

## **DE LA SIMPLIFICATION (suite sans fin)**

**par Jean-Marie PONTIER**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)*



La simplification est une préoccupation permanente des pouvoirs publics, et il y a du travail à faire, on peut appliquer à ce domaine la formule d'un poème célèbre : « Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage » (l'auteur ajoute fort opportunément, quelques lignes plus loin : « ajoutez quelquefois, effacez souvent » ; si la première partie de la phrase est appliquée, il n'en est pas de même de la seconde). Il y a de fortes probabilités pour que dans dix ans ou plus ces cahiers (s'ils existent toujours ...) reprennent la même antienne.

Parmi les domaines de la simplification figure la réforme des collectivités territoriales. Il y a fort à faire en ce domaine et, pour simplifier un édifice législatif aussi impressionnant, le législateur décide régulièrement d'adopter de nouvelles lois. La logique est imparable : il faut de nouvelles lois pour simplifier celles qui existent. On pourrait disserter longuement sur cette « philosophie » d'une réforme, mais c'est un fait.

A titre simplement d'exemple, je voudrais citer une circulaire, prise en application d'un décret, lui-même pris évidemment en application d'une loi, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (dite loi RCT dans le jargon). Un titre de cette loi porte comme dénomination : « Clarification des compétences des collectivités territoriales ». On se réjouit immédiatement, avec un tel intitulé, d'une telle volonté mais, au fur et à mesure de la lecture de la loi on éprouve un doute qui finit par tarauder : a-t-on mal lu la loi, ne sait-on pas discerner la volonté claire du législateur, est-on borné à ce point que l'on ne puisse être convaincu à la seule lecture du bien fondé

des dispositions, ou bien est-ce le législateur qui, sa bonne volonté n'étant nullement en cause, ne s'y serait pas très bien pris ?

Il ne s'agit pas ici de reprendre les diverses dispositions de la loi, complexes et qui font l'objet d'interprétations divergentes, ni la décision du Conseil constitutionnel, quelque peu indigente sur ce thème, mais un point qui a fait l'objet de dispositions ayant donné lieu à de longs débats, et à maintes moutures au cours des débats, celui qui a trait aux célèbres financements croisés (cette expression a fini par prévaloir sur celle de cofinancement, ce terme étant plus général que celui de financement croisé). On parle de financements croisés pour désigner les opérations d'investissement auxquelles contribuent, financièrement, plusieurs personnes publiques (voire des personnes privées – en fait de fausses personnes privées puisqu'il s'agit de sociétés d'économie mixte). Ces financements croisés ont connu un succès remarquable, parce qu'il apparut que ce que ne pouvait faire une seule collectivité, plusieurs collectivités pouvaient y parvenir. L'union fait la force, les petits ruisseaux font les grandes rivières, tous ces aphorismes s'appliquent aux financements croisés.

Mais voilà, ces financements croisés ont fini par susciter les inquiétudes, puis les foudres du pouvoir central. Il est vrai qu'ils comportent des inconvénients : il suffit que l'un des contributeurs soit défaillant pour que l'opération ne puisse se faire, et plus il y a de contributeurs, plus le risque est élevé ; par ailleurs, cela enlève de la visibilité à une opération, les investissements réalisés le sont plus parce que l'on a réussi à mettre d'accord plusieurs personnes qu'en raison de l'intérêt intrinsèque de ladite opération, l'intérêt général n'y trouve donc pas nécessairement son compte ; enfin, il est vrai que ces financements croisés sont une incitation à la dépense, chacun étant disposé à participer pour une part, dès lors qu'il n'a pas à supporter l'intégralité de la charge de l'opération et, en ces temps de contraintes budgétaires, ce type de dépenses ne peut qu'être vu avec suspicion. Les financements croisés ont fini par être chargés de tous les maux.

La loi du 16 décembre 2010 dans ses articles 73 et 76 institue donc un encadrement des financements auxquels participent les collectivités territoriales. Le principe, en soi logique, consiste à imposer au maître d'ouvrage un financement minimal pour les dépenses d'investissement. Selon le premier alinéa du III de l'article L. 1111-10 du CGCT introduit par la loi, « toute collectivité territoriale ou tout groupement de collectivités territoriales, maître d'ouvrage d'une opération d'investissement, assure une participation minimale au financement de ce projet ». Une circulaire du ministre de l'intérieur et des collectivités territoriales, en date du 5 avril 2012, commente les dispositions de la loi concernant les interventions financières des collectivités territoriales

et de leurs groupements, en particulier ce que signifie cette exigence de participation minimale.

Le quantum de cette participation minimale est fixé par la loi à 20 % des financements apportés par les personnes publiques, sous la réserve de trois types de dérogations (car il y a inévitablement toujours des dérogations). Une première dérogation est une dérogation générale pour les opérations menées dans le cadre de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine. Une deuxième série de dérogations est constituée par les dérogations préfectorales accordées pour les projets d'investissement en matière de rénovation des monuments protégés au titre du code du patrimoine, ainsi que pour les projets d'investissement destinés à réparer les dégâts causés par les calamités publiques, au vu de l'importance des dégâts et de la capacité financière des collectivités territoriales ou groupement de collectivités territoriales. Enfin, une dérogation spécifique à la Corse a été introduite par la loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012 : le quantum de la participation minimale est ramené à 10 % du montant total des financements apportés au projet pour les projets d'investissement en matière d'eau potable et d'assainissement, d'élimination des déchets, de protection contre les incendies de forêts et de voirie communale qui sont réalisés par les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de Corse ou par les communes membres d'un tel établissement lorsque les projets n'entrent pas dans le champ de compétence communautaire.

Le calcul de la participation du maître de l'ouvrage ne s'apprécie qu'au regard des financements apportés par les seules personnes publiques (en d'autres termes, moins diplomatiques, du moment qu'une personne privée finance, il n'y a pas à en tenir compte, cela simplifie ...). Ainsi, une collectivité maître d'ouvrage peut bénéficier de deux types de financements : financements purement privés (mécénat par exemple) ; financements apportés par des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public, tels que, par exemple, les caisses d'allocations familiales.

Dans l'hypothèse où aucune autre personne publique n'apporterait de financement à un projet d'investissement mené sous maîtrise d'ouvrage d'une collectivité territoriale, cette dernière serait simplement tenue d'assurer une participation minimale d'un montant de son choix, la totalité du reliquat pouvant être pris en charge par des personnes privées : en effet, étant la seule personne publique à participer au financement, elle remplit par définition la condition de participation minimale.

Enfin, comme rien n'est simple en ce bas monde des réglementations, les nouvelles règles n'écartent pas l'application des dispositions du décret n° 99-1060 du 16 décembre

1999 relatif aux projets d'investissement soutenus par des subventions de l'Etat (cela aurait été trop simple s'il y avait eu un seul régime applicable). En particulier, conformément au 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article 10, le montant de la subvention de l'Etat ne peut avoir pour effet de porter le montant des aides publiques directes à plus de 80 % du montant prévisionnel de la dépense subventionnable engagée par le demandeur. Ainsi, déclare la circulaire, certains projets d'investissement devront être conformes à ces deux régimes (là aussi, cela va simplifier ...).

Il faut tenir compte d'un autre élément : les collectivités territoriales et leurs groupements restent libres des interventions financières décidées dans le cadre de leurs compétences. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent en effet exercer leurs compétences selon deux types de modalités : soit en adoptant des actes juridiques de mise en œuvre de la compétence et/ou en assumant la maîtrise d'ouvrage d'opérations s'inscrivant dans le champ de cette compétence, soit en allouant des subventions à des entités dont l'activité se situe dans le champ de cette compétence.

Evidemment, le dispositif d'encadrement prévu aux I et II de l'article L. 1111-10 du CGCT s'applique aux interventions financières des collectivités territoriales et de leurs groupements hors de leurs compétences. En effet, comme l'indique benoîtement la circulaire du ministre de l'intérieur, dès lors qu'elles interviennent hors du champ de leurs compétences, les interventions financières des collectivités territoriales peuvent être davantage encadrées par le législateur car, par définition, dans ce cas il ne peut y avoir d'entrave au principe de libre administration des collectivités territoriales (la circulaire parle, elle, de « libre exercice des compétences »).

C'est ainsi, selon la circulaire, qu'il convient de lire les I et II de l'article L. 1111-10 du CGCT. La capacité des départements et des régions de contribuer, en dehors de leurs compétences, au financement des opérations menées sous maîtrise d'ouvrage d'autres entités est encadrée. Le principe est que les départements ne peuvent en effet allouer des subventions dans le cadre d'opérations d'investissement qu'aux seuls communes et groupements de communes. De même, les régions ne peuvent contribuer qu'au financement des opérations d'intérêt régional menées sous maîtrise d'ouvrage des départements, des communes et de leurs groupements ou des groupements d'intérêt public.

Il y a tout de même une dérogation (on s'y attendait un peu) à cette interdiction. Il ressort en effet du IV de l'article L. 1111-10 que « les collectivités territoriales peuvent financer toute opération figurant dans les contrats de projet Etat-région et toute opération dont la maîtrise d'ouvrage relève de l'Etat ou de ses établissements publics ». Cette dérogation permet donc aux départements et aux régions, dans le cadre « précis »

(dixit la circulaire ...) des contrats de projet Etat-région, d'attribuer des subventions à tout maître d'ouvrage. Mais pourquoi donc cette dérogation ? Pour celui qui n'aurait pas bien compris, il suffit de voir pour qui cette disposition présente le plus d'intérêt (cherchez « à qui profite le crime », comme il est dit dans les romans policiers). Par ailleurs, si l'on comprend bien, il suffit de « charger » le contrat de projet (comme on charge un bateau) pour échapper aux fourches caudines de la limitation fixée par la loi.

Et pour tous ceux qui n'auraient pas bien intégré, au fur et à mesure, les diverses composantes de ces dispositions, la circulaire donne des exemples concrets (cela n'est peut-être pas superflu).

Voilà deux exemples de mode de calcul relatif à la condition de participation minimale de 20 % de la collectivité territoriale en tant que maître d'ouvrage, en application de l'article L. 1111-10 III, 2<sup>ème</sup> alinéa, du CGCT.

En hors taxe, la participation minimale (PM) du montant total des financements apportés par des personnes publiques à ce projet (FAPP) va être calculée selon la formule suivante :

$$PM \geq 20 \% \times FAPP$$

Appliquons :

Premier exemple : construction d'une crèche de 20 places, avec un coût total de l'opération de 1 399 240 € (la circulaire ne dit pas comment elle arrive à ce chiffre précis, admettons qu'il s'agisse d'un cas réel ...), avec comme maître d'ouvrage la commune.

Financements apportés par des personnes privées : admettons un apport de la Caisse d'allocations familiales de 265 500 €.

Le total des FAPP est donc de 1 133 740 €. Le financement du conseil régional/ADEME est de 40 000 € (soit 3,5 %), celui de l'Etat (par le biais de la dotation d'équipement des territoires ruraux de 33 740 € (soit 3 %), celui du conseil général de 100 000 € (soit 8,8 %), celui de la commune maître d'ouvrage de 960 760 € (soit 84,7 %).

Vérification : la participation minimale de la commune devant être de 20 %, soit 1 133 740 (FAPP)  $\times$  20/100 = 226 748 (PM), la commune remplit la condition de participation minimale avec 960 760 € à sa charge. CQFD.

Autre exemple, celui de la valorisation d'un château, dont le coût total de l'opération est estimé à 2 400 000 €, la commune étant toujours maître d'ouvrage.

Financements apportés par des personnes privées 200 000 €, soit : association locale 50 000 € ; mécènes locaux, 150 000 €.

Financements apportés par des personnes publiques (FAPP) 55 000 €, soit : conseil général 20 000 € (36,3 %) ; Etat 10 000 € (18,2 %) ; commune maître d'ouvrage 15 000 € (27,3 %). La condition de participation minimale est également remplie.

La circulaire comporte bien d'autres exemples chiffrés, dont certains montrant que la condition de participation minimale n'est pas remplie. Libre à chacun d'être convaincu ou pas par de tels exemples ...

Au terme de ces brèves remarques, et outre les multiples commentaires que cela appellerait, contentons-nous d'une remarque et d'une question. La remarque a trait à la distinction, dont la circulaire montre qu'elle est essentielle, entre ce qui entre dans le champ des compétences des collectivités territoriales et ce qui est hors champ : les règles sont différentes selon que l'opération entre dans les compétences d'une collectivité territoriale ou n'y entre pas. Le problème est que cela présuppose que les compétences des différentes collectivités territoriales sont bien définies. Le doute sur ce point est si fort qu'il se transforme en une certitude : il est très difficile de dire où s'arrêtent les compétences d'une collectivité territoriale. Et ce n'est pas la loi de 2010 qui va, malgré ses ambitions et ses affirmations, régler la question : trois domaines sont, en vertu de la loi, des domaines partagés, la culture, le sport et le tourisme. Si l'on s'en tient à la culture, qui est le domaine le plus significatif des trois, il est facile de montrer que ce champ est indéfini car non défini du fait que chacun peut mettre dans la culture un peu ce qu'il veut. Et si l'on éprouve un doute sur le point de savoir si l'opération entre dans le champ de compétence de la collectivité ou n'y entre pas, comment fait-on ?

Quant à la question elle est de savoir si les mesures adoptées constituent une amélioration par rapport à ce qui précédait. Le législateur le croit, puisqu'il les a adoptées. Mais, apparemment, il bien le seul à y croire vraiment, et encore : certains rapports parlementaires adoptés après la loi se montrent sceptiques sur l'apport que constitue la loi en ce domaine, et préconisent l'adoption d'une nouvelle loi.

Vous aviez dit simplification ?



## **ACTUALITÉ DE LA SÉCURITÉ ET DE LA SÛRETÉ**

**par Jean-Marie PONTIER**

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)*

Plusieurs textes adoptés en ce premier trimestre 2012 attestent l'actualité des thèmes de la sécurité et de la sûreté. A vrai dire, peut-être ces thèmes n'ont-ils jamais quitté l'actualité car, indépendamment des préoccupations qui peuvent parfois être « électoralistes » de la part de certains hommes politiques, depuis longtemps se manifeste une « demande » de sécurité de la part des citoyens. C'est là l'une des fonctions principales et primordiales de l'Etat car l'ordre, auquel se rattachent la sécurité et la sûreté, est l'une des composantes du Bien commun, l'autre composante étant évidemment la justice.

Entre ces deux finalités, l'ordre l'emporte toujours – c'est là un simple constat, non un jugement de valeur – parce que, tout d'abord, il faut qu'un certain ordre règne pour que les préoccupations de justice puissent se manifester et, surtout, qu'il puisse y être répondu, ensuite parce qu'il est plus facile d'instaurer ou de restaurer l'ordre que la justice, celle-ci étant complexe, pouvant prendre différentes formes, alors que l'ordre est plus simple, qu'il est plus facile d'instaurer une dictature que d'établir la démocratie. Enfin, parce que en cas de troubles, de risques pour leurs biens et, plus encore, pour leur vie (ou les craintes ressenties comme telles), les individus, dans une société, privilégient toujours l'ordre à la justice.

Il peut paraître étonnant, compte tenu de ces éléments, que l'ordre tienne autant de place dans la législation et la réglementation à notre époque. Nos sociétés ne sont-elles pas des sociétés apaisées, où règne un minimum de consensus, où l'on admet, parce que nous sommes en démocratie, que des opinions différentes puissent s'exprimer librement, où, du fait du développement, certes inégal et qui ne profite pas de la même manière à tous, un certain équilibre a été atteint (avec les indispensables « classes moyennes » qui sont, dans tous les pays, le garant de la stabilité ?)

Et cependant, si les préoccupations relatives à la sécurité sont bien réelles, cela est dû à plusieurs facteurs. En premier lieu, il n'est pas certain que nos sociétés soient si apaisées qu'on veut bien l'affirmer, la violence est toujours prête à refaire surface, les débordements que l'on peut observer montrent, quelles qu'en soient les raisons et les explications, que des individus, des groupes, sont prêts à recourir à la violence. Ensuite, en France comme en d'autres pays les inégalités, après avoir diminué, en particulier

durant les fameuses « trente glorieuses » s'accroissent à nouveau, un « retour des pauvres », voire des « misérables » s'est effectué depuis quelques années.

Un autre facteur, encore, est constitué par l'environnement international, moins sûr qu'il ne le fut : la « guerre froide » s'accompagna de conflits « locaux » qui purent être très meurtriers, mais « l'équilibre de la terreur » permit à l'Europe occidentale de bénéficier d'une certaine paix. Les bouleversements qui se sont produits dans le monde depuis un peu plus de deux décennies ont rendu sans doute ce dernier plus dangereux qu'il ne l'était, la crainte du terrorisme – des terrorismes plutôt – se manifeste un peu partout. Un autre facteur de la demande de sécurité, et de la recherche de sécurité, est représenté par les progrès techniques et la complexité plus grande d'un certain nombre de phénomènes qui en résulte. Une illustration entre autres en est fournie par le nucléaire, avec une préoccupation particulièrement vive de sécurité et de sûreté pour des raisons évidentes qu'il n'est pas nécessaire de rappeler.

Cette préoccupation de sécurité concerne tous les domaines ; par exemple on parle, aujourd'hui, de « sécurité alimentaire », ce qui n'aurait pas eu de sens il y a un siècle. Mais précisément nous sommes plus préoccupés que nous ne le fûmes de cette sécurité, nous disposons, désormais, des moyens de mieux contrôler qu'autrefois ce que nous mangeons, et il est certain que cette sécurité alimentaire s'est grandement améliorée par rapport à ce que fut en d'autres temps la situation.

De même, la sécurité médicamenteuse et pharmacologique est devenue essentielle. Quelques affaires, comme celle du Mediator, par exemple, nous montrent combien cette préoccupation est justifiée, et les pouvoirs publics ont développé de multiples procédures en vue d'assurer cette sécurité, en même temps qu'ils ont créé des institutions chargées de veiller à cette sécurité.

Au cours du premier trimestre 2012 plusieurs textes ont été adoptés qui concernent la sécurité. Il s'agit dans les trois cas d'ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Ces ordonnances ont suscité, il y a quelques années, de vives critiques, mais tous les gouvernements y ont eu recours, parce qu'ils ont estimé que c'était une solution plus simple – et plus rapide – pour régler un certain nombre de questions. Trois ordonnances, portant sur des thèmes différents, mais qui ont tous rapport avec la sécurité, ont été adoptés en mars 2012, l'une relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, une deuxième portant simplification, réforme et organisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, la troisième relative à la sûreté de l'aviation civile.



## **I – L’ORDONNANCE DU 12 MARS 2012 RELATIVE À LA PARTIE LÉGISLATIVE DU CODE DE LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE**

A chaque année – voire à chaque semestre – son nouveau code, voici le code de la sécurité intérieure, qui n’est pas le dernier code, d’autres étant en préparation, même si la Commission supérieure de codification entend limiter le nombre de futurs codes à paraître.

### **1 – Caractéristiques du code**

#### **De la multiplication des lois**

Depuis quelques années, les lois relatives à la sécurité se sont multipliées. Ce n’est certes pas là le seul domaine (on trouve des lois sur à peu près tous les domaines, y compris des sujets dont on pourrait penser *a priori* que ce ne sont pas des sujets importants, comme les lois – car il y en a plusieurs – sur les « chiens dangereux », un précédent numéro des Cahiers a évoqué ce problème) mais celui-ci est particulièrement significatif des préoccupations de la société, ou de ce que les pouvoirs publics estiment être de telles préoccupations. Et, « le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure » annexé à la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure disposait : « Un code de la sécurité intérieure regroupant l’ensemble des textes qui intéressent la sécurité intérieure et la sécurité civile sera préparé ».

Il n’est pas très étonnant que les pouvoirs publics aient cherché à instituer un tel code. D’une part, en effet, la multiplication des lois en la matière avec les modifications opérées par les dernières par rapport aux précédentes rendent les dispositions peu lisibles, ce qui est regrettable dans un tel domaine. D’autre part, l’institution de ce code s’inscrit dans une politique plus large de codification. La France a un tel « stock » de lois (sans compter les règlements, les circulaires et instructions, si nombreuses qu’il est même impossible de les décompter) qu’il était indispensable de procéder à une codification.

La politique de codification n’est pas récente, les entreprises de codification de textes datent de la Rome antique (le code Justinien, etc.), une certaine codification a eu lieu sous l’Ancien Régime, et la révolution a voulu, sans toujours y parvenir, rationaliser cette entreprise en lançant un programme de codification. Celle-ci s’arrêta rapidement, même si, sous l’Empire, plusieurs codes furent adoptés, dont le plus célèbre d’entre eux, le code civil. La codification reprit ensuite à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et s’accéléra sous la

Vème République, notamment depuis quelques décennies, une commission supérieure de codification étant chargée de préparer le travail de codification pour le législateur. Une cinquantaine de codes sont actuellement en vigueur, plusieurs sont encore en préparation.

### **Principes de la codification**

L'article 102 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la codification, dans un délai de douze mois à compter de sa publication des dispositions législatives relatives à la sécurité publique et à la sécurité civile.

Il convient de relever que pour cette codification, comme pour les autres, il a été retenu le principe de la codification à droit constant, ce choix ayant été fait par la commission supérieure de codification pour des raisons de simplicité et afin de procéder plus rapidement aux codifications. Ceci étant, il n'est pas toujours possible de respecter ce principe : des exceptions avaient déjà été apportées lors de l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P). De même, pour le code de la sécurité intérieure, des exceptions ont été apportées pour tenir compte du respect de la hiérarchie des normes, de la cohérence rédactionnelle, remédier aux éventuelles redites (il y en a toujours lorsque plusieurs lois interviennent dans le même domaine à quelques années d'intervalle), abroger aussi les dispositions devenues sans objet.

### **La notion de sécurité**

La sécurité constitue, nul n'en disconvient, l'une des principales missions de l'Etat. Cela est rappelé par la loi elle-même. L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, repris à l'article L. 111-1 du code, dispose que « 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 public, à la protection des personnes et des biens ». On peut regretter, à propos de cette définition, que le législateur ait mélangé le moral et le légal : l'Etat ne peut pas avoir de « devoirs », car ces derniers relèvent du « moral », seules les personnes physiques peuvent avoir des devoirs, l'Etat, lui, est soumis au droit, donc il a des obligations.

Ainsi que les textes officiels – rapports au président de la République, circulaires – le relèvent eux-mêmes, le terme « sécurité » figurent, depuis une trentaine d'années,

dans de nombreuses dispositions (au moins une trentaine de textes). Mais selon l'adjectif qui l'accompagne il a des sens un peu différents. En effet, on parle de sécurité publique mais aussi de sécurité civile.

Le terme de « civil » opposé à public n'est pas d'une clarté absolue. Si, en droit, on peut opposer le droit public au droit civil (plus exactement, d'ailleurs, au droit privé), et quand bien même cette distinction est contestable, on peut aussi utiliser le terme « civil » en droit public, pour désigner la participation des populations civiles à des opérations administratives : on distingue ainsi, depuis un peu plus d'un demi-siècle, la défense militaire et la défense civile, celle-ci concernant le territoire avec la participation des populations. La sécurité civile distinguée de la sécurité publique désigne la participation volontaire des populations civiles à des opérations administratives telles que la lutte contre l'incendie.

Une autre distinction, faite depuis peu, dans l'histoire, entre sécurité intérieure et sécurité extérieure. Cette dernière désigne la protection de la collectivité nationale contre les dangers qui pourraient la menacer, dangers liés au risque de guerre mais aussi de déstabilisation, d'atteinte aux intérêts français à l'étranger, qu'il s'agisse des personnes ou des biens. La sécurité intérieure fait référence à une vie paisible des citoyens, qui ne doit pas être troublée par des menaces de tous ordres, notamment, à notre époque, de nature terroriste.

Selon le rapport au président de la République qui a accompagné l'ordonnance, le code de la sécurité intérieure a poursuivi deux objectifs. Le premier a été de mettre à la disposition des responsables publics chargés de la sécurité intérieure et de la sécurité civile un instrument opérationnel et simple d'emploi. En outre, ce code est destiné à rassembler les nombreuses normes législatives et réglementaires s'y rapportant dans un ouvrage unique, conformément à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

## **La sécurité intérieure**

Quel est le champ de la « sécurité intérieure » ? L'expression « sécurité intérieure » est apparue relativement récemment dans les textes : un décret de 1991, le décret n° 91-903 du 10 septembre 1991, a créé un Institut des hautes études de la sécurité intérieure, puis une autre décret, le décret n° 97-1052 du 18 novembre 1997, a institué le Conseil de sécurité intérieure et, enfin, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure a repris, comme sa dénomination l'indique, ce terme.

Selon le rapport au Président de la République, le champ de la sécurité publique correspond principalement au périmètre couvert par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, la loi du 29 août 2002 précitée, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Il couvre donc, au vu de ces textes, la protection des personnes, des biens et des institutions contre les atteintes délibérées, pénalement répréhensibles, allant de simples infractions jusqu'aux actes de terrorisme. Cependant l'article 102 de la loi du 14 mars 2011 précitée a retenu pour le périmètre du code une définition élargie aux questions relatives à la sécurité civile, celle-ci étant chargée de lutter essentiellement contre des risques naturels ou suscités par l'activité humaine mais indépendante de toute volonté de nuire.

L'adoption du code de la sécurité intérieure a nécessité de déterminer le périmètre du code pour délimiter les frontières avec les autres codes. Cela explique les nombreux renvois du code de la sécurité intérieure vers d'autres codes, ou, inversement, les renvois qui seront faits au code de la sécurité intérieure après que les transferts auront été opérés. Ce système est apparu à l'usage plus simple que celui qui a été utilisé par la Commission supérieure de codification, et qui consistait à distinguer le « code pilote » et le « code suiveur ». Cette distinction était, sur le plan logique, justifiée, mais est apparue complexe à mettre en œuvre et, avec la multiplication des codes, de plus en plus difficile à appliquer.

## **2 – La structure du code**

Du point de point structurel, le code de la sécurité intérieure est composé de sept livres thématiques comprenant chacun une partie législative, mise en œuvre par ordonnance, et une partie réglementaire, qui doit faire l'objet, plus tard, de mesures spécifiques.

### **Principes généraux**

Le livre Ier est consacré, comme dans d'autres codes, aux principes généraux de l'organisation de la sécurité intérieure. Le titre Ier de ce livre, intitulé « Principes généraux de la sécurité intérieure », traite de la sécurité publique et de la sécurité civile. Il reprend des dispositions figurant de la loi du 21 janvier 1995, de la loi du 18 mars 2003 et de la loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, avec des renvois au code de la défense. Le livre II de ce premier livre, intitulé « Organisation

administrative », reprend des dispositions de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (notamment en ce qui concerne les compétences du préfet de département, du préfet de zone et du préfet de police).

Le titre III (« compétences respectives de l'Etat et des collectivités territoriales en matière de sécurité publique ») reprend des dispositions de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (rôle du représentant de l'Etat dans le département dans la prévention de la délinquance) et du code général des collectivités territoriales (rôles du maire, des établissements publics de coopération intercommunale compétents et du conseil général dans la prévention de la délinquance). Il opère des renvois au code général des collectivités territoriales (pouvoirs de police générale du maire, du préfet de police, du président du conseil général et du représentant de l'Etat dans le département), au code de procédure pénale (rôle du maire dans la prévention de la délinquance) et au code pénal. Le titre IV, intitulé « Déontologie de la sécurité publique », comprend un chapitre unique consacré à la mission du Défenseur des droits et opère un renvoi à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

### **Ordre et sécurité publics**

Le livre II est consacré à l' « Ordre et sécurité publics ». Il regroupe les principales dispositions relatives aux pouvoirs conférés aux autorités administratives de l'Etat pour faire échec à des comportements délibérés dirigés contre les personnes et les biens.

Le titre Ier, « Ordre public » traite des manifestations et des rassemblements, des groupes de combat et milices privées et de l'état d'urgence. Il reprend des dispositions du décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public (déclaration et interdiction des manifestations), de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées, de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (déclaration et interdiction des rassemblements festifs à caractère musical), de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, l'article 431-3 du code pénal (modalités de dissipation des attroupements par la force publique) et l'article L. 2216-3 du CGCT (responsabilité de l'Etat concernant les dommages résultant de rassemblements). Il opère des renvois à la loi du 30 juin 1881 (réunions sur la voie publique), à la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (état d'urgence), au code pénal, au CGCT, au code de la défense et au code du sport (dissolution d'associations de supporters).

Le titre II (« Lutte contre le terrorisme et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ») reprend des dispositions de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (accès des services de la police et de la gendarmerie nationales aux données conservées par des opérateurs privés de communications électroniques), et de la loi du 21 janvier 1995 précitée (systèmes de vidéoprotection). Il opère des renvois à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (traitements automatisés), à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (fournisseurs d'accès à internet), au code monétaire et financier (gel d'avoirs détenus par des prestataires de services financiers), au code des postes et télécommunications électroniques et au code de défense.

### **Sécurité et nouvelles techniques**

Le titre III (« Traitements automatisés de données personnelles et enquêtes administratives ») concerne essentiellement des fichiers informatiques. Il reprend des dispositions de la loi du 21 janvier 1995 (enquêtes administratives préalables à certains recrutements), de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (données signalétiques des véhicules et coopération internationale) et de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (données recueillies à l'occasion de déplacements internationaux). Il opère des renvois à la loi du 6 janvier 1978.

Le titre IV (« Interceptions de sécurité ») reprend les dispositions de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques (conditions des interceptions et statut et fonctionnement de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité). Il opère des renvois à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Le titre V (« Vidéoprotection ») reprend les dispositions des articles 10 et suivants de la loi du 21 janvier 1995 (contrôle des systèmes de vidéoprotection et statut et fonctionnement de la Commission nationale de vidéoprotection. Il opère des renvois à la loi du 6 janvier 1978.

Le titre VI (« Sécurité des transports collectifs ») s'intéresse aux transports en commun, aux transports aériens et aux transports maritimes et opère des renvois au code des transports.

Le titre VII (« Gardiennage et surveillance des immeubles ») reprend des dispositions du code de la construction et de l'habitation et opère des renvois au même code.

### **Polices administratives spéciales**

Le livre III est consacré aux « Polices administratives spéciales » et comporte trois titres. Le titre Ier (« Armes et munitions ») concerne l'acquisition, la détention, la conservation, le port et le transport des matériels de guerre, armes et munitions. Il nécessite une articulation avec le code de la défense en reprenant certaines de ses dispositions et en renvoyant à d'autres.

Le titre II (« Jeux d'argent et de hasard, casinos, loteries ») reprend des dispositions de la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, de la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos et de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard. Il opère des renvois à la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne et au code monétaire et financier.

Le titre III (« Fermeture administrative de certains établissements ») reprend des dispositions du CGCT (établissements de vente à emporter de boissons alcoolisées ou d'aliments assemblés et préparés sur place et établissements diffusant de la musique). Il opère des renvois au code de la santé publique (débits de boisson et restaurants).

### **Police et gendarmerie**

Le livre IV porte sur « Police nationale et gendarmerie nationale ». Le titre Ier (« Police nationale ») reprend des dispositions de la loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police (droit syndical), de la loi n° 66-492 du 9 juillet 1966 portant organisation de la police nationale (autorité du ministre de l'intérieur sur la police nationale), de la loi n° 85-835 du 7 août 1985 relative à la modernisation de la police nationale (code de déontologie de la police nationale), de la loi du 21 janvier 1995 précitée (adjoints de sécurité), de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (Institut national de police scientifique) et de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (réserve civile). Le titre II (« Gendarmerie nationale ») reprend des dispositions et opère des renvois au code de la défense. Le titre III (« Dispositions communes ») reprend des dispositions de la loi du 18 mars 2003 (service volontaire citoyen).

## **Polices municipales**

Le livre V est relatif aux « Polices municipales ». Le titre Ier (« Agents de police municipale ») reprend l'ensemble des dispositions correspondantes du CGCT et du code des communes. Il opère des renvois à la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, au code de procédure pénale et au code de la construction et de l'habitation. Le titre II (« gardes champêtres ») reprend des dispositions du CGCT et du code des communes qui sont parallèles à celles qui concernent les policiers municipaux. Le titre III (« Dispositions applicables à Paris ») reprend des dispositions du CGCT. Il opère des renvois au même code, au code de procédure pénale et au code de la santé publique.

## **Activités privées de sécurité**

Le livre VI concerne les « Activités privées de sécurité ». Le titre Ier (« Activités privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection physique des personnes ») reprend des dispositions de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité et de la loi n° 2000-646 du 10 juillet 2000 relative à la sécurité du dépôt et de la collecte de fonds par les entreprises privées. Il opère des renvois au CGCT (emplacements réservés sur la voie publique pour les véhicules de transport de fonds, de bijoux ou de métaux précieux) et au code des transports (services internes de sécurité des entreprises de transport). Le titre II (« Activités des agences de recherches privées ») et le titre III (« Conseil national des activités privées de sécurité ») reprennent également des dispositions de la loi du 12 juillet 1983 précitée.

Le livre VII porte sur la « Sécurité civile ». Le titre Ier (« Dispositions générales ») comporte un chapitre unique renvoyant au livre Ier du code.

Le titre II (« Acteurs de la sécurité civile ») reprend des dispositions de la loi n° 96-370 du 3 mai 1996 relative au développement du volontariat dans les corps de sapeurs-pompiers, de la loi du 13 août 2004 (dispositions générales, sapeurs-pompiers et associations de sécurité civile), du CGCT (réserves communales de sécurité civile) et du code du travail (service dans la réserve de sécurité civile pendant le temps de travail et participation des membres salariés des associations de sécurité civile aux opérations de secours). Il opère des renvois au CGCT (services d'incendie et de secours).

Le titre III (« Protection générale des populations ») reprend des dispositions de la loi du 13 août 2004 (plan communal de sauvegarde et obligations en matière de sécurité civile) et de la loi n° 66-383 du 16 juin 1966 relative aux opérations de déminage



poursuivies par l'Etat. Il opère des renvois au code de l'environnement (information des citoyens sur les risques majeurs) et au CGCT (schéma départemental d'analyse et de couverture des risques). Le livre IV (« Organisation des secours et gestion des crises ») reprend des dispositions de la loi du 13 août 2004 et du code des transports (organisation du sauvetage en mer). Le titre V (« Evaluation et contrôle ») reprend également des dispositions de la loi du 13 août 2004.

Chaque livre du code comprend également, naturellement, un titre final concernant les dispositions relatives à l'outre-mer.

## **II – L'ORDONNANCE n° 2012-289 DU 1<sup>ER</sup> MARS 2012 RELATIVE À LA SÛRETÉ DE L'AVIATION CIVILE**

### **Objectifs et raisons**

Une ordonnance a été prise le 1<sup>er</sup> mars relativement à la sûreté de l'aviation civile, l'ordonnance n° 2012-289. Cette ordonnance vise à l'harmonisation des normes nationales et des normes de l'Union européenne en matière de sûreté de l'aviation civile. Prise sur le fondement de l'article 15 de la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, elle permet d'adopter les dispositions nécessaires dans le domaine de la sûreté, à la simplification du droit de l'aviation civile et à son adaptation au règlement (CE) n° 300/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 et aux textes pris pour son application.

Bien que la sûreté de l'aviation civile soit un domaine de compétence européenne depuis 2002, la France a conservé des dispositions plus strictes ou non harmonisées, notamment dans le domaine du fret aérien. L'entrée en vigueur, le 30 avril 2010, des dispositions du règlement (CE) n° 300/2008 du 11 mars 2008, dans un contexte où la crise économique pèse fortement sur l'industrie du transport aérien, doit amener le gouvernement à revoir le dispositif national afin de simplifier, à chaque fois que cela est possible, le cadre et les mesures imposées aux opérateurs.

### **Clarification et simplification**

Les modifications apportées au droit de l'aviation civile permettent d'harmoniser la terminologie et les définitions, de clarifier les exigences relatives aux agréments et habilitations et de simplifier les obligations imposées aux acteurs du fret aérien. Elles

conduisent de fait à un alignement sur les exigences de l'Union européenne, souhaité par les acteurs du transport aérien, sans pour autant affecter le niveau global de sûreté.

L'ordonnance modifie plusieurs dispositions du titre sur la sûreté aéroportuaire, les aérodromes, elle étend également les dispositions applicables en métropole à l'ensemble des collectivités d'outre-mer. Un nouvel article, l'article L. 6341-1, regroupe l'ensemble des dispositions précisant les conditions dans lesquelles les agents de l'Etat, ou les personnes agissant pour leur compte, peuvent veiller à la bonne applicabilité de la réglementation relative à la sûreté. Il regroupe des dispositions qui figuraient jusque-là aux articles L. 6341-1 et L. 6343-2.

L'accès des agents aux fins de contrôle est étendu à tout lieu où s'exercent les activités contrôlées, afin de tenir compte des mesures imposées à des opérateurs non implantés sur l'aéroport. L'article L. 6341-2 rappelle que les obligations en matière de sûreté incombant aux divers acteurs du transport aérien sont mises en œuvre sous l'autorité du préfet titulaire des pouvoirs de police sur l'aérodrome. Cet article définit les mesures de sûreté comme étant celles prescrites par la réglementation de l'Union européenne et par la réglementation nationale en matière de sûreté.

L'article L. 6341-3 nouveau reprend les dispositions de l'actuel article L. 6343-4, qui limite la responsabilité des opérateurs de fret en cas de dommage résultant d'un acte malveillant commis au moyen d'une expédition, en apportant des précisions sur la nature possible de cette expédition et sur les mesures de sûreté dont elle peut avoir fait l'objet. En cohérence avec la réglementation européenne, la disposition distingue le fret « sécurisé » par un agent habilité du fret « ayant fait l'objet de contrôles de sûreté » par un chargeur connu. Certains intitulés sont modifiés, la notion de « zone réservée » n'étant pas reçue dans la réglementation européenne.

### **Autorisations administratives**

L'article L. 6342-1 harmonise le régime des autorisations administratives délivrées aux personnes morales pour l'exercice d'une mission de sûreté, actuellement prévues par les articles L. 6342-1 et L.6343-1 ainsi que par la réglementation européenne. Selon les acteurs, et conformément aux exigences des règlements de sûreté de l'Union européenne, cette autorisation prend la forme d'un agrément.

Il est créé un nouvel article L. 6342-2 introduisant le principe d'une autorisation de circulation pour l'accès en zone côté piste et d'un titre de circulation pour l'accès en zone de sûreté à accès réglementé, afin d'apporter une plus grande sécurité juridique au dispositif existant prévu par la réglementation de l'Union européenne. L'article L. 6342-3 harmonise les régimes des habilitations exigées pour l'accès aux zones de sûreté des

aérodromes et celles exigées pour l'accès aux approvisionnements de bord sécurisés ainsi qu'au fret, aux colis postaux ou au courrier postal sécurisés par un agent habilité, ou ayant fait l'objet de contrôles de sûreté par un chargeur connu. Il prévoit l'harmonisation des enquêtes préalables à leur délivrance. Ces dispositions concernent des agents des zones de fret, des locaux de traitement des expéditions postales et de préparation des approvisionnements de bord.

### **Les opérations d' « inspection-filtrage »**

Un article L. 6342-4 est créé, relatif aux mesures d'inspection filtrage prescrites par la réglementation de l'Union européenne. Cette disposition très longue prévoit d'abord que les opérations d'inspection-filtrage prévues par les mesures de sûreté mentionnées à l'article L. 6341-2, tant dans la zone côté piste des aérodromes que dans tout autre lieu où sont mises en œuvre lesdites mesures de sûreté, ne peuvent être exécutées que par des officiers de police judiciaire, des agents opérant sous leur responsabilité, ainsi que des agents des douanes.

L'article prévoit ensuite que les opérations d'inspection-filtrage des personnes, des objets qu'elles transportent et de leurs bagages, qui nécessitent d'effectuer des palpations de sûreté et des fouilles, de même que les opérations d'inspection des véhicules, doivent être réalisées sous le contrôle des officiers de police judiciaire et des agents des douanes, par des agents de sûreté préalablement agréés par le préfet et le procureur de la République.

Une troisième disposition est relative à ces nouveaux moyens de contrôle dont beaucoup ont dénoncé le caractère attentatoire aux libertés, par l'imagerie : l'inspection-filtrage d'une personne peut être réalisée, avec son consentement, au moyen d'imagerie utilisant les ondes millimétriques. Cette possibilité, qui a d'abord été introduite par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, est précisée conformément aux évolutions récentes de la réglementation européenne.

### **Habilitations et agréments**

L'article autorise également la consultation des fichiers de police et de gendarmerie afin d'effectuer les enquêtes administratives préalables à la délivrance des agréments. Il précise par ailleurs, afin d'éviter des redondances et un allongement des délais d'enquête, que les enquêtes diligentées dans le cadre de la délivrance de l'habilitation mentionnée à l'article L.6342-3 permettant d'accéder à la zone de sûreté à accès

réglementé, valent pour la délivrance des agréments, si les demandes d'habilitation et d'agrément sont concomitantes.

Une autre disposition de l'article indique que les opérations d'inspection-filtrage du courrier postal, des colis postaux, du fret, des approvisionnements de bord, des fournitures destinées aux aérodromes ainsi que les inspections d'aéronefs, peuvent être réalisées par des agents ne disposant pas du double agrément du préfet et du procureur de la République, même s'ils restent redevables de l'habilitation requise en application de l'article L. 6342-3.

### **III – LA SIMPLIFICATION, LA RÉFORME ET L'HARMONISATION DES DISPOSITIONS DE POLICE ADMINISTRATIVE ET DE POLICE JUDICIAIRE DU CODE DE L'ENVIRONNEMENT**

A la question suivante : quels sont les domaines dans lesquels on trouve le plus grand nombre de polices et de mesures de police, peu seraient tentés de répondre : l'environnement. Et cependant, c'est là un domaine qui, depuis des années, concentre précisément les dispositifs de police, engendrant un système complexe et de moins en moins lisible et compréhensible. Il était indispensable de faire un « toilettage », voire plus.

#### **1 – Des polices multiples et complexes**

##### **Nécessité d'une simplification**

L'article 256 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance toutes mesures pour modifier la partie législative du code de l'environnement afin de procéder à l'harmonisation, à la réforme et à la simplification des procédures de contrôle et des sanctions administratives ainsi que des dispositions de droit pénal et de procédure pénale relatives aux peines encourues, à leur régime et aux modalités de leur exécution, à l'habilitation et aux procédures de commissionnement et d'assermentation des agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire et aux procédures liées à la constatation des infractions.

En effet, le code de l'environnement n'identifie pas moins de vingt-cinq polices spéciales de l'environnement, chacune disposant de son propre dispositif administratif et judiciaire. Pour la mise en œuvre de ces polices plus de soixante-dix catégories d'agents sont désignées pour intervenir dans une ou plusieurs de ces polices. Ces agents relèvent

de vint et une procédure de commissionnement et d'assermentation distinctes. Enfin les règles de procédure applicables aux contrôles administratifs ou de police judiciaire et les sanctions prévues, administratives ou pénales, sont diverses. Il est difficile de penser qu'une telle complexité est justifiée.

Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises la nécessité de simplifier le droit de l'environnement. Le groupe « Gouvernance » du Grenelle de l'environnement a insisté sur les difficultés que provoque l'absence de cohérence de ces diverses dispositions dans l'application du droit de l'environnement.

L'objet de l'ordonnance est ainsi de simplifier et d'harmoniser les dispositions répressives du code de l'environnement tout en les modifiant lorsque cela est nécessaire pour tenir compte des dernières jurisprudences administratives, constitutionnelles et conventionnelles en la matière.

### **Police administrative**

L'ordonnance uniformise d'abord les outils de la police administrative. Les mesures de police administrative, qui interviennent avant le déclenchement des mesures de police judiciaire, permettent aux services qui en sont chargés de faire application de nombreux outils juridiques auxquels les textes en vigueur dans le domaine de l'environnement ne font que partiellement appel.

L'exercice de la police administrative par les vingt-cinq polices spéciales de l'environnement est très inégal : il existe un vrai décalage dans les dispositifs selon les domaines d'intervention. Certaines polices disposent de nombreux outils tandis que d'autres ne disposent que de certains d'entre eux. Ainsi, l'action des services chargés de la mise en œuvre des décisions administratives s'en trouve limitée.

Les dispositifs les plus aboutis, à l'heure actuelle, sont sans doute ceux de la police des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et de la police de l'eau. Les outils qui ont leur preuve dans ces deux domaines sont étendus par l'ordonnance à tous les autres domaines de l'environnement. Certaines dispositions particulières dans les domaines des produits chimiques et des déchets sont toutefois maintenues en complément : ces domaines font l'objet de procédures spécifiques, largement inspirées des directives communautaires, qui peuvent difficilement s'inscrire dans un cadre global.

## **Police judiciaire**

L'ordonnance simplifie les procédures de commissionnement des agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire. Ces agents sont dotés par l'ordonnance de compétences judiciaires larges : ils vont être habilités à rechercher et à constater les infractions à plusieurs polices de l'environnement pour lesquelles ils seront commissionnés. Ils auront la qualité d'inspecteurs de l'environnement. Ceux-ci seront des fonctionnaires et des agents, essentiellement des ingénieurs, des techniciens et des agents techniques, appartenant aux services de l'Etat (directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, directions départementales des territoires) et à ses établissements publics tels que l'Office national de la chasse et de la faune sauvage, l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques, les parcs nationaux et l'Agence des aires marines protégées. D'autres agents seront également habilités à exercer des fonctions de police judiciaire, notamment les agents chargés des forêts, les agents des réserves naturelles, les gardes du littoral ainsi que les gardes champêtres.

L'ordonnance met à la disposition des inspecteurs de l'environnement et des autres agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire des outils communs conformes aux dernières jurisprudences constitutionnelles, conventionnelles et administratives.

## **Harmonisation des sanctions**

L'ordonnance harmonise les sanctions pénales. Cette harmonisation porte sur le quantum des peines et sur les peines complémentaires qui sont aujourd'hui très diverses. Les atteintes à l'eau et aux milieux aquatiques peuvent être ainsi punies de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Mettre sur le marché un produit biocide sans autorisation ou abandonner, déposer ou faire déposer dans des conditions irrégulières des déchets susceptibles de causer des nuisances à l'environnement est puni des mêmes peines. En revanche, le commerce illicite des espèces protégées est puni de six mois d'emprisonnement et de 9000 euros d'amende. Ou encore, l'article L. 331-26 du code de l'environnement punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de réaliser des travaux ou de construire de façon irrégulière dans un parc national. On a quelque mal à trouver des justifications à de telles différences ...

L'ordonnance procède donc à l'harmonisation des sanctions, ce qui paraît justifié par la nature des infractions en cause et, en outre, conforme à l'objectif posé par la directive n° 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, de prévoir des peines effectives, proportionnées et dissuasives. Au demeurant, selon les principes généraux du droit pénal, la loi ne fait que

fixer un plafond, le juge pénal étant libre de prononcer la peine au niveau qu'il juge approprié en fonction des circonstances de l'espèce.

Les sanctions seront aggravées lorsque les faits sont commis malgré une décision de mise en demeure ou s'ils portent gravement atteinte à la santé ou à la sécurité des personnes ou provoquent une dégradation substantielle de la faune et de la flore, ou de la qualité de l'air, de l'eau et du sol. Un dispositif de peines complémentaires sera, enfin, mis à la disposition des tribunaux afin de garantir l'efficacité de l'action judiciaire : remise en état, affichage des condamnations, confiscation.

## **2 – Structuration de l'ordonnance**

L'ordonnance est structurée en deux titres : le titre Ier modifie le code de l'environnement, le titre II tire les conséquences de ces modifications dans d'autres codes, fixe la date d'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions et prévoit des mesures transitoires.

Le titre Ier de l'ordonnance comprend six chapitres qui correspondent aux six premiers livres du code de l'environnement.

### **Dispositions communes**

Le premier chapitre porte sur le livre Ier du code de l'environnement « dispositions communes » et comprend trois articles. Les deux premiers apportent des modifications au titre II relatif à l'information et à la participation des citoyens et au titre VI relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages.

L'article 3 introduit, dans le livre Ier, un titre VII constituant le tronc commun des dispositions répressives applicables à tous les domaines couverts par le code de l'environnement et comprend trois chapitres.

Le premier chapitre (il comprend les articles L. 171-1 à L. 171-12) porte sur les contrôles administratifs et les mesures de police administrative. Il fixe les conditions de visite des locaux, des installations ou des ouvrages, les modalités de communication des documents et de recueil des renseignements lors des contrôles, les conditions dans lesquelles est établi et transmis à l'autorité administrative le rapport de l'agent chargé du contrôle.

Ce chapitre détermine également les pouvoirs de l'autorité administrative pour assurer le respect des législations, et notamment les conditions dans lesquelles elle peut : mettre en demeure l'exploitant d'un ouvrage ou d'une installation, comme celui qui réalise des travaux ou exerce une activité, sans y avoir été autorisé, de régulariser sa

situation ; prendre, en cas de besoin, des mesures conservatoires, voire suspendre le fonctionnement des installations ou la poursuite des travaux, opérations ou activités ; ordonner le paiement d'une amende et prononcer une astreinte ; engager une procédure de consignation entre les mains d'un comptable public d'une somme correspondant au montant des travaux à réaliser ; faire procéder d'office à l'exécution des mesures prescrites.

### **Les inspecteurs de l'environnement**

Le chapitre II du nouveau titre VII du code de l'environnement porte sur la recherche et la constatation des infractions. Il détermine les catégories de fonctionnaires et d'agents qui sont habilités à exercer des fonctions de police judiciaire dans les domaines de l'environnement. Ces agents seront reconnus sous l'appellation d'inspecteurs de l'environnement. Ils seront commissionnés par spécialité. L'une des spécialités couvre les domaines de l'eau, de la nature et des sites, l'autre, les domaines des installations classées pour la protection de l'environnement et de la prévention des pollutions, des risques et des nuisances.

Les autres dispositions du chapitre déterminent les conditions dans lesquelles les agents pourront intervenir : visites des locaux, saisie des objets ayant fait l'objet d'une infraction, recueil des déclarations, communication des documents relatifs à l'objet du contrôle, prélèvement d'échantillons pour analyses, vérification d'identité, transmission des procès-verbaux.

### **Sanctions**

Le chapitre III du nouveau titre VII du code de l'environnement porte sur les sanctions pénales. Il permet d'harmoniser le niveau des sanctions prononcées pour les délits et fixe les peines complémentaires qui pourront être prononcées (affichage des jugements, confiscation de l'objet de l'infraction, immobilisation des véhicules, condamnation des personnes morales). Il étend également la procédure de la transaction pénale à tous les domaines du code de l'environnement. Elle n'est appliquée, en effet, aujourd'hui, que dans les domaines de l'eau et de la pêche en eau douce ainsi que dans les parcs nationaux.



## **Les milieux physiques**

Le chapitre II du titre Ier de l'ordonnance modifie le livre II du code de l'environnement relatif aux milieux physiques. Il comprend deux articles. Le premier concerne l'eau et les milieux aquatiques. Il modifie et abroge les articles dont les dispositions font l'objet du tronc commun. Il augmente le montant de certaines sanctions pénales liées à des délits portant atteinte au débit des cours d'eau. Il fixe la liste des catégories d'agents autres que les inspecteurs de l'environnement qui sont habilités à constater les infractions dans ce domaine, notamment les agents des services de l'Etat chargés des forêts, les agents de l'Office national des forêts, les gardes champêtres, les gardes du littoral et les agents des réserves naturelles.

Le second article concerne l'air et l'atmosphère. Il modifie et abroge les articles dont les dispositions font l'objet du tronc commun. Il fixe la liste des catégories d'agents autres que les inspecteurs de l'environnement qui sont habilités à constater les infractions dans ce domaine, notamment les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

## **Les divers agents**

Les articles du chapitre III du titre Ier de l'ordonnance modifient et abrogent les articles dont les dispositions font l'objet du tronc commun. Son modifiées, en outre, les dispositions du code de l'environnement relatives aux gardes du littoral et aux agents des réserves naturelles pour fixer notamment les conditions dans lesquelles ceux de ces agents qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire ou d'agent public peuvent intervenir lorsqu'ils exercent des fonctions de police judiciaire.

Est également fixée la liste des catégories d'agents autres que les inspecteurs de l'environnement qui sont habilités à constater les infractions à l'interdiction de circulation des véhicules à moteur dans les espaces naturels, en dehors des voies ouvertes à la circulation publique, notamment les agents des services de l'Etat chargés des forêts, les agents de l'Office national des forêts, les gardes du littoral et les agents des réserves naturelles.

## **Documents de planification**

Les articles du chapitre IV mettent en place la procédure de contrôle des documents de planification, programmes ou projets d'activités, de travaux d'aménagements,

d'ouvrages ou d'installations devant faire l'objet d'une évaluation des incidences Natura 2000.

Une nouvelle disposition permet au juge des libertés et de la détention, sur la requête du procureur de la République agissant d'office ou à la demande de l'autorité administrative, d'une victime ou d'une association agréée de protection de l'environnement, d'ordonner aux personnes ayant commis une infraction au titre des dispositions relatives aux établissements d'élevage d'animaux non domestiques de suspendre leur activité.

Une autre disposition fixe la liste des catégories d'agents autres que les inspecteurs de l'environnement qui sont habilités à constater les infractions dans les domaines de la chasse et de la pêche en eau douce, notamment les agents des services de l'Etat chargés des forêts, les agents de l'Office national des forêts, les gardes du littoral et les agents des réserves naturelles.

### **Prévention des pollutions, risques et nuisances**

Le chapitre V modifie le livre V du code de l'environnement relatif à la prévention des pollutions, des risques et des nuisances. Ces articles, qui comportent principalement des dispositions de coordination, portent sur les installations classées pour la protection de l'environnement, les produits chimiques, les substances nanoparticulaires, les organismes génétiquement modifiés, les déchets, les éoliennes, les canalisations de transport de gaz, les hydrocarbures et les produits chimiques, la lutte contre le bruit, la protection du cadre de vie, la sécurité nucléaire et les installations nucléaires de base.

En ce qui concerne les produits chimiques, une disposition de l'ordonnance prévoit une procédure particulière de contrôle des produits. Cette disposition fixe la liste des agents autres que les inspecteurs de l'environnement qui sont habilités à constater les infractions dans ce domaine et parmi ces agents figurent les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.



## LA GESTION DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE EN CORÉE

**Kyun-Sung PARK**

*Professeur à l'Université Kyung Hee*

**Sun-Young PARK**

*Doctorant à l'Université Kyung Hee*

### I - L'ORGANISATION CORÉENNE DE GESTION DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET SES PROBLÈMES

#### 1. L'organisation

Actuellement, sept différentes branches du gouvernement coréen sont en charge de la gestion du risque alimentaire. Lors de l'entrée en fonction du gouvernement de 2008, les fonctions en relation avec les aliments du Ministère des affaires maritimes et de la pêche ainsi que celles du Ministère de la santé et du bien-être ont été intégrées. Pourtant, les compétences réglementaires en matière de sécurité alimentaire sont toujours divisées entre la *Korea Food and Drug Administration*<sup>1</sup> (KFDA, dépendant du Ministère de la santé, du bien-être et de la famille) et le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture, de la forêt et de la pêche, impliquant toujours sept branches du gouvernement.

Cependant, la KFDA et la loi de stérilisation des aliments fonctionnent encore comme une organisation générale et une loi générale pour la réglementation de la sécurité alimentaire car, sous l'empire de la loi sur la salubrité des aliments, la KFDA est responsable de tous les aspects relatifs à la sécurité alimentaire qui ne sont pas pris en charge par les autres ministères.

Le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture, de la forêt et de la pêche contrôle la production agricole, les dépôts de produits fermiers et les procédures d'entreposage des produits fermiers (comportant plus de 50 % de viande et plus de 6 % de matière grasse de lait) et les produits de la mer. Les collectivités territoriales sont également en charge de la gestion de la sécurité alimentaire en fonction des compétences qui leur ont été attribuées.

Par ailleurs, le sel est contrôlé par le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture, de la forêt et de la pêche conformément à la loi sur la gestion du sel. L'alcool est contrôlé par le Service national des impôts, en accord avec la loi sur l'imposition de l'alcool. L'eau

---

<sup>1</sup> La KFDA endosse le rôle d'une organisation générale de sécurité alimentaire en Corée. Pour soutenir la tâche des commissaires de la KFDA un *Food & Drug Safety Evaluation Institute* (Institut d'évaluation de la sécurité des aliments et des médicaments) a été créé. En outre, l'action de la KFDA est relayée, sous l'autorité des commissaires, par de nombreuses FDA locales.

fait l'objet de l'attention du Ministère de l'environnement comme prévu par la loi sur la gestion de l'eau potable. Enfin, suivant la loi relative aux repas scolaires, c'est le Ministère de l'éducation, de la science et de la technologie qui est responsable de la qualité de la nourriture des repas scolaires qui ont été récemment mis en cause en raison d'empoisonnements bactériens de la nourriture.

## **2. Les problèmes**

Complicquée par le nombre d'acteurs intervenant en la matière, la gestion de la sécurité souffre d'inefficacité. Ainsi en est-il, par exemple, depuis que les produits agricoles et les aliments transformés font l'objet de réglementations différentes par des ministères différents : les réglementations se chevauchent et entraînent, *ipso facto*, une certaine confusion. Un système si diversifié induit un manque de professionnalisme, d'unité, de responsabilité et de rapidité et rend difficile la gestion du risque lorsque celui-ci se réalise.

En 2008, de la mélamine chimique industrielle a été détectée dans du lait en poudre qui dépend du contrôle du Ministère de l'alimentation, de l'agriculture, de la forêt et de la pêche. Pourtant le scandale a été généralisé aux aliments transformés qui dépendent du KFDA. En conséquence, toute action rapide des agents de régulation a été empêchée.

De nos jours, l'idée selon laquelle le gouvernement coréen devrait unifier la réglementation en matière de sécurité alimentaire a vu le jour. Les arguments rationnels ne manquent pas : réduire les chevauchements de réglementations, développer une action de sécurité alimentaire cohérente, clarifier les responsabilités et, également, réduire les coûts.

## **II - LE SYSTÈME LÉGAL DE LA GESTION DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET SES PROBLÈMES**

### **1. Panorama du système légal**

Brossé à grands traits, le système légal coréen est principalement constitué de la loi sur la sécurité alimentaire à laquelle s'ajoutent 32 lois intéressant la sécurité alimentaire. En outre, ce système fait intervenir sept branches différentes du gouvernement.

## **2. La loi-cadre sur la sécurité alimentaire**

La loi-cadre sur la sécurité alimentaire est une loi générale concernant la sécurité alimentaire. Elle a été édictée en mars 2008 en réaction à l'inquiétude générée par l'augmentation de l'importation d'aliments ainsi que de l'incident des quenelles/farcis (mandu-so-pa-dong<sup>2</sup>) survenu en 2004.

Cette loi a pour objectif d'assurer que le peuple puisse atteindre un style de vie sain et diététique en clarifiant, d'une part, les droits et obligations des citoyens et, d'autre part, les responsabilités du gouvernement et des collectivités territoriales en matière de sécurité alimentaire. En outre, cette loi détermine les orientations fondamentales des politiques de sécurité alimentaire concernant l'établissement, la coordination etc. (loi-cadre sur la sécurité alimentaire § 1).

Enfin, cette loi a créé un Comité de politique de sécurité alimentaire placé sous le contrôle du Premier ministre afin d'équilibrer le système de gestion de la sécurité alimentaire. Ce Comité a notamment demandé la mise en place d'un plan unifié de gestion de la sécurité alimentaire.

## **3. La loi sur la salubrité des aliments**

Cette loi a été édictée en 1962 avec l'objectif de contribuer à améliorer la santé nationale par la prévention des maux sanitaires causés par les aliments ainsi que de promouvoir l'amélioration de la qualité nutritionnelle des aliments et de favoriser la transparence des informations relatives aux aliments. Cette loi consiste en treize chapitres et rassemble 102 articles relatifs à la gestion de la sécurité alimentaire en général.

Plus précisément, les chapitres portent sur les points suivants : le Chapitre 2 concerne la prohibition de la fabrication et de la vente d'aliments. Les chapitres 2 et 3 évoquent les aliments, les additifs et la taille des emballages. Le chapitre 6 concerne les inspections et l'évaluation des maux. Le chapitre 7 porte sur le commerce en rapport avec la gestion de la sécurité alimentaire, incluant les points de contrôle critiques d'analyse des risques (*HACCP : Hazard Analysis Critical Control Points*, Article 48), ainsi que sur les standards pour la traçabilité des aliments. Le chapitre 9 concerne l'établissement du Comité de délibération de la salubrité des aliments tandis que le chapitre 10 prévoit la création de diverses organisations de salubrité des aliments, dont le *Korea Food Safety Information Center*. Le chapitre 11 concerne les sanctions

---

<sup>2</sup> En 2004, le KFDA a découvert que des quenelles/farcis surgelés avaient été fabriqués avec des radis marinés avariés. En conséquence, les quenelles/farcis surgelés coréens ont été interdits à l'exportation, ce qui a engendré de la méfiance à l'égard des produits alimentaires transformés coréens.

administratives, le chapitre 13 les provisions pénales. De son côté, le chapitre 12 élabore le système de gestion de sécurité d'intoxication alimentaire.

#### **4. Les autres lois<sup>3</sup>**

##### (1) Les lois portant directement sur les aliments

Certaines lois abordent les aliments du fait même des catégories dans lesquelles elles interviennent. C'est le cas, par exemple, de la loi sur le contrôle de qualité des produits issus de l'agriculture, de la loi sur la transformation des produits animaux, de la loi sur la gestion de l'eau potable, de la loi sur le contrôle de qualité des produits de la pêche, de la loi sur l'industrie du ginseng, de la loi sur la gestion des grains etc.

##### (2) Les lois portant indirectement sur les aliments

Certaines lois interviennent indirectement en matière de sécurité alimentaire en réglementant les aliments dans certains lieux spécifiques, en contrôlant l'industrie en général ou en garantissant la santé publique et une vie guidée par des principes diététiques sains.

On peut d'abord évoquer, notamment, la loi relative aux repas scolaires, la loi sur la santé à l'école, la loi sur l'éducation de la petite enfance, la loi sur les soins ou la loi sur les soins aux nourrissons etc. On peut ensuite citer la loi sur la normalisation industrielle. On peut, enfin, signaler la loi sur la promotion de la santé nationale, la loi sur les affaires pharmaceutiques, la loi sur la prévention des maladies contagieuses.

### **III. LES MOYENS DE LA GESTION DE LA SÉCURITÉ**

#### **1. Introduction**

Les lois relatives à la gestion de la sécurité alimentaire fournissent un panel de mesures destinées à garantir la sécurité alimentaire. Ces mesures sont, notamment, les points de contrôle critiques d'analyse des risques, les standards pour la traçabilité des aliments, les critères et standards concernant les appareils, containers et emballages, le rappel des aliments etc. Ces moyens se déclinent en trois catégories : d'abord fournir des informations, ensuite déterminer des critères et, enfin, prévenir. Ces trois catégories révèlent une variation dans l'intensité de la réglementation.

---

<sup>3</sup> <http://elaw.klri.re.kr/> (en anglais).

## **2. Fournir des informations**

Fournir des informations consiste à demander aux acteurs de l'alimentation de divulguer des informations. Ainsi, dans l'intensité, cette mesure est la moins contraignante car les actions des professionnels ne sont pas réglementées *stricto sensu*. En effet, ne pèsent sur eux que les seules obligations d'étiqueter les aliments et d'assurer leur traçabilité.

### (1). L'étiquetage des aliments

Cet étiquetage a pour but de forcer les fournisseurs à étiqueter les produits ou leur emballage dès le début afin d'informer le consommateur. Ces informations doivent révéler les ingrédients, le poids, la date de fabrication, la date d'expiration, le mode d'emploi, les données nutritionnelles etc. 24 lois interviennent à propos de l'étiquetage des aliments, incluant la loi sur la salubrité des aliments (chapitre 4).

Les mérites de l'étiquetage des aliments n'ont plus à être démontrés, particulièrement lorsque le risque n'est pas certain ou encore lorsque les aliments en cause sont controversés. Ainsi, plutôt que d'interdire purement et simplement la vente des OGM, l'étiquetage des produits alimentaires permet de laisser le choix aux consommateurs : ils décident alors de prendre le risque ou non.

### (2). Les standards de la traçabilité des aliments

Le système de traçabilité des aliments permet de trouver la cause d'un risque et d'y faire face rapidement en enregistrant et gérant les informations lors des différentes étapes de production, de transformation et de vente des aliments. Ce système a fait sa première apparition dans la loi sur le contrôle de qualité des produits issus de l'agriculture édicté en 2005 avant d'être intégré dans la loi sur la salubrité des aliments de 2007. Par la suite, la traçabilité a été imposée dans la loi-cadre sur la sécurité alimentaire, la loi sur la santé des aliments fonctionnels ainsi que la loi sur le contrôle de qualité des produits de la pêche. De même, en réaction à l'encéphalite spongiforme bovine (ESB), une loi sur la traçabilité du bétail et du bœuf a été édictée en 2007.

## **3. Instaurer des critères**

La sécurité alimentaire fournit une base légale pour instaurer des critères standards en matière alimentaire par le biais, d'abord, de la base des plans de gestion de la sécurité alimentaire de la loi-cadre sur la sécurité alimentaire (article 6), ensuite, des

critères et standards concernant les aliments, les additifs alimentaires et les appareils, les containers et les emballages déterminés par la loi sur la salubrité des aliments (article 6 et 7) et, enfin, les points de contrôle critiques d'analyse des risques (HACCP, article 48).

(1). La base des plans de gestion de la sécurité alimentaire

Il s'agit d'un genre de plan administratif qui précise les objectifs de la politique de gestion des risques et les moyens administratifs adéquats.

(2). Les critères et standards pour l'alimentation

Les commissaires de la KFDA doivent déterminer puis publier les critères et standards concernant les aliments, les additifs alimentaires et les appareils, les containers et les emballages déterminés par la loi sur la salubrité des aliments. Au surplus, ils doivent contribuer à élaborer le code de l'alimentation qui inclut les critères et standards (loi sur la salubrité des aliments, article 14).

(3). Les points de contrôle critiques d'analyse des risques (HACCP)

Les points de contrôle critiques d'analyse des risques sont les standards destinés à gérer chaque étape de fabrication, de transformation, de cuisine et de distribution des aliments. Ces points de contrôle ont été mis en place afin d'empêcher que les aliments ne soient mis au contact de produits nocifs à chaque étape. À cette fin, ces points de contrôle interviennent tout au long de la vie du produit, de la fabrication à la distribution puis à la consommation des aliments, pour assurer une sécurité constante des produits, et pas seulement à la fin de la chaîne.

#### **4. La prévention**

La prévention constitue le moyen de contrôle le plus contraignant dans la gestion des risques puisqu'elle intervient en aval du processus d'élaboration des aliments, en imposant des permissions de commercialisation et des inspections.

(1). Les permissions de commercialisation

Toute personne qui entend mener une activité commerciale de fabrication, de transformation, de transport, de vente et de conservation d'aliments ou d'additifs



alimentaires doit recevoir une permission de commercialisation. La loi sur la salubrité des aliments légifère sur les permissions générales pour les aliments transformés tandis que les permissions pour les autres catégories d'aliments sont traitées par les lois afférentes.

## (2). Les inspections<sup>4</sup>

Actuellement, la loi sur la sécurité alimentaire prévoit deux modalités d'inspection différentes. La première, dénommée *Commandes pour inspection*, est prévue par la loi-cadre sur la sécurité alimentaire en son article 17. La seconde, appelée *Entrée, Inspection, Saisie etc.*, est énoncée à l'article 22 de la loi sur la salubrité des aliments.

Les *Commandes pour inspection* sont ordonnées par le chef de l'agence administrative lorsqu'il estime que des opérateurs commerciaux vendant des aliments requièrent une attention urgente.

L'*Entrée, Inspection, Saisie etc.* est le principal moyen d'action d'une agence administrative lorsqu'elle désire se procurer des données ou des documents, saisir des aliments et conduire des inspections.

## IV. CONCLUSION

La Corée tente actuellement de déterminer le meilleur système de gestion de la sécurité alimentaire. Depuis un certain temps, de nombreux gouvernements sont intervenus en ce domaine, multipliant les lois. En conséquence, la réglementation est devenue complexe et inefficace. En effet, le nombre de lois entraîne des difficultés d'interprétation à cause de l'utilisation de terminologies similaires qui recouvrent des acceptions différentes. Pour résoudre ces problèmes, il est question de fusionner toutes les organisations qui interviennent en la matière en une seule. Et l'ANSSAET française, qui a récemment été créée par fusion de deux agences, pourrait être une voie à suivre pour la Corée. Mais la question de savoir si nous voulons séparer l'agence de gestion du risque de l'agence de veille et d'alerte reste toujours en suspens.



---

<sup>4</sup> Un débat s'est élevé autour de l'insertion d'une méthode précise d'inspection dans le code alimentaire. Si seule une méthode précise est permise, il est aisé d'en tirer des conclusions. Mais si des résultats différents pouvaient être obtenus avec d'autres méthodes d'inspection, la validité de l'inspection en serait hautement contestable.



## L'ART DE LA PERSUASION ADMINISTRATIVE

Frédéric COLIN

*Maître de conférences HDR de droit public  
Aix-Marseille Université  
Faculté de Droit et de Science Politique  
Centre de Recherches administratives*

Il ne suffit pas qu'une chose soit dite,  
il faut qu'elle soit publiée, prouvée, persuadée à tous, universellement reconnue.  
Etienne De Senancour, *Obermann*, T.2, Cérioux éd., 1852.

Il est plus laborieux de conduire les hommes par la persuasion que par le fer.  
Paul Claudel, *La Ville*, 1890.

La persuasion est l'action qui consiste à amener quelqu'un à être convaincu de quelque chose par une argumentation, soit logique, soit faisant appel à ses sentiments. Historiquement, rien de plus étranger à l'administration qui, agissant au nom de l'intérêt général, et incarnant même celui-ci, n'est pas censée, a priori, à devoir justifier ses prises de position, ses décisions, autrement que par le respect des procédures administratives mises en place par les textes. L'action administrative unilatérale, doublée du caractère exécutoire des décisions administratives, constitue d'ailleurs la « règle fondamentale du droit public »<sup>5</sup>. A priori donc, peu de place pour les atermoiements des administrateurs dont le rôle consiste justement à décider, c'est-à-dire à prendre position, et imposer leur point de vue, dans le respect de la légalité. La nécessité d'avoir recours à la persuasion, et la conception traditionnelle de l'autorité par les détenteurs de compétences administratives, paraissent même antinomiques.

Ceci étant, l'action administrative évolue avec le temps, vers une meilleure prise en compte de la volonté des destinataires de son action, voire l'intègre à sa prise de décision, dans le cadre notamment de procédures consultatives. Le développement certain de la technique contractuelle comme mode d'action administrative contribue ainsi à modifier la perspective, qui tend à partager la responsabilité de l'élaboration et de l'exécution des normes juridiques dont l'administration est partie prenante. D'autres modalités d'action ou d'autres structures font place elles aussi à une rénovation de la pratique administrative, vers des relations moins formelles ou brutales.

Symptomatique de cette évolution, l'essor de la voie de la persuasion par l'administration. Celle-ci peut en effet choisir, en principe avant de prendre sa décision, soit de temporiser, soit de laisser une porte ouverte au destinataire de son action, afin d'orienter la position de celui-ci, pour que les points de vue se rapprochent, et éviter la cristallisation d'un conflit. On décrira donc ici une vision « descendante » de la persuasion : c'est-à-dire celle utilisée par l'administration, et non par les administrés. La persuasion, compte tenu de la détermination stricte des compétences au sein de l'administration publique, n'a pas non plus vocation à s'appliquer entre organes administratifs eux-mêmes, mais nous verrons que c'est néanmoins ponctuellement le cas.

---

<sup>5</sup> CE, ass., 2 juillet 1982, Huglo, Rec., p. 257.

## **I – Structures administratives utilisant la persuasion**

Plusieurs organes sont spécifiquement dédiés, ou disposent de compétence spécialisées dans le domaine de la persuasion. D'autres peuvent en user de façon plus ponctuelle.

### **A – Les organes de régulation : les autorités administratives indépendantes**

On pense ici essentiellement aux autorités administratives indépendantes. Celles-ci ne sont pas toutes dotées d'un pouvoir de décision leur permettant d'imposer leur point de vue sur les acteurs du secteur dont elles assurent la régulation. Elles disposent pourtant toutes au moins d'une autorité morale leur permettant de faire valoir leur position.

Ainsi, le Défenseur des droits peut choisir d'intervenir pour assurer l'exécution de décisions de justice non exécutées par des personnes publiques, si besoin est au moyen d'injonctions. Mais cette extrémité n'est en réalité pas pratiquée dans les faits, et la persuasion suffit souvent pour inciter l'autorité administrative à prendre les mesures d'exécution.

Par ailleurs, les recommandations que peuvent faire le Défenseur des droits ou ses délégués afin de dénouer un dysfonctionnement, correspondent tout à fait à l'utilisation d'un « pouvoir » de persuasion, fondé sur un réexamen des circonstances de l'affaire. Cette action n'est de plus pas exclusive de l'utilisation par l'administration concernée de sa propre faculté de persuasion, afin de faire évoluer l'administré sur la conception qu'il se fait de son dossier, et tenter un rapprochement des différentes visions envisagées.

On voit que son autorité ne tient pas à la qualité de chose décidée, mais plutôt au fait que, dans la plupart des cas (y compris en matière de dysfonctionnement) dénuée de liaison à une faute, elle ne met pas en jeu de sanction. L'administration peut donc, suite à son intervention, modifier sa perception d'un dossier sans pour autant se « déjuger », ou considérer qu'elle est condamnée dans son action.

Le fait d'échapper à l'exercice du pouvoir hiérarchique constitue, il ne faut pas le cacher, une limite à l'intervention du Défenseur des droits. L'absence de moyens de pression juridiques a donc fait l'objet d'une réflexion du législateur à l'occasion de la transformation du Médiateur de la République en Défenseur des droits<sup>6</sup>.

D'autres autorités administratives indépendantes ne disposant pas de pouvoir de sanction, exercent leur mission dans le cadre d'une politique de persuasion. On peut citer notamment la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse lorsqu'elle avait été créée<sup>7</sup>.

### **B – Les organes administratifs**

On pense ici à deux types d'organes : ceux disposant de compétences décisionnelles, et ceux dotés plus simplement de compétences consultatives.

Normalement, les décideurs publics, on l'a vu, ne sont pas amenés à privilégier l'emploi de la persuasion, puisqu'ils disposent tous de compétences strictement définies, empêchant normalement tout empiètement de compétence.

Mais la réalité, on le sait, est tout autre. L'exemple de la décentralisation en est sans doute une très bonne illustration. Le préfet doit, dans ses relations avec les collectivités territoriales, développer des relations plus ou moins souples, et savoir dans bien des cas négocier, et en tout état de cause, faire passer des évolutions structurelles ou fonctionnelles au moyen de la persuasion. Le dernier acte de la modification de

---

<sup>6</sup> Voir les deux lois, une organique et une ordinaire, en date du 29 mars 2011, qui viennent préciser son statut et ses missions (v. aussi décrets du 29 juillet 2011).

<sup>7</sup> V. Cons. const., déc. n° 84-181, 10-11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

l'intercommunalité (loi du 16 décembre 2010) constitue sans doute une illustration typique de ce mécanisme. Les préfets ont été dotés d'un pouvoir considérable de reconfiguration des cartes de l'intercommunalité<sup>8</sup>. On sait que pour autant, un projet qui heurterait de plein front les volontés des politiques locaux, serait voué à l'échec. Autrement dit, le compromis (terme jamais employé dans la terminologie réglementaire...) et la persuasion, sont incontournables dans la pratique.

On évoquera aussi simplement pour rappel le cas du Conseil d'Etat, qui contribue par son intervention en sections administratives, par la persuasion, dans nombre de cas, à la modification de textes, au-delà de la simple technique rédactionnelle.

### C – Les organes juridictionnels

Plus curieusement, compte tenu de l'autorité de la chose jugée par les juridictions, on peut trouver ici encore des traces de l'utilisation de moyens de persuasion, dans le cas de résistances de certaines administrations à exécuter les décisions de justice, et compte tenu de l'absence de voies d'exécution à l'encontre de l'Etat.

#### *a) La contrepartie de l'absence de voies d'exécution*

Ainsi, la juridiction administrative dispose de moyens de suivi de l'exécution de ses propres décisions. Cette compétence appartient aujourd'hui au Conseil d'Etat, plus précisément à sa section du rapport et des études. La loi du 8 février 1995 a étendu cette compétence aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel.

La section susvisée dispose de deux « armes » de persuasion en cas de défaillance persistante de la personne morale de droit public à exécuter intégralement la décision de justice, dans le Code de justice administrative. Elle peut en premier lieu mentionner l'inexécution dans le rapport annuel du Conseil d'Etat (article R. 931-2). Le président de la section peut en second lieu (article R. 931-7) « saisir le président de la section du contentieux aux fins d'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office. Le président de la section du contentieux prononce par ordonnance l'ouverture de la procédure. L'ordonnance est enregistrée au secrétariat de la section du contentieux et notifiée aux parties. L'affaire est instruite et jugée d'urgence ». On sort néanmoins dans cette deuxième hypothèse de la pure hypothèse de la persuasion, pour rentrer dans la contrainte.

#### *b) La participation à la construction d'une politique jurisprudentielle*

On pense ici évidemment à la participation des rapporteurs publics aux formations de jugement de la juridiction administrative. Leur rôle dans l'élaboration de la jurisprudence est évident, et dépend de leur personnalité, de la conception qu'ils se font de leur mission, de leur autorité morale et de leur influence au sein de la profession. Leur influence sur l'évolution de la jurisprudence est difficile à mesurer, mais les « grandes » conclusions ont de façon évidente façonné le droit administratif. On a déjà montré que celui qui souhaite faire évoluer le contenu de la règle de droit doit savoir mettre en œuvre une véritable stratégie, basée sur la persuasion<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> L'article L. 5210-1-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit la possibilité pour le préfet de rattacher d'office une commune créant une enclave ou une discontinuité territoriale à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), sauf si la commission départementale de la coopération intercommunale (CDCI) décide à la majorité qualifiée des 2/3 un rattachement à un autre EPCI. V. M. Degoffe, La rationalisation des périmètres des établissements publics de coopération intercommunale, AJDA 2007, p. 1860 ; F. Boulay et R. Degron, Les périmètres de l'intercommunalité : entre simplicité juridique et cohérence administrative, AJDA 2009, p. 2044.

<sup>9</sup> B. Genevois, Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, RFD adm. 2000, p. 1207 s.

## II – Rôle de la persuasion

On peut identifier deux motifs principaux d'utilisation par l'administration de la faculté de prendre la voie de la persuasion : s'assurer d'une meilleure pertinence de son action, mieux adaptée aux circonstances ; et prévenir des conflits.

A – L'amélioration de la qualité de la décision administrative

*a) La mise en place de politiques administratives*

L'amélioration de la gouvernance administrative plaide dans le sens du développement raisonné de la faculté d'utilisation de la persuasion par l'administration, avant l'utilisation de pouvoirs de contrainte plus formels.

On peut en trouver l'illustration dans le secteur du service public de l'enseignement supérieur. En ce domaine, les compétences de l'Union européenne sont restreintes, car l'enseignement supérieur est en principe une compétence nationale. L'Union utilise donc le procédé dit de la "méthode ouverte de coordination" qui utilise la persuasion plutôt que l'action unilatérale. La Commission européenne a ainsi rendu public dès la fin des années 1990 un projet de modernisation des universités, dont l'influence sur le moyen terme est évidente. Il comprenait notamment la convergence des programmes vers le « LMD » : la licence, le master et le doctorat, mis en place en France depuis lors ; l'accroissement de l'autonomie des universités (cf. la loi « LRU ») ; et la diversification du financement des universités. L'union souhaite dorénavant mettre en place un véritable « Espace européen de l'enseignement supérieur », et il n'y a pas de raison pour qu'il ne se mette pas en place dans le long terme, toujours dans cette logique incitative<sup>10</sup>.

L'art de la persuasion bien maîtrisé permettra ainsi des gains de productivité administrative : gain de temps, économies des deniers publics, meilleure application des réformes...

*b) L'amélioration de l'effectivité de l'action administrative*

Rien ne sert de prendre une décision, c'est-à-dire à caractère exécutoire, lorsque l'on sait pertinemment que l'administré n'est pas en mesure de l'exécuter. Dans certaines hypothèses de compétence discrétionnaire, l'administration va donc préférer utiliser, dans un premier temps, et si elle estime qu'aucun danger ne résulte pour les autres administrés du délai vraisemblablement plus long à finaliser son action, la persuasion. Il peut en être ainsi, par exemple, en matière d'urbanisme. Certains travaux réclamés par l'administration (on pense à des ravalements), ont des coûts considérables pour les propriétaires concernés (tant individuels qu'en copropriété), qui peuvent par ailleurs être tenus, de leur côté, par des procédures de droit privé pour décider de la réalisation des travaux (p. ex. vote des travaux en assemblée générale de copropriété).

Mais le report de la décision peut engendrer des préjudices (p. ex. dégradation d'un immeuble) : l'administration risque donc de voir sa responsabilité engagée à ce titre. La juridiction administrative retient en la matière le principe de la responsabilité de l'administration, mais sur le fondement de la faute lourde. De plus, le lien de causalité semble difficile à établir dans ce genre de dossiers, car l'administration utilise la persuasion dans les cas où elle n'est pas tenue à intervenir directement pour réaliser des travaux publics. Elle est dans ce cas plutôt investie d'une mission d'incitation de l'initiative du secteur privé<sup>11</sup>. Autrement dit, la juridiction ne peut reprocher à l'administration d'avoir tenté de trouver une solution à l'amiable, plutôt que d'utiliser une procédure de contrainte, sans doute plus rapide, mais qui n'aurait compte tenu de

---

<sup>10</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil : Un cadre stratégique actualisé pour la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation : COM 2008, 865, final, 16 décembre 2008. V. Code de l'éducation, art. D. 123-12 à D. 123-14.

<sup>11</sup> CAA de Paris, 19 janvier 1993, M. Gérard X., n° 91PA00814.

difficultés économiques des destinataires, pas pu être mise en œuvre dans les délais impartis<sup>12</sup>.

## B – La résolution des conflits

### a) La prévention

Les pouvoirs publics, conscients du *coût* considérable pour la collectivité des contentieux devant les juridictions, souhaitent mettre en place des outils efficaces de prévention. On a vu que certains organes administratifs étaient dédiés à cette mission<sup>13</sup>, et participent clairement à une économie budgétaire : ne serait-ce que sur ce plan, l'utilisation de la persuasion est un instrument d'un intérêt majeur.

Certains textes *institutionnalisent* l'utilisation de la persuasion afin d'« étouffer dans l'œuf » un conflit en devenir, et éviter la mise en œuvre d'une procédure formalisée, notamment dans le domaine de la discipline des agents. Ainsi, par exemple, on peut se référer à l'article 229 des statuts de la Banque de France, qui dispose que : « L'autorité disciplinaire s'exerce, en premier lieu, à l'égard des agents coupables de fautes légères ou accidentelles de service, par la persuasion, les avis empreints de modération et de bienveillance et, si nécessaire, par les avertissements et la réprimande verbale de leurs supérieurs ». Cette souplesse d'action ne conduit pas toujours à l'abandon des poursuites, et dès lors à l'absence de contentieux. Ainsi, la juridiction administrative a été amenée à indiquer que le fait de mettre en œuvre des réunions de « mise au point », dans la ligne de ces dispositions, ne fait pas obstacle à l'engagement ultérieur d'une procédure disciplinaire, qui elle, doit répondre aux exigences statutaires<sup>14</sup>.

On devine ici néanmoins que l'absence de formalisme lié à la mise en œuvre d'une politique de persuasion, marque la volonté implicite des pouvoirs publics d'éviter toute publicité de dysfonctionnements sur la place publique.

### b) La fin du conflit

Rien n'interdit à l'administration, même le conflit une fois constitué, de tenter de rechercher une solution. Souvent, en effet, les circonstances sont complexes, et les dossiers peuvent être analysés sous des angles différents. Le changement d'un agent instructeur sur le dossier (ou le traitement de dossiers identiques au sein d'implantations différentes de personnes publiques) peut par ailleurs conduire dans la pratique à un nouvel examen du dossier, et peut à notre sens être l'occasion d'envisager une nouvelle prise de contact avec l'administré, pour éventuellement permettre, par la persuasion, et si besoin est par un rapprochement des positions respectives de l'administration et de l'utilisateur, à une solution qui désamorce le conflit.

## Conclusion

En définitive, la persuasion se révèle constituer un instrument souple et efficace d'action de l'administration. Elle présente le risque d'une dilution de l'action dans le temps, mais présente plus d'avantages en ce qu'elle renforce la pertinence de l'action administrative, en garantissant son effectivité et son acceptation.



---

<sup>12</sup> Rappr. CE, 28 février 1986, Syndicat des copropriétaires du 30 rue Piat, Rec. Lebon, p. 48.

<sup>13</sup> Pour revenir au cas du Défenseur des droits, rappelons que ses délégués, déployés sur l'ensemble du territoire, et qui traitent statistiquement la grande majorité des dossiers, exercent une mission à titre bénévole. Le rapport 2010 du Médiateur de la République faisait ainsi état de 31101 dossiers traités au niveau local.

<sup>14</sup> CAA de Douai, 19 mars 2008, Banque de France, n° 06DA00843.





## L'EXEMPLE D'UNE ETUDE D'IMPACT : L'ACCES A L'ELECTRICITE D'ORIGINE NUCLEAIRE DANS L'ETUDE D'IMPACT DE LA LOI NOME<sup>15</sup>.

**Olivier MANENTI**

*ATER Université de Saint-Etienne  
Chercheur au Centre de Recherches Administratives  
Faculté de Droit – Aix-Marseille Université*

Aux termes de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009<sup>16</sup>, le Gouvernement a l'obligation d'accompagner tout projet de loi d'une étude d'impact<sup>17</sup>. Toutefois, l'article 11 de la loi organique exempte de la réalisation d'étude d'impact certaines catégories de projets de lois comme, par exemple, les projets de lois constitutionnelles, les projets de lois de finances (initiales ou rectificatives), les projets de lois de financement de la sécurité sociale.

En l'espèce, de part son objet, le projet de la loi sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité (dit *NOME*) entre dans le champ d'application de l'article 8 de la loi organique de 2009. En d'autres termes, l'étude d'impact du projet de la loi *NOME* était de ce fait obligatoire.

L'objet d'une étude d'impact est la prospective et l'expectative. Ce n'est en aucun cas une étude de faisabilité. D'ailleurs, comme le précise la circulaire du Premier Ministre relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, l'étude d'impact « *n'est pas assimilable à un exposé des motifs enrichi, mais constitue un outil d'évaluation et d'aide à la décision* »<sup>18</sup>. Ce qui lui confère une valeur toute particulière qui n'est pas, *a priori*, normative ou décisive, mais qui est plus qu'une simple présentation synthétique ou un résumé du projet de loi.

Pour autant, les objectifs présidant l'étude d'impact et ceux qui y sont contenus, se retrouvent-ils dans les dispositions finales de la loi, influencent-ils les débats parlementaires au point de modifier le projet de loi ? Dans ce cas, l'étude d'impact n'est-elle pas un outil légistique dans les mains du gouvernement afin de « cadrer » le débat parlementaire ? D'autant que l'obligation d'accompagner les projets de loi d'études d'impact législatif s'insère dans un mouvement de renouveau du rôle parlementaire dans la procédure législative<sup>19</sup>. De manière plus juridique, il s'agit d'aborder, sans être théorique, le thème de la pratique des études d'impact et la problématique de leur portée normative.

---

<sup>15</sup> Cet article a été rédigé dans le cadre d'un échange entre le *Centre de Recherches Administratives* et le *Korea Legislation Research Institute*. Présentation en a été faite le 8 septembre 2011 au KLRI, Seoul, Corée du Sud.

<sup>16</sup> Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, et décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009.

<sup>17</sup> On notera que cela ne concerne pas les propositions de loi. Est-ce alors une faille, car pour s'économiser d'une étude d'impact fastidieuse, rien n'empêche le Gouvernement de demander à des parlementaires de la majorité de déposer une proposition de loi, voir en ce sens l'analyse de Pascal MBONGO, « La constitutionnalisation des études d'impact préalable à la loi. Un mirage légistique », *Recueil Dalloz*, 2/2009, point de vue, p.108.

<sup>18</sup> Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle NOR: PRMX0908734C JORF n°0089 du 16 avril 2009 page 6546.

<sup>19</sup> Michel VERPEAUX, « Le nouveau droit parlementaire est arrivé – À propos de la loi organique du 15 avril 2009 », *JCP G* n° 29, 13 Juillet 2009, étude n°144.

Pour l'étude de ces questions nous nous appuyons sur l'exemple de l'étude d'impact du projet de loi sur la Nouvelle Organisation du Marché de l'Electricité<sup>20</sup>.

Nous avons pris l'exemple du projet de loi NOME (adopté définitivement le 07 décembre 2010), car de part la technicité, la complexité et l'étendue de l'objet de la loi (l'organisation du marché de l'électricité), il était évident que l'ensemble des dispositions de l'article 8 de la loi organique de 2009 allait être appliqué<sup>21</sup>. Ce qui fut le cas puisque si la présentation de l'étude d'impact ne suit pas l'énumération des dispositions de l'article 8 précité, son contenu se rattache à chacune des thématiques imposées par ledit article.

Un rappel toutefois : il ne s'agit pas dans la présente étude d'expliquer le régime de l'accès à l'énergie nucléaire mais d'analyser l'utilité et la mise en œuvre d'une étude d'impact dans le processus législatif destiné à réorganiser le marché de l'électricité. En d'autres termes, il ne s'agit pas ici de faire un commentaire de la loi *NOME* quant à l'accès par les fournisseurs alternatifs à l'énergie nucléaire<sup>22</sup>, mais une analyse *in situ* de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi pour le débat parlementaire. C'est donc une étude sur la légistique plus que sur le juridique. Quoique, à notre sens, la réalisation d'études d'impact législatif est une « normativisation » d'une pratique de légistique.

A ce stade, il est nécessaire pour la clarté de l'exposé de présenter très brièvement la situation du marché de l'électricité avant et après l'adoption de la loi NOME.

Depuis la fin de la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale, l'histoire du marché de l'électricité en France et en Europe a connu, sous influence de la construction de l'Union européenne, une lente évolution de la nationalisation vers la libéralisation (1946-2000).

Lors du vote de la loi *NOME* en décembre 2010, les cadres juridiques de la libéralisation du secteur étaient déjà bien établis que ce soit au niveau européen (d'où est venue l'impulsion) ou au niveau national.

Au niveau européen, l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence s'est faite par l'adoption de trois « paquets » de normes (dits les « paquets énergie » car concernent aussi le gaz). Concernant l'électricité il s'agit : de la directive n°96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, directive abrogée par celle du 26 juin 2003<sup>23</sup> concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette dernière a été abrogée par la

---

<sup>20</sup> Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JORF n°0284 du 8 décembre 2010, p.21467.

<sup>21</sup> Aux termes de cet article, les études d'impact « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation. [Elles] exposent avec précision :

- l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ;

- l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ;

- les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ;

- les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ;

- l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ;

- l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ;

- les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'Etat ;

- s'il y a lieu, les suites données par le Gouvernement à l'avis du Conseil économique, social et environnemental ;

- la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires ».

<sup>22</sup> Pour cela voir notamment : Christine LE BIHAN GRAF et Olivier BEATRIX, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *AJDA*, 2011, p.432.

<sup>23</sup> Dir. 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L 176, 15 juill. 2003.

directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009<sup>24</sup> appartenant au troisième Paquet énergie qui comprend aussi, pour ce qui est de l'électricité, le règlement du Parlement européen et du Conseil n° 714/2009 du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (abrogeant le règlement 1228/2003) et le règlement n° 713/2009 du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie<sup>25</sup>. Il est à noter que la directive 2009/72/CE vient d'ailleurs d'être transposée par l'ordonnance du n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie<sup>26</sup>.

Au niveau national, la France a transposé les directives en plusieurs étapes<sup>27</sup> :

- n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité,
- n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie,
- n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières,
- et n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie

La libéralisation s'est faite donc par étapes avec un objectif de maîtrise du marché.

Pour résumer et simplifier, ces lois ont<sup>28</sup> :

- complètement ouvert à la concurrence l'activité de production d'électricité : dès lors qu'il dispose des capacités techniques et financières, tout industriel peut désormais construire et exploiter une centrale de production d'électricité après avoir obtenu les autorisations administratives requises. Cependant, concernant les centrales nucléaires, et comme le relève l'étude d'impact, un tel investissement outre son aspect financier, est extrêmement lourd compte tenu des contraintes législatives, réglementaires, environnementales ou autres. Le retour sur investissement qui donc tient compte des coûts d'exploitation, ne peut se faire avant au moins une décennie.

- organisé la régulation des réseaux de transport et de distribution qui restent en monopole, comme le permettent les directives,

- progressivement ouvert la fourniture d'électricité en rendant les clients finals éligibles au libre choix de leur fournisseur :

- en 2000, les sites industriels consommant plus de 16 GWh/an représentant 107 TWh/an soit 30 % du marché,

- en 2003, les sites consommant plus de 7 GWh/an (123 TWh/an soit 37 % du marché)

- en 2004, tous les clients professionnels (310 TWh, 70 % du marché)

- enfin depuis le 1er juillet 2007, les clients particuliers.

Or, si juridiquement l'ouverture du marché de l'électricité est complète depuis le 1er juillet 2007, dans les faits il en va à l'inverse. En effet, en pratique, EDF (l'opérateur historique) a conservé une position très largement dominante puisqu'elle assure toujours 90 % de la production d'électricité et, grâce au maintien des tarifs réglementés, fourni toujours en volume plus de 95 % de la clientèle résidentielle et près de 87 % de la clientèle non résidentielle. De plus, comme le rappelle, l'étude d'impact du projet de la loi *NOME*, alors que la production et la fourniture d'électricité étaient totalement libéralisées, l'opérateur historique, grâce à l'exploitation de ses centrales nucléaires (dont il était également le propriétaire historique), bénéficiait toujours d'une position de monopole sur le marché grâce à des prix très compétitifs du fait de la compétitivité de l'énergie

---

<sup>24</sup> dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité : JOUE n° L 211, 14 août 2009, p. 55.

<sup>25</sup> JOUE n° L 211, 14 août 2009, p. 15.

<sup>26</sup> Habilitation avait d'ailleurs été donnée au Gouvernement lors du vote de la loi *NOME* dont l'étude d'impact du projet de loi est l'objet de cet article.

<sup>27</sup> Nous reprenons la présentation faite dans l'étude d'impact.

<sup>28</sup> idem

nucléaire. Cette compétitivité est due à la non influence du prix des hydrocarbures sur le prix de production de l'énergie nucléaire.

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la loi NOME par le Parlement en session ordinaire le 7 décembre 2010<sup>29</sup>.

Paradoxalement, alors qu'il s'agit d'une loi touchant tous les citoyens et toutes les entreprises, la loi ne fut pas soumise au contrôle de constitutionnalité.

L'objet de cette loi est de modifier (une nouvelle fois) les dispositions de la loi fondatrice de la libéralisation du marché de l'électricité<sup>30</sup> afin de restaurer les conditions d'une plus ample et équitable concurrence sur le marché de l'électricité français<sup>31</sup>.

Aujourd'hui, déjà modifiée par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie et codifiée dans ce code, la nouvelle organisation du marché électrique français repose sur trois dispositions fondamentales :

- la mise en place, au profit des fournisseurs alternatifs, d'un droit d'accès régulé à la production électrique de base d'EDF à des conditions représentatives des conditions économiques de production de l'électricité par ses centrales nucléaires déjà en service (le parc de référence) ;
- l'instauration d'une obligation de capacité afin de garantir a priori que chaque fournisseur est capable de couvrir les besoins de consommation en pointe de ses clients ;
- l'évolution progressive du système des tarifs réglementés de vente d'électricité.

Compte tenu de l'étendu de la réforme, nous nous limiterons au cœur de la nouvelle organisation du marché de l'électricité : la mise en œuvre du dispositif « permettant aux consommateurs de bénéficier de la compétitivité du parc nucléaire dans le respect de la liberté de choix du fournisseur ».

Ce dispositif est basé sur le droit de chaque fournisseur d'électricité de bénéficier à titre transitoire d'un accès régulé et limité à l'électricité nucléaire historique « afin de bénéficier d'électricité nucléaire à un prix régulé » et de développer « la concurrence et la couverture de tous les coûts liés au parc nucléaire historique ».

Du fait du caractère extrêmement technique que couvre le champ très étendu de la loi, seront exclus de la présente analyse : l'obligation de capacité, c'est-à-dire la garantie de capacité des fournisseurs (et le très prospectif « marché de capacités »), les dispositions relatives à la réforme de la Commission de régulation de l'énergie et celles relatives à la distribution d'électricité. Cette exclusion se fait toutefois dans la limite de l'apport de ces dispositions à la mise en œuvre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire.

Postérieurement à l'adoption de la loi *NOME*, l'application réglementaire du droit d'accès des fournisseurs alternatifs à l'électricité nucléaire s'est rapidement mise en place avec les décret n° 2011-554 du 20/05/2011<sup>32</sup> et n° 2011-466 du 28/04/2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Loi n°2010-1488, JORF n°0284 du 8 décembre 2010.

<sup>30</sup> Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

<sup>31</sup> Sophie NICINSKI, « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *Revue juridique de l'économie publique* n° 684, Mars 2011, étude 2 ; pour une présentation du nouveau marché de l'électricité en tenant compte des collectivités territoriales voir dossier « L'électricité sous tension », *Contrats Publics-ACCP* n°109, avril 2011, Dossier pp.24-60.

<sup>32</sup> Pris pour l'application de l'article 4-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relatif au décompte des droits d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique des actionnaires des sociétés de capitaux agréées qui ont pour activité l'acquisition de contrats d'approvisionnement à long terme d'électricité, mentionnées à l'article 238 bis HV du code général des impôts JORF n°0118 du 21 mai 2011 page 8878

<sup>33</sup> JORF n°0100 du 29 avril 2011

L'importance de l'étude d'impact dans ce contexte est liée au domaine extrêmement technique et à très fort potentiel économique que représente l'organisation du marché de l'électricité. Il s'agit en effet, et c'est fonction des points de vue, de mettre en place la libéralisation ou de créer un marché administré. Quoiqu'il en soit la transposition des directives supposait l'emploi de l'outil de la régulation par une agence autonome qui a pris en droit national la forme d'une Autorité Administrative Indépendante : la Commission de régulation de l'énergie<sup>34</sup>.

L'étude d'impact accompagnant le projet de loi déposé en avril 2010 au bureau de l'Assemblée nationale se divise en trois parties :

Partie A : Étude d'impact des articles 1 à 9 concernant la mise en place de l'accès régulé à l'électricité de base, de l'obligation de capacité, évolution des tarifs réglementés de vente et de la Commission de régulation de l'énergie. C'est la partie la plus volumineuse : 75 pages. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit du cœur du projet de loi.

Partie B : Étude d'impact de l'article 10 du projet de loi autorisant le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires à la transposition des directives 2009/72 et 2009/73 (comme c'est une habilitation article 38 de la Constitution, elle est très courte : 2 pages).

Partie C : Étude d'impact de l'article 11 modifiant l'article 20 de la loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 relative à la transparence et à la sûreté nucléaire (2 pages).

Le point commun entre toutes ces parties est qu'elles suivent toute la même présentation (voir ci-dessous).

Seule la Partie A nous intéresse ici. Elle est divisée en 7 points hors les annexes : le cadrage du marché (tout ce qui concerne les effets des mesures nouvelles sur la régulation des prix du marché de l'électricité) ; l'analyse des impacts économiques pour les acteurs du marché de l'électricité (approche micro économique) ; les impacts macro-économiques, les impacts sur les finances et sur l'emploi public ; les impacts environnementaux, les impacts sociaux, enfin, les impacts juridiques. En termes quantitatifs bruts, chacune de ces sous-parties est variable ; la plus longue faisant 20 pages (l'analyse micro économique), la plus courte 1 page (les impacts juridiques).

Compte tenu de sa technicité et de la complexité de la mise en œuvre des choix du Gouvernement quant l'organisation du marché de l'électricité, la mise en place de l'accès à l'électricité nucléaire dans l'étude d'impact de la loi *NOME* est-il un simple travail préparatoire ou une grille de lecture pour un renouveau du marché de l'électricité en France ?

Nous avons vu précédemment que l'étude d'impact doit éclairer le Parlement sur l'efficacité du projet, les contraintes juridiques et financières, ses difficultés d'application et les délais de mise en œuvre.

En d'autres termes, l'étude d'impact législatif du projet de loi sur la *NOME* présente l'accès des fournisseurs alternatifs d'électricité à l'énergie nucléaire comme l'objectif central de l'organisation d'un marché concurrentiel de l'électricité (I). Pour autant, l'étude d'impact se présente aussi comme une grille de lecture l'accès des fournisseurs alternatifs d'électricité à l'énergie nucléaire (II).

---

<sup>34</sup> Instituée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2001 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, et loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie* qui ont transposé en France les directives européennes n° 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* (JOUE n° L 027 du 30/01/1997 p. 0020-0029) et la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques* (JOUE n° L 204 du 21/07/1998 p. 0037-0048 du 22 juin 1998). Pour une présentation claire des compétences de cette autorité voir le site internet de la CRE <http://www.cre.fr>

## **I - L'accès des fournisseurs alternatifs à l'énergie nucléaire, une disposition législative centrale du projet de loi mise en évidence par l'étude d'impact.**

D'une manière générale, on peut poser que l'étude d'impact législatif est, dans un premier temps, une grille de présentation, un travail préparatoire à la compréhension d'un projet législatif. En d'autres termes, l'une des fonctionnalités de l'étude d'impact, en tant que document d'aide à la décision parlementaire, est de présenter et définir les objectifs dans lesquels s'insèrent les dispositions législatives envisagées. Cela permet alors au Gouvernement de mettre en perspective la réforme législative envisagée par rapport à des objectifs législatifs.

En l'espèce, la disposition législative qui nous intéresse est la création d'un droit d'accès à l'énergie nucléaire par les fournisseurs alternatifs d'électricité. Cette disposition s'inscrit dans des objectifs (A) et dans des contraintes juridiques (B) qui sont, conformément aux dispositions de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, clairement identifiés par l'étude d'impact de la loi *NOME*.

Une disposition législative s'inscrivant dans des objectifs définis par l'étude d'impact

L'étude d'impact fixe le cadre politique dans lequel est mis en place l'accès des fournisseurs alternatifs à la production nucléaire.

Les objectifs avoués du projet de loi sont clairement identifiables dans l'étude d'impact puisqu'ils font l'objet de son point 2.

La création d'un droit d'accès à l'électricité produite par de l'énergie nucléaire a pour objectifs d'« *assurer aux consommateurs le bénéfice de l'investissement consenti dans le nucléaire, inciter à l'innovation et à la maîtrise de la demande en électricité et favoriser les investissements dans le cadre du marché européen de l'électricité* »<sup>35</sup>.

Ces objectifs s'inscrivent dans la recherche d'un « *équilibre entre l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et le droit à l'électricité pour tous* »<sup>36</sup>.

Le droit à l'électricité pour tous avait été affirmé explicitement par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000. Cet article est aujourd'hui abrogé par l'ordonnance du 9 mai 2011 qui le codifie à l'article L.121-1 du Code de l'énergie (sans toutefois reprendre le dernier alinéa relatif au principe de coordination entre l'Etat et les Collectivités territoriales quant à l'organisation du service public de l'électricité).

Raison d'être du service public de l'électricité, ce droit à l'électricité pour tous implique, aux termes de la loi, de garantir un accès à l'énergie électrique (qualifié de « produit de première nécessité ») aux consommateurs résidant sur le territoire national. Or cet accès doit être fait « dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique »<sup>37</sup>, ce que le Gouvernement dans le projet de la loi *NOME* qualifie « *des conditions reflétant les choix énergétiques français* » (étude d'impact p.9) ; donc le nucléaire. C'est d'ailleurs ce qui est souligné dans l'étude d'impact puisque « *la spécificité française que constitue l'existence d'un parc nucléaire historique doit donc être prise en compte pour maintenir l'équilibre entre l'objectif d'ouverture à la concurrence et la préservation du droit à l'électricité pour tous* » (étude d'impact p.9).

---

<sup>35</sup> Etude d'impact p.8.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Article 1 alinéa 4 de la loi du 10 février 2000, aujourd'hui article L.121-1 alinéa 4 du code de l'énergie

Se dégagent alors deux objectifs « cadres » dans la mise en œuvre de l'accès des fournisseurs à l'énergie nucléaire produite dans les centrales déjà existantes : faire bénéficier le consommateur final du prix attractif lié au coût de production d'électricité par énergie nucléaire (sans toutefois lui faire supporter les coûts de mise en service des centrales déjà existantes) ; assurer le respect d'une concurrence « saine » entre les acteurs du marché de fourniture puisque le droit d'accès doit être neutre, c'est-à-dire qu'il doit tenir compte des investissements à faire pour le développement du nucléaire et sa mise en concurrence sur le marché européen de l'électricité.

- Principe 1 : « assurer aux consommateurs le bénéfice de l'investissement consenti dans le nucléaire ».

Voilà un nouveau principe, car avec les lois précédentes c'était la concurrence, maintenant c'est la protection du consommateur<sup>38</sup>. Toutefois, cela s'explique par le fait que grâce à l'énergie nucléaire, peu dépendante des fluctuations liées au cours des énergies fossiles (dont le pétrole), le prix de l'électricité est moins cher. En d'autres termes, le nucléaire permet ainsi d'obtenir une production électrique à des prix compétitifs (inférieurs aux prix de gros, c'est-à-dire aux prix marchés)<sup>39</sup>. Ce qui permettait à EDF d'assurer un prix plus bas que le prix marché, ce dernier étant essentiellement dépendant du pétrole.

En effet, comme le souligne l'étude d'impact (mais ici elle reprend les études de la commission Champsaur<sup>40</sup>), l'électricité produite en France est à 78 % d'origine nucléaire. Ce qui place la France comme premier pays européen dans ce domaine. Or, dans le reste de l'Europe, l'électricité est essentiellement produite par des centrales thermiques qui demandent l'utilisation d'hydrocarbures pour leur fonctionnement. De ce fait, le prix de la production est largement dépendant des cours de ces matières premières. Par conséquent, comme le relève le *rapport Champsaur*, le prix de gros<sup>41</sup> de l'électricité est largement dominé par ce paramètre, et la part du nucléaire français au niveau du marché européen n'influence que très peu ce cours compte tenu des volumes de la consommation électrique pour l'Europe. Ainsi, un fournisseur alternatif désirant vendre de l'électricité à un consommateur français achetée au prix de gros ne pourra pas être compétitif face à l'électricité d'origine nucléaire dont la quasi-totalité appartient à EDF ou l'exploitation est sous sa charge (sur ce point voir II-A).

Si le nucléaire a autant d'importance en France, c'est que cette dernière a été le seul pays d'Europe dès les années 1960 à faire le choix d'une politique énergétique principalement basée sur le nucléaire. Or, le coût de fabrication, de mise en service et d'exploitation d'une centrale nucléaire sont exorbitants et nécessitent une durée s'étalant sur plusieurs années. Le parc français déjà existant était, à l'origine, du seul monopole d'EDF alors entreprise d'Etat ; et la situation n'a guère évolué depuis la privatisation de cette entreprise (l'Etat détient tout de même 70 % des parts) et la libéralisation totale de la production électrique. Ainsi, lorsque l'étude d'impact parle « *de l'investissement consenti dans le nucléaire* », cela sous-entend que le choix de politique énergétique axée

---

<sup>38</sup> Comme le fait remarquer un commentateur de la loi NOME : « *Après les politiques d'ouverture à la concurrence censées profiter aux consommateurs, voilà donc l'ouverture à la concurrence réputée ne pas leur nuire* », Sophie NICINSKI, « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *Revue juridique de l'économie publique* n° 684, Mars 2011, étude 2.

<sup>39</sup> Les tarifs réglementés sont fondés sur les coûts complets d'EDF, dont l'essentiel de la production provient de centrales nucléaires et hydrauliques, moyens de production compétitifs et insensibles aux évolutions du prix des hydrocarbures et des quotas de CO2.

<sup>40</sup> Voir ci-après I-B.

<sup>41</sup> Le prix de gros est celui qui est pratiqué sur le marché de gros, c'est-à-dire le prix issu de l'offre et de la demande sur le marché d'échange de l'énergie électrique. Il s'oppose au tarif réglementé ou régulé. Dans son lexique, l'étude d'impact définit le marché de gros comme « *l'ensemble des échanges effectués entre les opérateurs (fournisseurs, producteurs, traders, etc.). Ces échanges peuvent être effectués directement entre deux acteurs (on parle alors d'échange bilatéral « pur »), par un intermédiaire (courtier appelé également broker) ou par une bourse (comme Powernext en France)* ».

sur le nucléaire ne doit pas bénéficier à l'opérateur historique (EDF) mais à tous les consommateurs finaux. Ce qui explique que le projet de loi et la loi qui a été adoptée, limitent le droit d'accès à l'énergie nucléaire pour la production des seules centrales mises en service avant 2010, ce que l'étude d'impact appelle le « parc de référence »<sup>42</sup>.

Au-delà de ce « retour sur investissement », cet objectif permet aussi un accès de tous les fournisseurs à l'électricité du parc nucléaire historique, dans des conditions équivalentes. C'est-à-dire sans que EDF soit avantagé par la possession (mais plus le monopole) du parc historique, ni que les fournisseurs alternatifs soient favorisés par leur droit d'accès. Il en découle que « *le dispositif est conçu pour que la contrainte imposée à l'opérateur historique soit strictement proportionnée* » à l'objectif de bénéficier au seul consommateur final (étude d'impact p.23).

- Principe 2 : assurer la libre concurrence équilibrée entre les différents acteurs du marché de la fourniture électrique par l'intervention d'un Etat régulateur.

Comme le rappelle l'étude d'impact, le service public de l'électricité est passé du monopole à la régulation d'un marché de l'énergie.

D'un point de vue économique, le service public de l'électricité est un service de réseau marchand (car payé par les usagers) dont l'objet est traditionnellement divisé en quatre segments : la production, les transports, la distribution et la fourniture. Si à l'origine, il est assuré dans un cadre économique monopoliste, il est depuis les lois de 2000 transposant les directives de 96 assuré dans un cadre concurrentiel tout du moins dans sa partie fourniture. Pour autant, l'Etat intervient sous la forme de l'organisation du marché à travers un système de régulation placé sous l'égide de la CRE.

Cela correspond bien à la définition de la régulation au sens sectoriel : ensemble des mécanismes permettant de garantir le bon fonctionnement d'un, marché ou d'un secteur<sup>43</sup>.

Rappelons que les autorités administratives indépendantes sont le moyen privilégié en France pour que l'Etat accompagne l'économie de marché. Il ressort du rapport que le Conseil d'Etat a consacré sur ce thème que les AAI se définissent comme des organismes administratifs agissant au nom de l'Etat sur un marché ou un secteur et disposant d'un réel pouvoir sans pour autant relever du Gouvernement<sup>44</sup>.

Dans le domaine du marché de l'électricité, c'est à l'occasion de la libéralisation du secteur qu'il a été créé une Commission de régulation de l'électricité<sup>45</sup>, devenue la Commission de régulation de l'énergie.

Dans le cadre de la nouvelle organisation du marché de l'électricité, comme le relève l'étude d'impact, il reviendra alors à cette commission de mettre en œuvre le principe d'accès des fournisseurs alternatifs à l'énergie nucléaire. Le Gouvernement ayant choisi un accès régulé (voir II A), l'organe chargé de cette régulation est ainsi l'AAI intervenant sur le marché énergie au sens large : la CRE (puisque ses compétences couvrent aussi le gaz et les énergies alternatives). Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur la CRE, l'étude d'impact se maintenant à préciser que le projet de loi confie à cet organe de nouvelles compétences dont, entre autres, l'adoption à compter de 2015 du tarif d'achat de l'électricité issue des centrales nucléaires et la régulation des rapports entre EDF et les fournisseurs concurrents lui achetant sa production électrique d'origine nucléaire.

Nous pouvons alors en déduire que l'étude d'impact analyse les principes de la mise en œuvre d'un marché régulé. Concernant la définition de la régulation, nous nous

---

<sup>42</sup> « Il s'agit du parc nucléaire existant aujourd'hui. Il est composé de 58 tranches réparties sur 19 sites et cumulant une puissance installée de 63 GW », glossaire de l'étude d'impact p.58.

<sup>43</sup> Sophie NICINSKI, op. cit., p.67.

<sup>44</sup> Rapport du CE pour 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française.

<sup>45</sup> Loi n°200-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité.



appuyons sur celle donnée par Sophie NICINSKI <sup>46</sup> : au sens large, la régulation qu'elle soit sectorielle (i.e. limitée à un secteur économique donné, soit, en l'espèce, l'électricité) ou générale (l'économie au sens général), s'entend comme les agissements de l'administration « en tant qu'autorité publique visant à orienter, soutenir, contraindre, protéger ou encore modeler les opérateurs économiques agissant sur le marché »<sup>47</sup>.

En effet, au-delà de la perspective de conformité européenne de libéralisation du secteur de l'énergie, la loi *NOME* a bien comme objectif la régulation du marché de l'électricité en France. Certes, la vocation première est la mise en conformité de la réglementation du marché de l'électricité français avec le paquet des normes européennes sur l'énergie. D'ailleurs, comme le montre son étude d'impact, elle se situe bien dans le processus de construction de l'énergie en Europe entamé depuis 1996 et auquel la France doit, comme elle s'y est engagée, se conformer. Dans ce contexte, l'étude d'impact explique clairement que le législateur français, après l'essai peu concluant des lois de 2003 (voir ci-dessous I-B), a de nouveau aménagé le marché de l'électricité en agissant sur l'accès du marché, la définition de sa structure, la règlemente son fonctionnement, et la tentative de préservation de la concurrence (quoique sur ce dernier point la loi *NOME* parle plus de « protection du consommateur »).

Une étude d'impact faisant ressortir les contraintes juridiques de la mise en place d'un accès à la production d'électricité par énergie nucléaire

*« La situation actuelle<sup>48</sup>, dans laquelle la concurrence peine à se développer et où le maintien en l'état des tarifs réglementés est juridiquement fragile, n'apparaît donc pas tenable, et ce d'autant moins que le dispositif transitoire mis en place, le TaRTAM, ne donne pas pleine satisfaction »<sup>49</sup>.*

En une seule phrase l'étude d'impact résume les contraintes juridiques et les menaces juridictionnelles qui pèsent sur la France. Ces contraintes et menaces viennent de la carence vis-à-vis du droit communautaire et des objectifs visés dans les directives « énergie » du dispositif mis en place depuis la loi de du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (1°).

Sous pression européenne, le Gouvernement a alors commandé, avant l'élaboration du projet de loi, un rapport à une commission constituée à cet effet et composée de parlementaires et de personnes qualifiées. La mission de cette commission était d'élaborer « une réflexion sur le cadre tarifaire et les évolutions législatives et réglementaires éventuellement souhaitables pour permettre à la France de disposer d'un cadre clair et stable pour le marché électrique français, protecteur des intérêts des consommateurs et s'inscrivant dans un contexte européen d'ouverture du marché de l'électricité »<sup>50</sup>. Cette commission qui rendit son rapport en avril 2009 s'appelle la *commission Champsaur*<sup>51</sup>(2°).

1°) Le rappel par l'étude d'impact de l'environnement juridique du projet de loi :

---

<sup>46</sup> Pour une étude très complète de la notion de régulation et notamment la question de savoir si celle-ci constitue une notion juridique nouvelle, voir l'étude de Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006 p. 347.

<sup>47</sup> Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2010, 2<sup>ème</sup> édition, p.11 et p.67 ; voir aussi pp.31-32 pour une définition du modèle français de régulation de l'économie.

<sup>48</sup> Rappel : à la date de rédaction et d'adoption du projet de loi, seuls les deux premiers « paquets » énergie avaient été adoptés. Voir dans l'introduction de cette présentation la description de la situation avant et après la loi *NOME*.

<sup>49</sup> Etude d'impact p.14.

<sup>50</sup> Lettre de mission du ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 24 octobre 2008.

<sup>51</sup> Du nom du président de cette commission alors président de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Cet environnement juridique est essentiellement dû aux contraintes communautaires.

En effet, comme le pose l'étude d'impact, la Commission européenne a adressé, dès 2006, à la France une mise en demeure et un avis motivé pour mauvaise transposition de la directive 2003/54/CE. Cet avis concernait le dispositif mis en place par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie complété par celle du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. La Commission européenne mettait en cause la généralisation des tarifs réglementés de vente (TRV) d'électricité à l'ensemble des clients, la limite de la pratique de ces tarifs à EDF et aux distributeurs non nationalisés (DNN), procédure qu'elle qualifie de non transparente et discriminatoire, et enfin le fait que cela maintenait les tarifs à un niveau particulièrement bas, en dessous des prix de marché (distorsion de concurrence)<sup>52</sup>.

Puis en 2007, les autorités européennes ont lancé une enquête pour aides d'Etat illégales concernant les tarifs réglementés de vente pour les moyennes et grandes entreprises et sur le tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché (TaRTAM). Comme le rappelle l'étude d'impact de la loi NOME, le TaRTAM a été instauré par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006.

Pour comprendre le TaRTAM, il faut partir de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité qui pour transposer la directive de 1996 à instaurer une condition de non-retour : les consommateurs finals décidant de choisir de ne plus être fourni par EDF (et donc de ne plus se voir appliquer le tarif réglementé), ne pouvaient plus revenir au tarif réglementé. Cela n'avait aucune incidence tant que le prix réglementé était supérieur au prix de marché<sup>53</sup>. Or la hausse du prix des hydrocarbures a entraîné une hausse du prix de marché de l'électricité qui a finalement dépassé le prix réglementé. A compter de l'adoption de la loi de 2006, le TaRTAM, prévu pour une durée transitoire, avait pour objectif de permettre aux consommateurs passés au marché libre de revenir à titre temporaire (de 2007 à 2010) à un tarif réglementé (le Tartam), dont le prix de vente est intermédiaire entre les tarifs réglementés et les prix sur le marché libre.

Ces tarifs sont présumés être, pour la Commission européenne, des aides aux entreprises incompatibles avec le régime des aides d'Etat<sup>54</sup>. Et comme le souligne le Gouvernement dans l'étude d'impact, cette procédure pourrait conduire les entreprises françaises bénéficiaires du TaRTAM à devoir rembourser plusieurs milliards d'euros<sup>55</sup>.

## 2°) Les documents nécessaires à la réalisation de l'étude d'impact :

Comme l'indique l'article 8 de la loi organique de 2009, l'étude d'impact doit également exposer « *les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'Etat* ».

Toutefois, la particularité ici est que pour l'étude d'impact législatif du projet de la loi NOME les principales consultations préalables ont été menées dans le cadre d'une commission d'experts nommés par le Gouvernement.

En effet, c'est la commission Champsaur qui a mené les auditions des consommateurs, des producteurs et fournisseurs d'électricité, des autres acteurs du marché, des gestionnaires de réseaux, des collectivités, des organisations syndicales, de

---

<sup>52</sup> Avis motivé IP/06/1768, il est à noter que concernant le marché de l'énergie au sens des directives (ie électricité + gaz) l'avis concernait 16 Etats membres.

<sup>53</sup> Les tarifs réglementés de vente d'électricité sont fondés sur les coûts du parc de production d'EDF, étude d'impact p.26.

<sup>54</sup> IP/07/815 et IP/09/376

<sup>55</sup> Il faut relever, comme le fait d'ailleurs l'étude d'impact, qu'à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur l'incompatibilité manifeste de ce système avec le droit de l'Union européenne ; voir Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, JORF n°284 du 8 décembre 2006 page 18544, considérant n°9.

la Commission de régulation de l'énergie, de l'autorité de la concurrence, de la Commission européenne, des personnalités qualifiées et qui a recueilli diverses contributions écrites. Les seules consultations menées furent des réunions publiques de consultation organisées par la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) du MEEDDM<sup>56</sup>.

Il en découle que la réalisation d'un rapport public par la commission Champsaur, n'est pas une simple consultation, mais un véritable travail préalable à la réalisation du projet de loi. D'ailleurs, le gouvernement ne s'en cache pas et n'hésite pas à faire de très nombreux renvois au rapport de cette commission ainsi que dans reprendre certaines idées (voir I-A).

Ainsi, et par exemple, l'instauration d'un droit d'accès des fournisseurs à la production d'électricité du parc nucléaire historique d'EDF, à un prix régulé qui en reflète les coûts complets est l'une des propositions faites par la commission Champsaur pour une nouvelle organisation du marché de l'électricité. Et la loi votée le 7 décembre 2010 instaure notamment le dispositif d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique d'EDF (ARENH) dont le décret d'application a été adopté le 28 avril 2011<sup>57</sup>.

De manière plus générale, on peut facilement dégager une influence du rapport quant au choix de l'organisation du marché de l'électricité. En effet, après avoir repris, détaillé et comparé les 6 options considérées comme envisageables par la commission Champsaur, le Gouvernement dans son étude d'impact justifie le choix de la 6<sup>ème</sup> option : la mise en place d'un accès régulé à l'électricité de base accompagné du maintien des tarifs réglementés pour les petits consommateurs et d'une disparition progressive des tarifs réglementés pour les industriels (étude d'impact pp.15-18). Le projet de loi est donc la mise en œuvre de cette option, l'électricité de base étant devenue suite aux discussions parlementaires l'ARENH (cf. II A).

Pour apprécier chacune des options, l'étude d'impact s'appuie sur les critères suivants : identification de l'option (appelée scénario), effets sur les gros et petits consommateurs, effets sur EDF et les nouveaux entrants sur le marché (les concurrents), la « robustesse juridique » (i.e. la clarté et la lisibilité du système, la confrontation avec le droit communautaire).

Toutefois, il ne faut pas comprendre cette évaluation des différentes options avec l'étude d'impact en elle-même. Il ne s'agit ici pour le Gouvernement que d'expliquer son choix, de le mettre en confrontation avec les autres possibilités s'offrant à lui. S'agissant de l'étude d'impact de ce choix, elle est faite aux pages 27 et suivantes où sont présentés et analysés, autant que possible dans la prospective, les effets des dispositions du projet de loi par rapport aux différents acteurs du marché de l'électricité (les fournisseurs alternatifs, EDF, les consommateurs, les gestionnaires de réseau, les entreprises de distribution). Pour autant, est-ce que la réalisation d'un rapport spécialisé pour la réforme était-il suffisant ?

S'il était absolument nécessaire, ne serait-ce que pour préserver une garantie de gouvernance et de transparence, ce rapport n'est pas suffisant en ce qu'il émane indirectement du Gouvernement (même si la commission en restait totalement indépendante). Compte tenu de l'importance du projet de loi et des risques de procédures contentieuses communautaires (au demeurant justifiées), d'autres organes étaient concernés par les futures dispositions législatives. Si la CRE a été associée tout au long du processus d'élaboration du projet, l'Autorité de la Concurrence<sup>58</sup> n'a été consultée que dans le cadre de la commission Champsaur. Pourtant le projet de loi et la loi adoptée lui octroient certains pouvoirs spécifiques (essentiellement de consultation).

---

<sup>56</sup> Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer.

<sup>57</sup> Décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, JORF n°0100 du 29 avril 2011.

<sup>58</sup> De laquelle relève en application des articles L 420-1 et s. du code de commerce le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

Ce ne sera qu'au cours de la procédure de discussion au Parlement que cela fut fait, sur initiative des députés. Ces derniers ont fait application du nouvel article L. 461-5 du code de commerce<sup>59</sup> qui prévoit la possibilité pour les commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence de consulter l'Autorité de Concurrence « *sur toute question entrant dans le champ de ses compétences* ». Le projet de loi à peine déposé, l'Autorité de la concurrence était saisie par la commission des affaires économiques l'Assemblée nationale d'une demande d'avis le 14 avril 2010. Et par avis du 17 mai 2010 et des développements assez clairs de 34 pages<sup>60</sup>, l'Autorité condamne en demi-teinte (notamment quant à la durée) l'accès régulé à l'énergie de base (ARB qui deviendra l'ARENH voir II-A). Elle qualifie cet ARB « d'économie administrée » alors que dans l'étude d'impact le Gouvernement argumentait pour une économie « régulée ».

Si la consultation de l'autorité de la concurrence démontre une certaine relativité de l'étude d'impact et une volonté légitime du Parlement de disposer lui-même d'une certaine évaluation législative<sup>61</sup>, l'étude d'impact reste un document de prospective.

## **II - L'étude d'impact de la loi NOME, une grille de lecture pour la mise en œuvre de l'accès des fournisseurs alternatifs au parc nucléaire.**

Dans un deuxième temps, on peut démontrer que le contenu de l'étude d'impact est aussi une grille de lecture prospective de la loi en discussion mais aussi du texte qui sera adopté. S'agissant du projet de la loi NOME, elle tente de construire une mise en perspective de la régulation de l'accès à la production d'électricité d'origine nucléaire (A). Mais l'étude d'impact pourrait aussi avoir une certaine portée normative : celle de l'interprétation et, de part sa technicité, elle démontre bien que le Parlement tente de retrouver sa place dans le processus législatif d'adoption des lois « techniques » (B).

L'importance de l'étude d'impact pour l'évaluation de l'application d'un accès régulé à l'électricité de source nucléaire

Au-delà de la description du dispositif de mise en œuvre d'un droit d'accès à l'énergie nucléaire pour tout fournisseur d'électricité concurrent de l'opérateur historique, l'étude d'impact en explique, conformément aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 2009, les impacts macro et micro économiques, financiers (au sens de finances publiques) et juridiques.

Les résultats de cette approche analytique démontrent pour le Gouvernement que ce processus passe nécessairement par un accès régulé à la production nucléaire, c'est-à-dire un exercice des droits d'accès sous le contrôle de l'autorité de régulation du secteur. Une sorte d'économie ou de marché de l'électricité administré dirait l'Autorité de la concurrence (voir le I-B).

A l'origine, l'accès à la production nucléaire s'appelait « accès régulé de base ». Ce n'est qu'à l'occasion des travaux parlementaires qu'il a été baptisé « accès régulé à l'électricité nucléaire historique » (ARENH)<sup>62</sup>.

En effet, l'expression accès régulé de base n'était pas assez claire car elle ne faisait pas ressortir le fait que cela concernait uniquement l'énergie électrique d'origine nucléaire.

---

<sup>59</sup> Tel que modifié par l'article 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>60</sup> Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a08.pdf>.

<sup>61</sup> Certes limitée alors au domaine d'application du droit de la concurrence.

<sup>62</sup> J.-L. Borloo, ministre d'Etat, séance publique au Sénat du 27 sept. 2010.

L'ARENH est définie lors de la présentation du projet de loi par le ministre d'Etat d'alors comme « *la possibilité pour les concurrents d'EDF d'acquérir de l'électricité pour l'approvisionnement de leurs clients situés en France, au coût complet de production du parc nucléaire historique, autrement dit au « juste prix » ou au prix le plus équitable, transparent et opposable qui soit* »<sup>63</sup>. Si *in fine* le nom diffère, le mécanisme et sa philosophie restent ceux développés dans le projet de loi et analysés dans l'étude d'impact.

Cette dernière a donc pour objectif de mesurer les effets économiques et juridiques notamment de la mise en place d'un ARENH.

L'étude d'impact décrit d'abord les caractéristiques du calcul des droits d'un fournisseur à accéder à l'électricité de base d'EDF. Le projet de loi prévoit (et ce sera adopté par le Parlement) que les droits seront calculés sur la base des caractéristiques de la consommation prévisionnelle du portefeuille de clients en France de façon claire, transparente et non discriminatoire, sans jugement a priori de la crédibilité de ses prévisions, l'ensemble sous contrôle de la CRE. L'étude d'impact précise alors qu'il « *s'agit de reproduire, pour le fournisseur, des conditions d'approvisionnement en électricité de base équivalentes à celles d'EDF* » (étude d'impact p.20).

L'article 1<sup>er</sup> de la loi *NOME* en créant l'article 4-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000<sup>64</sup> a consacré le dispositif ARENH. Il est aujourd'hui codifié aux articles L.336-1 et suivants du code de l'énergie<sup>65</sup>.

Toutefois, l'étude d'impact dans le cadre de sa présentation de « cadrage » ne distingue pas clairement le TARTAM de l'ARENH. C'est le rapporteur de l'Assemblée nationale qui le fera lors des débats législatifs. Ainsi, précise-t-il, « *il faut noter que le TARTAM est un tarif intégré couvrant l'intégralité de la consommation tandis que l'ARENH a vocation à ne couvrir que la fraction de la consommation représentative de la part de la production des centrales nucléaires dans la production totale et nécessitera un complément de fourniture. Le prix de l'ARENH cohérent avec le TARTAM sera donc initialement inférieur au TARTAM. Il sera ensuite révisé afin de couvrir les coûts complets du parc nucléaire historique* »<sup>66</sup>.

En revanche, l'étude d'impact s'attarde longuement sur les effets de la mise en place de l'ARENH sur les tarifs de l'électricité.

Tout part d'un constat : « *dans un contexte de libéralisation du marché de l'électricité, le prix du marché de gros, du fait qu'il reflète l'équilibre offre demande au niveau global, est devenu une référence pour tous les acteurs. Il est par ailleurs représentatif du coût d'approvisionnement d'un nouvel entrant sur le marché de l'électricité. En conséquence, la déréglementation « brutale » du prix de l'électricité au client final, sans mesure d'accompagnement, se traduirait en France par une forte hausse de la facture électrique, induite par l'alignement de toutes les offres de détail sur le prix de gros.* » (Étude d'impact p.25). En d'autres termes, le prix d'accès à l'énergie nucléaire sera un prix régulé et non pas fixé librement par le marché.

Il est alors prévu que le prix de l'ARENH sera basé sur l'exploitation et les aléas de production du parc nucléaire de référence<sup>67</sup>. Il « *dépendra en particulier des dépenses*

---

<sup>63</sup> Voir le rapport des débats parlementaires du 27 septembre 2010.

<sup>64</sup> Abrogé par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011.

<sup>65</sup> Article 4 de l'ordonnance du 9 mai 2011.

<sup>66</sup> Voir Rapport n°2933 de M. Jean-Claude Lenoir fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

<sup>67</sup> Le prix régulé d'accès à ces volumes d'électricité de base traduira les conditions économiques du parc de référence et tiendra compte :

- de la nécessaire rémunération des capitaux, tenant compte de la nature de l'activité,
- des coûts d'exploitation,

*opérationnelles et des provisions pour démantèlement, des investissements d'allongement de la durée de vie du parc, de la disponibilité des centrales et de la rémunération du capital. Il ne dépendra qu'à la marge du prix du combustible nucléaire car celui-ci ne compte que pour 5 % du coût complet de production nucléaire » (p.26).*

Ces dispositions adoptées sont aujourd'hui codifiées à l'article L.336-9 du code de l'énergie et l'article 4 du Décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique<sup>68</sup>.

L'évaluation des effets sur le marché de gros :

L'étude d'impact souligne que comme l'ARENH est temporaire et limitée aux seuls consommateurs français<sup>69</sup>, la modification des échanges commerciaux entre les acteurs, la mise en place de l'accès régulé à l'électricité de base pourrait avoir un impact significatif sur le fonctionnement du marché de gros. Ainsi l'étude d'impact envisage-t-elle une analyse des effets de la réforme sur la liquidité du marché de gros.

L'analyse se fait dans un premier temps à court terme (i.e. en écartant le volume d'achat d'électricité par les gestionnaires de réseau pour approvisionner leurs pertes de transport) puis à moyen terme (étude d'impact pp.40-44). Dans tous les cas, le Gouvernement prévoit à terme une certaine liquidité sur le marché de gros palliant une trop grande incertitude actuelle. Tout cela grâce, au dispositif d'accès régulé contenu dans le projet de loi.

Cependant, il faut préciser que sur ces points l'analyse de l'étude d'impact est fort peu précise et souvent idéologique. Elle ne démontre en tous les cas en rien comment le tarif régulé de l'accès à une source de production importante et à bas coût avec maintien temporaire d'un tarif réglementé pour la consommation finale, permettra de « maîtriser » le marché de gros.

Comme dit précédemment, le Gouvernement, dans le cadre de l'étude d'impact, insiste sur le fait que le marché de l'électricité est un marché régulé dans lequel la CRE a une place de premier ordre. S'agissant du dispositif ARENH, le projet de loi est conforme à cet objectif et l'étude d'impact explique clairement que « *le dispositif est placé sous le contrôle et la surveillance d'une autorité indépendante, la Commission de régulation de l'énergie, chargée par la loi d'assurer, autant que possible, la neutralité du dispositif d'accès régulé à l'électricité de base [devenu avec l'adoption de la loi l'ARENH], pour tous les fournisseurs d'électricité de base, y compris le propriétaire du parc nucléaire historique [EDF] » (étude d'impact p.23).*

Postérieurement à l'adoption de la loi NOME, ce rôle de régulateur (accompagné de pouvoirs de sanction) de l'ARENH a été codifié aux articles L.336-2 et suivants du code de l'énergie.

Aujourd'hui entré en vigueur, l'exercice de cette compétence est effective. Ainsi, et pour ne citer qu'un exemple, la CRE vient, par une délibération du 7 juin 2011, de proposer au ministre en charge de l'énergie d'introduire la possibilité pour les fournisseurs bénéficiant de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique de constituer

---

- des coûts des investissements de maintenance ou nécessaire à l'extension de la durée de l'autorisation d'exploitation,

- des coûts prévisionnels liés aux charges nucléaires de long terme.

Ce prix sera défini sur la base de documents qu'EDF devra produire pour suivre les coûts du parc de référence (C'est-à-dire le parc constitué des centrales nucléaires actuellement en service), de sorte à couvrir sur la durée du dispositif l'ensemble des coûts de ce parc. Ce prix sera ré-évalué de façon régulière pour tenir compte de la réalité des coûts. La Commission de régulation de l'énergie sera responsable de l'évaluation des coûts.

Par exception, jusqu'à l'achèvement d'une phase de transition de 3 ans au plus, nécessaire à la mise en place de cette nouvelle organisation, le prix sera déterminé par les ministres après avis de la Commission de régulation de l'énergie, p.21.

<sup>68</sup> JORF n°0100 du 29 avril 2011.

<sup>69</sup> Voir aujourd'hui l'article L. 336-1 du code de l'énergie qui remplace l'expression consommateur français par « consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental ».

une garantie sous forme de consignation auprès de la Caisse des dépôts et consignations<sup>70</sup>.

D'une part, on retrouve ici l'exercice de la fonction consultative de l'organe (en l'espèce pour la mise en place de l'accord-cadre de l'ARENH). D'autre part, en suggérant l'instauration d'une obligation de garantie pour les fournisseurs acheteurs d'électricité d'origine nucléaire, on retrouve la description faite dans l'étude d'impact du rôle de la CRE dans le cadre de l'ARENH : veiller à ce que le « *mécanisme soit à la fois protecteur pour les fournisseurs alternatifs qui s'engagent effectivement dans le développement d'un portefeuille de clients et prévienne les comportements spéculatifs* »<sup>71</sup>.

L'étude d'impact, une grille de lecture faisant ressortir uniquement la doctrine du Gouvernement quant à la mise en œuvre de la nouvelle organisation du marché de l'électricité.

L'un des objectifs de la révision constitutionnelle de 2008 était de recentrer le Parlement dans la procédure législative. C'est dans cette optique que la modification de l'article 39 de la Constitution prévoit dorénavant la réalisation obligatoire d'études d'impact législatif pour tous projets de loi.

Ainsi, le contenu technique de l'étude d'impact légitime l'action du législateur et renforce la représentativité du Parlement. Cette tendance à un retour de la représentativité du Parlement se confirme d'ailleurs par l'adoption récente de la loi *tendant à renforcer les moyens du Parlement en matière de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques*<sup>72</sup> dont l'objet est de tenter d'affermir les structures et les instruments dédiés au contrôle et à l'évaluation parlementaires<sup>73</sup>.

Le Parlement, en disposant de documents techniques et précis quant à l'impact du projet de loi sur le domaine de l'électricité, est à même de se prononcer en toute connaissance sur le projet. En quelques sortes, c'est le processus administratif d'élaboration du projet de loi qui vient à lui et par la même légitime son action.

Ainsi, par les différents documents que comporte l'étude d'impact, le législateur est à même d'une part de retracer la réflexion et l'élaboration du projet de la loi *NOME*, d'autre part d'en évaluer, en même temps que les fonctionnaires chargés de l'élaboration du texte, les impacts normatifs, socio-économiques ou environnementaux.

De plus, ayant à disposition la liste prévisionnelle (mais non coercitive<sup>74</sup>) des textes d'application nécessaires au projet de loi le législateur disposait-il ainsi d'une vision

---

<sup>70</sup> <http://www.cre.fr/actualites/electricite/accord-cadre-arenh>

<sup>71</sup> Etude d'impact p.23.

<sup>72</sup> L. no 2011-140, 3 févr. 2011 : JO 4 févr. 2011, p. 2250.

<sup>73</sup> Suite à la révision constitutionnelle de 2008, l'article 24 de la Constitution affirme désormais que le Parlement « *contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques.* » Le nouvel article 47-2 de la Constitution consacre la mission d'assistance de la Cour des comptes au Parlement, dans le contrôle de l'action du Gouvernement, et, conjointement, au Parlement et au Gouvernement, dans l'évaluation des politiques publiques. L'article 48 de la Constitution, relatif à l'ordre du jour des assemblées, prévoit qu'« *une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques* ». Le nouvel article 51-2 de la Constitution mentionne explicitement dans la constitution que des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies à l'article 24. Enfin, en matière européenne, l'article 88-4 de la Constitution étend le champ des documents européens transmis au Parlement et consacre l'existence au sein de chaque assemblée d'une commission chargée des affaires européennes, tandis que la nouvelle rédaction de l'article 88-6 de la Constitution permet à chaque assemblée de former un recours devant la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité.

<sup>74</sup> Le conseil constitutionnel a d'ailleurs déclaré non conforme à la constitution pour violation de la séparation des pouvoirs législatif et réglementaire, la partie de l'article 8 de l'ordonnance 2009 prévoyant que la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires au projet de loi comporte aussi « les orientations principales

d'ensemble du processus normatif. Est-ce alors suffisant pour démontrer un retour des parlementaires dans la maîtrise du processus législatif ?

En effet, de par l'aspect extrêmement technique du contenu de l'étude d'impact de la loi *NOME*, le processus normatif de construction du nouveau marché de l'électricité semblait être dans les mains des fonctionnaires du gouvernement.

D'ailleurs, le projet de loi de la loi *NOME* prévoyait une habilitation législative pour transposer par voie d'ordonnance les des directives 2009/72 et 2009/73; ce qui fut accordé. Cette manière de légiférer ne va pas sans soulever de nombreuses critiques<sup>75</sup>. Or la réalisation des études d'impact devait permettre une certaine maîtrise parlementaire du contenu des projets de lois et d'essayer de se dispenser du recours à l'ordonnance article 38. Force est de constater que le tableau de l'étude d'impact de la loi *NOME* (partie B de l'étude) se contente de reprendre quelques généralités pour se conformer aux dispositions de l'article 8 de la loi organique de 2009.

Cependant, l'étude d'impact législatif présentée pour le vote de la loi *NOME* démontre la recherche du renouveau parlementaire.

De par la technicité, et il faut bien l'avouer l'aspect extrêmement complexe des choix du Gouvernement dans la transposition des directives, l'étude d'impact se présente comme un véritable manuel d'explication. Mais ce manuel d'explication tente plus de convaincre que d'expliquer. On pourrait alors penser que l'étude d'impact de la loi *NOME* ne répondait aux critères classiques d'exigence d'indépendance et d'expertise<sup>76</sup>. Toutefois, elle sert, quand même, de véritable source pour la doctrine administrative.

Le risque serait alors de voir se développer des lois toujours plus techniques et de moins en moins abordables pour les citoyens. Pour autant, si cela favorise une certaine complexité des textes, tant que le législateur adopte des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, « *la complexité [d'une] loi et l'hétérogénéité de ses dispositions ne sauraient, à elles seules, porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »<sup>77</sup>.



---

et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires » pour application de la loi votée, 2009-579 DC du 9 avril 2009, considérant n°16.

<sup>75</sup> François TERRE parlant même, à l'occasion de la vague de codification de 1999, de « pleins pouvoirs accordés par le Parlement au Gouvernement », *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 2006, 7<sup>ème</sup> édition, p.352-353.

<sup>76</sup> De manière générale sur ce point, voir Pascal MBONGO, « La « constitutionnalisation » des études d'impact préalable à la loi. Un mirage légistique », comm. Recueil Dalloz, 2009, n°2, p.108.

<sup>77</sup> Décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011 *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, considérants 5 et 6.



# DISTINCTIONS

REMISE DES PRIX  
LE 1<sup>ER</sup> FÉVRIER 2012

## - Prix de thèse Gaston JÈZE et médaille du Conseil Général

Attribué à l'étudiant ayant soutenu une thèse constituant une recherche fondamentale en droit public

décerné à : **M. RODRIGUEZ Michel**

Thèse : « Le service public et la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001 »

sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER

## - Prix des Éditions Législatives

Attribué à l'étudiant ayant soutenu la meilleure thèse en droit public

décerné à : **Mlle RICHARD-MISRAI Sophie**

Thèse : « Le critère financier et la qualification des contrats publics »  
sous la direction de M. Emmanuel ROUX

## Masters - Mention Droit Public

### - Prix de l'Association des Juristes d'entreprises

Attribué au major du Master Professionnel Contrats publics et concurrence

décerné à : **Mme CHAUVIN Cristelle, épouse AUZEAU**

### - Prix de la spécialité « Droit de la défense »

Attribué au major du master professionnel Droit et administration de la défense

décerné à : **Mlle NIKOU Olivia**



## TABLE DES MATIÈRES

### ● Introduction

par Jean-Marie PONTIER..... 1

### ● Actualités de la sécurité et de la sûreté

par Jean-Marie PONTIER..... 7

### ● La gestion de la sécurité alimentaire en Corée

par Kyun Sung PARK et Sun-Young PARK ..... 27

### ● L'art de la persuasion administrative

par Frédéric COLIN ..... 35

### ● L'exemple d'une étude d'impact : l'accès à l'électricité d'origine nucléaire dans l'étude d'impact de la loi NOME

par Olivier MANENTI ..... 41

● Distinctions ..... 57

● Table des matières ..... 59