missions de service public pouvaient être accomplies par un organisme d'assurance sociale (précurseur de la Sécurité Sociale d'après guerre), un organisme privé chargé de « gérer la pénurie alimentaire » dans le contexte de l'« Etat français » de 1940-1944 succédant temporairement à la République française (avec une parfaite continuité institutionnelle) et un ordre professionnel (726).

2.2.4.3.3. Les deux grandes catégories de services publics

Les services publics se répartissent en deux grandes catégories : ceux qui ont un caractère administratif (SPA), et ceux qui ont un caractère industriel et commercial (SPIC). Les premiers sont soumis au Droit Administratif et à la comptabilité publique, les seconds relèvent du Droit Privé dans leurs relations avec les usagers, et de la comptabilité d'entreprise (Plan comptable général plus ou moins adapté). Il en résulte des compétences différentes en cas de litige contractuel : juridictions administratives pour les SPA, juridictions judiciaires pour les SPIC. Par conséquent, les règles du Code Civil sont applicables aux contrats conclus avec les usagers des SPIC, notamment l'obligation de délivrance d'un produit conforme à ce qui est prévu par le contrat ou la réglementation applicable au produit, qui est une obligation de résultat :

EX : Les litiges entre consommateurs et les entreprises chargées du SPIC local de la distribution d'eau potable sont du ressort des juridictions judiciaires du fond, qui peuvent condamner la personne publique ou privée chargée de l'exécution de ce service public à rembourser les frais occasionnés par le défaut de qualité sanitaire de l'eau, très fréquente dans les régions affectées par les pollutions d'origine essentiellement agricole (727).

A ! - Conséquence intéressante ou inquiétante, selon le point de vue duquel on se place : les usagers sont fondés à exercer l'exception d'inexécution du contrat en ne payant pas tout ou partie de leur facture d'eau potable, pour autant que la somme retenue corresponde bien aux fournitures portant sur une période de non conformité aux normes (lato sensu) de potabilité... L'exercice est donc périlleux, mais tout à fait possible. Seconde conséquence, les entreprises délégataires de ce SPIC sont fondées à se retourner contre l'Etat, qui porte la responsabilité ultime de cette situation (728).

L'apparition des SPIC face aux SPA préexistants remonte à une décision du Tribunal des Conflits de 1921 concernant un litige relatif au bac d'Eloka, en Côte d'Ivoire, alors partie de l'Afrique occidentale française : la « juridiction des conflits » (de compétence) a estimé que l'activité d'un bac (payant) relevait normalement de l'initiative économique privée, et qu'il ne s'agissait pas d'un SPA (729). Si quelques SPIC (assainissement, élimination des déchets) ont été reconnus récemment par la loi, leur reconnaissance ou la reconnaissance en sens inverse d'un SPA s'effectue surtout à travers la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, sur le fondement de la décision « Bac d'Eloka » de 1921. S'agissant de l'élimination

724 CE, 28 juin 1963, Narcy.

725 CE, 13 juillet 1968, Capus ; TC, 8 décembre 1969, Arcival & SAFER de Bourgogne (2 décisions).

726 CE, Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection » (assurances sociales) ; CE, Ass., 31 juillet 1942, Montpeurt (Comités d'organisation chargés du ravitaillement dans le contexte de l'Occupation) ; CE, Ass., 2 avril 1943, Bouguen (Ordre national des médecins).

727 Exemples jurisprudentiels : CA Grenoble, 27 avril 1999, CGE c. / Mme Plancher & autres ; CA Rennes, 9 mai 2003, M. Baulier c. / Syndicat d'adduction d'eau du Trégor (confirmé par Cass. Civ. 1, 30 mai 2006).

728 TA Rennes, 2 mai 2001, Société Suez Lyonnaise des Eaux c. / Etat. L'Etat n'a pas fait appel...

729 TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain (affaire dite du « Bac d'Eloka ») ; jurisprudence confirmée par CE, 23 décembre 1921, Société générale d'armement.

des déchets, le Conseil d'Etat a affiné l'analyse en 1992, en observant que, selon le mode de paiement des usagers, il pouvait s'agir d'un SPA ou d'un SPIC (730). La distribution d'eau potable n'est un SPIC que dans la mesure où son coût fait l'objet d'une facturation aux usagers (731), ce qui est la règle en pratique. L'activité des abattoirs publics est un SPIC : il s'agit d'un service public parce que l'activité est exercée par une personne publique, et il s'agit d'un SPIC et non d'un SPA parce que cette activité relève par nature de l'initiative privée (732).

Constituent un SPA les activités de l'ex CNASEA (devenu l'ASP) et des ADASEA (associations le relayant au niveau départemental), consistant à apporter des informations aux agriculteurs sur la politique agricole sociostructurelle (installation, contrôle des structures...) et à verser des aides publiques ou certaines aides sociales (733). Des difficultés sont apparues occasionnellement et ont pu nécessiter l'intervention du Tribunal des Conflits :

EX1 : L'INC avait été créé par la loi en 1966 comme EPA, mais, suite à une décision du Tribunal des Conflits (734) qui a mécontenté l'Etat, un décret du 4 mai 1990 le qualifie d'EPIC ; cette qualification perdure dans l'article R 531-1 du Code de la Consommation, alors que l'article L 531-1 du même code, issu d'une loi de 1966, se borne à qualifier l'INC d'établissement public, sans autre précision. Si elle doit trancher sur le dilemme SPA/SPIC, la jurisprudence administrative s'estime tenue par la loi, mais non par le règlement ; il en résulte que l'INC est un établissement public « à double visage » : son statut d'EPIC implique qu'il exerce certaines activités de type commercial (735), donc de SPIC, mais la jurisprudence « Espie » implique qu'il remplisse aussi une mission de SPA, telles que faire procéder à des essais et analyses et à en publier les résultats au profit des associations de défense des consommateurs et des consommateurs individuels en général (736).

EX2 : Une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute gère un SPA et non un SPIC, « sans qu'y fasse obstacle la circonstance que les péages, qui ont le caractère de redevances pour service rendu, sont assujettis à la TVA » (TC, 20 novembre 2006 (2 décisions)). Les litiges qui donnaient lieu à conflit de compétence entre les deux ordres juridictionnels, donc à la discussion sur la nature du service public considéré, opposaient des entreprises de transport routier à des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

EX3 : L'exploitation de pistes de ski alpin dans une station de sports d'hiver est un SPIC, d'où la compétence de principe des juridictions judiciaires en matière de contrats tels que l'utilisation des remontées mécaniques, mais cette qualification a vocation à être étendue au « service des pistes » proprement dites, l'ensemble formant un tout indissociable en matière de service offert à l'utilisateur de la station (TC, 18 juin 2001, Consorts Robert et autres ; confirmé par : TC, 20 mars 2006, Pirreda). Le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences dans un arrêt de principe : « ...l'exploitation des pistes de ski, incluant notamment leur entretien et leur sécurité, constitue un service public industriel et commercial, même lorsque la station de ski est exploitée en régie directe par la commune ; qu'en raison de la nature juridique des liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, lesquels sont des liens de Droit Privé, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître d'un litige opposant une victime à une commune en sa qualité d'exploitant de la station, que la responsabilité de l'exploitant soit engagée pour faute ou sans faute (...). » (CE, 19 février 2010, Consorts Beaufils). Il n'en demeure pas moins que, s'agissant des accidents de ski en général (sur piste et hors piste), la responsabilité pour faute de la commune peut être recherchée devant le juge administratif si le maire n'a pas pris les mesures de police administrative adéquates pour prévenir les accidents (carence fautive), ou si l'accident est survenu à un agent public communal dans l'exercice de ses fonctions.

730 CE, Section, 10 avril 1992, SARL Hofmiller (avis contentieux rendu à la demande de la CAA Nancy sur le fondement de l'article L 113-1 du CJA). Il s'agit d'un SPA si la taxe d'enlèvement des ordures ménagères (taxe additionnelle à la taxe sur le foncier bâti) est le mode de paiement choisi par la commune ou l'EPCI, et d'un SPIC si c'est au contraire la redevance d'enlèvement des ordures ménagères qui a été choisie (redevance = paiement au moins partiel d'un service, contrairement à une taxe, qui est sans rapport direct avec le service rendu). La redevance doit être proportionnelle au service rendu, mais non la taxe.

731 TC, 21 mars 2005, Mme Albert-Scott c./ Commune de Tournefort.

732 TC, 8 novembre 1982, SA Maine-Viandes ; TC, 14 février 2005, SA Maison de Domingo.

733 TC, 19 février 1990, CNASEA.

734 TC, 19 février 1990, Espie.

735 Par exemple, sa revue « 60 millions de consommateurs » est en concurrence avec la revue similaire « Que choisir ? » de l'Union fédérale des consommateurs, ou des publications analogues émanant des 18 autres associations agréées au niveau national.

736 C. Cons., article R 541-2.

L'article L 2333-97 du CGCT qualifie de SPA la **gestion des eaux pluviales urbaines**, qui relève de la compétence communale ou intercommunale, et qui peut être assortie d'une taxe annuelle à la charge des propriétaires concernés (« taxe pluviale »).

En ce qui concerne la corrélation SPA-EPA et SPIC-EPIC, on peut tirer les enseignements suivants de la jurisprudence : la caractérisation comme EPA ou EPIC d'une personne morale par un texte emporte présomption simple de l'appartenance de ses activités à la catégorie des SPA ou des SPIC ; mais cette présomption peut facilement tomber face à l'examen du contenu concret de la ou des missions de service public :

EX1 : Avant son remplacement par les Offices nationaux interprofessionnels en 1982, le Fonds d'orientation et de régulation des marchés agricoles était qualifié d'EPIC par un décret de 1961 ; le Tribunal des Conflits a cependant estimé qu'il poursuivait des missions de SPA (737) ; cette solution était transposable aux Offices, qui étaient qualifiés d'EPIC par la loi, mais leur remplacement par l'EPA FranceAgriMer en 2009 met fin au paradoxe : cet EPA gère bien un SPA.

EX2 : L'ONF, qui est qualifié d'EPIC par la loi, poursuit à la fois des missions de SPA (protection et surveillance des forêts relevant du « régime forestier », encadrement des unités de DFCI) et de SPIC (mise sur le marché de bois, qui peuvent éventuellement subir une pré-transformation, études et prestations de service diverses au profit des personnes publiques).

EX3 : Un usager du domaine public fluvial de l'Etat géré par VNF (canal latéral à la Garonne) a subi une avarie sur son bateau du fait de l'immersion d'une épave automobile non signalée ; c'est le juge judiciaire qui est compétent pour l'établissement de la responsabilité de VNF qui avait alors le statut d'EPIC. A cette occasion, le Tribunal des Conflits rappelle sa jurisprudence traditionnelle, qui ne fait pas de cette compétence de principe une règle absolue : « ...lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature des prérogatives de puissance publique » (TC, 20 mars 2006, M. Calatayud c./ VNF). Le problème soulevé relevant de l'exploitation et de l'entretien du canal, mission de SPIC, et non de la police de la navigation ou de la conservation du domaine public fluvial, mission de SPA, le litige n'avait pas à être porté devant la juridiction administrative. Par ailleurs, on observe qu'il n'y a pas ici de dissonance entre la qualification (législative) d'EPIC pour VNF et la mission de SPIC qu'il remplit.

La loi n° 2012-77 du 24 janvier 2012 a attribué à VNF le statut d'EPA, ses missions ayant été élargies à des activités environnementales (gestion durable des milieux aquatiques et des zones humides, prévention des inondations, protection du patrimoine...) (738), mais la décision précédente du Tribunal des Conflits reste pertinente : VNF conserve des missions de SPIC, tout en ayant à titre principal des missions de SPA, ce qui est cohérent avec sa qualité d'EPA. Comme l'ONF, VNF est un « établissement public à double visage ».

En définitive, il apparaît que le juge administratif :

- a) est lié par la qualification législative d'un EPA ou d'un EPIC, mais non par une qualification réglementaire du même type ;
- b) n'est pas lié par une qualification textuelle, même législative, des établissements publics en ce qui concerne la caractérisation de missions de service public qu'ils remplissent (SPA ou SPIC, les deux pouvant se cumuler pour le même établissement public).

2.2.4.3.4. Les modes de gestion du service public

Le service public peut être géré de deux manières fondamentales :

737 TC, 24 juillet 1968, Société « Distilleries bretonnes » & Société d'approvisionnements alimentaires » (2 décisions). En ce qui concerne l'IFREMER, qui est qualifié d'EPIC par un décret, le Conseil d'Etat a vérifié l'exactitude de cette qualification et ne l'a pas remise en cause (CE, 29 décembre 1993, Société Saumon Pierre Chevance).

738 C. Trans., articles L 4311-1 à L 4311-7.

- lorsque la personne publique assure directement le service public avec les moyens dont elle dispose, le service public est dit en **régie** ;
- la régie s'oppose aux modes de gestion qui relèvent de la **délégation de service public**.

La loi définit celle-ci comme « un contrat par lequel une personne morale de Droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un **délégataire** public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Dans ce dernier cas, le délégataire peut être chargé par l'**autorité délégante** de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service » (739). La durée des conventions de délégation doit être limitée « en fonction des prestations demandées au délégataire », et ne peut être supérieure à 20 ans « dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets » ; elle peut être cependant prolongée pour un « motif d'intérêt général » ou en raison de l'exécution de travaux ou d'investissements matériels à amortir (740). Le choix du délégataire est effectué *intuitu personae*, par l'autorité délégante, ce qui écarte l'applicabilité du CMP, fondé sur le choix du « moins disant » ou du « mieux disant », mais cela n'empêche pas l'applicabilité d'une procédure de mise en concurrence instituée par la loi et destinée à prévenir la corruption du côté de l'autorité délégante, ainsi que l'applicabilité de principe des mécanismes du Droit de la Concurrence, national ou communautaire (741). On doit observer par ailleurs que la qualification de SPIC ou de SPA est indépendante du mode de gestion choisi (742).

La raison essentielle du choix de la délégation par rapport à la régie est la recherche d'une plus grande efficacité technique, les entreprises privées maîtrisant bien ou mieux la dimension technique des questions soulevées ; quant au coût du service pour l'usager, qui est aussi un contribuable local, on ne saurait affirmer *a priori* qu'il est inférieur ou supérieur, mais seulement *a posteriori*.

Les missions régaliennes de l'Etat (défense, police, justice, émission monétaire) ainsi que l'enseignement public sont des SPA qui sont traditionnellement gérés en régie. Dans de nombreux autres domaines qui relèvent plutôt des SPIC, la régie peut donner lieu à la création d'un EPIC (743). Qu'ils soient en régie ou en gestion déléguée, les SPIC locaux de la distribution d'**eau potable**, de l'**assainissement**, et de l'**élimination des déchets ménagers** donnent lieu à un régime d'autonomie financière obligatoire : leur budget doit être entièrement distinct du budget communal, non connecté à celui-ci et équilibré (744). Cela a pour conséquence de permettre sur le plan des finances locales un meilleur contrôle par les usagers de ces services publics des choix effectués par les communes ou leurs EPCI. Les

739 CGCT, article L 1411-1, alinéa 1^{er} ; article 38, alinéa 1^{er}, de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi SAPIN » ; cette disposition est issue de l'article 3-I de la loi MURCEF de 2001, qui entérine une jurisprudence administrative préexistante.

740 Article 40 de la « loi SAPIN » modifiée, mentionnée à la note précédente.

741 C. Com., article L 410-1 ; TFUE, articles 101 & 102. Le Conseil d'Etat a néanmoins tardé à admettre cette évidence, qui est « bétonnée » par la primauté du Droit Communautaire / de l'UE sur le Droit interne, en particulier que celui-ci, mais non celui-là, admet la possibilité d'une exonération législative à l'incrimination d'abus de position dominante : CE, Section, 3 novembre 1997, Société Intermarbres & Société Million et Marais (2 arrêts). Pour un exemple récent de l'applicabilité des principes généraux de la commande publique aux DSP, qu'elles soient soumises ou non au Droit de l'UE : CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du Musée et du domaine national de Versailles.

742 Cf. par exemple ci-dessus, à propos de l'exploitation de pistes de ski : CE, 19 février 2010, Consorts Beaufils.

743 D'où l'existence de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) ou marseillais (RATM), qui relèvent d'ailleurs plutôt de la « régie intéressée », exposée ci-après.

744 CGCT, articles L 2224-1 à L 2224-6, D 2224-1 à D 2224-5.

abattoirs publics exploités en régie par une collectivité locale (commune ou département) ou un groupement de collectivités locales donnent lieu au même mécanisme, la régie étant de plus dotée de la personnalité juridique (745).

Dans le système de la **régie intéressée**, la personne publique ayant une mission de service public à exécuter confie par contrat à une autre personne, publique ou privée, le soin d'assurer les prestations, contre un intéressement financier basé sur des indicateurs liés à l'exécution du service ; le « régisseur intéressé » n'est pas, comme dans les autres modes de délégation, rémunéré par les bénéfices réalisés. Ce contrat n'étant pas nécessairement nommé comme tel, le juge administratif vérifie le caractère « substantiel » de la rémunération pour en retenir la qualification (746).

Enfin, la gestion du service public peut être confiée à un **établissement public local**. Dans ce mode de gestion le délégataire est un établissement public créé pour la circonstance et rattaché à l'autorité délégante par un rapport de tutelle, ce qui résout le problème de la nécessaire autonomie financière (au regard des exigences du contrôle de gestion) à travers l'autonomie juridique que confère la personnalité morale. Depuis l'adoption de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, les SPIC peuvent aussi être gérés par des **sociétés publiques locales** (747). Dans les deux cas, il ne s'agit pas vraiment d'une délégation de service public, mais d'une « externalisation administrative », pour raisonner en employant des concepts du monde des affaires (748) ; on appelle « **quasi-régie** » ou « **prestations intégrées** » ce système, qui est admis par la jurisprudence de la CJCE/CJUE sous la dénomination de **contrat « in house »**, échappant au champ d'application des directives relatives à la commande publique ; cette jurisprudence fixe les deux conditions cumulatives pour bénéficier de ce régime de faveur :

- le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur du marché public sur son co-contractant doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- l'activité du co-contractant doit être principalement consacrée à ce pouvoir adjudicateur (749).

S'agissant de la création d'un établissement public autonome, l'acte juridique de délégation d'un service public n'est pas un contrat mais un acte administratif unilatéral (décret pour les établissements publics nationaux ou délibération d'une collectivité territoriale ou d'un de leurs groupements pour les établissements publics locaux). Ont ainsi été extraits des Administrations centrales, non distinctes de l'Etat, pour être érigés en établissements publics nationaux par voie de décret : Météo-France, l'Inventaire forestier national (IFN), les Haras nationaux (aujourd'hui : « Institut français du cheval et de l'équitation » / IFCE) et le Service hydrographique et océanographique de la Marine (SHOM). En sens inverse, l'Institut français de l'environnement (IFEN), qui avait été créé sous forme d'EPA par voie de décret en 1991, a été intégré au Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable en 2004: l'information

745 CRPM, article L 654-7 ; cette disposition issue de l'article 5 de l'ordonnance n° 2005-1127 du 8 septembre 2005 relative à diverses mesures de simplification dans le domaine agricole, comporte le terme de « personnalité civile », ce qui est une énorme faute de terminologie juridique.

746 CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères seine-et-marnais. L'intéressement du régisseur était lié à un indicateur de valorisation des déchets collectés.

747 CGCT, art. L 1411-12 & L 1411-19. Cf. 1.4.1.2..

748 L'article L 1411-12, alinéa 3, du CGCT exclut d'ailleurs de la procédure de contrôle des délégations de service public définie par les articles L 1411-1 à L 1411-11 du même code les établissements publics créés à cette fin, sous réserve que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement.

749 La notion de « pouvoir adjudicateur » relève du Droit de la commande publique, mais est ici synonyme d'autorité délégante, tout en ayant un champ d'application plus large (tous marchés publics, soumis ou non au CMP).

annuelle sur l'état de l'environnement en France est donc un SPA exercé en régie, ce qui peut attirer une certaine suspicion sur le caractère véridique et non censuré des informations rendues publiques sur l'état de l'environnement en France (750).

Lorsqu'il y a délégation du service public à une personne morale de Droit Privé (société en principe), on distingue deux mécanismes : l'**affermage** et la **concession**. Dans le premier cas, le délégataire du service public est appelé « fermier » ou « société fermière » (751) : le contrat prévoit qu'il perçoit les recettes des usagers et reverse une redevance à l'autorité délégante, la différence constituant sa rémunération ; la société fermière est un gestionnaire, mais non un investisseur, les ouvrages publics restant la propriété de l'autorité délégante. Dans le second cas, la concession de service public, les ouvrages gérés sont la propriété du délégataire (ou concessionnaire), celui-ci devant assurer le service à ses frais et risques et percevant l'intégralité des recettes émanant des usagers : c'est le système de délégation le plus poussé, qui peut être assimilé à une sous-traitance ou une privatisation totale.

Avant l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le « **partenariat public-privé** » (752), le « marché d'entreprise de travaux publics » se différenciait de la délégation de service public en ce que la rémunération du cocontractant privé était assurée par un prix global, qui est la contrepartie du service rendu : s'agissant d'une rémunération intégrale par opposition à une « rémunération substantielle » liée aux résultats d'exploitation, la jurisprudence y voyait simplement un marché public complexe soumis aux dispositions du CMP. Or la version 2001 de celui-ci avait supprimé cette formule, qui était accusée de susciter un certain favoritisme politico-économique, la version suivante (2004) et la version actuelle (2006) de ce code ne la rétablissant pas. L'article 1^{er} de l'ordonnance de 2004, modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat définit ainsi le nouveau contrat de partenariat :

« I.- Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenue, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou à la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements et de biens immatériels nécessaires au service public.

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, d'équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. »

II.- Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière. (...) »

750 Décret n° 2004-936 du 30 août 2004.

751 Aucun rapport avec l'agriculture... Sous l'Ancien Régime, les « fermiers généraux » étaient des bourgeois enrichis qui faisaient l'avance des impôts et taxes au Trésor royal pour ensuite en récupérer le montant sur la population taxable, assorti d'un bénéfice non négligeable; exerçant au surplus de véritables pouvoirs de police pour ce faire, « la ferme » était particulièrement détestée. D'où l'importance accordée par les révolutionnaires de 1789 au vote de l'impôt par les députés, représentant les citoyens (article 14 de la DDHC de 1789). L'affermage de service public est l'héritage jugé acceptable de ce mécanisme.

752 Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée sur les contrats de partenariat ; décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004. Ce « partenariat public-privé » échappe au champ d'application du CMP. Un recours contentieux devant le Conseil d'Etat a été rejeté, mais les réserves d'interprétation du Conseil Constitutionnel semblaient limiter l'avenir de la formule. Dans le prolongement de ces réserves, la loi modificative n° 2008-735 a été partiellement invalidée par le Conseil Constitutionnel sur ce point (CC , 2008-567 DC du 24 juillet 2008).

Les collectivités territoriales et leurs groupements pouvant aussi y recourir, cette définition est réitérée à l'article L 1414-1 du CGCT. Malgré son invalidation partielle par le Conseil Constitutionnel, la loi du 28 juillet 2008 a assoupli et élargi les conditions dans lesquelles on peut avoir recours à ces contrats, qui apparaissent comme très favorables au secteur privé de l'économie et très coûteux à long terme pour les finances publiques. Le contrat de partenariat public-privé met en oeuvre une **maîtrise d'ouvrage privée**, à l'opposé de la **maîtrise d'ouvrage publique** relevant de la loi du 12 juillet 1985, dite « loi MOP » (753), qui remplit des besoins dans une configuration opposée. La maîtrise d'ouvrage consiste à passer un contrat avec un **maître d'œuvre**, qui peut lui-même avoir des sous-traitants privés, ce ou ces contrats comportent des annexes techniques appelés **cahiers des charges**. ; l'objectif est la réalisation d'un ouvrage public (cf. 2.2.4.3.6.).

Le paysage global des marchés publics ou proches (tels que les contrats de partenariat) est complexe, dans la mesure où certains marchés publics au sens des directives communautaires d'harmonisation ne sont pas toujours des marchés publics entrant dans le champ d'application du CMP (754). Le décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 instaure un « recensement économique de l'achat public » incluant les trois fondements juridiques (CMP, contrats de partenariat et marchés passés au titre de l'ordonnance n° 2005-645 modifiée), et 8 arrêtés interministériels du 28 août 2006 complètent le tableau. Après que son abandon ait été proclamé suite à l'expiration du délai de ratification de l'ordonnance prévue pour sa parution, le projet de Code de la Commande Publique pourrait être relancé afin de rendre cet amas hétéroclite de règles plus lisible.

2.2.4.3.5. Le service public face au Droit de l'UE

La conception française du service public est extensive et ne constitue en aucune manière un « standard » international. Il était inévitable que cette conception entrât en conflit avec les mécanismes fondamentaux du Droit de l'Union. L'UE ne rejette pas le concept de service public, comme le montre l'existence d'un règlement (CE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif au service public du transport de voyageurs par chemin de fer et par route ; mais elle en est plutôt avare sur le plan terminologique et entend exercer une surveillance étroite des Etats membres dans ce domaine afin d'assurer la liberté de prestation de services sur le marché intérieur. Cela a donc amené la Commission européenne, gardienne des traités sous le contrôle de la CJCE/CJUE, à effectuer une distinction fondamentale entre « **services d'intérêt général** » et « **services d'intérêt économique général** », les premiers échappant par nature à la politique de concurrence, mais non les seconds. La directive 2006/123/CE relative aux services sur le marché intérieur, déjà présentée, reprend la même distinction en ce qui concerne son champ d'application : les services d'intérêt général en sont exclus, et les services d'intérêt économique général y sont inclus, sauf dérogation justifiée par l'existence de directives spécifiques qui harmonisent les situations des entreprises dans les Etats membres (755).

753 Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (« loi MOP ») ; 3 décrets n° 93-1268, 93-1269 & 93-1270 du 29 novembre 1993 modifiés. Cette loi est applicable aux associations syndicales autorisées qui, en tant qu'EPA, ont la qualité de maître d'ouvrage public (article 27 de l'ordonnance n° 2004-632, précitée)

754 Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des Marchés Publics, modifiée par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 ; cette ordonnance transpose (entre autres) les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004.

755 Considérants (8) et (17), articles 1er & 2 de la directive 2006/123/CEE du 12 décembre 2006. Il est précisé que les services d'intérêt économique général n'ont pas nécessairement à être privatisés par les Etats membres.

Au-delà des questions théoriques ou de principe, la Communauté européenne, puis l'UE s'est focalisée sur le mode de financement des activités de service public ou les avantages particuliers des entreprises publiques qui exercent ces activités : un Etat membre pouvait alors tomber facilement sous le coup des articles 87 à 89 du TCE (devenus articles 107 à 109 du TFUE) sur la compatibilité des aides d'Etat avec le Droit communautaire de la Concurrence (756). Si l'article 14 du TFUE dispose que les services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes et de conditions de fourniture, d'exécution et de financement fixés par des règlements adoptés selon la procédure législative ordinaire, son article 106§2 précise qu'ils sont soumis aux règles de la politique de la concurrence, la doctrine de la Commission et la jurisprudence de la CJCE ayant toujours été attentives à pourchasser les distorsions de concurrence induites par un régime de services publics susceptibles de léser les intérêts privés opérant dans le même secteur d'activité à travers un monopole ou un abus de position dominante, ou à introduire une distorsion de concurrence d'un Etat membre à l'autre.

Faisant suite à un « Livre blanc » de la Commission publié en 2004, le Traité de Lisbonne a contribué à rassurer des Etats membres comme la France en annexant au TFUE un **Protocole sur les services d'intérêt général** portant interprétation de son article 14. Ce Protocole précise que le principe de subsidiarité s'applique à l'organisation des services d'intérêt économique général, alors que les Etats membres restent pleinement compétents pour la fourniture, l'exécution et l'organisation des « services non économiques d'intérêt général », c'est-à-dire avant tout les missions dites régaliennes correspondant à l'ordre public traditionnel. La Commission a toutefois estimé en 2008 que les **services sociaux d'intérêt général** appartiennent à la catégorie des services d'intérêt général, et n'ont pas un caractère « économique » : ils comprennent les services de santé et de sécurité sociale, d'assistance sociale, d'aide à l'emploi et à la formation, le logement social, les services de garde d'enfants et les soins de longue durée, les grands réseaux (postes, télécommunications, énergie..., mais non les services marchands qui en dépendent), l'approvisionnement en eau, la gestion des déchets et l'éducation (757). Cette distinction entre les deux catégories (services d'intérêt économique ou non économique d'intérêt général) recoupe dans une certaine mesure le clivage SPA/SPIC.

Les obligations de service public tendant à faire l'objet d'aides publiques de compensation des charges de la part des Etats membres, le Droit de l'UE a établi un système d'équilibre âprement discuté en ce qui concerne les obligations concernant les services d'intérêt économique général. Elles ont fait l'objet du « paquet ALMUNIA » (du nom du commissaire compétent) d'actes de droit dérivé en date du 20 décembre 2011 :

- décision 2012/21/UE relative à l'application de l'article 106§2 du TFUE aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ;

756 Bien qu'intégralement assuré par des sociétés commerciales, le service public de l'équarrissage a fait l'objet d'une condamnation en manquement par la CJCE (arrêt du 20 novembre 2003, Société Gemo, sur renvoi préjudiciel de la CAA de Lyon) : la taxe finançant ce service public n'était pas applicable aux éleveurs et aux abattoirs, ce qui induisait une distorsion de concurrence sur le marché intérieur ; elle a été remplacée dans la loi de finances pour 2004 par une taxe d'abattement (CGI, article 1609 *septvicies*) fixée par arrêtés interministériels pour chaque filière animale ; ces arrêtés ont été vainement contestés par deux sociétés de la filière avicole (CE, 23 mars 2005, Société Doux & Société Doux frais).

757 Commission des Communautés européennes : SEC(2008) , 2179/2, 2 juillet 2008.

- communication 2012/C 8/02 de la Commission relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général ;
- encadrement 2012/C 8/03 de l'UE applicable aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public (il s'agit de l'affichage d'une doctrine concernant les modes de calcul de la compensation, essentiellement) ;
- projet de règlement, aboutissant au règlement (UE) n° 360/2012 du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées aux entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (758).

La transposition des directives d'harmonisation concernant les services postaux et les télécommunications ont introduit en Droit français la notion de **service universel**, qui n'implique pas nécessairement l'intervention d'une personne publique dans le SPIC (759) et encore moins un monopole, tout en maintenant le service à un coût abordable pour le consommateur/client, qui tend à se substituer à l'usager du service public. Sous l'influence du Droit communautaire, le Conseil de la Concurrence français a mis en cause le monopole territorial du service public de l'insémination artificielle pour les productions animales (760). En conséquence, la loi d'orientation agricole de 2006 a supprimé ce monopole pour le remplacer par un « service universel de distribution et de mise en place de la semence des ruminants en monte publique, assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité au bénéfice de tous les éleveurs qui en font la demande », et qui est assuré par des opérateurs agréés après appel d'offres (761).

En ce qui concerne le service public de l'énergie et des transports ferroviaires, qui met en jeu des investissements lourds en matière d'infrastructures, les directives d'harmonisation ont imposé l'**accès des tiers au réseau** national (gazoducs, lignes électriques à très haute tension, communications électroniques...), ce qui implique la dissociation juridique du gestionnaire du réseau et des entreprises utilisatrices (762). Ce problème ne se pose pas en revanche pour le service postal, pour lequel l'ouverture à la concurrence est techniquement plus facile.

2.2.4.3.6. L'incarnation territoriale du service public : travaux et ouvrages publics

La concrétisation des missions de service public sur le terrain s'est traduite par l'émergence de concepts de Droit Administratif qui se recoupent largement sans se confondre: les **travaux publics**, qui aboutissent souvent à la création d'**ouvrages publics**. Ces travaux et ouvrages ont vocation à être réalisés sur le domaine public des personnes publiques, mais ce n'est pas toujours le cas : le domaine privé des personnes publiques ou les fonds relevant de la propriété privée peuvent être concernés.

758 « *De minimis* » est l'abréviation de la maxime de Droit romain « *De minimis non curat praetor* » (le préteur ne s'occupe pas des affaires subalternes), et désigne des montants inférieurs à un seuil donné, pour lesquels on estime que la distorsion de concurrence entre entreprises des différents Etats membres est négligeable.

759 CPCE, articles L 1er & L 2, R 1 à R 1-1-26 (service postal), L 32-1 & L 32-2, R 20-30 à R 20-44 (communications électroniques).

760 Cons. Conc., 28 octobre 2004, 04-D-49.

761 CRPM, articles L 653-7, R 653-97 à R 653-105.

762 Par exemple, cf. le règlement (CE) n° 1775/2005 du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel.

Les travaux publics sont des travaux qui ont toujours un caractère immobilier (sol, bâtiments et équipements divers) ; ils sont entrepris soit par une personne publique dans un but d'intérêt général (763), soit par une personne privée délégataire d'une mission de service public (764).

EX : La qualité de travaux publics a été reconnue à des travaux effectués par trois entreprises privées (sociétés) à la demande d'une communauté de communes pour l'exploration du sous-sol en vue de l'exploitation d'une unité de production d'eau de source ; la troisième société avait abandonné le chantier en vue de transformer un puits d'exploration en puits d'exploitation en raison de l'arrivée dans le puits d'eaux superficielles compromettant la définition de même de l'eau de source, suite à des manquements techniques dont la deuxième société aurait été responsable. La communauté de communes a assigné en responsabilité les trois sociétés pour le préjudice résultant pour elle de l'abandon du projet. Suite à une discussion sur le caractère de travaux publics ou non pour ces opérations, conditionnant la compétence du juge administratif ou judiciaire, le Tribunal des Conflits a estimé que « la création d'une unité de production d'eau de source, visant à promouvoir le développement économique et l'emploi sur le territoire communautaire, répondait à un but d'intérêt général », et que par voie de conséquence les travaux en question avaient la qualité de travaux publics (TC, 8 juin 2009, Communauté de communes Jura Sud c./ Société Safege Environnement). La solution n'était pas évidente, car l'eau de source constitue un produit commercial qui relève d'un régime distinct de l'eau potable ordinaire (CSP, art. R 1321-84 à R 1321-90), ainsi que de celui des eaux minérales naturelles.

Les travaux publics portent le plus souvent sur des biens relevant de la propriété publique, mais ce n'est pas toujours le cas.

EX : Les travaux effectués sur une propriété privée afin de permettre l'accès au chantier de réfection d'une digue endommagée sont des travaux publics, ce qui emporte compétence du juge administratif pour l'évaluation du préjudice subi suite à l'exécution de ces travaux : « (...) même s'ils sont exécutés sur une propriété privée et sous réserve qu'ils n'aient pas été effectués par emprise irrégulière, les travaux immobiliers effectués par une collectivité publique dans un but d'intérêt général présentent un caractère de travaux publics (...) » (CE, 16 mai 2012, M. Verrier).

L'existence d'une DUP préalable confère naturellement aux travaux entrepris dans son contexte le caractère de travaux publics, mais cette qualité des travaux projetés ou effectués peut aussi être déterminée par la loi (765) ;

EX1 : Travaux des SAR (CRPM, art. R 112-8) ;

EX2 : Inventaires scientifiques de terrain sur la biodiversité et l'état du milieu et des sols (C. Env., art. L 411-5-II).

EX3 : Exécution de travaux géodésiques et cadastraux (Loi n° 43-374 du 6 juillet 1943 modifiée, articles 1er à 4, 6 et 7) ; régime étendu à l'Inventaire forestier national (CF, article L 151-2) pour les travaux nécessaires à la localisation topographique des placettes de comptage, au recensement du matériel ligneux sur pied qu'elles renferment et à l'évaluation de sa production, ainsi qu'à la connaissance du sol, de la végétation et de tous renseignements relatifs à la connaissance écologique et phytosanitaire de la forêt.

L'exécution de travaux publics est soumise à une loi du 29 décembre 1892, qui crée un régime de droit d'occupation temporaire des biens immobiliers privés (**réquisition**), assimilable à une servitude dans une certaine mesure. Il en résulte le régime de responsabilité sans faute de la puissance publique, au profit des personnes dont les biens sont réquisitionnés ou subissent des dommages. D'autres lois particulières organisent des procédures analogues pour d'autres catégories de travaux publics :

EX1 : Articles L 521-1 à L 532-14 du Code du Patrimoine en ce qui concerne les fouilles relevant de l'archéologie préventive, l'article L 531-10 prévoyant l'applicabilité de la loi de 1892.

EX2 : Loi n° 43-374 du 6 juillet 1943 modifiée relative à l'exécution de travaux géodésiques et cadastraux, bénéficiant aux agents de l'IFN pour les inventaires forestiers, ainsi qu'aux personnels chargés des travaux relatifs à l'aménagement foncier agricole et forestier, ou encore du balisage du cœur d'un Parc national (766).

763 CE, 10 juin 1921, Commune de Montségur.

764 TC, 28 mars 1955, Effimieff ; CE, Section, 20 avril 1956, Consorts Grimouard, précité.

765 Par exemple : C. Env., article L 411-5-II (inventaires scientifiques de terrain sur la biodiversité) ; CRPM, article R 112-8 : travaux des SAR.

766 CF, article L 151-2 ; CRPM, article L 127-1 ; C. Env., article R 331-13.

Les travaux de réparation des dommages à l'environnement exécutés en application des articles L 160-1 et suivants du Code de l'Environnement (régime de la responsabilité environnementale étudié en 2.4.) ont le caractère de travaux publics.

Un **ouvrage public** a lui aussi un caractère immobilier, une dimension clairement artificielle (un élément du patrimoine naturel ne saurait être qualifié d'ouvrage public), est édifié en général sur une propriété publique et est affecté à l'intérêt général, donc aussi le plus souvent à un service public. Il résulte donc le plus souvent de travaux publics, mais ce n'est pas toujours le cas. Selon la jurisprudence administrative, sont des ouvrages publics les ouvrages d'art des infrastructures routières, ferroviaires, portuaires et aéroportuaires, un chemin rural entretenu, les remontées mécaniques des stations de sport d'hiver (mais non les pistes de ski en tant que telles), une station d'épuration urbaine (c'est-à-dire communale ou intercommunale) (767), etc..

EX1 : Constitue un ouvrage public un poste de transformation du réseau électrique installé dans le sous-sol d'un immeuble privé dans lequel des résidents allèguent des troubles de santé résultant de sa présence, d'où la compétence des juridictions administratives pour connaître du litige sur la responsabilité sans faute d'ERDF du fait de cet ouvrage public (TC, 12 avril 2010, Société ERDF c. / M. et Mme Michel).

EX2 : « La qualification d'ouvrage public peut être déterminée par la loi. Présentent aussi le caractère d'ouvrage public notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public. (...) » (suit une analyse des conditions techniques de fonctionnement du service public de l'électricité en France métropolitaine) : « Il résulte de ce qui précède que la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national implique nécessairement que soient imposées à certains ouvrages de production d'électricité des contraintes particulières quant à leurs conditions de fonctionnement, afin d'assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité de l'ensemble du système. Les ouvrages auxquels sont imposées ces contraintes en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité doivent être regardés comme directement affectés au service public et ils ont par suite le caractère d'ouvrage public. Leurs propriétaires, même privés, sont ainsi, dans cette mesure, chargés d'exécuter ce service public. En l'état actuel des techniques et eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique, présentent le caractère d'ouvrage public les ouvrages d'une puissance supérieure à 40 MW qui sont installés dans les zones interconnectées du territoire métropolitain. (...) » (CE Ass., avis, 29 avril 2010, M. & Mme Beligaud).

La responsabilité du fait du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public est une responsabilité pour faute, pour autant que la victime soit bien un usager de l'ouvrage, et non un tiers par rapport à l'ouvrage : la victime doit prouver l'existence d'un ouvrage public et le défaut d'entretien normal, mais aussi avoir la qualité d'usager de l'ouvrage public. Si la victime est un tiers par rapport à l'ouvrage, elle ne peut rechercher que la responsabilité « sans faute » du propriétaire ou de l'exploitant de l'ouvrage public, pour les « dommages permanents de travaux publics » qui se sont concrétisés dans l'ouvrage public (cf. 2.3.2.3.).

2.2.4.3.7. L'incarnation économique de service public : les contrats administratifs

De façon similaire aux concepts de d'intérêt général et de service public, la notion de **contrat administratif** est essentiellement jurisprudentielle, et occasionnellement législative. Selon la jurisprudence, un contrat administratif est un contrat :

- dont au moins une des parties est une personne publique, certains contrats conclus entre deux personnes privées pouvant avoir un caractère administratif en raison de la nature de leur contenu (travaux publics...), notamment si l'un des co-contractants est une société

767 Du moins celles qui assurent le service public de l'assainissement collectif, gérée par les communes, un EPCI ou un syndicat mixte. Les stations d'épuration dites industrielles sont au contraire des ouvrages privés.

d'économie mixte (768) ; ce **critère organique** n'est donc pas absolu, il peut être contrebalancé par un critère matériel;

- dont le contenu recèle des « **clauses exorbitantes du droit commun** » (769), ou bien concerne la participation à l'exécution d'un service public (**critère alternatif**).

Ces deux critères doivent être cumulés, la satisfaction d'un seul n'emportant qu'une présomption du caractère administratif du contrat : une personne publique peut en effet passer un contrat de Droit Privé ne comportant aucune clause exorbitante du droit commun (770).

Les contrats de délégation de service public, tels que définis par la loi, remplissent les conditions des deux critères.

Dans les contrats administratifs, la partie « publique » (en droit ou en fait) peut exercer un droit unilatéral de résiliation ou de modification des clauses du contrat, pour des raisons d'intérêt général, le co-contractant ayant droit à indemnisation. Le contentieux de l'exécution, de l'annulation ou de l'interprétation du contrat relève des juridictions administratives, à l'exception des contrats conclus entre les SPIC et leurs usagers, dont le contentieux relève des juridictions judiciaires. Dans les contrats de Droit Privé, la résiliation unilatérale n'est possible que si la loi ou le contrat lui-même le permet, et le contentieux relève des juridictions judiciaires.

EX1 : Saisi par un agriculteur locataire de terrains appartenant au domaine privé départemental d'une demande de qualification de son contrat en bail à ferme soumis au Livre IV du CRPM, le TPBR et la Cour d'Appel ont rejeté sa demande en se déclarant incompétents au profit de la juridiction administrative : le contrat, passé avec une personne publique, contenait des clauses exorbitantes du droit commun telles qu'un droit de résiliation unilatéral par le département, des objectifs rigoureux en matière de cultures et d'élevage, et de multiples contrôles sur l'activité de l'agriculteur. La Cour de Cassation a rejeté son pourvoi, approuvant donc la position des juges du fond (Cass. Civ. 3, 9 mars 2005, M. Courtois c./ Président du Conseil général de la Haute-Loire).

EX2 : A un caractère administratif le contrat reliant une commune à l'exploitant d'un bar-restaurant appartenant à celle-ci et destiné aux clients du camping municipal voisin et comprenant des clauses impliquant l'accord de la commune pour toute installation nouvelle et la communication du bilan en fin d'année (TC, 15 mars 2010, Dumontet c./ Commune de Vallon-en-Sully).

EX3 : Relèvent pareillement de la compétence des juridictions administratives, et sont donc implicitement des contrats administratifs par détermination de la loi, les baux ruraux établis ou renouvelés sur des terrains acquis par des collectivités territoriales ou leurs groupements par voie de préemption dans deux hypothèses territoriales particulières en matière de gestion de la ressource en eau (771) : ces dispositions définissent des clauses exorbitantes du droit commun constitué en l'occurrence par le statut du fermage (Livre IV du CRPM).

Mais il peut y avoir un contrat administratif entre deux personnes publiques, et il n'y a alors aucun doute sur la compétence du juge administratif comme juge de l'annulation du contrat :

EX : Les communes de Béziers et Villeneuve-lès-Béziers étaient en litige suite à la résiliation unilatérale par la seconde d'une convention de 1986 la liant à la première au sujet du reversement à celle-ci d'une partie de la taxe professionnelle perçue par celle-là sur une zone industrielle située sur son territoire, les deux communes ayant créé en 1969 un SIVOM comme outil de maîtrise foncière pour l'extension de cette zone. La commune de Villeneuve-lès-Béziers avait obtenu gain de cause face à la demande d'indemnisation de la commune de Béziers devant le TA de Montpellier et la CAA de Marseille, en s'appuyant sur un avis du Conseil d'Etat (CE, avis Sect., 10 juin 1996, Préfet de la Côte d'Or) ; elle devait perdre en cassation (CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers). On observe que le CE statuant au contentieux peut défaire ce qu'a énoncé le CE dans son rôle consultatif...

768 TC, 8 juillet 1963, Société « Entreprise Peyrot ».

769 On entend par là des clauses que l'on ne pourrait trouver dans des contrats de Droit Civil ou de Droit Privé en général, à peine de nullité. Le Droit Civil est le « droit commun » : il s'applique lorsque aucune autre branche du Droit n'est applicable.

770 CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

771 C. Env., articles L 211-13 (zones de rétention temporaire des eaux de crues ou de ruissellement, zones de mobilité des cours d'eau, zones humides stratégiques pour la gestion de l'eau). CSP, article L 1321-2, alinéas 4 & 5 (périmètres rapprochés de protection des captages d'eau potable)

De façon très logique, sont des contrats administratifs par détermination de la loi :

- ceux qui ont pour objet la réalisation de travaux publics (772) ;
- ceux qui ont pour objet l'occupation du domaine public (773) ;
- ceux qui sont passés en application du Code des Marchés Publics (774) ;
- les « contrats de partenariat », précédemment abordés.

Bien que loi ne soit pas explicite à cet égard, il est permis de penser que les engagements agroenvironnementaux, qui ont succédé en 2007 aux contrats d'agriculture durable (CAD) de 2003, qui ont eux-mêmes succédé aux contrats territoriaux d'exploitation de 1999, sont des contrats administratifs, du fait de la compétence attribuée au juge administratif pour les litiges qui leur sont relatifs (775). La même observation vaut pour les « **contrats Natura 2000** » définis par l'article L 414-3 du Code de l'Environnement, et qui peuvent « prendre la forme » d'EAE, ce qui implique que le corps de règles applicables soit celui des CAD en fin d'existence ou des EAE et non celui des « autres contrats Natura 2000 », comme le confirme l'article R 414-13 du même code.

2.2.5. L'OPTIQUE DE L'INGÉNIEUR : L'ÉCHELLE I.A.D.L.

Du point de vue de l'ingénieur, la ou les règles de droit à intégrer dans un projet consistent à vérifier le degré de contrainte apporté par les textes législatifs et réglementaires applicables sur la base des trois espaces de liberté préexistants (2.2.1.). On doit en premier lieu vérifier que l'on n'est pas dans la zone de l'interdit, pour examiner ensuite si une ou plusieurs autorisations administratives sont à obtenir du fait de l'intervention d'une police administrative spéciale, ou, en cas de réponse négative, si une procédure d'information obligatoire à l'intention d'une ou plusieurs personnes de Droit Privé ou de Droit Public est à respecter.

2.2.5.1. La formule de PORTALIS

Jean PORTALIS (1745-1807) était, avec quelques autres juristes éminents de son époque, l'un des rédacteurs du Code Civil. Il est l'auteur de cette formule synthétique concernant la fonction sociale du Droit : « Le Droit interdit, ordonne et permet ».

Cette formule est en fait le résumé abrégé du passage suivant de son « Discours préliminaire au premier projet de Code Civil » de 1801 : « Nous avons déterminé les divers effets de la loi. Elle permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense. »

772 Article 4 de la loi du 28 pluviôse an IV (toujours en vigueur !). Eu égard à l'ancienneté de la source, l'article 1er du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique prend soin de préciser que ces contrats ont une caractère administratif, ce qui se déduit aisément de toute façon de la jurisprudence administrative.

773 Article 1^{er} du décret-loi du 17 juin 1938.

774 Article 2 de la « loi MURCEF » du 11 décembre 2001. L'article 1^{er}-III du Code des Marchés Publics distingue 3 catégories de marchés publics : travaux, fournitures et services.

775 CRPM, article L 341-1-III. Le décret n° 2007-1342 du 12 septembre 2007a supprimé les CAD pour généraliser les « engagements agroenvironnementaux », qui existaient auparavant de façon distincte, et qui les remplacent. Arrêté interministériel du 12 septembre 2007 relatif aux engagements agroenvironnementaux (JORF du 13-09-07). Ces engagements sont généralement appelés « mesures agroenvironnementales » dans la profession agricole, terminologie provenant d'un ancien règlement communautaire de 1992 qui les avait instituées.

2.2.5.1.1. « *Le Droit interdit* »

L'**interdiction** suppose une atteinte importante à la liberté, principe constitutionnel qui se décline en pratique dans les trois espaces de liberté étudiés : exercice du droit de propriété (y compris sous l'angle de la propriété intellectuelle), liberté contractuelle et liberté d'entreprendre. Cette interdiction ne peut provenir que de la loi, de façon directe ou indirecte (776) : la loi pénale en premier lieu, et, d'une manière générale, les dispositions d'ordre public que l'on trouve dans les autres branches du Droit. En Droit Administratif, on peut observer un second type d'interdiction : l'interdiction émanant d'une autorité administrative exerçant ses pouvoirs de police spéciale sur un fondement légal précis, mais aussi parfois en matière de police générale :

EX1 : Retrait du marché d'un produit dangereux (ou interdiction du service s'il s'agit d'un service dangereux, ce qui est plus rare) (777) ;

EX2 : En matière de police sanitaire vétérinaire, l'arrêté du 24 octobre 2005 abroge et remplace un arrêté du 13 mars 2003, qui définit les pouvoirs d'interdiction du Ministre de l'Agriculture fondés sur l'article L 221-1 du CRPM ; ceux-ci incluent le retrait du marché de DAOA dangereuses ;

EX3 : Possibilité pour le préfet de département d'interdire la consommation de produits de la mer dangereux du fait d'un défaut de qualité sanitaire du milieu marin, en tant qu'autorité de police générale responsable de la salubrité publique, la même disposition lui donnant le pouvoir d'interdire certains produits facteurs de pollution du milieu marin (778).

L'interdiction peut aussi avoir un caractère indirect et résulter d'un **refus** (initial), de la **suspension** (temporaire) ou du **retrait** (définitif) d'une autorisation préalable.

2.2.5.1.2. « *Le Droit ordonne* »

Lorsque « le Droit ordonne », cela suppose encore la toile de fond de la liberté, l'obligation légale ainsi créée étant une obligation de faire et non une obligation de ne pas faire comme dans le cas précédent. Le non respect de ces obligations est sanctionné soit pénalement, soit sur le plan civil ou administratif (nullité d'un acte juridique, réparation d'un préjudice...). L'exercice des pouvoirs de police, générale ou spéciale, permet souvent à l'Administration de prononcer des « **mises en demeure** » (779), qui ont pour conséquence de donner des ordres aux personnes privées. De même, les décisions juridictionnelles peuvent prononcer des « **injonctions** ». Dans quelques cas, la loi édicte des obligations générales dont le non respect n'est pas sanctionné en tant que tel, mais qui vont se concrétiser dans d'autres obligations plus précises et assorties de sanctions en cas de non respect :

EX1 : L'article L 212-1 du Code de la Consommation (cf. 1.5.2.2.) formule une « obligation générale de conformité », qui va se traduire par des obligations précises dans trois directions : information complète du

776 Parfois la loi est très elliptique et renvoie globalement à la réglementation constituée par des décrets en Conseil d'Etat (C. Cons., article L 214-1 ; CSP, article L 1311-1 ; C. Env., article L 537-1).

777 C. Cons., articles L 221-1 à L 221-10 ; R 221-1 à R 223-2 (procédure générale applicable sauf procédure prévue par un texte particulier) ; CSP, article L 5312-2 (médicaments et autres produits de santé) ; CRPM, articles L 231- 5 & R 231-19 (DAOA). A noter que des substances biologiques peuvent faire l'objet d'un retrait du marché aussi bien au titre du CSP (médicaments par présentation) qu'au titre de la procédure générale du Code de la Consommation (s'il ne s'agit pas de DAOA) : CE, 11 juin 2003, M. Fenioux & Société laboratoire Fenioux Pharm.

778 C. Env., article L 211-4. Il ne s'agit pas ici d'une mesure de retrait du marché, puisqu'on se situe par hypothèse en amont de celle-ci (interdiction préventive de mise sur le marché).

779 Le mécanisme de la mise en demeure concerne aussi le Droit Privé, notamment dans le cas où le créancier d'une obligation entend poursuivre le débiteur, mais l'injonction entre personnes privées ne peut résulter que d'une décision juridictionnelle, contrairement à l'injonction administrative (privilège du préalable).

consommateur sur le prix et les qualités du produit ou du service offert (780), loyauté des transactions commerciales, et préservation de la sécurité et de la santé du consommateur ; parmi ces obligations, figurent les règles obligatoires d'étiquetage prévues par les articles R 112-1 à R 112-30 du Code de la Consommation ;

EX2 : (C. Env., article L 110-2, alinéa 2) : « Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement ». Les obligations effectives sont celles qui font l'objet de sanctions administratives et pénales dans le Code de l'Environnement pour ce motif, et qui sont nombreuses.

2.2.5.1.3. « Le Droit permet »

Lorsque « le Droit permet », cela implique que l'on se situe dans l'hypothèse de l'interdiction, avec une ou plusieurs exceptions. L'**exception légale** et la **dérogation** sont une première concrétisation de ce mécanisme ; s'il s'agit de la même chose en pratique, on peut effectuer une distinction entre ces deux concepts en faisant observer que la dérogation laisse un certain **pouvoir discrétionnaire** de l'autorité administrative qui peut y consentir, alors que l'exception légale la place en situation de **compétence liée**, c'est-à-dire en « service commandé », sans marge de manoeuvre aucune :

EX1 : La revente à perte de produits par un distributeur est interdite, sauf dans 5 cas (781) ; il s'agit clairement d'exceptions légales.

EX2 : Le préfet peut accorder à une personne publique chargée de la distribution d'eau potable plusieurs dérogations successives en cas de non respect d'un ou plusieurs paramètres de qualité sanitaire, mais dans des conditions très restrictives (782).

EX3 : Le préfet peut déroger aux limites de qualité des eaux douces superficielles utilisées ou destinées à être utilisées pour la production d'eau destinée à la consommation humaine, dans certaines conditions et pour certains paramètres (783).

EX4 : Les articles R 141-30 à R 141-38 du Code Forestier fixent les conditions de dérogation applicables par le préfet pour les captages d'eau potable dont les périmètres sont inclus dans une forêt de protection, au régime très strict. Les dispositions qui les précèdent montrent un cas intéressant de juxtaposition d'un régime d'exception réglementaire et de dérogation :

(Article R 141-14, alinéas 2 & 3) : « Aucun défrichement, aucune fouille, aucune extraction de matériaux, aucune emprise d'infrastructure publique ou privée, aucun exhaussement du sol ou dépôt ne peuvent être réalisés dans une forêt de protection.

Par exception, le propriétaire peut procéder à des travaux qui ont pour but de créer les équipements indispensables à la mise en valeur et à la protection de la forêt, sous réserve que ces ouvrages ne modifient pas fondamentalement la destination forestière des terrains et à condition que le préfet, avisé deux mois à l'avance par tout moyen permettant d'établir date certaine, n'y ait pas fait opposition. »

(Article R 141-16) : « Par dérogation aux dispositions de l'article R. 141-14, les travaux de surveillance, d'entretien et de maintenance mentionnés à l'article L. 555-27 du code de l'environnement et relatifs à des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques implantées antérieurement au 31 décembre 2010 sont autorisés à condition que ces travaux soient effectués conformément à une convention établie entre le propriétaire des parcelles concernées et l'exploitant de la canalisation. »

EX5 : L'arrêté interministériel du 19 février 2007 fixe les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies à l'article L 411-2 (4°) du Code de l'Environnement portant sur des prélèvements de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées.

EX6 : Régime strict des dérogations à l'interdiction de principe des travaux de recherche sur l'embryon humain et les cellules embryonnaires (784).

Une concrétisation plus dense de la permission juridique est le régime d'**autorisation préalable** ou de **déclaration préalable**. Dans les deux cas, l'on a affaire à une activité qui

780 C. Cons., article L 113-3 (code pilote) ; C. Com., article L 441-1 (code suiveur).

781 C. Com., articles L 442-1 à L 442-4.

782 CSP, articles R 1321-31 à R 1321-36; arrêté ministériel du 3 novembre 2003 relatif aux modalités de demande de prolongation de délai pris en application de l'article R 1321-31 du CSP.

783 CSP, articles R 1321-40 & R 1321-41.

784 CSP, article L 2151-5. Cf. 1.6.3.3..

pose problème en termes d'intérêt général, et qui est donc « réglementée » : la réglementation vue par les secteurs institutionnels au sens de la comptabilité nationale (ménages compris) se traduit donc le plus souvent par un régime d'autorisation préalable et/ou de déclaration préalable, éventuellement combinés comme dans les nomenclatures ICPE et IOTA. On en déduit un principe fondamental de l'articulation entre Droit Public et Droit Privé : « pas de pouvoir de l'Administration sans texte (de loi) », le texte législatif en question définissant soit un régime d'interdiction administrative (cf. (a)), soit un régime d'autorisation préalable et/ou de déclaration préalable. Toutefois, la jurisprudence administrative admet que l'Administration puisse intervenir « sans texte » si l'ordre public traditionnel (sécurité, salubrité et tranquillité publiques) est menacé - donc en matière de police administrative générale - contrairement au cas des polices administratives spéciales, pour lesquelles un texte est toujours nécessaire.

EX : Extrait des conclusions du commissaire du gouvernement Lilian BENOIT sous CAA Marseille, 18 octobre 2001 (2 arrêts sur l'affaire de l'amiante), point IV : « ...de manière générale, l'Etat dispose en matière de santé publique d'une large faculté d'intervention qu'il peut exercer même en l'absence de texte (CE, 30 juillet 1997, Boudin) (...) ».

Le « Droit permet » encore sous d'autres formes terminologiques : l'**exemption** ou l'**exonération**. La dernière formule n'est guère utilisée dans les textes, mais plutôt dans le discours jurisprudentiel ou doctrinal ; ainsi peut-on dire que la force majeure, lorsqu'elle est reconnue, exonère le débiteur d'une obligation de l'exécution de celle-ci. L'exemption est en pratique synonyme d'exception légale ; de même que l'**exclusion** (législative) **du champ d'application** d'une réglementation impliquant un régime d'autorisation préalable. Le Code Forestier fournit un intéressant exemple de juxtaposition de cette dernière formule et de l'exemption, ce qui semble impliquer que l'invocation d'un cas d'exemption sera plus étroitement contrôlée que celle d'un cas d'exclusion du champ d'application, moins discutable en général :

EX : (Article L 341-2) : « Ne constituent pas un défrichement :

- 1°) Les opérations ayant pour but de remettre en valeur d'anciens terrains de culture ou de pacage envahis par une végétation spontanée, ou les terres occupées par les formations telles que garrigues, landes et maquis ;
- 2°) Les opérations portant sur les noyeraies, oliveraies, plantations de chênes truffiers et vergers à châtaignes ;
- 3°) Les opérations portant sur les taillis à courte rotation normalement entretenus et exploités, implantés sur d'anciens sols agricoles depuis moins de trente ans ;
- 4°) Un déboisement ayant pour but de créer à l'intérieur des bois et forêts les équipements indispensables à leur mise en valeur et à leur protection, sous réserve que ces équipements ne modifient pas fondamentalement la destination forestière de l'immeuble bénéficiaire et n'en constituent que les annexes indispensables, y compris les opérations portant sur les terrains situés dans les zones délimitées et spécifiquement définies comme devant être défrichées pour la réalisation d'aménagements, par un plan de prévention des risques naturels prévisibles établi en application des articles L 562-1 à L 562-7 du code de l'environnement. »

(Article L 342-1) : « Sont exemptés des dispositions de l'article L 341-3 les défrichements envisagés dans les cas suivants :

- 1°) Dans les bois et forêts de superficie inférieure à un seuil compris entre 0,5 et 4 hectares, fixé par département ou partie de département par le représentant de l'Etat, sauf s'ils font partie d'un autre bois dont la superficie, ajoutée à la leur, atteint ou dépasse ce seuil ;
- 2°) Dans les parcs ou jardins clos et attenants à une habitation principale, lorsque l'étendue close est inférieure à 10 hectares. Toutefois, lorsque les défrichements projetés dans ces parcs sont liés à la réalisation d'une opération d'aménagement prévue au titre Ier du livre III du code de l'urbanisme ou d'une opération de construction soumise à autorisation au titre de ce code, cette surface est abaissée à un seuil compris entre 0,5 et 4 hectares, fixé par département ou partie de département par le représentant de l'Etat ;
- 3°) Dans les zones définies en application du (1°) de l'article L 126-1 du code rural et de la pêche maritime dans lesquelles la reconstitution des boisements après coupe rase est interdite ou réglementée, ou ayant pour but une mise en valeur agricole et pastorale de bois situés dans une zone agricole définie en application de l'article L 123-21 du même code ;
- 4°) Dans les jeunes bois de moins de vingt ans sauf s'ils ont été conservés à titre de réserves boisées ou plantés à titre de compensation en application de l'article L 341-6 ou bien exécutés dans le cadre de la restauration des

terrains en montagne ou de la protection des dunes. »

Dans la formule de PORTALIS, il n'est pas question explicitement de liberté (L), mais celle-ci est sous-entendue *a contrario* par rapport aux situations d'interdiction, d'injonction ou de permission. On peut donc la résumer d'une autre manière : **tout ce qui n'est pas interdit ou réglementé** (permis dans un contexte d'interdiction, ou ordonné dans un contexte de liberté) **est libre**. L'adage « **pas de pouvoir de l'Administration sans texte** » (sous réserve de l'exception que l'on vient d'exposer) en est la conséquence logique : sauf en matière de police administrative générale, un texte législatif est nécessaire pour la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique telles que les mesures de police administrative spéciale ou l'adoption de sanctions administratives de toutes catégories.

2.2.5.2 L'échelle « IADL » (© J.-P. PLAVINET, « open source »)

Cette échelle constitue une manière plus opérationnelle de présenter la formule de PORTALIS (785) : sur le plan pratique, elle reflète du point de vue des intérêts privés face à l'intervention publique une démarche itérative partant de l'hypothèse de la situation la plus contraignante (I pour interdiction) et évoluant vers la liberté d'action (L), pour autant qu'une autorisation préalable (A), puis une déclaration préalable (D) ne soient pas requises. D'un point de vue théorique, il convient plutôt de la lire à l'envers (LDAI) : on part de la toile de fond (L) pour examiner des interventions administratives de plus en plus contraignantes (D, A, I), ce qui reflète souvent l'histoire de règles juridiques applicables à un domaine où l'évolution des connaissances scientifiques et techniques a amené un accroissement des contraintes.

En application du principe du cumul des législations, l'échelle IADL s'applique pour une législation donnée et non pour l'ensemble des législations, ce qui fait que la situation L dans une législation donnée peut très bien devenir une situation A ou I du point de vue d'une autre.

2.2.5.2.1. Le régime d'interdiction

L'**interdiction** I s'entend ici de l'interdiction administrative, qui a un caractère exceptionnel, et non de l'interdiction pénale, qui est présente parallèlement à l'échelle et à chaque échelon de celle-ci, L compris. Le contenu de l'interdiction peut parfois être précisé par la loi elle-même, mais celle-ci prévoit plus souvent le cadre général qui permet à l'Administration de la prononcer. En second lieu, la situation I peut aussi résulter du refus de A, ou encore de sa suspension temporaire ou de son retrait définitif. Enfin, en Droit de l'Alimentation et en Droit de l'Environnement, le fait juridique constitué par le franchissement à la hausse d'un seuil défini par voie réglementaire pour la proportion de substances (éco)toxiques dans un produit ou dans une ressource naturelle (air, eaux, sols) peut aboutir à un passage direct à I sur ce point ; le Droit de l'Alimentation, vu sous l'angle de la communication nutritionnelle sur les produits, présente la particularité d'avoir aussi des situations I pour des franchissements de seuils à la baisse (786).

785 Cet acronyme est une invention personnelle de l'auteur, avec renonciation formelle et définitive au droit d'auteur; mais il ne s'agit pas d'un concept officiel. Les élèves et étudiants d'AgroParisTech et de ParisTech sont donc invité(e)s à ne l'utiliser que dans le contexte interne aux Ecoles, sous peine de susciter la surprise à l'extérieur, ou encore à l'utiliser à l'extérieur en l'explicitant et en faisant l'apologie de qui de droit (facultatif)....

786 Article 8 et Annexe du Règlement (CE) n° 1924/2006 du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé. Articles 4 & 8 du décret n° 93-1130 du 27 septembre 1993 concernant l'étiquetage

Lorsque des substances ou des procédés font l'objet d'une interdiction pour des motifs de santé publique, le texte réglementaire (en principe) qui les énumère est qualifié de **liste négative d'emploi** :

EX1 : Arômes alimentaires interdits (787) , régime en voie de suppression en raison de l'entrée en vigueur d'une liste positive d'emploi communautaire avec une période transitoire aux modalités tourmentées (788) ;

EX2 : Substances chimiques dont l'administration aux animaux est interdite (789) ;

EX3 : Matières premières dont l'incorporation à l'alimentation animale est interdite (790) ;

EX4 : Substances ne pouvant entrer dans la fabrication des cosmétiques (791).

EX5 : Interdiction de la fabrication et de la commercialisation de l'absinthe et des « liqueurs similaires », mais avec un assouplissement récent (792).

EX6 : Espèces de vertébrés dont l'introduction, volontaire ou non, dans le milieu naturel est interdite (793).

EX7 : Interdiction des loteries commerciales (794).

EX8 : Les sacs de caisse à usage unique en matière plastique non biodégradable sont interdits depuis le 1^{er} janvier 2010 (795).

EX9 : Interdiction de l'exploitation de gaz non conventionnels (« gaz de schistes ») (796).

2.2.5.1.2. Le régime d'autorisation préalable

Très fréquent, le régime d'autorisation préalable est au centre de nombreuses polices spéciales et réglementations : la personne privée, et même publique, doit obtenir le « feu vert » de

relatif aux qualités nutritionnelles des denrées alimentaires. Article 2 de l'arrêté interministériel du 3 décembre 1993 modifié concernant l'application de ce décret. A partir du 12 décembre 2014 est directement applicable en lieu et place de ces deux textes réglementaires français l'article 30 et à l'annexe XIII-A du règlement (UE) n° 1169/2011 du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs et abrogeant notamment la directive 90/496/CEE, dont ils sont la transposition.

787 Article 12 du décret n° 91-366 du 11 avril 1991 modifié relatif aux arômes destinés à être employés dans les denrées alimentaires, transposant la directive 88/388/CEE du 22 juin 1988 modifiée; arrêté interministériel du 11 juillet 1991. Ces textes doivent être prochainement abrogés ou reconfigurés (cf. note suivante).

788 Depuis le 20 janvier 2011, la directive 88/388/CEE a été abrogée et remplacée par le règlement (CE) n° 1334/2008 du 16 décembre 2008 relatif aux arômes et à certains ingrédients alimentaires possédant des propriétés aromatisantes qui sont destinées à être utilisées dans les denrées alimentaires. Cf. aussi note XX.

789 CRPM, article L 234-2-I & II ; le III de cette disposition permet d'interdire la mise sur le marché des DAOA dont l'élaboration a mis en œuvre ces substances interdites.

790 Article 6 & Annexe III du règlement (CE) n° 767/2009 du 13 juillet 2009 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des aliments pour animaux. Article 4-1 du décret n° 86-1037 modifié, précité.

791 CSP, articles L 5131-4 à L 5131-9 & R 5131-3 ; arrêté du 6 février 2001 modifié fixant la liste des substances qui ne peuvent entrer dans la composition des produits cosmétiques (transposition de l'annexe III de la directive 76/768/CEE du 27 juillet 1976 modifiée).

792 CGI, article 347 (code pilote) ; CSP, article L 3322-4 (code suiveur). L'interdiction de la commercialisation de la liqueur d'absinthe remonte à une loi du 16 mars 1915 et à un décret du 24 octobre 1922 fixant les caractères des « liqueurs similaires », eu égard aux ravages sanitaires provoqués par la « fée verte » dans la population au début du XX^{ème} siècle. Le décret n° 88-1024 du 2 novembre 1988, modifié par le décret n° 2010-256 du 11 mars 2010, abroge et remplace le décret de 1922 en l'assouplissant en fonction de la teneur des liqueurs en substances nocives visées par l'interdiction : est désormais licite la commercialisation des boissons alcoolisées produites à partir des espèces d'*Artemisia* présentant une quantité de thuyone inférieure à 35 mg/kg, sans autres restrictions concernant la fenchone et la pino-camphone.

793 Arrêté interministériel du 30 juillet 2010 interdisant sur le territoire métropolitain l'introduction dans le milieu naturel de certaines espèces d'animaux vertébrés.

794 CSI, articles L 522-1 à L 522-6. Mais les consommateurs français peuvent participer librement à des loteries commerciales existant légalement dans les autres Etats membres de l'UE (libre circulation des services).

795 Article 47 de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

796 Loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique. Si l'article 1^{er} de cette loi formule bien l'interdiction, les articles 2 à 4 laissent clairement entendre que celle-ci n'est pas définitive.

l'autorité administrative compétente pour mener à bien son projet. Que l'autorisation soit octroyée ou refusée, il s'agit d'une décision administrative individuelle susceptible de recours pour excès de pouvoir, et même, dans certains cas, d'un contentieux de pleine juridiction (797) :

- recours du **pétitionnaire** (798) contre le refus d'autorisation ;
- recours d'un tiers intéressé contre l'octroi de l'autorisation, la juridiction administrative étant particulièrement attentive à l'appréciation de son « intérêt à agir » ;
- recours en indemnisation pour carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police administrative, si des autorisations ont été accordées alors qu'elles auraient dû être refusées (cf.. 2.1.3.1.2.).

Sur la forme, les autorisations préalables peuvent porter des noms très différents :

- **permis** de construire, d'aménager, de démolir (799), de chasser (800), de pêche (en eau douce) (801), de mise en exploitation des navires (802), sans oublier le permis de conduire différentes catégories de véhicules terrestres à moteur, d'aéronefs, de bateaux et navires, etc... ;
- **autorisation de mise en marché (AMM)** pour les médicaments humains et vétérinaires (803), ainsi que les produits phytopharmaceutiques (804) et produits biocides (805) ;
- **autorisation**, sans autre précision, pour la récolte des végétaux marins et la pêche maritime (806), pour le défrichement, la coupe de plantes aréneuses ou d'arbres épars fixant les dunes (807), pour les ouvrages et travaux concernées par les polices spéciales des eaux et des milieux aquatiques ou des ICPE, pour l'introduction dans le milieu naturel ou les prélèvements (hors chasse) de grand gibier appartenant aux espèces chassables ou de lapins (808), ainsi que pour les laboratoires d'analyses biomédicales (809) ;
- **autorisation d'exploitation commerciale** pour l'ouverture de magasins de distribution de biens de consommation d'une surface supérieure à 1000 m² (810) ;
- **autorisation spéciale** pour les « établissements d'élevage des animaux marins », les « exploitations de cultures marines » et les « dépôts de coquillages », c'est-à-dire

797 C'est notamment le cas pour les autorisations au titre des nomenclatures ICPE et IOTA.

798 Le pétitionnaire est ici la personne qui sollicite l'autorisation, et non une personne qui signe une pétition. Il est déplorable que la version française des textes communautaires emploie le terme « demandeur » au lieu de pétitionnaire, alors que ce terme signifie en procédure la personne qui exerce une action en justice (on dit « requérant » pour un recours contentieux de Droit Administratif).

799 CU, articles L 421-1 à L 421-8.

800 C. Env., articles L 423-1 à L 423-7, R 423-1 à R 423-37.

801 C. Env., articles L 436-1 & L 436-2, D 436-1 à R 436-5.

802 CRPM, article L 921-7.

803 CSP, articles L 5121-8 à L 5121-12, R 5121-21 à R 5121-62 (médicament humain) ; L 5141-5 à L 5141-10, R 5141-13 à D 5141-61 (médicament vétérinaire).

804 CRPM, articles L 253-1 (AMM de droit commun) & L 253-7 (autorisation provisoire ou d'importation), R 253-1 à R 253-84 ; arrêté interministériel du 6 septembre 1994 modifié notamment par l'arrêté du 28 novembre 2003 relatif aux conditions d'utilisation des insecticides et acaricides à usage agricole en vue de protéger les abeilles et autres insectes pollinisateurs, et par l'arrêté du 4 septembre 2006 portant application des articles réglementaires susmentionnés et relatif au contrôle des produits phytopharmaceutiques ; arrêté interministériel du 26 avril 2007 relatif aux essais officiels et officiellement reconnus pour l'évaluation mentionnés à l'article L 253-1 du CRPM.

805 C. Env., articles L 522-1 à L 522-18, R 522-1 à R 522-46 ; arrêté interministériel du 19 mai 2004.

806 CRPM, article L 921-1.

807 CF, articles L 341-3, R 341-1 à R 341-7 (défrichement des bois et forêts), L 143-2-1, R 143-1 à R 143-4 (plantes aréneuses et arbres épars en milieu dunaire).

808 C. Env., article L 424-11. Arrêté interministériel du 7 juillet 2006.

809 CSP, articles L 6211-2, R 6211-1 à R 6211-14.

810 C. Com., article L 720-5.

l'aquaculture marine (811) ; cette autorisation est qualifiée de spéciale dans la mesure où elle vaut à la fois AOT du domaine public maritime, et autorisation d'exploiter dans le même sens socio-économique que l'**autorisation d'exploiter** au titre du contrôle des structures agricoles privilégiant le maintien d'entreprises de petite taille (812) ;

- **homologation ou autorisation provisoire de vente, de distribution pour expérimentation, ou d'importation** pour les matières fertilisantes ou supports de culture (813) ; homologation des pièges destinés aux animaux nuisibles (814) ;

- **licence** pour les débits de boissons, dont il existe 4 catégories (815), pour les agences de voyages (816), le transport aérien (817), le transport ferroviaire (818), les opérations spatiales (819), ou pour la création d'une officine pharmaceutique (820) ; la « licence de pêche » confère à son utilisateur le droit, limité par les règles nationales, d'utiliser une certaine capacité de pêche pour l'exploitation commerciale des ressources aquatiques vivantes (821) ;

- **agrément** de certaines sociétés en raison de leur forme (822), ou de certaines activités à risque sanitaire/sécuritaire ou économique/financier: agréments des établissements industriels au titre de la police sanitaire vétérinaire (823) ou au titre de la surveillance des OGM (824),

811 CRPM, article L 923-1 ; décret n° 83-228 du 22 mars 1983 modifié fixant le régime juridique de l'autorisation des exploitations de cultures marines, en voie de codification en R 923-1 et suivants.

812 CRPM, articles L 331-1 à L 331-11, R 330-1 à R 331-12. Quelques opérations sont soumises à déclaration préalable à titre dérogatoire (article L 331-2-II).

813 CRPM, articles L 255-1 à L 255-11, R 255-1 à R 255-34. Le règlement (CE) n° 2003/2003 du 13 octobre 2003 relatif aux engrais réserve la dénomination « engrais CE » susceptibles de bénéficier de la libre circulation sur le marché intérieur aux produits respectant les dispositions de ce texte.

814 C. Env., articles R 427-13 à R 427-17. Articles 3 et 4 de l'arrêté ministériel du 29 janvier 2007 fixant les dispositions relatives au piégeage des animaux classés nuisibles en application de l'article L 427-8 du Code de l'Environnement.

815 CSP, articles L 3331-1 à L 3331-3.

816 C. Tour., articles L 212-1, R 212-1 à R 212-48. Ce code prévoit aussi une « habilitation » pour d'autres types d'opérateurs (articles L 213-1, L 213-5 & L 213-6), une ordonnance n° 2005-174 du 24 février 2005 ayant ramené le nombre d'autorisations préalables de 4 à 2.

817 Règlement (CEE) n° 2407/92 du 23 juillet 1992. C. Trans., article L 6412-2.

818 C. Trans., article L 2122-10. Article 4 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national (futur article R 2122-X).

819 Article 4 de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales. Décret n° 2009-643 du 9 juin 2009.

820 CSP, article L 5125-4, R 5125-1 à R 5125-33.

821 Article 6 du règlement (CE) n° 1224/2009 du 20 novembre 2009 instituant un régime communautaire de contrôle afin d'assurer le respect des règles de la PCP. Cette licence portant sur le navire lui-même, l'article 7 du même règlement prévoit l'existence d'une autorisation de pêche dans un certain nombre de cas et qui porte sur les prélèvements eux-mêmes sur un certain territoire marin, son existence ayant comme condition nécessaire, mais non suffisante, celle de la licence. Les autorisations prévues à un niveau général par l'article L 921-1 du CRPM recouvrent ces deux types d'autorisation. Articles 2 et 3 du règlement (CE) n° 1281/2005 du 3 août 2005 concernant la gestion des licences de pêche et les informations minimales qu'elles doivent contenir, pris pour l'application des articles 13§3 et 22§3 du règlement (CE) n° 2371/2002 du 20 décembre 2002 relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la PCP.

822 Fondations d'entreprise, GAEC, sociétés coopératives agricoles, sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA)...

823 CRPM, articles L 233-2 & L 233-3 (DAOA), L 235-1 & R 235-2 (alimentation animale).

Arrêté interministériel du 8 juin 2006 relatif à l'agrément des établissements mettant sur le marché des produits d'origine animale ou des denrées contenant des produits d'origine animale, agrément prévu par l'article 6§3 du règlement (CE) n° 852/2004 modifié et l'article L 233-2 du CRPM, et agrément spécial pour les producteurs de certaines catégories d'œufs. Arrêté interministériel du 23 avril 2007 relatif aux agréments et autorisation des établissements du secteur de l'alimentation animale et modifiant notamment l'arrêté du 28 février 2000 modifié relatif à l'agrément et à l'enregistrement de certains établissements et intermédiaires dans le secteur de l'alimentation animale : il s'agit à titre principal de l'adaptation du règlement (CE) n° 183/2005 modifié (article 10) et du règlement (CE) n° 141/2007 (article 1^{er}) (exigence particulière concernant les « coccidiostatiques et histomonostatiques »), mais aussi d'un agrément particulier pour la prévention des salmonelloses, ainsi que pour

agrément des distributeurs de produits phytopharmaceutiques, des prestataires de services utilisant ces produits et des « conseillers professionnels » de leur usage (825) ; agrément des établissements de crédit et des prestataires de service d'investissement (826) ainsi que des entreprises d'assurance (827) ; agrément des bureaux de normalisation sectoriels (828), agrément des piègeurs d'animaux classés nuisibles (829) ; agrément des organismes de gestion et d'exploitation forestière en commun (830) ; agrément des groupements agricoles autorisés à utiliser certains médicaments vétérinaires en dérogation au monopole professionnel des vétérinaires libéraux (831) ; agrément des livres généalogiques et zootechniques (832), agrément des conservatoires botaniques nationaux (833) ; agrément de matériels spécifiques, tels que les marques auriculaires des animaux domestiques agricoles (834) ; agréments sanitaires en matière d'activités de reproduction animale (835) ; agrément des entreprises d'abattage ou de collecte de peaux et de laines animales (836) ; agrément des organismes certificateurs de la qualité des produits alimentaires par l'INAO (837). 3 types d'agréments délivrés dans le secteur oléicole par FranceAgriMer (838) ;

A ! – *Le terme « agrément » peut avoir d'autres significations juridiques : sans constituer une autorisation préalable, l'agrément des associations ayant pour objet la défense des consommateurs, la protection de l'environnement, la participation aux décisions d'aménagement et d'urbanisme (839), et la protection des épargnants (840) leur permet de se constituer partie civile dans les procédures pénales qui les concernent indirectement et de bénéficier d'autres prérogatives, telles que siéger dans des instances consultatives ou exercer une action en représentation conjointe de plusieurs personnes physiques. D'autres agréments associatifs ont pour conséquence de formaliser la participation de l'association à l'exécution d'une mission de service public en créant un système d'adhésion obligatoire des personnes privées concernées (841).*

les établissements situés dans les pays tiers, et d'une autorisation pour l'emploi de certaines matières premières présentant un risque au regard des ESST. Le même établissement (« exploitant du secteur de l'alimentation animale ») peut donc être contraint d'avoir plusieurs agréments administratifs distincts.

824 C. Env., articles L 532-3, R 532-1 à R 532-24 (utilisation confinée d'OGM à des fins de recherche & développement ou d'enseignement). La « dissémination volontaire » d'OGM à des fins expérimentales et leur mise sur le marché donne lieu à deux autorisations préalables distinctes : C. Env., articles L 533-3, R 533-1 à R 533-24 (dissémination volontaire expérimentale), & L 533-5, R 533-25 à R 533-51 (mise sur le marché). Transposition des directives 90/219/CEE modifiée (utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés) et 90/220/CEE (dissémination volontaire d'OGM et mise sur le marché), remplacée par la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 modifiée.

825 CRPM, articles L 254-1 & L 254-2, R 254-1 à R 254-15.

826 CMF, articles L 511-1 & L 532-1, R 532-1 à R 532-16.

827 C. Ass., article L 321-1.

828 Articles 2 & 11 du décret n° 2009-697, précité.

829 C. Env., article R 427-16 ; articles 5 à 10 de l'arrêté ministériel du 29 janvier 2007, précité.

830 CF, articles L 332-6, D 332-2 à D 332-12.

831 CSP, articles L 5143-6 à L 5143-10, R 5143-5 à D 5143-10.

832 CRPM, articles L 653-3, D 653-30 à R 653-37.

833 C. Env., articles D 416-1 à D 416-8 ; arrêtés ministériels.

834 Arrêté ministériel du 26 juin 2006 modifié portant agrément des marques auriculaires d'identification des animaux des espèces ovine, caprine et bovine ; texte d'adaptation de plusieurs règlements communautaires.

835 CRPM, articles R 222-1 à R 222-12, & R 228-16.

836 CRPM, articles L 654-25 & L 654-26.

837 CRPM, articles L 642-5, alinéa 6, L 642-27 & L 643-5. Article 27§4 du règlement (CE) n° 834/2007, précité (agriculture biologique).

838 Décret n° 2010-371 du 12 avril 2010 relatif au secteur oléicole, en application de 3 règlements communautaires applicables à ce secteur ; entreprises de conditionnement d'huile d'olive, organisations d'opérateurs oléicoles, opérateurs du secteur de l'huile d'olive.

839 CU, articles L 121-5 & R 121-5.

840 CMF, articles L 452-1, D 452-1 à D 452-8.

841 Associations agréées de pêche et de protection des milieux aquatiques (AAPPMA) (C. Env., articles L 436-1, R 434-25 à R 434-27) ; associations communales ou intercommunales de chasse agréées (ACCA/AICA) (C. Env., articles L 422-2 & L 422-3, R 422-38 à R 422-40) ; Fédérations sportives agréées (CS, articles L 131-8 à L

S'agissant des laboratoires d'analyses autres que biomédicales, l'agrément administratif n'est pas constitutif d'une autorisation préalable de fonctionner, mais leur confère simplement une reconnaissance de la validité des travaux effectués au même titre qu'un laboratoire d'Etat (DGCCRF, ANSES...).

Même observation pour l'agrément des Comités économiques agricoles, dans certaines filières, pour l'agrément des groupements pastoraux (842 ou encore pour la désignation (synonyme d'agrément) d'un « organisme unique de gestion collective des prélèvements d'eau pour l'irrigation » (843) : ce sont des personnes morales qui préexistent à un agrément qui leur confère simplement des prérogatives particulières.

Le terme « **reconnaissance** » relève aussi de cette catégorie d'agréments qui ne se rattachent pas à proprement parler à un régime d'autorisation préalable, mais à une « labellisation » de personnes morales préexistantes, de différentes catégories :

- organisations de producteurs (ex « groupements de producteurs ») que les Comités économiques agricoles peuvent regrouper (844) ;
- organisations de producteurs dans le secteur de la reproduction animale (845) ;
- organisations interprofessionnelles agricoles (846) ;
- des appellations d'origine (847) ou de la reconnaissance des organismes de défense et de gestion des signes d'identification ou de l'origine (848).

Sur le fond, et sans prétendre à l'exhaustivité, on peut regrouper les autorisations préalables en 5 catégories :

- celles qui portent sur des substances, des produits ou des matériels : additifs chimiques de l'alimentation humaine ou animale, nouvel aliment ou nouvel ingrédient alimentaire, OGM, médicament humain ou vétérinaire, nouveaux intrants destinés à la production végétale, marques auriculaires des animaux agricoles, pièges destinés aux animaux classés nuisibles...
- celles qui portent sur certaines activités économiques, ou encore sur certaines opérations économiques, en exception au principe de liberté du commerce et de l'industrie : établissement de crédit, entreprise d'investissement, entreprise d'assurances, officine pharmaceutique, agence de voyages, taxis, marché d'intérêt national, élevage d'animaux appartenant à des espèces non domestiques ; pour les opérations économiques particulières, on peut citer les périodes de soldes, les ventes directes des entreprises industrielles, la publicité sur les médicaments ou autres produits alléguant un bénéfice pour la prévention d'une maladie...
- celles qui portent sur certaines formes juridiques pour les entreprises : fondations d'entreprise, GAEC, coopératives agricoles...
- celles qui portent sur le territoire : autorisations d'urbanisme, autorisations propres à certaines opérations dans les espaces naturels protégés ou relatives au patrimoine historique et archéologique...

131-13, R 131-3 à R 131-24) ; associations colombophiles (CRPM, articles L 212-3 & L 212-4, R 212-1 à R 212-12) ; associations de race agréées pour intervenir dans la sélection génétique des équidés (CRPM, articles L 653-2 & L 653-3 ; décret n° 76-352 du 15 avril 1976 modifié ; arrêté ministériel du 3 avril 2002).

842 CRPM, articles L 113-3 & L 113-4, R 113-1 à R 113-12. Ces groupements, qui ont pour objet l'exploitation en commun de pâturages en zone de montagne ou pastorale, peuvent prendre la forme d'une société, d'une association, d'un syndicat professionnel ou d'un GIE, et peuvent être reconnus comme organisation de producteurs.

843 C. Env., articles L 211-3, R 211-111 à R 211-117, R 214-31-1 à R 214-31-5.

844 CRPM, articles L 551-1 à L 551-4, D 551-1 à D 551-55.

845 CRPM, articles L 551-1, D 551-86 à D 551-97.

846 CRPM, articles L 632-1 à L 632-11, R 632-1 à R 632-4.

847 CRPM, articles L 641-6 & L 641-7.

848 CRPM, articles L 642-17 à L 642-20 ; arrêté ministériel du 27 décembre 2006 relatif à la reconnaissance des organismes de défense et de gestion par l'INAO en application de l'article 8 de l'ordonnance n° 2006-1547 du 7 décembre 2006.

- celles qui portent sur l'aptitude des personnes physiques et/ou morales à effectuer certains actes : capacité de mener l'élevage d'espèces animales non domestiques, piégeage d'animaux classés nuisibles, conduite automobile, pilotage des navires, bateaux et aéronefs, opérations spatiales, détention ou port d'armes, accès aux informations relevant du « secret défense »...

A ! Il n'existe pas de régime juridique unique d'autorisation préalable, même au sein d'une de ces 5 catégories : les textes législatifs prévoient dans chaque cas la procédure d'octroi ou de refus d'autorisation et les modalités d'existence de l'autorisation dans le temps (autorisations provisoires ou définitives, suspension, retrait...). Il convient donc d'étudier les textes applicables au cas par cas avec la plus grande attention, que l'on soit soumis à ces régimes souvent complexes ou que l'on soit chargé de les faire respecter.

Certaines autorisations préalables sont exclusives de tout autre régime, pour des motifs de santé publique. Le principe « tout ce qui n'est pas interdit ou réglementé est libre » se transforme en « tout ce qui n'est pas expressément autorisé est interdit » (soit : « I sauf A » dans l'échelle IADL). On parle alors de **liste positive d'emploi** :

EX1 : Les additifs chimiques et les auxiliaires technologiques de l'alimentation humaine, et notamment les préparations enzymatiques pouvant être employées en tant qu'auxiliaires technologiques dans l'industrie alimentaire (849).

EX2 : Les substances aromatisantes dans les denrées alimentaires (850)

EX3 : Les additifs chimiques de l'alimentation animale (851).

EX4 : Les substances actives des produits phytopharmaceutiques (852).

849 Articles 1^{er} & 2 du décret du 15 avril 1912 modifié, dit « décret-recettes » ; décret n° 89-674 du 18 août 1989 modifié (transposition de la directive-cadre 89/107/CEE du 21 décembre 1988 sur les additifs) ; arrêté interministériel du 2 octobre 1997 modifié relatif aux additifs pouvant être employés dans la fabrication des denrées destinées à l'alimentation humaine (liste positive d'emploi). Article 10 & Annexes II & III du règlement (CE) n° 1333/2008 du 16 décembre 2008. Règlements (UE) n° 1129/2011 & 1130/2011 du 11 novembre 2011 établissant la liste positive d'emploi des annexes II et III du règlement précédent. Règlement (CE) n° 953/2009 du 13 octobre 2009 relatif aux substances qui peuvent être ajoutées dans un but nutritionnel spécifique aux denrées alimentaires destinées à une alimentation particulière (additifs nutritionnels).

Article 2 du décret n° 2011-509 du 10 mai 2011 relatif aux auxiliaires technologiques pouvant être employés dans la fabrication des denrées destinées à l'alimentation humaine ; articles 3 & 4 de l'arrêté interministériel du 19 octobre 2006 modifié relatif à l'emploi d'auxiliaires technologiques dans la fabrication de certaines denrées alimentaires ; cet arrêté n'abroge pas moins de 22 arrêtés antérieurs.

A noter que l'article 1^{er} du décret du 15 avril 1912 modifié, imposant une liste positive d'emploi pour tous les « produits chimiques » incorporés dans les produits alimentaires a été condamné par la CJCE (arrêt du 5 février 2004) comme apportant au commerce intracommunautaire une entrave incompatible avec l'article 28 du TCE (article 34 du TFUE) ; en conséquence, il ne s'applique plus aux compléments alimentaires ni aux denrées alimentaires enrichies en vitamines, mais continue d'être applicable aux additifs, ce qui est dépourvue de portée en raison de l'applicabilité du règlement (CE) n° 1333/2008. La liste positive d'emploi des enzymes et préparations enzymatiques n'est pas encore parue.

850 Article 25 et annexe I du règlement (CE) n° 1334/2008 du 16 décembre 2008. Règlements (UE) n° 872/2012 & 873/2012 du 10 octobre 2012 instituant la liste positive d'emploi de l'annexe I et prévoyant les mesures de transition avec l'ancien dispositif (un règlement, une directive et une décision) ; applicabilité au 27 mars 2013.

851 Article 4 du décret n° 73-1101, précité ; la liste positive d'emploi est constituée par l'arrêté interministériel du 13 février 1992 modifié fixant la liste et les conditions d'incorporation des additifs aux aliments pour les animaux, reprenant les règlements communautaires d'application de la directive n° 70/524/CEE du 23 novembre 1970 modifiée concernant les additifs dans l'alimentation des animaux ; cette directive est remplacée par le règlement (CE) n° 1831/2003 du 23 septembre 2003 relatif aux additifs destinés à l'alimentation des animaux, et les règlements d'application, spécifiques ou catégoriels, sont repris par l'arrêté de 1992.

852 Arrêté interministériel du 14 avril 1998 modifié établissant la liste des substances actives dont l'incorporation est autorisée dans les produits phytopharmaceutiques. Cet arrêté transpose les directives d'application de la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 modifiée mentionnée ci-dessous, et qui inscrivent ou suppriment les substances actives de l'annexe I de cette directive cadre ; cette directive est abrogée et remplacée par le règlement (CE) n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 depuis le 14 juin 2011, qui est complété par des règlements d'application, émanant de la Commission européenne ; c'est le règlement (UE) n° 540/2011 du 25 mai 2011 modifié qui constitue la liste positive d'emploi des molécules autorisées et autres substances.

- EX5 : Les variétés de plantes de grande culture ou potagères inscrites au Catalogue des espèces cultivées (853).
 EX6 : Les substances et additifs pouvant être utilisés dans la fabrication des produits cosmétiques (854).
 EX7 : Les nutriments pouvant être employés dans les compléments alimentaires (855).
 EX8 : Les allégations nutritionnelles et de santé susceptibles de figurer sur l'étiquetage, dans la présentation et dans la publicité des denrées alimentaires (856).
 EX9 : Les vitamines pouvant être ajoutées aux denrées alimentaires (857).
 EX10 : Les plantes et préparations de plantes médicinales et inscrites à ce titre à la Pharmacopée, mais « libérées » du monopole pharmaceutique (858).

Une liste limitative n'est pas nécessairement une liste positive d'emploi : il peut s'agir d'une simple répertoire visant à faciliter la libre circulation des produits sur le marché intérieur.

- EX1 : Liste de l'article 1er et de l'annexe du règlement (UE) n° 242/2010 du 19 mars 2010 portant catalogue des matières premières des aliments pour animaux.
 EX2 : Liste prévue par le règlement (CE) n° 2232/96 du 28 février 1996 fixant une procédure communautaire dans le domaine des substances aromatisantes utilisées ou destinées à être utilisées dans ou sur les denrées alimentaires, abrogé au 27 mars 2013 du fait de l'entrée en vigueur du nouveau dispositif de liste positive d'emploi précédemment exposé.

Lorsque plusieurs autorisations préalables sont requises pour le même projet en vertu du principe de l'indépendance des législations, la loi prévoit fréquemment leur articulation sur le plan chronologique, ce qui a des conséquences pratiques importantes sur les plan administratif/gestionnaire, précontentieux et contentieux :

- EX1 : Autorisation de défrichement et autres autorisations préalables (859).
 EX2 : Autorisation au titre de la nomenclature ICPE et autorisation d'élevage d'animaux d'espèces non domestiques (860).

En matière de combinaison d'une des trois autorisations d'urbanisme ou de la décision sur la déclaration préalable susceptible d'opposition (cf. ci-dessous 2.2.5.1.3.) avec un autre régime d'autorisation préalable, la réforme de fond induite par l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 prévoit que, pour certaines autorisations autres, l'autorisation d'urbanisme vaut autorisation à l'autre titre, et que, pour le reste, l'autorisation d'urbanisme est subordonnée à l'obtention de l'autre autorisation (861). Plus particulièrement :

- EX1 : Autorisation au titre de la nomenclature ICPE et autorisation d'urbanisme (862).
 EX2 : Autorisation d'exploitation commerciale et autorisation d'urbanisme (863).

853 Articles 5 et 6 du décret n° 81-605, précité.

854 4 arrêtés du 6 février 2001 modifiés (substances à emploi limité, colorants, agents conservateurs, filtres ultraviolets), transposant des directives communautaires d'application de la directive cadre sur les cosmétiques n° 76/768/CEE du 27 juillet 1976 modifiée, remplacée à partir du 11 juillet 2013 par le règlement (CE) n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques.

855 Arrêté interministériel du 9 mai 2006 modifié relatif aux nutriments pouvant être employés dans la fabrication des compléments alimentaires, pris en application de l'article 5 du décret n° 2006-352 du 20 mars 2006 relatif aux compléments alimentaires.

856 Articles 8, 10 et 13 du règlement (CE) n° 1924/2005 du 20 décembre 2005 modifié concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires. Règlement (UE) n° 432/2012 du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires autres que celles faisant référence à la réduction de risque de maladies ainsi qu'au développement et à la santé infantiles.

857 Article 1^{er} du décret n° 2006-1264 du 16 octobre 2006 relatif aux vitamines, substances minérales et autres substances employées dans la fabrication des denrées alimentaires. Article 3 du règlement (CE) n° 1925/2006 du 20 décembre 2006 concernant l'adjonction de vitamines, de minéraux et de certaines autres substances aux denrées alimentaires.

858 CSP, articles L 4211-1 (5°), D 4211-11 & D 4211-12.

859 CF, article L 341-7.

860 C. Env., articles L 413-3, R 413-1 à R 413-51.

861 CU, articles L 425-1 à L 426-1.

862 C. Env., article L 512-2, alinéa 3, & L 512-5 (code pilote) ; CU, article L 425-10 (code suivreur).

863 C. Com., article L 752-1-I (code pilote) ; CU, article L 425-7 (code suivreur).

EX3 : En ce qui concerne l'autorisation délivrée au titre de la législation sur les monuments historiques (C. Pat.), l'autorisation d'urbanisme est acquise avec celle-ci si l'immeuble est classé, et elle est subordonnée à l'octroi préalable de celle-ci si l'immeuble est simplement inscrit, ou encore adossé à un immeuble classé (864).

Le Droit communautaire / de l'Union, qui s'intéresse particulièrement aux autorisations préalables en tant qu'entraves potentielles au commerce intracommunautaire, peut prévoir l'existence obligatoire d'autorisations préalables en **Droit interne** :

EX1 : Articles 4 & 5 de la directive 2010/75/UE du 15 janvier 2008 relative aux **émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution)** ; les Etats membres doivent adopter un système d'autorisation préalable pour l'exercice d'activités économiques polluantes, ce qui correspond dans le contexte français – qui a quelque peu servi de modèle au contenu de cette directive environnementale, une fois n'est pas coutume – aux autorisations préalables des nomenclatures ICPE et IOTA, qui se complètent puisqu'elles ne se recoupent pas en pratique (cf. Annexe 9).

EX2 : Articles 6§8 de la directive n° 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la **dissémination volontaire d'OGM** dans l'environnement (à toute autre fin que la mise sur le marché) et abrogeant la directive n° 90/220/CEE, le régime français d'autorisation étant prévu par l'article L 533-3 du Code de l'Environnement ; la **mise sur le marché des OGM** (article 15§3) relève aussi du règlement (CE) n° 1829/2003 (cf. ci-après EX2), le régime français d'autorisation étant prévu par l'article L 533-5 du Code de l'Environnement, ce qui concerne les cultures commerciales de variétés OGM par opposition aux cultures expérimentales relevant de l'article L 533-3.

EX3 : Articles 5 à 15 de la directive 2001/82/CE du 6 novembre 2001 modifiée instituant un code communautaire relatif aux **médicaments vétérinaires**, transposée dans le CSP ; articles 6 à 12 de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 modifiée instituant un code communautaire relatif aux **médicaments à usage humain**, transposés dans le CSP.

EX4 : L'article 24 du règlement (CE) n° 1069/2009 du 21 octobre 2009 établissant les règles sanitaires applicables aux **sous-produits animaux non destinés à la consommation humaine** (entrant en vigueur le 4 mars 2011) prévoient l'agrément sanitaire d'établissements ou d'usines opérant dans ces filières mettant en jeu 3 catégories de produits (entreposage, incinération ou co-incinération, récupération du biogaz, alimentation animale...) ; textes d'adaptation : articles L 226-9 et L 231-2 du CRPM, arrêté du 1^{er} septembre 2003 relatif aux modalités de délivrance de l'agrément sanitaire et de l'autorisation de certains établissements visés par ce règlement ; arrêté du 28 février 2000 modifié relatif à l'agrément et à l'enregistrement de certains établissements et intermédiaires dans le secteur de l'alimentation animale.

EX5 : Les Etats membres doivent prévoir un système d'autorisation préalable pour les **produits biocides** (pesticides non agricoles) : article 3 de la directive 98/8/CE du 16 février 1998 concernant la mise sur le marché des produits biocides ; articles L 522-1 à L 522-7, R 522-1 à R 522-46 du Code de l'Environnement ; arrêté interministériel du 19 mai 2004 modifié. La directive 98/8/CE est remplacée au 1^{er} septembre 2013 par le règlement (UE) n° 582/2012 du 22 mai 2012, qui instaure un système dual d'autorisation nationale et de l'Union.

EX6 : Sont obligatoirement soumis à agrément délivré par une autorité nationale les établissements des « exploitants du secteur alimentaire » manipulant des **produits d'origine animale** énumérés à l'annexe III du règlement (CE) n° 853/2004 (865). S'agissant de l'ensemble des denrées alimentaires, et outre l'agrément obligatoire (donc « communautaire » en un sens) du texte précédent concernant spécifiquement les DAOA, certains établissements peuvent être agréés sur le seul fondement du Droit interne, sous réserve que la Commission en soit informée; même mécanisme pour les établissements des « exploitants du secteur de l'alimentation animale » fabriquant ou mettant sur le marché des **additifs**, des **prémélanges médicamenteux** préparés à l'aide d'additifs, ou des **aliments composés** incluant au moins l'une des deux catégories précédentes de produits; il peut y avoir un agrément autre en Droit interne, sous la même réserve (866).

Afin d'éviter les complications, certains règlements prévoient la délivrance d'une **autorisation préalable communautaire**, applicable directement dans chaque Etat membre :

864 CU, articles L 425-4 & L 425-5.

865 Article 4§2 du règlement (CE) n° 853/2004 (hygiène des DAOA) ; catégories visées à l'annexe III : viandes d'ongulés domestiques, viandes de volailles et de lagomorphes, viandes de gibier d'élevage, viandes de gibier sauvage, viandes hachées et produits assimilés, produits à base de viandes, mollusques et bivalves vivants, produits de la pêche, lait cru et produits laitiers, œufs et ovoproduits, cuisses de grenouille et escargots, graisses animales fondues et cretons, estomacs, vessies et boyaux traités, gélatine, collagène.

866 Article 6 du règlement (CE) n° 852/2004 (hygiène générale des denrées alimentaires). Articles 10 & 12 du règlement (CE) n° 1831/2003 (hygiène des additifs pour animaux). L'information obligatoire de la Commission pour les agréments nationaux spécifiques relève de la même logique que celle de la directive 98/34/CE analysée en 1.3.2.5.1..

EX1 : Un « **nouvel aliment** » ou un « **nouvel ingrédient alimentaire** » au sens de l'article 1^{er}§2 du règlement (CE) n° 258/97 du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires modifié (dit « novel food ») doit faire l'objet d'une autorisation au titre de l'article 7 de ce texte, sauf en cas d'« équivalence substantielle » à des aliments ou ingrédients existant sur le marché : les articles 3§4 et 5 de ce texte prévoient alors une « notification » du pétitionnaire à la Commission, ce qui peut être assimilé à un régime de déclaration préalable ; l'autorisation est prononcée par voie de décision d'application du règlement, ce qui crée deux listes positives d'emploi : une pour les nouveaux ingrédients, une pour les nouveaux aliments (dont des substances naturelles telles que des algues ou des champignons).

EX2 : L'article 7 du règlement (CE) n° 1829/2003 du 22 septembre 2003 relatif aux **denrées alimentaires** et aux **aliments pour animaux génétiquement modifiés** soumet à autorisation spécifique les ingrédients ou produits alimentaires consistant en un OGM ou en contenant, alimentation animale comprise ; ce texte, qui instaure aussi une liste positive d'emploi communautaire, soustrait au champ d'application du règlement « novel food » les OGM à caractère alimentaire, cf. aussi, ci-dessous, le « règlement-jumeau » n° 1830/2003 sur la traçabilité et l'étiquetage ; le règlement (CE) n° 1829/2003 est complété par le règlement d'application (CE) n° 641/2004 du 6 avril 2004.

EX3 : L'article 3 du règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des **médicaments à usage humain et à usage vétérinaire**, et instituant une Agence européenne des médicaments, prévoit une AMM communautaire obligatoire pour les médicaments humains et vétérinaires de haute technologie (OGM compris, du moins pour les technologies énumérées au §1 de l'annexe) figurant dans l'annexe de ce texte ; ce règlement abroge le règlement (CEE) n° 2309/93 du 22 juillet 1993 modifié. Il est complété par le règlement (CE) n° 507/2006 du 29 mars 2006 relatif à l'AMM conditionnelle de médicaments à usage humain relevant du règlement (CE) n° 726/2004.

EX4 : L'article 19 de la directive 2001/18/CE prévoit une autorisation communautaire pour la mise sur le marché d'un **OGM** (ingrédient ou produit en dehors des aliments humains ou pour animaux génétiquement modifiés, et médicament humain ou vétérinaire relevant du règlement précédent) ; transposition alléguée par le décret n° 2007-359 du 19 mars 2007.

EX5 : L'article 11 du règlement (CE) n° 1935/2004 du 27 octobre 2004 modifié concernant **les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires** et abrogeant les directives 80/590/CEE et 89/109/CEE prévoit une autorisation communautaire pour toute nouvelle substance ayant cette fonction.

EX6 : Les substances chimiques peuvent être soumises à autorisation ou à interdiction après réévaluation de leur impact sanitaire suite à un enregistrement, suite à l'adoption difficile du règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances, et instituant une Agence européenne des produits chimiques (« REACH »). Ce processus va s'échelonner jusqu'en 2018. Auparavant, le régime de droit commun était une déclaration préalable des substances chimiques. L'adaptation de ce règlement est constitué par les articles L 521-1 à L 521-24 du Code de l'Environnement.

On observe parfois une **combinaison de l'autorisation préalable nationale et communautaire** :

EX1 : L'article 3§1 de la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 modifiée concernant la mise sur le marché des **produits phytopharmaceutiques** prévoyait l'obligation pour les Etats membres d'instituer une autorisation préalable pour leur mise sur le marché, cette autorisation ne pouvant porter que sur des produits contenant des substances actives énumérées dans la liste positive d'emploi de l'annexe I de la directive (articles 4§1 & 5) ; il en résulte que l'autorisation de la substance active est communautaire, et que l'autorisation du produit fini (substance active + formulation et conditionnement) est nationale (AMM en France, appelée « homologation » avant la promulgation de la loi d'orientation agricole de 1999) et régie par les articles L 253-1 à L 253-4, R 253-7 à R 253-12 du CRPM, l'arrêté interministériel du 6 septembre 1994 modifié (contrôle de la mise sur le marché) et l'arrêté ministériel du 26 avril 2007 (essais officiels et officiellement reconnus). Depuis le 14 juin 2011, le règlement (CE) n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 abroge et remplace cette directive, et seront soumis à « approbation » au niveau communautaire non seulement la substance active (articles 4 à 6), mais aussi les phytoprotecteurs, synergistes et coformulants (article 25), l'autorisation préalable pour le produit phytopharmaceutique constitué par l'assemblage de ces composantes étant délivrée par un Etat membre et soumis au principe de reconnaissance mutuelle.

EX2 : En matière de **sélection végétale**, les articles 1^{er} et 3 de la directive n° 2002/53/CE du 13 juin 2002 concernant le Catalogue commun de variétés des espèces de plantes agricoles instituent une liste positive d'emploi communautaire constitué de la somme des Catalogues nationaux ; l'autorisation préalable au niveau national d'une variété végétale soumise à inscription au Catalogue français ou communautaire est régie par les articles 2 et 5 du décret n° 81-605 du 18 mai 1981 modifié pris en application de l'article L 214-1 du Code de la Consommation.

EX3 : En principe, l'autorisation préalable d'un **additif de l'alimentation animale** est communautaire et leur somme constitue une liste positive d'emploi (règlements de la Commission), mais les Etats membres peuvent autoriser à des fins de recherche scientifique des additifs ne figurant pas sur la liste positive d'emploi communautaire, à l'exception des antibiotiques, qui font l'objet de règlements spécifiques d'autorisation pour une durée déterminée (867).

EX4 : La **dissémination volontaire d'OGM** à toute autre fin que leur mise sur le marché (cultures expérimentales) est régie par la directive 2001/18/CE modifiée, dont l'article 6 prévoit une « procédure standard d'autorisation » qui est nationale (C. Env., article L 533-3) et l'article 7 des « procédures différenciées » d'autorisation accordées par voie de décision de la Commission européenne ; la transposition de cette directive était censée être réalisée par le décret n° 2007-358 du 19 mars 2007, et l'a été tardivement par la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008. La mise sur le marché d'OGM (en dehors des denrées alimentaires génétiquement modifiées régies par le règlement (CE) n° 1829/2003 précité et des médicaments humains ou vétérinaires OGM régis par le règlement (CE) n° 726/2004 précité) fait l'objet d'une autorisation communautaire décennale au titre de l'article 19 de la directive.

EX5 : L'article 6 de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 modifiée instituant un code communautaire relatif aux **médicaments à usage humain** prévoit que ceux-ci doivent faire l'objet soit d'une AMM nationale, soit d'une AMM communautaire au titre du règlement (CE) n° 726/2004 précité ; l'article 5 de la directive 2001/82/CE du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux **médicaments vétérinaires** prévoit le même mécanisme.

La question de l'**articulation entre le régime d'autorisation préalable et la responsabilité pénale ou civile** a pu être posée : le fait d'être en règle avec ce régime est-il une cause d'exonération de responsabilité pénale ou civile pour les activités concernées ? La réponse de principe est négative, en vertu du principe de l'indépendance des législations, la loi pouvant prévoir des exceptions, mais rappelant parfois aussi, en sens contraire, la portée du principe :

- l'octroi de l'autorisation préalable exonère de sa responsabilité pénale le pollueur de milieux aquatiques pour un délit prévu à l'article L 216-6 du Code de l'Environnement, mais non pour celui de l'article L 432-2 du même code (jurisprudence pénale abondante et généralement défavorable au pollueur) ; en Droit communautaire, le fait de respecter une autorisation administrative communautaire ou nationale ne constituera pas un facteur d'exonération de la responsabilité environnementale au sens de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004, c'est-à-dire en matière de dommage écologique, sauf si l'Etat membre en décide autrement (868) ; la France a choisi la première solution, à l'exception des autorisations administratives délivrées au titre des articles L 411-2 et L 411-3, ainsi que L 414-1 du Code de l'Environnement (869) ;
- le fait de respecter une autorisation administrative peut exonérer son bénéficiaire de sa responsabilité civile pour trouble anormal de voisinage à condition que ce respect ait été constant pendant toute la durée du voisinage (870) ;
- le fait d'être titulaire d'une AMM en matière de santé publique n'est pas un facteur d'exonération de la responsabilité civile (871) ;
- dans le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux, l'existence d'une autorisation portant sur le produit ou une de ses composantes n'est pas un facteur d'exonération de la responsabilité civile, sauf à prouver que le défaut du produit « est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire », ce qui exclut la simple conformité à une norme (872).

La tendance générale est donc plutôt à l'indépendance des deux mécanismes juridiques, sauf lorsque la loi prévoit explicitement l'exonération de la responsabilité.

867 Articles 3 à 15 du règlement (CE) n° 1831/2003, précité.

868 Article 8§4 de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004.

869 C. Env., article L 161-1-II.

870 CCH, article L 112-16.

871 CSP, articles L 5121-8 (médicament humain), L 5136-1 (insecticides et acaricides à usage humain) et L 5141-6 (médicaments vétérinaires).

872 C. Civ., articles 1386-10 & 1386-11, alinéa 6.

2.2.5.1.3. Le régime de la déclaration préalable

Dans ce régime, l'autorité administrative est simplement informée d'un projet privé ou public, ce qui lui permet d'avoir une bonne connaissance de ce qu'elle doit surveiller. Mais le dossier à préparer peut être aussi technique qu'un dossier d'autorisation préalable, et l'autorité administrative peut refuser le récépissé si le dossier est incomplet (873).

EX1 : La mise sur le marché d'une **denrée alimentaire destinée à une alimentation particulière (DADAP)** et non soumise à un arrêté interministériel doit faire l'objet d'une déclaration préalable à la DGCCRF (874).

EX2 : Tout établissement de **fabrication ou d'importation de produits cosmétiques** doit faire l'objet d'une déclaration préalable à l'AFSSaPS (875), de même que les aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales (876).

EX3 : Les activités de **transport** et de **courtage de déchets** doivent faire l'objet d'une déclaration préalable (877).

EX4 : Diverses opérations portant sur les **matériels de sélection végétale** (semences et plants) doivent faire l'objet d'une déclaration préalable (878).

EX5 : Les activités de **formation professionnelle** sont soumises à un régime de déclaration préalable (879).

EX6 : Les **fichiers informatisés contenant des informations nominatives** sur des personnes privées doivent être déclarés à la CNIL, à l'exception des traitements informatiques soumis à autorisation (880).

EX7 : Les « **exploitants du secteur alimentaire** » au sens du règlement (CE) n° 178/2002 doivent notifier à l'autorité nationale compétente chacun de leurs établissements (usines, plates-formes logistiques, magasins, etc...) en vue de leur enregistrement, sans préjudice de l'exigence supplémentaire éventuelle d'un agrément sanitaire (881) ; cette « notification » et cet « enregistrement » sont ici constitutifs d'un régime de déclaration préalable. Même mécanisme pour les « exploitants du secteur de l'alimentation animale » (882).

EX8 : Les « transferts techniques internationaux » (**transferts de technologie**) font obligatoirement l'objet d'un contrat écrit déclaré à l'INPI (883).

EX9 : L'exploitation primaire des « **données d'origine spatiale** » est soumise à déclaration préalable auprès du SGDSN (884).

EX10 : Les **manifestations commerciales** sont soumises à une déclaration préalable auprès du préfet de département (885).

EX11 : Les entreprises pratiquant la **collecte des céréales et des oléagineux** doivent faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de FranceAgriMer (886).

EX12 : Les entreprises fabricant, important ou distribuant en l'état ou en mélange des **substances à l'état nanoparticulaire** doivent en faire la déclaration annuelle à l'autorité administrative (887).

873 Le juge administratif admet, de façon libérale, qu'une personne intéressée puisse attaquer la délivrance du récépissé à la personne « déclarante » si elle a intérêt à agir.

874 Article 8 du décret n° 91-827 du 29 août 1991 modifié relatif aux aliments destinés à une alimentation particulière.

875 CSP, article L 5131-2.

876 CSP, article L 5137-1.

877 C. Env., articles L 541-8, R 541-9 à R 541-61.

878 CRPM, article L 661-9.

879 C.Trav., articles L 6351-1 à L 6351-8, R 6351-1 à R 6351-12.

880 Articles 22 et 23 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

881 Article 6§2&3 du règlement (CE) n° 852/2004, précité. Article 4 du règlement (CE) n° 853/2004, précité (DAOA).

882 Article 9§2&3 du règlement (CE) n° 1831/2003, précité (hygiène dans l'industrie de l'alimentation animale).

883 CPI, articles R 624-1 à R 624-7.

884 Articles 23 à 27 de la loi n° 2008-518, précitée. Décret n° 2009-640 du 9 juin 2009.

885 C. Com., articles L 762-2 & L 762-3, R 762-4 à R 762-11, A 762-1 à A 762-18.

886 CRPM, articles, L 666-2 & L 667-2, D 666-1 à D 666-9, D 667-1 & D 667-2. Cette déclaration préalable remplace un régime d'agrément administratif, dans le cadre de la transposition échelonnée de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur.

887 C. Env., articles L 523-1, R 523-12 à 523-21.

A! Les textes peuvent prévoir des obligations de déclaration de certains faits qui ne sont pas des déclarations à caractère préalable, notamment dans le domaine épidémiologique (888) (889) (890) : la personne qui procède à ce type de déclaration obéit à une obligation légale qui risque fort d'avoir des conséquences économiques défavorables pour elle, alors que la déclaration administrative préalable porte au contraire sur la recherche d'un avantage ou la concrétisation d'une opportunité économique ; de plus, il s'agit d'une déclaration a posteriori, et non a priori. De même, le terme « notification » semble synonyme de « déclaration », mais ne s'applique que dans le cas d'une circulation de l'information d'une autorité administrative vers une personne privée ou publique qui a sollicité une autorisation préalable, le plus souvent : le mécanisme est inverse en pratique, mais n'est pas symétrique.

La « **déclaration de projet** », régie par les articles L 126-1, R 126-1 à R 126-4 du Code de l'Environnement, et qui porte sur l'intérêt général d'une opération d'aménagement impliquant une enquête publique environnementale, mais non nécessairement une DUP, a pour finalité la prise en compte des modifications éventuelles du projet induit par les résultats de cette enquête. Son omission empêche toute délivrance d'autorisation administrative pour les travaux projetés. On serait donc tenté de l'assimiler à un régime de déclaration préalable.

Il peut exister des **régimes hybrides** ayant l'apparence d'un régime de déclaration préalable mais la réalité d'un régime d'autorisation, lorsque l'autorité administrative dispose d'un certain délai pour s'opposer à la déclaration (**déclaration susceptible d'opposition**) :

EX1 : La déclaration préalable de l'article L 421-4 du Code de l'Urbanisme, qui concerne essentiellement des **modifications mineures du bâti existant** et des **clôtures** (non agricoles et non forestières), peut faire l'objet d'une opposition du maire ou du préfet; c'est en réalité un permis de construire assoupli.

EX2 : Les **médicaments homéopathiques**, qu'ils soient humains ou vétérinaires, ne sont pas soumis à l'AMM, mais à un « enregistrement » qui peut être « refusé, suspendu ou supprimé » par le directeur général de l'ANSM (891) ; il s'agit donc d'une AMM assouplie, et non d'une véritable déclaration préalable.

EX3 : De même, l'usage traditionnel des « **médicaments traditionnels à base de plantes** » doivent faire l'objet d'un enregistrement du même type auprès de l'ANSM, qui peut aiguiller une demande sur le circuit précédent ou celui de l'AMM classique (892).

EX4 : Dans le cadre de la **réglementation des boisements** prévue par l'article L 126-1 du CRPM, parallèlement à une possibilité d'interdiction, l'article R 126-8 du même code prévoit la possibilité pour le préfet de s'opposer au semis, à la plantation ou à la replantation des essences soumis à déclaration pour un ou plusieurs des motifs énumérés par l'article R 126-1; en revanche, les plantations de « sapins de Noël » sont soumises à une déclaration annuelle classique (893).

EX5: Dans les « **zones de rétention temporaire des eaux de crue ou de ruissellement** » et les « **zones de mobilité d'un cours d'eau** » donnant lieu à instauration de servitudes d'utilité publique par arrêté préfectoral (cf. Annexe 7), celui-ci peut soumettre à déclaration préalable auprès du maire ou du préfet des travaux ou des ouvrages émanant des propriétaires concernés et ne rentrant pas dans les systèmes de déclaration ou d'autorisation existant en matière d'urbanisme, et s'y opposer s'ils font obstacle au stockage ou à l'écoulement des eaux (894).

EX6 : L'ordonnance n° 2005-805 du 18 juillet 2005 a introduit la possibilité pour le préfet de s'opposer à une déclaration préalable en matière de **police de l'eau et des milieux aquatiques** (nomenclature IOTA) (895).

888 CRPM, article L 211-4-2.

889 CRPM, article L 201-7.

890 Exemples : obligation pour tout propriétaire ou détenteur d'animaux de déclarer à la DD(CS)PP certaines maladies animales, réputées contagieuses (CRPM, articles L 223-1 & D 223-1 ; arrêté ministériel du 29 juin 2006) ou non (CRPM, articles L 223-2, L 223-5, D 223-2 & D 223-21) ; obligation pour toute personne de déclarer la présence d'organismes nuisibles aux végétaux (CRPM, article L 251-6), ou un incident ou accident relatif aux milieux aquatiques (C. Env., article L 211-5) .

891 CSP, articles L 5121-13 & L 5141-9, R 5141-62 à R 5141-72.

892 CSP, articles L 5121-1(16°), L 5121-14-1 & L 5123-13, transposant les articles 16 bis à 16 decies de la directive 2001/83/CE précitée, modifiée par la directive 2004/24/CE du 31 mars 2004.

893 CRPM, articles L 126-1, alinéa 3, & R 126-8-1; décret n° 2003-285 du 24 mars 2003 relatif à la production de sapins de Noël.

894 C. Env., articles L 211-12-IV & V, R 211-103 & R 211-104.

895 C. Env., articles L 214-3-II & III, R 214-33 à R 214-36.

EX7 : L'ordonnance n° 2099-663 du 11 juin 2009 a introduit un système analogue d'enregistrement dans la police spéciale des **ICPE** (896), mais il ne remplace pas intégralement le régime de déclaration préalable. On a donc des « ICPE-A », des « ICPE-E » et des « ICPE-D », mais on n'a que des « IOTA-A » et des « IOTA-D ».

EX8 : Une déclaration de mise sur le marché d'un **complément alimentaire** peut donner lieu à opposition (897).

EX9 : Les **manifestations de voie publique** sont légales à condition de faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de l'autorité chargée de la police générale, celle-ci pouvant s'y opposer en cas de menace à l'ordre public (898).

EX10 : Les « rassemblements exclusivement festifs à caractère musical, organisés par des personnes privées, dans des lieux qui ne sont pas au préalable aménagés à cette fin et répondant à certaines caractéristiques fixées par décret en Conseil d'Etat tenant à leur importance », et non soumis à un régime spécifique d'autorisation ou de déclaration préalable (autrement dit les « **rave parties** » dites « *free parties* ») sont soumises à un régime de déclaration préalable auprès du préfet susceptible de se transformer en interdiction si les conditions de sécurité du rassemblement ne sont pas satisfaisantes (899).

A ! La définition du « régime d'autorisation » par l'article 4 de la directive « services » 2006/123/CE semble englober à la fois l'autorisation préalable classique, la déclaration susceptible d'opposition et la déclaration préalable classique : « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice. » La délivrance du récépissé dans le régime de déclaration préalable classique entre dans cette définition, et a fortiori les deux autres régimes. Cette directive a fait l'objet d'une transposition échelonnée en fonction de la diversité des prestataires de services marchands dont l'activité est réglementée.

2.2.5.2.4. Le régime de liberté

Celui-ci peut être résiduel par rapport à un ou plusieurs des régimes précédents (seuils D/L des nomenclatures IOTA ou ICPE, par exemple). En sens inverse, il peut s'agir d'une liberté de principe connaissant des exceptions :

EX1 : Dans l'exercice des libertés publiques (manifestation de voie publique, réunion publique...), l'autorité de police (administrative) peut prononcer des interdictions ou assortir celui-ci de prescriptions spéciales (itinéraire de la manifestation, notamment), à charge de motiver suffisamment les restrictions.

EX2 : L'article L 410-2 du Code de Commerce dispose que les prix des produits et services sont fixés librement par le marché, sauf dérogations temporaires ou régime de tarification spéciale fixé par voie législative ou réglementaire : livre, la plupart des médicaments, gaz, électricité, émoluments des officiers ministériels, dépannage sur autoroutes, etc...). Par ailleurs, la loi peut parfois imposer un certain type de tarification d'un produit ou d'un service, sans pour autant que le prix soit fixé par voie administrative comme précédemment :

- le prix du lait (de vache, de chèvre et de brebis) est fixé selon des critères hygiéniques et chimiques (aptitude à la transformation) (900) ;

- le prix global de l'eau potable, considéré au niveau de la facture pour l'usager du SPIC correspondant, doit être fonction de la quantité consommée, avec possibilité de dérogation préfectorale dans des conditions précises (901);

- s'agissant des fruits et légumes périssables, un coefficient multiplicateur entre le prix d'achat et le prix de vente peut être instauré en période de crises conjoncturelles définies à l'article L 611-4 du CRPM ou en prévision de

896 C. Env., articles L 512-7 à L 512-7-7, R 512-46-1 à R 512-46-23.

897 Articles 15 & 16 du décret n° 2006-352 du 20 mars 2006.

898 CSI, articles L 211-1 à L 211-4.

899 CSI, articles L 211-5 à L 211-8; décret n° 2002-887 du 3 mai 2002.

900 CRPM, articles L 654-29 à L 654-31, R 654-29 à R 654-38. Arrêtés d'application.

901 C. Env., article L 214-15 ; CGCT, article R 2224-20 (faculté limitée aux communes ou EPCI de moins de 1000 habitants et où la ressource est abondante). D'une manière plus générale, tout prélèvement d'eau à caractère non domestique et à des fins autres que la distribution d'eau potable (irrigation agricole, usages industriels...) doit faire l'objet d'une mesure (C. Env., articles L 214-8, R 214-57 à R 214-60). L'alinéa 3 de l'article L 210-1 du Code de l'Environnement précise que « les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques ou climatiques », ce qui laisse la porte ouverte à toutes sortes de déviations en matière de gaspillage de l'eau...

celles-ci (902) ; cette disposition, complétée par des arrêtés interministériels par catégorie de produits dont la liste est établie par décret, définit la notion de « prix anormalement bas », susceptible de donner lieu à la passation d'accords entre l'Etat et les entreprises de commercialisation ou de distribution de ces produits (903).

902 CRPM, article L 611-4-2, R 616-1 à R 616-3, R 671-17 ; arrêtés interministériels fixant le taux de ce coefficient, sa durée d'application et les produits visés.

903 C. Com., articles L 441-4-2 & D 441-2; arrêté interministériel du 24 mai 2005 fixant les modalités d'application de l'article L 611-4 du CRPM.

2.3. MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE POUR L'INGÉNIEUR

2.3.1. LA FORMULATION D'UNE QUESTION JURIDIQUE

A défaut de prétendre résoudre tout problème juridique qui se pose à lui, l'ingénieur doit être capable de formuler la question posée, c'est-à-dire la réduire à une ou plusieurs questions précises sur le plan juridique. C'est ensuite que la coopération avec le juriste devient possible, et probablement souhaitable, mais les réalités professionnelles ne la permettent pas toujours : l'ingénieur doit alors se résoudre à remplacer le juriste, à condition de se limiter aux problèmes simples, parmi lesquels :

- l'application d'une réglementation technique au projet d'ingénieur : il lui faudra identifier l'ensemble des textes réglementaires applicables, et parfois les textes législatifs pertinents, y compris les textes de Droit communautaire si celui-ci est concerné ;
- le respect d'une procédure impliquant souvent une enquête publique ou l'intervention d'une ou plusieurs instances consultatives.

Ces deux cas de figure, très fréquents, ne posent aucun problème complexe de formulation juridique, mais peut-être des problèmes d'interprétation ou de compréhension du texte, et à coup sûr la question de la valorisation de ce cours : il convient donc de se situer dans les 6 classifications du Chapitre 1er.

2.3.1.1. *Se situer dans les 6 classifications de base*

La formulation d'une question juridique en dehors des hypothèses d'application simple et directe de règles de fond ou de procédure nécessite de mettre en valeur les 6 classifications exposée en Partie 1. Concrètement, les questions que l'ingénieur doit se poser sont notamment les suivantes :

- quelle(s) personne(s) a/ont quels droits ou obligations sur quelle(s) chose(s) ?
- quelle est, ou quelles sont, les branches du Droit applicables ? Quel(s) code(s) ? Quelle(s) dispositions législatives ou réglementaires non codifiées ?
- le Droit communautaire / de l'Union est-il impliqué ? Si oui, quels textes ? Faut-il en rechercher ou au contraire en retarder la primauté ?

Le principe de l'indépendance des législations incite à la prudence : ce n'est pas parce qu'on a identifié une ou deux règles applicables au projet que l'on élabore que l'on a tout trouvé. Il est donc souhaitable de recourir aux travaux de la doctrine juridique les plus récents, qui présentent l'avantage de commenter les textes en vigueur et la jurisprudence.

2.3.1.2. *Rechercher les sources d'information appropriées*

Que l'on soit en situation d'application directe ou de formulation d'une question plus complexe, il est nécessaire de rechercher les informations juridiques appropriées, en opérant par ordre de priorité :

- en premier lieu, les textes, ce qui suffit dans les cas les plus simples ;
- en second lieu, la jurisprudence et la doctrine, celle-ci ayant moins d'importance pratique que celle-là.

A ! – *On ne doit JAMAIS prétendre résoudre un problème juridique en le posant à un non-juriste, fût-il un professionnel averti (exploitant agricole, directeur d'usine, cadre supérieur d'entreprise, fonctionnaire,*

chercheur scientifique...): seuls les juristes peuvent apporter une réponse valable, et ils ne sont pas non plus infallibles ; il faut aussi réserver le cas des problèmes complexes et des questions controversées. En revanche, il peut être intéressant de recueillir l'opinion professionnelle sur l'état du droit et les perspectives d'évolution, mais dans le cadre d'une approche mettant en valeur d'autres disciplines (Gestion, Sociologie...).

A condition de ne pas être trop anciens, les textes en vigueur et la jurisprudence récente peuvent être obtenus sur internet :

- <http://www.legifrance.gouv.fr> ;
- <http://www.eur-lex.europa.eu>.

Le site « legifrance », qui est d'accès gratuit, permet d'avoir accès au JORF quotidien (lundis et jours fériés exceptés), aux textes consolidés (arrêté ministériels et interministériels compris) ainsi qu'aux codes, dans leur version « à jour ». Il permet aussi d'accéder aux **Bulletins officiels** des ministères, où l'on pourra trouver les circulaires administratives qui ne sont pas publiées au JORF, des avis doctrinaux importants (BOCCRF notamment, qui publie certains avis de l'ANSES), et même les notes de service dans certains cas (Ministère de l'Agriculture). Il permet encore l'accès à la **jurisprudence** du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, voire à certains arrêts d'appel, à condition que l'on dispose du numéro d'ordre de l'arrêt recherché. Un lien avec le site « eur-lex » existe. Celui-ci permet d'avoir accès aux versions consolidées des directives, règlements et décisions communautaires ainsi qu'aux JOCE/JOUE. Il comprend un accès à la jurisprudence du TPICE et de la CJCE/CJUE (« Curia »).

L'ingénieur peut avoir besoin d'accéder à des sources d'information juridique plus fines ou plus localisées (intervention sur le territoire, notamment). On rappelle l'existence des Recueils d'actes administratifs départementaux et régionaux, disponibles dans les préfectures de département ou de région (ou sur leur site télématique). De même, sont accessibles au public :

- les délibérations des assemblées des collectivités territoriales et des organes dirigeants de leurs groupements (EPCI, syndicats mixtes et autres formules de coopération), qui peuvent porter sur les documents d'urbanisme ;
- les arrêtés de police des maires et des présidents de Conseil général ou de Conseil régional.

L'affichage municipal joue un rôle essentiel dans la vie citoyenne, surtout dans les communes où le corps municipal (maire et Conseil municipal) ne brille pas par son sens de la concertation et de la communication ; certaines communes ont commencé à « mettre en ligne » ces informations sur un site internet, mais il n'existe pour le moment aucun mécanisme de substitution générale du support télématique aux registres municipaux (délibérations et arrêtés) et à l'affichage, qui peut concerner des demandes ou l'octroi d'autorisations préalables dans le cadre de diverses polices spéciales. Les mairies détiennent normalement, à l'usage du public, les arrêtés préfectoraux d'autorisation préalable aux titres des polices spéciales de l'eau ou des installations classées.

Il existe par ailleurs des droits d'accès à l'information administrative, que l'on ne doit pas se priver d'exercer, que ce soit dans une optique précontentieuse ou non. L'article 1^{er} de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée a instauré un **droit d'accès aux documents administratifs**, portant naturellement sur ce qui n'est pas publié en vertu des mécanismes précédents, sauf exceptions limitativement énumérées : défense nationale, sécurité intérieure, diplomatie,... Ce droit d'accès général se double de droits d'accès particuliers :

- en matière alimentaire, droit d'accès du public au cahier des charges des trois modes de certification de la qualité des produits (904) ;
- en matière environnementale, droit d'accès aux informations, y compris sur les substances dangereuses, en vertu du principe de participation (905).

Les modalités de ces droits d'accès sont précisées par la doctrine de la CADA, AAI ayant principalement un pouvoir de médiation et dont la saisine est obligatoire préalablement au recours contentieux contre le refus d'accès.

Le droit d'accès aux documents administratifs communautaires est organisé par le règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement Européen, du Conseil et de la Commission. D'autres règlements prévoient l'accès du public aux documents de diverses instances communautaires. L'accès du public aux documents de la Cour des Comptes des Communautés européennes est prévu par une décision de la Cour n° 12/2005 du 10 mars 2005 (906).

En ce qui concerne la documentation juridique en général, les bibliothèques des différents centres d'AgroParisTech offrent un certain nombre de ressources juridiques sur support « papier » ou « en ligne », celle du centre Maine étant la mieux fournie sur le premier point en ce qui concerne les revues. Le rayon « Droit » du centre Claude-Bernard est bien fourni pour les ouvrages, mais beaucoup sont « anciens ».

En ligne, on peut retenir les possibilités suivantes pour les encyclopédies avec mise à jour permanente ; ce sont les outils les plus performants, puisqu'ils sont « à jour », sous réserve du délai technique pour procéder à la mise à jour par les éditeurs : largement utilisés sur le plan professionnel, que ce soit par les non-juristes ou les juristes, ils remplissent la fonction d'appréhension globale des textes applicables à une question, ainsi que des éléments de jurisprudence. Leur maîtrise permet donc de résoudre le problème de « ne rien oublier » quand on étudie une question particulière.

- a) Dictionnaire Permanent (« Net permanent ») de l'Entreprise Agricole (DPEA) : Droit Rural, Droit de l'Alimentation ;
- b) Dictionnaire Permanent (« Net permanent ») « Bioéthique et Biotechnologies » (DPBB) : Droit de la Santé Publique, Droit de l'Environnement, Droit de l'Alimentation ;
- c) Code Permanent (« Net permanent ») « Environnement et Nuisances » (CPEN) : Droit de l'Environnement ;
- d) « LAMY-Dehove » (Lamyline, + version papier à Massy) : outil essentiel en Droit de l'Alimentation, que l'on peut utilement compléter par le mensuel « Option Qualité », réalisé par le même auteur (907) ;
- e) « LAMY-Droit Economique » (Concurrence, Distribution, Consommation) : publication annuelle (version papier)

904 CRPM, articles R 642-4 & 642-12 (dossiers de demandes d'AOP ou d'IGP ou d'oppositions provenant d'autres Etats membres), R 642-18 & 642-22 (dossiers de demandes d'attestation de spécificité ou d'oppositions à ces demandes), R 643-30 (cahiers des charges des labels agricoles et des certificats de conformité de produits), R 645-3 (cahiers des charges de l'agriculture biologique).

905 C. Env., articles L 124-1 à L 125-4.

906 JOUE C 96 du 20-04-05.

907 Si M. DEHOVE est le fondateur de cet ouvrage, il est géré maintenant par Alain SOROSTE, ingénieur ENSIA, qui est aussi rédacteur en chef de la revue mensuelle Option Qualité.

2.3.1.3. Appliquer la formule de Portalis et l'échelle IADL

Une fois toutes ces données rassemblées, on doit avoir le souci primordial de bien maîtriser l'équilibre Droit Privé/Droit Public, que l'on doive privilégier l'un ou l'autre dans le projet en fonction de sa situation professionnelle. Si la formule de PORTALIS peut être comparée à une boussole, l'échelle IADL serait plutôt l'équivalent du GPS en matière de localisation géographique : c'est en fait une amélioration technique sensible de la formule.

2.3.2 LA COMPRÉHENSION DES MÉCANISMES JURIDIQUES APPLICABLES

L'information pertinente étant mobilisée, il reste à la valoriser en l'analysant, ce qui implique d'en avoir une compréhension juste : c'est là qu'intervient le domaine privilégié du juriste, à défaut d'être son domaine réservé. Pour une question donnée, la compréhension de l'ordre juridique applicable porte sur la **finalité** de la règle, sur son **champ d'application** et sur sa **portée**.

2.3.2.1. La compréhension de la finalité de la règle

Ce stade n'est pas essentiel d'un point de vue pratique, mais il l'est incontestablement du point de vue théorique pour les débutants : une bonne compréhension de l'origine de la règle de droit facilite sans doute sa prise en considération dans un projet d'ingénieur. Comprendre une règle, c'est comprendre sa filiation à partir de sources supérieures, en particulier à travers l'échelle hiérarchique loi-décret-arrêté, le tout éventuellement commenté par une circulaire administrative ; ceci pour le niveau national : la filiation d'une règle concernant le vivant a de fortes chances de concerner aussi le Droit international public et/ou le Droit communautaire / de l'UE.

Dans le jeu combiné du Droit de l'UE et du Droit interne, le contenu de la règle vient du premier cité, et le contenant du second. Certaines dispositions législatives telles que l'article L 214-1 du Code de la Consommation (renvoyant à des décrets en Conseil d'Etat les règles de composition ou d'étiquetage des produits alimentaires), l'article L 1331-1 du Code de la Santé Publique (même mécanisme pour la santé publique environnementale) ou les articles L 211-2 et L 211-3 du Code de l'Environnement (même mécanisme pour les objectifs de qualité des eaux dans le milieu naturel) ont un simple caractère de pivot et n'engendrent par elles-mêmes aucune règle spécifique : elles apportent simplement au Droit communautaire un relais de Droit interne, ou un réceptacle ; c'est donc pour assurer la répression pénale (contraventions de 3^{ème} classe) (908) que sont aussi pris des décrets fondés sur l'article L 214-1 du Code de la Consommation renvoyant à des passages de règlements communautaires d'application directe.

La compréhension d'un acte administratif unilatéral à caractère réglementaire ou de décision d'espèce est fournie par les **visas** qui précèdent les dispositions du texte, mais cela ne renseigne pas directement sur le poids relatif de chaque source supérieure citée. S'agissant des lois, il n'y a pas de visas, mais un **exposé des motifs** dans le projet ou la proposition de loi, ce à quoi l'on peut adjoindre les **travaux préparatoires**, c'est-à-dire, outre ce projet ou cette

908 C. Cons., article L 214-3.

proposition, les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption définitive de la loi. Les ordonnances publiées au JORF sont précédées d'un rapport au Président de la République, qui fournit des explications sur les changements juridiques opérés.

Les textes de Droit communautaire sont précédés par des visas et par des « considérant » (909) qui informent sur les motifs qui ont présidé à l'adoption du texte; en Droit international public, les traités et conventions internationaux sont souvent précédés par des « préambules » ou des « considérant », qui remplissent la même fonction.

2.3.2.2. La compréhension du champ d'application de la règle

Toute règle de droit a un champ d'application, qui peut se décomposer en un champ d'application chronologique (entrée en vigueur ou extinction), un champ d'application technique, qui fait appel à tout ou partie des 6 classifications de bases et à d'autres éléments descriptifs (activités économiques et sociales concernées), et éventuellement un champ d'application géographique particulier, distinct du territoire national dans son ensemble

On peut faire beaucoup d'erreurs sur ces trois composantes du champ d'application de la règle si l'on n'y prend pas garde. Le champ d'application d'une règle se trouve en principe défini au début d'un texte non codifié, ou au début d'une subdivision dans un code.

2.3.2.2.1. Le champ d'application territorial

Outre les mécanismes propres à l'outre-mer et au Droit local d'Alsace-Moselle, il convient d'observer que certaines règles ne concernent que certains secteurs du territoire (espaces naturels protégés, dispositions particulières au littoral et la montagne en Droit de l'Urbanisme, zones vulnérables, sensibles ou « de répartition des eaux » en Droit de l'Environnement, etc...). Enfin, si l'on travaille à un niveau très fin sur le plan géographique, il convient de ne pas oublier l'existence du pouvoir réglementaire local, émanant essentiellement du maire et du préfet : arrêtés de police, documents d'urbanisme, etc...

Les techniques de **zonage** ont toutes un fondement législatif : la règle de droit va différer selon que l'on se situe au-delà ou en deçà d'un trait porté sur un document graphique : règlements de zone des POS/PLU en Droit de l'Urbanisme, délimitation d'une aire d'AOC, AOP ou IGP, zonages en matière de législation sur l'eau (910), « zones protégées » au sens de la police de la protection des végétaux (911)...

909 Depuis quelques années, l'expression « considérant que... » n'apparaît plus au début des textes communautaires, mais la doctrine continue à désigner de cette manière les paragraphes qui exposent les finalités du texte.

910 Le Code de l'Environnement définit 7 catégories de zones soumises à des contraintes environnementales : les zones d'alerte (articles L 211-3-II(1°), R 211-6 à R 211-70), les zones de répartition des eaux (articles L 211-2-II(2°), R 211-71 à R 211-74), les zones vulnérables à la pollution par les nitrates (articles L 211-3, R 211-75 à D 211-93), qui sont des espaces terrestres, les zones sensibles (au déversement d'eaux résiduelles urbaines, qui sont des masses d'eau (articles L 211-3, R 211-94 & R 211-95 ; CGCT, article R 2224-14), les zones faisant l'objet de servitudes d'utilité publique liées aux inondations (articles L 211-12, R 211-96 à R 211-106), les zones d'érosion régies par le CRPM (article R 211-107 (mode suiveur) ; CRPM, articles L 114-1 à L 114-3, R 114-1 à R 114-10 (mode pilote)), les zones humides (articles L 211-1-I(1°) & R 211-108). A cela il convient d'ajouter un zonage à caractère terrestre prévu par le CGCT en matière d'assainissement collectif ou non collectif, et de ruissellement (articles L 2224-10 & R 2224-6 à R 2224-10). Par ailleurs, l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-805

2.3.2.2.2. *Le champ d'application technique*

Le champ d'application technique est déterminé à partir des **définitions**, des **classifications** et des **énumérations** apportées par les textes. Une définition est toujours « au sens du texte X », et n'a aucune portée générale *a priori* ; le principe de l'indépendance des législations s'oppose à ce qu'une définition fournie par un texte X soit transposée empiriquement dans un texte Y. Aussi discutables qu'elles puissent paraître, les définitions et classifications doivent être respectées et non pas remaniées en fonction de préoccupations non juridiques. Les énumérations sont limitatives ou non limitatives (présence de l'adverbe « notamment » ou de l'expression « tel(le)s que »), induisant une situation d'ouverture dans le second cas.

EX1 : La législation alimentaire communautaire est fondée sur une chaîne de définitions parfois déconcertantes :

- l'article 2 du règlement (CE) n° 178/2002 modifié définit la « **denrée alimentaire** » au sens de ce texte : cela inclut les eaux alimentaires (du robinet, de source ou minérales) et les boissons en tout genre, les gommages à mâcher (« chewing gum »), ainsi que (*a contrario*) les animaux vivants « préparés en vue de l'alimentation humaine », les plantes à destination alimentaire après leur récolte, etc... ; cette définition extensive de la denrée alimentaire se retrouve dans l'intitulé du règlement (CE) n° 396/2005 concernant les LMR de pesticides, mentionné en 1.3.2.4., EX4 (d'où le « dans et sur... ») ;

- l'article 3 du même règlement comprend 18 définitions, dont celle de la **traçabilité** (15), celle de l'« entreprise du secteur alimentaire » (2), de l'« entreprise du secteur de l'alimentation animale » (5), l'« **exploitant du secteur alimentaire** » (3) et l'« **exploitant du secteur de l'alimentation animale** » (6) ; les exploitants agricoles peuvent être concernés ; il définit par ailleurs la « production primaire » (17) comme l'ensemble des produits de l'agriculture (élevage compris, de la chasse, de la pêche et de la cueillette de produits sauvages, pourvu que ce soit à des fins professionnelles et non à des fins privées) (article 1^{er}§3) ;

- les articles 1^{er} et 2 du règlement (CE) n° 852/2004 reprend les définitions du règlement (CE) n° 178/2002 (§2), définit les « produits primaires » comme issus de la « production primaire » à des fins professionnelles (à l'exception de l'approvisionnement direct par le producteur du consommateur final ou du commerce local, « en petites quantités ») et fournit 14 autres définitions ; parmi celles-ci, on retient la « contamination » comme « la présence ou l'introduction d'un danger » : l'exploitant de la chaîne est responsable d'une contamination accidentelle de son produit !

EX2 : Qu'est ce que l'**épandage** d'effluents ou de déchets organiques sur des sols agricoles ou forestiers ? En ce qui concerne la police spéciale des ICPE, l'article 36, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 2 février 1998 modifié (dit « arrêté intégré ») définit l'épandage comme « toute application de déchets ou effluents sur ou DANS les sols agricoles », ce qui peut présenter à la fois un intérêt et des problèmes ennuyeux en matière de qualité des eaux naturelles superficielles ou souterraines. En ce qui concerne la police des eaux (IOTA) et la salubrité publique, l'arrêté interministériel du 8 janvier 1998 relatif à l'épandage des boues issues du traitement des eaux usées ne fournit aucune définition de l'épandage ; on serait tenté de raisonner par analogie avec le texte précédent (qui ne peut se cumuler avec cet arrêté, en vertu de la séparation des deux nomenclatures et des deux polices spéciales), mais c'est hasardeux sur le plan juridique.

EX3 : L'article 2 de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale fournit 16 définitions, qui ont une importance particulière pour la compréhension du champ d'application et de la portée de ce texte.

EX4 : L'article 2 du règlement (CE) n° 1120/2009 du 30 novembre 2009 modifié fournit une définition des « **pâturages permanents** » et de l'« **herbe et autres plantes fourragères herbacées** » qui sont éminemment larges et incluent – contre le sens commun – des prairies de fauche, les jachères faisant partie des « **terres arables** ».

EX5 : La normalisation et la doctrine administrative peuvent, dans le silence des textes à caractère impératif, fournir des définitions. L'annexe 7 de la circulaire du 16 janvier 1997 reprend des définitions arrêtées par la Commission nationale des nomenclatures d'activités et de produits en ce qui concerne les lieux de distribution des produits de consommation courante (« équipements commerciaux ») :

- l'**hypermarché** a une surface de vente égale ou supérieure à 2500m², avec une prédominance alimentaire et sans spécialisation quant aux produits distribués (contre-exemples : bricolage et jardinage, mobilier domestique...) ; en l'absence de prédominance alimentaire et de spécialisation, on a affaire à un « grand magasin » :

du 18 juillet 2005 modifiant l'article L 214-2 du Code de l'Environnement prévoit l'instauration de « zones et périmètres institués pour la protection de l'eau et des milieux aquatiques » par le préfet coordonnateur de bassin, et l'on ignore encore ce que cela va recouvrir.

911 CRPM, articles L 251-3 & L 251-5, R 251-1.

- le **supermarché** a une surface de vente comprise entre 400m² et 2500 m² et une chiffre d'affaires comportant plus de 65% de ventes de produits alimentaires (sinon : « magasin populaire »).

2.3.2.2.3. Le champ d'application chronologique

Une ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 a mis fin à une rédaction archaïque de l'article 1^{er} du Code Civil, qui faisait entrer en vigueur en province un texte publié au JORF un jour franc après son entrée en vigueur à Paris (912). Cet article est dorénavant ainsi rédigé :

« Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au JORF, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »

Le deuxième alinéa fait allusion à des situations exceptionnelles (état d'urgence, état de guerre...). Les actes administratifs en question sont les décrets, arrêtés et décisions, à caractère réglementaire ou individuel, ainsi que les décisions « expresses » (qui ne sont pas tacites, ou implicites). L'article 4 de l'ordonnance et les décrets d'application (913) organisent la publication par voie électronique seulement de certains actes administratifs individuels (naturalisations, état des personnes...). L'article 3 précise bien que, si « le JORF est mis à la disposition du public sous forme électronique de manière permanente et gratuite » (site Legifrance sur internet), la publication (payante, à très bas prix par comparaison avec le JOCE/JOUE) sous forme papier reste obligatoire à un niveau général.

L'entrée en vigueur d'un texte et l'applicabilité d'une ou plusieurs dispositions peuvent être différées dans le temps. C'est généralement à la fin du texte, ou d'une subdivision de code, que ces informations sont fournies. En Droit communautaire, les règlements, directives et décisions peuvent avoir des dates distinctes d'entrée en vigueur, de délai de transposition (pour les directives seulement) et d'applicabilité. Selon les objectifs fixés au projet, il peut être utile d'anticiper ou non sur le changement juridique programmé dans le temps :

EX1 : L'article 65 du règlement (CE) n° 178/2002 sur la sécurité alimentaire indique la date d'entrée en vigueur du texte global, mais prévoit une application différée dans le temps de certaines dispositions, dont l'obligation générale de traçabilité à la charge des « exploitants du secteur alimentaire » au sens de ce texte (1^{er} janvier 2005).

EX2 : Contrôle par les communes ou EPCI compétents des installations d'assainissement non collectif : échéance du 31 décembre 2012, importante pour les particuliers concernés (914).

2.3.2.3. La compréhension de la portée de la règle

2.3.2.3.1. Distinction de la règle et du principe

Règles de droit et **principes** juridiques ne doivent pas être confondus. En prenant comme exemple les 5 principes généraux du Droit de l'Environnement, on a ainsi pu écrire :

« Pour comprendre le rôle et le fonctionnement des principes, il faut revenir à la célèbre distinction opérée par (Ronald) DWORKIN entre les règles et les principes. Les règles prescrivent ce que les particuliers et les

912 Souvenir de l'époque de la diligence qui transportait le précieux document quotidien au chef-lieu de département !

913 Décret n° 2004-459 du 28 mai 2004, et décret n° 2004-617 du 29 juin 2004.

914 CGCT, article L 2224-9.

autorités doivent faire. Combinées avec d'autres règles, elles forment un ensemble complet de règles primaires régissant le comportement des particuliers et de règles secondaires permettant de reconnaître ces règles, de les transformer. Les principes se contentent d'orienter les comportements. Ils ne comportent pas, à proprement parler, de règle primaires, parce qu'ils ne disent pas précisément ce que les particuliers doivent faire. Ce n'est qu'à la suite d'un long processus de concrétisation que les principes permettent de donner une solution à un litige concret.

Les règles ont un caractère absolu. Soit les conditions de la règle sont remplies dans un cas d'espèce et les conséquences juridiques prévues par la règle doivent se produire. Soit ces conditions ne sont pas remplies et la règle n'est pas applicable au cas d'espèce. Les règles sont de l'ordre du tout ou rien. Si les conditions de la règle sont remplies, on peut en déduire, grâce à l'utilisation du syllogisme juridique, la solution du cas d'espèce. Les principes ne fonctionnent pas de manière aussi simple. Ils ont un caractère relatif. Ils doivent être confrontés à d'autres principes. Ce n'est qu'à la suite de cette confrontation qu'une solution pourra être donnée dans un cas d'application. » (915).

En aval de la présentation textuelle, la règle est précise, et sera respectée ou non et pratique ; le principe est général et vague, et a vocation à s'incarner dans une ou plusieurs règles :

EX1 : La législation sur la gestion des déchets comprend 4 principes définis par l'article L 541-1-I du Code de l'Environnement, dont 2 ne font que décliner les principes de prévention et de participation définis par l'article L 110-1-II du même code, les 2 autres (principe de proximité et principe de valorisation dans l'élimination) étant spécifiques à cette législation. Tous se traduisent par des règles plus précises dans ce bloc législatif et réglementaire.

EX2 : La décision communale ou intercommunale (EPCI) de construire une station de traitement des eaux destinées à la consommation humaine dans les régions fortement affectées par les pollutions nitrées ou d'origine phytopharmaceutique est contraire à la fois au principe de prévention (il est hautement probable que les réglementations de la protection des captages et/ou des installations classées ne sont pas respectées) et au principe pollueur-payeur (le contribuable local, victime de ces pollutions, est le payeur, mais il n'est qu'éventuellement pollueur), mais elle n'en est pas moins légale *a priori*, et conforme au principe d'autonomie des collectivités territoriales. Un principe peut donc en chasser un autre...

Sur le plan terminologique, on peut dire d'une règle qu'elle est violée, mais plus difficilement qu'un principe l'est ; on peut toutefois dire que l'un ou l'autre n'est pas respecté(e).

Les principes ne concernent que le niveau national ou international (y compris le niveau communautaire). Sur le plan terminologique, ils prennent le nom d'**orientations** lorsque les textes veulent les désigner à un niveau géographique inférieur en général : tel est le cas pour la forêt, la chasse et la pêche en eau douce, le législateur privilégiant alors le niveau régional par rapport aux niveaux départemental et local (916) ; ces orientations régionales peuvent se concrétiser de façon plus précise dans des « schémas » départementaux (chasse et pêche) ou régionaux (forêt). De même, des « schémas » à caractère territorial comportent des « orientations », qui ne sont autres que des principes, mais au contenu plus technique :

- pour les SDAGE, l'article L 212-1-III du Code de l'Environnement prévoit qu'ils contiennent les « orientations permettant de satisfaire aux principes prévus aux articles L 211-1 et L 430-1 » du même code, à savoir une gestion équilibrée de la ressource en eau et du patrimoine piscicole ;
- pour les SCoT, les articles L 122-1-3 (« plan d'aménagement et de développement durables ») et L 122-1-4 (« document d'orientations et d'objectifs » qui doivent respecter les orientations de ce plan) du Code de l'Urbanisme prévoient des orientations qui ne sont autres

915 Charles-Albert MORAND : Vers un Droit de l'Environnement souple et flexible, le rôle et le fonctionnement des principes (in : Quel avenir pour le Droit de l'Environnement ?, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 261-285).

916 Orientations régionales forestières (CF, articles L 121-1 à L 121-6) ; orientations régionales de gestion et de conservation de la faune sauvage et de ses habitats (C. Env., article L 414-8) ; « orientations de gestion » définies par le « document d'objectifs » d'un site Natura 2000 (C. Env., article L 414-2-I) ; orientations de protection et de gestion des milieux aquatiques du bassin, dites « orientations de bassin », qui sont fixées au niveau du bassin ou groupement de bassin de la législation sur l'eau (C. Env., article L 433-1).

que l'application des principes généraux de l'article L 121-1 du même code au territoire correspondant au périmètre du SCoT.

On a eu cependant recours à cette dénomination pour désigner au niveau national la doctrine écologique concernant la trame verte et la trame bleue instituée par la loi « Grenelle II » de 2010 : les « orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques » constituent un document-cadre prenant la forme d'un décret en Conseil d'Etat pour être ensuite déclinées par les « schémas régionaux de cohérence écologique » que les documents d'urbanisme devront prendre en compte (917) ; il s'agit tout simplement d'une application à la biodiversité du principe de prévention porté par l'article L 110-1-II du Code de l'Environnement.

2.3.2.3.2. Le fractionnement des règles : échelle IADL, seuils, classifications et énumérations

La portée d'une règle est son impact concret sur les activités humaines. Cela renvoie à la formule de PORTALIS et à l'échelle IADL. L'examen des textes permet de caractériser cette portée : édicition d'une règle avec des exceptions, par exemple, application de règles différentes à des classes de produits, de services et d'activités différentes, énumérations limitatives ou non, etc...

EX1 : Un arrêté ministériel du 30 juin 2000 fixe la liste des catégories de produits cosmétiques prévue par l'article R 5131-1, alinéa 5, du CSP, sur le fondement de la définition générale du produit cosmétique fournie par l'article L 5131-1 du même code : outre les produits de beauté, on y trouve aussi les produits d'hygiène corporelle, de soins capillaires, d'hygiène buccale et dentaire, les savons, les parfums, les produits de grimage, etc..., ce qui est plus large que l'acception ordinaire du terme (produits de beauté essentiellement).

EX2 : La classification des déchets de toutes catégories, à l'exception des déchets nucléaires, est apportée par le tableau de l'annexe II de l'article R 541-8 du Code de l'Environnement, et entraîne différentes modalités de l'exécution de l'obligation d'élimination, dans le cadre des plans applicables (plan départemental pour les déchets ménagers et assimilés, plan régional pour les déchets industriels spéciaux).

EX3 : Les polices spéciales ICPE et IOTA, qui ne s'appliquent jamais de façon cumulative, comportent le plus souvent un système de seuils A/D/L susceptible d'évolution dans le temps, et parfois « A seule » ou « D seule » ; il ne faut jamais oublier que ce sont des nomenclatures à entrées multiples, et que deux rubriques ou plus peuvent être concernées par le même problème inclus dans le projet d'ingénieur ; l'examen de la jurisprudence peut ici se révéler très utile.

EX4 : Les énumérations figurant dans une disposition textuelle sont soit limitatives (les exceptions légales à l'interdiction de la revente à perte dans l'article L 442-2 du Code de Commerce, par exemple), soit non limitatives (la définition de l'œuvre de l'esprit comme fondement du droit d'auteur dans l'article L 111-2 du CPI, par exemple).

2.3.2.4. S'entraîner au syllogisme juridique

Le syllogisme juridique est un exercice de logique formelle consistant à tirer toutes les conséquences utiles, en termes de portée de la règle, de la qualification juridique des faits ; il en résulte deux questions, la première portant sur le diagnostic, la seconde sur le projet lui-même :

- un état de fait existant est-il conforme à l'état de droit ?
- quel état de fait créer qui soit conforme à l'état de droit à une date située dans l'avenir (d'où l'intérêt d'appliquer par anticipation une règle à venir, sur le plan de la gestion des organisations) ?

917 C. Env., articles L 371-2 & L 371-3.

2.3.2.4.1. Un raisonnement fréquent : le raisonnement a contrario

Le raisonnement tenu dans le syllogisme juridique n'est pas différent du raisonnement mathématique ou de la logique formelle en philosophie : c'est un raisonnement déductif, et non inductif. Le **raisonnement a contrario** est simple et fréquent (918), et fait appel à la notion de sous-ensemble complémentaire dans un ensemble fini :

EX1: Dans le Code Forestier, les articles L 213-24 (forêts domaniales) et L 214-2 (autres forêts publiques et assimilées relevant du régime forestier) donnent une énumération limitative des espèces animales admises à pâturer en sous-bois : bovins, ovins, équidés et porcins ; on en déduit que les caprins ou éventuellement des espèces exotiques (camélidés...) ne sont pas admis, pour des raisons bien connues : la chèvre est l'ennemie de l'arbre dans le monde entier, et le lama consomme à peu près tout ce qui pousse et ne doit être contrarié à aucun prix (919). Mais l'article L 133-10, alinéa 3, du même code permet de déroger exceptionnellement et sous conditions à cette sorte de « liste positive d'emploi » d'espèces animales dans les territoires particulièrement exposés au risque d'incendie, et de priver partiellement d'effet le raisonnement *a contrario* ainsi tenu. Ce raisonnement n'est possible que parce que l'ensemble des espèces animales susceptibles de pâturer en forêt ou sur des terrains assimilés est fini dans le contexte biogéographique français métropolitain, même en tenant compte de l'importation de camélidés sud-américains.

EX2 : Le dernier alinéa de l'article 121-3 du Code Pénal (cf. 2.1.1.3.), qui porte sur l'élément moral des délits et des contraventions, dispose : « il n'y a point de contravention en cas de force majeure ». L'ensemble des infractions se décomposant en trois classes d'équivalence (contraventions, délits et crimes), le raisonnement *a contrario* est applicable, et on serait alors tenté de déduire de cet alinéa que la force majeure n'est pas un facteur d'exonération de la responsabilité pénale pour les délits et les crimes, ce qui paraît invraisemblable. La solution est en définitive la même que pour les contraventions :

a) si l'on exige la présence d'un élément moral généralement intentionnel pour les délits, et toujours intentionnel pour les crimes, ce questionnement sur l'élément moral devient sans objet si l'élément matériel du délit ou du crime est inexistant, et la problématique de la force majeure devient alors sans objet ;

b) par ailleurs, l'article 122-7 du Code pénal prévoit qu'en cas d'« état de nécessité » il n'y a point de crime ou délit appréhendé sous l'angle de son élément matériel ; par conséquent, il n'y aura pas de délit ou de crime si l'élément matériel est causé par un cas de force majeure assimilable pratique à cet « état de nécessité ».

La solution est donc la même que pour la contravention, mais celle-ci étant une infraction purement matérielle dépourvue de tout élément moral, il est nécessaire que la loi prévienne explicitement cette exonération en lieu et place de l'état de nécessité, qui lui est inapplicable par un autre raisonnement *a contrario*. En définitive, le raisonnement *a contrario* s'applique bien, mais de façon subtile et complexe.

2.3.2.4.2. Applicabilité fréquente du théorème mathématique de la contrapositive

Plus subtile encore est l'application du « **théorème de la contrapositive** » : « si A implique B, non B implique non A ». Mais les choix du législateur ou du juge peuvent évidemment infléchir la rigueur mathématique, qui reste un bon point de départ. L'application principale de ce théorème éventuellement aménagé est fournie par le jeu des textes généraux et des textes spéciaux applicables à une même question :

- adage *Specialia generalibus derogant* : s'il existe des textes spéciaux (A), ils dérogent aux textes généraux (B), en termes de portée ;

- cet adage est logiquement équivalent à la proposition contrapositive : adage *Generalia specialibus non derogant* (les textes spéciaux ne font pas obstacle à l'application des textes généraux) ; mais cela ne vaut que s'il n'y a pas de contrariété sur le plan jurisprudentiel ou législatif.

La loi (ou le règlement) prévoit parfois l'application du théorème : le mécanisme spécial peut se cumuler avec le mécanisme général ; cela se traduit dans les textes spéciaux par des

918 Cf. les notes 249, 296 et 668.

919 « Quand lama fâché, lama toujours faire ainsi ». (Aventures de Tintin, le Temple du Soleil)

expressions telles que « sans préjudice de... (suivi de la référence au texte général) » ou « ...ne fait pas obstacle à... », ou des périphrases équivalentes.

EX1 : Les règles spéciales d'étiquetage des denrées alimentaires destinées à une alimentation particulière ne font pas obstacle à l'applicabilité des règles générales d'étiquetage des denrées alimentaires des articles R 112-1 à R 112-30 du Code de la Consommation (920).

EX2 : L'existence d'un droit d'accès spécial à l'information administrative, tel que les informations relatives aux déchets prévues par l'article L 125-1 du Code de l'Environnement ne fait pas obstacle à l'exercice du droit d'accès général aux documents administratifs institué par la loi n° 78-753 modifiée, si ce fondement est plus favorable en pratique pour les personnes exerçant ces droits d'accès.

EX3 : En ce qui concerne les produits alimentaires, l'applicabilité des règlements (CE) n° 178/2002 et n° 852/2004 (textes spéciaux) ne fait pas obstacle à l'applicabilité de la directive 2001/95/CE et de ses mesures de transposition (texte général sur la sécurité de tous les produits), si d'aventure le second texte prévoit un mécanisme plus intéressant et ne figurant pas aussi dans les textes spéciaux.

Mais la question a pu paraître moins claire pendant un certain temps en ce qui concerne les relations entre le même texte général et le droit d'accès spécial sur les effets de la **dissémination volontaire des OGM**, prévu par l'article L 125-3 du Code de l'Environnement et précisé par son article L 535-3 (921). Ce n'est pas le théorème de la contrapositive qui trouve ici à s'appliquer, mais son équivalent logique *Specialia generalibus derogant* : suite à un renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat (922) : le texte général prévoyant des exceptions au droit d'accès à l'information environnementale pour des motifs de maintien de l'ordre public (la destruction de cultures OGM est un délit) ne fait pas obstacle à l'application du texte spécial, d'origine communautaire, qui prévoit la transparence de la localisation précise des parcelles cultivées en variétés OGM afin d'assurer une « biovigilance » sur d'éventuels effets indésirables sur les cultures conventionnelles.

La question du **concours des pouvoirs de police générale et spéciale** (2.2.3.2.2.) met en jeu une application du théorème, mais en tant que principe seulement, et avec une régulation juridique subtile de la part du Conseil d'Etat.

Autres applications du théorème :

EX1 : En matière de vente d'animaux atteints de maladies transmissibles, la jurisprudence de la Cour de Cassation estime que la garantie du vice caché de la chose vendue prévue par l'article 1641 du Code Civil (texte général) peut s'appliquer alors même que les dispositions des articles L 213-1 à L 213-9 et R 213-1 du Code Rural (texte spécial) semblent l'exclure. Le théorème trouve ici à s'appliquer, mais cela résulte d'une lecture attentive de ces dispositions : si l'article R 213-1 pose que les maladies limitativement énumérées constituent les seuls cas d'ouverture de l'action en garantie, l'article L 213-1, qui a une portée supérieure, prévoit que ce mécanisme ne vaut qu'à défaut de conventions contraires entre les parties ; l'article R 213-1 n'est donc pas d'ordre public, et il est possible pour l'acheteur d'exercer cette action pour une maladie ne faisant pas partie de la liste figurant à cet article.

920 Article 5 du décret n° 91-827 modifié, précité.

921 On comprend immédiatement l'enjeu : le droit d'accès à la connaissance du lieu précis des cultures expérimentales de variétés végétales OGM peut amener leur destruction par des opposants, et il n'a évidemment pas été prévu pour cela par la directive 90/220/CEE ; la finalité de ce droit d'accès spécifique à l'information spatiale est l'application du principe de précaution au dispositif de biovigilance prévu par les articles L 251-1 et L 251-2 du CRPM. L'applicabilité éventuelle de l'exception constituée par la référence à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes (article 6 de la loi n° 78-753 modifiée) à l'appui d'un refus d'accès tendrait à vider de son sens le texte spécial, qui ne prévoit pas cette exception : en conséquence, la « mauvaise foi administrative » consistant à mélanger les deux systèmes pour des raisons d'opportunité a pu se déployer dans les services centraux et déconcentrés du Ministère de l'Agriculture et a abouti au refus illégal de délivrer des informations sur les emplacements des cultures OGM expérimentales. Sur les conséquences contentieuses de cette attitude, cf. Pascal TROUILLY : le juge administratif et les OGM, Environnement n°11/2003, 24.

922 CJCE, 17 février 2009, aff. C 552-07, Commune de Sausheim c./M. Azelvandre ; CE, 9 décembre 2009, Commune de Sausheim. Dans ce dernier arrêt, la Haute Juridiction met en évidence avec retenue la « mauvaise foi administrative » du Ministre de l'Agriculture.

EX2 : L'article L 641-7 du CRPM fait application du théorème : toute AOC concernant des produits agricoles ou alimentaires doit faire l'objet d'une demande d'AOP au niveau de l'UE, et tout échec dans l'obtention de l'AOP entraîne la perte de l'AOC (donc « AOC implique AOP », ce qui est logiquement équivalent à « absence d'AOP implique absence d'AOC »).

On constate donc que le théorème mathématique ne se traduit pas par un théorème juridique équivalent, mais qu'il s'agit d'une ligne directrice ou d'un principe général à prendre en considération, sous réserve d'un examen attentif des textes et de la jurisprudence.

Le syllogisme juridique n'est pas toujours aussi difficile à mener ; indépendamment de l'état de la jurisprudence, c'est en général une affaire d'interprétation des textes. Dans le contexte français, l'**interprétation littérale** prédomine : il faut donc étudier attentivement les termes employés, la syntaxe, la ponctuation, et ne pas se perdre dans le jeu de piste du renvoi des articles les uns aux autres... Mais, dans les affaires précédemment évoquées, le juge utilise aussi l'**interprétation systémique**, très liée au principe de l'indépendance des législations : on accorde plus d'importance à la construction des textes, des codes. Enfin, le Droit Communautaire, plus influencé par le « common law » anglo-saxon, privilégie l'**interprétation téléologique**, qui est celle de la finalité des textes et des comportements, et que l'on va trouver surtout en Droit de la Concurrence, très pragmatique et qui s'intéresse peu aux façades juridiques et à l'interprétation littérale des contrats susceptibles de déboucher sur des atteintes à la concurrence. Dans son apprentissage du Droit, l'ingénieur doit accorder une priorité absolue à la maîtrise de l'interprétation littérale, avant de s'intéresser aux deux autres s'il en ressent le désir ou le besoin.

2.3.4. ÉVALUER OU FAIRE ÉVALUER LE RISQUE CONTENTIEUX

2.3.4.1. Applicabilité de la formule de l'espérance mathématique

Si x est l'événement aléatoire défini comme « le coût de se faire prendre et être condamné pour un comportement illégal » (que ce soit en matière pénale, civile ou administrative), l'impact que l'on doit prévoir pour soi-même peut être estimé, de façon approximative, par la formule de l'espérance mathématique : $E(x) = \sum x p(x)$. On voit immédiatement qu'il peut être économiquement rationnel de se comporter de façon illégale, si le coût de l'entrée dans la légalité est supérieur à $E(x)$.

D'un point de vue théorique, $p(x)$ peut être estimé par une observation professionnelle en longue période de l'activité et du mode opératoire des agents publics chargés de la répression (police judiciaire), les modalités d'exercice de la police administrative ne devant pas être négligées non plus, puisqu'elle est souvent articulée avec la police judiciaire. La variable x peut être estimée en additionnant l'ensemble des coûts directs et indirects prévisibles de l'opération. Beaucoup de justiciables sont désagréablement surpris parce qu'ils confondent mentalement $E(x)$ avec $p(x)$ ou avec x , et se limitent à procéder à une évaluation sommaire soit de l'un, soit de l'autre.

Dans l'interface Droit/Sciences mathématiques, on peut prédire un certain avenir à ce type de modélisation, soit en interne dans les grandes entreprises, soit en externe (prestataires de service). La modélisation du jeu combiné des règles prévue par les textes est possible, en tant qu'aide à la décision, mais celle qui prétendrait intégrer des jurisprudences nécessairement évolutives se heurterait à des barrières importantes.

2.3.4.2. *Evaluation du coût direct et indirect du contentieux*

En fonction des caractéristiques juridiques de x , on peut estimer x à travers la somme d'un coût direct et d'un coût indirect. Ces calculs ne peuvent être précis, car basés sur des estimations empiriques.

Le coût direct comprend le coût financier (amendes, dommages-intérêts), qu'il faudra évaluer en prenant une moyenne basée sur les décisions juridictionnelles récentes pour le même type d'affaire, et un coût non financier, qui est celui des sanctions en nature susceptibles d'être prononcées. Le coût financier direct comprend aussi les frais répétables et une partie des frais irrépétables versés à la partie gagnante au titre du code de procédure applicable.

Le coût indirect, plus difficile à évaluer, est celui de la perte de crédibilité ou de la mauvaise réputation acquise dans un milieu professionnel ou chez les consommateurs, selon le type de marché sur lequel on est présent.

SUGGESTIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Déclaration d'intérêts : aucun intérêt financier direct ou indirect dans l'acquisition de ces ouvrages par le lecteur, aucun lien personnel privilégié avec eux, si ce n'est que Philippe MALINVAUD fut mon professeur à HEC et que je côtoie les trois auteurs « environnementalistes » occasionnellement dans les manifestations de la Société française pour le Droit de l'Environnement.

Mathieu TOUZEIL-DIVINA (sous la direction de) : Initiation au Droit / Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques - LGDJ, 2011.

François TERRÉ : Introduction générale au Droit - Dalloz, 2012.

Philippe MALINVAUD : Introduction à l'étude du Droit - Litec/LexisNexis, 2011.

Pierre-Laurent FRIER & Jacques PETIT : Précis de Droit Administratif - Montchrestien, 2010.

Jérôme ROUX : Droit général de l'Union européenne - Litec/LexisNexis, 2012.

Raphaël ROMI : Droit et administration de l'environnement - Montchrestien, 2011.

Michel PRIEUR : Droit de l'environnement - Dalloz, 2012.

Eric NAIM-GESBERT : Droit général de l'environnement - Litec/LexisNexis, 2011.

Magdalena LEWANDOWSKY-ARBITRE : Droit communautaire et international de la sécurité des aliments - Lavoisier, 2006.

Eric ADAM : Droit international de l'agriculture - Sécurité & commerce des produits agricoles, LGDJ, 2012

ANNEXE 1 : Tableau des principales autorités administratives ou publiques indépendantes (AAI / API)

	FONDEMENTS LEGISLATIFS	POUVOIRS	RECOURS
Autorité de la Concurrence	C. Com., articles L 461-1 à L 464-9	Décisions (fonction quasi-juridictionnelle) ; Pouvoirs sanctionneurs Pouvoir consultatif (avis)	CA Paris Cour de Cassation (Cass. Com.)
Commission nationale de l'informatique & des libertés (CNIL)	Articles 11 à 20 de la loi n° 78-17 du 6-01-78 modifiée	Délibérations Autorisations préalables Déclarations préalables (récépissés) Informations délivrées aux requérants Pouvoirs sanctionneurs Pouvoirs consultatifs (avis & recommandations)	Conseil d'Etat
Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)	Articles 4 à 20 de la loi n° 86-1067 du 30-09-86 modifiée	Autorisations préalables Pouvoirs sanctionneurs Pouvoir consultatif (avis)	Conseil d'Etat
Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP)	CPCE, articles L 130 à L 135	Autorisations préalables Déclarations préalables (récépissés) Pouvoirs d'enquête Pouvoirs sanctionneurs	Conseil d'Etat
Commission de régulation de l'énergie (CRE)	C. En., articles L 131-1 à L 135-16	Décisions de règlement des différends (fonction quasi-juridictionnelle) Pouvoirs sanctionneurs Pouvoir consultatif (avis)	CA Paris & Cour de Cassation (Cass. Com.) Conseil d'Etat
Commission nationale du débat public (CNDP)	C. Env., articles L 121-1 à L 121-15	Décisions sur l'organisation du débat public sur les projets importants d'aménagement durable du territoire	Conseil d'Etat
Autorité des marchés financiers (AMF)	CMF, articles L 621-1 à L 621-30	Pouvoir réglementaire (règlement général des marchés financiers) Autorisations préalables Pouvoirs d'enquête Pouvoirs sanctionneurs Pouvoir disciplinaire Pouvoir consultatif (avis)	CA Paris & Cour de Cassation (Cass. Com.) Conseil d'Etat
Autorité de contrôle prudentiel (ACP)	CMF., articles L 612-1 à L 612-3	Pouvoirs de police administrative Pouvoir de contrôle Pouvoirs sanctionneurs	Conseil d'Etat

ANNEXE 2 : Les professions juridiques

Rappel du document CEHD, partie 1 :

La fonction juridique traditionnelle avait deux dimensions principales : juger (trancher les litiges), et conseiller le souverain ou d'autres personnes. Ces deux dimensions en ont engendré une troisième, plus technique : maîtriser certaines formes d'informations écrites afin de permettre aux tâches liées à ces deux dimensions d'être accomplies.

A) La magistrature et les autres types de juges

1) Le « juge judiciaire »

Les magistrats au sens strict du terme sont les juges des juridictions judiciaires (Droit Civil, branches voisines du Droit Privé et Droit Pénal), la Cour de Cassation étant la juridiction suprême. En France, ils proviennent pour l'essentiel de l'Ecole nationale de la magistrature (ENM, Bordeaux), le reste étant assuré par des recrutements dans les professions juridiques (avocats notamment).

La magistrature se divise en deux grandes catégories aux fonctions différenciées :

- les magistrats du siège (« magistrature assise ») procèdent aux audiences où les parties au litige sont représentées, et rendent les jugements (tribunaux) et arrêts (Cours d'Appel et Cour de Cassation), ainsi que les ordonnances des juridictions spécialisées ne comportant qu'un seul juge (affaires familiales, tutelles, expropriation, voies d'exécution, juge des libertés et de la détention, juge d'instruction...);
- les magistrats du ministère public, ou Parquet (« magistrature debout »), représentent les intérêts du corps social, représenté par l'Etat ; ils n'interviennent à ce titre quasiment qu'en Droit Pénal (923), et ont autorité sur l'emploi dans les enquêtes préliminaires des services de police et de gendarmerie (missions de police judiciaire) ; ils présentent des réquisitions lors de la procédure pénale antérieure à l'audience, et un réquisitoire à l'audience, les juges du siège étant libres de les suivre ou non.

Le statut de la magistrature, l'étendue de la responsabilité des magistrats, la bipolarité siège-Parquet au regard des pressions du pouvoir exécutif sont des thèmes de débat et de controverses inépuisables. Une importante réforme de la magistrature est toujours pendante, l'indépendance de certains juges (du Parquet ou du siège) déplaçant fortement au pouvoir exécutif, quelle que soit son orientation politique ; d'où une littérature relativement abondante de ces juges rebelles et fiers de l'être (924). Mais la grande majorité des juges est « docile », au point que certains n'hésitent pas à parler d'une « magistrature couchée », par opposition à la « magistrature assise » (le siège) et à la « magistrature debout » (le Parquet). La mobilité professionnelle siège-Parquet pourrait être remise en cause. Actuellement, en matière pénale, le Parquet dispose de pouvoirs extrêmement étendus, et celui des juges d'instruction (magistrats du siège) est en déclin ; comme par hasard, l'émergence d'affaires impliquant des

923 Ils interviennent exceptionnellement pour donner un avis en matière civile, commerciale, etc., dans des affaires emblématiques. Concrètement, leur siège et leur pupitre sont toujours présents (vides en général) dans les salles d'audiences non pénales.

924 Outre Eva JOLY et Eric de MONTGOLFIER, mentionnés dans le prologue de CEHD, on peut citer les noms et ouvrages suivants (liste non limitative) :

- Thierry JEAN-PIERRE : Le Droit des plus forts, Ed. Fixot, 1996;
- Jean-Pierre MURCIANO : Juge sur la Côte d'Azur/Missions impossibles, Ed. Michel Lafon, 2001 ;
- Eric HALPHEN : Sept ans de solitude, Ed. Denoël/Impacts, 2002.

personnalités politiques ou médiatiques est en net recul, et il est difficile de croire à un accès soudain de vertu républicaine généralisée...

Si les magistrats du siège sont inamovibles (leur mobilité professionnelle est toujours volontaire) et sont nommés sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, les procureurs généraux près les Cours d'Appel, qui ont autorité sur les parquets départementaux (dirigés par le procureur de la République) sont nommés par décret délibéré en Conseil des Ministres (donc avec le contreseing du Président de la République, qui est curieusement garant de l'indépendance de la magistrature selon l'article 64 de la Constitution). Le procureur général près la Cour de Cassation est le premier magistrat du Parquet de France, mais il s'agit d'une fonction essentiellement honorifique ; du point de vue protocolaire, il est le deuxième magistrat après le premier président de la Cour de Cassation (prééminence traditionnelle du siège sur le Parquet).

D'autres juges, élus, sont issus de la vie économique et sociale (juridictions d'exceptions de l'ordre judiciaire : Tribunaux de Commerce, TPBR, Conseil des Prud'hommes...).

2) Le « juge financier »

Les juges des juridictions financières (Cour des Comptes et Chambres régionales des comptes) sont considérés comme des magistrats, et sont issus en général de l'ENA. Ils « jugent les comptes et non les comptables » publics, mais disposent d'une juridiction pénale spécifique, la Cour de discipline budgétaire et financière, lorsque la mauvaise utilisation de fonds publics s'accompagne de pratiques irrégulières.

3) Le « juge administratif » & le « juge constitutionnel »

Sur l'origine des juridictions administratives, cf. CEHD, Annexe 3.

La jurisprudence administrative est dominée par le principe « juger l'Administration, c'est encore administrer », ce qui n'est nullement incompatible avec l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif ; c'est un prolongement de la théorie du « ministre-juge », système antérieur à la création des juridictions administratives.

Les conseillers d'Etat ont un statut spécial qui n'est pas spécifiquement celui de juge : les formations non contentieuses (Sections Sociale, de l'Intérieur, des Travaux Publics, des Finances, du Rapport et des Etudes et de l'Administration) jouent un rôle de conseil du pouvoir exécutif, mais leurs présidents respectifs s'unissent à la Section du contentieux pour rendre les « arrêts d'Assemblée », qui constituent la jurisprudence administrative la plus solennelle et la plus établie. Ils relèvent donc principalement de la haute fonction publique, contrairement aux magistrats. Comme la Cour des Comptes, le Conseil d'Etat est un des débouchés les plus prestigieux de l'Ecole nationale d'administration (ENA), avec des filières de recrutement parallèles.

Le mode de désignation des juges constitutionnels (Conseil Constitutionnel) est spécifique (cf. 1.2 .1.1.) .

Enfin, on n'aura garde d'oublier l'existence des auxiliaires indispensables des juges que sont les greffiers : le greffe d'une juridiction est son service administratif, mais cette profession

nécessite un niveau de qualification juridique non négligeable, même s'il est d'un niveau inférieur à celui des juges.

B) La fonction de conseil juridique et les prestataires de service juridique

Il s'agit d'une catégorie assez hétérogène dont on exclura d'emblée la position salariale, dans la mesure où le juriste d'entreprise, ou exerçant dans un organisme associatif ou syndical, ou encore dans la fonction publique au sens le plus large, est un cadre comme les autres, qui a reçu une formation juridique d'un niveau suffisant pour être recruté par un employeur. C'est surtout sous forme de profession indépendante que cette fonction revêt sa signification principale. Dans le contexte français, on distinguera les professions juridiques d'exercice libéral (1) des officiers ministériels (2). Dans les deux cas, afin de protéger les consommateurs, le législateur leur confie un monopole professionnel pour certains types de services, mais en exigeant une qualification professionnelle précise (diplômes).

1) Les professions libérales

a) Les avocats

Les avocats sont évidemment la principale profession concernée ; depuis 1990, il n'existe plus de profession distincte de conseil juridique, les avocats ayant alors de leur côté une fonction de représentation des parties devant les juridictions (plaidoirie), tout en pouvant exercer des missions de conseil en dehors de tout contentieux. Mais la distinction conserve une certaine portée d'un point de vue pratique : certains avocats d'affaires ne plaident jamais et ne font que de la rédaction d'actes juridiques liés à des « montages » parfois complexes mettant en jeu d'autres disciplines que le Droit (fiscalité, notamment), d'autres sont plus ou moins présents dans les enceintes juridictionnelles pour le compte de leurs clients, mais tous ont une fonction de conseil vis-à-vis de ceux-ci. Cette distanciation technique par rapport au Droit explique pourquoi un nombre significatif de personnalités politiques nationales peuvent se permettre d'être « avocats d'affaires »...

Les avocats ont le monopole de la plaidoirie devant les TGI, les Cours d'Appel, et devant les TA pour certains contentieux, le ministère d'avocat étant obligatoire devant les CAA. Mais ils n'ont pas le monopole de la rédaction des actes juridiques (contrats, statuts de personnes morales...) ; cependant, les juristes non avocats et non salariés ne peuvent procéder à ces opérations à titre onéreux qu'à certaines conditions (diplôme et assurance professionnelle).

Mais les avocats sont aussi « auxiliaires de justice » : en matière pénale, ils peuvent être « commis d'office » pour les justiciables qui n'ont pas choisi d'avocat et doivent en avoir un, et ils peuvent même être requis pour remplacer un magistrat défaillant à la dernière minute, pour autant qu'ils n'aient pas d'intérêts dans les litiges à trancher. Ceci explique leur double organisation : en tant que profession libérale, ils sont organisés en « barreaux » départementaux, dirigés par un « bâtonnier », et en tant qu'auxiliaires de justice ils sont « avocats à la Cour (d'Appel de...) ». Ils sont soumis à une déontologie obligatoire fixée par décret, et peuvent être sanctionnés disciplinairement par leur Ordre. Leur rémunération est constituée d'honoraires qu'ils fixent librement et qu'ils ont l'obligation de faire connaître à leurs clients potentiels, comme tous les opérateurs économiques, mais elle ne peut être liée en principe aux résultats obtenus (interdiction du pacte *de quota litis*, contrairement au Droit

étatsunien) ; en cas de contestation, le bâtonnier joue un rôle de médiation, et la Cour d'Appel tranche ensuite si le désaccord se prolonge.

L'exercice de la profession se fait de plus en plus en groupe ; comme elle revêt un caractère civil et non commercial, les sociétés civiles professionnelles ou de moyens sont apparues en 1966. Mais la réforme de 1990 a introduit la possibilité d'utiliser une adaptation des sociétés commerciales, les « sociétés d'exercice libéral ».

b) Les conseils en propriété industrielle

Proches des avocats, ils sont spécialisés en propriété intellectuelle (propriété industrielle + droit d'auteur et droits voisins), mais ne plaident pas ; ils travaillent en liaison avec les avocats pour le contentieux. Un projet de fusion des deux professions a été mis en chantier, mais semble abandonné. Ils sont organisés dans une « compagnie nationale », qui dispose de pouvoirs disciplinaires à leur encontre.

Ils ne détiennent pas véritablement de monopole professionnel, les avocats pouvant remplir leur fonction, y compris devant l'INPI.

c) Les experts-comptables et les commissaires aux comptes

Il ne s'agit pas à proprement parler de professions juridiques, mais de « métiers du chiffre », comme les analystes financiers ou les actuaires des entreprises d'assurance et de capitalisation. Ils détiennent le monopole professionnel de la tenue de la comptabilité d'entreprise à titre onéreux en dehors du cadre salarial. Toutefois, la loi donne la possibilité aux experts-comptables de donner à leurs clients des conseils connexes à la comptabilité (fiscalité, droit des sociétés...), ce qui les a amenés à se heurter à plusieurs reprises aux avocats au contentieux.

Les commissaires aux comptes détiennent le monopole professionnel de la certification des comptes annuels présentés par les gestionnaires aux propriétaires de l'entreprise (associés ou actionnaires), dans les cas où la loi le prévoit. Ils sont soumis à un code de déontologie fixé par décret.

2) Les officiers ministériels

Le monde des officiers ministériels baigne dans un langage délicieusement suranné : ils « instrumentent », et touchent en contrepartie des « émoluments », dont les tarifs sont fixés par voie réglementaire puisque leur marché est captif. Ils sont titulaires d'une « charge » qu'ils achètent à leur prédécesseur, avec l'accord de l'Etat, qui contrôle leur qualification professionnelle (d'où leur dénomination). Leurs professions ne sont donc pas en libre établissement, comme les professions libérales : ils sont soumis à un *numerus clausus*, l'Etat seul pouvant augmenter le nombre de charges dans la profession considérée.

a) Les notaires

La profession notariale est le point de passage obligé pour tous types de transactions portant sur les biens immobiliers, ainsi que sur les successions. On peut aussi avoir recours à ses services pour obtenir un acte juridique « en la forme authentique », en lieu et place d'un acte

sous seing privé, ce qui lui confère une force probante très supérieure . La formation des notaires est comparable à celle des avocats.

Leur clientèle est principalement composée par les particuliers, pour des affaires relevant du Droit Civil, mais ils s'efforcent de développer une clientèle professionnelle à travers l'immobilier d'entreprise.

b) Les huissiers de justice

Cette profession a essentiellement deux fonctions : procéder aux « voies d'exécution » (notamment les saisies) et constater des situations de fait avec une force probante élevée (« constats »), dans une optique contentieuse ou précontentieuse. Les huissiers dressent des « actes authentiques », comme les notaires. Certains sont « huissiers audienciers » et assurent la police de l'audience devant le juge judiciaire.

c) Les « avocats aux conseils »

Ils se distinguent des avocats en général par ce statut particulier. Ils ont le monopole de la plaidoirie devant la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat.

d) Les greffiers près les Tribunaux de Commerce

Ils se distinguent des greffiers en général par ce statut particulier.

3) Les autres auxiliaires de justice

Ce sont des professions indépendantes figurant sur des listes professionnelles mises à la disposition des magistrats :

- experts judiciaires, dans les domaines les plus divers ;
- séquestres ;
- professions liées aux défaillances des entreprises : administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation d'entreprise, experts en diagnostic d'entreprise.

C) Les juristes cadres du secteur public et du secteur privé

Enfin, ne constituent pas à proprement parler des professions juridiques les juristes universitaires ou des EPST, ainsi que les juristes d'entreprise ou employés dans des organisations associatives ou syndicales, ou encore dans les trois fonctions publiques (Etat, territoriale et hospitalière) : il ne s'agit pas de professions organisées comme les précédentes. Mais tous appartiennent au même monde et pratiquent volontiers l'« entre soi » propre aux castes.

ANNEXE 3 : Tableau des codes nouveaux parus depuis 1989

Dénomination du Code	Date de parution (partie L)	Complétude L + R/D au 15-09-12	Observations (stabilité, refonte éventuelle)
Code de la Voirie Routière (CVR)	1989	oui	Stable
Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)	1992	oui	Assez stable
Code de la Consommation (C. Cons.)	1993	oui	En cours de refonte
Code des Juridictions Financières (CJF)	1994	oui	Stable
Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT)	1996	oui	Très instable (« usine à gaz » des CT)
Code de l'Environnement (C. Env.)	2000	oui	Instable
Code Monétaire & Financier (CMF)	2000	oui	Assez stable
Code de l'Education (C. Ed.)	2000	non	Stable Livres V à VIII R/D non parus
Code de l'Aide Sociale et des Familles (CASF)	2000	oui	Assez stable
Code de la Mutualité (C. Mut.)	2000	oui	Stable
Code du Patrimoine (C. Pat.)	2004	oui	Assez stable
Code de la Recherche (C. Rech.)	2004	non	Stable Partie R/D non parue
Code du Tourisme (C. Tour.)	2004	oui	Assez stable
Code de la Défense (C. Déf.)	2004	oui	Stable
Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile (CESEDA)	2004	oui	Stable
Code Général de la Propriété des Personnes Publiques (CG3P)	2006	non	Stable Partie R/D incomplète
Code du Sport (CS)	2006	oui	Assez stable
Code des Transports (C. Trans.)	2010	non	Assez stable Partie R/D non parue
Code de l'Energie (C. En.)	2011	non	Assez stable Partie R/D non parue
Code des Procédures Civiles d'Exécution	2011	oui	Stable
Code de la Sécurité Intérieure (CSI)	2012	non	Stable Partie R/D non parue

ANNEXE 4 : Les litiges et le contentieux

I) LES ENJEUX DES LITIGES : LES SANCTIONS & LES VOIES D'EXECUTION

Lorsqu'un litige est engagé devant la juridiction compétente, il y a potentiellement un gagnant et un perdant ; l'un et l'autre devront assumer les conséquences que sont les **sanctions** susceptibles d'être prononcées. L'effectivité des sanctions est garantie par les **voies d'exécution**.

A) LES SANCTIONS ENCOURUES

On distinguera les sanctions financières des autres sanctions, que l'on peut qualifier de « sanctions en nature ». On abordera simultanément les sanctions civiles, pénales et administratives, d'autant plus que certaines mesures ont un caractère mixte. Les sanctions civiles ont une dimension réparatrice, et les deux autres catégories une dimension répressive. Parmi les mesures répressives, on observe la coexistence de sanctions pénales et de sanctions administratives (nettement moins fréquentes), qui ont le même contenu et le même fondement juridique : la loi.

1) Les sanctions financières

Elles sont essentiellement de deux types : les **amendes**, qui vont au Trésor Public, et les **dommages-intérêts**, qui sont attribués à une personne en tant que réparation civile ; en Droit Administratif, les dommages-intérêts prennent le nom d'**indemnités**. Alors que le juge administratif n'est traditionnellement guère généreux sur ce point – c'est l'argent public qui est en jeu – le juge judiciaire n'hésite pas à attribuer des dommages-intérêts très élevés (925) : contrairement aux amendes, il n'y a aucun plafond.

Les amendes sont avant tout une **sanction pénale** : selon la nature de l'infraction commise, on distinguera les amendes contraventionnelles, les amendes correctionnelles et les amendes criminelles. Elles sont plafonnées par les textes législatifs qui définissent les infractions (délits et crimes) ou par les décrets pour les amendes contraventionnelles. Les contraventions, qui sont jugées par le **Tribunal de Police**, se divisent en cinq classes :

- 1^{ère} classe : amende maximale de 38 € ;
- 2^{ème} classe : « « « 150 € ;
- 3^{ème} classe : « « « 450 € ;
- 4^{ème} classe : « « « 750 € ;
- 5^{ème} classe : « « « 1500 €.

Les contraventions de la 5^{ème} classe font encourir de plus des peines privatives ou restrictives de droits (926), telles que des confiscations ou l'interdiction temporaire d'émettre des chèques

925 Cela a pu arriver en matière de réparation de préjudices énormes résultant de la perte de parts de marché suite à une contrefaçon de brevet sur une longue période. Aux Etats-Unis, lors de la décennie 1980/90, POLAROID a obtenu 9 milliards de \$ sur 11 demandés pour contrefaçon par KODAK d'un brevet sur l'appareil à développement photographique instantané. Le Droit étatsunien est réputé pour la sévérité fréquente du montant des dommages-intérêts alloués, d'autant plus que la loi permet d'en attribuer à titre punitif, ce qui se rapproche de l'amende.

926 CP, articles 131-14 à 131-18.

autres que ceux qui permettent de retirer de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés (927).

Les amendes correctionnelles et criminelles maximales sont fixées dans chaque cas par la disposition législative répressive : Code Pénal, autre code ou texte législatif non codifié. Le maximum légal des amendes est multiplié par 5 lorsqu'une personne morale voit sa responsabilité pénale retenue, ce qui vaut aussi pour les amendes contraventionnelles.

Il existe aussi des **amendes civiles** et des **amendes administratives** ; les premières peuvent être prononcées par les Cours d'Appel et la Cour de Cassation en cas d'appel ou de pourvoi abusif, et les secondes font partie des sanctions administratives, qui sont le plus souvent en nature :

EX1: L'article L 654-32 du CRPM donne compétence au directeur de FranceAgriMer pour infliger une amende administrative à l'encontre des acheteurs de lait qui ne respectent pas la réglementation communautaire des quotas laitiers dans leurs relations avec les producteurs, le montant de cette amende étant fixé par les dispositions de l'article L 654-33 du même code pour chaque cas de figure.

EX2 : L'ANSES peut prononcer des amendes administratives pour des manquements aux obligations de la législation sur les médicaments vétérinaires (928).

Les **amendes** (ou **pénalités**) **fiscales** et **douanières** peuvent être beaucoup plus lourdes que les amendes pénales, car elles sont proportionnelles au manquement constaté : elles constituent à la fois des peines et des réparations civiles. Les **amendes forestières** sont de même nature : on encourt une amende de 150 €/m² pour un défrichement non autorisé ou pour la coupe de végétaux participant à la fixation des dunes (929). S'agissant de la filière des céréales et de sa régulation par FranceAgriMer, l'article L 666-8 du CRPM prévoit la possibilité d'un cumul de sanctions en cas de violation par les professionnels des dispositions législatives et réglementaires concernées (930):

- amende fiscale de 750 € ;
- « pénalité dont le montant est compris entre une et une fois et demie celui des droits fraudés ou compromis » ;
- confiscation des marchandises.

Les **pénalités** prononcées par les autorités administratives indépendantes ou par la Commission des Communautés Européennes en matière de pratiques anticoncurrentielles sont assimilables aux amendes :

EX1 : Les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la Concurrence « sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'€. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en

927 Le chèque est un moyen de paiement (et non de la monnaie fiduciaire) qui met en jeu un « tireur » (le titulaire du compte bancaire ou postal), un « tiré » (la banque), et un « bénéficiaire » (le destinataire du chèque). Il est régi par les articles L 131-1 à L 131-88, R 131-1 à R 131-53 du CMF.

928 CSP, articles L 5145-5 & L 5145-6. Est prévue aussi la possibilité de prononcer une astreinte journalière.

929 CF, articles L 163-15 & L 163-16 (plantes aréneuses dunaires & fouilles dans les dunes de mer) & L 363-1 (bois et forêts).

930 CRPM, articles L 621-12 à L 621-38, R 621-38 à R 621-119.

vertu des textes applicables à sa forme sociale, « le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » (931).

EX2 : Les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) sont plafonnées à 1,5 million d'€ ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés ; « le montant de la sanction doit être fixé en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou les profits éventuellement tirés de ces manquements » (932).

2) Les sanctions en nature

Pour les personnes physiques, et depuis l'abolition de la peine de mort en 1983, la privation de liberté est sans doute la sanction en nature la plus importante en Droit Pénal : jusqu'à 10 ans d'emprisonnement pour les délits, et réclusion criminelle à temps ou à perpétuité pour les crimes. Mais le nouveau Code Pénal de 1992 a considérablement multiplié les occasions de prononcer des **peines complémentaires** à l'amende et à l'emprisonnement, qui peuvent être prononcées à chaque fois qu'une peine d'emprisonnement est encourue (933); d'autres textes peuvent prévoir des mesures de confiscation ou d'immobilisation de véhicules, de suspension ou d'annulation du permis de conduire ou du permis de chasser, etc...

Une peine en nature efficace est l'obligation pour le condamné de procéder à ses frais à une **publication judiciaire**, lorsque la loi le prévoit: c'est l'équivalent moderne du pilori du Moyen-Age, où les délinquants étaient exhibés en place publique avec un panneau explicatif, afin d'y subir outrages et quolibets. Deux autres peines originales sont le **travail d'intérêt général** et les « **jours-amendes** » : la première remplace une peine d'emprisonnement encourue par une personne physique et a une durée comprise entre 40 et 240 heures ; la seconde consiste à convertir une peine d'emprisonnement mesurée en jours en une amende, par fixation d'une valeur journalière de cette amende en fonction des ressources et charges du prévenu, avec un plafond de 300 €.

En matière de Droit Pénal spécial (Consommation, Propriété Intellectuelle, Environnement, Urbanisme...), on va trouver une grande variété de peines en nature telles que :

- démolition d'une construction édifiée sans permis de construire (934) ;
- confiscation de produits alimentaires falsifiés, au profit d'œuvres d'intérêt général, sauf cas de dangerosité entraînant la destruction des produits aux frais du condamné (935) ;
- destruction de « marchandises contrefaisantes » aux frais du condamné, ou remise de ces marchandises à la victime, en cas de contrefaçon de marque (936) ;
- remise en état de milieux naturels aquatiques détruits ou perturbés (937).

En Droit de l'Environnement, il convient de signaler l'existence de sanctions administratives originales visant à contraindre les professionnels à procéder aux investissements nécessaires pour prévenir une pollution ou une nuisance, ou y mettre fin: la **consignation d'office** d'une certaine somme, mécanisme proche du cautionnement en Droit Civil. Le préfet

931 C. Com., article L 464-2-I, alinéas 3 & 4.

932 CMF, article L 621-15-III, alinéa 5.

933 CP, article 131-6.

934 CU, article L 480-5 ; la jurisprudence de la Cour de Cassation considère que cette mesure est à la fois une peine en nature et une réparation civile.

935 C. Cons., articles L 213-3 & L 216-2.

936 CPI, article L 716-4.

937 C. Env., articles L 216-1-II (exécution d'office de travaux prescrits au titre de la police des eaux, en tant que sanction administrative), L 216-6, alinéa 2 (« restauration du milieu aquatique »), L 432-2, L 432-3 & L 432-4 (« mesures à prendre pour faire cesser l'infraction ou en éviter la récurrence ») ;

de département peut prendre une telle mesure dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale des eaux et des installations classées pour la protection de l'environnement (938), la somme ainsi consignée pouvant (et devant) être utilisée pour réaliser les investissements de « mise aux normes ».

Lorsque la responsabilité pénale d'une personne morale est établie pour un délit ou un crime, des peines en nature peuvent être prononcées en fonction de ce qui est prévu par la disposition législative répressive. L'article 131-39 du Code Pénal énumère les 9 mesures susceptibles d'être ordonnées par le texte applicable :

- 1°) La dissolution de la personne morale ;
- 2°) L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ;
- 3°) Le placement sous surveillance judiciaire pendant 5 ans au plus ;
- 4°) La fermeture d'un ou plusieurs établissements (usine, bureaux...) ;
- 5°) L'exclusion des marchés publics ;
- 6°) L'interdiction de faire appel public à l'épargne ;
- 7°) L'interdiction pendant 5 ans au plus d'émettre des chèques ou d'utiliser une carte de paiement ;
- 8°) La confiscation de la chose à l'origine de l'infraction ou qui en est le produit ;
- 9°) La publication de la décision juridictionnelle par voie de presse ou audiovisuelle.

En matière civile, les sanctions en nature sont fonction du contenu des demandes de la partie gagnante, le juge ne pouvant statuer *ultra petita* ou *extra petita* : livrer un bien, déguerpier de locaux, accomplir une prestation, mettre fin à des actes de contrefaçon, résilier un contrat, etc... Ces sanctions sont prononcées par voie d'**injonction**.

B) LES VOIES D'EXECUTION

Une fois une décision juridictionnelle devenue définitive, l'ordre juridique doit s'assurer que les injonctions et condamnations diverses sont bien respectées. Les parties intéressées, y compris éventuellement l'Administration, peuvent avoir recours à divers types de contraintes, appelées « **voies d'exécution** ». Elles sont du ressort des **huissiers de justice**, officiers ministériels disposant du pouvoir de dresser des actes authentiques et d'« instrumenter » avec l'assistance de la force publique. Un Code des voies civiles d'exécution est en projet.

Les plus fréquentes sont les **saisies**, dont il existe plusieurs variantes : saisie-vente classique, portant sur les biens mobiliers du débiteur avec certaines exceptions, saisie des rémunérations à la source (dans certaines proportions), saisie-attribution portant sur des comptes bancaires, saisie d'un véhicule terrestre à moteur, saisie immobilière...

A ! – La « *saisie-contrefaçon* » n'est pas une voie d'exécution, mais la recherche de preuves matérielles d'une contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle avant l'engagement d'une action en justice (939).

On doit également citer l'**expulsion**, en matière immobilière. La **contrainte judiciaire** est un archaïsme permettant d'infliger de l'emprisonnement pour une durée variant entre 5 jours et 4 mois pour dettes envers le Trésor Public du fait d'amendes non payées, sans d'ailleurs effacer la dette. Enfin, l'**astreinte**, fixée par la juridiction saisie sur le fondement d'un texte qui la

938 C. Env., articles L 162-14-II, L 216-1-II, L 514-1.

939 CPI, articles L 332-1 à L 332-4 (droit d'auteur), L 521-1 (dessins et modèles), L 615-5 (brevets), L 623-7 (certificat d'obtention végétale), et L 716-7 (marques).

prévoit, correspond à une somme d'argent proportionnelle à l'inexécution d'une injonction : elle est présente dans le contentieux civil, administratif et communautaire ; c'est une voie d'exécution particulièrement efficace.

EX1 : L'article L 437-20 du Code de l'Environnement prévoit la possibilité pour le juge pénal de prononcer une astreinte d'un montant de 15 € à 300 € par jour de retard dans l'exécution des mesures ou obligations imposées par le jugement ou l'arrêt en ce qui concerne les infractions à la législation sur la pêche, qui fait largement office de législation sur la protection des milieux naturels aquatiques.

EX2 : L'article 260 du TFUE permet à la CJUE d'imposer le paiement de sommes forfaitaires ou d'astreintes à un Etat membre condamné une première fois pour manquement et qui n'a pas procédé aux changements nécessaires (tant sur le plan du fait que du droit). Ainsi, la France a été condamnée à une amende forfaitaire de 20 millions d'€ et à une astreinte semestrielle de 58 millions d'€ pour manquement réitéré au respect des règlements de la PCP concernant la taille des poissons pêchés (CJCE, 12 juillet 2005, Commission c./ France).

II) GENERALITES SUR LA PROCEDURE ET LES VOIES DE RECOURS

A un niveau général, toute action en justice (Droit Privé) ou tout recours contentieux (Droit Public) voit sa recevabilité conditionnée par l'**intérêt à agir** de la personne qui exerce son droit d'ester en justice : c'est ce que traduisent les maximes « nul en France ne plaide par procureur » (940), ou encore « pas d'intérêt, pas d'action ». L'appréciation de l'intérêt à agir par la juridiction saisie donne parfois des résultats surprenants dans le contentieux administratif environnemental, en particulier en ce qui concerne la spécialité territoriale de l'association requérante : le recours est souvent jugé irrecevable si une association dont l'objet est national ou régional prétend intervenir sur une affaire locale, ou l'inverse ; ces artifices jurisprudentiels cachent mal le souci de réguler indirectement et de façon masquée le flux contentieux qui est, il est vrai, non négligeable.

A) LES REGLES FONDAMENTALES DE PROCEDURE

La procédure peut être définie comme l'ensemble des règles de mise en œuvre du fond du droit devant les juridictions compétentes : c'est donc essentiellement une question de forme pouvant porter sur les délais à respecter, les diligences à effectuer, les pièces à fournir ou à demander, les informations à transmettre (notifications), etc... Le non respect de ces règles précises et souvent complexes peut être fatal : une affaire potentiellement gagnée sur le fond peut être perdue du fait d'une erreur de procédure, et vice-versa. Les actes de procédure sont effectués par les **avocats** et, jusqu'à une date récente, les **avoués près les Cours d'Appel** (941), mais ils peuvent exceptionnellement être accomplis par les justiciables eux-mêmes dans certains types de litiges.

Trois mécanismes procéduraux essentiels doivent être sommairement connus, et sont communs aux trois codes de procédure, sous quelques réserves pour la procédure pénale qui est de nature législative (les règles de procédure étant généralement de nature réglementaire) : le principe du contradictoire et le droit de la preuve, l'obligation pour toute juridiction de ne se prononcer que sur ce qui lui est demandé, et les procédures d'urgence.

940 Le procureur dont il est question ici n'est pas un magistrat du ministère public (Parquet départemental ou Parquet général), mais un intermédiaire qui n'aurait aucun intérêt personnel dans l'affaire et qui jouerait simplement au justicier au profit d'autrui.

941 Cette catégorie d'officiers ministériels a été supprimée en 2011, et indemnisée.

1) Le principe du contradictoire

Ce principe veut qu'avant l'audience proprement dite, pendant la phase de « mise en état » (la préparation technique de l'audience), toutes les pièces produites par une partie, ainsi que ses « écritures » (les plaidoiries écrites) soient systématiquement communiquées à la partie adverse. Aucune des deux parties ne peut produire une pièce particulière à la dernière minute.

Le **principe du contradictoire** se concrétise aussi en matière d'expertise judiciaire, surtout en Droit Pénal : une personne poursuivie pénalement peut toujours exiger une contre-expertise, à ses frais et risques si elle est perdante par la suite. Le Droit communautaire (jurisprudence comprise) le reconnaît aussi (942).

EX1 : En matière de sécurité et de conformité des produits en général (Livre II du Code de la Consommation), l'article L 218-9 de ce code dispose que « les essais et analyses effectués dans le cadre de la recherche et de la constatation des infractions au présent livre sont contradictoires et le prix des échantillons dont la non-conformité à la réglementation n'a pas été établie est remboursé d'après leur valeur le jour du prélèvement. »

EX2 : En Droit Civil, un litige contractuel sur l'authenticité d'un tableau de maître à valeur vénale élevée (dol, erreur sur la substance de la chose...) donnera lieu à une contre-expertise à la demande d'une des parties.

2) L'interdiction de juger *ultra petita* ou *extra petita*

La juridiction saisie ne se prononce que sur ce qui lui est demandé : elle doit répondre aux demandes de chaque partie, positivement ou négativement, et rien qu'à ces demandes. Elle ne peut répondre à une demande qui n'a pas été formulée (juger « *ultra petita* ») ou allant au-delà de ce qui a été demandé (juger « *extra petita* »), comme attribuer des dommages-intérêts pour une somme supérieure à celle qui a été demandée (943). La seule exception consiste pour le juge à « **soulever d'office des moyens d'ordre public** » qui n'auraient pas été invoqués par une partie, mais c'est une occurrence rare.

3) Les procédures de référé

La justice étant lente, on a instauré des procédures d'urgence, qui, sans être très rapides, le sont nettement plus que les procédures normales. Ce sont les procédures de **référé**, prévues par le Code de Procédure Civile et le Code de la Juridiction Administrative, une partie de la doctrine allant jusqu'à considérer qu'il s'agit d'une juridiction spécifique. En matière civile, on peut invoquer un « trouble manifestement illicite » ou un « trouble imminent », et l'ordonnance de référé est susceptible d'appel, tout en bénéficiant de l'exécution provisoire et de la possibilité d'être assortie d'une astreinte. Dans le contentieux administratif, il existe 4 référés à caractère général (944) et 5 référés spéciaux.

942 CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01 (renvoi préjudiciel d'une juridiction allemande) : le droit à une « expertise complémentaire » en matière d'hygiène alimentaire est prévu par l'article 7§1 de la directive 89/397/CEE du 14 juin 1989 sur les contrôles officiels, remplacé le 1^{er} janvier 2006 par l'article 11§5 du règlement (CE) n° 882/2004 du 29 avril 2004 relatif aux contrôles officiels effectués pour s'assurer de la conformité avec la législation sur les aliments pour animaux et les denrées alimentaires et avec les dispositions relatives à la santé animale et au bien-être des animaux.

943 La tradition du « franc symbolique de dommages-intérêts » (maintenant l'euro symbolique) provient de cette règle prohibant l'*ultra petita* : la victime d'un préjudice qui ne souhaite obtenir qu'une condamnation morale ne peut la demander au juge, parce que cela revient à ne rien demander du tout ; elle doit donc demander une somme dérisoire, qui pourrait tout aussi bien être 0,50 F ou 0,30 €.

944 Référé-suspension, référé-liberté, référé-mesures utiles, référé-modification.

On appelle parfois « référé environnemental » le mécanisme prévu par l'article L 123-16 du Code de l'Environnement, qui dispose qu'en cas d'avis défavorable du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête consécutif à une enquête publique le juge administratif « fait droit » à une demande de suspension d'une décision administrative postérieure si cette demande « comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci ». De façon surprenante, le Conseil d'Etat a refusé de faire application de cette disposition pourtant claire et univoque (l'usage de l'indicatif pour « faire droit » équivaut à l'impératif s'agissant d'une autorité publique, administrative ou juridictionnelle), en estimant que le juge de ce référé pouvait écarter à titre exceptionnel l'application de cette disposition lorsque la suspension de la décision porterait une atteinte particulièrement grave à l'intérêt général : il s'agissait en l'espèce de l'arrêté ministériel modifiant le dispositif de la circulation aérienne en région parisienne (CE, Sect., 16 avril 2012, Commune de Conflans-Sainte-Honorine & a.).

Il existe un seul référé en procédure pénale, appelé référé-liberté lui aussi, et qui consiste à accélérer l'examen par la Chambre de l'instruction de l'appel interjeté sur l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui a prononcé le placement en détention provisoire d'un prévenu (en matière correctionnelle) ou d'un accusé (en matière criminelle).

Le principe du référé est qu'il ne préjuge pas de l'examen au fond de l'affaire : ce n'est pas parce qu'on a remporté le référé qu'on va l'emporter sur le fond, et inversement, mais la corrélation entre les deux mécanismes en termes de solution apportée au litige est assez forte. D'un point de vue pratique, les procédures de référé jouent un rôle essentiel pour les requérants en Droit Administratif, mais aussi devant le juge judiciaire.

B) LES VOIES DE RECOURS

1) L'appel

Dans son ensemble, le système juridictionnel prévoit ses propres déficiences : les juges n'étant pas infailibles, il est ainsi dominé par un principe appelé « double degré de juridiction », ce qui implique la possibilité de « faire **appel** » (ou, mieux encore : « interjeter appel ») d'un jugement rendu par les juridictions de bases (tribunaux). Tel est le rôle des Cours d'Appel (Droit Privé, y compris le Droit Pénal) et des Cours Administratives d'Appel (Droit Administratif).

L'appel n'est pas toujours possible, en raison du caractère insignifiant de certains litiges. On dit alors que le jugement de première instance est rendu « en premier et dernier ressort », par opposition au cas général où le jugement est rendu « en premier ressort seulement ». Ne sont pas susceptibles d'appel les jugements judiciaires où les demandes n'excèdent pas 3800 € (3720 € pour les Conseils de Prud'hommes) ainsi que les ordonnances sur requête du Président du TGI (en matière de saisie-contrefaçon, notamment). En matière pénale, l'appel est toujours possible, sauf pour certaines contraventions et en cas d'acquiescement en matière criminelle (945). En Droit Administratif, l'appel est généralement possible, sauf dans les cas où le Code de la Juridiction Administrative prévoit explicitement le contraire (946) ; mais les CAA ne sont pas compétentes dans toutes les matières, et le Conseil d'Etat est alors juge d'appel (947). Il est par ailleurs juge en premier et dernier ressort pour le contentieux de

945 CPP, article 546. En matière criminelle, l'appel contre un arrêt de Cour d'Assises est porté devant la Cour d'Assises du même lieu, autrement composée.

946 Par exemple, l'article L 523-1 du CJA prévoit que 3 des 4 procédures de référé décrites aux articles L 521-1 à L 521-4 du même code ne sont pas susceptibles d'appel.

947 CJA, articles L 321-1 & L 321-2.

l'annulation des actes administratifs à caractère réglementaire (décrets, arrêtés (inter)ministériels, certaines circulaires), ainsi que pour une partie du contentieux électoral.

L'appel a deux effets pratiques essentiels : l'**effet dévolutif** et l'**effet suspensif**. Le premier reflète le transfert intégral du litige, avec ses éléments de droit et de fait, à la juridiction d'appel, sauf si les parties ne contestent qu'une partie du jugement (pour un exemple, cf. 2.2.2.4. le trouble de voisinage allégué pour caquètement de poules, pour lequel l'effet dévolutif a tourné au désavantage de la « victime »). Il peut y avoir **appel incident** si la partie gagnante ne s'estime pas non plus satisfaite. Une des conséquences de l'effet dévolutif est le risque pour la partie perdante de perdre encore plus, surtout en matière pénale... L'effet suspensif se rapporte aux conséquences pratiques de l'exécution du jugement attaqué : interjeter appel suspend généralement l'exécution du jugement attaqué (948), mais il est des cas où, pour éviter les appels dilatoires, les premiers juges (pour l'ordre judiciaire) ont la possibilité de prononcer l'**exécution provisoire** du jugement. En Droit Administratif, le mécanisme est inversé : l'appel n'est pas suspensif d'exécution en principe, sauf si un jugement de **référé-suspension** (anciennement : « sursis à exécution ») a été obtenu sur le fondement de l'article L 521-1 du CJA ; deux conditions doivent être réunies : l'urgence et un « moyen sérieux » (949) ; les ordonnances accordant ou rejetant la demande de référé-suspension ne sont susceptibles que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat ;

EX : Rejet du référé-suspension demandé par deux exploitations agricoles à l'encontre de l'arrêté ministériel du 16 mars 2012 interdisant la mise en culture de variétés de semences de maïs OGM « MON 810 », pour défaut d'urgence (définition standard précisée ci-après) : cette variété n'est en effet pas commercialisée en France, et n'avait concerné que des surfaces très limitées avant l'adoption de l'arrêté par des exploitations l'ayant importée de pays voisins (Espagne notamment) ; « (...) l'ensemencement du maïs est, à cette période de l'année, largement réalisé ; (...) ainsi l'exécution de cet arrêté ne porte pas atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation des entreprises requérantes ou aux intérêts qu'elles entendent défendre pour constituer une situation d'urgence » (CE, ord., 18 mai 2012, EARL de Commenian & EARL de Candelon).

En Droit Pénal, le ministère public peut faire appel, comme il peut se pourvoir en cassation. Une partie civile qui a été accueillie ne peut ni faire appel ni se pourvoir en cassation quant au montant des dommages-intérêts alloués.

2) Le pourvoi en cassation

Les arrêts des Cours d'Appel ou les jugements rendus en premier et dernier ressort peuvent toujours être frappés d'un **pourvoi en cassation**, auprès de la Cour du même nom. A la différence de l'appel, qui porte à la fois sur le droit et le fait (le « fond » de l'affaire), le pourvoi en cassation ne porte que sur des points de droit (950) : compétence de la juridiction saisie, charge de la preuve, respect des textes applicables sur le fond, motivation suffisante et non contradictoire de l'arrêt ou du jugement... Il n'est pas suspensif d'exécution, sauf en

948 Exception notable au caractère suspensif de l'appel en matière pénale : l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire n'est pas suspensif, d'où l'intérêt du référé-liberté qui gomme quasiment cet effet à travers une procédure très accélérée.

949 CE, réf., 13 novembre 2002, Association « Alliance pour les droits de la vie » obtient en appel devant le Conseil d'Etat la suspension d'une décision du Ministre de la Recherche d'importer deux lignées de cellules souches pluripotentes d'origine humaine, alors que l'article L 2141-8 du CSP, dans sa rédaction alors en vigueur, l'interdit.

950 Par exemple, la Cour de Cassation refuse d'exercer son contrôle sur l'emplacement de la limite de salure des eaux en tant que fait juridique, soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond : Cass. Crim. 20 janvier 1993 ; Bull. Crim. n° 34.

matière pénale (procédure comprise). Il peut y avoir un **pourvoi incident**, comme il existe un appel incident.

La Cour de Cassation peut rejeter le pourvoi (environ 70% des cas), ou l'accueillir en cassant l'arrêt ou le jugement, soit totalement, soit partiellement. S'il y a des éléments de fait dans l'affaire - cas le plus fréquent - elle la renvoie devant une autre Cour d'Appel (« Cour de renvoi ») ; sinon, il y a cassation sans renvoi, parce que l'affaire se résume uniquement à des points de droit (951). Si la Cour de renvoi ne suit pas la Cour de Cassation et rend un « arrêt de rébellion », l'affaire revient logiquement devant la Cour de Cassation, mais pour la dernière fois : c'est un des motifs de rendre un arrêt d'Assemblée Plénière, qui va constituer une jurisprudence obligatoire.

EX : L'article L 481-1 du CRPM définit la convention pluriannuelle de pâturage et d'exploitation, qui est une des rares alternatives au bail à ferme dans les zones de montagne ou pastorales ; or cet article dispose que la durée et le loyer de ces conventions doivent être compris dans des limites fixées par arrêté préfectoral. Problème : peut-on considérer qu'une telle convention existe si l'arrêté préfectoral n'a pas été pris, ou s'il est incomplet sur l'un ou l'autre point, sachant que, si la réponse est négative, la convention est automatiquement requalifiée par le juge en bail à ferme, pénalisant pour le propriétaire et ne correspondant pas nécessairement aux souhaits du locataire ? Une réponse ministérielle de 1993 prétendait que non, contre l'avis d'une partie de la doctrine (dont nous-même). La 3^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation avait adopté en 2000 la même position que le ministère (Cass. Civ. 3, 21 juin 2000 ; Bull. Civ. III, n° 122) ; suite à un arrêt de rébellion de la Cour de renvoi, l'Assemblée Plénière a tranché en 2003 en faveur de celle-ci (952). Mais on restait dans l'incertitude quant à la validité de la convention dans l'hypothèse d'absence totale d'arrêté préfectoral. L'article 120 de la loi DTR de 2005 a précisé que ces conventions étaient conclues pour une durée minimale de 5 ans, durée applicable en cas d'absence d'arrêté préfectoral, et que, dans la même hypothèse, le loyer est fixé dans la fourchette prévue par l'article L 411-11, alinéa 3, du CRPM, c'est-à-dire pour les fermages. On mesure dans ce dossier la légèreté du comportement du législateur (adoption de textes incomplets), du Ministère de l'Agriculture (dogmatisme interprétatif, en dehors de tout recours au Conseil d'Etat dans sa fonction consultative) et du corps préfectoral (fonction prévue par la loi et non remplie, comportement de nature à engager la responsabilité de l'Etat pour faute, cf. 2.3.1.) ; les conséquences ont été des tensions inutiles sur le terrain et un « contentieux parasitaire », qui est allé jusqu'à mobiliser l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation.

En Droit Administratif, le système est différent et c'est le Conseil d'Etat lui-même qui, après avoir accueilli un **recours en cassation** (953), peut faire office de Cour de renvoi ; mais il peut aussi renvoyer l'affaire devant une juridiction du fond (954). La distinction entre appel et cassation n'est pas aussi nette dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire. Par ailleurs, il n'est pas d'usage que les Cours Administratives d'Appel fassent de la « rébellion » : elles sont en effet présidées par des conseillers d'Etat, et le caractère fortement prétorien du Droit Administratif a pour conséquence une forte propension à l'acceptation de la jurisprudence du Conseil d'Etat par les juridictions du fond (TA & CAA) ainsi que par la doctrine. Cela n'empêche pas que celles-ci puissent parfois pousser le Conseil d'Etat à infléchir sa jurisprudence. Il convient de préciser que dans les cas où le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort (notamment pour le recours en annulation d'actes réglementaires à caractère national), il n'y a ni appel ni recours en cassation.

951 Cf. Cass. Civ. 2, 21 novembre 2002, Société Jacquin c. / GIE D.D.C. IPE IV.

952 Cass. Plén., 28 mars 2003, Pollet c./ Commune de Villard-sur-Doron & autre.

953 L'expression « pourvoi en cassation » pour le Conseil d'Etat est acceptée.

954 Cf. par exemple, le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question de l'indemnisation des dégâts causés à l'agriculture par des espèces animales protégées.

3) L'opposition et la tierce-opposition

L'**opposition** est la voie de recours exercée par le justiciable qui a été jugé par défaut faute d'avoir été touché officiellement par l'assignation (convocation devant une juridiction) ; elle remplace en quelque sorte l'appel, qui n'est pas possible par hypothèse, et a comme lui un effet dévolutif et suspensif. Elle n'est possible qu'une fois, un second jugement par défaut ne pouvant faire l'objet de cette voie de recours.

La **tierce-opposition** obéit à la même logique, mais est exercée par un tiers au litige, qui a intérêt à faire opposition parce qu'il aurait sans doute eu intérêt à l'intervention (955) dans l'affaire.

III) LES DIFFERENTS TYPES DE CONTENTIEUX

A) LE CONTENTIEUX PENAL

1) L'action publique

Les juridictions pénales ne connaissent fondamentalement que d'une seule action : l'**action publique**, même si elles sont souvent amenées à se prononcer sur **action civile** intentée par la ou les victimes de l'infraction, qui demandent réparation du préjudice subi. Le déclenchement de l'action publique se fait soit d'office, de la part du ministère public (ou « Parquet »), soit sur plainte déposée par la victime ; toutefois, certaines infractions ne peuvent être poursuivies que par le Parquet. Celui-ci est par ailleurs destinataire des procès-verbaux dressés par les agents publics compétents pour exercer des missions de **police judiciaire**, et notamment :

- dans le domaine agricole et alimentaire : agents habilités de la répression des fraudes, des services vétérinaires d'hygiène alimentaire, de la surveillance biologique du territoire... ;
- dans le domaine environnemental : inspecteurs des installations classées, gardes-pêches, gardes nationaux de la chasse et de la faune sauvage, gardes du littoral, gardes-moniteurs des Parcs nationaux, certains ingénieurs forestiers spécialement habilités...
- en matière économique générale : agents compétents de la DGCCRF, de la métrologie, du GNIS et des autorités administratives indépendantes exerçant des missions de surveillance de certaines activités.

En dehors de ces catégories particulières de fonctionnaires ou d'agents publics compétents pour les infractions de Droit Pénal spécial, les textes applicables mentionnent le plus souvent les fonctionnaires de la **police nationale** et des **douanes**, ainsi que les militaires de la **gendarmerie nationale**. Policiers et gendarmes ont une compétence générale au niveau national pour les infractions relevant du Code Pénal (Droit Pénal général). La gendarmerie nationale a été dotée par le décret n° 2004-612 du 24 juin 2004 d'un Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique, mais la Direction centrale de la police judiciaire (Direction générale de la police nationale du Ministère de l'Intérieur) reste compétente pour l'action des Offices centraux pour la répression du trafic illicite des stupéfiants, d'une part, et pour la répression du trafic des armes, munitions, produits explosifs

955 L'intervention d'un tiers dans une procédure peut être volontaire ou forcée. L'intervention volontaire a pour but de soutenir une des parties, et suppose un intérêt à agir que la juridiction va contrôler et déclarer recevable ou irrecevable. L'intervention forcée d'un tiers est l'appel en garantie, qui consiste pour une partie au litige à mettre en cause un tiers à sa place au regard des prétentions de la partie adverse ; la juridiction va statuer et admettre ou rejeter l'appel en garantie.

et matières nucléaires, d'autre part. Certains agents des douanes ont depuis quelques années une compétence de police judiciaire (Service douanier central de police judiciaire), en plus de leurs compétences traditionnelles relevant du Code des Douanes. Certains fonctionnaires de la Direction Générale des Impôts sont compétents pour les infractions fiscales prévues par le Code Général des Impôts et le Livre des Procédures Fiscales.

L'article 40 du Code de Procédure Pénale prévoit que tout fonctionnaire (dans l'exercice de ses fonctions) est tenu de saisir le Parquet de toute infraction dont il peut avoir connaissance ; cette obligation, qui ne fait l'objet d'aucune sanction particulière, se combine difficilement avec les règles du statut de la fonction publique concernant les relations hiérarchiques ; quoi qu'il fasse, le fonctionnaire pris dans cette situation peut toujours faire l'objet de reproches...

D'une manière générale, le Parquet est « maître de l'opportunité des poursuites », et peut donc ne pas relayer la plainte de la victime, les possibilités pour celle-ci de contourner l'obstacle étant plus théoriques que réelles. Il n'existe pas de recours contre un refus de donner suite à une plainte (956), et le comportement des services de police et de gendarmerie qui ont pour mission de recevoir les plaintes des particuliers est parfois erratique et discriminatoire, pour différentes raisons.

La procédure implique ensuite soit la saisine d'un juge d'instruction, qui est un magistrat du siège appartenant au TGI, soit une simple enquête préliminaire effectuée par la police ou la gendarmerie nationale sur ordre du Parquet, ou encore une enquête de « flagrance » (« flagrant délit » ou « crime flagrant ») à l'initiative des services de police et de gendarmerie eux-mêmes. L'instruction est obligatoire en matière criminelle, inexistante en matière contraventionnelle, et occasionnelle en matière correctionnelle. Le juge d'instruction « instruit à charge et à décharge » du ou des prévenus, mais dans le cadre d'une saisine définie en termes de champ d'investigation par le **réquisitoire introductif** du Parquet, éventuellement complété par des **réquisitoires supplétifs** ; il a autorité sur les enquêteurs de la police ou de la gendarmerie, auxquels il délivre différents types de **mandats** ou des **commissions rogatoires** (957) pour les besoins de l'enquête. Il dispose de pouvoirs très étendus, comme celui de prononcer la détention provisoire d'un prévenu, d'intercepter sa correspondance, de procéder à des perquisitions, etc..., et rend à cet effet des **ordonnances** (958) susceptibles d'appel devant la Chambre de l'instruction de la Cour d'Appel.

956 Il convient de souligner à cet égard que « porter plainte » en matière pénale n'est pas synonyme de protester : on porte plainte parce qu'on est victime d'une ou plusieurs infractions, que l'on doit caractériser précisément, et non pas parce qu'on n'est pas content de quelque chose à un niveau général. L'attitude réservée du Parquet ou des services de police ou de gendarmerie s'explique du fait que beaucoup de plaintes sont fantaisistes, médiatiques, inconsistantes et mal ficelées ; il n'en demeure pas moins que ces différents services se comportent parfois de façon étrangement sélective... Le principe constitutionnel d'égalité n'y trouve pas son compte.

957 Il ne s'agit pas ici du contrat de mandat, mais d'injonctions portant atteinte à la liberté de la personne physique pour les besoins de l'enquête : mandat de comparution, mandat d'amener, mandat d'arrêt, mandat de dépôt (jusqu'en 2001, où c'est le juge de la liberté et de la détention qui a autorité pour ce type de mandat). Il n'existe pas de « mandat de perquisition » en tant que tel, mais les commissions rogatoires, au contenu plus général et plus large que les mandats, peuvent les rendre légalement possibles, de même que les enquêtes de « flagrance » des OPJ et les enquêtes préliminaires, diligentées par le Parquet.

958 Il ne s'agit pas ici des ordonnances du type « décret-loi », mais de décisions juridictionnelles prises par le magistrat sur le fondement de dispositions législatives précises : ordonnances de non-lieu, de refus d'informer, de mise en détention provisoire ou de mise en liberté, de renvoi devant le Tribunal Correctionnel ou la Cour d'Assises. Les ordonnances sur requête ou de référé sont rendues par les Présidents des formations de jugement du TGI ou de la Cour d'Appel.

Depuis plusieurs années, les modifications de la législation en matière de procédure pénale ont considérablement renforcé les pouvoirs du Parquet et des forces de sécurité intérieure par rapport au juge d'instruction sur l'impulsion et la gestion des missions de police judiciaire ; le CPP a subi de façon échelonnée des modifications substantielles, qui ne font pas l'unanimité chez les magistrats et les avocats. Ainsi le Parquet, qui oriente l'activité des services enquêteurs dès le début d'une affaire, peut-il procéder à des enquêtes préliminaires interminables en s'abstenant de demander au TGI de désigner un juge d'instruction, moyen d'« enterrer » discrètement une affaire « sensible », l'autre moyen principal étant de contester systématiquement les ordonnances des juges d'instruction estimées inopportunes ou embarrassantes pour le pouvoir exécutif. De ce fait, la suppression envisagée des juges d'instruction au profit d'un Parquet tout puissant, mais non indépendant du pouvoir exécutif (via le Procureur Général près la Cour d'Appel subordonné au Ministre de la Justice) laisse présager un important recul de l'indépendance de la magistrature au profit du pouvoir exécutif, et un contrôle très affaibli par celle-ci de l'activité des forces de sécurité intérieure dont les excès et les abus de pouvoir sont redoutables pour les libertés fondamentales.

2) La constitution de partie civile

Bien que ne ce ne soit nullement obligatoire, une plainte déposée par une victime s'accompagne souvent d'une **constitution de partie civile** : la victime demande alors au juge pénal de lui attribuer des dommages-intérêts, l'autre branche de l'alternative étant la possibilité d'exercer une action civile en réparation du préjudice distincte de l'action publique, à supposer que celle-ci débouche positivement pour la victime. Mais l'article 2, alinéa 1^{er}, du Code de Procédure Pénale dispose que, pour être recevable dans sa démarche, la partie civile doit avoir « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Cela peut poser problème dans le cas des personnes morales de Droit Privé qui défendent des intérêts collectifs : association et syndicat professionnel.

L'article L 2132-3 du Code du Travail dispose que le syndicat peut se constituer partie civile « relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent », quand bien même la victime n'en serait pas adhérent. S'agissant des associations, les articles 2-1 à 2-16 du Code de Procédure Pénale énumèrent un certain nombre de domaines où une association peut se constituer partie civile pour un préjudice indirect (959) : protection des animaux, de l'enfance maltraitée, des victimes d'attentats, lutte contre la délinquance routière, la toxicomanie, etc... Par ailleurs, un agrément administratif, octroyé sous certaines conditions, permet aux associations de défense des consommateurs, des épargnants et aux associations de protection de l'environnement de faire de même (960).

Les personnes morales de Droit Public peuvent se constituer partie civile lorsque la loi le prévoit.

959 On doit rappeler qu'une association victime d'une infraction (vol, dégradations de biens, diffamation...) peut sans problème particulier se constituer partie civile pour un préjudice direct.

960 C. Cons., articles L 421-1 à L 421-5, R 411-1 à R 411-7 ; CMF, articles L 452-1 à L 452-4, D 452-1 à D 452-8 ; C. Env., articles L 141-1, R 141-1 à R 141-20.

B) LE CONTENTIEUX CIVIL

Le contentieux civil se caractérise par une grande diversité d'**actions en justice**, certaines étant très fréquentes et d'autres plus rares. Ces actions sont en général exercées devant le TGI, qui a une compétence générale en Droit Civil, ou devant les juridictions d'exception ayant des compétences particulières : ainsi le Tribunal de Commerce a t'il une compétence générale pour trancher les litiges entre commerçants. Le Tribunal d'Instance (TI) a cependant une compétence générale pour les actions personnelles et mobilières d'un enjeu inférieur à 7600 €, mais aussi des compétences spéciales (961). Le TGI a parfois des compétences spéciales, notamment en matière de baux commerciaux et de droits de propriété industrielle, au détriment du Tribunal de Commerce ; il est aussi compétent pour juger des litiges relatifs à l'exécution des contrats relatifs aux SPIC locaux au détriment du TA, quand bien même une des parties au litige serait une commune ou un EPCI.

1) Actions liées à la responsabilité civile

L'**action en réparation d'un préjudice** est omniprésente ; elle se greffe sur beaucoup d'autres actions, comme l'**action en contrefaçon** en matière de propriété intellectuelle ou l'**action résolutoire** (cf. ci-après), et elle irrigue les systèmes de responsabilité civile étudiés. L'**action en concurrence déloyale** en est une variante autonome, et remplace ou dédouble souvent l'action en contrefaçon.

2) Actions liées aux contrats et aux droits personnels

L'**action en exécution forcée** d'un contrat par le créancier d'une obligation est fréquente: recouvrement d'une somme d'argent, livraison d'un équipement ou de marchandises, exécution d'un travail... Mais le même créancier peut, s'il le juge préférable, éviter d'exercer cette action en justice pour faire jouer en sa faveur l'**exception d'inexécution du contrat** (*exceptio non adimpleti contractus*) ; il peut alors suspendre l'exécution de ses obligations vis-à-vis du co-contractant défaillant, sans exercer aucune action en justice :

EX1 : L'employeur, débiteur de l'obligation de verser les salaires, ne paie pas ses salariés en grève, débiteurs de l'obligation de fournir le travail convenu.

EX2 : Une entreprise de fourniture d'énergie ou de télécommunications « coupe » de l'accès au réseau un abonné qui ne paie pas ses factures.

En matière de contrats, lorsque l'exécution forcée est impossible ou inintéressante pour le créancier de l'obligation, celui-ci peut demander la **résolution** du contrat (**action résolutoire**), celle-ci se distinguant de la **résiliation** en ce qu'elle a un caractère rétroactif : le contrat est censé n'avoir jamais produit d'effets. L'action résolutoire est sur ce point similaire à l'**action en nullité** du contrat, liée à un vice du consentement ou à une condition sur la capacité des parties ou sur la cause ou l'objet du contrat ; on distingue la nullité relative, qui est invoquée par une partie au contrat, de la nullité absolue, qui peut être invoquée par un tiers y ayant intérêt. Parmi les vices du consentement, la lésion donne lieu à une action spécifique, l'**action en rescision** : le contrat est « rescindé » par le juge, c'est-à-dire rééquilibré, et non annulé.

961 On citera par exemples les actions possessoires, exposées plus loin, la fixation de l'assiette de la servitude de passage en cas d'enclave, et les litiges relatifs à la petite voirie rurale.

L'**action en résiliation** est possible lorsque la loi le prévoit (962), ou le contrat lui-même.

Certaines actions ont un caractère triangulaire :

- l'**action oblique** permet au créancier d'exercer tous les droits et actions de son débiteur, « à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne » : il peut donc poursuivre le débiteur du débiteur, mais n'a aucun droit de préférence sur la somme récupérée, qu'il devra partager avec les autres créanciers éventuels ;
- l'**action directe** est une variante exceptionnelle de l'action oblique et est prévue par des dispositions législatives particulières ; le créancier a alors un droit de préférence.

3) Actions liées aux droits réels

Les **actions pétitoires**, qui tendent à la reconnaissance ou à la négation d'un droit réel, ne peuvent être exercées en même temps que les **actions possessoires**, qui protègent la possession immobilière et sont au nombre de trois :

- la **complainte**, qui a une portée générale contre tout trouble possessoire ;
- la **dénonciation de nouvel œuvre**, qui vise à mettre en échec un trouble possessoire imminent ou en cours ;
- l'**action en réintégration**, qui vise à rentrer à nouveau en possession d'un bien dont on a été dépossédé.

Les actions pétitoires sont :

- l'**action en revendication**, qui vise à la reconnaissance du droit de propriété ;
- les **actions confessoires** (faire reconnaître l'existence du droit) ou **négatoires** (faire reconnaître l'inexistence du droit) concernent les autres droits réels principaux.

L'**action en bornage** consiste à contraindre son voisin à délimiter les limites des deux fonds sur le terrain ; elle se fait à frais communs (rémunération du géomètre-expert), sauf convention autre entre les parties.

C) LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Les types de contentieux administratifs et les **recours** qui les caractérisent sont certainement moins nombreux que les actions du contentieux civil. On peut les regrouper en quatre grandes catégories, plus une rubrique « divers ». Les recours sont exercés par une personne privée ou publique contre une personne publique, qui a nécessairement un représentant (préfet ou ministre pour l'Etat, maire pour la commune, présidents des Conseils généraux ou régionaux, présidents ou directeurs des établissements publics, selon le cas...). Lorsque l'Etat est exceptionnellement présent devant le juge judiciaire (notamment en matière de propriété intellectuelle), il est représenté par l'**Agence judiciaire de l'Etat**, service du Ministère de l'Economie et des Finances.

1) Le contentieux fiscal

Les juridictions administratives ont une compétence générale pour apprécier les litiges relatifs à l'**assiette des impôts et taxes** (Code Général des Impôts) sur recours des contribuables. Il

962 Par exemple, le propriétaire (bailleur) peut demander la résiliation du bail rural en cas de dégradation du fonds par le preneur ou de non paiement des fermages dans certaines conditions (CRPM, article L 411-31).

s'agit d'une matière éminemment complexe et technique, apanage de juristes spécialisés qui sont aussi souvent des conseillers en gestion fiscale.

En revanche, le contentieux des **droits de douane** et des **accises** (droits indirects sur les alcools, le tabac et les produits pétroliers) est de la compétence des juridictions judiciaires.

2) Le contentieux de l'annulation

Dans ce type de contentieux, le juge administratif est invité à prononcer l'annulation :

- d'élections locales (963) ;
- de contrats administratifs (équivalent de l'action en nullité) ;
- d'actes administratifs unilatéraux appartenant essentiellement aux trois catégories : règlements, décisions individuelles et décisions d'espèce (**recours pour excès de pouvoir**) ; mais la notion d'acte administratif unilatéral susceptible de faire l'objet de ce recours est plus large, et peut concerner des lettres, certains avis et circulaires outrepassant leur rôle indicatif et descriptif, ainsi que le silence de l'Administration, lorsqu'il vaut refus ou accord tacite par rapport à une demande qui lui est formulée.

Le recours pour excès de pouvoir joue un rôle essentiel dans le contrôle de la société civile (au sens sociologique du terme) sur les actes de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, ou des établissements publics : entreprises, organismes professionnels ou privés en tout genre, particuliers, voire d'autres personnes publiques peuvent remettre l'Administration dans le droit chemin lorsqu'elle s'en écarte. En Droit de l'Environnement et de l'Urbanisme, les associations de protection de l'environnement, de pêcheurs ou de défense de riverains en font un usage massif, et les organisations professionnelles (syndicats ou associations) l'utilisent aussi pour écarter de leur champ juridique des dispositions réglementaires gênantes. C'est un recours quasiment gratuit lié à l'absence de ministère d'avocat obligatoire en première instance, ainsi qu'à l'absence de frais de justice, à l'exception des expertises et du transport des magistrats sur le terrain.

En ce qui concerne la décentralisation, c'est par ce recours que passe le **contrôle de légalité**, dans l'articulation entre la loi et les règlements (décrets et arrêtés) ; le préfet de département exerce ce contrôle sur les actes administratifs pris par les collectivités territoriales et leur exécutif, dans le cadre du **déféré préfectoral** : après un contrôle censé être systématique, il défère l'acte qu'il estime entaché d'illégalité au Tribunal Administratif après avoir vainement invité la collectivité ou son exécutif à procéder au retrait de l'acte.

La manière dont l'Administration « excède son pouvoir » peut prendre quatre formes :

- l'acte attaqué a été pris par une autorité administrative incompétente (**incompétence**, juridiquement s'entend...) ;
- il a été pris aux termes d'une procédure irrégulière ou faisant défaut, ou par une instance irrégulièrement composée, ou selon une motivation inexistante ou insuffisante (964) (**vice de forme ou de procédure**) ;

963 Le Conseil Constitutionnel est compétent pour apprécier la régularité des élections législatives et présidentielles, ainsi que des référendums.

964 Il n'existe pas d'obligation générale de motivation des actes administratifs unilatéraux, mais pour certains d'entre eux seulement : les actes administratifs individuels à contenu négatif (refus d'autorisation) ou accordant une dérogation (peut-être au détriment de tiers), et, lorsque la loi le prévoit spécifiquement certains actes réglementaires : par exemple, possibilité pour le maire d'interdire ou de réglementer par arrêté municipal motivé

- **violation de la loi** ou d'un principe général du droit, y compris dans l'hypothèse de l'erreur de droit (application d'un texte qui n'est pas applicable, en vertu du principe de l'indépendance des législations) (965);

- **détournement de pouvoir** : l'autorité à l'origine de l'acte a utilisé ses pouvoirs soit pour nuire à certaines personnes, soit pour les favoriser (ce qui est plus fréquent qu'on ne croit au niveau des collectivités territoriales, mais est toujours très difficile à prouver).

Les deux premiers motifs d'annulation de l'acte concernent sa **légalité externe** ; les deux autres concernent sa **légalité interne**. Un bon recours doit s'efforcer de mobiliser des moyens dans chacun de ces deux champs de la légalité/illégalité (966). Depuis 1995, il est possible d'obtenir des injonctions assorties d'astreintes contre l'Administration, si certaines conditions sont réunies (967).

L'acte administratif unilatéral susceptible de faire l'objet d'un tel recours peut prendre des formes très diverses : décrets et arrêtés de toute catégories, certaines circulaires ou instructions administratives, décisions du directeur général de l'ANSES ou de l'ANSM, simples lettres, voire le silence de l'Administration à une demande écrite, dans certaines conditions. En revanche, les réponses ministérielles aux questions des parlementaires ne rentrent pas dans cette catégorie.

Un cas extrême d'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir a été la désignation par voie de palabre d'un « sénat coutumier » kanak, malgré l'invocation de son caractère « secret » et « sacré » par les défenseurs au recours (TA de Nouvelle-Calédonie & Mata Utu, 10 novembre 2005, Chefferie N'umia Kambwa, Wecho Pweyta et clan Kambwa Wecho Pweyta). Les militaires de la gendarmerie sont compétents pour transposer par écrit le résultat de ces palabres coutumières.

La **recevabilité** d'un recours pour excès de pouvoir est subordonnée à plusieurs conditions :

- le requérant doit avoir « intérêt à agir » (condition commune à tous recours et toutes actions) ;
- il doit exercer le recours dans un certain délai à dater de la publication ou de la notification de l'acte attaqué, délai qui est de 2 mois sauf texte prévoyant un délai différent ;
- l'acte administratif attaqué doit avoir un caractère décisoire et doit « faire grief », c'est à dire produire des effets tangibles à caractère négatif pour le requérant : c'est ce qui explique l'admission de recours contre certains textes indicatifs ou le silence gardé pendant un certain temps face à une demande, en fonction des textes applicables ;
- il ne doit pas exister de recours parallèle, tel qu'un recours gracieux obligatoire.

Lorsque le délai de recours à exercer contre un acte réglementaire est expiré, il est encore possible de l'attaquer par la voie de l'**exception**, à condition d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre un acte qui lui est subordonné : on soulève l'exception d'illégalité de l'acte

la circulation motorisée sur certaines voies ou dans certains secteurs de la commune, avec pouvoir de substitution du préfet (cf. note 802). La jurisprudence administrative est attentive à la précision de cette motivation.

965 TA Rennes, 20 mars 1991, GAEC de Kervoric : annulation de la décision de l'Etablissement départemental de l'élevage (EDE) du Morbihan, association dépendant de la Chambre d'Agriculture, qui a illégalement subordonné la délivrance de certificats de filiation de bovins du GAEC au maintien du contrôle des performances, condition non prévue par le décret n° 69-422 du 6 mai 1969 d'application de la loi du 28 décembre 1966 sur l'élevage ; l'EDE avait certainement de bonnes raisons zootechniques de procéder ainsi, mais il n'avait pas à inventer des règles de droit inexistantes et à excéder son pouvoir (violation de la loi *lato sensu*, ici un décret d'application). A noter l'intervention jugée recevable d'une association des éleveurs de bovins « Blonde d'Aquitaine » du Finistère et du Morbihan, qui soutien le GAEC de Kervoric dans la procédure.

966 Sur le plan terminologique, pour désigner la non conformité à la loi, on emploie les termes légal/illégal (ou légalité/illégalité) en Droit Administratif, mais licite/illicite (ou licéité/illicéité) en Droit Privé.

967 CJA, articles L 911-1 à L 911-3.

réglementaire pour obtenir celle de l'acte subordonné que l'on attaque (968). Lorsque cette illégalité par voie d'exception a été constatée par le juge administratif dans une décision passée en force de chose jugée, l'Administration a l'obligation de l'abroger (969) ; dans cette hypothèse, le juge civil doit en tenir compte si la solution du litige qui lui est soumis dépend de l'acte administratif en question. Mais ce mécanisme de la voie d'exception ne s'applique ni aux décisions d'espèce ni aux actes individuels.

Selon une ancienne formule doctrinale, le recours pour excès de pouvoir n'est pas vraiment un litige entre deux personnes, mais plutôt « un procès fait à un acte ». Cette particularité est à mettre en relation avec le principe du privilège du préalable, qui se concrétise ici par le caractère immédiatement exécutoire (c'est-à-dire concrètement contraignant) de l'acte, même une fois le recours introduit : d'où l'importance de l'enjeu du référé-suspension pour briser cet effet. Le même mécanisme ne saurait exister dans les relations entre personnes privées : le caractère exécutoire d'un acte juridique doit être reconnu par une juridiction pour produire ses effets.

3) Le contentieux de pleine juridiction

Ce type de contentieux s'oppose au contentieux de l'annulation en ce que le juge administratif ne va pas simplement redresser l'action administrative qui se manifeste dans un acte illégal, mais aussi la juger comme tout un chacun : tel est le cas pour le **contentieux indemnitaire** (équivalent de l'action en réparation du préjudice) lorsque la responsabilité de la puissance publique est recherchée (pour faute ou « sans faute »).

Relèvent aussi de ce contentieux, qui implique le ministère d'avocat, les situations où le juge peut selon la loi se substituer à l'Administration, telles que :

- l'octroi d'un agrément associatif refusé, ce refus ayant fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (970) ;
- l'octroi d'une autorisation préalable au titre de la police de l'eau et des milieux aquatiques et de la police des installations classées pour la protection de l'environnement (971) ;
- les décisions prises par l'autorité administrative compétente dans le régime de la responsabilité environnementale abordé en 2.4. (972).

4) Le contentieux répressif des contraventions de grande voirie

Lorsque la loi le prévoit, les atteintes de toute nature au domaine public de l'Etat sont sanctionnées par des **contraventions de grande voirie** : condamnation à une amende et à la remise en état. Les juridictions administratives sont compétentes en lieu et place des juridictions pénales pour ce contentieux répressif. La procédure est introduite par le préfet de

968 Par exemple, on attaque un permis de construire en demandant la constatation de l'illégalité du document d'urbanisme sur le fondement duquel il a été accordé.

969 CE, Ass., 3 février 1989, Compagnie Alitalia.

970 C. Env., article L 141-1, alinéa 6.

971 C. Env., articles L 211-6 & L 514-6.

972 C. Env., art. L 165-1.

département, qui a une compétence générale pour les affaires domaniales, et l'on ne peut déposer plainte, puisque l'Etat est censé protéger sa propriété (973).

La **police de la conservation du domaine public** n'est pas considérée comme une police administrative spéciale : c'est une prérogative de propriétaire, comme il en existe pour la propriété privée ou la domanialité privée des personnes publiques.

5) Autres contentieux

Il existe d'autres contentieux, peu fréquents et jouant un rôle mineur :

- le recours en **rectification d'erreur matérielle** ;
- le contentieux de l'**interprétation de l'acte administratif obscur** : ce recours ne peut être exercé isolément, et doit se rattacher à un autre recours (généralement l'excès de pouvoir) ;
- le contentieux de l'**appréciation de légalité** : le juge administratif est invité par le juge civil (974) à apprécier la légalité d'un texte réglementaire qu'il est susceptible d'appliquer pour trancher un litige civil ; cette procédure d'interrogation d'un juge par un autre juge, au domaine de compétence différent, s'appelle « **renvoi préjudiciel** » ou « **question préjudicielle** ».

D) LE CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE

Le Droit communautaire/de l'Union met en jeu un contentieux qui est très proche du contentieux administratif. Il présente la particularité de mettre en scène les institutions communautaires comme si elles avaient la personnalité juridique : Conseil contre Commission notamment. On y retrouve deux types de recours qui sont identiques au recours pour excès de pouvoir et au contentieux indemnitaire de pleine juridiction :

- le **recours en annulation** contre un texte de droit dérivé par un Etat membre, le Conseil ou la Commission, ou par une personne privée y ayant intérêt (975) ;
- le **recours en responsabilité**, pour les dommages causés par les institutions communautaires ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions.

Il existe aussi un recours d'un agent ou d'un fonctionnaire d'une institution communautaire (la Commission en particulier) pour des questions relatives à son travail, ce qui se rapproche du contentieux devant le Conseil des Prud'hommes en France. Mais la spécificité du contentieux communautaire se traduit par l'existence de deux autres recours ainsi que d'un mécanisme de renvoi préjudiciel :

- le **recours en manquement**, exercé par la Commission contre un Etat membre, et parfois par un Etat membre contre un autre (976), pour violation du Droit Communautaire : absence

973 Mais il est possible de contourner l'obstacle en cas de carence préfectorale, en exerçant un recours pour excès de pouvoir contre le refus implicite du préfet auquel on demande d'agir contre les infracteurs, recours assorti d'une demande d'injonction qui doit normalement être accordée, le préfet étant en situation de compétence liée en l'espèce (CE, Section, 23 février 1979, Association des Amis des chemins de ronde).

974 Le juge pénal n'a pas besoin de suivre cette procédure : il est compétent pour interpréter ou apprécier la légalité de tout acte administratif unilatéral, réglementaire ou individuel (CP, article 111-5).

975 S'agissant des personnes privées (entreprises et organisations professionnelles ou associatives), ce recours est quasiment impossible à exercer en pratique, en raison d'une jurisprudence très restrictive de la CJCE/CJUE sur la recevabilité du recours (intérêt à agir).

976 La Commission doit cependant être préalablement saisie et son silence pendant un délai de 3 mois vaut abstention d'exercer le recours et laisse l'Etat requérant libre de poursuivre la procédure ; cela ne se produit pas en pratique.

de transposition d'une directive dans le délai imparti, octroi d'aides publiques contraires au TFUE ou n'ayant pas fait l'objet de la procédure de notification prévue par celui-ci, etc... ;

- le **recours en carence** est le recours inverse : Etat membre contre Commission, pour un manquement de celle-ci aux dispositions du TFUE, et il est rare.

Ces deux recours ne sont pas ouverts aux personnes privées, mais le recours en manquement peut être déclenché indirectement par une « plainte » déposée auprès de la Commission et suivie d'effet, la Commission appréciant souverainement les faits et sa décision n'étant susceptible d'aucun recours (rôle identique à celui du Parquet français en matière pénale).

Le **renvoi préjudiciel** est la procédure selon laquelle une juridiction d'un Etat membre devant appliquer le Droit Communautaire/de l'Union éprouve une difficulté à le faire, par manque de certitude. Elle peut – et elle doit, s'il s'agit d'une juridiction suprême – transmettre la ou les questions litigieuses à la CJUE, qui se prononce exclusivement sur la solution à donner à ces questions en Droit Communautaire. La juridiction nationale peut alors trancher le litige, sans pouvoir s'écarter de la solution retenue par la CJCE/CJUE.

EX1 : Dans l'affaire du « vin sans l'alcool » mis sur le marché par une Union de coopératives vinicoles, le Tribunal Correctionnel de Carcassonne, a posé à la CJCE une question concernant l'interprétation d'un règlement communautaire de 1991 sur la définition juridique du vin ; il ressort de ce texte que le vin contient nécessairement de l'alcool (CJCE, 27 juillet 1991, Ministère public c./ R.G.). Par voie de conséquence, un produit sans alcool (ou « sans l'alcool ») ne peut être dénommé « vin ».

EX2 : Le Conseil d'Etat a posé à la CJCE une question préjudicielle concernant la conformité à la directive 96/61/CE du 24 septembre 1996 modifiée du décret n° 2005-989 du 10 août 2005 modifiant la nomenclature ICPE et relevant le seuil du régime d'autorisation préalable pour les élevages intensifs: le point 6.6.(a) de l'annexe 1 de cette directive prévoit un régime d'autorisation préalable pour les élevages intensifs de volailles de plus de 40000 emplacements, sans précision sur les espèces concernées, alors que la nomenclature réglementaire française prévoit un système d'animaux équivalents pour les cailles, perdrix et pigeons (977). La CJCE a estimé que le système français de calcul d'animaux-équivalents à des volailles domestiques classiques, non prévu par la directive mais non exclu par celle-ci, n'était pas justifié ; par ailleurs, elle a interprété la notion de « volailles » comme comprenant ces trois espèces non domestiques à l'origine, mais faisant l'objet d'un élevage (CJCE, 22 janvier 2009, aff. C-473-07). En conséquence, le Conseil d'Etat a annulé partiellement le décret en question (CE, 23 avril 2009, ANPER-TOS & autres).

EX3 : Sur renvoi préjudiciel de la Cour de Cassation saisie des conséquences de la « marée noire » causée par le pétrolier « Erika » sur le littoral breton en décembre 1999, la CJCE a estimé que les boulettes de fioul lourd mélangées à du sable et des algues et échouées sur le rivage étaient des déchets au sens de la législation communautaire, alors que ce produit issu du raffinage pétrolier n'est pas un déchet en lui-même (CJCE, 24 juin 2008, Commune de Mesquer c./ Total France SA ; Cass. Civ. 3, 17 décembre 2008, Commune de Mesquer). Si la Cour d'Appel de renvoi (Bordeaux) ne rend pas un « arrêt de rébellion » et reconnaît la responsabilité du groupe pétrolier français en tant que producteur de ce déchet, il devra rembourser à la commune l'ensemble des frais de dépollution par elle engagés; dans l'hypothèse contraire, un arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation devrait fixer une jurisprudence obligatoire en ce sens.

L'essentiel de la jurisprudence communautaire dans le domaine du vivant est alimenté par les renvois préjudiciels et les recours en manquement. La France est très souvent condamnée en manquement dans le domaine environnemental, et figure parmi les plus mauvais Etats membres (avec la Grèce et le Portugal) en matière de non transposition de directives.

EX1 : L'arrêt de la CJCE « Cassis de Dijon » de 1979, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction financière allemande, est la décision fondatrice d'une jurisprudence abondante concernant les produits alimentaires ou autres, et d'une doctrine dite du « principe de la reconnaissance mutuelle » par chaque Etat membre des produits et services légalement mis sur le marché d'un Etat membre dans le contexte de l'absence d'harmonisation communautaire par voie de règlements ou de directives ; cf. une application de ce principe (plutôt que « règle ») dans l'article 3 de l'arrêté du 29 avril 2002 concernant les critères organoleptiques et physicochimiques auxquels

977 CE, 7 mai 2007, Association nationale pour la protection des eaux et rivières-TOS, conclusions du commissaire du gouvernement Yann AGUILA (AJDA n° 29/2007): demande de question préjudicielle sur l'interprétation du § 6.6 de l'annexe I de la directive 96/61/CE du 24 septembre 1996 modifiée relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution.

doit répondre le « beurre pasteurisé A » (JORF du 4 mai 2002), ou dans l'article 25 du décret n° 2007-628 du 27 avril 2007 relatif aux fromages et spécialités fromagères.

EX2 : Condamnations en manquement de la France pour non respect de la directive 79/409/CEE du 2 avril 1979 relative à la conservation des oiseaux sauvages, soit en ce qui concerne la fixation des dates limites de la période de chasse aux oiseaux migrateurs chassables (CJCE, 7 décembre 2000, CCE c. / RF, aff. n° C-38/99), soit pour insuffisance ou inaction en matière de désignation des « zones de protection spéciale » servant d'habitats à ces espèces (CJCE, 18 mars 1999, CCE c. / RF, aff. n° C-166/97, Estuaire de la Seine ; CJCE, 25 novembre 1999, CCE c. / RF, aff. n° C-96/98, Marais poitevin).

La condamnation en manquement d'un Etat a dans un premier temps une portée symbolique : l'Etat doit procéder aux ajustements nécessaires dans un certain délai ; ensuite, il peut être condamné une seconde fois, mais avec prononcé d'astreintes sévères, ce qui a généralement pour conséquence de débloquer la situation. Il est à noter que l'invocation de préoccupations de politique intérieure (notamment les risques de troubles sociaux) suite à l'adoption de mesures de Droit communautaire n'est d'aucun secours.

Il existe une procédure de référé invoquant l'urgence à prendre des mesures provisoires, qui peut donner lieu à des ordonnances de la part du président du TPI(CE) ou de la CJCE/CJUE. Le TPI(CE) n'est pas systématiquement saisi en première instance, la CJCE/CJUE conservant une compétence exclusive dans certains domaines. La CJCE/CJUE est, comme le Conseil d'Etat, à la fois juge en premier et dernier ressort (pour les renvois préjudiciels) et juge de cassation (pour les jugements du TPI(CE) et des autres juridictions spécialisées).

IV) LES MODES NON CONTENTIEUX DE SOLUTION DES LITIGES

A) L'ARBITRAGE

Jusqu'à l'adoption de la loi NRE de 2001, l'**arbitrage** était un mode alternatif de solution des litiges strictement réservé aux **commerçants** au sens juridique du terme (978). Il s'agit d'une justice privée, volontaire et secrète, rendue par un arbitre, qui peut être une personne ou plusieurs personnes physiques réunies en collège (usuellement trois). Cet arbitre est déterminé soit par une clause contractuelle, appelée **clause compromissoire**, soit par un accord postérieur au contrat si une telle clause en est absente. L'article 126 de la loi NRE a réécrit l'article 2061 du Code Civil :

« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle » ;

On en déduit que des entreprises relevant d'activités qui sont présumées non commerciales, donc civiles (agriculture, artisanat, professions libérales...) peuvent recourir à l'arbitrage pour prévenir un litige.

EX : En matière de filières agroalimentaires ou halioalimentaires, seules peuvent être reconnues par l'Administration les organisations interprofessionnelles dont les statuts prévoient un recours à l'arbitrage pour les litiges pouvant survenir à l'occasion de l'application des accords interprofessionnels (979).

L'arbitrage est particulièrement développé au niveau international, ce qui a notamment l'avantage d'éviter les controverses sur le choix de l'Etat concerné par le contentieux (980).

978 C. Com., articles L 110-1, L 110-2 & L 121-1.

979 CRPM, article L 632-2-I.

980 Comme instances permanentes d'arbitrage, on peut citer la Chambre de commerce internationale (Paris) et la Cour arbitrale de l'Etat de New York (Etats-Unis). Par ailleurs, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et nationaux d'autres Etats a

Un second type d'arbitrage est possible une fois le litige engagé au niveau procédural, mais avant que la juridiction saisie ne se prononce : un contrat spécial appelé **compromis** ou convention d'arbitrage peut éviter que la procédure officielle n'aille jusqu'à son terme.

La **sentence arbitrale** a un effet impératif ; rien ne s'oppose à ce que la clause compromissoire ou l'accord postérieur prévoit un système d'appel. Mais une sentence devenue définitive interdit aux protagonistes de porter la même affaire devant la juridiction compétence (TGI ou Tribunal de Commerce). Cette sentence peut toutefois être validée par le système juridictionnel, au moyen d'une décision d'*exequatur* prononcée par le TGI statuant à juge unique. On a donc bien affaire à une justice parallèle tout à fait légale.

L'arbitrage est en principe interdit lorsqu'une personne publique est en cause, mais l'alinéa 2 de l'article 2060 du Code Civil prévoit que certaines catégories d'EPIC peuvent être autorisés par décret - et *a fortiori* par la loi (981) - à y avoir recours. Par ailleurs, l'article 128 du Code des Marchés Publics prévoit la possibilité pour l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux d'y recourir « pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures ».

B) LA TRANSACTION

La **transaction** est un contrat régi par les articles 2044 à 2058 du Code Civil ; le contenu de ce contrat est un compromis négocié par les parties qui s'engagent à cesser le contentieux, du moins l'une d'entre elles. Elle peut intervenir avant ou après l'apparition du litige. Elle a le même effet impératif que l'arbitrage (simple application de l'effet obligatoire du contrat). Elle est fréquente dans le monde des affaires et peut se traduire par une publication dans la presse. Les EPIC, les EPST et les EPSCP peuvent transiger, dans des conditions prévues par décret, mais les EPA ne peuvent transiger.

La transaction existe aussi en matière pénale, fiscale et douanière. Dans ces deux dernières matières, elle s'explique par le caractère souvent élevé des amendes, que l'Administration n'est pas sûre de recouvrer intégralement et rapidement ; elle préfère souvent négocier avec l'infacteur une transaction portant sur le paiement effectif et immédiat d'une somme inférieure, et parfois très inférieure. La transaction pénale n'est possible que lorsque la loi le prévoit (982), mais attire la suspicion de la part des intérêts favorables à une répression effective et forte :

EX : Sur recours de l'association France-Nature-Environnement, le Conseil d'Etat a annulé l'article 6 de l'ordonnance n° 2005-805 du 28 juillet 2005 portant simplification, harmonisation et adaptation des polices de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets comme étant trop imprécis sur la nature de l'autorité responsable de l'homologation de l'accord portant transaction pénale sur les infractions à la police de l'eau (CE, Ass., 7 juillet 2006, France-Nature-Environnement). Il a relevé « que, dans le cas où l'action publique n'a pas été mise en mouvement, cette homologation relève d'un magistrat du Parquet ; qu'il en va

institué le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (saisi par exemple en 2003 par le groupe Suez contre l'Argentine au sujet de concessions du service public de l'eau potable).

981 Cas de La Poste et de France Télécom (avant leur transformation en SA respectivement en 1996 et 2010), de la SNCF et de RFF.

982 Exemples: C. Env., articles L 216-14, R 216-15 à R 216-17 (infractions à la législation sur l'eau) & L 437-13, R 437-6 & R 437-7 (infractions à la législation sur la pêche en eau douce); le droit de transaction de l'Administration est subordonné à l'accord du procureur de la République (Parquet départemental) ; contraventions au Code de Commerce (C. Com., articles L 470-4-1, R 470-5 à R 470-7) et au Code de la Consommation (C. Cons., articles L 141-2, L 216-11, R 141-3 & R 216-3) .

autrement lorsque la loi a conféré à titre exclusif à une autorité administrative l'initiative des poursuites ; que si l'action publique a été mise en mouvement, l'homologation est du seul ressort d'un magistrat du siège ». De plus, cette disposition ne précise pas la nature des mesures sur lesquelles il est possible de transiger, c'est-à-dire son champ d'application. Mais la LEMA du 30 décembre 2006 a « ressuscité » la transaction pénale pour les infractions à la législation sur l'eau et sur la pêche en eau douce, tout en ratifiant par ailleurs l'ordonnance n° 2005-805 amputée du dispositif pendant la période vulnérable où elle avait rang de décret.

Deux circulaires administratives incitent à utiliser la transaction dans les litiges relatives à la commande publique (CMP, délégations de service public et autres contrats administratifs) (983).

C) LA MEDIATION ET LA CONCILIATION

Médiation et **conciliation** ont comme caractéristique commune de s'opposer à l'arbitrage et à la transaction en ce que le résultat du processus de négociation ne produit pas d'effet impératif : les parties en situation précontentieuse sont libres d'accepter ou de refuser les propositions du médiateur ou du conciliateur. Dans les deux cas, la personne ou l'instance collégiale qui remplit cet office doit être indépendante des parties au litige et avoir une certaine compétence. La première dimension élimine un certain nombre de médiateurs allégués mis en place par des entreprises ou des administrations pour régler des conflits avec les clients ou les usagers du service public : ces « médiateurs » ne sont tout simplement pas crédibles.

1) La médiation en Droit de l'UE

Le **Médiateur européen** a été institué par l'article 228 du TFUE et par une décision du Parlement européen (984) ; il est habilité à recevoir et traiter les plaintes émanant de tout citoyen de l'Union Européenne ou de toute personne physique ou morale implantée dans un Etat membre et « relative à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires », à l'exclusion de la CJCE/CJUE et des juridictions particulières. Il publie un rapport annuel.

La directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale oblige les Etats membres à instituer un système de médiation, notamment pour les litiges transfrontaliers au sein de l'UE ; le résultat de cette médiation peut être rendu exécutoire avec l'accord des parties, ce qui la rapproche de l'arbitrage. Cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 et le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. La définition de la médiation portée par l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile est particulièrement large : « la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, choisi par elle ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ». La médiation peut donc être « judiciaire » - la médiation pénale

983 Circulaire du Premier Ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits (JORF du 15-02-95). Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique (JORF du 18-09-09).

984 Décision n° 94/262/CECA, CE, Euratom du Parlement européen du 9 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur.

étant exclue du dispositif en vertu de l'article 23 de cette loi - mais aussi « conventionnelle », avec possibilité d'homologation de celle-ci par le juge (article 21-5). Le décret d'application de 2012 modifie le CPC en profondeur, en y insérant un nouveau Livre V :

(CPC, article 1528) : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent Livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cas d'une procédure participative, de leurs avocats. »

(CPC, article 1529) : « Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserves prévues par les articles 2064 du Code Civil et 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative. »

La médiation et la conciliation conventionnelles ont leur cadre général défini aux articles 1530 et 1531 : dans les deux cas, le médiateur ou le conciliateur est un tiers choisi par les parties et « qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». La médiation conventionnelle est régie par les articles 1532 à 1535, la conciliation judiciaire (menée par un **conciliateur de justice**) par les articles 1536 à 1541, et la **procédure participative** par les articles 1542 à 1564. Celle-ci, qui constitue la « conciliation conventionnelle », a une base législative apportée par les articles 2062 à 2068 du Code Civil (« convention de procédure participative ») : il s'agit d'une convention écrite à durée déterminée conclue entre les parties au litige antérieurement à la saisine de la juridiction compétente, l'accord éventuel pouvant être homologué par celle-ci. On constate donc que, dans cette optique issue du Droit de l'UE, la conciliation est une variante autonome de la médiation.

2) Médiation et conciliation en Droit interne

Le Droit français distingue clairement les deux concepts. La conciliation est liée directement et classiquement à l'activité juridictionnelle : l'article 21 du CPC énonce sobrement qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Ses mécanismes sont développés aux articles 127 à 131 de ce code, le juge pouvant avoir recours à des tiers extérieurs, les conciliateurs de justice (articles 129-1 à 129-5). La médiation est régie par les articles 131-1 à 131-15 du CPC.

Toutefois, la tentative de conciliation judiciaire est un préalable obligatoire devant le Conseil des Prud'hommes (985), ainsi qu'en matière de divorce (Juge des affaires familiales du TGI).

Des législations particulières ont institué des instances de médiation.

EX1 : Le Médiateur du cinéma fait office de conciliation pour différents aspects de la législation sur le cinéma (Code du cinéma et de l'image animée, articles L 213-1 à L 213-8) .

EX2 : « Un médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, des médiateurs académiques et leurs correspondants reçoivent les réclamations concernant le fonctionnement du service public de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur dans ses relations avec les usagers et ses agents » (C. Ed. , article L 239-10-1).

EX3 : Le Médiateur national de l'énergie est doté de la personnalité morale, et est chargé « de recommander des solutions aux litiges entre les consommateurs et les fournisseurs d'électricité ou de gaz naturel et de participer à l'information des consommateurs d'électricité ou de gaz naturel sur leurs droits » (C. En., articles L 122-1 à L 122-5).

EX4 : Le Comité de la médiation bancaire (CMF, art. L 615-2) est chargé d'examiner les rapports de médiateurs du secteur bancaire et d'en transmettre le bilan annuel au Comité consultatif de la réglementation bancaire ; il peut faire toutes suggestions sur l'exercice de l'activité de ces médiateurs

985 C. Trav., articles L 1454-1 à L 1454-4.

EX5 : La LMAP de 2010 a institué un « médiateur des contrats agricoles », qui peut « prendre toutes initiatives de nature à favoriser la conciliation des positions des parties aux contrats » collectifs dans une filière donnée définis au niveau interprofessionnel, ou, à défaut, par l'Etat (986).

Il convient toutefois de signaler que certains de ces « médiateurs » ne le sont qu'en apparence : il convient d'étudier de près les textes qui leur sont applicables pour avoir une idée de leur indépendance et de leur impartialité. Lorsqu'ils sont institués par de nombreuses entreprises pour leurs relations avec leurs clients ou usagers, ce ne sont évidemment pas des médiateurs authentiques.

Les articles L 534-7, R 534-11 et R 534-12 du Code de la Consommation régissent une **Commission de médiation de la consommation**, qui a pour mission de faire des propositions en matière de dispositifs de médiation non judiciaire dans les litiges de la consommation, mais n'a pas le pouvoir de médiation proprement dit dans ces litiges.

Avant la modification de son statut qui en fait une véritable AAI, la **Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)**, instituée par l'article 5 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, était une simple instance de médiation entre une « Administration » au sens de cette loi et les administrés : sa « jurisprudence », qui est plutôt une doctrine, laisse parfois prise à la mauvaise foi administrative, très présente dans le contexte français. Elle est placée auprès du Premier Ministre, et publie des rapports pluriannuels (987).

En Droit Pénal, il existe une **médiation pénale**, qui est exercée par le ministère public, avec l'accord des parties : l'infracteur présumé est invité à réparer le dommage causé, lorsque cela est possible, et échappe alors à la comparution devant le Tribunal de Police ou le Tribunal Correctionnel. Elle ne doit pas être confondue avec la **composition pénale**, qui est en fait une sorte de transaction résultant d'une procédure pénale simplifiée.

En Droit Administratif, la médiation est une simple opportunité pour l'autorité administrative et le CJA n'en fait pas mention : un préfet ou un ministre peuvent toujours désigner un Monsieur ou une Madame « bons offices » comme instance de médiation dans un conflit social ou autre (988). Ce peut être aussi l'autorité administrative elle-même qui se propose comme instance de médiation si le litige est entre personnes privées (989).

Par ailleurs, des instances de conciliation sont prévues par les textes dans divers domaines :

EX1 : En matière de prévention de la faillite des entreprises, le Président du Tribunal de Commerce peut désigner un conciliateur qui va s'efforcer d'aboutir à un règlement amiable des dettes échues et non honorées de la personne physique ou morale servant de support à l'entreprise, afin d'éviter l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire pouvant aboutir à la liquidation judiciaire de l'entreprise (990).

EX2 : En matière de baux commerciaux, les litiges relatifs au plafonnement de la valeur locative des biens loués sont soumis préalablement à une Commission départementale de conciliation composée de bailleurs et de preneurs en nombre égal, ainsi que de personnalités qualifiées (991).

EX3 : L'article 127 du Code des Marchés Publics prévoit la possibilité pour les personnes publiques ayant la qualité de « pouvoirs adjudicateurs » et les titulaires de marchés publics de recourir aux « comités consultatifs de

986 CRPM, articles L 631-24, D 631-1 à D 631-4.

987 Edité par la Documentation Française. Autre ouvrage de référence : IFSA/CADA, Transparence et secret, 2004, même éditeur.

988 Par exemple, une médiatrice a été désignée en 1994 par le Ministre de l'Education nationale en matière de port du voile islamique dans les établissements d'enseignement public, pour s'efforcer de rapprocher les points de vue des élèves et de leurs familles d'une part, et des chefs d'établissement, d'autre part.

989 Par exemple, un préfet de département se propose comme médiateur dans un conflit social qui a un fort impact sur la vie socio-économique locale.

990 C. Com., articles L 611-3 à L 611-6, R 611-22 à R 611-46.

991 C. Com., articles L 145-34 & L 145-35, D 145-12 à D 145-19.

règlement amiable des différends ou litiges» relatifs à ces marchés, institués par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010. Il existe un comité national et des comités locaux (aux niveaux interdépartemental, régional ou interrégional).

EX4 : En matière de documents d'urbanisme, une Commission (départementale) de conciliation peut être saisie par les personnes publiques associées à la procédure d'élaboration des documents d'urbanisme qui ont émis un avis défavorable au projet qui leur a été soumis (992); elle peut formuler des propositions alternatives (993).

D) LE RECOURS GRACIEUX

En Droit Administratif, un recours contentieux peut toujours être précédé d'un **recours gracieux** : l'administré demande à l'Administration de bien vouloir modifier sa position, dans un sens qui serait conforme à la légalité (du point de vue de l'administré). Ce recours s'exerce normalement auprès de l'autorité qui a pris la décision contestée, mais aussi auprès de son autorité hiérarchique ou de l'autorité de tutelle (994), si tant est que celles-ci existent.

De tels recours sont parfois rendus obligatoires par les textes applicables, et ont tendance à se multiplier (« recours administratifs préalables obligatoires » / RAPO) » :

EX1 : La CADA, qui se prononce sur le caractère communicable ou non d'un document administratif, doit être obligatoirement saisie avant que ne le soit une juridiction administrative (recours pour excès de pouvoir contre le refus de communication opposé par l'Administration) (995) ; les demandes d'explication qu'elle formule auprès de celle-ci reviennent en pratique à un recours gracieux de l'administré, par l'intermédiaire de l'instance de médiation ; mais elle ne dispose pas de pouvoirs contraignants en la matière, sinon d'infliger des amendes (plafonnées à 300000 €) en cas de réutilisation frauduleuse d'informations publiques à des fins commerciales.

EX2 : Le recours d'une entreprise pharmaceutique contre un refus d'autorisation de mise en marché d'un médicament doit d'abord être précédé d'un recours gracieux (996).

EX3 : Le recours contre la décision d'une Commission départementale d'aménagement commercial accordant ou refusant une autorisation d'équipement commercial devant la Commission nationale d'aménagement commercial est obligatoire avant tout recours contentieux (997).

EX4 : Un recours gracieux préalable est obligatoire en matière de contestations sur l'affectation de quotas d'émission de GES (998).

V) GENERALITES SUR LA PREUVE EN DROIT

« Il ne suffit pas d'alléguer, il faut prouver ». Cet adage juridique et de bon sens implique que l'affrontement contentieux codifié par le principe du contradictoire s'incarnant dans les codes de procédure puisse mettre en jeu un véritable droit de la preuve, qui se décline en deux grands volets :

- les **modes de preuve**, dominés par les **preuves écrites**, avec un assouplissement certain en Droit Commercial (999) ; en Droit Pénal, l'aveu du suspect ou de la personne mise en examen joue un rôle central, mais sont aussi admises les preuves par « faisceau d'indices graves, précis et concordants », ainsi que les témoignages ;

992 Notamment les Chambres consulaires et les communes voisines.

993 CU, articles L 121-9, R 121-2 à R 121-12.

994 Exemple pour le premier cas : recours auprès du ministre compétent à l'encontre d'un arrêté préfectoral ; exemple pour le second cas: recours auprès du Président du Conseil général contre un acte émanant d'un établissement public départemental.

995 Article 20, alinéa 4, de la loi n° 78-253 modifiée.

996 CSP, article R 5121-50.

997 C. Com., article L 752-17.

998 C. Env., articles R 229-27 à R 229-29.

999 C. Com., article L 110-3. Un écrit n'est donc pas nécessaire, sauf exception prévue par la loi.

- la **charge de la preuve**, qui est prévue par les textes ou, à défaut, par la jurisprudence : qui doit prouver quoi ? on a vu l'importance de cette question dans le chapitre 2 sur la responsabilité.

Principe de base : les juges apprécient souverainement la validité des preuves qui leur sont soumises, mais l'étude de la jurisprudence dans une branche du Droit donnée permet d'en déduire celles qui ont une validité supérieure aux autres.

A) PREUVE & PRESOMPTIONS

La preuve elle-même peut être facilitée par la loi dans certains cas : celle-ci crée des **présomptions** au profit d'une partie, qui sont des « commencements de preuve » en général, mais qui exceptionnellement peuvent équivaloir à la preuve. La présomption un début de preuve, ou une amorce de preuve, qui peut résulter d'une situation de fait ou d'un écrit. On distingue les **présomptions réfragables** (ou simples, ou « *tantum juris* »), qui sont les plus fréquentes, des **présomptions irréfragables** (ou « *juris et de jure* »), qui ont un caractère exceptionnel : elles équivalent en effet à une preuve, même si les faits de la cause tendent à laisser croire le contraire. Les premières sont caractérisées dans les textes par l'emploi du participe adjectivé « *présumé(e)* », les secondes par l'emploi du terme « *réputé(e)* ».

EX1 : Qu'est ce que l'**agriculture** en droit ? L'article L 311-1 du CRPM dispose que « sont réputées agricoles les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent.

Les activités ainsi définies ont un caractère civil. »

Il s'agit d'une présomption irréfragable ; mais cela n'a pas pour conséquence d'éviter systématiquement à certains agriculteurs l'inscription au Registre du commerce et des sociétés en tant que commerçants, car les deux statuts professionnels ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. A noter que, si l'aquaculture (marine ou d'eau douce) est en ce sens une activité agricole, la pêche maritime ou en eau douce ne l'est pas.

EX2 (Droit de la Consommation) : Un produit est *préssumé sûr* de façon irréfragable (ou encore « *réputé sûr* ») s'il est conforme à une réglementation communautaire ou nationale non contraire au TFUE (jurisprudence de la CJCE/CJUE comprise) ; il est *préssumé sûr* de façon réfragable s'il est conforme à une norme EN dont la référence a été publiée au JOCE/JOUE (série C) (1000). Cela n'empêche pas qu'un tel produit puisse être défectueux et engager la responsabilité de son « producteur » (1001).

EX5 (Droit Forestier) : L'article L 133-1 du Code Forestier institue une présomption irréfragable de forte vulnérabilité aux incendies de forêt : « sont réputés particulièrement exposés au risque d'incendie les bois et forêts » situés dans 5 régions et deux départements du sud du territoire métropolitain ; en conséquence, des Plans (inter)départementaux de PFCI doivent y être institués.

EX6 (Droit Forestier) : Les documents de gestion des bois et forêts énumérés à l'article L 122-3 du Code forestier sont pour la plupart *présumés* refléter un gestion durable de façon irréfragable (article L 124-1 de ce code), l'adhésion d'un propriétaire privé à un code de bonnes pratiques sylvicoles emportant une présomption réfragable de durabilité de la gestion forestière (article L 124-2) ; dans le cas des bois et forêts inclus dans un site Natura 2000 doté d'un document d'objectifs, c'est selon (article L 124-3).

B) CHARGE DE LA PREUVE

1000 Articles 3 & 4 de la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits. Exemple d'application : décision 2005/718/CE du 13 octobre 2005 concernant la conformité de certaines normes à l'obligation générale de sécurité (17 normes EN concernant des matériels de gymnastique, des équipements sportifs portables, articles de puériculture, etc...). C. Cons., article L 222-2 (cf. 1.3.3.).

1001 C. Civ., articles 1386-1, 1386-4 et 1386-6.

Sauf règles différentes prévues par la loi (2), la charge de la preuve obéit en général à des mécanismes généraux résumés par les maximes latine suivantes (1).

1) Schéma général

a) « *Actori incumbit probatio* » : la charge de la preuve incombe au « demandeur » / à la « demanderesse » à l'action en justice (la partie qui « attaque » l'autre, appelée « défendeur » ou « défenderesse »), ce qui relève de la logique la plus élémentaire.

Applications principales :

- en Droit Privé, la partie qui invoque une obligation à son profit (donc créancière de l'obligation) doit prouver son existence (C. Civ., art. 1315) ;
- en Droit Administratif, la charge de la preuve de l'illégalité d'un acte administratif unilatéral pèse sur le/la requérant(e) qui cherche à en obtenir l'annulation, parce qu'il existe une **présomption de légalité** de cet acte (application du privilège du préalable, cf. 2.2.2.) ; ce mécanisme se confond en pratique avec la maxime civiliste ci-dessus, mais il revêt une importance spéciale lorsque cette illégalité est invoquée par voie d'exception (devant une juridiction pénale, civile ou administrative), auquel cas on rejoint le cas suivant.

b) « *Reus in excipiendo fit actor* » : la partie qui soulève une exception à l'argument de l'autre devient demanderesse (si elle était défenderesse au départ) ; on observe donc une sorte de jeu de ping-pong devant la juridiction, qui doit s'arrêter à un certain moment quand le juge de la « mise en état » clôt cette phase préalable à l'audience proprement dit (l'affaire pouvant être jugée parce que suffisamment préparée pour la formation de jugement).

2) Schémas particuliers

La charge de la preuve est attribuée par la loi à une partie déterminée, quelle que soit sa position initiale dans le litige, y compris quand elle y est défenderesse. Exemples :

- en matière de propriété immobilière, c'est la partie qui invoque un droit de propriété qui doit le prouver, par « titre » (acte juridique de vente, de donation ou de partage successoral) ou par usucapion ;
- l'action en déchéance de marque pour défaut d'exploitation incombe au propriétaire de la marque, qui est le défendeur initial.

C) MODES DE PREUVE

On doit ici distinguer le Droit Pénal de toutes les autres branches traditionnelles du Droit (Civil, Commercial, Administratif...). Dans tous les cas, les juges peuvent avoir recours à des **experts judiciaires** dans des domaines techniques particuliers qui leur sont étrangers par hypothèse, le résultat de l'expertise concourant à la preuve, mais ne l'établissant pas par lui-même. Ces experts sont organisés auprès des TGI et des Cours d'Appel, et sont choisis par les juges sur une liste limitative. La partie adverse a toujours la possibilité demander une contre-expertise (principe du contradictoire).

1) La preuve en Droit Pénal

Les conséquences d'une condamnation pénale étant lourdes pour la personne ayant commis une infraction, on est assez exigeant et on privilégie les preuves indiscutables en fonction de l'état des sciences et des techniques (**police technique et scientifique**) : empreintes digitales,

génétiques, expertises diverses sur des objets, etc... Ce sont des preuves quasiment parfaites. Les modes de preuve quasi-parfaits plus classiques sont l'aveu et les témoignages.

L'**aveu** au cours de la procédure pénale (voire à l'audience elle-même) reste une preuve généralement valide : il est illusoire de prétendre revenir sur la signature d'une déposition lors d'une garde à vue sous prétexte que l'on a été malmené ou que l'on a subi des pressions diverses, ou encore que l'on avait hâte d'en sortir, mais que l'on avait l'intention d'établir ensuite son innocence : c'est très rarement accepté par les juges. Les cas de « faux aveux », sans commission de l'infraction, ne sont pas rares (mythomanie, recherche d'une protection pour le vrai coupable...). Mais l'aveu peut avoir un caractère indirect et provenir de l'interception de communications privées (courrier, courriel, téléphone...), légalement dans le cadre de la procédure, ou publiques (interview dans la presse, discours public, bavardage sur les réseaux sociaux, les blogs, etc...). Maxime populaire de bon sens : « n'avouez jamais »...

Les **témoignages** de tiers jouent un rôle important, mais ne sont pas plus que l'aveu une preuve indiscutable : les témoins peuvent se tromper, être influencés ou malintentionnés vis-à-vis de la personne poursuivie. Les témoignages de proches n'ont quasiment aucune valeur. On ne peut refuser de témoigner en matière pénale.

Dans les infractions à caractère économique et financier, les **documents écrits** (y compris sous forme électronique, sur les fichiers ou disques durs des ordinateurs) saisis dans les entreprises ou chez des particuliers peuvent constituer des moyens de preuve, ou du moins des indices.

Cette notion d'indices peut permettre de procéder à la preuve d'un délit ou d'un crime par un **faisceau d'indices graves, précis et concordants**, à défaut de preuves quasi-parfaites. Ce mode de preuve est aussi admis en Droit de la Concurrence pour établir les ententes anticoncurrentielles ou l'abus de position dominante, ainsi qu'en Droit Civil.

2) Modes de preuve dans les autres branches du Droit

Les articles 1315 à 1369 du Code Civil constituent un chapitre intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement ». Ce chapitre est divisé en 5 sections : preuve littérale (par écrit, y compris sous forme électronique), preuve testimoniale, présomptions, aveu de la partie, serment.

En pratique, la « preuve littérale » prédomine : elle résulte d'un ou plusieurs écrits confrontés les uns aux autres :

- actes juridiques passés « sous seing privé » ou « en la forme authentique » (actes notariés et constats d'huissier) ;
- par ailleurs : missives, factures, plans techniques...

L'aveu (civil) et le serment sont devenus rarissimes, mais existent toujours...

Il convient ici de rappeler que les dispositions du Code Civil ont un caractère général pour les autres branches du Droit Privé, au même titre que les règles de procédure civile (CPC). Le Droit Commercial est traditionnellement plus souple en matière de preuve que le Droit Civil.

ANNEXE 5 : Tableau des principaux établissements publics nationaux

	EPA	EPIC	(EPST)/EPSCP
Agriculture & Forêt	FranceAgriMer ASP ADAR INAO CNPFP IFCE	ONF CIRAD	(INRA) (IRSTEA)
Environnement	Conservatoire du littoral Parcs nationaux Parcs nationaux de France Agence des aires marines protégées Agences de l'eau Offices de l'eau (DOM) ONEMA ONCFS	ADEME	MNHN
Santé publique	ANSES ANSM InVS Agence de la biomédecine		(INSERM)
Energie/ Extraction		Houillères de bassin CEA ANDRA BRGM IFPEN	
Transports	EPSF VNF Grands ports maritimes	RFF SNCF IFSSTAR Ports autonomes CNES	
Enseignement Recherche Innovation		INERIS INRIA IFREMER CIRAD IRD OSEO Agence de l'innovation industrielle ANR	Universités AgroParisTech CNAM (CNRS) (INSERM) (INRA) (IRSTEA)
Emploi	Pôle Emploi ANACT		
Divers	INPI Centre des monuments nationaux	INC IGN UBIFrance Agence française de développement Réunion des musées nationaux	

ANNEXE 6 : Tableau des sources du Droit de la Propriété intellectuelle

TYPE DE DROIT INTELLECTUEL	DROIT FRANCAIS (CPI) Dépôt ou non	DROIT COMMUNAUTAIRE	DROIT EUROPEEN	DROIT INTERNATIONAL
BREVET (+ topographie des semi-conducteurs)	Art. L 611-1 à L 622-7 Art. R 611-1 à R 622-8 Dépôt INPI	(Règlement (UE) sur le brevet unique européen en cours d'adoption) Directive n° 98/44/CE du 6-07-98 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques	1) Convention de Munich sur le Brevet Européen (1973) Examen OEB + dépôts nationaux 2) Voie « Euro-PCT » + dépôts nationaux	OMPI PCT Traité de Genève sur le droit des brevets (2000) (Convention de Washington de 1970) Dépôts nationaux Traité de Budapest de 1977, modifié en 1980 (microorganismes)
CERTIFICAT D'OBTENTION VEGETALE (COV)	Art. L 623-1 à L 623-35 Art. R 623-1 à R 623-58 Dépôt INOV	Règlement (CE) n° 2100/94 du 27-07-94 (protection communautaire des obtentions végétales) Dépôt OCVV (Angers)	néant	Convention UPOV de 1961 révisée en 1991
MARQUE (dont marques collectives et marques collectives de certification et de normalisation)	Art. L 711-1 à L 717-7 Art. R 711-1 à R 718-4 Dépôt INPI	Règlement (CE) n° 207/2009 du 26-02-09 (marque communautaire) Décisions d'approbation de mécanismes OMPI ou de conventions internationales Dépôt OHMI (Alicante)	néant	OMPI (marques internationales) Traité de Genève sur le droit des marques (1994) Convention d'Union de Paris (1883) Arrangements de Madrid (1891), Nice (1957), & Vienne (TRT) (1973)
DESSIN (2 dimensions) ou MODELE (3 dimensions)	Art. L 511-1 à L 521-7 Art. R 511-1 à R 521-1 Dépôt INPI	Règlement (CE) n° 6/2002 du 12-12-01 (dessins et modèles communautaires) Dépôt OHMI (Alicante)	néant	OMPI Convention d'Union de Paris (1883) Arrangements de la Haye (1925) et de Locarno (1968)
DROIT D'AUTEUR Propriété littéraire & artistique (+ droits voisins) Logiciel informatique	Art. L 111-1 à L 343-4 Art. R 111-1 à R 335-2 Absence de dépôt	Décisions d'approbation de mécanismes OMPI	néant	OMPI Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952)
AUTRES Appellations d'origine (AO) & Indications de provenance (IP)	Art. L 721-1 (mode suiveur) AO (dont AO/VDQS) AOC (enregistrement INAO)	Règlement (CE) n° 510/2006 du 20-03-06 (AOP/IGP) Règlement (CE) n° 479/2008 du 29-04-08 (OCM vins)	néant	Convention d'Union de Paris (1883) Arrangement de Madrid (1891) Arrangement de Lisbonne (1958)

ANNEXE 7 : Tableau des servitudes d'utilité publique

CODE	Circulation des personnes physiques (+ éventuellement engins mécaniques)	Circulation de l'eau	Couvert végétal
CODE RURAL & DE LA PÊCHE MARITIME (CRPM)	Exécution de travaux d'équipement rural, exploitation et entretien des ouvrages (art. L 151-37-1) Passage des engins mécaniques et dépôt pour l'entretien de canaux d'irrigation ou d'assainissement (art. L 152-7 à L 152-13 ; R 152-17 à R 152-25)	Canalisations d'eau potable ou d'assainissement (art. L 152-1 à L 152-2 ; R 152-1 à R 152-15) Canalisations pour l'irrigation (art. L 152-3 à L 152-6 ; R 152-16)	Zones de production de semences de base (art. L 661-1 à L 661-3 ; R 661-1 à R 661-12 à R 661-23) Programme d'action dans les zones d'érosion des sols (art. L 114-1 à L 114-3 ; R 114-1 à R 114-10) Zones agricoles protégées (art. L 112-2 ; R 112-1-4 à R 112-1-10)
CODE FORESTIER (CF)	Passage et aménagement au titre de la DFCI (art. L 134-1 à L 134-4, R 134-1 à R 134-3)		Coupures agricoles de PFCI (art. L 133-8 à L 133-11, R 133-18 & R 133-19) Maintien en état débroussaillé (art. L 131-10 à L 131-16, L 134-5 à L 134-18; R 131-13 à R 131-16, R 134-4 à R 134-6) Classement en forêt de protection (art. L 141-1 à L 141-3 ; R 141-1 à R 141-11)
CODE DE L'ENVIRONNEMENT (C. Env.)	Passage des pêcheurs le long du DPF (art. L 435-9) Passage des personnes et engins mécaniques le long des cours d'eau non domaniaux (art. L 211-7-IV & R 215-1)	Zones de rétention temporaire des eaux de crue ou de ruissellement, zones de mobilité des cours d'eau (art. L 211-12 , R 211-96 à R 211-106)	C. Env., art. L 211-14 (couverture végétale permanente le long de certains cours d'eau) Interdiction ou réglementation des activités agricoles et forestières dans les espaces naturels protégés (Livre III)
CODE DE L'URBANISME (CU)	Passage des piétons le long du DPM, et accès transversal à celui-ci (art. L 160-6 & L 160-6-1 ; R 160-8 à R 160-33)		Espaces boisés classés (art. L 130-1 & R 130-1)
CODE DE LA SANTE PUBLIQUE (CSP)			Périmètres de protection des captages d'eau potable (art. L 1321-2 à L 1321-3 ; R 1321-13) et des sources d'eau minérale (art. L 1322-3 à L 1322-13 ; R 1322-23 à R 1322-31)
CODE GENERAL DE LA PROPRIETE DES PERSONNES PUBLIQUES (CG3P)	Servitude de halage ou de marchepied le long du DPF (art. L 2131-2 à L 2131-6)		
CODE DU TOURISME (C. Tour.)	Passage sur les pistes de ski et accès aux voies d'escalade (art. L 342-20 à L 342-23)		

ANNEXE 8 : Caractéristiques juridiques du développement durable

I) DROIT INTERNATIONAL PUBLIC & DROIT COMMUNAUTAIRE / DE L'U.E.

Sous sa forme explicite, le concept de développement durable émerge dans la Déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992, texte de Droit international public de *soft law* :

« Principe 1 : Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature. (...) »

Principe 3 : Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations futures.

Principe 4 : Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ».

Puis il a été repris par le Droit communautaire, dans les articles 2 et 6 du TCE:

« La Communauté a pour mission (...) de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, (...) » (art. 2) ;

« Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visés à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable » (art. 6).

Le TFUE, qui remplace le TCE en 2009, a abrogé l'article 2 et conservé l'article 6, en supprimant les mots « visés à l'article 3 » puisque cet article est partiellement abrogé, et en remplaçant « Communauté » par « Union ». Les articles 174 à 176 du TCE, devenus 191 à 193 du TFUE, sont retouchés (notamment avec l'introduction de la prise en compte des changements climatiques dans la politique de l'environnement de l'UE), mais non remis en cause dans leur essence : le Droit de l'UE maintient l'objectif d'un « niveau élevé de protection » de l'environnement, ce qui laisse entendre que le développement durable vu par les institutions de l'UE n'est pas une simple façade ou gesticulation dans le discours.

II) DROIT FRANÇAIS

Le concept de développement durable a été introduit en Droit français en 1995 au niveau législatif, et en 2005 au niveau constitutionnel (1002). L'article 6 de la Charte de l'Environnement implique que les lois dans lesquelles se concrétisent les politiques publiques « concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». La primauté du Droit communautaire et le niveau élevé de protection environnementale qu'elle implique viennent ici introduire une précision implicite dans le caractère éminemment vague de la formulation. Tout comme l'article L 110-1-II du Code de l'Environnement, le « considérant » 7 de la Charte relie utilement le concept au « droit des générations futures », qui relève plutôt de l'éthique transgénérationnelle que du droit positif et est en phase avec le point 3 de la Déclaration de Rio. Un délégué interministériel au développement durable a été institué par le décret n° 2004-601 du 24 juin 2004.

En pratique, le concept de développement durable implique que tout projet ou toute action économique doit comporter un « volet environnemental », ce qui implique d'être attentif et sélectif en matière de choix techniques. Mais le concept peut apparaître comme régressif, dans la mesure où il remet nettement en question l'existence d'un ordre public écologique, et où, en accordant la primauté au « droit au développement », il cautionne et favorise les agissements anti-environnementaux, tant dans l'appareil d'Etat que dans la « société civile » (au sens sociologique et non juridique du terme), qui sont plus spontanés et plus fréquents que l'attitude inverse dans le contexte français en tout cas ; cependant, une évolution est décelable

1002 C. Env., article L 110-1 ; Charte de l'Environnement (loi n° 2005-205, précitée).

au vu des trois premiers alinéas de l'article 1er de la loi « Grenelle I » de 2009, issue d'une longue concertation avec cette « société civile » :

« La présente loi, avec la volonté et l'ambition de répondre au constat partagé et préoccupant d'une urgence écologique, fixe les objectifs et, à ce titre, définit le cadre d'action, organise la gouvernance à long terme et énonce les instruments de la politique mise en oeuvre pour lutter contre le changement climatique et s'y adapter, préserver la biodiversité ainsi que les services qui y sont associés, contribuer à un environnement respectueux de la santé, préserver et mettre en valeur les paysages. Elle assure un nouveau modèle de développement durable qui respecte l'environnement et se combine avec une diminution des consommations en énergie, en eau et autres ressources naturelles. Elle assure une croissance durable sans compromettre les besoins des générations futures. Pour les décisions publiques susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'environnement, les procédures de décision seront révisées pour privilégier les solutions respectueuses de l'environnement, en apportant la preuve qu'une décision alternative plus favorable à l'environnement est impossible à un coût raisonnable. Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. »

On retrouve ici les trois dimensions du concept tel que défini dans la Charte de l'Environnement ; mais la dimension sociale, éminemment floue, tend à relativiser un peu plus la dimension écologique proprement dite.

La loi « Grenelle 2 » de 2010 apporte la **définition** suivante du **développement durable** :

(C. Env., article L 110-1-III) : « (...) L'objectif de développement durable, tel qu'indiqué au II, répond, de façon concomitante et cohérente, à cinq finalités :

- 1°) La lutte contre le changement climatique ;
- 2°) La préservation de la biodiversité, des milieux et des ressources ;
- 3°) La cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations ;
- 4°) L'épanouissement de tous les êtres humains ;
- 5°) Une dynamique de développement suivant des modes de production et de consommation responsables ».

La déclinaison du développement durable en matière **d'aménagement du territoire** donne lieu aux considérations suivantes

(Loi n° 95-115 du 4 février 1995 modifiée, article 1er) : « La politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire concourt à l'unité de la nation, aux solidarités entre citoyens et à l'intégration des populations.

Au sein d'un ensemble européen cohérent et solidaire, la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire permet un développement équilibré de l'ensemble du territoire national alliant le progrès social, l'efficacité économique et la protection de l'environnement. Elle tend à créer les conditions favorables au développement de l'emploi et de la richesse nationale, notamment en renforçant la solidarité des entreprises avec leur territoire d'implantation, et à réduire les inégalités territoriales tout en préservant pour les générations futures les ressources disponibles ainsi que la qualité et la diversité des milieux naturels.

Elle assure l'égalité des chances entre les citoyens en garantissant en particulier à chacun d'entre eux un égal accès au savoir et aux services publics sur l'ensemble du territoire et réduit les écarts de richesses entre les collectivités territoriales par une péréquation de leurs ressources en fonction de leurs charges et par une modulation des aides publiques.

Déterminée au niveau national par l'Etat, après consultation des partenaires intéressés, des régions ainsi que des départements, elle participe, dans le respect du principe de subsidiarité, à la construction de l'Union européenne et est conduite par l'Etat et par les collectivités territoriales dans le respect des principes de la décentralisation. Elle renforce la coopération entre l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes publics et les acteurs économiques et sociaux du développement.

Les citoyens sont associés à son élaboration et à sa mise en oeuvre ainsi qu'à l'évaluation des projets qui en découlent.

Les choix stratégiques de la politique d'aménagement et de développement durable du territoire pour les vingt prochaines années sont définis par l'article 2. Ces choix stratégiques se traduisent par des objectifs énoncés par les schémas de services collectifs prévus au même article.

L'Etat veille au respect de ces choix stratégiques et de ces objectifs dans la mise en oeuvre de l'ensemble de ses politiques publiques, dans l'allocation des ressources budgétaires et dans les contrats conclus avec les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements et organismes publics, les entreprises nationales et toute autre personne morale publique ou privée, en particulier dans les contrats de plan conclus avec les régions. Il favorise leur prise en compte dans la politique européenne de cohésion économique et sociale.

Ces choix stratégiques et ces objectifs offrent un cadre de référence pour l'action des collectivités territoriales et de leurs groupements, des agglomérations et des parcs naturels régionaux. Les schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire doivent être compatibles avec les schémas de services collectifs prévus à l'article 2. »

En ce qui concerne **l'aménagement de l'espace rural**, les articles introductifs du Livre Ier du CRPM disposent :

(Article L 111-1) : « L'aménagement et le développement durable de l'espace rural constituent une priorité essentielle de l'aménagement du territoire.

La mise en valeur et la protection de l'espace agricole et forestier prennent en compte ses fonctions économique, sociale et environnementale. »

(Article L 111-2) : « Pour parvenir à la réalisation des objectifs définis en ce domaine par le présent titre, la politique d'aménagement rural devra notamment :

- 1° Favoriser la mise en œuvre durable des potentialités et des caractéristiques locales de l'espace agricole et forestier ;
- 2° Améliorer l'équilibre démographique entre les zones urbaines et les zones rurales ;
- 3° Maintenir et développer les productions agricole et forestière, tout en organisant leur coexistence avec les activités non agricoles et en intégrant les fonctions sociales et environnementales de ces activités, notamment dans la lutte contre l'effet de serre grâce à la valorisation de la biomasse, au stockage durable du carbone végétal et à la maîtrise des émissions de gaz à effet de serre ;
- 4° Assurer la répartition équilibrée des diverses activités concourant au développement rural ;
- 5° Prendre en compte les besoins en matière d'emploi ;
- 6° Encourager en tant que de besoin l'exercice de la pluriactivité dans les régions où elle est essentielle au maintien de l'activité économique ;
- 7° Permettre le maintien et l'adaptation des services collectifs dans les zones à faible densité de peuplement ;
- 8° Contribuer à la prévention des risques naturels ;
- 9° Assurer la mise en valeur et la protection du patrimoine rural et des paysages ;
- 10° Préserver les ressources en eau, notamment par une politique de stockage de l'eau, la biodiversité sauvage et domestique et les continuités écologiques entre les milieux naturels. »

Les dispositions précédentes trouvent leur origine dans la loi d'orientation agricole de 1999, dont l'article 1er reconnaît la **multifonctionnalité** de **l'agriculture** et définit celle de la **politique agricole** :

(Loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 modifiée, article 1er-I) :

« La politique agricole prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale de l'agriculture et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable. Elle a pour objectifs, en liaison avec la politique agricole commune et la préférence communautaire :

- l'installation en agriculture, notamment des jeunes, la pérennité des exploitations agricoles, leur transmission, et le développement de l'emploi dans l'agriculture, dont le caractère familial doit être préservé, dans l'ensemble des régions françaises en fonction de leurs spécificités ;
- l'amélioration des conditions de production, du revenu et du niveau de vie des agriculteurs ainsi que le renforcement de la protection sociale des agriculteurs tendant à la parité avec le régime général ;
- la revalorisation progressive et la garantie de retraites minimum aux agriculteurs en fonction de la durée de leur activité ;
- la production de biens agricoles, alimentaires et non alimentaires de qualité et diversifiés, répondant aux besoins des marchés nationaux, communautaires et internationaux, satisfaisant aux conditions de sécurité sanitaire ainsi qu'aux besoins des industries et des activités agro-alimentaires et aux exigences des consommateurs et contribuant à la sécurité alimentaire mondiale ;
- le développement de l'aide alimentaire et la lutte contre la faim dans le monde, dans le respect des agricultures et des économies des pays en développement ;
- le renforcement de la capacité exportatrice agricole et agroalimentaire de la France vers l'Europe et les marchés solvables en s'appuyant sur des entreprises dynamiques ;
- le renforcement de l'organisation économique des marchés, des producteurs et des filières dans le souci d'une répartition équitable de la valorisation des produits alimentaires entre les agriculteurs, les transformateurs et les entreprises de commercialisation ;
- la mise en valeur des productions de matières à vocation énergétique ou non alimentaire dans le but de diversifier les ressources énergétiques du pays et les débouchés de la production agricole ;
- la valorisation des terroirs par des systèmes de production adaptés à leurs potentialités ;

- le maintien de conditions favorables à l'exercice de l'activité agricole dans les zones de montagne conformément aux dispositions de l'article L 113-1 du code rural ;
- la préservation des ressources naturelles et de la biodiversité, et l'entretien des paysages, l'équilibre économique des exploitations ne devant pas être mis en péril par les obligations qui en découlent, notamment en matière de préservation de la faune sauvage, sans qu'il en résulte des charges supplémentaires pour l'Etat ;
- l'entretien des cours d'eau et la prévention des inondations et de l'érosion des sols ;
- la poursuite d'actions d'intérêt général au profit de tous les usagers de l'espace rural ;
- la promotion et le renforcement d'une politique de la qualité et de l'identification de produits agricoles ;
- le renforcement de la recherche agronomique et vétérinaire dans le respect des animaux et de leur santé ;
- l'organisation d'une coexistence équilibrée, dans le monde rural, entre les agriculteurs et les autres actifs ruraux, dans le respect d'une concurrence loyale entre les différents secteurs économiques.

La politique agricole prend en compte les situations spécifiques à chaque région, notamment aux zones de montagne, aux zones humides précisément délimitées dont les particularités nécessitent la mise en place d'une politique agricole spécifique, aux zones défavorisées et aux départements d'outre-mer, pour déterminer l'importance des moyens à mettre en oeuvre pour parvenir à ces objectifs. La politique forestière participe de la politique agricole dont elle fait partie intégrante.

La politique agricole est mise en oeuvre en concertation avec les organisations professionnelles représentatives et avec les collectivités territoriales en tant que de besoin.

Chaque année, en juin, au cours d'un débat organisé devant le Parlement, le Gouvernement rend compte de la politique agricole mise en oeuvre au titre de la présente loi et de la politique agricole commune. »

Le développement durable est fréquemment articulé avec l'intérêt général :

EX1 : (C. Env., article L 110-1-II), à propos des espaces, ressources et milieux naturels : « Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. (...) »

EX2 : L'article 127-II de la loi DTR de 2005 a inséré dans le Code de l'Environnement un article L 211-1-1 proclamant que « la préservation et la gestion durable des zones humides définies à l'article L 211-1 sont d'intérêt général (...) ».

EX3 : L'article 179-I de la même loi a modifié l'article 1^{er} de la « loi montagne » de 1985 pour définir celle-ci comme « un ensemble de territoires dont le développement équitable et durable constitue un objectif d'intérêt national en raison de leur rôle économique social, environnemental, paysager, sanitaire et culturel ».

EX4 : L'article L 542-1 du Code de l'Environnement, dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs, dispose :

« La gestion durable des matières et des déchets radioactifs de toute nature, résultant notamment de l'exploitation et du démantèlement d'installations utilisant des sources ou des matières radioactives, est assurée dans le respect de la protection de la santé des personnes, de la sécurité et de l'environnement.

La recherche et la mise en oeuvre des moyens nécessaires à la mise en sécurité définitive des déchets radioactifs sont entreprises afin de prévenir ou de limiter les charges qui seront supportées par les générations futures.

Les producteurs de combustibles usés et de déchets radioactifs sont responsables de ces substances, sans préjudice de la responsabilité de leurs détenteurs en tant que responsables d'activités nucléaires. »

Le Code des Marchés Publics (CMP) prévoit que, nonobstant le principe de base du « moins-disant » (est retenu le candidat le moins cher parmi ceux qui répondent à l'appel d'offres), on peut retenir un « mieux-disant » en fonction de l'insertion dans cet appel d'offres de « clauses sociales et environnementales » :

(CMP, article 14) : « Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte des objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »

En matière d'urbanisme, domaine indissociable de l'environnement en pratique, l'opinion suivante (doctrine administrative) a été émise lors d'un colloque tenu en janvier 2001 sur la « loi SRU » du 13 décembre 2000 :

B. DROBENKO (Professeur à l'Université de Limoges) :

« Une question concernant le développement durable, qui apparaît à l'article L 121-1 du Code de l'Urbanisme notamment. Existe t'il au niveau du législateur une doctrine relative au développement durable applicable en matière d'urbanisme ? (...) »

B. PHEMOLANT (Sous-directrice du Droit de l'Urbanisme, Direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction, Ministère de l'Équipement) :

« La notion de développement durable en matière d'urbanisme est définie par l'ensemble des dispositions de l'article L 121-1 du Code de l'Urbanisme. En fait, le développement durable, ce n'est pas uniquement de l'équilibre entre de la construction et du non construit, c'est aussi un équilibre social, ce sont les nécessités de protection, les nécessités de limiter l'extension périphérique. Tous les items de l'article L 121-1, et ils sont nombreux, sont les composantes du développement durable en matière d'urbanisme.

C'est en fonction du diagnostic notamment et de l'étude d'environnement menée pour tous les documents d'urbanisme qu'on en aura une traduction concrète sur chacun des territoires. Et ce sont bien ces différents éléments qui, combinés entre eux, doivent donner la notion de développement durable en urbanisme » (1003).

Dans ce domaine, la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement a été transposée par l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004 et 3 décrets d'application en 2005 et 2006: certains plans et programmes doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale, et notamment les documents d'urbanisme et divers plans et programmes en matière forestière (1004). Cela s'ajoute aux dispositions antérieures sur les études d'impact, qui concernent diverses opérations spatiales (1005), les plans et programmes ne prévoyant pas par eux-mêmes la réalisation de travaux ou de projets d'aménagement.

La **production primaire durable** (cours de socle commun du domaine 1) met en jeux les mécanismes suivants.

En dehors de l'hypothèse particulière des exploitants ayant souscrit un CAD (par définition) ou encore des « MAE » (= EAE), on n'a aucune certitude sur ce qu'est l'**agriculture durable** : étant donné que l'article L 640-2, alinéa 5, du CRPM prévoit que la mention « agriculture biologique » atteste la qualité environnementale, il apparaît que cette forme d'agriculture est bien « durable », mais qu'en est-il de l'**agriculture raisonnée** ? Ce mode de « qualification des exploitations agricoles », instauré en 2002 et supprimé par la loi Grenelle 2 en 2010, est à ranger dans les systèmes d'assurance qualité (ou certification d'entreprise), et son référentiel consistait essentiellement à respecter les réglementations existantes. La nouvelle **certification environnementale des exploitations agricoles** a institué la mention « **exploitation à haute valeur environnementale** », du moins pour une frange supérieure de certification (1006).

La même loi a instauré un « écolabel » pour les produits issus de la **pêche durable** (1007). L'écocertification est aussi possible pour des produits agricoles et alimentaires ainsi que pour les produits forestiers (1008).

1003 Droit de l'aménagement, de l'urbanisme, de l'habitat (2001), Dalloz, pp. 132-133.

1004 C. Env., articles L 122-4 à L 122-11, R 122-17 à R 122-24; CU, articles R 111-28 & R 111-29, R 121-14 à R 121-17, R 122-2, R 123-2-1 & R 141-1 ; CF, articles R 133-1 à R 133-6, R 143-1 à R 143-4, R 222-1 & R 222-2 ; CGCT, articles R 4424-6-1, R 4433-1 & R 4433-1-1.

1005 Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 (codification d'une directive initiale de 1985). C. Env., articles L 122-1 à L 122-3, R 122-1 à R 122-16.

1006 CRPM, articles L 611-6 & L 641-19-1, D 611-18 à D 611-21, D 617-1 à R 611-28, R 641-57 à R 641-7-5. La certification « agriculture raisonnée » dont la validation cesse après le 1er janvier 2009 pouvait être revendiquée jusqu'au 30 juin 2011.

1007 CRPM, articles L 644-15, R 644-20 à R 644-32.

1008 CRPM, article L 632-1-II. CF, articles L 125-1 & L 125-2.

Au contraire, la **gestion forestière durable** est définie par une combinaison de présomptions irréfragables ou réfragables instituée par les articles L 124-1 à L 124-4 du Code Forestier pour les documents de gestion énumérés à l'article L 122-3 : est « durable » ce qui correspond à la doctrine du corps forestier (ingénieurs et techniciens) s'incarnant dans les documents de gestion, que la forêt soit publique ou privée.

ANNEXE 9 : Principales polices spéciales dans le domaine du vivant (Cours de Socle commun des Domaines 1, 2, 3, 4)

Conventionnellement, on définira le domaine du vivant comme relevant de 4 codes, dont le contenu porte au moins en large partie sur ce domaine, voire totalement (CF) : le Code Rural et de la Pêche Maritime (CRPM), le Code de l'Environnement (C. Env.), le Code Forestier (CF) et le Code de la Santé Publique (CSP). On rappelle que le Droit de l'Alimentation se répartit sur deux d'entre eux, le troisième code concerné étant le Code de la Consommation. L'expression « en première ligne » signifie que l'autorité administrative mentionnée n'agit que sous l'autorité de la précédente, mais à titre préventif et auxiliaire. La mention du « préfet », sans autre précision, désigne le préfet de département, le préfet de région pouvant toujours procéder à l'**évocation** du dossier.

A) Polices spéciales du CRPM (domaines 1 & 4 principalement)

1) Livre I : Aménagement et équipement de l'espace rural

Police des terres incultes ou manifestement sous exploitées (articles L 125-1): préfet.

Police de l'interdiction et de la réglementation des boisements (articles L 126-1) : président du Conseil Général.

Police de la protection des haies et boisements linéaires classés dans le cadre de l'aménagement foncier rural (article L 126-3) : préfet.

2) Livre II : Alimentation, santé publique vétérinaire et protection des végétaux

Police de la conduite et du pâturage des chèvres (article L 211-2) : préfet.

NB : Il s'agit de l'antique troupeau commun des chèvres des habitants d'un même village...

Police de l'emplacement des ruchers (articles L 211-6 & L 211-7) : préfet, maire (à défaut).

Police des animaux dangereux, notamment les chiens (articles L 211-11) : préfet.

Police du recyclage obligatoire des personnes détenant des chiens mordeurs (article L 211-14-2) : maire.

Police des animaux errants et malfaisants (article L 211-20) : maire.

Police de la divagation des chiens et chats (article L 211-22) : maire.

Police de la capture provisoire aux fins de stérilisation des chats sans propriétaire vivant en groupe (article L 211-27) : maire.

Police de l'insalubrité des lieux de séjour et de transit des animaux domestiques et assimilés (articles L 214-16 & L 213-17) : maire, préfet.

Police de la prévention et de la gestion des maladies animales relevant des catégories 1 et 2 des dangers sanitaires transversaux (article L 221-1) : ministre.

Police des épizooties (article L 223-1) : préfet, maire (en première ligne).

Police de l'isolement des animaux malades (articles L 223-6 et L 223-6 et L 223-8) : maire, préfet.

Police de la rage (article L 223-9, L 223-13 & L 223-14) : ministre, préfet.

Police de la qualité nutritionnelle des repas servis dans la restauration collective scolaire et sociale (article L 230-4) : préfet.

Police de l'inspection de la qualité sanitaire des denrées animales et d'origine animale (article L 231-1) : ministre (règlements UE).

Police du contrôle de la salubrité des zones conchylicoles et de leurs produits (articles R 231-37 à R 231-46 sur le fondement de L 231-1) : préfet (directive UE).

Police du contrôle des établissements produisant des aliments pour animaux (article L 235-1) : préfet.

Police du retrait des denrées alimentaires & AA non conformes (article L 232-1) : ministre, préfet.

Police de la mise et du maintien sur le marché des additifs de l'alimentation animale (article R 235-3 sur le fondement de L 235-1) : ministre (règlements UE).

Police du contrôle de l'utilisation des substances interdites ou réglementées en élevage (articles L 234-3 & L 234-4) : préfet.

Police du contrôle des établissements de l'alimentation animale (article L 235-1) : préfet.

Police de la mise et du maintien sur le marché des produits phytopharmaceutiques (article L 253-1) : ministre (règlements UE).

Police de l'agrément des distributeurs et autres intervenants pour les produits phytopharmaceutiques (article L 254-1) : ministre.

Police de la protection des végétaux (articles L 251-8 & L 251-14) : ministre, préfet, maire (en première ligne).

Police de la mise et du maintien sur le marché des matières fertilisantes et supports de culture (article L 255-1) : ministre.

Police du contrôle des matériels d'application des produits phytopharmaceutiques (article L 256-2) : préfet.

Police de l'inspection de la qualité des denrées alimentaires et aliments pour animaux d'origine strictement végétale (articles L 257-3 & L 257-6) : préfet.

Police de l'introduction de macro-organismes non indigènes utiles aux végétaux (article L 258-1) : ministres de l'agriculture et de l'environnement.

3) Livre III : L'exploitation agricole

Police du contrôle des structures agricoles (article L 331-2) : préfet.

Police de l'agrément des GAEC (article L 323-11) : Comité (inter)départemental d'agrément

4) Livre IV : Baux ruraux

Police du plafonnement du montant des fermages (article L 411-1) : ministre.

5) Livre V : Organismes professionnels agricoles

Police de l'agrément des sociétés coopératives agricoles (article L 525-1) : Haut Conseil de la coopération agricole

Livre VI : Production et marchés

Police de la délimitation des zones de production de semences (article L 661-2) : ministre

Police de l'agrément des organismes de sélection animale (article L 661-9) : ministre.

Police de la mise et du maintien sur le marché des semences et plants (article L 669-1) : ministre (sur proposition du CTPS).

Police de la conduite et de la surveillance des productions végétales OGM (article L 663-2) : ministre.

Livre IX : Pêche maritime et aquaculture marine

Police de la pêche maritime (dont récolte des végétaux marins) (articles L 921-1, L 921-2-1 & L 941-1) : préfet de région (règlements UE).

Police de l'aquaculture marine (articles L 923-1, L 923-6, L 923-7, L 923-11) : préfet de région, maire.

B) Polices spéciales du CODE DE L'ENVIRONNEMENT (C. Env.) (Domaines 1 & 3)

1) Livre II (Milieux physiques) :

Police des eaux marines (article L 211-4) : préfet (DCE 2000/60/CE).

Police de l'intervention d'urgence sur l'eau et les milieux aquatiques (article L 211-5) : préfet.

Police des restrictions quantitatives temporaires aux prélèvements de la ressource en eau (article L 211-8) : préfet.

Police de l'eau et des milieux aquatiques (article L 214-2), application de la nomenclature IOTA (article R 214-1) : préfet (DCE 2000/60/CE).

Police et conservation des cours d'eau non domaniaux (article L 215-7) : préfet, maire (en première ligne) (DCE 2000/60/CE).

Police de l'immersion des déchets en mer (article L 218-44) : préfet (connexion IOTA).

Police maritime d'urgence (article L 218-72) : préfet maritime.

Police des mesures d'urgence face à la pollution de l'air (article L 223-1) : préfet (directives UE).

2) Livre III : Espaces naturels

NB : Pour faire simple, n'ont pas été considérés comme pouvoirs de police les actes administratifs unilatéraux de classement d'espaces en Parc, réserve, site,...

Police interne du cœur des Parcs nationaux (article L 331-4, L 331-10 & L 331-15-6) :
Directeur du Parc national

Police interne des réserves naturelles (article L 332-9) : préfet (réserves nationales), président du Conseil régional (réserves régionales)

Police interne des sites classés ou inscrits (articles L 341-7 & L 341-10) : préfet.

3) Livre IV : Patrimoine naturel

Police de la protection de la biodiversité (espèces végétales et animales menacées) (article L 411-2) : ministre (directives UE)

Police de la protection des biotopes de ces espèces (articles L 411-2 & R 411-15) : préfet.

Police de l'introduction d'espèces végétales et animales non indigènes (article L 411-3) : préfet, ministre.

Police des opérations sur espèces animales et végétales particulières (articles L 412-1 & L 412-2) : préfet (règlement et directives UE)

Police des établissements d'élevage d'espèces animales non domestiques (article L 413-3) : préfet.

Police de la chasse (articles L 420-2, L 424-1) : ministre, préfet (plusieurs mécanismes)

NB : On peut décomposer cette vaste police en plusieurs polices plus précises, plus possibilité de création de réserves nationales de chasse et de faune sauvage sur le fondement du dernier article

Police de la destruction des animaux nuisibles (article L 427-6) : préfet.

Police de la pêche (en eau douce) (articles L 436-9, L 436-11 & L 436-12) : préfet.

Livre V : Prévention de la pollution, des risques et des nuisances

Police des installations classées pour la protection de l'environnement (articles L 512-2, L 512-7-3 & L 512-8), application de la nomenclature ICPE : préfet (directive UE en large partie).

NB1 : Certaines ICPE telles que les carrières, les établissements particulièrement dangereux pour le voisinage (dits « sites Seveso ») ou les établissements manipulant des OGM sont soumises à des dispositions particulières ; dans ce dernier cas, on peut donc considérer que l'on a affaire à des polices spéciales distinctes à l'intérieur de la police spéciale des ICPE au vaste champ d'application.

NB2 : Il résulte de l'article L 214-7 du Code de l'Environnement que la police de l'eau et des milieux aquatiques ne s'applique jamais de façon cumulée avec la police des installations classées, celle-ci intégrant les objectifs de la législation sur l'eau qui sous-tend celle-là; en conséquence, l'examen de la nomenclature ICPE précède logiquement celui de la nomenclature IOTA pour déterminer la réglementation applicable pour des rejets dans les milieux aquatiques ou pour rechercher les textes réglementaires nationaux ou départementaux (arrêtés préfectoraux) applicables aux épandages de matières organiques diverses sur les terres agricoles. D'une manière générale, le principe de l'indépendance des législations entraîne un cumul des polices spéciales applicables au même problème, la loi prévoyant parfois une articulation des procédures dans le temps.

Police du maintien sur le marché des produits chimiques (article L 521-6) : ministre (règlement UE « REACH »).

Police de la mise et du maintien sur le marché des biocides (article L 522-4) : ministre (règlement UE remplaçant une directive)

Police des la mise et du maintien sur le marché de produits consistant en OGM ou en contenant (articles L 532-3, L 533-3 & L 533-5) : ministre (directives et règlements UE).

NB : connexion ICPE pour les OGM en milieu confiné régis par le premier article.

Police de l'élimination des déchets indûment présents (article L 541-3) ; maire, préfet (à défaut).

Police des installations de stockage de déchets inertes (article L 541-30-1) : préfet.

Police des mouvements transfrontaliers de déchets (article L 541-41) : préfet.

Police des stockages souterrains de déchets radioactifs (article L 542-7) : Premier ministre.

Police de la prévention des dangers induits par certaines infrastructures de transport (article L 551-3) : préfet.

Police des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques (article L 555-1) : ministre, préfet.

Police des sites et sols pollués (article L 556-1) : préfet.

Police des activités bruyantes (hors ICPE) (article L 571-6 et L 571-17), application d'une nomenclature « AB » (≠ agriculture biologique !) : préfet.

Police de la publicité sur le territoire (articles L 581-4, L 581-8, L 581-9, L 581-1, L 581-14-2 & L 581-21) : maire, préfet (par défaut).

Police des installations nucléaires de base (articles L 593-7, L 593-11 & L 593-25), application de la nomenclature INB : Autorité de sûreté nucléaire.

c) Polices spéciales du CODE FORESTIER (CF) (domaines 1 & 3)

Livre Ier : Dispositions communes à tous les bois et forêts

Police de la prévention des incendies de forêt et espaces assimilés (articles L 131-6 & L 131-8) : préfet.

Police du débroussaillage d'office (article L 131-11) : préfet.

Police des forêts de protection (articles L 141-1 & L 141-4) : préfet.

Police de la mise en défens des pâturages en zone de montagne (article L 142-1) : préfet.

Police du nettoyage forestier préventif en cas de risque d'incendie (article L 133-4) : maire.

Police du contrôle et de l'extension du débroussaillage (articles L 134-7, L 134-9, L 134-11 & 134-13) : maire, préfet.

Police du respect de la fixation des dunes (articles L 143-2 & L 143-3) : préfet.

Livre II : Bois et forêts relevant du régime forestier

Police du pacage exceptionnel des ovins dans les forêts domaniales grevées d'un droit d'usage (article L 241-14) : préfet.

Livre III : Bois et forêts des particuliers.

Police du manquement à l'obligation de plan simple de gestion (article L 312-9) : préfet.

Police du défrichement (articles L 214-3 & L 341-3) : préfet.

d) Polices spéciales du CODE DE LA SANTE PUBLIQUE (CSP) (domaine 4)

Police de la distribution de l'eau potable, sous l'aspect de la protection territoriale des captages et du contrôle de la qualité sanitaire de l'eau potable (articles L 1321-1 et L 1321-7) : préfet.

Police de l'exploitation des eaux minérales naturelles (articles L 1322-1 & 1322-3), sous les deux aspects précédents : préfet.

Police du contrôle de l'opportunité de l'assainissement mixte (eaux urbaines résiduaires et eaux industrielles) (article L 1331-10) : maire.

Police des débits de boissons (implantations et licences) (article L 3333-1) : préfet, maire dans certains cas.

Police de la mise et du maintien sur le marché des médicaments humains (article L 5121-8) : directeur général de l'ANSM.

Police de la mise et du maintien sur le marché des médicaments vétérinaires (article L 5141-5) : directeur général de l'ANSES.

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES

ACCA/AICA : Association Communale/Intercommunale de Chasse Agréée
 AAPPMA : Association Agréée de Pêche et de Protection des Milieux Aquatiques
 ACFCI : Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie
 ACP : Autorité de Contrôle Prudentiel
 ADAR : Agence de Développement Agricole et Rural
 ADASEA : Association Départementale pour l'Amélioration des Structures Agricoles
 ADEME : Agence De l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie
 ADPIC/TRIPs : Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce international/ *Trade Related Intellectual Property rights*
 AFNOR : Association Française de Normalisation
 AFSSA : Agence Française de Sécurité Sanitaire Alimentaire
 AFSSaPS : Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé
 AFSSE / AFSSET : Agence Française de Sécurité Sanitaire Environnementale / Agence Française de Sécurité Sanitaire de l'Environnement et du Travail
 AMF : Autorité des Marchés Financiers
 ANIA : Association Nationale des Industries Alimentaires
 ANSES : Agence Nationale de Sécurité Sanitaire de l'Alimentation, de l'Environnement et du Travail
 ANVAR : Agence Nationale de Valorisation de la Recherche
 AO : Appellation d'Origine
 AOC : Appellation d'Origine Contrôlée
 AOP : Appellation d'Origine Protégée.
 AOT : Autorisation d'Occupation Temporaire
 APCA : Assemblée Permanente des Chambres d'Agriculture
 APCMA : Assemblée Permanente des Chambres des Métiers et de l'Artisanat
 APJ : Agent de Police Judiciaire
 ARAF : Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires
 ARJEL : Autorité de Régulation des Jeux En Ligne
 ARPP : Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité
 ARS : Agence Régionale de Santé
 ART/ARCEP : Autorité de Régulation des Télécommunications / Autorité de Régulation des Communications Electroniques et de la Poste
 ASP : Agence de Services et de Paiements
 AVAP : Aire de mise en Valeur des Paysages
 BOCCRF : Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
 BOMEDD : Bulletin Officiel du Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable
 BRC : *British Retailers Consortium*
 BRGM : Bureau des Ressources Géologiques et Minières
 CA : Cour d'Appel
 CAA : Cour Administrative d'Appel
 CAD : Contrat d'Agriculture Durable
 CADA : Commission d'Accès aux Documents Administratifs
 CASF : Code de l'Aide Sociale et des Familles
 C. Ass. : Code des Assurances
 Cass. Civ. n. : Cour de Cassation, n ième Chambre Civile
 Cass. Com. : Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Economique et Financière

Cass. Crim. : Cour de Cassation, Chambre Criminelle
 Cass. Plén. : Cour de Cassation, Assemblée Plénière
 Cass. Soc. : Cour de Cassation, Chambre Sociale
 CCA : Commission du Codex Alimentarius
 CCAF : Commission Communale d'Aménagement Foncier
 C. Civ. : Code Civil
 C. Com. Code de Commerce
 C. Cons. : Code de la Consommation
 CCSDN : Commission Consutative du Secret de la Défense Nationale
 CD : Code des Douanes
 CDAF : Commission Départementale d'Aménagement Foncier
 CDD : Contrat (de travail) à durée déterminée
 C. Déf. : Code de la Défense
 CDI : Contrat (de travail) à durée indéterminée
 CE (1) : Conseil d'Etat, arrêt)- ordinaire
 CE (2) : Communauté Européenne (dans les références textuelles ou pour la marque de conformité))
 CE, Ass. : Conseil d'Etat, arrêt d'Assemblée
 CE, Sect., Conseil d'Etat, arrêt de la Section du contentieux.
 C. Ed. : Code de l'Education
 CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
 CEMAGREF : Centre national du Machinisme Agricole, du Génie Rural et des Eaux & Forêts (devenu l'IRSTEA)
 CEN : Comité Européen de Normalisation
 C. En. : Code de l'Energie
 C. Env. : Code de l'Environnement
 CESDH : Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme
 CE, Section : Conseil d'Etat, arrêt de la Section du contentieux.
 CF : Code Forestier
 CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales
 CG3P : Code Général de la Propriété des Personnes Publiques
 Ch. Réun. : Chambres Réunies de la Cour de Cassation (Assemblée Plénière depuis 1980).
 CIAF : Commission Intercommunale d'Aménagement Foncier
 CIPV : Convention Internationale pour la Protection des Végétaux
CITES : Convention on International Trade of Endangered Species
 CJA : Code de Justice Administrative
 CJCE/CJUE/ECJ : Cour de Justice des Communautés Européennes/de l'Union Européenne/*European Court of Justice*
 CM : Code Minier
 CMF : Code Monétaire et Financier
 CMP : Code des Marchés Publics
 CNAM : Conservatoire National des Arts et Métiers
 CNDP : Commission Nationale du Débat Public
 CNPF : Centre National de la Propriété Forestière
 CNUDM : Convention des Nations-Unies sur le Droit de la Mer
 CP : Code Pénal
 C. Pat. : Code du Patrimoine
 CPC : Code de Procédure Civile
 CPEN : Code Permanent Environnement & Nuisances
 CPI : Code de la Propriété Intellectuelle

CPOV : Comité pour la Protection des Obtentions Végétales (devenu INOV)
 CPP : Code de Procédure Pénale
 CRE : Commission de Régulation de l'Energie
 CREN : Conservatoire Régional des Espaces Naturels
 C. Rech. : Code de la Recherche
 CRPF : Centre Régional de la Propriété Forestière
 CRPM : Code Rural et de la Pêche Maritime
 CS : Code du Sport
 CSI : Code de la Sécurité Intérieure
 CSP : Code de la Santé Publique
 C. Trans. : Code des Transports
 C. Trav. : Code du Travail
 CTCPA : Centre Technique des Conserve de Produits Alimentaires
 CTI : Centre Technique Industriel
 CTIFL : Centre Technique Interprofessionnel des Fruits et Légumes
 C. Tour. : Code du Tourisme
 CTSCCV : Centre Technique des Salaisons, Charcuterie et Conserve de Viandes
 CU : Code de l'Urbanisme
 CUOM : Collectivité Unique d'Outre-Mer
 CVR : Code de la Voirie Routière
 DAOA : Denrée Animale et d'Origine Animale
 DADAP : Denrée Alimentaire Destinée à une Alimentation Particulière
 DATAR : Délégation à l'Aménagement du Territoire et à l'Attractivité Régionale
 DCRA : Droits des Citoyens dans leurs Relations avec l'Administration
 DCE : Directive-Cadre sur l'Eau
 DDCS : Direction Départementale de la Cohésion Sociale
 DDFiP : Direction Départementale des Finances Publiques
 DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
 DDCSPP : Direction Départementale de la Cohésion Sociale et de la Protection des Populations
 DDPP : Direction Départementale de la Protection de la Population
 DDSIS : Direction Départementale des Services d'Incendie et de Secours
 DDT(M) : Direction Départementale des Territoires (et de la Mer)
 DFCI : Défense des Forêts Contre l'Incendie
 DGCCRF : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
 DGDDI : Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects
 DIG : Déclaration d'Intérêt Général
 DiRECCTE : Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence et de la Consommation, du Travail et de l'Emploi
 DPF : Domaine Public Fluvial
 DPM : Domaine Public Maritime
 DPU : Droit au Paiement Unique
 DRAAF : Direction Régionale de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Forêt
 DRAC : Direction Régionale de l'Architecture et de la Culture
 DREAL : Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement
 DRJSCS : Direction Régionale de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale
 DTA : Directive Territoriale d'Aménagement
 DTADD : Directive Territoriale d'Aménagement et de Développement Durables
 DTR : Développement des Territoires Ruraux (loi de 2005)

DUP : Déclaration d'Utilité Publique
 EAE : Engagement AgroEnvironnemental
 EARL : Exploitation Agricole à Responsabilité Limitée
 EDE (EIE) : Etablissement Départemental (ou Interdépartemental) de l'Elevage
 EEE : Espace Economique Européen
 EIRL : Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée
 EPA : Etablissement Public à caractère Administratif
 EPCI : Etablissement Public de Coopération Intercommunale
 EPCS : Etablissement Public de Coopération Scientifique
 EPIC : Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial
 EPSCP : Etablissement Public à caractère Scientifique ou Culturel, et Professionnel
 EPSF : Etablissement Public de Sécurité Ferroviaire
 EPST : Etablissement Public à caractère Scientifique et Technologique
 FAO : *Food & Agricultural Organization*
 FDAAPPMA : Fédération Départementale des Associations Agréées de Pêche & de Protection des Milieux Aquatiques
 FEADER : Fonds Européen Agricole de DEveloppement Rural
 FEAGA : Fonds Européen Agricole de GARantie
 FIL : Fédération Internationale de Laiterie
 GAEC : Groupement Agricole d'Exploitation en Commun
 GATS : *General Agreement on Trade in Services*
 GATT : *General Agreement on Tariff & Trade*
 GEIE : Groupement Européen d'Intérêt Economique
 GES : Gaz à Effet de Serre
 GEVES : Groupe d'Etudes des Variétés de Semences
 GFA : Groupement Foncier Agricole
 GFR : Groupement Foncier Rural
 GIC : Groupement d'Intérêt Cynégétique
 GIE : Groupement d'Intérêt Economique
 GIP : Groupement d'Intérêt Public
 GIS : Groupement d'Intérêt Scientifique
 GNIS : Groupement National Interprofessionnel des Semences et plants
 HACCP : *Hazard Analysis, Critical Control Point*
 ICPE : Installation Classée pour la Protection de l'Environnement
 IFCE : Institut Français du Cheval et de l'Equitation
 IFEN : Institut Français de l'Environnement
 IFPEN : Institut Français du Pétrole-Energies Nouvelles
 IFREMER : Institut Français de la Mer
 IFS : *International Food Standard*
 IFSTTAR : Institut Français des Sciences et Technologies des Transports, de l'Aménagement et des Réseaux
 IGN : Institut National de l'information Géographique et forestière
 IGP : Indication Géographique Protégée
 INAO : Institut National de l'Origine et de la qualité
 INB : Installation Nucléaire de Base
 INC : Institut National de la Consommation
 INERIS : Institut National de l'Environnement Industriel et des Risques
 INPI : Institut National de la Propriété Industrielle
 INRA : Institut National de la Recherche Agronomique
 INRIA : Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique

INSERM : Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale
 IOTA : Installations, Ouvrages, Travaux, Activités
 IRSTEA : Institut national de Recherche en Sciences et Technologies pour l'Environnement et l'Agriculture
 ISAE : Institut Supérieur de l'Aéronautique et de l'Espace
 ISO : *International Standardization Organization*
 ITERG : Institut Technique des Corps Gras
 JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes
 JORF : Journal Officiel de la République Française
 JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne
 LMAP : Loi de Modernisation de l'Agriculture et de la Pêche (2010)
 LEMA : Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques ((2006)
 LMR : Limite Maximale de Résidus
 LOLF : Loi Organique sur les Lois de Finance (2001)
 LPF : Livre des Procédures Fiscales
 LRCT : Loi de Réforme des Collectivités Territoriales (2010)
 MNHN : Muséum National d'Histoire Naturelle
 MOP : Maîtrise d'Ouvrage Publique (loi de 1985)
 MURCEF : Mesures Urgentes à Caractère Economique et Financier (loi de 2001)
 (N)CPC : (Nouveau) Code de Procédure Civile
 NRE : Nouvelles Régulations Economiques (loi de 2001)
 OCM : Organisation Commune de Marchés
 OCDE : Organisation Commune de Développement Economique
 OCVV/CPVO : Office Communautaire des Variétés Végétales/*Community Plant Variety Office*
 ODARC : Office de Développement Agricole et Rural de la Corse
 OEB/EPO : Office Européen des Brevets/*European Patent Office*
 OEHC : Office d'Equipeement Hydraulique de la Corse
 OGM/GMO : Organisme Génétiquement Modifié/*Genetically Modified Organism*
 OHMI/ OHIM: Office d'Harmonisation du Marché Intérieur/*Office of Harmonization of Internal Market*.
 OIE : Office International des Epizooties
 OIV : Organisation Internationale de la Vigne et du vin
 OMC/WTO : Organisation Mondiale du Commerce/*World Trade Organization*
 OMPI/WIPO : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle/*World Intellectual Property Organization*
 OMS/WHO : Organisation Mondiale de la Santé/*World Health Organization*
 ONCFS : Office National de la Chasse et de la Faune Sauvage
 ONEMA : Office National de l'Eau et des Milieux Aquatiques
 ONF : Office National des Forêts
 OPCI : Organisme de Placement Collectif dans l'Immobilier
 OPJ : Officier de Police Judiciaire
 ORD : Organe de Règlement des Différends
 PAC : Politique Agricole Commune
 PCP : Politique Commune de la Pêche
 PCT : *Patent Co-operation Treaty*
 PFCI : Protection des Forêts Contre l'Incendie
 PLU : Plan Local d'Urbanisme
 PNR : Parc Naturel Régional
 POS : Plan d'Occupation des Sols

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité
 RAPO : Recours Administratif Préalable Obligatoire.
REACH : Registration, Evaluation, & Authorization of CHemicals
 RFF : Réseau Ferré de France
 RGPP : Révision Générale des Politiques Publiques
 RNU : Règlement National d'Urbanisme
 RSI : Règlement Sanitaire International
 RTE : Réseau de Transport d'Electricité
 SA : Société Anonyme
 SAFER : Société d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural
 SAGE : Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux
 SARL : Société A Responsabilité Limitée
 SAS : Société par Actions Simplifiée
 SCoT : Schéma de Cohérence Territoriale
 SCA : Société en Commandite par Actions
 SEC : Société coopérative européenne ???
 SCS : Société en Commandite Simple
 SD : Schéma Directeur
 SDAGE : Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux
 SDIS : Service Départemental d'Incendie et de Secours
 SE : Société Européenne
 SGA : Secrétariat Général à l'Administration
 SGAE : Secrétaire Général aux Affaires Européennes
 SGCI : Secrétariat Général à la Coopération Internationale
 SGDSN : Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale
 SGG : Secrétariat Général du Gouvernement
 SGH : Système Général d'Harmonisation
 SGM : Secrétariat Général à la Mer
 SHOM : Service Hydrographique et Océanographique de la Marine
 SICA : Société d'Intérêt Collectif Agricole
 SIDeR : Société d'Investissement et de Développement Régional
 SIQO : Signe d'Identification de la Qualité et de l'Origine
 SMVM : Schéma de Mise en Valeur de la Mer
 SNC : Société en Nom Collectif
 SPA : Service Public Administratif
 SPIC : Service Public Industriel et Commercial
SPS : Sanitary & PhytoSanitary
 SRADT : Schéma Régional d'Aménagement et de Développement du Territoire
 SRPV : Service Régional de la Protection des Végétaux
 SRU : Solidarité et Rénovation Urbaine (loi de 2000)
 SSC : Schéma de Services Collectifs
 STG : Spécialité Traditionnelle Garantie
 SUAD : Service d'Utilité Agricole du Développement
TBT : Technical Barriers to Trade
 TC : Tribunal des Conflits
 TCE : Traité de la Communauté Européenne
 TFPUE : Tribunal de la Fonction Publique de l'Union Européenne
 TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
 TGI : Tribunal de Grande Instance
 TI : Tribunal d'Instance

TIRPAA : Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l’Alimentation et l’Agriculture
 TPICE/*ECFI* : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes/ *European Court of First Instance*
TRIPs :Cf. ADPIC
TRT : *Trademark Registration Treaty*
 TUE : Traité de l’Union Européenne
 UE : Union Européenne
 UPOV : Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales
 VDQS : Vin Délémité de Qualité Supérieure
 VNF : Voies Navigables de France
 ZAC : Zone d’Aménagement Concerté
 ZAD : Zone d’Aménagement Différé
 ZAP : Zone d’Agriculture Protégée
 ZNIEFF : Zone Naturelle d’Intérêt Ecologique, Faunique et Floristique
 ZPPAUP : Zone de Protection du Patrimoine Architectural, Urbain et Paysager

LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES PRINCIPAUX

(Les termes figurant en gras sont spécifiques au langage juridique. Ceux qui figurent en italique sont employés dans un sens différent de leur sens usuel)

ABROGATION : Suppression de tout ou partie d’une source de droit à caractère impératif par une source de même rang en général.

ACCREDITATION : Synonyme de certification d’entreprise pour les laboratoires d’analyses, ainsi que pour les organismes certificateurs de la qualité des produits.

AGENT COMMERCIAL : Cf. COMMISSIONNAIRE.

AGREAGE : Obligation de dégustation préalable à la conclusion d’un contrat de vente portant sur le vin, l’huile ou autres produits alimentaires non préemballés dont la qualité organoleptique gustative est un élément déterminant de la cause du contrat.

AGREMENT (ADMINISTRATIF) : Prérogative de puissance publique synonyme d’autorisation préalable, ou tendant à conférer à une personne privée des droits particuliers.

ANTICHRESE : Sûreté portant sur les loyers d’un bien immobilier.

APPELLATION D’ORIGINE : Droit de propriété intellectuelle reflétant l’origine géographique d’un produit et une qualité particulière de ce produit, avec un lien de causalité .

ARRET : Cf. DECISION (1).

ASSOCIATION : Personne morale de Droit Privé ayant pour but non lucratif la défense ou la promotion d’intérêts particuliers.

ASSOCIATION FONCIERE : Association syndicale regroupant des propriétaires fonciers et soumise à des lois particulières.

ASSOCIATION SYNDICALE : Personne morale de Droit Privé (si elle est “ libre ”) ou EPA si elle est “ autorisée ” ou “ forcée ”.

ASSURANCE QUALITE : Synonyme de certification d’entreprise ou d’accréditation.

CAHIER DES CHARGES : Expression générique, sans signification juridique précise, et désignant le contenu technique d’un document annexé à un contrat (privé ou administratif) ou à une autorisation administrative préalable.

CERTIFICAT D'OBTENTION VEGETALE : Titre de propriété intellectuelle portant sur des variétés d'une espèce végétale.

CERTIFICAT D'URBANISME : Document délivré par les services de l'Etat (DDE en principe) et précisant à toutes personnes les données relatives à la constructibilité d'un terrain nu

CERTIFICATION D'ENTREPRISE : Procédure de Droit Privé visant à la reconnaissance de la conformité du fonctionnement d'un établissement ou d'un " site " à une spécification de type normatif (norme ou paranorme) ; synonyme d'assurance qualité ou d'accréditation

CERTIFICATION DE QUALITE : Procédure administrative de reconnaissance de la qualité de produits alimentaires ou de produits agricoles non transformés.

CHARTRE : Terme sans signification juridique précise, mais pouvant concerner un Parc naturel régional, un " pays "(1) (charte de développement de pays), l'adhésion à un document d'objectifs " Natura 2000 " (charte Natura 2000), ou une convention entre l'Etat et un ou plusieurs propriétaires forestiers (charte forestière de territoire).

CIRCULAIRE : Texte de doctrine administrative émanant d'une Administration centrale et diffusée dans les services déconcentrés de l'Etat (pour exécution et pour information), ou émanant du Premier Ministre et diffusé aux membres du Gouvernement.

CO- : Préfixe indiquant une pluralité de personnes partageant la même situation juridique (co-héritiers, co-contractants, co-indivisaires, co-débiteurs, etc...).

COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT (1) : Dans les juridictions administratives (et le Tribunal des Conflits), ancienne dénomination du juge spécialisé chargé de proposer à la formation de jugement une solution au litige, et dont les conclusions sont généralement suivies ; il est appelé aujourd'hui **RAPPORTEUR PUBLIC**.

COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT (2) : Représentant du Gouvernement auprès de personnes morales relevant du Droit Privé (SAFER notamment), mais poursuivant une mission d'intérêt général.

COMMISSION D'HABILITATION (adj. COMMISSIONNE): Mécanisme distinct de l'assermentation et permettant à certains fonctionnaires ou agents publics d'effectuer des missions de police judiciaire.

COMMISSIONNAIRE : Profession commerciale consistant à être le mandataire d'entreprises souhaitant externaliser certaines opérations économiques ou financières, les agents commerciaux étant des commissionnaires à statut législatif particulier.

CONCLUSIONS : Argumentation juridique écrite, et parfois aussi orales (cf. commissaire du gouvernement (1)), présentée devant une juridiction par divers intervenants (avocats, magistrats du Parquet intervenant en dehors du Droit Pénal ou devant la Cour de Cassation)

CONTENTIEUX : Qui se rapporte aux litiges tranchés par les juridictions.

DECISION (1) : Terme générique désignant une mesure ou un ensemble de mesures à caractère impératif prise par une juridiction (décision juridictionnelle qualifiée de " jugement " en première instance ou d' " arrêt " en appel ou en cassation) ou par une autorité administrative (décision administrative individuelle)

DECISION (2) : Source de Droit communautaire à caractère impératif et portant sur un objet particulier.

DEFERE (PREFECTORAL) : Procédure selon laquelle le préfet de département défère au Tribunal Administratif les actes des collectivités territoriales dans le cadre du contrôle de leur légalité *a posteriori*.

DELAISSEMENT (DROIT DE) : Droit pour un propriétaire privé de demander sa propre expropriation lorsque la loi le prévoit, afin de pallier les inconvénients d'une servitude d'utilité publique.

DIRECTIVE (1) : Source de Droit communautaire à caractère impératif donnant lieu à une transposition en Droit interne, à un effet vertical mais non à un effet horizontal.

DIRECTIVE (ADMINISTRATIVE) (2) : Source de Droit Administratif interne à l'Administration, inventée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

DIRECTIVE (3) : Source de Droit de l'Urbanisme (directive territoriale d'aménagement, directive de protection et de mise en valeur des paysages), ou de Droit Forestier (directive régionale d'aménagement des forêts domaniales).

DOL (Adj. DOLOSIF/IVE) : Vice du consentement dans un contrat, consistant à influencer abusivement le co-contractant par des manœuvres ou des réticences tendant à l'induire en erreur ou à le manipuler en vue de la conclusion du contrat.

DOMAINE (Adj. DOMANIAL(E)) : Bien(s) appartenant à une personne publique, généralement à caractère immobilier, l'adjectif ne s'appliquant qu'au domaine de l'Etat.

DOMANIALITE : Régime juridique des biens relevant du domaine public ou privé d'une personne publique, et pouvant faire l'objet de dispositions législatives particulières.

EMPHYTEOSE (Adj. EMPHYTEOTIQUE) : Droit réel résultant d'un bail de faveur à long terme.

FIDUCIE : Contrat tripartite conclu entre un "constituant", un "fiduciaire" et un "bénéficiaire", et aboutissant à la création d'un patrimoine d'affectation géré par le fiduciaire au profit du bénéficiaire et par la volonté du constituant.

FORCLUSION (Adj. FORCLOS(E)) : Perte d'un droit subjectif par suite de l'écoulement d'un laps de temps, en dehors de l'hypothèse de la prescription extinctive.

GAGE (adj. GAGISTE) : Sûreté portant sur des biens mobiliers et impliquant la dépossession du propriétaire au profit du créancier gagiste.

GROUPEMENT DE PRODUCTEURS : Dénomination des organisations de producteurs avant la loi d'orientation agricole de 1999.

GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE : Personne morale de Droit Privé intermédiaire entre la société et l'association

GROUPEMENT PASTORAL : Personne morale de divers types servant de support au regroupement de troupeaux appartenant à des propriétaires différents

INDIVISION (Adj. INDIVIS(E)) : Exercice du droit de propriété par plusieurs personnes sur un même bien, dit bien indivis.

HOMOLOGATION : Prérogative de puissance publique consistant à approuver ou à agréer un texte issu de milieux professionnels.

HYPOTHEQUE : Sûreté portant sur un bien immobilier.

JUDICIAIRE : Qui se rapporte aux juridictions de Droit Privé, y compris le Droit Pénal (police judiciaire).

JUGEMENT : Cf. DECISION (1).

JURIDICTION (Adj. JURIDICTIONNEL(LE)) : Organisme spécialisé du service public de la justice chargé de trancher les litiges conformément à l'état de droit (tribunaux, cours, conseils, etc...).

JURISPRUDENCE (Adj. JURISPRUDENTIEL(LE)) : Ensemble de décisions juridictionnelles portant sur un certain type de litige.

LEGALITE/ILLEGALITE (Adj. LEGAL/ILLEGAL) : Conformité ou non conformité à la loi (Droit Public).

LEGISLATION (Adj. LEGISLATIF/IVE) : Qui se rapporte à la loi en tant que source de Droit.

LESION : Vice du consentement portant sur la valeur monétaire d'un bien faisant l'objet d'un contrat.

LICEITE/ILLICEITE (Adj. LICITE/ILLICITE) : Conformité ou non conformité à la loi (Droit Privé).

LICENCE (1) : Dénomination que peut prendre l'autorisation administrative préalable.

LICENCE (2) (CONCESSION DE) : Location d'un droit de propriété intellectuelle.

LICITATION : Vente forcée d'un bien non susceptible d'être partagé en nature, en vue de partager le montant de sa vente entre plusieurs personnes ayant un droit sur ce bien (succession, indivision).

NANTISSEMENT : Sûreté (2) portant sur certains biens mobiliers

ORDONNANCE (1) : Texte adopté par le Gouvernement après habilitation par le Parlement, et acquérant force de loi après ratification explicite ou implicite par celui-ci.

ORDONNANCE (2) : Décision juridictionnelle émanant d'un seul juge et prévue par la loi et régie par les codes de procédure.

PAYS(1) : Groupement de communes non doté de la personnalité morale et faisant l'objet d'un projet d'aménagement et de développement durable s'incarnant dans une charte de développement de pays ; institution supprimée récemment.

PAYS(2) (**PRODUIT**) : Produit alimentaire traditionnel dans les DOM.

PREEMPTION (**DROIT DE**) : Droit consistant à se substituer à un acheteur pressenti par le vendeur, à un prix donné.

PREJUDICE (Adj. **PREJUDICIALE**) : Evaluation monétaire d'un dommage subi.

PREJUDICIEL(LE) (**RENOI** ou **QUESTION**) : Procédure particulière de renvoi par laquelle une juridiction suspend une procédure pendante devant elle pour interroger une autre juridiction en lui posant une ou plusieurs questions, dont la réponse conditionne la solution du litige.

PREROGATIVE : Pouvoir particulier attribué en droit à une personne publique ou privée.

PRESCRIPTIBLE/IMPREScriptible : Qui peut ou ne peut pas faire l'objet de la prescription.

PRESCRIPTION : Ecoulement d'un laps de temps aboutissant à créer un droit subjectif (prescription acquisitive) ou à faire disparaître le droit d'ester en justice (prescription extinctive).

PRESOMPTION : Élément de fait (éventuellement écrit) apportant un début de preuve d'une situation juridique particulière.

PROTOCOLE : Texte de Droit international public prolongeant ou modifiant un traité ou une convention internationale.

RAPPORTEUR PUBLIC : cf. **COMMISSAIRE** du **GOUVERNEMENT** (1).

RECONNAISSANCE : Prérrogative de puissance publique synonyme d'agrément, dans le second sens.

RATIFICATION : Acte juridique approuvant un acte antérieur (traité ou convention internationale, ordonnance (1)).

RECOURS : Nom donné en Droit Administratif aux actions en justice (recours contentieux), ou aux démarches non contentieuses visant à obtenir la modification d'une décision administrative (recours gracieux).

REEL(LE) : Qui se rapporte à une chose appropriée (bien).

REFERE : Procédure d'urgence donnant lieu à une ordonnance rendue par un juge unique, mais selon le principe du contradictoire.

REFRAGABLE/IRREFRAGABLE : Se dit d'une présomption qui peut ou non être renversée par des éléments de preuve.

REGIME FORESTIER : Gestion d'espaces forestiers ou autres par l'ONF et faisant l'objet d'une présomption irréfragable de gestion durable.

REGLEMENT (1) (Adj. **REGLEMENTAIRE**) : Sources de Droit à caractère impératif inférieures à la loi (décrets et arrêtés essentiellement).

REGLEMENT (2) : Source de Droit communautaire à effet direct vertical et horizontal.

REGLEMENTATION : Ensemble de textes réglementaires d'application de la législation, ou revêtant exceptionnellement un caractère autonome.

RENOI : Décision juridictionnelle transmettant le dossier d'un litige à une autre juridiction.

REQUERANT(E) : Personne exerçant un recours contentieux en Droit Administratif.

REQUETE (ORDONNANCE SUR) : Procédure d'urgence donnant lieu à une ordonnance rendue par un juge unique, de façon non contradictoire.

REQUISITION (1) : Procédure consistant pour l'autorité administrative à prendre possession temporairement d'un bien immobilier contre indemnisation ; peut s'appliquer aussi aux personnes.

REQUISITIONS (2) : Propositions sur la culpabilité et la peine faites par le représentant du ministère public à l'audience pénale.

REQUISITOIRE : Document écrit émanant du ministère public dans une procédure pénale, et déterminant le champ d'investigation du juge d'instruction (réquisitoire introductif ou supplétif).

RESCISION (ACTION EN) : Rééquilibrage d'un contrat à la demande d'un co-contractant ayant invoqué et obtenu la reconnaissance de la lésion de ses intérêts.

SERVITUDE : Droit réel principal à contenu négatif et affectant un bien immobilier.

SUBROGATION : Substitution d'une personne à une autre pour l'exercice d'un droit subjectif.

SURETE (1) : Droit constitutionnel signifiant originellement le droit de ne pas faire l'objet d'une arrestation arbitraire, pour être étendu ensuite à la sécurité de la personne.

SURETE (2) : Droit réel accessoire (hypothèque, gage, nantissement, antichrèse)

SYNDICAT (1) (PROFESSIONNEL) : Personne morale de Droit Privé ayant pour but la défense d'intérêts professionnels.

SYNDICAT (2) : Etablissement public de coopération intercommunale ou associant des communes, d'autres collectivités territoriales, les Chambres consulaires, etc... (syndicat mixte « fermé » ou « ouvert »).

SYNDICAT (3) : Organe de gestion d'une association syndicale.

TITRE (1) : Dénomination officielle d'une association ou d'une fondation.

TITRE (2) : Document écrit reflétant l'existence d'un droit réel, généralement sous forme d'un acte authentique dressé par un notaire (cf. l'expression " sans droit ni titre ").

TITRE (3) : Support écrit d'une ou plusieurs " valeurs mobilières " (aujourd'hui " instruments financiers "), tombé en obsolescence depuis la " dématérialisation des titres " au début de la décennie 1980-1990.

USAGE (DROIT D') : Droit subjectif portant soit sur la jouissance d'une chose commune, soit sur la jouissance d'un bien.

USAGE (REGLEMENT D') : Cahier des charges d'une marque collective, éventuellement de certification.

USAGE(S) : Source de droit à caractère indicatif, en matière rurale, commerciale ou professionnelle.

USUCAPION : Synonyme de prescription acquisitive (droits réels principaux).

USUFRUIT : Droit réel principal impliquant un démembrement du droit de propriété entre l'usufruitier (qui détient l'*usus* et le *fructus*) et le nu-propriétaire, qui conserve un droit de regard sur les actes de disposition de l'usufruitier, sans posséder l'*abusus*.

WARRANT : Gage sans dépossession, au profit de professions particulières.

LEXIQUE DE TERMES & D'EXPRESSIONS LATINES UTILISEES EN DROIT

Abusus : Prérogative du droit de propriété consistant à y mettre fin par aliénation du bien, ou à faire un usage aberrant du bien.

A contrario : Par déduction contraire (raisonnement sur un ensemble fini de règles ou d'objets des règles).

Contra legem : Contre la loi.

De cuius (successione agitur) : Défunt(e) (« celui ou celle dont il s'agit de la succession »).

De facto : En fait.

De jure : En droit.

De minimis (non curat praetor) : Le préteur (= le dirigeant, le responsable) ne se préoccupe pas des choses de faible importance

Erga omnes : Envers tout le monde (opposabilité d'un droit subjectif ou d'une règle) ; s'oppose à « *inter partes* »..

Exequatur : Validation d'une sentence arbitrale par le juge judiciaire.

Ex nihilo : A partir de rien.

Extra petita : Au-delà de ce qui a été demandé.

Fructus : Droit de tirer les fruits naturels, industriels et civils de la propriété d'un bien

In abstracto : Abstraitement.

In concreto : Concrètement.

In solidum : « En bloc » (se dit d'une obligation dans le cadre de la responsabilité solidaire

Inter partes : Entre les parties (s'oppose à *Erga omnes*)

Intuitu(s) personae : Prise en considération étroite de la personnalité du co-contractant dans un contrat.

Lato sensu : Au sens large.

Plenissimum flumen : Règle de détermination de la limite d'un cours d'eau domanial (plus hautes eaux avant de déborder).

Praeter legem : Dans le silence de la loi.

Pretium doloris : “ Prix de la douleur ” (dédommagement pour une souffrance physique en responsabilité civile).

Res communis : Chose commune, susceptible de faire l'objet d'un droit d'usage.

Res derelicta : Chose abandonnée par son propriétaire et devenue *res nullius*.

Res nullius : Chose sans maître, mais pouvant devenir chose appropriée par “ occupation ”.

Res propria : Chose appropriée (bien).

Secundum legem : Sur renvoi de la loi.

Stricto sensu : Au sens strict.

Sui generis : En son genre, spécifique.

Summa divisio : Ligne de partage essentielle (Droit Public/Droit Privé, personnes/choses...)

Ultra petita : En dehors de ce qui a été demandé.

Usus : Droit d'utilisation directe du bien dont on est propriétaire.