



HAL
open science

Le tourisme des Antilles françaises saisi par le droit économique

Axel Liroy

► **To cite this version:**

Axel Liroy. Le tourisme des Antilles françaises saisi par le droit économique. Droit. Université Côte d'Azur, 2020. Français. NNT : 2020COAZ0015 . tel-03121744

HAL Id: tel-03121744

<https://theses.hal.science/tel-03121744>

Submitted on 26 Jan 2021

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

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



THÈSE DE DOCTORAT

Le tourisme des Antilles françaises saisi par le droit économique

Axel LIROY

Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion
(GREDEG UMR 7321 CNRS/UCA)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : M. Patrice REIS et Laurence BOY †

Soutenue le : 17 décembre 2020

Devant le jury, composé de :

M. Justin DANIEL, Professeur de
sciences politiques, Université des
Antilles

Mme Eva MOUIAL-BASSILANA,
Professeure de droit privé, Université
Côte d'Azur

M. Jean-Baptiste RACINE, Professeur
de droit privé, Université Panthéon
Assas Paris II

M. Patrice REIS, Maître de conférence
en droit privé, HDR, Université Côte
d'Azur

Le tourisme des Antilles françaises saisi par le droit économique

Jury :

Présidente du jury

Madame Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeure de droit privé, Université Côte d'Azur

Rapporteurs

Monsieur Justin DANIEL, Professeur de sciences politiques, Université des Antilles

Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur de droit privé, Université Panthéon Assas, Paris II

Directeur de thèse

Monsieur Patrice REIS, Maître de conférence en droit privé, HDR, Université Côte d'Azur

Le tourisme des Antilles françaises saisi par le droit économique

Résumé

Objet à multiples dimensions juridiques – le commerce, la concurrence, la fiscalité, l'environnement, le salariat, l'urbanisme, les droits et libertés fondamentaux, la valorisation du folklore et des traditions, la formation, la police, la construction notamment –, le tourisme est le terrain de synergie d'acteurs et d'activités publics et privés en lien direct ou indirect avec l'économie. Un lien de subordination ordonnée caractérisé par la privation, relativement motivée, de l'acteur économique d'un accès libre et direct au marché. C'est l'office du pouvoir économique public. Aux Antilles françaises, il est l'artisan d'un protectionnisme juridique, irradiant, variablement éloigné des nécessités économiques par opposition franche à une Caraïbe plus libérale et lacunaire, aux méthodes distorsives de concurrence, éminemment connectée aux nécessités économiques. Propulsées dans la modernité du droit par leur nationalité politique et ses corollaires – il est une identité de droits entre les Antilles françaises, la France continentale et, résolument, l'Union européenne –, les Antilles françaises sont, au niveau de leur région d'extraction, marginales. La conjuration, au moins partielle, de leur marginalité et, par ricochet, de celle de leur tourisme passerait par un changement de paradigme obtenu notamment d'un mouvement de décentration (« sortir de soi »). Ce dernier tire sa subsistance d'une société devenue mondialisée et interdépendante exhortant les petites économies au regroupement pertinent. Un mouvement qui, matériellement confronté à l'ombre menaçante de l'assimilation juridique dans le cas des Antilles françaises, requiert une fine précision. L'intégration régionale, dont la formule contractuelle – méthode alternative d'organisation de l'économie –, en ses force, intensité, diversité, flexibilité et massivité, est la figure de proue, sans prétendre à la panacée, emporte un effet décentriste. Il naît du contrat économique, plus justement de sa force normative. Porté par l'acteur économique public – l'Etat et/ou ses démembrements territoriaux –, le traité ou l'accord international vise notamment la conduite de politiques communes telle qu'en matière environnementale, les optimisation et fluidité circulatoires – des personnes, des biens, des services –, la réduction des écarts de développement, la protection de la concurrence. Porté par l'acteur économique privé – l'exemple des parties à un contrat de franchise –, sous couvert de la poursuite de la satisfaction d'intérêts particuliers, il organise des rapports d'économie confinant au transfert de technologie, au partage de marque, au renforcement de l'offre et de la demande, à la diminution du coût de la vie par la réalisation d'économie d'échelle, de gamme notamment. Maîtrisé, l'effet décentriste de l'intégration régionale pourrait, dans une certaine mesure, constituer un outil efficace pour une économie durable du tourisme des Antilles françaises en marge ou, quand cela est possible, en alternative aux procédés traditionnels.

Mots-clés : tourisme ; Antilles françaises ; protectionnisme juridique ; intégration régionale ; contrat

French West Indies Tourism, Understood by Economic Law

Abstract

Subject to a legal multidimensionality – including commerce, competition, taxation, environment, wage system, urban planning, fundamental rights and freedoms, police, folklore and customs valorisation, education, construction –, tourism synergizes public and private activities that are more or less closely related to economics. An ordered subordinate relationship creating barriers, although relatively justified in principle, to direct and free access to trade, frustrating the economic player. It is the role of the economic public power. In the French West Indies, it produces a legal protectionism, radiant, variably distant from an economic basis versus a Caribbean more liberal and incomplete, that uses irrevocably distorting effect methods at a regional level, notably connected to economic needs. Propelled in current law practices in regard to their political nationality and inferences – there is a legal filiation between the French West Indies, France and, definitely, the European Union –, across the Caribbean, the French West Indies are marginal. A paradigm shift taken from a decentring movement (“to go out of oneself”) – earns its livelihood from the now globalized and interdependent society urging vulnerable economies to a useful regrouping – which requires surgical-like precision facing the threatening shadow of the French West Indies’ legal identity. This would lead to averting, at least in part, their marginality and, by ricochet, the marginality of their tourism approach. Regional integration, whose contractual formula – an alternative organisational method of the economy – is the figurehead by its force, intensity, diversity, flexibility, and bulkiness, while nowhere near to the panacea, has a decentring effect. It originates from the economic agreement, more accurately from its normative force. Contracted by the economic public entity – the State and/or its territorial dismemberments –, the treaty or international agreement notably refers to the conduct of common policies (e.g. environmental matters), circulatory fluidity and optimization (persons, goods, services), to reducing disparities in development, to protecting competition. Contracted by the private economic player – e.g. the parties to a franchise agreement –, under the guise of pursuing satisfaction of individual interests, it organises economic relations verging on knowledge transfer, co-branding, stimulating supply and demand, decreasing the cost of living through having economies of scale, of scope among other things. If mastered the decentring effect of the regional integration could represent an effective tool for a sustainable economy of the French West Indies’ tourism to a certain extent in the margin of (or, when possible, alternatively to) traditional processes.

Keywords : Tourism ; French West Indies ; Legal Protectionism; Regional Integration ; Agreement

Hommage à Laurence BOY

Laurence, j'ai été votre tout dernier étudiant-chercheur.

Dès le début de votre enseignement en Master 2, j'ai senti se poser sur moi votre regard bienveillant qui s'est imperceptiblement mué en affection réciproque. Elle s'est ensuite matérialisée par l'intérêt que vous avez accordé à mon travail. Votre soutien sans borne et vos conseils alliés à votre naturel et votre accessibilité ont été déterminants dans l'orientation de mon cursus et la réalisation de ce travail. Vous disiez à chacune de vos entrées en cours que j'étais un « soleil » sans peut être savoir que c'est vous qui me réchauffiez par votre authenticité et votre constante amabilité. Au moment où je termine ce travail, entamé avec vous, mes pensées vont vers vous et votre souvenir.

REMERCIEMENTS

Nous accomplissons sur cette page un acte autant important que hautement nécessaire. Celui de remercier tous ceux qui, par leur implication matérielle ou formelle, ont permis l'aboutissement de ce travail.

Notre gratitude va, en tout premier lieu, à notre directeur de recherche, Monsieur Patrice REIS, pour la confiance qu'il nous a accordée en acceptant de reprendre la charge malheureusement laissée par notre défunt directeur originel, Laurence BOY.

Nous tenons également à remercier madame et messieurs les professeurs Eva MOUIAL-BASSILANA, Jean-Baptiste RACINE et Justin DANIEL de l'honneur qu'ils nous font d'accepter de compter parmi les membres de notre jury de soutenance.

Nous exprimons notre profonde gratitude au personnel du Pôle Martinique de la bibliothèque de l'Université des Antilles (BUA), particulièrement Mesdames Patricia Mamès, Francine Gémieux, Micheline Le Pimpec. Il aura œuvré, durant toutes ces années, à rendre possible notre travail de recherche par ses flexibilité, disponibilité et bienveillance. Nous ne les oublierons pas.

Enfin, merci à la Collectivité territoriale de Martinique pour son soutien.

*A ma courageuse maman Théodose, surnommée « Pierrette »,
à ceux que j'aime.*

SOMMAIRE

ABREVIATIONS	IX
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'ORGANISATION HETERONOME NORMATIVE DE L'ECONOMIE PAR LA LOI EN FRANCE, SOURCE D'UN PREJUDICE PAR RICOCHET AU TOURISME DES ANTILLES FRANÇAISES	26
TITRE I. LA MARGINALISATION DE L'INTERET PRIVE PAR LA PREGNANCE DE LA CONTRAINTE REGLEMENTAIRE.....	29
<i>Chapitre 1. La pré-affectation juridique des choix économiques du tourisme</i>	30
<i>Chapitre 2. Du faux positif dans l'instrumentalisme du droit</i>	113
CONCLUSION DU TITRE I.....	172
TITRE II. LES UTILITES DE L'INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE DANS LE TOURISME : UN DIMORPHISME	173
<i>Chapitre 1. La forme ordinaire de l'interventionnisme économique</i>	175
<i>Chapitre 2. La forme extraordinaire de l'interventionnisme économique : une déformation</i>	218
CONCLUSION DU TITRE II	263
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	264
DEUXIEME PARTIE : UNE APPROCHE LIBERALE DE L'ORGANISATION DE L'ECONOMIE DU TOURISME DES ANTILLES FRANÇAISES A TRAVERS LE PRISME DE L'INTEGRATION REGIONALE	265
TITRE I. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DU CONTRAT D'INVESTISSEMENT ETRANGER DANS LE TOURISME.....	269
<i>Chapitre préliminaire – L'économie interne du contrat d'investissement étranger</i>	274
<i>Chapitre 1. Du normativisme par la dépendance économique dans le contrat</i>	283
<i>Chapitre 2. Du normativisme par l'interdépendance économique dans le contrat</i>	315
CONCLUSION DU TITRE I.....	339
TITRE II. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DU DROIT CONVENTIONNEL REGIONAL : PLAIDOYER POUR UN TROISIEME NIVEAU D'INTEGRATION JURIDIQUE DES ANTILLES FRANÇAISES.....	341
<i>Chapitre 1. Les moyens d'un droit régional d'intégration</i>	345
<i>Chapitre 2. L'intégration régionale des Antilles françaises, une gageure</i>	392
CONCLUSION DU TITRE II	480
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	482
CONCLUSION GENERALE.....	484
BIBLIOGRAPHIE.....	489
INDEX ALPHABETIQUE.....	570
ANNEXES	575
TABLE DES MATIERES	586

ABREVIATIONS

I. OUVRAGES, RECUEILS, REVUES, EDITIONS, CODES ETC.

AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AJ	L'actualité Juridique
AJCA	Actualité Juridique Contrats d'affaires
AJCT	L'actualité juridique : Collectivités territoriales
AJDA	L'actualité Juridique : Droit Administratif
AJDI	L'actualité juridique : Droit immobilier
al.	Alinéa
Anc.	Ancien
APD	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
<i>Art. cit</i>	Dans un article déjà cité du même auteur
B	Arrêt mentionné au Bulletin d'information de la Cour de cassation (parution bimensuelle)
BOCCRF	Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
BS	Bulletin social
<i>Bull.</i>	Publié au bulletin (disponible sur le Site Internet de Legifrance)
c.	Chapitre
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCE	Communication Commerce électronique (LexisNexis)
C. civ.	Code civil
CE Ass.	Arrêt de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
CE Sect.	Arrêt de la section du contentieux du Conseil d'Etat
CEPII	Centre d'études prospectives et d'informations internationales
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Cf.	<i>Confer</i> (se référer à)
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
Chron.	Chroniques
CMF	Code Monétaire et Financier
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
CPC	Code de procédure civile

D	Arrêt diffusé par le Centre national d'information juridique
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décision
dir.	Direction
éd.	Edition
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i> (à titre d'illustration)
F	Formation de jugement restreinte (composée de trois juges de la Cour de cassation)
fasc.	Fascicule
FP	Formation plénière d'une Chambre de la Cour de cassation
FS	Formation de Section de la Cour de cassation
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HS	Hors-série
I	Arrêt diffusé sur le Site Internet de la Cour de cassation
<i>Ibidem</i> (ou <i>ibid.</i>)	De la même source que dans l'une des références précédentes
<i>Idem</i> (ou <i>id.</i>)	De la même source que dans la référence précédente
<i>i.e.</i>	C'est-à-dire
<i>JA</i>	<i>Juris associations</i>
J-Cl.	JurisClasseur
JCP	JurisClasseur Périodique (La Semaine Juridique)
JCP Adm	La Semaine Juridique – Administrations et Collectivités territoriales
JCP E	La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine Juridique – Edition générale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne <i>anciennement dénommé Journal officiel des Communautés européennes (JOCE)</i>
<i>JT</i>	Revue Juris tourisme (anc. Tourisme & Droit)
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (dans un ouvrage déjà cité du même auteur)
P	Arrêt publié au bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (parution mensuelle)
p.	Partie
P.I.E.	Presses Interuniversitaires européennes
Plén.	Plénière
Publ.	Publication
PUF	Presses Universitaires de France
Pt.	Point

R	Arrêt commenté dans le Rapport annuel de la Cour de cassation (parution annuelle)
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public
Rec.	Recueil de jurisprudence administrative (Lebon) ou recueil de la Cour de justice de l'Union européenne et du Tribunal de première instance ou recueil de jurisprudence constitutionnelle
Req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RJ com.	Revue de Jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de Jurisprudence de droit des affaires
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJP	La Revue juridique & politique
RMCUE	Revue du marché commun de l'Union européenne
RPDS	Revue pratique de droit social
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier (Thomson Reuters-Transactive)
s.	Section
S.	Sirey, Recueil des lois et arrêts
Sem. Soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
SFDI	Société française pour le droit international
Sl	Sans lieu
Slnd	Sans lieu ni date
Spéc.	Spécialement
SSR	Sous-sections réunies du Conseil d'Etat
Suppl.	Supplément
t.	Titre
t.	Tome
v.	Voir
vol.	Volume

II. JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET INTERNES

CA	Cour d'appel
Cass. ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation

Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCI	Cour Internationale d'Arbitrage auprès de la Chambre de Commerce Internationale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des communautés européennes désormais Cour de justice de l'Union européenne (le sigle originel sera maintenu pour les arrêts ante Traité de Lisbonne)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
CPJI	Cour permanente de justice internationale (remplacée par la Cour Internationale de Justice (CIJ))
TC	Tribunal des conflits
TPI	Tribunal de première instance

III. ORGANISATIONS INTERNATIONALES, INSTITUTIONS, DIVERS

ACP	Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique
ACP	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
ACS	<i>Association of Caribbean States</i>
AEC	Association des Etats de la Caraïbe
AFD	Agence française de développement
AFNOR	Agence française de normalisation
ALBA	Alliance bolivarienne pour les Amériques
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMF	Autorité des marchés financiers
CARICOM	<i>Caribbean Community and common market</i>
CARIFORUM	<i>The Caribbean forum</i>
CARIFTA	<i>The Caribbean Free Trade Association</i>
CCJ	<i>Caribbean Court of Justice</i>
CDEMA	<i>Caribbean Disaster Emergency Management Agency</i>
CDI	Commission de droit international
CEDH	Convention/Cour européenne des droits de l'Homme
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CGU	Conditions générales d'utilisation
CIP	Conseil en investissements participatifs
CMT	Comité Martiniquais du tourisme
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Code APE	Code activité principale exercée
COM	Commission européenne

Constitution (1a)	Référence à la Constitution du 4 octobre 1958
CRDP	Centre régional de documentation pédagogique
CREDIMI	Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux
CRPLC	Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe
CSME	<i>CARICOM single market and economy</i>
CTIG	Comité de tourisme des îles de Guadeloupe
CTM	Collectivité Territoriale de Martinique
CTRC	Caribbean Trade Reference Centre
CTU	Caribbean Telecommunications Union
DAAF	Direction de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt
DDE	Direction départementale de l'équipement
DEAL	Direction de l'environnement, de l'aménagement et du logement
DFA	Département français d'Amérique
DIREN	Direction régionale de l'environnement
DOM	Département d'outre-mer
DRFA	Département-région français d'Amérique
DRIRE	Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement
DROM	Département-région d'outre-mer
EURATOM	Communauté européenne de l'énergie atomique
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
FCR	Fonds de coopération régionale
FDI	<i>Foreign direct investment</i>
FEDER	Fonds Européen de Développement Régional
FMI	Fonds Monétaire International
IDE	Investissement direct étranger
IFP	Intermédiaire en financement participatif
IEDOM	Institut d'Emission des Départements d'Outre-Mer
INPI	Institut national de la propriété industrielle
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
ISO	<i>International Standards Organization</i>
LO	Loi organique
Loi NOTRe	Loi portant nouvelle organisation territoriale de la République
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OECS	Organisation des Etats de la Caraïbe orientale (OECS en anglais)
OECS	<i>Organization of Eastern Caribbean States</i> (OECS en français)
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMT	Organisation mondiale du tourisme
P.I.B.	Produit intérieur brut
PLU	Plan local d'urbanisme
POSEIDOM	Programme d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité des départements français d'outre-mer
PTOM	Pays et territoire d'outre-mer
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RSE	Responsabilité sociétale (ou sociale) des entreprises
RUP	Régions ultrapériphériques
SA	Société anonyme

SAMAC	SA Aéroport de Martinique Aimé Césaire
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SELARLU	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée unipersonnelle
SEPA	<i>Single euro payment area</i>
SIRET	Système d'identification du répertoire des établissements
SPG	Système des préférences généralisées
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TRB	Traité révisé de Basseterre portant création de l'organisation de l'union économique des Etats des Caraïbes orientales
TRC	Traité révisé de Chaguaramas instituant la Communauté des Caraïbes, y compris le Marché unique de la Caricom
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture

Règles particulières de citation

Dans cet ensemble identifié :

- des liens hypertextes sont insérés pour la plupart des références à des textes juridiques disponibles en format numérique simplement mentionnés en notes de bas de page à l'exception des stipulations des Traités révisés de Basseterre (TRB) et de Chaguaramas (TRC). Au vu de la précarité des outils de diffusion du droit en langue française, ils renvoient à l'intégralité de la lettre des traités sans possibilité d'isoler les stipulations. Les liens hypertextes renvoyant aux traités ne seront alors insérés qu'une fois en début de titre ;
- des liens hypertextes sont insérés pour la plupart des références jurisprudentielles disponibles en format numérique référencées en notes de bas de page ;
- les liens hypertextes sont insérés sporadiquement en cas d'identité des références au regard de la proximité de leur insertion – de quelques lignes à plusieurs pages – ;
- des renvois sont insérés dans les références aux notes de bas de page, aux développements ainsi qu'aux annexes (en rouge) en notes de bas de page ;
- des renvois sont insérés aux numéros de pages dans l'index alphabétique ainsi que dans les références aux thèmes dans la bibliographie thématique.

INTRODUCTION

Dans un monde où le niveau de vie général des populations tend à s'élever et où une part croissante accède aux loisirs et au tourisme¹, cette dernière activité, forte d'atouts naturels majeurs, est essentielle à l'emploi des populations locales et à leur développement². Cela est d'autant plus vrai s'agissant de petits territoires insulaires tels que les Antilles françaises³ aux économies vulnérables et faiblement diversifiées, au tourisme volatile.

1. Le tourisme : un indénombrable. Il existe autant de définitions du tourisme qu'il existe de dimensions touristiques – la croisière, la mémoire⁴, la culture, le numérique, la plage, la nature, le sport, les affaires, la santé, la plaisance, la fiscalité, la plongée sous-marine, le mariage, le jeu, le shopping, le luxe, le sexe notamment –, de choix politiques de leur développement, d'acteurs du tourisme. Longtemps cantonné au loisir et à la santé⁵, il vise aujourd'hui l'ensemble des « activités déployées par les personnes au cours de leurs voyages et de leurs séjours dans les lieux situés en dehors de leur environnement habituel pour une période consécutive qui ne dépasse pas une année, à des fins de loisirs, pour affaires et autres motifs non liés à l'exercice d'une activité rémunérée dans le lieu visité »⁶. Néanmoins, s'il porte les conditions du développement – définition positive –, il porte, parallèlement, celles de sa rançon – définition négative. Le tourisme emporte nombre

¹ En 2017, les flux touristiques mondiaux s'établissaient à 1,32 milliards (Source OMT (URL : <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419913>, 5 p.) contre 25 millions en 1950 (Source OMT (URL : <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419050>, p. 2).

² Il ressort que les ressources du tourisme sont diverses et nombreuses. Elles proviennent aussi bien de la fiscalité, variable selon les pays, du transport, de l'hébergement, la restauration, les excursions, les activités nautiques, terrestres, aériennes, du marché de la culture, du luxe, du jeu, de l'investissement notamment. H. GODARD ET T. HARTOG, « *Tourisme et développement dans le Bassin caraïbe, un couple complexe* », in *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Katharla, 2011, pp. 24-25. v. notamment, SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, Paris, France, Publibook, 2011, p. 133 et s. Sur la notion de développement, v. Rapport de la Commission Sud, *Défis au Sud*, Paris, Economica, 1990, pp. 10-11. Pour une synthèse sur le poids économique du tourisme, v. BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, Paris, Dalloz, Juris éditions, 2016, pp. 24-29.

³ L'expression « Antilles françaises » désignera la Martinique et la Guadeloupe achipélagique – Basse-Terre jouxtant Grande-terre, la Désirade et Marie-Galante ôtées des îles du nord (Saint-Martin et Saint-Barthélemy autrefois communes mais qui, après la consultation du 7 décembre 2003, ont évolué en collectivités d'outre-mer placées sous le régime de l'article 74 de la Constitution) – à titre exclusif.

⁴ « Aborder le tourisme dans son rapport au temps, donc dans son rapport à la conscience du temps : tel est le propos du tourisme de mémoire. Un temps qu'il est présupposé activer ou réactiver, nourrir et entretenir (...). Le tourisme de mémoire, dans sa lutte contre l'oubli, prend (...) le relais de certaines défaillances institutionnelles et sociales » J.-D. URBAIN, « *Tourisme de mémoire, Un travail de deuil positif* », in *Tourisme de mémoire*, Revue Les Cahiers Espaces, décembre 2003, n° 80, note 2, pp. 5 et 6.

⁵ JEGOUZO, L. *Le droit du tourisme*, Paris, L.G.D.J., 2018, p. 10.

⁶ §1.1 des recommandations concernant le cadre conceptuel du Compte satellite du Tourisme (CST) (2000). V. également, C. DEMEN-MEYER, « *Le tourisme : essai de définition* », *Management & Avenir*, 2005/1, n° 3, pp. 7-25.

d'externalités négatives puisqu'il est aussi, dans une certaine mesure, « l'industrie qui consiste à transporter des gens qui seraient mieux chez eux, dans des endroits qui seraient mieux sans eux »⁷. Parmi ces externalités négatives, il est permis d'incorporer le coût environnemental⁸ – la pollution, la saturation de l'espace, le mitage des terres agricoles, la concentration de l'activité touristique sur le littoral, le bouleversement de la biodiversité terrestre et marine notamment –, le coût culturel – la marchandisation, la réduction et la folklorisation des cultures locales –, le coût social – le tourisme sexuel – ou encore l'accroissement des risques sécuritaires et sanitaires. Mais, à l'ère d'un monde mondialisé, le repli sur soi n'est pas la voie empruntée par la masse des entités territoriales. Il cède, au contraire, la place à l'exigence d'une intelligence du tourisme exhortant à le (re)penser⁹ – il peut s'agir de le verdir¹⁰, d'en orienter et maîtriser les flux, de l'éthiser notamment – sans pour autant l'oblitérer.

2. Le fait touristique caribéen. Parmi les lieux privilégiés d'épanouissement du tourisme figure la Caraïbe. Nous entendons la Caraïbe insulaire¹¹ archipelagique. Si, elle reste, dans

⁷ Jean Mistler cité in « *Notes de lecture* », Mondes en développement, vol. 157, n° 1, 2012, p. 161. « Le tourisme qui participe à des degrés divers à la recomposition de ces territoires exacerbe des défis sociaux, économiques et environnementaux considérables » O. DEHOORNE ET J.M. FURT, « *Le tourisme dans les îles : contextualiser le projet territorial* », Etudes caribéennes, n° 23, Décembre 2012, §6.

⁸ V. notamment, DESSE M. ET SAFFACHE P. *Les littoraux antillais : des enjeux de l'aménagement à la gestion durable*, Paris, Ibis Rouge Éditions, 2005, 116 p. ; O. DEHOORNE, « *Le tourisme dans les Caraïbes. Logiques régionales et enjeux environnementaux* », Téoros, vol. 26, n° 5, 2007, pp. 179-205 ; M. DESSE, « *Pression anthropique et dégradation des littoraux haïtiens : l'exemple du golfe de la Gônave* », Les Cahiers d'Outre-Mer, 219, 2002, pp. 325-344 ; O. DEHOORNE ET P. SAFFACHE, « *Le tourisme dans les îles et littoraux tropicaux : ressources et enjeux de développement* », Etudes caribéennes, n° 9-10, Avril-Août 2008 ; O. DEHOORNE, P. SAFFACHE ET D. AUGIER, « *Tourisme, écotourisme et stratégies de développement dans la Caraïbe* », Etudes caribéennes, n°6, Avril 2007 *Contra* V. DUVAT, « *Mondialisation touristique et environnement dans les petites îles tropicales* », Les Cahiers d'Outre-Mer, vol. 236, n° 4, 2006, pp. 513-539.

⁹ V. notamment LOGOSSAH, K. ET SALMON, J.-M. (Dir.), *Tourisme et développement durable*, Actes du Colloque du CEREGMIA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003, 422 p. ; J. ARGAILLOT, « *Nouveaux tourisms caribéens : expériences et conséquences* », Etudes caribéennes, n° 31-32, Août-Décembre 2015 ; J.-M. BRETON, « *Paradigme d'écotourisme et sociétés traditionnelles en mutation : le cas de l'outre-mer français* », Téoros, 23-2, 2004, pp. 54-60 ; « *Tourisme alternatif et développement durable dans la Caraïbe* », Téoros, 26-1, 2007, pp. 46-51 ; « *L'écotourisme : une problématique conflictuelle pour des politiques innovantes* », in Breton, J.-M. (Dir.), *L'écotourisme, un nouveau défi pour la Caraïbe ?*, Paris, Karthala-Crejeta, 2001, pp. 13-32 ; A. CLAYTON, « *A policy Framework for Sustainable Development of the Tourism Industry* », in Jayawardena, C. (ed), *Caribbean tourism. Visions, Missions and Challenges*, Kingston, Miami, Ian Randle Publishers, 2005, pp. 20-30 ; O. DEHOORNE, F. NICOLAS ET P. SAFFACHE, « *Pour un tourisme durable dans la Grande Caraïbe* », Études caribéennes, n° 3, Décembre 2005 ; L. DUPONT, « *Le tourisme est-il aujourd'hui sur une trajectoire de développement durable à la Guadeloupe ? Nécessité de concilier compétitivité, productivité et durabilité* », Études caribéennes, 43-44, Août-Décembre 2019 ; P. MCHARDY, « *Planning for Sustainable Tourism Development in the Caribbean* », in *id.*, pp. 31-57.

¹⁰ v. notes précédentes.

¹¹ « l'insularité est (...) d'abord et avant tout une notion et un constat géographiques » G. VIRASSAMY, « *L'entreprise entre insularité et mondialisation* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 3, 2004, p. 10. Pour une approche alternative de la notion d'insularité, v. J.-L. ALBERT, « *Les collectivités territoriales et l'entreprise insulaire* », in *id.*, p. 86. Dans la Caraïbe, elle désigne trente Etats et pays dont dix-sept placés « sous tutelle ». Pour une cursive présentation des îles de la Caraïbe et de leur rapport au tourisme, v. BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 19-142. On parlerait même d'hypo-insularité dans le cas de la Martinique et de la Guadeloupe. L'hypo-insularité procède de la réduction des distances entre une île et son territoire de rattachement par le développement des moyens

l'imaginaire collectif alimenté par l'œuvre cinématographique, médiatique notamment, un parangon du tourisme de masse ainsi que du luxe et constitue une destination de choix pour la communauté internationale, quoique en constante évolution¹², elle a, au fil du temps, perdu de son attrait au profit de ses concurrents tropicaux asiatiques, pacifiques, indiens et des grands polarisateurs historiques de tourisme à l'image de la France continentale, l'Espagne, la Chine¹³ qui concentrent les ressources ainsi que les méthodes d'organisation du tourisme.

3. L'hétérologie caribéenne. La Caraïbe est un archipel cocotier aux trousseaux touristiques hétéroclites¹⁴ satisfaisant variablement aux exigences d'une clientèle internationale, aujourd'hui expérimentée, au pouvoir d'orientation économique important – les destinations ainsi que leurs opérateurs économiques vivent sous la menace constante d'une sanction par l'économie¹⁵ matériellement décuplée par l'enflure quantitative et qualitative des technologies de l'information et de la communication. Il en va ainsi, notamment, de la qualité de l'accueil, la qualité du service, la qualité de la bouche, la qualité infrastructurelle de l'hébergement de séjour notamment, de l'offre d'activités, de la prise en charge du risque sanitaire et sécuritaire, du respect des droits de l'homme. Un hétéroclisme aux sources plurielles, prodromique des saisies et places spécifiques du tourisme dans l'économie de ces territoires¹⁶ et expliquant, dans une certaine mesure, les disparités régionales dans son appréhension. Il existe une forte disproportion entre les îles caribéennes comme en témoignent les chiffres de la fréquentation touristique internationale des Antilles françaises en 2016¹⁷ – respectivement cinq cent dix-neuf mille en Martinique et cinq cent quatre-vingt mille en Guadeloupe – et de ceux de leurs concurrentes directes¹⁸ – un million cent deux mille à Aruba,

de transports, de communication à distance notamment. Sur le concept d'hypo-insularité, v. T. NICOLAS, « *L'hypo-insularité* », une nouvelle condition insulaire : l'exemple des Antilles françaises », L'Espace géographique 2005/4 (Tome 34), p. 330.

¹² Source OMT (URL : <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419913>, p. 5).

¹³ Source OMT (URL : <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419913>, p. 15 et s.).

¹⁴ « *(It) is one of the most geopolitically complex regions in the world. Its countries range from among the largest to the smallest, the richest to the poorest and the most to the least developed* » Fanning cité in BERRY, D. S. *Caribbean Integration Law, op. cit.*, p. 16. Parenthèses ajoutées.

¹⁵ L'exemple du boycott.

¹⁶ Source OMT (URL : <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419913>, p. 17).

¹⁷ Ces chiffres sont apparus modestement boostés en dépit du renforcement de l'offre de transport aérien en 2015 avec la *Norwegian airline* – compagnie aérienne *low cost* –, qui, jusqu'en 2019 (année d'annonce du retrait de la compagnie aérienne), par la pratique de tarifs concurrentiels, démocratisait l'accès aux destinations françaises à la clientèle nord-américaine, au pouvoir économique important, à raison de quelques rotations hebdomadaires par tranche de six mois. **Nota bene** : Nous n'apprécions pas les résultats des années 2017 et 2018 biaisés par l'effet d'aubaine résultant de la réalisation du risque cyclonique en septembre 2017 (l'Ouragan Maria) occasionnant le détournement des lignes de croisière au profit de la Martinique et de la Guadeloupe notamment.

¹⁸ **Nota bene** : Si, indépendamment des chiffres des flux touristiques internationaux, classant, somme toute, en bonne position les îles de Martinique et de Guadeloupe, chaque île caribéenne est une concurrente potentielle. Leurs concurrentes directes, en termes de captation de la masse touristique, restent Aruba, les Bahamas, la Barbade, Cuba,

deux millions cent quatre-vingt-deux mille à la Jamaïque, trois millions sept cent trente-six mille à Porto Rico, cinq millions neuf cent cinquante-neuf mille à la République Dominicaine¹⁹.

Porto Rico, La République Dominicaine, Les Bahamas, Cuba, la Jamaïque notamment n'ont plus le souci de leurs attractivité²⁰ et compétitivité²¹ touristiques. Un tourisme essentiellement spécialisé dans la masse ou le luxe toujours plus recrudescent. Il est particulièrement favorisé par des offres plus attractives – aux Bahamas, les îles privées, les casinos de Nassau, l'hôtel Atlantis à *Paradise Island* – et plus accessibles – les *resorts* au *all-inclusive* de Punta Cana en République Dominicaine –, par des symboles régionaux à portée internationale – tout le monde connaît le cigare roulé sur la cuisse d'une cubaine ou les accords embrumés du reggaeman Bob Marley de la Jamaïque. Si évoquer un défaut de symboles régionaux, facteurs de tourisme, en Martinique et en Guadeloupe, serait en soi une aberration²², il est, dès l'origine, une multitude de handicaps, conjoncturels et/ou structurels, portant à rendre illusoire leur capacité compensatoire voire concurrentielle.

4. La comorbidité française. Les disparités caribéennes sont une réalité comme est à géométrie variable l'attractivité des territoires. Aux Antilles françaises, autrefois considérées comme une destination haut de gamme – elles ne sont toutefois jamais parvenues à concurrencer les géants

les îles Vierges américaines, la Jamaïque, Porto Rico, la République Dominicaine. Sur « les îles concurrentes des Antilles françaises », v. notamment, BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, op. cit., p. 337 et s.

¹⁹ Source OMT, *ibid*.

²⁰ « L'attractivité peut se définir comme la capacité à attirer et à retenir les activités, les populations et les entreprises dans un pays. Elle se rapporte à la performance économique. Elle a deux faces : une face offensive pour développer de nouvelles activités sur des marchés en expansion, et une face défensive pour sauvegarder les productions locales par rapport à des produits étrangers » E. DEVOUE, « *Attractivité et compétitivité des pays de la Caraïbe* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, t.1, 2008, p. 23.

²¹ « La compétitivité est la capacité (*d'un pays*) à faire face à la concurrence et à occuper une position forte sur un marché. La compétitivité d'un pays est fondée sur ses performances en matière d'échanges extérieurs, d'amélioration du niveau de vie et du bien-être social. C'est la capacité d'un pays à améliorer durablement le niveau de vie de ses habitants et à leur procurer un haut niveau d'emploi et de cohésion sociale » *Id.* Italiques ajoutés.

²² *E.g.* l'industrie d'un rhum labellisé « Appellation d'origine contrôlée » (AOC), connu comme étant le meilleur au monde, le Ti' Punch, le Gwoka de la Guadeloupe inscrit au patrimoine mondial de l'Unesco, une musique écoutée dans le monde entier incarnée notamment par Kassav', le Carnaval, le Tour des Yoles Rondes, la route du Rhum, la littérature (Aimée Césaire, Maryse Condé) notamment.

caribéens²³ –, s'il existe une volonté, forte, de développement du tourisme²⁴, les postes d'inhibition sont nombreux. En effet, les activités et services touristiques bien que palpables par le touriste d'un jour, n'apparaissent pas, somme toute, conformes aux standards internationaux du point de vue des niveaux de gamme, variété, disponibilité, accessibilité. Ils donnent à voir une faible compétitivité touristique²⁵ ressortie d'une basse intelligence touristique **choisie** ou **subie**.

Choisie, elle se caractérise par la **spécialisation dans un tourisme de masse balnéaire** – ce qui les place en concurrence directe avec les îles non seulement caribéennes mais aussi extra-

²³ V. notamment, G. CAZES, « *Le développement du tourisme à la Martinique* », Cahiers d'outre-mer, n° 83 – 21^e année, Juillet-septembre 1968, pp. 225-256. « L'Outre-mer français n'a pas anticipé ni même su s'adapter (*aux*) évolutions socioéconomiques en proposant des produits nouveaux répondant aux attentes de la clientèle (...) » FELZINES, C., *Le tourisme, perspective d'avenir de l'outre-mer français*, Paris, Rapport du Conseil économique et social, 2007, p. 25. Italiques ajoutés.

²⁴ *Exempli gratia* : l'édition par Contact-entreprises – une association à but non lucratif ayant vocation à la promotion de l'entreprise et des entrepreneurs martiniquais –, dans une démarche prospective et prescriptive, d'un opuscule produit de la réflexion d'acteurs d'horizons divers visant à renforcer l'attractivité de la Martinique (URL : <http://www.contact-entreprises.com/wp-content/uploads/2017/05/MartiniqueAttractiveV5.pdf>).

²⁵ L. DUPONT, « *Analyse empirique de la relation entre tourisme et compétitivité : l'exemple des Antilles françaises* », Etudes caribéennes, n° 23, Décembre 2012.

caribéennes – ; un **transport** – terrestre, maritime²⁶, aérien²⁷ notamment – **inadapté**²⁸ ; une **faible concurrence fiscale et bancaire** ; une **faiblesse du marketing et de la communication**²⁹ ; une **faiblesse de l'accueil**³⁰ ; la **pratique de prix prohibitifs** ; un **faible niveau de maîtrise des langues étrangères** – l'anglais, pourtant langue mère du tourisme, compris. Elle se caractérise également par la **multiplicité du risque** – *institutionnel*³¹, *social*³² notamment – ; **l'insuffisante**

²⁶ Les Antilles françaises disposent d'un système embryonnaire de navettes maritimes dont l'essentiel du trafic de passagers s'épanouit dans une quasi-monoliasion (IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2017, p. 106). Il consiste en le transport de point à point de passagers sur de courtes – liaisons domestiques – ou de moyennes ponctuelles – liaisons inter-îles – distances. Pour aller plus loin, v. COPETRANS, *Rapport final sur l'analyse de la desserte inter-îles en Guadeloupe*, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), août 2010, pp. 10-57).

²⁷ Aux Antilles françaises, s'il fait montre de signes d'une amélioration, il donne à voir une concentration des flux sur la liaison françaises-hexagone (IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, Paris, 2017, p. 114 ; IEDOM Guadeloupe, *Rapport annuel, op. cit.*, pp. 108-109). Ces liaisons donnent à voir une concurrence oligopolistique. Le marché se caractérise par un faible nombre d'offreurs avec des prix sensiblement élevés. Même si des aides à la continuité territoriale sont mises en place pour contrepeser l'effet de contention du prix des billets d'avion à l'image du Passeport mobilité à destination des étudiants et jeunes en formation professionnelle, les congés bonifiés à destination des fonctionnaires notamment, la Cour des comptes reconnaît leur « caractère inflationniste sur les tarifs aériens » (COUR DES COMPTES, *Le tourisme en outre-mer : un indispensable sursaut*, Paris, 2014, p. 417). V. notamment, BEAUGENDRE, J., *La desserte aérienne de l'outre-mer*, Rapport d'information n° 1454, Paris, Assemblée Nationale, 2004 ; DUCHENE, R., BOLLINET, A., CHAPULUT, J.-N., LAYANI, S. ET SOCIE, M., *L'optimisation de la desserte aérienne des départements d'outre-mer*, Rapport d'enquête n° 06-042-01 ; n° 06-042-01 ; n° 004592-01, Paris, 2006. **S'agissant des liaisons intra-régionales.** Elles sont marginales. L'offre de desserte est réduite et coûteuse en temps et en argent (voir **Annexe 1**). v. notamment, C. RANELY VERGE-DEPRE, « *Transport aérien et territoires insulaires ? : l'exemple des Petites Antilles* », *Annales de géographie*, 2008/1, n° 659, pp. 97-109 ; C. RANELY-VERGE-DEPRE ET P. ROTH, « *L'avion, facteur d'unification du Bassin caraïbe ?* », in *Revue trimestrielle sur l'image géographique et les forums du territoire (M@ppemonde)*, n° 120, Avril 2015. **S'agissant des liaisons internationales.** La fréquence ainsi que la variété de la desserte aérienne internationale est particulièrement modeste (Source Rapport annuel d'activités de la société aéroportuaire Guadeloupe Pôle Caraïbes, 2015, p. 13) et pour la Martinique (Source SAMAC (2016). Elle se caractérise par une concentration nord-américaine des flux. Des hypothèses de désenclavement subsistent telles que le modèle économique du *low cost*, la conversion du type aéroportuaire « de point à point » – un vol direct entre la destination et la provenance plus simple en matière de gestion logistique (passagers, bagages, temps d'escale notamment) – en *hub* à l'instar de San Juan (Porto Rico), de Juliana (Sint Maarten) et de St. John's (Antigua). Sur ce point, v. OCDE, « *Les aéroports : des plaques tournantes multimodales* », Conférence des ministres des transports, 126^{ième} Table ronde (rapport), à Paris les 20 et 21 mars 2003, p. 85 ; OCDE, « *Airline Mergers and Alliances* », Rapport, 1999, p. 66.

²⁸ « selon la théorie des effets structurants, les équipements de transports sont souvent présentés comme des attracteurs d'activités » C. RANELY-VERGE-DEPRE, « *Transports et développement durable dans le Bassin caraïbe : un couple impossible ?* », in *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Katharla, 2011, p. 86.

²⁹ Les modèles bahaméen et insulaire américain (Iles Vierges américaines) : G. A. PRATT, « *Tourism Development and Marketing : Case Studies from The Bahamas, Belize and The US Virgin Islands* », in Jayawardena, C. (ed), *Caribbean tourism. Visions, Missions and Challenges*, *op. cit.*, pp. 328-345.

³⁰ N. FABRY, « *L'accueil des touristes étrangers en France, un élément essentiel de l'attractivité touristique* », *JT* n° 172/2015, pp. 20-22.

³¹ E.g. la gabegie ou la consommation partielle des enveloppes budgétaires européennes notamment, le zèle, la politisation des dossiers, le traitement long des dossiers occasionnant des « déagements d'office » en agriculture notamment.

³² Des cessations d'activité ou menaces de cessation d'activité récurrentes favorisées par le droit dévoyé : le droit de grève (L. 2511-1 du Code du travail), le droit de retrait (Art. L. 4131-1 du Code du travail). On se souvient de la grève généralisée aux Antilles françaises, en 2009, ayant figé l'activité économique pendant plus d'un mois et conduit au déclin de nombreuses entreprises (WILLIAM, J.-C., RENO, F. ET ALVAREZ, F. (DIR.), *Mobilisations sociales aux Antilles. Les événements de 2009 dans tous leurs sens*, Paris, Karthala, 2012, 364 p.). On se souvient également des multiples conflits relatifs aux stations-services, ou encore plus récemment, ceux relatifs aux transports publics en Martinique ayant occasionné un ralentissement de l'activité économique des centres économiques et de très fortes perturbations de la

coordination des acteurs privés et des politiques ; l'insuffisante variation des produits et services à valeur ajoutée comme l'illustre la polarisation des efforts dans une « vocation agricole et sucrière »³³ pourtant modeste et consanguine.

Subie, elle se caractérise notamment par la **perpétuation de la désuétude et l'insuffisante diversification du parc hôtelier**³⁴ ; un **taux de change défavorable au dollar** ; des **charges d'exploitation**³⁵ exorbitantes grevant irrésistiblement l'activité des opérateurs économiques³⁶ ; une **empreinte historique très forte**³⁷ figeant le vocabulaire et, en conséquence, les idées³⁸ ; la **carence de l'investissement étranger**³⁹ ; ...**l'écrasement du droit**.

vie socio-professionnelle de la population tributaire des transports en commun (à titre d'exemple la commune de Schoelcher n'aura pas été desservie pendant plus de 4 mois).

³³ « La vocation agricole et sucrière de la Martinique n'a pas varié d'un pouce depuis Colbert (...) » G. G. MARION, « *Le développement historique de l'entreprise insulaire : La Martinique au XIX^e siècle* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, *op. cit.*, p. 20.

³⁴ **Nota bene** : Il est à noter la réticence des établissements bancaires ainsi que la rareté de l'investissement privé motivées par sa faible rentabilité et l'endettement socio-fiscal des entreprises hôtelières témoignant d'une risquophobie normative.

³⁵ « Les charges d'exploitation sont les dépenses inhérentes à l'exploitation même d'une entreprise. Cela désigne les dépenses indispensables à la création de richesses produites par l'entreprise. Les principales charges d'exploitation sont généralement les matières premières et les consommations externes (liées aux besoins en énergie, les loyers, la publicité, le transport...). Il s'agira également des frais de personnel, des impôts et taxes (hors IS). Pour être rentable, une entreprise doit avoir des charges d'exploitation largement inférieures aux produits d'exploitation ». Source URL : <https://droit-finance.net>. **Nota bene** : En France – Etat membre de l'UE aux dépenses publiques les plus élevées –, les prélèvements obligatoires – les impôts (IR, TVA, CSG notamment) et cotisations sociales prélevés par l'Etat, les collectivités territoriales et la sécurité sociale – s'établissent à 48,4 % du PIB. Source Eurostat (2018).

³⁶ *Exempli gratia* : en 2015, en République Dominicaine, le salaire mensuel d'une femme de chambre s'élève à 194 € pour 44h/semaine travaillées alors qu'en Martinique, il s'élève à 1859 € pour 35h/semaine travaillées. (Source : KPMG).

³⁷ « inconditionnellement, il importe d'admettre ce fait : l'histoire des colonies françaises en Amérique commence aussi peu en 1848 que celle de la France métropolitaine en 1789 » G. G. MARION, « *Le développement historique de l'entreprise insulaire : La Martinique au XIX^e siècle* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, *op. cit.*, p. 19. Il en va de la concentration du foncier, pourtant déterminant dans le destin d'un petit territoire. « (...) le foncier est l'une des clefs de la distribution dans les Antilles. Certains acteurs ont des réserves foncières dues à des avantages historiques » (Avis n° 07-A-06 du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison, p. 36, pt. 170. L'abolition de l'esclavage en Martinique n'a donné lieu à aucun aménagement ni dispositif compensatoire au profit des populations réifiées, au contraire (L. BLERIOT, « *La loi d'indemnisation des colons du 30 avril 1849 : aspects juridiques* », *Revue historique des Mascareignes*, n° 2, 2000, pp. 147-161).

³⁸ La « transformation du vocabulaire est le signe d'une profonde évolution des idées » TOUCHARD, J., BODIN, L., JEANNIN, P., LAVAU, G.E. ET SIRINELLI, J., *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2006, p. 387.

³⁹ Les Antilles françaises, satisfaisant pourtant à la quasi-totalité des indicateurs de gouvernance, sont exclues du classement des pays caribéens insulaires dans la captation des flux d'investissements directs étrangers. Selon le classement de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC), en 2016 et en 2017, les flux d'IDE se répartissent comme suit : en pôle position, la République Dominicaine (2016 : 2,407 milliards ; 2017 : 3,57 milliards US\$) ; les Bahamas (2016 : 943 millions ; 2017 : 928 millions US\$) ; la Jamaïque (2016 : 928 millions ; 2017 : 888 millions US\$) ; Haïti (2016 : 105 millions ; 2017 : 375 millions US\$) ; la Barbade (2016 : 230 millions ; 2017 : 286 millions US\$) ; Trinidad-et-Tobago (2016 : 24 millions ; 2017 : 374 millions US\$) ; Antigua et Barbuda (2016 : 146 millions US\$) ; Saint-Vincent-et-les-Grenadines (2016 : 104 millions US\$) ; Sainte-Lucie (2016 : 97 millions US\$) ; Saint-Christophe-et-Niévès (2016 : 69 millions US\$) ; Grenade (2016 : 63 millions US\$) ; la Dominique (2016 : 33 millions US\$) Source CEPALC (URL : <https://www.cepal.org/en/publications/43690-foreign-direct-investment-latin-america-and-caribbean-2018>, p. 58). Sur les critères d'attraction de l'investissement international, v. E. DEVOUE,

5. **Des îles sous perfusion juridique.** La Martinique et la Guadeloupe disposent, pourtant, d'un avantage colossal : celui de leur nationalité politique sublimée puisqu'elles sont, existentiellement, françaises et européennes – des « appendices continentaux »⁴⁰. Cela leur promettait une existence réelle sur la scène du tourisme international⁴¹. On parle volontiers d'une identité législative⁴² régie notamment par l'article 73 de la Constitution qui donne à voir plusieurs strates non dérogoires d'une application de plein droit du droit français⁴³. Un système juridique, distinct des modèles non indépendants – autonomes – caribéens⁴⁴, impliquant un statocentrisme avancé, avortant toute aspiration à la libre détermination du niveau local, dont les remous sont en incapacité de mouvoir une économie structurellement semblable au Sud⁴⁵ ; ils l'apathisent.

« *Attractivité et compétitivité des pays de la Caraïbe* », *op. cit.*, pp. 25-26 ; Rapport 2016-2017 du Global Entrepreneurship Monitor (GEM).

⁴⁰ T. MICHALON, « *La voie pour les D.O.M. : l'insularité à la carte* », in Faberon, J.-Y. et Auby, J.-F. (Dir.), *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 218.

⁴¹ Les Antilles françaises disposent ainsi d'un accès à un financement important, un PIB élevé (DOLIGE, E ET VERGOZ, M. *Rapport d'information sur les niveaux de vie dans les outre-mer*, *op. cit.*, pp. 16-18), un IDH élevé, un accès à des aides sociales, en principe, tremplin – santé, logement, retour à l'emploi, vacances –, elles disposent d'un droit d'influence (v. *Le rapport du Conseil d'Etat sur l'influence internationale du droit français du 19 juin 2001*), d'un droit protecteur – une protection juridique de l'investissement étranger, de la concurrence, une protection des droits et libertés fondamentaux, de l'environnement, de la consommation, du travail –, d'un système de protection de la santé inégalé, d'un accès libre et peu coûteux au savoir notamment.

⁴² J.-Y. FABERON, « *La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ?* », *Pouvoirs*, vol. 113, n° 2, 2005, pp. 5-19 ; F. LUCHAIRE, « *La France d'outre-mer et la République* », *Revue française d'administration publique*, vol. 123, n° 3, 2007, pp. 399-407.

⁴³ L'article 73, par sa flexibilité, permet une individualisation statutaire, v. E. JOS, « *Quelques réflexions sur le statut constitutionnel des DOM/ROM après la révision du 28 mars 2003* », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation* : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 33-34 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « *Les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution* », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°35, 2012/2, p. 25). C'est ainsi que la loi du 27 juillet 2011 institue deux collectivités uniques (loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, *JORF* n° 0173 du 28 juillet 2011, p. 12821, texte n° 2), dont celle de Martinique, satisfaisant alors au quatrième niveau de l'offre statutaire de l'article 73. « la collectivité unique (*dispose*) de capacités, de technicités, de moyens plus importants pour exercer des compétences et sera peut-être mieux à même d'en assurer certaines, qui jusqu'alors étaient réservées à l'État » A. LAGUERRE, « *Outre-mer : une collectivité unique...pour quoi faire ?* », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 44, 31 octobre 2011, p. 24, pt. 23. (Italiques ajoutés). v. COINTAT, C., *Projet de loi relatif aux collectivités de Guyane et de Martinique*, Paris, Sénat, Commission des lois, n° 467, 2011, p. 22.

⁴⁴ Pour une étude d'ensemble et transversale, v. notamment, DANIEL, J. *Les territoires non indépendants de la Caraïbe à la croisée des chemins : la quête de nouveaux modèles de gouvernance*, Rapport établi dans le cadre du programme de recherche PO n° 31120, Les territoires non indépendants de la Caraïbe, 2014 (URL : <https://hal.univ-antilles.fr/hal-01675024/document>), spéc. pp. 9-16.

⁴⁵ « l'absence de ressources naturelles, la dépendance par rapport à un nombre limité de productions agro-industrielles dont les coûts de production sont supérieurs à ceux de la concurrence et les conditions de commercialisation moins favorables, la dynamique industrielle manquant d'expérience et affectée par la petite taille des marchés locaux, l'éloignement des grands marchés d'exportation et la médiocrité des marchés d'exportation de proximité » RIPERT, J. *L'égalité sociale et le développement économique dans les DOM*, rapport au ministre des DOM-TOM, Paris, La documentation française, 1990, p. 29 et s. v. notamment, DOLIGE, E ET VERGOZ, M. *Rapport d'information sur les niveaux de vie dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 710, 2014. V. également, la rédaction de l'article 349 TFUE en son alinéa premier.

6. L'exclusion du droit français du marché du droit. Traditionnellement, le droit, pourtant instrument de l'organisation de l'économie, n'est que rarement mis en cause, dans sa substance et diversité, quand il s'agit de déterminer les sources de la faiblesse du marché du tourisme aux Antilles françaises. Or, ces dernières apparaissent comme le terrain d'une contrainte réglementaire manifeste à finalité exclusive de concurrence. Pourtant,

« un marché, pour être concurrentiel, doit l'être en économie mais aussi en droit, en créant un environnement juridique propice et des modèles performants destinés aux opérations que l'on souhaite favoriser ou attirer dans un Etat... Les lois sont en elles-mêmes, en tant qu'éléments du marché, des instruments concurrentiels ou anticoncurrentiels »⁴⁶.

Et, pour cause ! Le droit français, droit de tradition romano-germanique, est de type interventionniste⁴⁷. Il est un « fournisseur de normes », un « porteur et producteur de valeurs », un « médiateur »⁴⁸. Protéiforme – général quoique individuel ou catégoriel, dur (obligatoire et impératif) quoique mou (programmative, recommandatoire) –, il est un droit naturellement gras – consistant et débordant à la fois⁴⁹. Il incarne une densité normative éprouvant l'« intelligence juridique »⁵⁰ de l'opérateur économique quoique émacié par endroits comme le reflète la rationalisation de l'optimisation fiscale. Il est aussi projectif quoique réactionnel ; inflexible quoique flexible⁵¹ ; effectif quoique ineffectif – le respect ou le non-respect de la norme –⁵² ; ubiquitaire – il régit tous les aspects de la vie en société – quoique localisé. Le droit se présente comme vertical, dogmatique – il s'impose sans concession par l'opération d'arbitrages débouchant sur le triomphe d'un intérêt prévalent traditionnellement le plus généraliste et faible – quoique variablement horizontal, négocié ; durable quoique circonstanciel ou momentané ; ordonné – il forme un tout

⁴⁶ A. MARTIN-SERF, « *La modélisation des instruments juridiques* », in Locquin, E. et Kessed-Jian, C. (Dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 180.

⁴⁷ « le droit français admet assez largement les réglementations contraignantes imposées aux opérateurs économiques » NICINSKI, S. *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 13.

⁴⁸ FARJAT, G. *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, pp. 33-35.

⁴⁹ « (...) c'est une somme relativement durable de solutions apportée à des problèmes concrets qui peuvent venir de diverses sources » J.-J. SUEUR, « *Le droit vu d'ailleurs* », in Balate, E., Drexler, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, Aix-en-provence, PUAM, 2016, p. 352.

⁵⁰ L'intelligence juridique serait « l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur – privé ou public – de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques » B. WARUSFEL, « *L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit* », *Le Monde du Droit*, 1-15 avril 2010, p. 1.

⁵¹ « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu. Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou par imposture » CARBONNIER, J. *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 8.

⁵² « dans les faits, tout système juridique, aussi perfectionné soit-il, connaît par force un important déchet qu'une étude sociologique permet de réduire sans jamais le supprimer » P. JESTAZ, *Le droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 72-75.

cohérent (on parle de système, d'ordre juridique) – quoique désordonné⁵³ à l'image du phénomène de déréglementation. C'est l'amphibiologie du droit français. Elle vise, entre autres, à prévenir, compenser, sanctionner les anormalités et insuffisances du fait débouchant alors sur une omniprésence du droit portant ainsi la réduction de la marge de manœuvre de l'économique :

« Le système juridique devient ainsi la condition du fonctionnement de l'économie (...) en tant qu'il institue des règles organisant les échanges de biens et de services. Plus précisément, les rapports économiques revêtent la forme du droit, ils sont coulés dans les normes juridiques. Tout acte économique est en même temps un acte juridique... Le rapport juridique est la condition indispensable de la possibilité du rapport économique »⁵⁴.

C'est faire preuve de lucidité, sauf à ignorer tout un pan de la réalité, que de se rendre compte que l'on évolue dans un environnement concurrentiel⁵⁵. Le droit apparaît comme une marchandise. La légitimité de la norme repose sur le calcul. Un calcul, réalisé par ses consommateurs potentiels, de son efficacité. Une efficacité déterminée notamment par le jaugeage traditionnel de deux grands systèmes de droit contemporain : le droit de tradition civiliste, dit « romano-germanique », et la *common law*. S'ils ont en commun l'écriture, en son sens extensif⁵⁶, c'est au niveau de la calligraphie qu'ils divergent. L'une – *common law* – considérée comme majeure – « le modèle anglo-saxon est jugé plus libéral et plus souple, donc plus compétitif »⁵⁷ –, l'autre – civiliste – comme mineure d'un strict point de vue économique⁵⁸. Il en ressort une récurrente stigmatisation du droit de tradition

⁵³ P. AMSELEK, « *Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique* », RDP, 1978, n°1, pp. 5-19, spéc. p. 13. v. également, F. OST, « *Entre ordre et désordre : le jeu du droit, discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit* », in *Le système juridique, Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t.31, 1986, pp. 133-162 ; OST, F. ET VAN DE KERCHOVE, M. *Le système juridique, entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p.

⁵⁴ Vlachos, G. *Droit public économique français et communautaire*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 2 cité in L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3. « Le paradoxe le plus intéressant concerne la place du système juridique dans les sociétés développées : en même temps que l'on constate une domination du système économique sur l'ensemble des autres systèmes, notamment sur le système juridique, ce dernier est de plus en plus sollicité, principalement pour construire ou contrôler le système économique » L. BOY, « *Réflexions sur le « droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)* », D. 2001, p. 3031.

⁵⁵ Les Etats sont des acteurs économiques « soucieux d'attirer les fonds, les activités, les opérations sur leur territoire afin de générer des revenus, de l'emploi, du développement et de la croissance, (*ils*) veulent offrir un "paquet normatif" attractif aux acteurs transnationaux, en particulier aux entreprises » B. FRYDMAN, « *Comment penser le droit global* », in Chérot, J.Y. et Frydman, B. (Dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 31. Italiques ajoutées. V. sur ce point, L. BOY, « *L'ordre concurrentiel* », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 25 ; G. LHUILIER, « *La concurrence normative transnationale* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII, n° 3, 2018, pp. 251-267.

⁵⁶ « (...) à condition de considérer l'écriture dans son sens le plus étendu, selon la conception développée par Jacques Derrida. (...) selon le philosophe, il n'y a pas d'écriture au seul cas de production d'un texte, mais à chaque fois qu'il y a *trace* » V. FERRAY, « *Ambivalences en droit de la consommation. Remarques sur les effets de l'écriture du droit* », *Jurisprudence*, 2013, 20/3, p. 973.

⁵⁷ SALAH, M. M. *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, p. 78.

⁵⁸ *Confer* les rapports annuels de la Banque Mondiale (*Doing Business*). Ils recourent à « l'analyse droit-économie ». « L'analyse droit-économie repose sur une perspective qui la prédispose à offrir des arguments à des orientations de nature politique. Certains milieux l'instrumentalisent en vue de préconiser une dérégulation à outrance

civiliste, décriée⁵⁹. Néanmoins, c'est moins l'attractivité de la *common law* que la compétitivité du « droit civil », captif de ses valeurs, structuration, intangibilité, densité, qui est remise en cause⁶⁰. Le tourisme en est le terrain d'expression.

7. Du droit économique du tourisme. En outre d'être une activité économique, le tourisme est un objet du droit. On parle d'un « droit du tourisme ». Un droit, somme toute, économique non seulement en ce qu'il noue d'étroits liens avec le marché. LAURENCE BOY nous rappelait qu'« à partir du moment où l'on a une part de marché, c'est du droit économique ; en droit de la famille, la location d'utérus, c'est du droit économique »⁶¹ (économicité formelle). Mais aussi en ce qu'il exhorte à descendre dans le détail pour que transparassent les liens d'économie (économicité substantielle). Au motif de ces liens, ce droit ne se limite pas à son objet naturel – l'activité touristique – :

« (...) la production et la consommation touristique(s) résultent d'un ensemble d'éléments dont aucun n'est exclusivement touristique »⁶².

Le mérite français est celui d'être parvenu à donner une identité juridique au tourisme, ce, en le codifiant⁶³ – une codification, aux vertus concentriques, apparue nécessaire devant la pluralité de ses implications à l'image des questions relatives à la compétence, la diversité des acteurs, aux équipements notamment. Mais, il ne saurait se suffire à lui-même – d'ailleurs, et c'est sans doute l'une des premières limites de cette étude, il ne s'agira pas d'une étude en droit du tourisme en tant

de l'économie, ou d'affirmer la supériorité d'un système juridique, la *common law*, par rapport à d'autres systèmes comme celui de la *civil law* » M. FONTAINE, « *Droit des contrats, systèmes juridiques et efficacité économique : quelques réflexions* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 624, n° 2. V. également, B. DU MARAIS, « *Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale* », in *Rapport d'activité du Conseil d'Etat sur la sécurité juridique et la complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 384.

⁵⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, spéc. pp. 79-111. « L'ordre civil ne peut se réduire à un ordre marchand. Le profit a son importance assurément mais la sécurité, la responsabilité, la liberté, le respect de la parole donnée, la loyauté, la dignité, la mise hors du commerce du corps humain, ont la leur » (*id.*, p. 119).

⁶⁰ M. DELMAS-MARTY, « *Marketing juridique ou pluralisme ordonné* », *Le Débat*, vol. 115, n° 3, 2001, p. 61.

⁶¹ Cours de droit économique général du Master 2 recherche en droit économique de l'Université Nice Sophia-Antipolis (désormais Université Côte d'Azur), 2011-2012.

⁶² JEGOUZO, L. *Le droit du tourisme, op. cit.*, p. 10.

⁶³ Le Code français du tourisme s'est construit en deux temps. En 2004, avec l'ordonnance n° 2004-1391 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code du tourisme, *JORF* n° 299 du 24 décembre 2004, p. 21896, texte n° 70 et les décrets nos 2006-1228 et 2006-1229 du 6 octobre 2006 relatifs à la partie réglementaire du code du tourisme, *JORF* n° 233 du 7 octobre 2006, p. 14865, texte n° 25 et p. 14867, texte n° 28. « La confection d'un code du tourisme témoigne symboliquement d'une volonté au moins de rationalisation du (ou des) droit(s) du tourisme (public, privé, pénal) » C. DEVES, « *Concurrence, tourisme et collectivités territoriales. Je t'aime, moi non plus* », *tourisme & Droit*, n° 102/2008, pp. 24-25 ; G. BARREY, « *L'émergence d'un véritable droit du tourisme à travers la codification* », *AJDA*, 2007, p. 339 ; J.-L. MICHAUD, « *L'organisation territoriale du tourisme et la codification* », *tourisme&Droit*, n° 85/2007, p. 21.

que droit de l'intervention législative et réglementaire limitée au cadre de l'exercice d'une activité touristique – :

« L'existence d'un droit du tourisme autonome paraît devoir être rejetée parce que le tourisme est une activité régie par différents types de corps de règles juridiques du droit public et du droit privé, auxquels il emprunte leurs techniques juridiques propres, (...) qui ont du mal à s'adapter et répugnent à créer des solutions spécifiques »⁶⁴.

Ni exclusivement droit public ni exclusivement droit privé – alternativement l'un ou l'autre ou cumulativement l'un et l'autre –, il se situe à un carrefour étoilé se nourrissant de rapports intenses avec d'autres disciplines du droit partageant leurs sources, leurs caractères, leurs méthodes s'affranchissant ainsi d'une conception parcellisante du droit. Le droit du tourisme est attaché aux moindres variations législatives, réglementaires ou jurisprudentielles des matières créditrices. Il est également le produit d'une construction pyramidale avec à sa base un ensemble d'objectifs divers – la protection de l'ordre public⁶⁵, de l'environnement⁶⁶, du travail⁶⁷, de la consommation⁶⁸, de la concurrence⁶⁹ notamment. Il serait, à ce titre, ici, plus juste de parler de « droits du tourisme » compte tenu de l'importance potentielle de son assiette. Le tourisme n'aurait, en définitive, qu'une valeur purement contextuelle.

En réalité, le seul caractère économique – l'économicité formelle susvisée – d'un droit ne suffit pas à l'incorporer au droit économique. Il n'en constitue que le point de départ⁷⁰. Alors, qu'est ce

⁶⁴ PY, P., *Droit du tourisme*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 6. « L'autonomie apparaît d'abord toutes les fois que l'application à une matière des principes généraux et une méthode de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduits à des inexactitudes. (...) L'autonomie apparaît aussi, quoique d'une façon plus subtile, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté (...) » G. VEDEL, « *Le droit économique existe-t-il ?* », in Mélanges Vigreux, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, t. 2, 1981, pp. 767-783. Sur l'autonomie du droit du tourisme, v. BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, op. cit., n° 3.76, p. 114 et n° 1.28, p. 9.

⁶⁵ Maurice Hauriou définissait l'ordre public comme étant « l'ordre matériel et extérieur considéré comme un Etat de fait opposé au désordre, l'Etat de paix, opposé à l'Etat de trouble (...) » HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, p. 549. Sa protection est confiée à la police administrative (v. notamment, ZACHARIE, C. ET PRETOT, X. *La police administrative*, Paris, L.G.D.J., 2018). Confer CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains* ; CE, 8 août 1919, *Labonne* ; CE Sect. 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia* ; CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

⁶⁶ E.g. la consécration de l'action en réparation du préjudice écologique dans le Code civil (Art. 1246 à 1252 du Code civil).

⁶⁷ E.g. la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée en cas de conclusion pour des motifs non prévus par la loi (Art. L. 1245-1 et 1245-2 du Code du travail).

⁶⁸ E.g. l'introduction de la « *class action* » en droit français (Art. L. 623-1 et s. du Code de la consommation).

⁶⁹ E.g. l'interdiction des clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats d'importation aux Antilles françaises (Art. L. 420-2-1 du Code de commerce).

⁷⁰ Le droit économique « (*prend*) ses qualifications directement de l'économique » M.-A. FRISON-ROCHE, *Les grands problèmes du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, 2005, p. 47. Italiques ajoutés.

que le droit économique ?⁷¹. *In abstracto*, un « esprit juridique »⁷² ; « une anticipation rationnelle de ce qui arrive (...) »⁷³. Il s'agit dans cette première approche d'« (...) une manière d'envisager – et peut-être de sentir, en fonction des nécessités de l'économie – les problèmes du droit »⁷⁴ ; « (...) une manière d'affirmer sans complexe et preuve à l'appui (droit de la concurrence, droit de l'environnement, etc.) que tout le droit n'est pas dans le droit (...) assortie d'une proposition méthodologique visant à faire du droit malgré tout (...) »⁷⁵. *In concreto*, il est le « droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concours de l'un et de l'autre »⁷⁶ ou encore « l'ensemble des règles ayant pour objet l'activité économique au sens large, aussi bien l'activité des agents que l'organisation des marchés des biens et services ou des marchés financiers, la réglementation étatique, la redistribution des richesses par la tarification ou la fiscalité, la répression des comportements économiques nocifs, l'organisation des rapports de pouvoir au sein de l'économique, etc. »⁷⁷. Tout compte fait,

« (*Le*) droit économique reçoit autant de définitions que d'auteurs en traitant, mais l'accord se fait sur la globalité de son approche ; et s'il ne se réduit plus à l'étude de l'interventionnisme étatique, celle-ci reste une large part de son domaine »⁷⁸.

⁷¹ Pour une étude d'ensemble, v. notamment, FARJAT, G. *Droit économique*, Paris, PUF, 2^e éd., 1982, 783 p. ; *Pour un droit économique, op. cit.* ; BOY, L. *Droit économique, Vol. 1 : Cours*, Lyon, L'Hermès, 2002, 256 p. ; L. BOY ET A. PIROVANO, « *Ambiguïté du droit économique (Éléments d'une méthodologie)* », *Revue Procès*, n° 7, 1981, p. 7 ; F. FARJAT, « *La notion de droit économique* », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1992, pp. 27-62 ; M. M. SALAH, « *Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, n°4, 2013, pp. 475-490 ; G. VEDEL, « *Le droit économique existe-t-il ?* », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Institut de préparation aux affaires-Institut d'administration des entreprises, 1981, p. 767 et s.

⁷² C. CHAMPAUD, « *Contribution à la définition du droit économique* », *ibid.*

⁷³ J.-J. SUEUR, « *Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 285.

⁷⁴ Vasseur, M. *Le droit de la réforme des structures et des économies régionales*, Paris, L.G.D.J., 1959, cité in FARJAT, G. *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 20.

⁷⁵ J.-J. SUEUR, « *Droit constitutionnel économique et droits de l'homme* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirinen, F., *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 126.

⁷⁶ C. CHAMPAUD, *Contribution à la défense du droit économique*, D. 1967, Chron. p. 5.

⁷⁷ Marie-Anne Frison-Roche et François Terré, « *Présentation du numéro consacré à la "Sociologie du droit économique"* », *L'Année sociologique*, vol. 49, 1999, cités in FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 39.

⁷⁸ C. MOULY, « *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, n° 4, octobre décembre 1985, p. 912. Italiques ajoutés. *Contra* Ce n'est « certainement pas le droit de l'économie (...) surtout parce qu'une définition de ce genre réduirait cette discipline à 'une juxtaposition descriptive des règles de toutes origines n'ayant en commun que leur vague référence à l'économie ; le droit de l'économie est condamné à se diluer dans son objet'. Le recours au droit économique ne se justifie que dans la mesure où seuls quelques aspects des dispositifs juridiques se rapportant aux relations économiques sont concernés par la mutation dont il est révélateur. Pour la même raison, il faut rejeter les définitions qui, selon la formation d'origine de leurs auteurs, présentent le droit économique comme une excroissance du droit public de l'économie ou comme une extension du droit commercial » M. MOHAMED SALAH, « *Droit économique et droit international privé : Présentation ? Ouverture* », *art. cit.*, p. 9.

C'est ainsi que nous l'envisagerons. Partant, il favorise l'évaluation de l'efficacité du droit ; la mesure du droit – on part du droit sans véritablement en sortir – de laquelle il est loisible d'extraire une véritable typologie – il devient possible de prévoir le coût économique d'une intervention ou d'une abstention du pouvoir public notamment. Laquelle typologie permet l'anticipation du comportement des acteurs de l'économie et donc rend prévisible la situation du tourisme des Antilles françaises.

8. Méthodes et objectifs de la recherche. Derrière le tourisme, il existe une multitude d'activités dont il sera opportun de dresser un panorama en tentant d'en dévoiler les liens, les interactions et les implications. Il en va des activités primaires, secondaires et tertiaires, des activités publiques – la protection de l'environnement, la formation, la police, l'urbanisme, la fiscalité, la valorisation du folklore et des traditions –, des activités privées – la construction, la consommation, le travail, la production, la fourniture de biens et de services, l'investissement. Ce constat marquant liminairement une approche généraliste. Au détour d'une approche globale de la situation des Antilles françaises, nous avons entrepris de réaliser une étude descriptive et analytique à la fois en prenant appui sur un ancrage disciplinaire fort.

D'un point de vue général, tout d'abord, et nous l'avons préalablement énoncé, parce qu'en dehors de quelques domaines couramment évoqués – le travail, l'environnement notamment –, le droit, dans sa latitude, n'est que marginalement, peut-être à tort, envisagé en cause de la déliquescence du tourisme des Antilles françaises. En outre, c'est souvent plus l'esprit du droit moins sa pratique qui est visé conduisant à des conclusions d'opportunité. Ainsi, c'est plus l'effet protecteur du travail contre la précarité et/ou la pauvreté qui est visé moins la lourdeur des charges d'exploitation irrésistiblement faiblement concurrentielle à l'échelle régionale. Ensuite, plus spécifiquement, parce que disposant de sa propre grille de lecture, de ses propres règles méthodologiques, qui s'insinueront dans notre propos sans qu'il s'y résume pour autant, le droit économique donne à voir, par analyse substantielle – un menuet entre forme et substance –, la réalité du dessous :

« L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système

juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou ‘matériel’. Cette analyse s’oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle »⁷⁹.

Elle se rapproche à ce titre de l’analyse sociologique⁸⁰ sans cependant s’y dissoudre⁸¹. Néanmoins, cette étude ne sera pas le lieu d’une étude théorique sur le droit économique. Non que tout ait été dit à son propos au point qu’il soit loisible d’en bouder la théorisation. Mais, l’approche retenue est pratique. Si l’étude est, sous certains angles, menée à partir des hypothèses, des matières, des concepts – le pouvoir –, des catégories – le contrat, l’ordre public –, de la théorie du droit économique de l’« Ecole niçoise »⁸² aidant à la qualification ou la requalification juridique des faits observés ou présagés, sous une forme aussi condensée que possible, sans sacrifice d’une quelconque nécessité théorique, la nature du sujet qui, somme toute, n’appréhende pas un objet du droit – le tourisme – mais un effet du droit – le (non-)développement du tourisme des/aux Antilles françaises –, en limite naturellement la perspective. En guise d’illustration, si l’on envisage le phénomène de pouvoir dans les rapports contractuels privés – domination économique –, il s’agira moins d’une théorisation sur la notion de pouvoir économique⁸³ ou sur le phénomène de

⁷⁹ G. FARJAT, « *L’importance de l’analyse substantielle en droit économique* », RIDE, n° 0, 1986, p. 9. et s. « L’analyse substantielle doit être menée jusqu’au point où une nouvelle cohérence est établie, soit par une correction des catégories juridiques formelles, soit par l’établissement d’une nouvelle catégorie substantielle, même si cette dernière n’est pas reconnue par le droit formel » (FARJAT, G. *Droit économique, op. cit.*, p. 722 et s.). C’est l’exemple des contrats d’adhésion. « Formellement ce sont des contrats. Ils concernent les rapports de personnes privées qui ne disposent d’aucune prérogative de puissance publique. Pourtant, lorsqu’ils apparaissent, une doctrine allemande, reprise par une doctrine française, voit en eux des « règlements » privés. Substantiellement ce sont des règlements. Ils émanent d’une seule volonté et ne peuvent être l’objet d’aucune discussion. Pas question de discuter des conditions de transport avec les grandes compagnies ; pas davantage des conditions d’un contrat d’assurance » FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, pp. 107-109, spéc. pp. 107-108. v. L. BOY, note sous Cass. civ. 14 juin 1978, D. 1979, p. 382 et BOY, L., *Droit économique, op. cit.*, pp. 52-59 ; J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « *Retour sur l’analyse substantielle en droit économique* », Revue Internationale de Droit Economique, 2007, n° 3, t. XXI, pp. 259-291, spéc. p. 279. v. également, L. BOY, « *L’interprétation en droit économique : facteur d’harmonisation ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 335-359. Pour une approche critique, v. J.-J. SUEUR, « *Droit économique et méthodologie du droit* », in Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 291-308.

⁸⁰ « L’observation systématique des faits est indispensable. Mais ce travail ne saurait devenir une fin en soi (...) sans formulation de théories ou d’hypothèses permettant de classer ou d’interpréter les faits (...). Dans la démarche scientifique, les faits et la théorie doivent être en interaction permanente » SCHWARTZENBERG, R.-G. *Sociologie politique*, Paris, Montchrestien, 1977, p. 20.

⁸¹ « (...) l’analyse substantielle est une méthode juridique et non pas sociologique ou économique (...) » J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « *Retour sur l’analyse substantielle en droit économique* », *ibid.*, p. 280.

⁸² Confer « *L’école niçoise du droit économique* », Revue internationale de droit économique, 2013/4, t. XXVII, pp. 407-595.

⁸³ C. GOETHALS ET A. VINCENT, ET M. WUNDERLE, « *Le pouvoir économique* », Dossiers du CRISP, vol. 82, n° 2, 2013, pp. 11-119 ; A. SAKHO, « *Analyse substantielle et relation de pouvoir* », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n° 4, 2013, pp. 545-555 ; M. M. SALAH, « *Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois* », art. cit.

contractualisation de la production normative⁸⁴ que d'une étude descriptive et analytique des manifestations et corollaires de ce dernier.

Notre approche sera, entre autres, prospective et prescriptive. Outre de replacer le tourisme des Antilles françaises dans son contexte d'évolution partageant des caractéristiques similaires, nous tâcherons de révéler, confirmer certaines insuffisances et de proposer des éléments en permettant la saisie et, peut-être bien, le salut. Notre approche sera aussi, globalement, déductive. Partant de postulats généraux, nous chercherons à les vérifier par leur exemplification – à titre d'exemple l'intégration du droit régional caribéen dans les systèmes juridiques internes.

A ces fins, cette étude dépassera la traditionnelle *summa divisio* droits public-privé⁸⁵ d'autant qu'il est constant que « le droit économique a du mal à s'insérer dans la distinction du droit public et du droit privé, et sans doute est-ce vain de vouloir le faire tenir dans l'un ou dans l'autre. En effet, dans une conception dirigiste des rapports entre l'économie et le droit, le droit économique est l'instrument dont l'Etat dispose pour imposer une politique économique : le droit économique se présente comme une branche du droit public. Dans une conception libérale des rapports entre le droit et l'économie, le droit économique fournit les structures sociétaires et contractuelles aux opérateurs qui s'échangent des biens objets de propriétés individualisées, ce qui le ramène du côté du droit privé »⁸⁶.

Aussi, elle se gardera de descendre dans le dédale du droit comparé – le droit comparé disposant de ses propres méthodes⁸⁷ –, bien que l'approche soit, à certains égards, par endroits,

⁸⁴ CHASSAGNARD-PINET, S. ET HIEZ, D. (DIR.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires », 2008, 352 p.

⁸⁵ « C'est (...) l'évolution de l'économie, et des forces qui l'animent, qui met en cause la séparation du droit public et du droit privé » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 14. v. notamment, DE BECHILLON, D. *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p. 40. Pour aller plus loin, v. BONNET, B. ET DEUMIER, P. (DIR.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires », 2010, 298 p. ; PAPAETHYMIOS, S. *La Distinction « Droit privé-Droit public » dans la théorie du Droit et de l'Etat*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris X, 1994, 650 p. ; B. BARRAUD, « *Droit public-droit privé : de la summa divisio à la ratio divisio ?* », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, n° 152, mars 2015, pp. 1101-1132 ; K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », in Balate, E., Drexl, Ménétreay, S. et Ullrich, H., *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, *op. cit.*, pp. 67-79.

⁸⁶ FRISON-ROCHE, M.-A. et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique : introduction et documents*, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁷ Il est trois phases du processus comparatif : « la première phase exige d'étudier le terme tel qu'il est et selon la méthode propre à l'ordre juridique auquel il appartient. La compréhension qui constitue la deuxième phase, consiste à réintégrer le terme dans son système juridique. La troisième phase, quant à elle, commande de comparer de façon méthodique tous les aspects des termes à comparer point par point et élément par élément et surtout d'aller de l'analyse vers la synthèse » L.-J. CONSTANTINESCO, « *Traité de droit comparé. La méthode comparative* », *Revue internationale de droit comparé*, 1975, p. 123. v. notamment, M.-L. IZORCHE, « *Propositions méthodologiques pour la comparaison* », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 57, n° 2, 2001, pp. 289-325 ; B. JALUZOT, « *Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective* », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 57, n° 1, 2005, pp. 29-48.

comparatiste, particulièrement avec des pays caribéens de tradition *common law*, souvent diamétraux, exceptionnellement avec des pays caribéens de tradition civiliste ou *common law* au droit codifié⁸⁸. En effet, la comparaison, aussi superficielle fût-elle, du modèle franco-antillais avec des pays caribéens de tradition civiliste ne devrait pas avoir grand intérêt ici, ces derniers se calquant sur les modèles de pays développés juridiquement influents⁸⁹. Si, souvent, ils intègre(ro)nt dans l'ordre juridique interne les mêmes dispositions, cela traduisant une volonté non seulement de se rapprocher de la tradition du droit mais également de son esprit, c'est au niveau de la réalisation du droit – la pratique du droit, le temps du droit, son suivi et son exégèse (moins accessible) – qu'existent les différences majeures. L'échantillon se limitera aux concurrents directs, en termes de pouvoir attracteur de tourisme, des Antilles françaises – la République Dominicaine, les Bahamas, la Jamaïque notamment.

Evidemment, le droit ne saurait prétendre à résoudre seul la problématique du tourisme des Antilles françaises. Le contrat, outil retenu du désenclavement du tourisme des Antilles françaises⁹⁰, serait « l'île d'un archipel animé d'une vie collective »⁹¹. C'est l'affaire de l'orchestration d'un ensemble d'instruments. *Ils sont d'initiative publique*. Au sein de cette catégorie, on compte la volonté publique d'investir, la décision politique *via* les schémas d'aménagement régionaux et les documents d'urbanisme tels que les Scot, PLU pour un aménagement idoine du territoire, l'entretien du domaine public, l'aide à la formation, le contrôle de qualité – des services notamment –, la sensibilisation de l'autochtone à l'exigence touristique *via* l'outil communicationnel, le marketing territorial – de la simple signalétique à l'expertise promotionnelle –, la gestion des externalités négatives environnementales notamment. *Ils sont d'initiative privée*. Au sein de cette catégorie, on compte la création, l'innovation, la volonté privée d'investir, le management, la cohérence tarifaire, la diversification de l'offre de services – le développement du luxe, la rénovation de l'offre d'hébergement, l'amplitude horaire des activités, le développement de l'activité aux abords des

⁸⁸ **Nota bene** : la codification du droit est un apanage des pays de tradition romano-germanique.

⁸⁹ v. Le rapport du Conseil d'Etat sur l'influence internationale du droit français du 19 juin 2001.

⁹⁰ Voir *infra* paragraphe n° 11.

⁹¹ M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale* », in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse, Université des Sciences sociales, 1978, p. 235 et s.

plages, l'entretien des lieux⁹². *Ils sont d'initiative mixte – privée et publique –* comme l'illustre la statistique, la nécessaire coordination du politique et de l'économique⁹³ notamment.

9. Position du problème. Depuis la reconnaissance de la Martinique et de la Guadeloupe en territoires intégrés à la République française, l'objectif a été celui de la réduction des distances avec leur pôle intégrateur. Cependant, « *curieusement, alors que (ces) îles sont de mieux en mieux reliées au continent, tout se passe comme si ce qu'elles avaient perdu en insularité, elles l'avaient gagné en mythe, en idée d'île* »⁹⁴. Il s'agira alors de déterminer dans quelle mesure l'organisation hétéronome de l'économie en France constitue un frein au tourisme des Antilles françaises dans un cadre concurrentiel régional.

10. L'intentionnalité du droit français. Nous prendrons pour échantillon principal l'entreprise⁹⁵, organisation économique⁹⁶ titulaire de l'initiative économique ; l'épanouissement du tourisme s'y rattache indéfectiblement⁹⁷. Sujet de droit par nature, elle est, formellement, titulaire de droits et d'obligations idéalement équivalents en nombre. Nous verrons qu'il en va, dans une certaine mesure, autrement. L'exercice de ses droits par l'acteur économique s'accompagne d'un magma d'obligations vécues comme disproportionnées – l'environnement et son

⁹² *Exempli gratia* : le contre-exemple du Golf des Trois-Ilets en Martinique (18 trous, Par 71) modestement (cycliquement) entretenu, pourtant connu pour son emplacement idéal et son cadre idyllique pour l'organisation de compétitions internationales et/ou attirer une clientèle américaine francophone aisée – québécoise – friande de golf. En 2011, sur environ 7,9 millions d'habitants, près de 1,1 millions étaient golfeurs (Rapport rédigé pour la Table de concertation des associations de Golf « Analyse du potentiel du marché du golf au Québec » par DAA Stratégies et Ipsos Marketing, 2011, p. 6).

⁹³ L'exemple du tourisme médical. v. W. MENVIELLE ET L. MENVIELLE, « *Tourisme médical : un secteur stratégique pour le développement des États* », Revue internationale et stratégique, vol. 90, n° 2, 2013, pp. 153-162. Italiques ajoutés.

⁹⁴ T. NICOLAS, « *L'insularité aujourd'hui : entre mythes et réalités* », Études caribéennes, n° 6, Avril 2007, (URL : <http://etudescaribeennes.revues.org/509>). Parenthèses ajoutées.

⁹⁵ *i.e.* les hôtels ou chaînes d'hôtels, les restaurants, les agences de voyages, les agences de location de véhicules, les entreprises du transport. « (...) la notion d'« entreprise » comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, étant considérée comme activité économique toute activité qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné » concl. Avocat général Kokott sur CJCE 18 janvier 2007, *Auroux c/ commune de Roanne*, n° C-220/05, *Rec.*, 2007, p. I-00385, pt. 50. V. également, CJCE, 23 novembre 1991, *Höfner*, Aff. n° C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979, pt. 21. CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, Aff. n° C-244/94, *Rec.*, 1995, p. I-4013, pt. 14) et une activité économique présente un caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens ou des services sur le marché (CJCE, 16 juin 1987, *Commission/Italie*, Aff. n° 118/85, *Rec.*, 1987, p. 2599, pt. 7). V. G. BLANC, « *Les frontières de l'entreprise en droit commercial* », D., 1999, chr., pp. 415-418 ; G. FRIEDEL, « *A propos de la notion d'entreprise...* », in Aspects actuels du droit commercial français. Etudes dédiées à René Roblot, L.G.D.J., 1984, pp. 97-114 ; L. IDOT, « *La notion d'entreprise* », in L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux, Revue des sociétés, 2001, pp. 191-209 ; G. LAMBERT, « *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise* », in Mélanges P. Kayser, 1979, p. 77 ; B. MERCADAL, « *La notion d'entreprise* », in Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à J. Derruppé, Litec et GLN-Joly, 1991, pp. 9-16.

⁹⁶ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 19.

⁹⁷ Sur les paradigmes de l'entrepreneuriat, v. A. JAQUEMIN, F. JANSSEN ET P. LAMBRECHT, « *Quel environnement réglementaire pour une économie entrepreneuriale ?* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Rémiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 58-59.

anthropomorphisme juridique, l'intangibilité de la propriété publique, la prophylaxie salariale notamment. Or, le consentement légitime⁹⁸ au poids de l'obligation est fonction de sa proportion :

« Toute sécurité se paie par des limites à (la) liberté individuelle. Tant que ce prix n'est pas prohibitif au regard des bénéfices que chacun en retire, la collectivité supporte ses sujétions. Ses membres s'en accommodent aussi longtemps que les avantages qu'ils tirent de la grégarité, leur paraissent proportionnés aux sujétions que le pouvoir en place leur impose »⁹⁹.

Une disproportion – déséquilibre significatif entre les droits, flexibles en ce que leur expression fait l'objet d'atténuation, et obligations, inflexibles en ce qu'elles ne sauraient que difficilement faire l'objet de compromis – particulièrement observée par confrontation à l'international, plus spécifiquement au régional. Le tourisme des Antilles françaises est placé au confluent de l'insatisfaction d'un impératif économique et de l'intentionnalité juridique. L'intentionnalité, c'est ce qui est recherché – qui va déterminer puis justifier l'importance de l'obstruction à l'épanouissement du tourisme des Antilles françaises. Derrière l'organisation de l'économie, ce qui est recherché c'est plus la protection des faibles et de l'intérêt collectif¹⁰⁰ moins la satisfaction d'un intérêt économique. Ainsi, nous serions sans doute bien avisés de nous rallier avec prudence à l'affirmation selon laquelle

« il n'est pas évident que les droits subjectifs de ceux qui n'interviennent pas dans l'organisation de l'économie, de ceux qui ne sont pas des « décideurs » mais des « sujets », soient suffisamment pris en compte dans les sociétés contemporaines. Qu'il s'agisse des droits de l'homme, de ceux des salariés, des pauvres... ou même des actionnaires ! »¹⁰¹.

En réalité, ces derniers sont, aujourd'hui, substantiellement, des décideurs. En droit civiliste français, c'est désormais au nom des faibles (formels) et pour les faibles (formels) que s'organise

⁹⁸ C. CHAMPAUD, « *Les troisièmes voies sociétales, ou comment sauver la démocratie et l'économie de marché* », in *id.*, p. 599. « le Droit a pour fonction de donner des ordres aux Hommes pour donner un Ordre aux choses » Barrès cité in C. Champaud, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p. 75. *Contra* « l'économie de marché (...) apparaît, en théorie, comme le système économique le plus efficace pour la production des richesses, car il est supposé fournir les meilleures incitations aux individus et assurer spontanément le plein emploi des ressources. C'est donc, pour certains, un système d'équité dont la démocratie ne devrait pas chercher à corriger les effets », FITOUSSI, J.-P. *La Démocratie et le Marché*, Paris, Le Livre de Poche, 2004, p. 81 et s. v. notamment, M. GUIBAL, « *La justification des atteintes à la liberté de commerce et de l'industrie* », AJDA, 1972, p. 330.

⁹⁹ C. CHAMPAUD, « *Propriété, pouvoir et entreprise* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, *op. cit.*, p. 48. Parenthèses ajoutées.

¹⁰⁰ Pour une approche historique et philosophique du dualisme d'intérêt, v. notamment, HANOUILLE, N. *Intérêt particulier et intérêt général à l'époque des Lumières*, Thèse de doctorat, philosophie, Université Paul Valéry-Montpellier III, 2012 (tel-01147445).

¹⁰¹ FARJAT, G. *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 13.

l'économie – quoiqu'il ne s'observe pas toujours comme adapté, prévisible ou cohérent¹⁰² – au moyen d'une intervention, rendue légitime¹⁰³, de l'Etat dans l'économie¹⁰⁴. Partant, cette tradition de la pratique du droit explique, dans une certaine mesure, ce qui se présente comme un enserrement programmé de l'économie du tourisme des Antilles françaises pourtant confronté à un espace régional concurrentiel (**Première partie**).

11. La fongibilité du dirigisme étatique. Elle sourd d'une panoplie faiblement diversifiée des instruments du désenserrment de l'économie du tourisme des Antilles françaises parmi lesquels figure l'intégration régionale¹⁰⁵. L'idée d'une intégration régionale s'appuie sur une réalité

¹⁰² « La question de l'Etat présente donc deux aspects, au demeurant liés. Comment valider l'intervention de l'Etat, l'extension de son pouvoir dans la société avec des limites assez claires pour qu'elle soit acceptable ; mais aussi comment maintenir l'autorité au sein de la société dès lors que s'effacent les partages de l'ancien ordre juridique, que la source de l'autorité apparaît partout et nulle part ? » DONZELOT, J. *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil, 1994, p. 89.

¹⁰³ La source de la légitimité de l'action de l'Etat et de ses démembrements est la préexistence d'un pouvoir public, autrement dénommé par la doctrine publiciste « puissance publique » G. PROTIERE, « *Délocalisation et puissance publique* », Les délocalisations, Novembre 2013, Lyon, p. 9 (hal-00995745). V. également, CARRE DE MALBERG, R., « *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* », Paris, Dalloz, t. 1, 2003, p. 8.

¹⁰⁴ La notion d'interventionnisme économique désignerait « l'ensemble des actions accomplies par l'Etat dans l'économie. En premier lieu, l'Etat peut intervenir comme autorité publique et réglementer, influencer, orienter, diriger ou protéger le marché et ses opérateurs économiques. (...) En deuxième lieu, l'Etat est lui-même fournisseur de biens et de services sur le marché (...). En troisième lieu, l'Etat (...) (*collabore*) avec les opérateurs économiques pour satisfaire directement ses besoins ou plus indirectement un besoin d'intérêt général en faveur de sa population » NJEHI, A. *L'interventionnisme économique public. Étude de droit comparé franco-tunisien*, Thèse de doctorat, Droit, Lyon 2, Tunis El-Manar, 2018, p. 15. Italiques ajoutés.

¹⁰⁵ « (...) La région est un espace auto-proclamé, subjectif. Elle englobe sous un même terme des espaces territoriaux très disparates : tantôt plusieurs États différents, parfois contigus, parfois éloignés. Cette notion, si mouvante qu'elle a été traitée de "catégorie résiduelle", est en requalification permanente » Badie et Smouts cités in F. TAGLIONI, « *La coopération régionale insulaire en question : une approche des mots et des choses* », in Bernardie, N. et Taglioni, F. (Dir.), *Les dynamiques contemporaines des petits espaces insulaires. De L'île-relais aux réseaux insulaires*, Paris, Karthala, 2005, p. 409.

objective forte : le phénomène de mondialisation¹⁰⁶ – « de façon paradoxale à première vue, la globalisation est allée de pair avec un renforcement de la régionalisation (...) »¹⁰⁷.

« Les pays de la Caraïbe sont aujourd’hui plus que jamais à la croisée des chemins. Ils devront choisir entre satellisation, dépendance, nationalisme ou autonomie régionale. A l’évidence, la solution est à rechercher dans le développement de la région par une rénovation endogène et pragmatique de l’intégration et de la coopération. Le spectre d’une marginalisation accentue le besoin de solidarités horizontales entre pays et territoires caribéens »¹⁰⁸.

Polymorphe, l’intégration régionale naît d’une variété d’objets – la monnaie, la culture, la politique, l’économie – dont le droit, objet de la présente étude. Lorsqu’elle est d’une nature juridique, elle désigne soit, plus communément, l’incorporation de tout ou partie d’une entité politique à un système régional préexistant, soit, plus exceptionnellement, la coopération intrarégionale d’opérateurs économiques. Dans le premier cas, elle infère un sacrifice de souveraineté nationale ; un « transfert de compétences étatiques d’un Etat à une organisation

¹⁰⁶ La mondialisation « se déroule (...) sur le registre de l’économie, où elle se manifeste, à travers la formation progressive d’un marché, à l’échelle planétaire, caractérisée par la mobilité des biens et des services, des capitaux, des forces productives et même des personnes » SALAH, M. M. *Les contradictions du droit mondialisé*, *op. cit.*, pp. 9-10. Le phénomène de mondialisation s’étend aux systèmes de droit. Pour une étude d’ensemble, v. DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l’universel - Les forces imaginantes du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, pp. 36-43 ; FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 148-157 ; FRISON-ROCHE, M.-A. et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 69-79 ; JOS, E. ET PERROT, D. (DIR.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation*, Paris, Montchrestien, 1999, 367 p. ; LOCQUIN, E. ET KESSEJIAN, C. (DIR.) *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, 612 p. ; MORAND, C.-A. *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 477 p. ; L. BOY, « *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile* », *Revue internationale de droit économique*, t. XVII, 2003/3-4, pp. 471-493 ; H. ULLRICH, « *La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif* », *Revue internationale de droit économique*, t. XVII, n° 3, 2003, pp. 291-311 ; P. COSAERT, « *La géographie des espaces tropicaux et de leur développement face à la mondialisation de l’économie* », *Les Cahiers d’Outre-Mer*, n° 236, 2006, pp. 435-450 ; J. DANIEL, « *Signification et portée de l’impératif régionaliste dans la Caraïbe* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, Pessac, Maison des Sciences de l’Homme d’Aquitaine, 2005, pp. 117-136 ; M. DELMAS-MARTY, « *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : Comment humaniser la mondialisation ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 503 ; P. HUGON, « *L’intégration régionale et les trappes à vulnérabilité* », *Revue Tiers Monde*, vol. 222, n° 2, 2015, pp. 123-140 ; E. MAULIN, « *L’irréductibilité de la souveraineté territoriale* », in *L’Europe en Formation*, 2013/2, n°368, pp. 11-20 ; G. RABU, « *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII n° 3, 2008, pp. 335-356 ; M.M. SALAH, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l’ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation* », *RIDE* 2001/3, pp. 251-302 ; H. ULLRICH, « *Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes* », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, n° 2, 2002, pp. 206-213 ; G. VIRASSAMY, « *L’entreprise entre insularité et mondialisation* », in Virassamy, G. (Dir.), *L’entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, *op. cit.*, pp. 9-17.

¹⁰⁷ Y. BERTHELOT, « *Plus d’obligations, moins d’incertitudes : les pays en développement et l’Uruguay Round* », *Politique étrangère*, vol. 58, n° 2, 1993, p. 364.

¹⁰⁸ E. DUBESSET, « *Penser autrement l’identité régionale caribéenne* », *Études caribéennes*, n° 21, Avril 2012 (URL : <http://etudescaribeennes.revues.org/5739#tocto2n5>). « *L’île ne peut plus vivre recluse, à l’écart des logiques économiques du moment* » O. DEHOORNE ET J.-M. FURT, « *Le tourisme dans les îles : contextualiser le projet territorial* », *Études caribéennes*, n° 23, Décembre 2012.

internationale dotée de pouvoirs de décisions et de compétences supranationales »¹⁰⁹ à l'issue d'un processus de ratification¹¹⁰ – expression du consentement des Etats au lien de droit. Dans le deuxième cas, elle est le produit de la « simple » intensité – produit du normativisme contractuel – née d'un rapport juridique privé présentant un élément d'extranéité. Contractuelles¹¹¹ – le point de convergence est le contrat, instrument du libéralisme économique substitutif d'un statocentrisme¹¹² –, ces deux approches s'appréhendent comme des méthodes alternatives d'organisation de l'économie. Pour autant, le contrat ne se cantonne pas au rapport patrimonial classique – l'échange de valeur¹¹³. Il est dit « économique »¹¹⁴. Dans cette configuration, « le contrat s'affirme plus que

¹⁰⁹ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 558.

¹¹⁰ Art. 11 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, 23 mai 1969, Recueil des Traités 1980, vol. 1155, I-18232, pp. 353-512. « Acte par lequel l'organe compétent d'un Etat (...) confirme la signature apposée sur un traité par un plénipotentiaire et marque ainsi le consentement définitif de l'Etat à être lié par ce traité » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 850.

¹¹¹ « un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets » J. GHESTIN, « *La notion de contrat* », D. 1990, chron., p. 147. « (...) c'est le droit civil qui, dans "sa vocation naturelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques, (leur) fournit les instruments, les notions-outils indispensables" et notamment celle de contrat » K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, *op. cit.*, p. 68. v. **nouvel article 1101 du Code civil**.

¹¹² « (...) le droit civil français a forgé une notion à l'image du libéralisme économique, une notion qui avait pour fonction d'abattre l'ancien ordre économique fondé sur la réglementation et le corporatisme » PLESSIX, B. *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2003, p. 766 ; « Le libéralisme formule une conception nouvelle de la liberté comme émancipation conjointe de l'individu et de la société. Là est l'unité profonde de la pensée libérale en dépit de la différence de ses auteurs. L'autonomisation de la société civile va de pair avec la distinction entre la société et l'Etat » A. EYSSIDIEUX-VAISSERMANN, « *Société civile et libéralisme* », in Kevorkian, G. (Dir.), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Paris, Ellipses, 2010, p. 233 ; « Le contrat n'est pas une création du libéralisme (...), il devient en économie libérale un élément capital puisqu'il assure les liaisons dans la durée entre tous les participants (...) » BAUDIN, L. *A l'aube d'un nouveau libéralisme*, Paris, Génin, 1953, p. 45 ; « (...) l'Etat libéral s'est trouvé amené à présider à une civilisation du contrat » BURDEAU, G. *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, p. 137.

¹¹³ *Contra* « Il pourrait sembler que tout contrat est économique dans la mesure où tout contrat réalise une opération d'échange » L. RICHER, « *L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics* », in Rapport public du Conseil d'Etat, *Considérations générales : le contrat mode d'action publique et de production de normes*, Paris, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 59, 2008, p. 355.

¹¹⁴ « Ce sont donc des contrats qui se développent et mettent en oeuvre des rapports économiques en ce sens qu'il s'agit de rapports qui se superposent aux rapports patrimoniaux classiques (simple échange, simple production) et qui ont pour objet la concentration et/ou l'organisation de l'activité économique » L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3. Ils intègrent un mouvement de contractualisation, lequel consiste « (...) moins en une extension de la forme classique du contrat, qu'au déploiement de la procédure contractuelle hors du domaine traditionnel du contrat » S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 5.

Sur le classicisme contractuel : Les contrats sont « (...) les objets économiques dont ils sont les doubles juridiques » M.-A. FRISON-ROCHE, « *La redécouverte "des piliers du droit" : le contrat et la responsabilité, Introduction* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, pp. 279-292, spéc. p. 283 ; « le contrat n'est pas un acte de création *ex nihilo* s'opérant dans le vide, mais un simple instrument en vue de la satisfaction d'intérêts humains socialement tenus pour importants » GOUNOT, E. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Etude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912, p. 141 ; « l'objet du contrat est l'opération que les parties entendent réaliser, l'intérêt que la convention a pour objet de régler » C. Beudant cité in BEUDANT, R. ET LEREBOURS-PIGEONNIERE, P. *Les contrats et les obligations*, Paris, Rousseau, 1936, n° 185 ; « C'est donc le fonctionnement concret du contrat, tel que les parties l'avaient envisagé, qui est pris en compte derrière le terme d' « économie du contrat » (...) » H. HOUSSARD, « *L'économie du contrat* », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, n° 1, pp. 7-65, spéc. p. 44, n° 50.

jamais comme un universel abstrait, qui submerge le cloisonnement normatif des États »¹¹⁵ ; « (il) se mêle de tout et (...) s'emmêle dans tout »¹¹⁶. Il est « la quintessence de la fonction économique du droit »¹¹⁷. L'organisation contractuelle plurielle de l'économie se présente comme un mouvement dans le mouvement de contractualisation de la société. Une sorte de *fœtus in foetu*. Dans le premier cas, régressif, on part de l'expression de la souveraineté d'un Etat, lequel, en souverain, au motif de mondialisation¹¹⁸, choisit d'y renoncer – ici au profit de ses démembrements ultramarins –, partiellement ou en totalité, en se regroupant, par souscription à un *instrumentum*, au sein d'une organisation productrice de normes. Si ce regroupement n'a pas pour effet d'effacer complètement les qualités substantielles de l'Etat – libéral, dirigiste ou socialiste –, il n'en reste pas moins que l'entité constituée (par contrat) aurait à charge de le remplacer, temporairement ou durablement, totalement ou partiellement, dans des domaines prédéterminés. Dans le deuxième cas, évolutif, on part de l'exercice de la liberté contractuelle ressortissant de la liberté naturelle de l'homme¹¹⁹ – l'expression d'une volonté individuelle – auquel on accole un certain pragmatisme¹²⁰. Il en ressort un phénomène de contractualisation généré par la profonde transformation de la société – un mouvement réactionnel au dirigisme économique – :

« Les relations contractuelles sont "libéralisées". Non seulement par l'abandon de réglementations générales qui résultaient souvent de l'état de guerre et de reconstruction du pays, mais par transformation des institutions. Le droit des sociétés évolue du statut d'ordre public au contrat »¹²¹.

¹¹⁵ A. SUPIOT, « *La contractualisation de la société* », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 56.

¹¹⁶ M. MEKKI, « *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.) *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 323. Italiques ajoutés.

¹¹⁷ V. VALENTIN, « *L'idée libérale et ses interprètes* », in Valentin, V. et Laurent, A. *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. 821.

¹¹⁸ « la globalisation (...) affecte le pouvoir d'Etat, en ce qu'elle aboutit à éroder ou remodeler le pouvoir d'Etat ou à le réallouer à de nouveaux acteurs : les organisations internationales, les compagnies transnationales ou encore des « marchés globaux » dénués de toute personnalité » T. DAINTITH, « *Pouvoir étatique en droit et en économie* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p. 367.

¹¹⁹ LOCKE, J. *Les fondements de liberté moderne de J-F. Spitz*, Paris, PUF, 2001, 352 p.

¹²⁰ « Considéré par les rédacteurs du Code civil comme l'élément *moteur*, dynamique du contrat, l'accord des volontés n'en a pas moins été enserré par ceux-ci dans un *cadre* qui tend à éviter qu'il ne porte atteinte aux intérêts dont la société a la charge : la justice, l'utilité sociale » LEQUETTE, Y., TERRE, F., SIMLER, P. ET CHENEDE, F., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2018, p. 38, n° 30.

¹²¹ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 52. « Dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants, que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie » A. SUPIOT, « *La contractualisation de la société* », *ibid.*, p. 51.

Cette émancipation du contrat s'accompagne d'une capacité à l'organisation alternative de l'économie, contemporaine¹²² quoique classiquement anticipée¹²³, semblable au pouvoir organisateur de l'Etat¹²⁴ à plus forte raison lorsqu'il s'extériorise :

« (*il forme*) la structure juridique du marché. (*Sa*) transnationalisation (...) l'a aisément hissé au-dessus des Etats à qui la pesanteur de l'intérêt général, qu'ils portent en principe, dénie toute agilité et alourdit les éventuelles interventions »¹²⁵.

Désormais, les règles juridiques peuvent valablement, variablement, découler de l'accord de volonté qu'il soit à finalité individualiste – le contrat privé – ou collectiviste – l'accord international. La création du droit n'est plus la chasse gardée de l'Etat – sous réserve de son domaine dit « régalien » caractérisé par la monnaie, la nationalité, la fiscalité (dans une certaine mesure), le crédit et les changes, la sécurité et l'ordre public notamment¹²⁶ – ce qui ouvre la voie du desserrement de l'économie du tourisme des Antilles françaises. La liste des instruments, substantiellement interdépendants, de son développement, pourrait s'étendre, **dans une approche individualiste**, au renforcement quantitatif et qualitatif de l'offre d'hébergement hôtelier, au partage d'image, de marque *via* le franchisage notamment, à l'extra-territorialisation des méthodes par le transfert de technologie, à la diminution du coût de la vie par la réalisation d'économie d'échelle, de gamme, à la réduction de l'impact environnemental par une polarisation des échanges de biens. **Dans une approche collectiviste**, la liste des instruments pourrait s'étendre à la réalisation de projets tels que des programmes communs de fréquentation touristique multidestinations, au développement du transport maritime, à la libération de la circulation – les personnes, les biens, les services –, au nivellement, par l'assouplissement ou par le renforcement, des mécanismes de protection et de garantie des droits.

Pour ce qui nous intéresse, ni la Martinique ni la Guadeloupe ne sont pleinement régionalement intégrées. Non seulement en tant que les contrats d'organisation qui unissent leurs ressortissants opérateurs économiques à leurs homologues de l'espace caribéen sont résiduaux mais aussi en ce que bien que membres d'organismes régionaux, il n'est aucun transfert

¹²² FARJAT, G. *ibid.*, p. 53.

¹²³ Le « contrat tend à devenir à l'échelon interne une pièce maîtresse de l'organisation économique et sociale de la nation » M. VASSEUR, « *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects de l'économie concertée et contractuelle* », RTD civ., 1964, p. 5.

¹²⁴ « (...) presque toutes les fonctions attachées traditionnellement à l'Etat peuvent être exercées par des pouvoirs privés au moyen de techniques contractuelles. L'Etat ne conserve guère que le monopole de la violence légitime (malgré le développement de la police privée et des prisons privées » FARJAT, G. *ibid.*, p. 53.

¹²⁵ K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », art. cit., pp. 68-69. Italiques ajoutés.

¹²⁶ Art. 73, al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

de souveraineté de la République française au profit de ces derniers pour le compte des Antilles françaises. Aussi, la plupart de ces organismes présentent une texture trop molle – des organismes aux normes essentiellement recommandatoires tels que l'Association des Etats de la Caraïbe (AEC). Et, même s'ils présentent un caractère intégrationniste – texture dure –, en ce qu'ils édictent des normes de force obligatoire comme le donne à voir l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECS)¹²⁷, soit que le champ d'action des Antilles françaises s'avère réduit à la source – l'obstacle de l'identité juridique, l'indépassabilité du statut de membre associé des organisations internationales –, soit que lesdits organismes se situent à des lieues du parachèvement. En définitive, partant de l'inintégration régionale des Antilles françaises, il nous appartiendra d'en théoriser, dans une certaine mesure, les conditions de sortie (**Deuxième partie**).

¹²⁷ OECS (Organisation des États de la Caraïbe Orientale ou OECS – *Organization of Eastern Caribbean States*). Elle a été créée le 18 juin 1981 par la signature du Traité de Basseterre. L'organisation comprend sept membres de plein droit – Antigua et Barbuda, Dominique, Grenade, Montserrat, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines – et quatre membres associés – Anguilla, les Îles Vierges Britanniques, la Martinique en 2015 et la Guadeloupe en 2019. Elle met en œuvre une union économique, un marché commun, une union monétaire, dispose d'une cour suprême – la Cour suprême de la Caraïbe orientale (*Eastern Caribbean Supreme Court*) – compétente pour connaître des affaires civiles et criminelles. L'organisation s'illustre notamment en matière de télécommunications, de propriété intellectuelle, concurrence, fiscalité, audit, sécurité, défense. Texte du traité révisé de Basseterre et de l'accord d'admission de la Martinique à l'OECS.

**PREMIERE PARTIE : L'ORGANISATION HETERONOME
NORMATIVE DE L'ECONOMIE PAR LA LOI EN FRANCE,
SOURCE D'UN PREJUDICE PAR RICOCHET AU TOURISME
DES ANTILLES FRANÇAISES**

12. Le protectionnisme juridique, rançon de l'assimilation juridique des Antilles françaises. Si, spatialement, la Martinique et la Guadeloupe font partie intégrante de l'archipel caribéen, elles sont, juridiquement, retenues sous leur allégeance à la République française. Elles y sont appréhendées comme des collectivités territoriales d'outre-mer où la loi, en son sens matériel, à savoir la Constitution, les lois et règlements de la République française sont, en principe, applicables de plein droit¹²⁸. Seulement, il arrive que cette décentralisation du droit revête un caractère prohibitif. Ce dernier se révèle préjudiciable à leur développement économique, ce, tenant à la quasi-exclusivité du pouvoir organisateur réduisant, par là même, la marge d'actions de l'initiative privée par une réglementation minutieuse, lourde et complexe par endroits, du domaine économique :

« des règles légales et administratives créées, appliquées et mises en vigueur par les autorités publiques – aux niveaux local, national ou international – pour autoriser ou interdire des actions aux individus ou aux organisations, et dont le non-respect entraîne des sanctions pénales, civiles et administratives ». (*Soit*) (i) des règles édictées par les pouvoirs publics ; (ii) ayant un effet contraignant ; (iii) et exerçant une fonction prescriptive (imposer une certaine action ou abstention aux destinataires de la règle) »¹²⁹.

En France, nombres d'objets du tourisme constituent un prétexte au déterminisme juridique – la construction, la formation, l'environnement, l'emploi, la consommation, le patrimoine, la qualité, le transport, le sexe notamment. Somme toute, un protectionnisme juridique relativement justifié. Il réside non seulement dans l'approvisionnement du droit mais aussi, surtout, dans la capacité à le mettre en œuvre – ce dont sont modestement capables les autres territoires caribéens en corps. Si la main visible de l'Etat français procure un avantage comparatif incontestable, elle se révèle coûteuse en termes d'attractivité territoriale à plus forte raison dans un cadre concurrentiel régional¹³⁰ (**Titre I**). A cette appréhension « grossière » de l'interventionnisme économique doit

¹²⁸ Art. 73 al. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. V. également, la loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, *JORF* du 20 mars 1946, 2294 p.

¹²⁹ A. JAQUEMIN, F. JANSSEN ET P. LAMBRECHT, « *Quel environnement réglementaire pour une économie entrepreneuriale ?* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche, op. cit.*, p. 63. Italiques ajoutées.

¹³⁰ E.g. Le droit anglais dont s'inspire largement le droit du *Commonwealth* caribéen, majoritaire dans la région, est un droit « profondément individualiste » ; caractérisé par « un égoïsme sans borne » (ZOLLER, E., *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 113 ; p. 115) en ce que l'intérêt général, quel que soit l'objet sur lequel il porte – environnemental, consumériste – ne saurait constamment prévaloir sur l'intérêt particulier. Dans l'affaire *Bradford v. Pieckles* de 1895 (citée in Zoller, E., p. 115), « la Chambre des Lords reconnaît que la *common law* donne le droit au propriétaire d'un fond dans lequel se trouve une nappe phréatique de détourner les eaux de leur destination naturelle empêchant le fond voisin, appartenant à la commune, de bénéficier de cette ressource naturelle avec comme intention dissimulée de forcer la commune à acheter son terrain ».

s'agrèger une appréciation plus fine laquelle fait apparaître l'utilité variablement finie de ce dernier
(Titre II).

TITRE I. LA MARGINALISATION DE L'INTERET PRIVE PAR LA PREGNANCE DE LA CONTRAINTE REGLEMENTAIRE

13. Une économie planifiée. Il subsiste, aux Antilles françaises, un dommage collatéral issu d'une volonté systémique de protection renforcé par la concurrence d'autres îles de la région aux niveaux de protection particulièrement bas profitables à un épanouissement de leur tourisme. Et, pour cause ! Les effets de la réglementation française ne sont pas identiques sur tout le territoire de la République d'autant que l'Hexagone jouit d'un prestige séculaire irrésistiblement porteur d'attractivité dont sont encore privées les Antilles françaises. La marge d'actions dont disposent les titulaires de l'initiative économique privée apparaît faible. On parle d'une contrainte réglementaire. Elle s'appréhende non seulement par la fréquence du droit mais aussi par les rareté et sporadicité de son expression. Le droit applicable aux Antilles françaises, et par là même à leur tourisme, qui ne saurait être appréhendé autrement que par ses pluridisciplinarité et transversalité, préoccupé par des questions d'ordre, de sécurité, de protection notamment, apparaît, dans une certaine mesure, inadapté à la concurrence intrarégionale. C'est au motif d'une tradition, substantiellement, dirigiste¹³¹ tant au front – au regard de matières d'interface vectrices d'attractivité visant notamment l'optimisation fiscale (**Chapitre 2**) – qu'à l'arrière – au regard de matières moins perceptibles mais non moins fondamentales telles que l'encadrement du travail, de la consommation, de l'environnement, l'allocation de l'espace symptomatiques d'une maîtrise juridique de l'économie du tourisme des Antilles françaises (**Chapitre 1**).

¹³¹ « s'il faut diriger l'économie, les économistes auront sans doute à dire pourquoi et vers quel but, mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et par quelles sanctions » G. RIPERT, « *Aspect juridique du capitalisme moderne* », Revue économique, 1952, pp. 888-889.

Chapitre 1. La pré-affectation juridique des choix économiques du tourisme

14. **La relativisation du pouvoir d'entreprise.** Les actions économiques privées sont le produit de l'expression, variablement complexe, de droits et libertés économiques, hiérarchisés. Ces derniers n'emportent pas toujours la même valeur juridique comme en témoignent le droit de propriété, constitutionnellement garanti¹³², et le droit de la concurrence institué par voie d'ordonnance¹³³. Ne pouvant demeurer à l'écart de tout contrôle, ces actions sont essentiellement limitées par l'action du pouvoir public lequel intervient diversement sur le marché, concomitamment aux nécessités et externalités d'économie, pour restreindre ou fluidifier les rapports économiques. Moyennant un inventaire ordonné des principales manifestations de l'interventionnisme économique dans des domaines à portée touristique, pluriels par la diversité des objets juridiques, il ressort un encadrement unilatéral et vertical, préformé et pré-rédigé, des comportements économiques envisagé, parfois, en cause des dysfonctionnements du marché du tourisme des Antilles françaises. Il est, en France, un ensemble d'obligations inflexibles en ce qu'elles sont insusceptibles de transaction auxquelles devront satisfaire les opérateurs économiques privés s'ils souhaitent s'y épanouir. Selon l'objet sur lequel elles portent, elles concernent et influent plus (**Section 2**) ou moins (**Section 1**) directement sur la vie économique de l'entreprise et font obstacle, par là même, à la pleine saisissabilité de l'intérêt économique privé. Partant, elles peuvent être à l'origine d'un conflit d'intérêts – public ou privé – où l'un courberait l'échine devant l'indépassabilité de l'autre estimé supérieur.

¹³² Art. 2 et 17 de la DDHC. V. notamment, P. BON, « *Le statut constitutionnel du droit de propriété* », RFDA, 1989, p. 1009.

¹³³ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* n° 0285 du 9 décembre 1986, p. 14773.

Section 1. La virtualité de l'intérêt privé.

15. **Un droit du sol.** En France, ici, aux Antilles françaises, le sol, objet pluridimensionnel du droit, condition fondamentale de l'épanouissement de l'appareil économique, nécessite invariablement d'être protégé à plus forte raison à la lumière des externalités de l'activité touristique. Nous entendons le sol dans toutes ses dimensions : *par nature* – les fonds de terre et ce qui en résulte directement – et *par destination* – les choses naturellement détachées du sol mais qui semblent s'y rattacher pour des motifs économiques notamment à l'image du domaine public artificiel. Il est, substantiellement, un sujet partiel de droit ; il n'a que des droits aux vertus protectrices et n'est soumis à aucune obligation. Des droits de créance lui permettant d'exiger d'un débiteur potentiel – l'acteur économique privé –, par l'intermédiaire du pouvoir public, l'exécution d'une obligation. Nous l'aborderons dans sa forme passive : l'« obligation de ne pas faire »¹³⁴. Il en va ainsi de l'obligation de ne pas nuire à l'environnement (I), l'obligation de ne pas s'approprier le domaine public (II) quoiqu'il existe un courant d'adaptation du régime domanial de plus en plus soumis à la loi du marché¹³⁵.

I. L'objet environnemental au frontispice de l'économie

16. **Un dumping environnemental dans la Caraïbe.** Il n'est pas surprenant que le choix économique traditionnel, dans le cadre d'un investissement à l'étranger notamment, lorsqu'il est orienté à destination de la Caraïbe insulaire, se porte sur les autres îles réputées, sur cette question,

¹³⁴ **Nota bene** : l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a abandonné la distinction entre obligation de faire, de ne pas faire et de donner codifiée à l'ancien article 1101 du Code civil : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* », JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

¹³⁵ « La valeur du domaine est celle que lui attribuent les personnes potentiellement intéressées à l'occuper. Il est donc nécessaire pour les faire venir de rendre cet espace attractif, au-delà de sa seule localisation, en leur accordant des garanties juridiques » C. LAVIALLE, « *Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial* », in Hecquard-Théron, M. et Krynen, J. (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t.1 : Bilan & t. 2 : Réformes-Révolutions, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, pp. 253-267 (URL : <https://books.openedition.org/putc/1589?lang=fr#bodyftn30>). V. notamment, BROUANT, J.-P. *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1, 1995 ; CONSEIL D'ETAT, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Paris, La Documentation française, 2012 ; J. MORAND-DEVILLER, « *La valorisation économique du domaine public* », Mélanges en l'honneur de Roland Drago, Paris, Economica, 1996, p. 273.

moins armées et vigilantes, quoique velléitaires¹³⁶, à l'image d'une politique de traitement des déchets et/ou de conservation des sols relative, d'une souplesse administrative dans la délivrance des permis de construire¹³⁷ notamment. En effet, « (...) l'un des facteurs d'un développement insuffisant de l'écotourisme tient en partie à l'absence d'une législation/réglementation, et partant d'institutions, *ad hoc*, de nature à donner des prolongements formels concrets et opérationnels aux objectifs planifiés dans le secteur. (...) (*Les législation et réglementation*) qui se réfèrent à l'écotourisme, ou au tourisme durable, répondent encore à un objet et présentent un contenu plus ponctuels, généralement cantonnés aux domaines de la préservation des ressources de base, telles que les réserves naturelles, leurs ressources faunistiques et floristiques, ainsi que les sites à caractère culturel (...) »¹³⁸.

Il est ardu de contester que le droit de l'environnement est un droit des « pays riches »¹³⁹ – quant aux coûts divers qu'entraînerait sa mise en œuvre pour des pays à l'évolution progressive

¹³⁶ Les préoccupations environnementales jalonnent les textes constitutionnels – *e.g.* les articles 23 §1, 24 §1, 20 §9, 28 §1 et 104 de la Constitution du *Commonwealth* des Bahamas ; les articles 18 §8, 18 §9, 20 §1, 21 et 24 de la Constitution de la Barbade. Les Etats caribéens se dotent de lois en matière environnementale. Elles revêtent un caractère général – *e.g.* Antigua et Barbuda (*Environmental protection and Management Act n° 11* de 2015) ; Trinidad-et-Tobago (*Environmental Management Act n° 3* de 2000) notamment – et un caractère spécial, on le verra, en matière d'urbanisme. Elles intègrent les traités régionaux institutifs. Dans le *Traité révisé de Chaguaramas instituant la CARICOM* figurent des stipulations visant la protection de l'environnement : « (...) *la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ; la protection de la vie et de la santé des personnes, des animaux et des plantes (...)* » (Article 65). Le Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales annexé au *Traité révisé de Basseterre* établissant l'OECS va plus loin en donnant, dans son article 24, une force obligatoire à la Déclaration des principes de Saint George relative à la viabilité environnementale dans l'OECS. Il s'agit, au moyen de méthodes spécifiques, de « *limiter le plus possible la vulnérabilité environnementale, d'améliorer la gestion de l'environnement et de protéger la base des ressources naturelles (y compris historiques et culturelles)* ».

¹³⁷ **Nota bene** : Si, pour plusieurs territoires caribéens, la prise en compte de l'environnement intègre nécessairement le droit de l'urbanisme aux suites d'une actualisation du droit – *e.g.* les Bahamas (*Planning and Subdivision Act n° 4* de 2010) ; Trinidad et Tobago (*Planning and Facilitation of Development Act n° 10* de 2014) –, il pèse sur de nombreux textes, non amendés, une forte présomption d'obsolescence au regard de leur ancienneté – parmi les îles concurrentes des Antilles françaises : la Barbade (*Town and Country Planning Act n° 14* de 1968) ; la Jamaïque (*Town and Country Planning Act n° 42* de 1957) notamment – laquelle, on peut le craindre, est susceptible de porter atteinte à la concurrence régionale en viabilisant les effets d'aubaine. En outre, la mise en œuvre du droit récent, écologisé, de l'urbanisme dans la Caraïbe se heurte à la permissivité ou l'obstruction administratives – *e.g.* dans l'affaire *Benjamin v. Attorney General Et Al, High Court* (Antigua et Barbuda, n° AG 2007 HC 54), un permis de construire un parking à Victoria Park avait été octroyé par le « *Town and Country Planner* » sans consultation du public ni considération de l'impact environnemental ; voir aussi l'octroi d'un soutien préliminaire à l'approbation des plans du site à *Blackbeard's Cay* dans l'affaire *The Queen v. Gray Et Al, Supreme Court* (Bahamas, n° BS 2014 SC 80) ; autrement dans l'affaire *Anne Hendricks Bass v. Director of Physical Planning, Eastern Caribbean Supreme Court, High Court of Justice (Civil)* (Saint-Christophe-et-Niévès, n° NEVHCV 2016/0059), le directeur de l'aménagement du territoire avait refusé l'accès à l'information du public relative à l'impact environnemental de l'implantation d'un hôtel au motif que la demande de permis ne relevait pas du domaine public – rendues normatives dans un souci, lui-même normatif, d'attractivité et de compétitivité agrégées au délai et coût de l'accès à la justice environnementale (*Ensuring environmental access rights in the Caribbean. Analysis of selected case law*, Santiago, United Nations, 2018, p. 44 et s.)

¹³⁸ J.-M. BRETON, « *De Rio à Johannesburg : tourisme, écotourisme et développement durable dans la Caraïbe* », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. (Dir.) *Tourisme et développement durable*, *ibid*, p. 420.

¹³⁹ F. EWALD, « *Le droit de l'environnement : un droit de riches ?* », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, p. 14 et p. 17.

notamment. Il s'agit, en réalité, moins de la capacité à disposer d'un arsenal juridique complet¹⁴⁰ que de la capacité à le mettre en œuvre. Si la prise en compte environnementale ne constitue pas un obstacle naturel direct à l'investissement, elle l'est indirectement d'autant qu'il n'est pas exclu que les investisseurs aspireraient à s'établir dans un environnement au moins régulé. En France, pour ce qui nous concerne aux Antilles françaises, l'accès économique à l'environnement – le cas de la construction – est rendu long et difficile par une multiplicité de facteurs¹⁴¹. Le décideur économique se doit d'intégrer un coût écologique supplémentaire variablement amortissable. Les Antilles françaises sont le théâtre d'une atténuation, à tout le moins en théorie¹⁴², des droits et libertés économiques par une écologisation systémique poussée. L'environnement y est un objet fondamental du droit¹⁴³ particulièrement autonome¹⁴⁴. Pour parvenir à l'efficacité, il dispose de ses propres centres d'intérêts et méthodes comme l'illustrent la gestion des risques, des activités dangereuses, la lutte contre les pollutions et les nuisances ou encore la régulation des flux,

¹⁴⁰ Parmi les îles concurrentes des Antilles françaises, plusieurs – les Bahamas, la Barbade, la Jamaïque notamment – se sont évertuées à la mise en œuvre du Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992). *e.g.* l'accord contraignant sur l'accès à l'information, la participation du public et la justice en matière environnementale dans l'Amérique latine et les Caraïbes adopté à Escazú le 4 mars 2018. *v.* notamment, *Ensuring environmental access rights in the Caribbean. Analysis of selected case law*, Santiago, United Nations, 2018 ; ANDERSON, W. *Principles of Caribbean Environmental Law*, Washington, D.C, Environmental Law Institute, 2012. Toutefois, toutes les îles n'ont pas adopté de législation environnementale (URL : <https://www.caribbeanenvirolaw.org/fr/laws>).

¹⁴¹ « (La contrainte environnementale) est d'autant plus forte pour l'entreprise insulaire qu'elle se situe dans un espace à la fois limité et protégé, qu'elle évolue sur un marché restreint, néanmoins fortement concurrentiel, autant d'éléments qui contribuent à la rendre plus stricte » A. LAGUERRE, « *L'entreprise insulaire face aux contraintes environnementales* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 3, 2004, p. 197. Parenthèses ajoutées.

¹⁴² C. LEPAGE, « *Les véritables lacunes du droit de l'environnement* », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 123-133.

¹⁴³ Art. 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004 : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

¹⁴⁴ VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2016, pp. 168-175.

l'évaluation environnementale dénommée « étude d'impact »¹⁴⁵, la fiscalité¹⁴⁶, les indicateurs environnementaux¹⁴⁷, la participation du public¹⁴⁸. Il en devient innervant :

« (...) tous les domaines économiques ayant un impact sur l'environnement, en particulier en raison de leurs effets en termes de réchauffement climatique et de dégradation de la biodiversité, sont mobilisés par le droit : l'immobilier, la construction, la production, la distribution, l'agriculture »¹⁴⁹.

Il s'agit donc moins d'une *mobilisation par le droit* de ses autres objets que de leur inféodation par la dilatation de la norme environnementale. Dimorphe, elle emprunte une forme verticale (**A**) et une forme, relativement, horizontale (**B**) toutes deux dotées du *pouvoir de gérer les questions d'environnement*¹⁵⁰.

A – Une figure imposée

17. Une colonisation normative. En France, par extension aux Antilles françaises, l'environnement constitue une forteresse quasi-inexpugnable en vertu d'un glissement de la prévalence. On est, substantiellement, passé d'un droit à l'environnement à faible normativité¹⁵¹, sans pour autant complètement y renoncer – le point de départ de l'analyse est le sujet du droit –,

¹⁴⁵ Art. L. 122-1 et s. du Code de l'environnement. « L'étude d'impact est un document qui doit permettre à chaque autorité chargée de prendre une décision de prise en considération, d'autorisation, d'approbation ou d'exécution, d'apprécier l'ensemble des incidences de l'aménagement ou de l'ouvrage en cause sur l'environnement et d'en tirer les éléments justifiant la décision à prendre dans les limites de la compétence que lui confère la législation que cette autorité est chargée d'appliquer » (TA Nantes, 18 février 1982). Art. 5 §4 du Code mondial d'éthique du tourisme.

¹⁴⁶ X. CABANNES, « *La protection fiscale du droit à l'environnement* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 83-90 ; S. CAUDAL-SIZARET, « *Chronique de la fiscalité française de l'environnement en 2013* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° 2, 2014, pp. 311-330 ; C. DELIVRE, « *Fiscalité, territoires, environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 53-62.

¹⁴⁷ L'indicateur de fragilité des éco-systèmes et de bio-diversité, l'indicateur de traitement des déchets, l'indicateur d'intensité d'utilisation du sol, l'indicateur d'utilisation de l'eau, l'indicateur de protection de l'atmosphère. Ces indicateurs ont été dégagés par François Vellas de « travaux réalisés notamment par l'OMT et le PNUE ainsi que dans le cadre des travaux du Groupe de Développement avec le soutien de l'Union européenne », F. VELLAS, « *Les enjeux du tourisme durable dans les pays en développement* », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. (Dir.), *Tourisme et développement durable* : Actes du Colloque du CEREGMIA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003, pp. 46-48.

¹⁴⁸ Art. L. 121-1-A à L. 121-23 et L. 123-1-A à L. 123-19-8 du Code de l'environnement.

¹⁴⁹ M. BOUTONNET ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », D., 2014, p. 1335.

¹⁵⁰ B. JADOT, « *Le pouvoir de gérer les questions d'environnement : faire confiance à priori au "privé" ou au "public" ?* », in *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 211 et s.

¹⁵¹ L. TUPIASSU-MERLIN, « *En quête de la pleine effectivité du droit à l'environnement* » (<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/TupiassuTXT.pdf>).

à un droit de l'environnement¹⁵² normatif – le point de départ de l'analyse est l'objet du droit. Soit d'un anthropocentrisme juridique à un écocentrisme juridique confirmant l'hypothèse de l'existence de sujets de droit autres que l'individu¹⁵³ (§1). Partant, l'environnement noue des rapports étroits avec les autres objets du droit¹⁵⁴. La matérialisation des rapports économiques, par l'implantation commerciale, la construction immobilière notamment, est subordonnée à un préalable environnemental incontournable consacrant une sorte de dépendance des législations (§2).

§1. Un pré carré juridique

18. Un impérativisme. Le passage substantiel d'un droit à l'environnement à un droit de l'environnement a généré, en France, une conscientisation juridique qui s'est traduite par une protection accrue de l'objet environnemental (a) allant jusqu'à sa personnification juridique (b). En principe, seuls les sujets de droit peuvent prétendre à obtenir réparation d'un préjudice subi. Pourtant, la France est allée plus loin. Outre d'ériger l'environnement en droit fondamental de l'homme¹⁵⁵, elle lui reconnaît le droit d'être protégé¹⁵⁶ et d'obtenir réparation¹⁵⁷ lui prêtant ainsi des

¹⁵² Pour une étude d'ensemble, v. BOUTELET, M. ET FRITZ, J.-C. *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 345 p. ; *L'ordre public écologique. Du concept à la juridicité*, Droit et Culture, n° 68, 2014, 256 p. ; L. FONBAUSTIER, « *L'ordre public environnemental et les mutations de l'action publique* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 141-156 ; B. LAVILLE, « *L'ordre public écologique. Des troubles de voisinages à l'aventure anthropocène* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 58, 2015, pp. 317-336 ; E. NAIM-GESBERT, « *L'irrésistible ordre public écologique. Risque et Etat de droit* », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, *op. cit.*, pp. 1323-1341 ; M. PRIEUR, « *Vers un droit de l'environnement renouvelé* », Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier « Constitution et environnement », n° 15, Janvier 2004 (URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/vers-un-droit-de-l-environnement-renouvele>) ; « *Le droit de l'homme à l'environnement en droit constitutionnel comparé dans les États de la Communauté européenne* », RJE, n° 4-1994, p. 313 et s.

¹⁵³ Sur cette question, v. S. BOURAOUI, « *De l'analyse substantielle en droit de l'environnement* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, *op. cit.*, pp. 16-17 ; S. GUTWIRTH, « *Trente ans de théorie du droit de l'environnement : concepts et opinions* », Environnement et Société, n° 26, 2001, pp. 5-17.

¹⁵⁴ J. MALLET ET G. MARTIN, « *L'intégration substantielle des préoccupations environnementales dans le système juridique* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, *op. cit.*, pp. 245-273.

¹⁵⁵ Art. 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004. Ainsi, « titulaires d'un droit subjectif, les usagers de l'environnement peuvent voir leurs prérogatives protégées de façon automatique sur le modèle de droits réputés inviolables, tels que le droit de propriété ou les droits de la personnalité » MARTIN, G. *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Nice, 1976, p. 261.

¹⁵⁶ Art. 2 de la Charte de l'environnement de 2004 : « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » ; Art. 3 de la Charte de l'environnement de 2004 : « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ».

¹⁵⁷ Art. 4 de la Charte de l'environnement de 2004 : « *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ».

caractéristiques inhérentes à la personne humaine. Cela exhorte les pollueurs potentiels à s'assurer bien que les niveaux assurantiels en la matière demeurent faibles¹⁵⁸.

a- Un ordre juridique environnemental

19. Au commencement, l'objet environnemental. Si, la plupart du temps, sa prise en compte intègre une approche naturaliste¹⁵⁹, elle s'ouvre aussi à une approche culturaliste que nous ne retiendrons pas – « l'environnement comprend - les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; - les biens qui composent l'héritage culturel ; et - les aspects caractéristiques du paysage »¹⁶⁰.

20. Un droit de l'environnement. L'impact du tourisme – désignant aussi bien l'acteur économique, tel que l'industriel, le promoteur immobilier, le transporteur, l'exploitant hôtelier, l'exploitant agricole, le voyageur, que le politique –¹⁶¹, mais pas exclusivement, sur l'environnement s'est révélé, au fil des ans, désastreux. Il a fallu le protéger contre de multiples atteintes, ou risques d'atteintes, visibles ou invisibles¹⁶². On ne saurait s'étonner qu'aujourd'hui, le champ des occurrences allant dans le sens d'une véritable éthique du tourisme s'accroisse : « écotourisme » ; « tourisme écologique » ; « tourisme durable » ; « tourisme viable » ; « tourisme vert » ; « tourisme

¹⁵⁸ Sur cette question, v. E. ABRASSART, « *La réponse assurantielle* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 231-235 ; M.-L. DEMEESTER, « *L'assurance et les techniques alternatives de financement des dommages environnementaux* » in Viney, G., Dubuisson, B., Brun, P. et Thunis, X. (Dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 483.

¹⁵⁹ « *les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité* » Art. L.110-1, I, al. 1^{er} du Code de l'environnement.

¹⁶⁰ Art. 2 al. 1^{er} de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993.

¹⁶¹ « Les impacts du tourisme (...) proviennent de la construction d'infrastructures (hôtels, marinas, transports, installations de traitement des déchets, installations d'épis, par exemple) et d'installations d'activités de loisirs (terrains de golf, sports nautiques, parcs thématiques, accès à la plage et parkings, etc.) » M. Prieur cité in BOUIN, F. *Les collectivités territoriales et le tourisme*, Paris, éditions Le Moniteur, 2007, p. 95. Sur le transport, v. notamment, P. JANIN, « *Les infrastructures de transport dans l'environnement : intégration ou effraction ?* », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/3, vol. 41, pp. 451-467 ; G. LANDRIEU, P. COUSSY, S. FURLAN ET E. JOURDAIN, « *L'évaluation des effets externes du transport sur l'environnement* », Colloque scientifique International « Transport et pollution de l'air », Avignon, juin 1997, pp. 257-264.

¹⁶² Art. 3 « Le tourisme, facteur de développement durable » du Code mondial d'éthique du tourisme.

responsable »¹⁶³. C'est ainsi qu'en France, l'entreprise est l'obligée de l'environnement¹⁶⁴. Ce dernier fait l'objet d'une intervention du pouvoir, plus ou moins directe dans l'économique, au profit de l'intérêt général – « (...) le but d'intérêt général (...) s'attache à la protection de l'environnement (...) »¹⁶⁵. Elle se présente par une juridicisation intensive¹⁶⁶ avec à sa base, plusieurs principes fondamentaux¹⁶⁷, dont le respect est assuré, *a priori*, par une administration spéciale aux

¹⁶³ Pour une approche insulaire, v. notamment, BRETON, J.-M. (DIR.), *L'écotourisme : un nouveau défi pour la Caraïbe ?*, Paris, Karthala, Colloque « Îles et pays d'outre-mer », vol. 1, 2001, 456 p. ; DEHOORNE, O. ET TRANSLER, A.-L. (DIR.), *Etudes Caribéennes*, n° 6 : *L'écotourisme dans la Caraïbe*, Paris, Publibook, 2007, 190 p. ; LOGOSSAH, K. et SALMON, J.-M. (Dir.), *Tourisme et développement durable : Actes du Colloque du CEREGMLA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003*, op. cit. ; J.-M. BRETON, « Paradigme d'écotourisme et sociétés traditionnelles en mutation : le cas de l'outre-mer français », *Téoros*, 23-2, 2004, pp. 54-60 ; J.-M. BRETON, « Tourisme alternatif et développement durable dans la Caraïbe », *Téoros*, 26-1, 2007, pp. 46-51 ; M. COUTURE, « L'écotourisme : un concept en constante évolution », *Téoros*, vol. 21, n° 3, 2002, pp. 5-13 ; O. DEHOORNE, F. NICOLAS ET P. SAFFACHE, « Pour un tourisme durable dans la Grande Caraïbe », art. cit. ; J. TARDIF, « Écotourisme et développement durable », *Vertigo* - la revue électronique en sciences de l'environnement, vol. 4, n° 1, 2003 (URL : <https://journals.openedition.org/vertigo/4575>).

¹⁶⁴ P. STEICHEN, « Entreprises et droit de l'environnement : les obligations de l'entreprise liées au droit de l'environnement », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 405-438.

¹⁶⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003 sur la loi de finances rectificative pour 2003, *JORF* du 31 décembre 2003, 22652 p., *Rec.*, p. 480, cons. 8.

¹⁶⁶ **Sur le normativisme pur** : en France, la protection de l'environnement acquiert une valeur constitutionnelle (Alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958). *Confer* Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697, texte n° 2. Le droit de l'environnement fait l'objet d'une codification précise dans un « Code de l'environnement » (Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement, *JORF* n° 0219 du 21 septembre 2000, p. 14792, texte n° 39. Six livres sont ainsi créés). v. BOUIN, F. *Tourisme et droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 2000, 501 p. ; VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, op. cit. ; G. DRAGO, « Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement », *AJDA*, 2004, n° 3, p. 133 ; M. PRIEUR, « Le Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs, Droit et environnement*, n° 127, 2008, p. 49.

Aussi, est-il le produit de l'influence, relative certes, de droits extra-nationaux. Pour une étude d'ensemble, v. notamment, ARBOUR, J.-M. et al. *Droit international de l'environnement*, Québec, Ed. Yvon Blais, 2016, 1527 p. ; COSTA DE OLIVEIRA, C. *La réparation des dommages environnementaux en droit international : contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012, 472 p. ; PRIEUR, M. (DIR.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones : Actes des troisièmes journées scientifiques du Réseau de droit de l'environnement de l'Agence universitaire de la francophonie*, Yaoundé, 14-15 juin 2001, Limoges, Pulim, 2003, 580 p. ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op. cit., pp. 41-57 ; M. BOTHE, « La protection internationale de l'environnement. Allocation efficace de ressources, justice distributive et intérêt commun », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op. cit., pp. 435-460 ; F. BOUIN, « La régulation du tourisme durable dans les régions ultrapériphériques par le droit international de l'environnement », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. (Dir.), *Tourisme et développement durable : Actes du Colloque du CEREGMLA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003*, op. cit., pp. 454-466 ; V. JAWORSKI, « Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 115-128 ; Y. PETIT, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 36, n° 1, 2011, pp. 31-55 ; M. PRIEUR, « L'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement : Actes de la réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF », Porto-Novo, 2008, pp. 291-301.

Sur le normativisme impur : v. notamment, MONTEILLET, V. *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2015, 732 p. ; HAUTEREAU-BOUTONNET, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, op. cit. ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Les contrats environnementaux », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, op. cit., pp. 443-480.

¹⁶⁷ Art. 110-1, II du Code de l'environnement : « (...) 1° Le principe de précaution (...); 2° Le principe d'action préventive et de correction (...); 3° Le principe pollueur-payeur (...); 4° Le principe selon lequel toute personne a le droit d'accéder aux informations

fonctions à la fois consultative, préventive et coercitive¹⁶⁸ et, *a posteriori*, par les juges administratif¹⁶⁹ et judiciaire¹⁷⁰. Il peut s'agir de sa démocratisation¹⁷¹, de son institutionnalisation¹⁷², de sa spécialisation¹⁷³, de la création d'une intervention préventive assortie d'une visée réparatoire¹⁷⁴ notamment. A ces fins, il est le champ d'une programmation particulière allant dans le sens d'une

relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ; 5° Le principe de participation (...) ; 6° Le principe de solidarité écologique (...) ; 7° Le principe de l'utilisation durable (...) ; 8° Le principe de complémentarité entre l'environnement (...) ; 9° Le principe de non-régression (...) ». VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, 66-153 pp. D'autres principes ont été dégagés par la doctrine notamment v. également, R. HOSTIOU, « *Vers un nouveau principe général du droit de l'environnement. Le principe 'protecteur-payeur'* », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, *op. cit.*, pp. 567-575 ; VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, *ibid.*, pp. 153-156.

¹⁶⁸ **Un service public déconcentré** : les Antilles françaises disposent d'institutions spécifiques parmi lesquelles une DAAF, une DEAL – produit d'une fusion entre la DIREN, la DRIRE, de la DDE notamment –, une Direction de la mer (Art. 1 à 13 du Décret n° 2010-1582 du 17 décembre 2010 relatif à l'organisation et aux missions des services de l'Etat dans les départements et les régions d'outre-mer, à Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon) ou encore, plus récemment, l'Agence française pour la biodiversité (Art. 20 et s. de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages). **Un service public décentralisé** : *exempli gratia* les pouvoirs étendus du maire (Art. L. 2212-2, 5° du Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. 2212-3 du CGCT, Art. L. 2213-4 et s. du CGCT, Art. L. 2224-14 du CGCT notamment). Pour une étude d'ensemble, v. notamment, RADIGUET, R. *Le service public environnemental*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2016 ; V. INSERGUET-BRISSET ET J.-F. INSERGUET, « *Les approches volontaires et les collectivités territoriales* » in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 293-308 ; M.-A., PRIEUR, M., MAKOWIAK, J., BETAÏLLE, J., DELZANGLES, H. ET STEICHEN, P. *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 211-359 ; P. BILLET et M. DUROUSSEAU, « *Principes constitutionnels et principes généraux d'attribution des compétences entre l'état et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 17-24 ; J.-M. BRETON ET AL., « *Territoires ultramarins et compétences environnementales les DOM-ROM* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 163-184.

¹⁶⁹ Pour une vue d'ensemble, v. COHENDET, M.-A., PRIEUR, M., MAKOWIAK, J., BETAÏLLE, J., DELZANGLES, H. ET STEICHEN, P. *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 1114-1119 ; « *Le juge administratif et le droit de l'environnement* » in Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 1^{er} juin 2015 ; C. HUGLO ET G. PAUL, « *Contentieux administratif de l'environnement* », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1137, 2016 ; B. POUJADE, « *La protection du droit à l'environnement par le juge administratif : l'exemple du contrôle juridictionnel des grands équipements publics* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, *op. cit.*, pp. 39-50 ; M. PRIEUR, « *Les tribunaux administratifs, nouveaux défenseurs de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, 1997, p. 237 ; A. VAN LANG, « *Droit répressif de l'environnement : perspectives en droit administratif* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 33-46.

¹⁷⁰ Pour une vue d'ensemble, v. COHENDET, M.-A., PRIEUR, M., MAKOWIAK, J., BETAÏLLE, J., DELZANGLES, H. ET STEICHEN, P. *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 1089-1113 ; COURTAIGNE-DESLANDES, C. *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Atelier national de reproduction des thèses (ANRT), Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2010, 757 p. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Code pénal et environnement* », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Paris, Dalloz, 2017, pp. 355-364 ; C. LARONDE-CLERAC, « *Droit pénal de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, 2014/4, vol. 39, pp. 651-664 ; F. NESI, « *Le juge et le droit à l'environnement* », in Chamboredon, A. (Dir.), *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 139-148.

¹⁷¹ Art. L. 120-1 et s. du Code de l'environnement.

¹⁷² Art. L. 131-1 et s. du Code de l'environnement.

¹⁷³ *Exempli gratia* : l'eau et les milieux aquatiques et marins (Art. L. 210-1 et s. du Code de l'environnement) ; l'air et l'atmosphère (Art. L. 220-1 et s. du Code de l'environnement) ; le littoral (Art. L. 321-1 du Code de l'environnement) ; le patrimoine naturel (Art. L. 411-1 A et s. du Code de l'environnement) ; la chasse (Art. L. 420-1 et s. du Code de l'environnement).

¹⁷⁴ Art. L. 160-1 et s. du Code de l'environnement ; Livre V : Prévention des pollutions, des risques et des nuisances du Code de l'environnement.

maximisation de son bien-être. On pense notamment au Grenelle de l'environnement I et II¹⁷⁵. Cet objet du droit, pluripolaire – les sécurité, salubrité publiques, la nature, les sites, les monuments notamment –, traverse indistinctement et variablement les matières et branches du droit en rapport direct ou indirect avec le marché, ici du tourisme lieu-carrefour de droits :

« Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément »¹⁷⁶.

Ignorant la *summa divisio* droit public-droit privé, il irrigue ainsi aussi bien le droit civil *via*, notamment, les quotas d'émissions de gaz à effet de serre¹⁷⁷, la notion de trouble anormal du voisinage¹⁷⁸ – le trouble constitué pouvant être d'ordre olfactif, sonore – relativisant l'absoluité du droit de propriété que le droit administratif des biens *via*, notamment, la théorie du bilan coûts-avantages à fin de contrôle des déclarations d'utilité publique¹⁷⁹. Il pénètre les préoccupations

¹⁷⁵ Confer Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* n° 0179 du 5 août 2009, 13031, texte n° 2 (dite « Grenelle I) et Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 0160 du 13 juillet 2010, 12905 p., texte n° 1 (dite « Grenelle II »). V. notamment, « Présentation de la loi portant engagement national pour l'environnement (Grenelle 2) », Revue juridique de l'environnement, 2010/5, n° spécial, pp. 1-252 ; P. LASCOUMES, « Des acteurs aux prises avec le « Grenelle Environnement », Participations, 2011/1, n° 1, p. 279 ; J.-L. PISSALOUX, « Entrée : Grenelle de l'environnement et lois "Grenelle 1" et "Grenelle 2" », in J.-L. Pissaloux (dir.), *Dictionnaire : Collectivités territoriales et développement durable*, Paris, Lavoisier, Environnement, 2017, pp. 233-241. v. également, BOY, D., BRUGIDOU, M., HALPERN, C. ET LASCOUMES, D. *Le Grenelle de l'environnement*, Paris, Armand Colin/Recherches, 2012, 352 p.

¹⁷⁶ Art. 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (3-14 juin 1992).

¹⁷⁷ Art. 714 du Code civil. B. LE BARS, « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004 », *JCP G* 2004, I, p. 148.

¹⁷⁸ « (...) nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage » (Cass. civ. 3^e, 13 novembre 1986, n° 84-16379 *Bull.*). v. également, Cass. civ. 2^e, 3 mars 2016, n° 14-14534, inédit. V. notamment, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection du voisinage et de l'environnement*, Travaux du congrès de Paris-Bordeaux, 28 mai-2 juin 1976, Lyon-Trévoux Publications Périodiques Spécialisées, 1979, 464 p. ; M. BOUTELET, « La place de l'action pour trouble de voisinage dans l'évolution du droit de la responsabilité civile en matière d'environnement », *JCP E*, 1999, p. 6 ; F. HAUMONT, « La notion de trouble anormal du voisinage à la croisée du droit privé et du droit public », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », *op. cit.*, pp. 175-183.

¹⁷⁹ La prévalence des implications environnementales n'était à l'origine qu'implicite et marginale (CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle-est*, n° 78825). Désormais, « (...) une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique (...) » (CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT*, n° 342409, pt. 37).

urbanistiques, en passant par le droit des collectivités territoriales¹⁸⁰, le droit pénal¹⁸¹ voire les droits de l'homme¹⁸².

21. Une maîtrise de l'économie. Si, formellement, « (...) l'environnement est devenu un droit de même valeur que le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre »¹⁸³, ce qui revient à considérer qu'il peut faire l'objet de relativisation par la mise en jeu de droits de puissance équivalente, substantiellement, il les supplante¹⁸⁴.

« (...) il faut admettre que le développement de l'entreprise, l'accroissement de son chiffre d'affaires, le gain de parts de marché, sont des objectifs traditionnels de l'entreprise. Il n'en va pas du tout de même des piliers environnementaux et sociaux qui, lorsqu'ils sont pris en compte, peuvent conduire à poser sur l'intérêt social un nouveau regard »¹⁸⁵.

C'est ainsi que le droit de l'environnement apparaît, en France, en maître de l'économie – encadrement poussé du foncier, frein à l'urbanisme, déconcentration des flux touristiques. C'est un droit coûteux en temps, en argent – l'engagement de ressources budgétaires (privées ou publiques), la multiplicité des autorisations environnementales, les longueurs et lenteurs des procédures, les actions en réparation du préjudice environnemental – et en expertise – la facture de la règle de droit est parfois livrée à la science. Parallèlement, il est le terrain de l'insécurité juridique. Par son opulence normative, son approximation – l'imprévisibilité de la matérialisation des externalités

¹⁸⁰ E.g. La police municipale (Art. L. 2212-2, 5° du Code général des collectivités territoriales). V. notamment *Décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, textes rassemblés par Karine Foucher et Raphaël Romi, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, 216 p. ; DENOLLE, A.-S. *Le maire et la protection de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Caen, 2013 ; LE DUFF, R. et RIGAL, J.-J., *Maire et environnements, menaces ou opportunités ?*, Paris, Dalloz, 2000, 385 p.

¹⁸¹ Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, *JORF* n° 0010 du 12 janvier 2012, p. 564, texte n° 6 et décret n° 2014-368 du 24 mars 2014 relatif à la transaction pénale prévue à l'article L. 173-12 du code de l'environnement, *JORF* n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5957, texte n° 21. Sur cette question, voir notes n° 170 et 230.

¹⁸² « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permettra de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures » (Principe 1 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972). Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme qu'une nuisance grave constitue une violation de l'article 8 C^oEDH notamment (CEDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c/Espagne*, série A n° 303-C, §51 ; CEDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c/Espagne*, req. N° 4143/02, §53). V. notamment *Manuel sur les droits de l'Homme et l'environnement*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2012 ; J.-P. COST ET P. TITIUN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 31-41 ; J.-P. MARGUENAUD, « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2003, pp. 15-21 ; Y. WINISDOERFFER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 2003, pp. 213-228.

¹⁸³ M. PRIEUR, « *Vers un droit de l'environnement renouvelé* », art. cit.

¹⁸⁴ Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes, *JORF* n° 0027 du 1^{er} février 2020, texte n° 100, pt. 4 et 10 (primauté de la protection de l'environnement sur la liberté d'entreprendre).

¹⁸⁵ G. J. MARTIN, « *Les enjeux juridiques du développement durable pour l'entreprise* », in Magnier, V. et Fonbaustier, L. *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, Collection « Thèmes et commentaires », 2013, p. 46.

négatives¹⁸⁶, sa complexité, son perpétuel mouvement exhortant à l'anticipation à long terme, ainsi que son caractère diffus¹⁸⁷, il répudierait les objectifs essentiels du droit : l'efficacité et la lisibilité¹⁸⁸.

Si les préoccupations environnementales ne sont pas, dans l'absolu, économiquement rédhibitoires, elles demeurent, majoritairement, pour de petites économies telles que celles des Antilles françaises régionalement déloyalement concurrencées, une cause de dissuasion économique d'autant qu'elles intègrent en la matière un droit de la responsabilité plurifonctionnel¹⁸⁹.

b- La reconnaissance d'un préjudice spécifique

22. La responsabilité environnementale : modernisation d'une catégorie juridique fondamentale¹⁹⁰. Aux Antilles françaises, l'entreprise transgressive du droit de l'environnement – droit opposable *erga omnes* – s'expose à une action en responsabilité multidirectionnelle : pénale¹⁹¹, administrative¹⁹², civile¹⁹³. C'est précisément sur ce dernier point, apparu litigieux, qu'il nous

¹⁸⁶ « (...) tant que n'aura pas été repensé notre rapport à la nature, tant que n'aura pas été découvert ce qui nous en distingue et ce qui nous lie à elle, nos efforts seront vains, comme en témoigne la très relative effectivité du droit de l'environnement et la très modeste efficacité des politiques publiques en ce domaine » F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003, p. 8.

¹⁸⁷ E. NAIM-GESBERT, « *Maturité du droit de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 35, n° 2, 2010, pp. 231-240.

¹⁸⁸ C. LEPAGE, « *Les véritables lacunes du droit de l'environnement* », *art. cit.*

¹⁸⁹ F. G. TREBULLE, « *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, *op. cit.*, pp. 17-43.

¹⁹⁰ La responsabilité est une catégorie juridique fondamentale (FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 57 et s.). L'expression « catégorie juridique » désigne « un regroupement d'objets soumis au même régime juridique » G. J. Guglielmi, « *Introduction : les habits neufs de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, pp. 15-23, spéc. p. 15.

¹⁹¹ Sur l'engagement de la responsabilité de la personne morale, v. Art. L. 121-2, al. 1^{er} du Code pénal. v. notamment, C. LEPAGE-JESSUA, « *La responsabilité pénale des personnes morales en matière d'environnement* », LPA, 1993, n° 153, p. 4. Sur l'engagement de la responsabilité du dirigeant personne physique, v. Art. L. 173-3, 1° du Code de l'environnement. v. notamment, M. BAYLE, « *La responsabilité pénale des dirigeants de société en droit français de l'environnement* », *RD com.* 1992, 8, p. 672.

¹⁹² Art. L. 162-1 et s. du Code de l'environnement. v. notamment, O. FUCHS, « *Responsabilité administrative et mise en œuvre de la directive n° 2004/35/CE par l'autorité compétente* » in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, *op. cit.*, pp. 297-298 pp.

¹⁹³ Art. 1246 et s. du Code civil.

appartiendra de nous apesantir. Il tient à l'engagement de la responsabilité, à fins réparatoires, au moins compensatoires¹⁹⁴, de l'auteur d'un préjudice écologique pur¹⁹⁵ :

« Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »¹⁹⁶.

On a pu croire en le plafonnement de la responsabilité environnementale¹⁹⁷, mais le droit de la responsabilité environnementale connaît, aujourd'hui, un sursaut résultant de la prise en compte du préjudice écologique. Elle résulte tout d'abord de la loi de transposition de la directive n° 2004/35/CE du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale¹⁹⁸. Cette dernière définit le dommage environnemental et introduit aux articles L. 162-1 et s. du Code de l'environnement une obligation de réparer qui incombera à l'autorité administrative de garantir la satisfaction¹⁹⁹. Elle

¹⁹⁴ « Les procédés de réparation en nature ne peuvent que compenser le préjudice. Il n'y a, à cet égard, qu'une différence d'efficacité entre la réparation en nature et la réparation en argent, la réparation en nature permettant parfois une meilleure adéquation de la compensation au préjudice » ROUJOU DE BOUBEE, M.-E. *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 208. v. notamment, P. STEICHEN, « *Le principe de compensation : un nouveau principe du droit de l'environnement ?* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, *op. cit.*, pp. 143-162.

¹⁹⁵ Le pur préjudice écologique est « l'atteinte au milieu naturel composé de choses communes parfois désignées comme des "biens-environnement" » (l'eau, l'air, la flore et la faune sauvage...) » VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 295, n° 305. V. également, GUEYE, D. *Le préjudice écologique pur*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 2011. G.-J. MARTIN, « *Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le préjudice écologique pur* », in *Droit et environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 115 ; T. TACHEIX, « *Le dommage de non-restauration de l'environnement et la pollution optimale* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, pp. 1657-1670.

¹⁹⁶ Cass. civ. 2^e, 25 mai 1960, *Bull.*

¹⁹⁷ Art. 4 de la Charte de l'environnement de 2004 : « *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ». v. A. VAN LANG, « *L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, *op. cit.*, p. 50. v. notamment, Y. JEGOUZO, « *Propos sur l'article 4 de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Un droit à la réparation du préjudice écologique* », in *L'Etat, le Droit, le Politique*, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard, Paris, Dalloz, 2014, pp. 243-251.

¹⁹⁸ Directive n° 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOCE* n° L. 143 du 30 avril 2004, pp. 56-75 transposée par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *JORF* n° 0179 du 2 août 2008, 12361 p., texte n° 2. Sur ce point, v. notamment, C. HERMON, « *La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004* », *AJDA*, 2004, p. 1792 ; C. HUGLO, « *Regard du praticien publiciste sur la loi 2008/757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale* », *Environnement*, 2008, étude 13 ; A. KARAMAT, « *La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale : défis principaux de la transposition et de la mise en œuvre* » in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, *op. cit.*, pp. 207-210 ; P. KROMAREK et M. JACQUEAU, « *Réflexions autour de la transposition de la directive sur la responsabilité environnementale en droit français* », *Environnement*, 2004, étude 18 ; A. WAITE, « *Reflections on the European Union's environment liability Directive 2004/35/CE* », in *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, *op. cit.*, pp. 577-588.

¹⁹⁹ Art. 3 §3 de la directive n° 2004/35/CE précitée : « *Sans préjudice de la législation nationale pertinente, la présente directive ne confère aux parties privées aucun droit à indemnisation à la suite d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente*

résulte ensuite de l'échec du dispositif général relatif à la responsabilité civile – l'ancien article 1382, désormais article 1240 du Code civil, limité aux préjudices subis par les personnes²⁰⁰ – à proposer un régime de responsabilité complet. Il est dorénavant complété par un régime spécial de réparation des atteintes causées à l'environnement : « le préjudice écologique » ou dommage environnemental réparable. Cette terminologie sourd d'une vision utilitariste du droit de l'environnement ; une partie de la doctrine s'attache à différencier le dommage du préjudice – le premier est « une atteinte factuelle à l'environnement », le second « la lésion d'un droit protégé ou d'un intérêt légitime »²⁰¹. Si la réparation du préjudice est, en principe, individuelle, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle introduit l'action de groupe²⁰² pour les préjudices matériels exception faite des préjudices moraux²⁰³ dont l'appréciation juridique est indistinctement confiée aux juges administratif et civil.

23. L'indemnisation du préjudice environnemental. Elle trouve sa source dans l'affaire de l'*Erika*²⁰⁴ :

« (...) le préjudice écologique résultant d'une atteinte aux actifs environnementaux non marchands, réparable par équivalent monétaire (...) objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et

d'un tel dommage ». v. notamment, A. VAN LANG, « La directive "responsabilité environnementale" et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », *Droit administratif*, juillet 2005, n° 7.

²⁰⁰ Art. 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Nous soulignons.

²⁰¹ Contribution de Marie-Pierre Camproux-Duffrene in « Le rôle du droit dans la protection de l'environnement », Actes du séminaire organisé par la Plateforme RSE du 30 mai 2018 à France Stratégie, septembre 2018, (URL : <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-actes-role-droit-protection-environnement-14-09-2018.pdf>, 34 p.).

²⁰² Une approche collectiviste de la réparation afin de pallier la massivité de victimes d'un même préjudice.

²⁰³ Art. L. 142-3-1 du Code de l'environnement (loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1). M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « L'accès au juge civil français en cas d'atteintes à l'environnement : une diversité d'actions pour répondre à la diversité des préjudices », in Betaille, J. (Dir.) *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J.-Lextenso, 2016, pp. 203-224.

²⁰⁴ Cass. crim., 25 septembre 2012, *Erika*, n° 10-82938, *Bull.* V. notamment, P. DELEBECQUE, « L'arrêt 'Erika' : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012, p. 2711 ; P. DELEBECQUE, « Après l'arrêt Erika », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, op. cit.*, pp. 163-174 ; M. MOLINER-DUBOST, « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement », *AJ Collectivités territoriales*, 2012, p. 620 ; A. MONTAS ET G. ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ Pénal*, 2012, p. 574 ; L. NEYRET, « L'affaire de l'Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010, chron., p. 2238 ; L. NEYRET, « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », *D.* 2008, p. 2681 ; A. VAN LANG, « Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire », *AJDA*, 2008, p. 934.

l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime »²⁰⁵.

Mais, il faut attendre la loi du 8 août 2016²⁰⁶ pour une consécration par le droit objectif de l'action en réparation du préjudice écologique dont le régime juridique est fixé aux articles 1246 à 1252 et 2226-1 du Code civil. Somme toute, une responsabilité civile environnementale²⁰⁷ invocable exclusivement devant le juge civil.

24. Le préjudice environnemental réparable.

« Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »²⁰⁸.

En principe, pour engager la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage, la victime doit rapporter la preuve d'un fait générateur de responsabilité, d'un préjudice – direct, certain et personnel²⁰⁹ – et d'un lien de causalité²¹⁰. Telles sont les catégories traditionnelles du droit de la responsabilité civile que l'on croyait jusqu'ici inamissibles.

Un fait générateur de responsabilité. Il résulte du dispositif qu'il peut résulter d'une faute – responsabilité pour faute –²¹¹ ou d'une absence de faute – responsabilité sans faute –²¹². Dans ce

²⁰⁵ Arrêt *Erika*, précité.

²⁰⁶ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, précitée. V. notamment, H. ADIDA-CANAC, « *Le préjudice écologique : l'affaire Erika et ses suites* », Justice et cassation, 2017, p. 60 ; A.-S. EPSTEIN, « *La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile* », D., 2016, p. 1236 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET ET E. TRUILHE-MARENGO, « *Quel modèle pour le procès environnemental ?* », D., 2017, p. 827 ; L. NEYRET, « *La consécration du préjudice écologique dans le Code civil* », D., 2017, p. 924.

²⁰⁷ Sur la justification de l'introduction d'une responsabilité civile spécifique aux atteintes environnementales dans le Code civil, v. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « *Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, *op. cit.*, pp. 105-129 ; B. PARANCE, « *Plaidoyer pour une réparation cohérente des dommages causés à l'environnement* », in *id.*, pp. 445-456 ; G. VINEY, « *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour rien ?* », in *id.*, pp. 555-576.

²⁰⁸ Art. 1247 du Code civil.

²⁰⁹ VAN LANG, A. *Droit de l'environnement, op. cit.*, pp. 295-305, n° 305 à 315. L'auteur postule le caractère alternatif des critères traditionnels de matérialisation du préjudice en matière environnementale ce qui est de nature à altérer la fonction réparatoire de la responsabilité civile.

²¹⁰ LEQUETTE, Y., TERRE, F., SIMLER, P. ET CHENEDE, F., *Droit civil. Les obligations, op.cit.*, pp. 969-1172.

²¹¹ Art. 1247 du Code civil : « *Est réparable (...) le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».

²¹² Art. 1251 du Code civil : « *Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable* » et Art. 1252 du Code civil : « *Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* ».

dernier cas, chacun est responsable du risque qu'il a créé. Ce n'est que s'il est suffisamment certain²¹³ soit qu'il constitue *une menace imminente de dommage causé à l'environnement ; une probabilité suffisante que survienne un tel dommage dans un avenir proche*²¹⁴ qu'il intégrera le champ du préjudice réparable.

Un préjudice. Certains des caractères traditionnels du préjudice réparable sont dilués. Sans se prononcer pour une nomenclature précise de l'atteinte environnementale, les rédacteurs du texte ont opté pour la détermination d'un seuil de gravité, pour le moins flou : l'atteinte doit être *non négligeable*²¹⁵. Ainsi, on imagine facilement que la tradition des prétoires – *de minimis non curat praetor* – achèvera d'éclaircir d'elle-même ce seuil. Pour autant, il n'y a pas de victime. A moins de considérer l'environnement comme un sujet de droit, le préjudice ne saurait être personnel comme le seraient la perte d'une chance éprouvée par l'hôtelier dans la cadre de l'exploitation d'une plage polluée ou l'atteinte à la réputation de son exploitation ou encore des blessures causées par une exposition, prolongée ou ponctuelle, à des matières dangereuses. S'il est porté atteinte aux éléments essentiels de l'environnement, il ne saurait agir en son nom propre²¹⁶.

Un lien de causalité. Si la preuve d'un lien effectif entre le dommage et le fait générateur de dommage n'est pas chose aisée en matière environnementale compte tenu des coûts et niveaux d'expertise qu'elle requiert, cela réduisant considérablement le droit fondamental d'accès à un juge pour les moins fortunés, par tradition, les tribunaux se prononcent pour un assouplissement de la causalité juridique par le recours aux présomptions²¹⁷ voire au raisonnement déductif : « l'absence de toute autre circonstance de nature à expliquer la survenance du dommage »²¹⁸. L'imputabilité du préjudice environnemental est ainsi grandement facilitée.

25. Précaution. Nonobstant le caractère restrictif du libellé retenu – « préjudice écologique »²¹⁹ –, il subsiste une interrogation quant au dispositif qui l'encadre. Il est introduit à l'article 1248 du Code civil une liste non exhaustive à portée indicative d'exemples de titulaires de

²¹³ Cass. civ., 1^{re}, 28 novembre 2007, n° 06-19405, *Bull.* ; Cass. civ., 2^e, 15 mai 2008, n° 07-13483 *Bull.*

²¹⁴ Art. L. 161-1, III du Code de l'environnement. « *En cas de menace imminente de dommage, l'exploitant prend sans délai et à ses frais des mesures de prévention afin d'en empêcher la réalisation ou d'en limiter les effets. (...)* » (Art. L. 162-3 du Code de l'environnement). « (...) *Il prend sans délai et à ses frais des mesures visant à mettre fin à ses causes, à prévenir ou à limiter son aggravation ainsi que son incidence sur la santé humaine et sur les services écologiques* » (Art. L. 162-4 du Code de l'environnement).

²¹⁵ Art. 1247 du Code civil.

²¹⁶ Art. 1248 du Code civil.

²¹⁷ CJUE, 9 mars 2010, *Raffinerie Méditerranée (ERG) SpA*, Aff. n° C-378/08, *Rec.*, 2010, p. I-01919, pts. 54 et 56.

²¹⁸ VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2007, p. 276.

²¹⁹ « L'environnement est plus compréhensif, en ce qu'il inclut non seulement la nature, les paysages, la biodiversité, que les textes désignent par le vocable générique de patrimoine naturel (qui traduit du reste une volonté d'appropriation de la nature par le biais du droit de propriété des personnes), mais également les réalisations humaines remarquables constitutives du patrimoine dit culturel. L'écologie est plus limitée, étant l'étude des êtres vivants en fonction du milieu où ils vivent, de leurs interrelations et de leur équilibre » M. DEGUER GUE, « *Le sens de la responsabilité environnementale* », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 577-578.

l'action en responsabilité²²⁰. Ce modèle type des actionnaires de la responsabilité civile porte circonscription de l'intérêt et de la qualité à agir, soit une exclusion formelle des sociétés privées ainsi que des personnes physiques notamment du dispositif. Autrement dit, ce nouveau dispositif pas plus que celui de la directive n° 2004/35/CE précitée²²¹, ne saurait ouvrir droit à indemnisation aux personnes privées. Il n'intègre que l'« atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement »²²². C'est la raison pour laquelle la « réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature » ou en cas d'impossibilité par « dommages et intérêts affectés à la réparation de l'environnement »²²³. Or, répondraient à la définition du préjudice écologique non seulement les faits directement ou indirectement causés à l'environnement – approche collectiviste – mais aussi les faits indirectement causés aux personnes et aux biens privés en raison de la détérioration subie par leur environnement immédiat – approche individualiste - préjudice par ricochet : « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »²²⁴. Il reste souhaitable que lesdits faits indirectement causés intègrent le cahier des charges du dommage réparable pour un retranchement derrière les mécanismes traditionnels de responsabilité civile – responsabilité du fait personnel²²⁵, responsabilité du fait des choses²²⁶, responsabilité du fait des produits défectueux²²⁷ notamment. Il apparaît toutefois faiblement pertinent de faire reposer toute l'action réparatoire sur le dispositif en l'état. Si l'introduction du préjudice écologique dans le Code civil renferme une part symbolique, elle résulte d'un besoin éclatant de complémentarité et s'agrège de fait aux autres textes. C'est l'effet relatif du droit de la responsabilité. Il en va ainsi de l'incapacité de l'action en responsabilité civile à permettre la

²²⁰ « Cette liste (mentionnée à l'article 1248 du Code civil) est précédée de la mention « telle que », ce qui lui donne un caractère simplement indicatif. (...) nul doute qu'au-delà des personnes visées par l'article 1248 du code civil, les entreprises, les agriculteurs, les opérateurs de compensation, les communautés autochtones, et, plus généralement, tous les professionnels travaillant en lien avec l'environnement pourraient avoir un intérêt à agir en réparation du préjudice écologique » L. NEYRET, « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », art. cit. (Italiques ajoutés)

²²¹ Art. 3 §3 de la directive n° 2004/35/CE précitée.

²²² Arrêt *Erika*, précité. « (...) le préjudice écologique (consiste) en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » (Art. 1247 du Code civil). Parenthèses ajoutées.

²²³ Art. 1249 du Code civil. Sur la réparation en nature, monsieur le professeur Gilles Martin évoque l'idée d'« équivalence » qu'il estime insuffisamment sérieuse : « c'est l'idée que les éléments naturels sont fongibles (...) sont substituables entre eux, qu'ils sont interchangeables et que, finalement, la destruction d'une rivière remplacée par la protection ou la mise en valeur d'une prairie humide c'est la même chose. Non, cela ne peut pas être la même chose. Parce que les services écologiques, les fonctions qui sont en cause dans la rivière ne pas exactement les mêmes que celles qui sont dans la prairie humide » G. MARTIN, Conférence sur le « préjudice environnemental », Doctoriades 2019.

²²⁴ Art. 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004.

²²⁵ LE TOURNEAU, P., GUETTIER, C., BLOCH, C., GUIDICELLI, A., JULIEN, J., KRAJESKI, D. ET POUMAREDE, M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, Paris, Dalloz, 2017, n° 221 à 2216.95.

²²⁶ *Id.*, n° 222 à 2223.83.

²²⁷ *Id.*, n° 631 à 6313.181.

cessation ou la sanction du trouble²²⁸ d'où la nécessité d'adjonction à un dispositif de police administrative²²⁹ ou répressif²³⁰. Il en va également, on l'a vu, des modalités de réparation du préjudice prévues initialement par le Code de l'environnement²³¹ élargies par le Code civil²³².

Il reste que les identification et caractérisation du préjudice environnemental sont source de difficulté. Non seulement, elles s'avèrent être le terrain du multilinguisme ce qui nécessite l'adoption d'une « nomenclature »²³³ mais aussi elles se révèlent être empêchées par la « définition » du préjudice. Le préjudice environnemental peut être le produit d'une chaîne d'atteintes. Auquel cas, quel fait est réellement générateur de responsabilité ? Qui est le responsable substantiel lequel, on le sait, peut être l'Etat dans l'inapplication de ses engagements contre le dérèglement climatique notamment²³⁴ ? Quelle est l'étendue d'un tel dommage ? Si circonscriptible, individualisation ou collectivisation ? Une réparation est-elle possible ? Ce qui suppose de connaître l'état antérieur. Quel est le coût de la réparation (lorsqu'elle est monétisable) ?²³⁵. Il ne sera donc pas inenvisageable que, dans ces cas d'incertitude manifeste quant à la définition du préjudice environnemental,

²²⁸ « (...) le droit de la responsabilité ne permet pas d'intervenir sur l'atteinte elle-même » DE SABRAN-PONTEVES, E. *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 253 et s.

²²⁹ Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, précitée.

²³⁰ Pour une étude d'ensemble, v. GUIHAL, D., ROBERT, J.-H. ET FOSSIER, T. *Droit répressif de l'environnement*, Paris, Economica, 2016, 1062 p. ; D. BERGOT, « *L'inspection de l'environnement en pratique* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 171-176 ; J. BETAÏLLE, « *Répression et effectivité de la norme environnementale* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 47-59 ; M.-A. COHENDET, « *Le droit répressif, quelles valeurs, quelles frontières ?* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 15-32 ; C. COURTAIGNE-DESLANDES, « *La répression pénale des atteintes irréversibles* », *op.cit.* ; D. GUIHAL, « *Les conditions d'efficacité du droit pénal interne* », *art. cit.* ; V. JAWORSKI, « *Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement* », *art. cit.* ; L. KRÄMER, « *Le droit répressif et le droit de l'environnement européen* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 75-93 ; M.-B. LAHORGUE, « *La prévention des risques industriels à l'épreuve du droit pénal* », *art. cit.* ; E. MONTEIRO, « *Vers un droit répressif de l'écosystème ?* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 195-209 ; U. PETILLION, « *La répression des atteintes à l'environnement : réflexions autour de la compétence internationale du juge pénal français* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 99-114 ; C. ROCHE, « *Le droit pénal, de l'eau douce à l'eau salée* », *art. cit.* ; J.-P. STREBLER, « *La police de l'affichage publicitaire* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 147-155 ; A. VAN LANG, « *Droit répressif de l'environnement : perspectives en droit administratif* », *art. cit.* ; X. ZOU, « *Nouveau regard sur le délit environnemental* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, *op. cit.*, pp. 91-100.

²³¹ Art. L. 162-9 du Code de l'environnement.

²³² Art. 1249 du Code civil.

²³³ Gilles Martin in Conférence sur le « préjudice environnemental », voir *supra*.

²³⁴ Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Urgenda*, n° 19/00135. v. notamment, A. GOSSEMENT, « *Affaire Urgenda c/ Etat des Pays-Bas : la décision de la Cour suprême est-elle historique ou symbolique ?* 26 décembre 2019 (<http://arnaudgossement.com>) ; C. LEPAGE, « *Changement climatique – Premier commentaire de la décision Urgenda* », EEI, n°2, Comm. 6, 2020.

²³⁵ L. NEYRET, « *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire* », in Colloque « *La réparation des atteintes à l'environnement* », 24 mai 2006, Cour de cassation, Séminaire « *Risques, assurances, responsabilités* », 2006-2007 (URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/24-05-2007/24-05-2007_neyret.pdf).

insolubles par le droit, pour engager la responsabilité d'auteurs potentiels du préjudice, se voient convoqués les instruments de la statistique et des mathématiques tels que la probabilité.

La prolifération des préoccupations environnementales dans l'ordre juridique a eu pour effet non seulement d'offrir une panoplie plus diversifiée des méthodes d'appréhension des atteintes environnementales, quoique imparfaites, mais aussi de le complexifier. C'est ainsi que l'action économique, à l'image de l'urbanisme instrument du pouvoir public en étroit lien avec l'économie, doit être directement ou indirectement, environnementalement causée pour être effective.

§2. L'exemple de l'insinuation de la norme environnementale dans l'urbanisme

26. Sources d'une faculté d'empêcher. Le besoin de foncier aménageable et d'accès à la construction est particulièrement prégnant en outre-mer au regard d'une demande toujours plus recrudescende des acteurs socio-économiques. Mais, il se heurte aux questions soulevées par la disponibilité du foncier aggravée par les indivisions, occupations illégales, l'exorbitance de son coût ainsi que de sa juste répartition. La question environnementale est alors incontournable.

27. Généralités. En concept, urbanisme²³⁶ et environnement semblent fondamentalement divergents – le premier poursuivant l'objectif d'une transformation du second. Mais, il est apparu, dans un premier temps, l'office d'une véritable convergence sur fond de réciprocité des deux disciplines :

« Le droit de l'environnement ne se réduit plus à la protection de la nature mais se conjugue largement en termes urbains : l'environnement s'urbanise. Le droit de l'urbanisme se trouve de plus en plus influencé par l'environnement : l'urbanisme s'environnementalise »²³⁷.

²³⁶ « Ensemble des mesures d'ordre architectural, esthétique et culturel, économique, administratif ayant pour but d'assurer le développement harmonieux et rationnel des agglomérations urbaines » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1052.

²³⁷ J. MORAND-DEVILLER, « Les "grands principes" du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme », *Droit de l'environnement*, 2002, n° 95, p. 11.

En réalité, cette relation à deux est essentiellement déséquilibrée – l'un proposant l'autre disposant – :

« La norme d'urbanisme a (...) vocation à constituer une forme de résultante ou de synthèse, en d'autres mots, un lieu d'arbitrage entre les considérations liées au développement et les impératifs de protection de l'environnement de plus en plus largement entendus. Il faut ainsi se persuader que la norme d'urbanisme ne sera considérée comme légitime et jugée légale que si elle intègre pleinement et effectivement le dimension environnementale »²³⁸.

L'insinuation de la norme environnementale dans l'urbanisme n'est pas nouvelle, cependant, aujourd'hui, elle donne à voir une inflation créatrice qui achève de rendre difficile la détermination d'un régime juridique autonome. En effet, non seulement, d'un point de vue formel, on assiste à la prise en compte de l'environnement dans le champ de l'urbanisme à l'image de son intégration dans les documents d'urbanisme²³⁹. Il en va des schémas d'aménagement régionaux (SAR)²⁴⁰ –, soumis à une procédure d'évaluation environnementale²⁴¹ ; de la mise en place d'un système de suivi²⁴² ; du recueil de l'avis du public²⁴³. Des autorisations d'urbanisme sont soumises à un aval environnemental telles que le permis de construire qui peut être suspendu²⁴⁴ ou tout simplement

²³⁸ P. SOLER-COUTEAUX, « *Droit de l'urbanisme et droit de l'environnement : réflexions sur la production de la norme d'urbanisme* », in Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr, Paris, Dalloz, p. 771. v. notamment, le rapport final sur la France de François Priet in *L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe*, Paris, Les cahiers du GRIDAUH, Colloque biennal de Paris de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), 21-22 septembre 2007, pp. 237-267.

²³⁹ Art. L. 121-23, al. 1^{er} du Code de l'urbanisme. v. F. BOUYSSOU, « *La prise en compte de l'environnement par les documents communaux de planification urbaine* », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, *op. cit.*, pp. 1527-1533. Sur les autorisations d'utilisation des sols liées à l'hébergement touristique, v. BOUIN, F. *Les collectivités territoriales et le tourisme*, *op. cit.*, pp. 112-135 ; PH. BILLET, « *Implantation des équipements commerciaux et prise en compte de l'environnement* », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 27-39.

²⁴⁰ Art. L. 4433-7 et s. du Code général des collectivités territoriales. L'exemple du SAR de Guadeloupe. v. JACQUOT, H. ET PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 222-226. Ils sont les instruments principaux de la planification urbanistique opposables aux autres documents d'urbanisme tels que les schémas de cohérence territoriale (ScoT) (v. JACQUOT, H. ET PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, *ibid.*, pp. 239-307), les plans locaux d'urbanisme (PLU) (v. HERCE, S. ET AL. *Le PLU(i). Régime juridique, élaboration, évolution, contentieux*, Paris, Editions le Moniteur, 2017, 406 p. ; JACQUOT, H. ET PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, *ibid.*, pp. 309-447).

²⁴¹ Art. L. 122-1 et s. du Code de l'environnement. Art. 1^{er} de la directive n° 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, JOCE n° L. 197 du 21 juillet 2001, pp. 30-37. Décret n° 2012-995 du 23 août 2012 relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme, JORF n° 0197 du 25 août 2012, p. 13811, texte n° 8. Sur ce point, v. notamment, V. GAUDRON, « *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme français* », RFDA, 2008, p. 659 ; Y. JEGOUZO, « *Les plans et programmes doivent être précédés d'une évaluation environnementale* », RDI, 2004, p. 344 ; J.-P. LEBRETON, « *L'évaluation environnementale et le droit de l'urbanisme : perspective comparative* », RFDA, 2008, p. 633 ; A. VAN LANG, « *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ?* », RDI, 2013, p. 138.

²⁴² « *Les États membres assurent le suivi des incidences notables sur l'environnement de la mise en oeuvre des plans et programmes, afin d'identifier notamment, à un stade précoce, les impacts négatifs imprévus et d'être en mesure d'engager les actions correctrices qu'ils jugent appropriées* » (Art. 10 §1 de la directive n° 2001/42/CE, précitée).

²⁴³ Art. 6 §2 de la directive n° 2001/42/CE, précitée.

²⁴⁴ Art. L. 425-14 du Code de l'urbanisme.

refusé²⁴⁵. Mais également, il est à noter, cette fois d'un point de vue substantiel – *i.e.* il n'est aucune évidence dans le recours à la norme environnementale –, la consécration d'un principe d'applicabilité immédiate des principes du droit de l'environnement à l'urbanisme²⁴⁶.

28. Le cas particulier du littoral.

« C'est dans les communes littorales que les tensions entre logique de développement social et économique, logique de protection des espaces naturels et logique de prévention des risques sont les plus vives »²⁴⁷.

L'urbanisation du littoral est généralement préalablement pensée dans le SAR lequel comprend le schéma de mise en valeur de la mer (SMVM)²⁴⁸ intégrant les méthodes de mise en œuvre de la loi Littoral – dispositif de protection et de mise en valeur du littoral²⁴⁹. Cependant, en l'absence de schéma d'aménagement urbain (SAR) ou de schéma de cohérence territoriale (ScoT) – exception faite de la Guadeloupe et de la Martinique qui comptent respectivement un SAR et un ScoT et un SAR et quatre ScoT –, l'extension de l'urbanisation doit être *limitée, justifiée, motivée* dans un plan

²⁴⁵ Sur le fondement notamment de l'art. R. 111-26 du Code de l'urbanisme : « *Le permis ou la décision prise sur la déclaration préalable doit respecter les préoccupations d'environnement définies aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de l'environnement. Le projet peut n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si, par son importance, sa situation ou sa destination, il est de nature à avoir des conséquences dommageables pour l'environnement* ». J. FRANCFORT, « *Le respect des préoccupations d'environnement peut-il fonder un refus de permis de construire ?* », AJDA, 2011, p. 1283.

²⁴⁶ « (...) il est énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 que : lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ; que ces dernières dispositions qui n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en œuvre s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ; que, dès lors, en estimant que le principe de précaution tel qu'il est énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement ne peut être pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme, le tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit » CE, 2^e et 7^e SSR, 19 juillet 2010, *Association du Quartier Les Hauts de Choiseul*, n° 328687. Nous soulignons. Il reste à caractériser l'incertitude du risque (confer P. Soler-Couteaux obs. sous CE, 2^e et 7^e SSR, 30 janvier 2012, *Société Orange France*, n° 344992, RDI, 2012, 176 p.). Pour aller plus loin, v. Y. JEGOUZO, « *Les principes du droit de l'urbanisme* », in Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme, Paris, Dalloz, 2011, pp. 179-189. **Contra** « (...) pour annuler le jugement du 15 mai 1997 du tribunal administratif de Nice et la décision du 26 juin 1996 du maire de Cagnes-sur-Mer de ne pas s'opposer aux travaux de construction d'une station radio-électrique de base, déclarés par la Société Douygues Télécom, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur ce que le maire de Cagnes-sur-Mer, en ne s'opposant pas à ces travaux, a méconnu le principe de précaution alors énoncé à l'article L. 200-1 du code rural et désormais repris à l'article L. 110-1 du code de l'environnement ; que, toutefois, ces dispositions ne sont pas au nombre de celles que doit prendre en compte l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme ; qu'il suit de là que la cour, en jugeant que le principe de précaution pouvait légalement justifier une opposition à travaux sur le fondement de l'article R. 422-9 du code de l'urbanisme, a entaché d'erreur de droit l'arrêt attaqué (...) » CE, 6^e et 1^e SSR, 20 avril 2005, *Société Bouygues Télécom*, n° 248233. Nous soulignons.

²⁴⁷ MOHAMED SOILHI, T., GREMILLET, D. ET KARAM, A. *Rapport d'information sur les conflits d'usage et la planification foncière dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 616, 2017, p. 23.

²⁴⁸ *Id.*, pp. 534-542.

²⁴⁹ Voir *infra* paragraphe n° 48.

local d'urbanisme (PLU), qui prévoit des coupures d'urbanisation²⁵⁰, et réalisée avec l'accord de l'autorité administrative compétente de l'Etat²⁵¹. Quoiqu'il en soit, à l'exclusion des activités économiques – hôtellerie, équipements touristiques notamment –²⁵², les constructions ou installations sont interdites sur une bande littorale de cent mètres – intégrant la zone des « 50 pas géométriques » spécifique à l'outre-mer – à compter de la limite haute du rivage²⁵³. Nous verrons que la maîtrise urbanistique, et donc environnementale, y reste, à bien des égards, particulièrement théorique.

29. La vassalisation du droit à l'urbanisme.

« Du fait de l'intégration de l'environnement dans le droit de l'urbanisme, il n'y a plus de frontière ni d'indépendance des législations quant au fond »²⁵⁴.

Alors, quelle permanence de l'individualité d'un droit de toute façon vassal d'un autre²⁵⁵ ? Ne serait-il pas plus approprié d'en faire une branche du droit de l'environnement à l'image de la formation ministérielle issue du décret du 12 avril 1978²⁵⁶ faisant de l'urbanisme une matière placée sous l'égide environnementale ? S'il dispose de ses propres méthodes, elles sont condamnées à devoir courber l'échine. C'est un droit affecté :

« Le droit de l'urbanisme est un instrument dans l'ensemble relativement efficace de défense de l'environnement »²⁵⁷.

Laquelle instrumentalisation aurait vocation à le dépouiller irrésistiblement de son objectif premier : urbaniser. Cela entraîne lenteur²⁵⁸ voire, en cas d'inconciliabilité des urbanisme et environnement, l'infaisabilité des projets de construction. Il n'est d'ailleurs pas rare que la décision politique oppose

²⁵⁰ Art. L. 121-22 du Code de l'urbanisme : « Les schémas de cohérence territoriale et les plans locaux d'urbanisme doivent prévoir des espaces naturels présentant le caractère d'une coupure d'urbanisation ».

²⁵¹ Art. L. 121-13 du Code de l'urbanisme.

²⁵² Art. L. 121-17, al. 1^{er} du Code de l'urbanisme.

²⁵³ Art. L. 121-16 du Code de l'urbanisme.

²⁵⁴ M. PRIEUR, « Urbanisme et environnement », AJDA, 1993, p. 80.

²⁵⁵ La Cour de cassation décide : « ayant constaté que la réalisation d'un ensemble de 72 logements sur un terrain auparavant couvert de vignes, juste en face de leur maison d'habitation, située dans une commune d'environ 4 000 habitants, avait constitué pour les époux Y..., au titre de la dégradation du paysage et de l'environnement urbain, un trouble anormal et excessif de voisinage, peu important qu'une telle opération eût été réalisée conformément aux règles de l'urbanisme, la cour d'appel (...) a légalement justifié sa décision (*de faire payer la société d'HLM Languedoc Logis, maître d'ouvrage, aux époux Y... une somme d'argent à fins réparatoires*) » Cass. civ. 3^e, 9 mai 2001, n° 99-16260. (Italiques ajoutés).

²⁵⁶ Décret n° 78-533 du 12 avril 1978 relatif aux attributions du ministre de l'environnement et du cadre de vie, JORF du 13 avril 1978, p. 1647.

²⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, Paris, La Documentation française, 1992, pp. 19-20.

²⁵⁸ R. GRAND, « Urbanisme et environnement : comment accélérer les procédures ? », AJDA, 2015, p. 716.

artificiellement urbanisme et environnement dans la poursuite d'intérêts subjectivement légitimes²⁵⁹.

30. Tolérance. Tout d'abord, il arrive que la question environnementale soit en incapacité d'empêcher la satisfaction d'un intérêt urbanistique aux externalités négatives pourtant excédentaires. C'est l'exemple de la construction d'infrastructures aéroportuaires « d'utilité publique ». L'urbanisme sans pour autant échapper pleinement à l'emprise environnementale – conditions de construction, taxation notamment – est prévalent. Les potentialités de réalisation d'une infrastructure aéroportuaire d'envergure sont l'opportunité de réouverture du conflit entre intérêts économiques et intérêts environnementaux et sanitaires – la pollution sonore, la qualité de l'air, l'impact visuel, la santé des riverains notamment. D'autant que si la tradition du droit s'oriente vers une juridification accrue par le jeu d'une systématisation des études d'impacts²⁶⁰ notamment, on ne peut que constater l'allégeance du juge administratif à l'économique²⁶¹. Ensuite, l'existence de vides juridiques fait échapper, dans une certaine mesure, les territoires insulaires en particulier au plein contrecoup juridique :

« l'urbanisme touristique, en ce qu'il représente comme contraintes juridiques, est peu voire pas spécialement appréhendé par le droit de l'environnement ou le droit de l'urbanisme, pour les espaces insulaires »²⁶².

En France, la main visible de l'environnement s'immisce dans les choix économiques sans qu'ils puissent utilement s'y soustraire. Même lorsqu'ils sont en apparence libres, ils intègrent en

²⁵⁹ E.g. en juin 2019, la mairie de Sainte-Luce (Martinique) vote la modification du plan local d'urbanisme (PLU) afin d'empêcher l'implantation dans la commune d'un centre commercial, pourtant autorisé par la Commission d'aménagement commercial, dans un objectif de protection des « petits commerçants » et contre la saturation de l'espace. Elle consiste en le classement en « zone boisée » d'une partie du terrain. Un tel classement a pour effet l'interdiction d'y couper les arbres.

²⁶⁰ Art. L. 122-1 et s. et R. 122-1 et s. du Code de l'environnement.

²⁶¹ « il existe en effet une jurisprudence, bien connue, relative au contrôle par le Conseil d'État de l'utilité publique des grands projets d'infrastructures de transport (...). Cette jurisprudence est réputée être toujours favorable aux projets, quelles que soient les malfaçons juridiques dont ils peuvent être entachés et leurs inconvénients au regard d'autres intérêts publics que celui, essentiellement économique, lié aux transports » P. JANIN, « *Les infrastructures de transport dans l'environnement : intégration ou effraction ?* », Revue juridique de l'environnement, 2016/3, vol. 41, p. 462. *Exempli gratia* Le projet d'aéroport du Grand Ouest ou de Notre-Dame-des-Landes. A ce propos, v. T. DUBREUIL, « *Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité* », Revue juridique de l'environnement, vol. volume 42, n° 4, 2017, pp. 621-628 ; G. GUIBERT, « *La contestation des grands projets d'infrastructures* », Esprit, n° 10, 2013, pp. 92-104 ; M. PAOLETTI, « *L'invention d'un nouveau référendum pour « résoudre la crise » à Notre-Dame-des-Landes* », Revue française de droit constitutionnel, vol. 109, n° 1, 2017, pp. 173-196 ; C. RIALLAND-JUIN, « *Le conflit de Notre-Dame-des-Landes : les terres agricoles, entre réalités agraires et utopies foncières* », Norois, vol. 238-239, n° 1, 2016, pp. 133-145.

²⁶² F. BOUIN, « *Les enjeux environnementaux du tourisme insulaire* », JT n° 199/2017, p. 39.

substance un devoir de conscience exhortant à l'insinuation de la norme environnementale et se retrouvent confrontés, cette fois, à la loi du marché prompt à reproduire le modèle réglementaire.

B – Une figure relativement libre

31. Une réponse à l'inflation « réglementaire ». L'environnement donne à voir une texture autre, latérale, des règles qui l'encadrent. Elle porte la simplification du droit face aux difficultés croissantes liées à son application. Le droit de l'environnement apparaît, dans une certaine mesure, plus souple (§1) – les entreprises en font une libre intégration dans leurs pratiques²⁶³ – et consensuel – il s'insère, volontairement, dans le contrat²⁶⁴ (§2). Cependant, pour souple et volontaire qu'il soit, ce métadroit ne semble pas dépourvu des caractères de la règle de droit, sous certains angles, obligatoires, normatifs et coercitifs²⁶⁵.

§1. Du droit souple²⁶⁶

32. Droit souple, droit mou. Il s'agit d'une terminologie générique dissimulant une multitude de méthodes désordonnées²⁶⁷ de droit, théoriquement ineffectif, inopposable²⁶⁸ – les

²⁶³ P. BILLET, « *L'environnement dans la main bien visible du marché* », Environnement, mai 2007, n° 5, 24.

²⁶⁴ « Le poids de la réglementation impérative a incité les producteurs, détenteurs, éliminateurs de déchets à élaborer des contrats de droit privé qui ont une dimension environnementale marquée, afin d'organiser leurs activités » M.-P. LAVOILLOTTE, *Les contrats privés d'élimination des déchets : outils d'une meilleure gestion économique et environnementale*, préface M. Boutelet, Aix-en-Provence PUAM, 2002, n° 4.

²⁶⁵ « Ces dispositions se présentent comme “une offre de droit” ne portant qu'une matière normative inerte jusqu'à ce que les sujets juridiques s'en saisissent, qu'il s'agisse des parties dans leur relation contractuelle, voire du juge qui pourrait potentiellement s'y référer à l'occasion d'un litige » MONTEILLET, V. *La contractualisation du droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 363-364.

²⁶⁶ Pour aller plus loin, v. *Le droit souple*, Etude annuelle du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 2013 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, 179 p. ; BENISTY, S. *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Thèse de doctorat, droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2013, 376 p. ; J.-P. CHIDIAC, « *Droit mou, droit flou, non-droit : les arcanes du marché normatif* », Communication au Colloque international d'Aix-en-Provence, « Les normes internationales au XXI^e siècle : science politique, philosophie, droit », 11-14 septembre 2003 ; P. DEUMIER, « *Quand le droit souple rencontre le juge dur* », RTD civ., 2016, p. 571 ; J. RICHARD ET L. CYTERMANN, « *Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?* », AJDA, 2013, p. 1884 ; C. THIBIERGE, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD civ., 2003, p. 599.

²⁶⁷ B. FRYDMAN, « *La concurrence des normes globales* », Revue internationale de droit économique, t. XXXII, n° 3, 2018, p. 297.

²⁶⁸ Y. LEROY, « *La notion d'effectivité du droit* », Droit et société, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732.

codes de conduite, normes techniques, recommandations²⁶⁹, accords, programmes d'action environnementale²⁷⁰ notamment – de provenance publique ou privée²⁷¹ – sa création participe d'un volontarisme privé à portée déréglementaire²⁷² –, nationale ou extranationale. Cependant, « dans “droit souple”, il y a droit »²⁷³.

Autrement dit, à défaut de disposer d'une force suffisamment contraignante et obligatoire – justifiant de l'impuissance des clients ou usagers face aux violations, à l'inobservation ou défaut d'application des règles –, à l'instar du droit dur²⁷⁴, il est prétri par suffisamment de normativisme pour s'établir au moins en « source “effective” du droit »²⁷⁵ :

« la discipline professionnelle ou l'autorité du milieu compensent les lacunes du droit »²⁷⁶.

Prosaïquement, ce n'est pas du droit mais c'est du droit quand même²⁷⁷. Puisque les entreprises – et plus largement la société et les Etats –, en puisant dans ce corpus de règles molles, iront jusqu'à les respecter et les faire respecter ; orienter l'opinion ; accroître le panel des motifs à contentieux²⁷⁸ notamment.

²⁶⁹ e.g. la recommandation n° 2002/413/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2002, relative à la mise en œuvre d'une stratégie de gestion intégrée des zones côtières en Europe, JOCE n° L. 148 du 06 juin 2002, pp. 24-27.

²⁷⁰ e.g. le programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 (URL : <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/fr.pdf>).

²⁷¹ L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in Brosset, E. et Truilhe-Marrengo (Dir.), Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international, Paris, La Documentation française, 2006, p. 57 et s.

²⁷² V. G. GROLLEAU, N. MZOUGH, ET L. THIEBAUT, « Les instruments volontaires : Un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », Revue internationale de droit économique, vol. t. XVIII, 4, n° 4, 2004, pp. 461-481.

²⁷³ C. VIGOUROUX ET J. RICHARD, « Du droit “mou” au droit “souple” », AJDA, 2013, p. 1825.

²⁷⁴ « Précis dans son contenu, obligatoire dans son expression et contraignant dans ses sanctions, au plus plein de cette texture, il n'est ni flou, ni mou » C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », art. cit., p. 599.

²⁷⁵ L. BOY, « Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques », Revue juridique de l'environnement, vol. 37, n° 2, 2012, p. 306. Sur ce point, Jean-Baptiste Racine évoque, à propos des codes de conduite privés, une « manifestation des sources privées du droit » in J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », Revue Juridique de l'Environnement, n°4, 1996, p. 412. Dans le même sens, v. C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », art. cit., p. 599 ; THIBOUT, O. *La Responsabilité sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2018, pp. 34-115.

²⁷⁶ G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduites privés », in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, pp. 47-66.

²⁷⁷ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 65, n° 2, 2010, pp. 1-64. Contra A. PENNEAU, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », JCP E, 1996, p. 599 et s. ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », RFDA, 2005, p. 738 et s.

²⁷⁸ CJUE, 27 octobre 2016, *James Elliott Construction Limited c/ Irish Asphalt Limited*, Aff. n° C-613/14, Rec. numérique, pts. 35 et 43. V. notamment, A. VAN WAHEYENBERGE, « La normalisation technique en Europe. L'Empire (du droit) contre-attaque », Revue internationale de droit économique, t. XXXII, n° 3, 2018, pp. 305-317.

33. Un marché du droit souple.

« La prise en compte de l'environnement comme facteur de production est une des conditions des succès commerciaux. Le vert est souvent devenu le "prix" à payer pour entrer sur un marché ou y rester »²⁷⁹.

Cet outre-droit est, ici, révélateur d'une défaite, partielle, de la logique environnementaliste au profit d'une logique concurrentielle. En permettant à la clientèle, surtout dans le cas de l'écolabel, d'identifier les entreprises respectueuses de l'environnement, pour peu qu'elle y soit sensible²⁸⁰, il procure à ces dernières un avantage concurrentiel important²⁸¹ quoique à double tranchant²⁸². Cela peut conduire à des pratiques telles que le *greenwashing*²⁸³, voire pire, à une instrumentalisation de la souplesse soit un marché du droit mou²⁸⁴. Avec la montée du tout environnemental, les entreprises ont tout intérêt à céder à la pression environnementale. Autrement dit, elles consentent à l'environnement²⁸⁵ d'autant que « la tendance dominante (est) de ne s'engager à respecter en priorité que des droits à fort rendement émotionnel et médiatique »²⁸⁶.

34. La normalisation²⁸⁷. Elle vise l'évaluation, au moyen d'un audit, de l'impact environnemental des installations et équipements d'entreprises volontaires. En matière

²⁷⁹ L. BOY, « *L'éco-label communautaire, un exemple de droit postmoderne* », Revue internationale de droit économique, 1996, n° 1, p. 89. v. également, E. GUEGUEN, « *La normalisation de l'environnement, contrainte ou atout pour l'entreprise* », Droit de l'environnement, 1993, n° 21 et 22.

²⁸⁰ A.-S. BINNINGER, ET I. ROBERT, « *Consommation et développement durable. Vers une segmentation des sensibilités et des comportements* », La Revue des Sciences de Gestion, vol. 229, n° 1, 2008, pp. 51-59.

²⁸¹ V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », in Balate, E., Drexler, J., Ménétreay, S. et Ullrich, H. (Dir.), Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, *op. cit.*, p. 128. V. notamment, THIBOUT, O. *La Responsabilité sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, *op. cit.*, pp. 118-176.

²⁸² « La normalisation privée a toujours présenté un double visage. Elle favorise le libre-échange des produits et des services ; elle constitue, en même temps un avantage concurrentiel évident. Le paradoxe est que la normalisation est à la fois un vecteur de concurrence et facteur de fermeture du marché. Stimulant l'ouverture des marchés, elle contient aussi en germe des dangers de l'ordre concurrentiel » L. BOY, « *Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques* », *art. cit.*, p. 313. Sur ce point, v. V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », *ibid.*

²⁸³ « "verdir" l'image d'un produit par nature polluant » M. BOUTONNET ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », *art. cit.*

²⁸⁴ L. BOY, « *L'appel à la régulation en droit de l'environnement* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, *op. cit.*, pp. 71-74.

²⁸⁵ Pour une étude d'ensemble, v. notamment, HERVE-FOURNEREAU, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, *op. cit.*

²⁸⁶ E. MAZUYER, « *L'autorégulation des entreprises par les codes de conduite : un mécanisme effectif pour les engagements éthiques ?* », in Ghérari, H. et Kebrat, Y. (Dir.), L'entreprise dans la société internationale, Paris, Pedone, 2010, p. 201, note 20. Parenthèses ajoutées.

²⁸⁷ « *La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable* » Art. 1^{er} du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, JORF n° 0138 du 17 juin 2009, p. 9860, texte n° 6. CLUZEL-METAYER,

environnementale, on compte parmi les plus notables la série des normes ISO 14000 portant le management environnemental – en particulier la norme ISO 14001 pour ce qui nous concerne – et la norme ISO 26000 portant la responsabilité sociétale des entreprises.

*La norme ISO 14001*²⁸⁸. Elle est le résultat d'un processus de normalisation dite « technique »²⁸⁹ distincte de son homologue juridique n'étant pas considérable, en l'état actuel du droit, comme un pur produit de l'Etat bien qu'agrée par ce dernier.

C'est « l'État, et lui seul, qui continue à maîtriser souverainement toute détermination du caractère juridique (*de*) normes qu'il décide de faire entrer dans son giron »²⁹⁰.

C'est à ce titre qu'elle ne saurait revêtir un caractère contraignant ni obligatoire et se prévaloir devant un tribunal. Pour autant, une fois la certification²⁹¹ effective – une déclaration de conformité du demandeur à la norme l'autorisant par là même à l'exploiter –, il est à craindre une modification de sa *texture*²⁹² – l'acte acquiert une force normative suffisante²⁹³ à l'introduction d'une action en justice.

La norme ISO 26000. C'est une norme éthique – « très souple » au regard de l'échelle de densité normative du droit de Catherine Thibierge²⁹⁴ – non certifiable portant la simplification du droit²⁹⁵.

L. *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, p. 24, n° 25. V. sur ce point, TURINETTI, A. *La normalisation. Etude en droit économique*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 2007 ; L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », in *La normativité*, Cahier du Conseil constitutionnel, n° 21, 2007, p. 79 ; L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 183 ; L. BOY, « Normes », *Revue internationale de droit économique*, 1998, n° 2, pp. 115-146 ; A. PENNEAU, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCP E* 1996, n° 43, p. 453 ; C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », in *L'égalité*, *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 341.

²⁸⁸ Elle est une référence internationale, bien que coûteuse et variablement accessible, portant sur la minimisation de l'impact environnemental des pratiques d'entreprise prenant en considération la pollution atmosphérique, la gestion de l'eau et des eaux usées, la contamination du sol notamment. v. notamment, P. POUPET ET S. MATHIER, « *L'ISO 14001 et les moyens de management de l'environnement* », *Droit de l'environnement*, 1996, n°41, p. 10. *Conférence URL* : <https://www.iso.org>.

²⁸⁹ « L'analyse approfondie révèle des différences substantielles qui relèguent la norme technique à une simple source du droit » M. LANORD, « *La norme technique : une source de droit légitime ?* », *RFDA*, Juillet-Août 2005, p. 739.

²⁹⁰ D. De BECHILLON, « *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité* », in Serverin, E. et Berthoud, A. (éd.), *La production des normes entre État et société civile : les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 72. (Italiques ajoutées).

²⁹¹ J.-M. PONTIER, *La certification, un outil de la modernité normative*, D. 1996, p. 355.

²⁹² Expression empruntée à Catherine Thibierge in C. THIBIERGE, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », *art. cit.*, p. 599.

²⁹³ C. FERREIRA MACEDO D'ISEP, « *La certification environnementale comme instrument de gestion du risque écologique à l'égard du droit brésilien* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op. cit., pp. 1239-1261.

²⁹⁴ C. THIBIERGE, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », *art. cit.*, p. 599.

²⁹⁵ B. PETIT, « *RSE et simplification du Droit : au-delà des apparences* », in Bert, D., Chagny, M. et Constantin, A. (Dir.), *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 317.

Elle n'est « (...) ni une norme de management (ce qui est bien dommage), ni une norme à vocation contractuelle ou pouvant fonder une plainte en justice, ni processuelle (risque *a priori* écludé par le refus de certification de l'universalité de la norme) (...); (...) elle n'a pas vocation à remplacer les normes du système de management, telle l'ISO 14001, encore moins les normes très techniques ou sectorielles qui font l'objet d'une certification, sa nature étant très différente : elle n'est pas un référentiel de conformité, mais un guide »²⁹⁶. L'environnement n'est ici qu'une partie d'un tout libellé « responsabilité sociétale des entreprises »²⁹⁷ comprenant sept volets : la gouvernance de l'organisation, droits de l'homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, la loyauté des pratiques, les questions relatives aux consommateurs, les communautés et le développement local.

35. La certification : l'exemple de l'éco-labellisation. Il s'agit d'une méthode d'identification des produits et services respectueux de l'environnement²⁹⁸. Si l'écolabel se décline en normes – la série des normes ISO 14020 portant les pratiques d'étiquetage écologique – et que son itinéraire est semblable à celui d'une norme technique²⁹⁹, il n'en constitue pas une en soi. En outre, à l'instar de la normalisation, elle repose sur un volontariat³⁰⁰ et offre un avantage

²⁹⁶ I. CADET, « *La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux* », art. cit., p. 418 et p. 427.

²⁹⁷ Confer URL : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/>. Pour une étude d'ensemble, v. notamment, CAPRON, M., QUAIREL-LANOIZELEE, F. ET TURCOTTE, M.-F. (DIR.), *ISO 26000 : une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2010, 223 p. ; LOGOSSAH, K., HERVIEUX, C. ET M'ZALI, B. *La responsabilité sociale des entreprises : pratiques et impacts*, Paris, Publibook, 2015, 236 p. ; THIBOUT, O. *La Responsabilité sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, op. cit. ; C. BRODHAG, « *La norme ISO 26 000 sur la responsabilité sociétale : une convergence prometteuse, malgré la diversité des sensibilités* », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, mai 2011, n° 2, 2011, pp. 69-75 ; I. CADET, « *La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux* », art. cit. ; N. CUZACQ, « *Le cadre normatif de la RSE, entre hard law et soft law* », Communication présentée au colloque du RIODD, 2012 (hal-00881860) ; X. DIEUX ET F. VINCKE, « *La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ?* », *Revue de droit des affaires internationales*, 2005/1, n° 1, pp. 13-34 ; A.-S. EPSTEIN ET A. POMADE, « *Le droit économique de l'environnement à l'épreuve de la responsabilité sociale des entreprises* », *Eclairages croisés*, in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, op. cit., pp. 175-202 ; R. FAMILY, « *La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme* », D., 2013, p. 1558 ; F. FATOUX, « *Les approches volontaires et la responsabilité sociétale des entreprises* » in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, op. cit., pp. 265-269 ; J. IGALENS, « *Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26000* », art. cit. ; O. THIBOUT, « *La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 41, n° 2, 2016, pp. 215-233 ; F. PERALDI LENEUF, « *Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques* », in L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 753-766.

²⁹⁸ V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », art. cit., p. 142.

²⁹⁹ S. LAVALLEE ET K. BARENTSEIN, « *La régulation et l'harmonisation internationale des programmes d'écolabels sur les produits et les services* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. XVIII, n° 1, 2004, p. 55.

³⁰⁰ « (...) l'écolabel résulte d'une démarche volontaire de l'entreprise qui désire exploiter les forces du marché pour influencer le consommateur averti et se tailler une place de choix dans un créneau qui peut s'avérer fort intéressant » *id.*, p. 52.

concurrentiel non négligeable³⁰¹. En France, deux écolabels s'illustrent particulièrement, l'un d'extraction régionale – le label écologique européen³⁰² – l'autre d'extraction nationale – NF Environnement. Dans le tourisme, ils concernent l'hébergement touristique, les sites de visite, les services de camping, d'hébergement touristique.

36. Les codes de conduite privés ou l'autorégulation.

« (Ils sont) un ensemble d'engagements adoptés par une entreprise ou un groupe d'entreprises privées, rassemblés dans un document unique appelé indifféremment code, charte ou guide et qui présente la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire. (Ils) appartiennent donc exclusivement à la sphère privée et sont purement volontaires »³⁰³.

Leur « fonction principale serait d'orienter les comportements par des modèles dans une profession, un secteur d'activité ou une organisation envers la clientèle ou les usagers, les salariés, les cocontractants et le grand public »³⁰⁴. De leur institution se dégage une « règle de l'art »³⁰⁵. Pour

³⁰¹ « Les préoccupations environnementales qui ont présidé à l'institution du label vert ne doivent cependant pas dissimuler la dimension avant tout concurrentielle de cet instrument juridique. La rationalité concurrentielle de l'éco-label est évidente. L'éco-label s'appuie avant tout sur les vertus du marché » L. BOY, « *Les programmes d'étiquetage écologique en Europe* », art. cit., pp. 11 et 13. v. V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », art. cit., p. 143.

³⁰² « Le système de label écologique de l'UE s'inscrit dans le cadre de la politique de la Communauté en matière de consommation et de production durables, qui vise à réduire l'incidence négative de la consommation et de la production sur l'environnement, la santé, le climat et les ressources naturelles » Règlement (UE) n° 66/2010 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 établissant le label écologique de l'UE, JOUE n° L. 27 du 30 janvier 2010, pp. 1-19, spéc. pt. 5 et Règlement (UE) n° 782/2013 de la Commission du 14 août 2013 modifiant l'annexe III du règlement (UE) n° 66/2010 du Parlement européen et du Conseil établissant le label écologique de l'Union européenne, JOUE n° L. 219 du 15 août 2013, pp. 26-27. v. notamment, JADOT, B. ET DE. SADELEER, N. *Le label écologique et le droit*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1992, 137 p. ; D. BLANC, « *L'écolabel en droit communautaire* », in Maljean-Dubois, S. (Dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 365. L. BOY, « *Les programmes d'étiquetage écologique en Europe* », Revue internationale de droit économique 2007/1, t. XXI, pp. 5-25 ; L. BOY, « *L'éco-label communautaire, un exemple de droit postmoderne* », art. cit., p. 69.

³⁰³ J.-B. RACINE, « *La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement* », art. cit., p. 410. (Parenthèses ajoutées). C. JUBAULT, « *Les "codes de conduite privés"* », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 29. (Parenthèses ajoutées). V. notamment, LAROUER, M. *Les codes de conduite, sources du droit*, Thèse de doctorat, droit, Université Jean-Monnet-Saint-Etienne, 2016, 938 p. ; I. DESBARATS, « *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion* », JCP E, 2003, I, p. 112 ; P. DEUMIER, « *Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques* », RTD civ., 2009, p. 77 ; G. FARJAT, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés* », in Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 151 ; G. FARJAT, « *Réflexions sur les codes de conduite privés* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 47 ; F. OSMAN, « *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit* », RTD civ., 1995, p. 509 ; I. SERGENT, « *RSE et Codes de bonne conduite privés* », Lettre des juristes de l'environnement, 2010 (URL : http://www.juristes-environnement.com/article_detail.php?id=409).

³⁰⁴ MOCKLE, D. *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 91.

³⁰⁵ « L'attitude, les qualités, le comportement que l'on est en droit d'attendre du professionnel normalement diligent et compétent en fonction de l'état des connaissances scientifiques et techniques de la réalisation de l'acte professionnel » *Lamy droit économique*, 2001, n° 5383. Pour une étude approfondie, v. PENNEAU, A. *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, L.G.D.J., 1989, 295 p.

autant, le fait qu'ils soient, par nature et en théorie, dépourvus de toute force obligatoire³⁰⁶ n'est pas irrémédiable :

« Il arrive (...) que les autorités publiques donnent, par un texte, force obligatoire à un code d'origine privée ; (...) des personnes privées peuvent rendre obligatoires des codes par des instruments juridiques du droit privé, et le plus usuel d'entre eux : le contrat ; (...) des dispositions des codes peuvent être « juridicisées » grâce à des notions standard qui constituent des « piliers » du droit : la faute, la fraude, la bonne foi, le dol, les 'soins du bon père de famille', etc. »³⁰⁷.

Adjuvants³⁰⁸ au droit dur, ils font, en matière environnementale, l'objet d'une massification importante répartie proportionnellement à la préjudiciabilité environnementale de l'activité économique comme l'illustre la Charte des entreprises pour le développement durable³⁰⁹. Plus largement, en règle générale, chaque objet du droit – des nouvelles technologies à l'agriculture en passant par le jeu – s'accompagne d'un ou plusieurs codes de conduite privés.

Ce droit spontané de l'environnement, quoique formellement souple, se révèle substantiellement dur. Une « dureté » résidant dans la force manifeste de volonté de satisfaction officieuse à un intérêt paracollectif : l'intérêt particulier – l'entreprise pour poursuivre son objectif d'économie accepte de le conditionner à la satisfaction d'exigences d'intérêt général. Il en va, officiellement, dans le cadre verrouillant d'un contrat.

³⁰⁶ « Les codes de conduite ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent des normes minimales qui s'imposent à tous, tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent » Livre vert de la Commission européenne - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises (COM/2001/0366 final), §54. V. notamment, M. BOIZARD, « *Les codes de conduites privés : un instrument volontaire juridiquement efficace ?* » in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 147-156.

³⁰⁷ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 117 et pp. 119-120. v. notamment, E. DECAUX, « *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite* », *Annuaire français de droit international*, 1983, p. 81.

³⁰⁸ En littérature, l'adjuvant est le personnage, la chose ou l'événement qui aide le personnage principal à l'accomplissement d'une action.

³⁰⁹ *La Charte des entreprises pour le développement durable (Principes de gestion de l'environnement)*, Chambre de commerce international, *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°2, 1997, pp. 289-292.

§2. Du normativisme³¹⁰ contractuel par la stipulation environnementale

37. Etat des lieux. Le droit français ne semble pas hostile à la production normative par contrat. D'autant que, on l'a vu, il est, en outre d'un intérêt général, un intérêt particulier à l'environnement. C'est ce qu'il nous est donné d'observer en matière environnementale où le calcul des incidences d'un comportement est intégré dès les prémisses contractuelles³¹¹.

« ce qui est essentiel, c'est de bien réaliser que le contrat n'est pas seulement créateur de droits, mais plus fondamentalement qu'il crée du Droit, c'est-à-dire des règles juridiques »³¹².

VANESSA MONTEILLET évoque l'existence d'une « double normativité » :

« Le premier niveau d'analyse est de se placer au cœur du contrat afin de montrer qu'il est doté d'une capacité normative, c'est-à-dire d'une aptitude intrinsèque à générer une norme juridique. Le second niveau d'analyse conduit à se situer en dehors du contrat, toujours pour démontrer qu'il participe activement à la production des normes juridiques. Le contrat est doté d'une double normativité : une normativité interne d'une part, au terme de laquelle il est source de droit, et une normativité externe d'autre part, en vertu de laquelle il est source du droit »³¹³.

C'est, d'ailleurs, asseoir un certain pluralisme juridique que d'envisager le contrat en source de/du droit³¹⁴.

³¹⁰ Nous avons à charge de rappeler que les normalisation et normativisme ne sont pas substituables. Le premier terme vise la création, la fixation, l'application d'une norme ou sa conformisation à une autre norme afin de protéger, garantir un objet de droit, ici environnemental, tandis que le second désigne la force juridique d'un instrument juridique, ici le contrat.

³¹¹ L. MAURIN, « *La fondamentalisation environnementale du contrat* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, *op. cit.*, pp. 425-437.

³¹² GHESTIN, J., JAMIN, C. ET BILLIAU, M. *Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1. V. notamment, CHARBONNEL, L. *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2012, 358 p. ; LEVACHER, R. *La règle contractuelle dans l'ordre juridique, contribution à l'analyse normative du contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Nantes, 2007 ; P. ANCEL, « *Force normative et contenu obligationnel du contrat* », *RTD civ.*, 1999, p. 771 ; H. KELSEN, « *La théorie juridique de la convention* », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33.

³¹³ MONTEILLET, V. *La contractualisation du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 357.

³¹⁴ J.-G. BELLEY, « *Le contrat comme vecteur de pluralisme juridique* », in Gerard, P., Ost, F. et Van de Kerchove, M. (Dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353. Mustapha Mekki va jusqu'à postuler la médiation contractuelle du droit de l'environnement M. MEKKI, « *Postface. Le contrat et l'environnement* », in Boutonnet-Hauterau, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, *op. cit.*, 539 p. et s. Pour aller plus loin, v. notamment, VANDERLINDEN, J. *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 418 p.

38. Le contrat, une extension normative. Dans la perspective d'une gestion des risques environnementaux³¹⁵, le contrat, en son cœur, *via* notamment³¹⁶ l'art de la clause³¹⁷ – il peut s'agir de clauses de conditions suspensives³¹⁸ ou encore de conditions générales d'achat (CGA), somme toute clauses de développement durable³¹⁹ –, emprunte à la règle de droit certains de ses caractères – obligatoire, général, coercitif.

39. Le caractère obligatoire. Le non-respect des clauses pourra être sanctionné sur le fondement de l'article 1103 du code civil³²⁰ – cet article fonde la force obligatoire du contrat. Et pour cause, le contrat, dès l'origine source d'obligations³²¹, devient, en présence de préoccupations environnementales, source d'obligations environnementales :

« l'ensemble des devoirs destinés à intégrer la donnée environnementale soit dans une finalité de gestion du risque environnemental dans l'intérêt des parties ou du marché, soit dans une finalité de protection de l'environnement dans l'intérêt collectif »³²².

MATHILDE HAUTEREAU-BOUTONNET propose une « obligation environnementale générale »³²³ démembrable en obligations environnementales exogènes – imposées par la loi telles que

³¹⁵ J.-M. MOUSSERON, « *La gestion des risques par le contrat* », RTD civ., 1988, p. 481. v. notamment, M. BOUTONNET, « *Le contrat, un instrument opportun de l'ordre public environnemental ?* », D., 2013, p. 2528.

³¹⁶ « D'un point de vue formel, la référence faite à la norme sociale ou technique par le contrat peut être diverse : annexion au contrat, insertion d'une clause spécifique, intégration à l'occasion de la définition de l'objet du contrat ou des obligation contractuelles, voire dans les conditions générales du contrat » MONTEILLET, V. *La contractualisation du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 363.

³¹⁷ « Les clauses sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions » GRAS, N. *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne – Clermont Ferrand 1, 2014, p. 5. On distingue les clauses relevant du « contenu obligationnel » du contrat et les clauses relevant de sa force obligatoire (P. ANCEL, « *Force normative et contenu obligationnel du contrat* », *art. cit.*). Ces dernières sont dites « directives » G. DURANT-PASQUIER, « *Les clauses directives* », in Colloque « L'art de la clause », Université de Paris 13, Conseil supérieur du notariat, 9 octobre 2014, n° 3.

³¹⁸ La condition suspensive est un « événement futur et incertain auquel est subordonnée la naissance d'une obligation » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1006. « les parties peuvent convenir d'une promesse de vente soumise à la condition suspensive particulière de l'absence de pollution » Cour d'appel de Paris, 2^e chambre B, 16 janvier 2003, *SA Entreprise industrielle c/ SA Messer France*, Revue de droit immobilier, 2003, 241 p.

³¹⁹ M. BOUTONNET ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », *art. cit.*

³²⁰ Art. 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

³²¹ Art. 1100 al. 1^{er} du Code civil : « *Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ». Le contrat est un acte juridique : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* » (Art. 1100-1, al. 1^{er} du Code civil).

³²² M. BOUTONNET ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », *art. cit.*

³²³ L'intérêt d'une telle obligation est d'« accompagner ce qui se manifeste actuellement en droit positif, entendre les forces créatrices du droit - écologiques et non uniquement économiques - pour mieux les accueillir et surtout offrir au droit civil la possibilité de participer pleinement au grand défi écologique, social et économique du siècle en marche : la protection de l'environnement » M. BOUTONNET, « *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats* », D., 2012, p. 377. Sur les trois principes directeurs de l'obligation environnementale, v. M. BOUTONNET, ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », *art. cit.* La doctrine est allée jusqu'à consacrer l'existence d'une nouvelle catégorie contractuelle aux accents oxymoriques – deux objets aux intérêts, en

l'obligation précontractuelle d'information³²⁴ – et obligations environnementales endogènes – imposées par la volonté : la stipulation³²⁵. Toutefois, VANESSA MONTEILLET craint, avec diamétrie, le caractère excessivement³²⁶ et insuffisamment³²⁷ intégratif du concept d'obligation. Il faudrait alors, selon l'auteur, recourir au droit des contrats plus généralement et marginalement à l'obligation³²⁸. Ainsi, « (...) lorsque le fondement des vices du consentement permet une sanction du contrat pour erreur sur des qualités environnementales d'un bien, cela ne paraît pas impliquer l'existence d'une obligation environnementale particulière »³²⁹. *Sur le caractère excessif*. Des obligations présentant des signes de préoccupations environnementales en seraient-elles moins environnementales parce qu'elles seraient de sources différentes, porteraient sur des objets différents et emporteraient des effets différents ? A défaut d'une homogénéité de sources, d'objets et d'effets, on a une homogénéité domaniale – le biais de sélection est environnemental. Et, c'est en réalité tout ce qui devrait nous intéresser ici. Nous rappelons que la prise en compte environnementale par les tribunaux en est à ses balbutiements³³⁰. Il nous apparaît alors faiblement pertinent de commencer par réduire son champ. *Sur le caractère insuffisant*. Tout d'abord, cela ne peut l'être qu'en méconnaissant la portée d'un tel moyen du droit qui aura, jusque-là, irradié tout le droit positif – du droit pénal *via* notamment l'escroquerie, l'abus de confiance au droit de la famille (l'obligation de solidarité entre époux) en passant par le droit fiscal (l'obligation de s'acquitter de

théorie, divergents l'un particulier, l'autre général – : « le contrat environnemental ». Il s'agit d'une « (...) catégorie contractuelle qui, regroupant tous les contrats ayant pour finalité d'appréhender l'environnement, a pour conséquence de réguler les relations homme/environnement » M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Le contrat environnemental* », D., 2015, p. 217. v. également, M. BOUTONNET, « *Des obligations environnementales en droit des contrats* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, *op. cit.*, pp. 57-70 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Les obligations environnementales* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 483-522.

³²⁴ FABRE-MAGNAN, M. *De l'obligation d'information dans les contrats*. Essai d'une théorie, Paris, L.G.D.J., 1992, 573 p. v. également, M. BOUTONNET, « *Le contrat et le droit de l'environnement* », RTD civ., 2008, n° 6 à 12.

³²⁵ « Le vendeur qui délivre au consommateur un bien revêtu de la marque NF s'engage à fournir un bien en tous points conforme aux spécifications techniques définies par le règlement » CAUPERT, F. *La normalisation*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1977 cité in CLUZEL-METAYER, L. *Le service public et l'exigence de qualité*, *op. cit.*, p. 36, n° 33.

³²⁶ « De l'observation du réel, on constate la multiplication d'obligations intégrant diversement des données environnementales dans des champs contractuels variés, procédant de sources différentes et emportant des effets divers » MONTEILLET, V. *La contractualisation du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 174.

³²⁷ « (...) le concept d'obligation, choisi pour figurer l'idée d'intégration des données environnementales dans le champ contractuel, est trop restrictif pour embrasser le panel des mesures contractuelles contenues dans le concept doctrinal d'obligation environnementale » *Id.*, p. 180.

³²⁸ *Id.*, p. 183 et s.

³²⁹ *Id.*, p. 182.

³³⁰ Les juges se montrent encore particulièrement rétifs à la reconnaissance d'une obligation environnementale d'origine contractuelle. Ainsi, une société civile immobilière avait inséré dans le contrat de vente d'un terrain une clause tenant à *ne pas installer ou laisser s'installer toute industrie ayant pour objet le recyclage de toutes sortes de déchets, ni leur entrepôt, à l'exclusion des déchets verts*. La Cour de cassation a retenu que : « la cour d'appel en a souverainement déduit (...) que le manquement de la commune (*cocontractant*) à ses obligations contractuelles n'était pas d'une gravité telle qu'il justifie la résolution de la vente » (Cass. civ., 3^e, 13 décembre 2011, n° 10-27305).

l'impôt). Ensuite, s'il est une *erreur sur des qualités environnementales d'un bien*, c'est qu'un niveau de performance énergétique notamment était escompté à la source – soit, à la conclusion du contrat – ce qui suppose l'existence d'une obligation environnementale, au moins subsidiaire, adossée à l'obligation principale. Enfin, confier au droit général des contrats la gestion environnementale comporte le risque d'une amplification de l'inféodation du rapport contractuel à la loi, déjà potentiellement omniprésente³³¹, soit celui d'effriter un peu plus le libéralisme économique – rappelons-le, à l'intérieur du rapport contractuel, les préoccupations environnementales sont libres/facultatives. Il n'est dès lors pas déraisonnable de concéder la gestion environnementale au giron de l'obligation laquelle revêt un caractère flottant, non figé respectueux de la liberté de contracter.

40. Le caractère général. Quand c'est d'environnement dont il s'agit, « les parties agissent pour l'intérêt général, au-delà de leurs propres intérêts »³³². En outre, il arrive que les obligations environnementales s'imposent à toute une chaîne de contrats dépassant ainsi le strict effet relatif des conventions³³³ – un effet substantiellement surfait³³⁴ – :

« Le contrat est vecteur de normes de comportement, créant à l'instar des zones d'exclusivité dans les contrats de distribution, une “zone environnementale” ou “une zone d'intégrité environnementale” »³³⁵.

Il en va ainsi en matière de franchise hôtelière³³⁶ ou encore de sous-traitance³³⁷.

41. Le caractère coercitif. Il est probable que, dans un contrat, l'engagement dans une prise en compte de l'environnement ne soit pas consenti. Deux cas. Dans le premier cas, la relation contractuelle ou précontractuelle souffre, de toute façon – l'option de ne pas contracter n'est que faiblement envisageable –, de disproportion économique – le contrat présente les atours du contrat d'adhésion³³⁸. Dans ce cas, le cocontractant volontaire, économiquement puissant, pourra passer

³³¹ « (...) un comportement environnemental devrait être obligatoirement attendu dans la relation contractuelle, celui-ci consistant à respecter la législation environnementale » M. BOUTONNET, « *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats* », art. cit.

³³² M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Le contrat environnemental* », art. cit.

³³³ Art. 1199 du Code civil : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ».

³³⁴ « *Le contrat ne crée, en principe de liens d'obligations qu'entre les parties contractantes*. En revanche, on ne déduit plus de cette affirmation que le contrat n'a aucun effet, même indirect, à l'égard des tiers : le contrat crée entre les parties une situation juridique ont les tiers ne peuvent méconnaître l'existence. Afin d'exprimer cette réalité, on dit que *le contrat est opposable aux tiers* » LEQUETTE, Y., TERRE, F., SIMLER, P. ET CHENEDE, F., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 744.

³³⁵ M. MEKKI, « *Postface. Le contrat et l'environnement* », in Boutonnet-Hauterau, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, op. cit., p. 543.

³³⁶ Voir *infra* I. Un contrôle maximum exercé par le franchiseur.

³³⁷ Voir *infra* A – L'habilitation du sous-traitant.

³³⁸ Art. 1110, al. 2 du Code civil.

en force son engagement comme l'illustre l'exigence de satisfaction aux critères d'obtention d'un label en matière de commande publique³³⁹ ou encore la signature d'une charte éthique³⁴⁰. Dans le second cas, les cocontractants sont économiquement interdépendants. Ici, la préoccupation environnementale sera le produit de la négociation à l'issue de laquelle les parties définiront leurs engagements ou ne contracteront tout simplement pas. Une fois le contrat formé, les parties n'ont d'autre choix que celui d'accomplir leurs obligations environnementales – les effets d'une rupture des relations contractuelles étant parfois trop importants en particulier pour les faibles économiques³⁴¹.

42. Le juge, bouche du contrat ?³⁴² Puisque le contrat revêt un caractère normatif, il apparaît cohérent de décantonner le juge à la stricte interprétation de la loi. Il ajusterait sa décision en fonction de la tradition contractuelle, des nécessités perçues du contrat. Le juge a bien requalifié un engagement volontaire – le contrôle technique des navires – en obligation environnementale³⁴³, ce qui n'a pas vocation à demeurer une exception³⁴⁴. Et, pour cause ! Le juge « ne se considère pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire, et donc de sanction juridique »³⁴⁵. Pour autant, on peut craindre la sortie de la spécialité d'une telle pratique. S'il arrive que le contrat se contente de n'être qu'un simple lieu de

³³⁹ Art. R. 2111-15 du Code de la commande publique.

³⁴⁰ La « charte sociale et éthique » d'Air France-KLM (URL : <http://www.airfranceklm.com/fr/notre-approche-developpement-durable>).

³⁴¹ URL : https://images.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple_SR_2015_Progress_Report.pdf (le cas d'Apple).

³⁴² Il s'agit d'une adaptation de la célèbre formule de Montesquieu : « (...) les juges de la nation de sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, éditions Garnier, 1777, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

³⁴³ « (...) la société Total SA (...) pour éviter le risque d'une recherche de responsabilité pour faute en cas d'affrètement d'un navire sous norme, avait mis en place, un système de 'vetting' impliquant des contrôles techniques dont la mise en oeuvre lui conférerait le droit de monter à bord du pétrolier Erika, d'observer les opérations de chargement et déchargement, d'inspecter les citernes et d'accéder aux documents du navire, ce qui lui donnait un pouvoir de contrôle non seulement sur sa cargaison mais sur la marche du navire (...) ». La Cour de cassation a décidé que « (...) la société Total SA n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent (...) » (Cass. crim., 25 septembre 2012, *Erika*, n° 10-82938, *Bull.*). Nous soulignons.

³⁴⁴ « Si le contenu de la norme est repris, sous une forme ou une autre, dans des contrats, voire des textes de droit public international ou national, leur degré d'impérativité s'imposera au juge : indirectement, les termes de l'ISO 26000 deviendront la base d'une action en justice ou d'une réclamation dans une procédure nationale ou internationale » I. CADET, « *La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux* », *art. cit.*, p. 427.

³⁴⁵ B. OPPETT, « *L'engagement d'honneur* », D., 1979, p. 106. « (...) le principe posé par les règlements organisant la pratique d'un sport, selon lequel la violation des règles du jeu est laissée à l'appréciation de l'arbitre chargé de veiller à leur application, n'a pas pour effet de priver le juge civil, saisi d'une action en responsabilité fondée sur la faute de l'un des pratiquants, de sa liberté d'apprécier si le comportement de ce dernier a constitué une infraction aux règles du jeu de nature à engager sa responsabilité » Cass. civ. 2^e, 10 juin 2004, n° 02-18649.

complément de la loi sans intention créatrice, le fait que le point de départ soit contractuel fait courir le risque de l'insinuation de volontés « perverses » échappant à la vigilance du juge :

« Le contrat comme « vecteur d'application du droit de l'environnement » pourrait alors à l'avenir susciter la méfiance du juge, non seulement à l'égard de certains abus, mais aussi d'une neutralisation de la finalité de la loi (...) »³⁴⁶.

Il ressort qu'en France, la marge d'actions de l'entrepreneuriat privé est faible en raison d'un environnementalisme du droit notamment. Elle s'en trouve d'autant réduite par l'inepugnabilité d'une portion, non congrue, de l'espace.

II. L'extra-patrimonialité privée du domaine public

43. La reconnaissance française d'un système de protection des biens publics. Généralement³⁴⁷, dans les pays de tradition *common law* notamment – à l'image de la Caraïbe anglophone –, « la fibre du droit est profondément individualiste »³⁴⁸ ce qui ne peut qu'endiguer l'émergence de l'idée d'un droit domanial ultraprotecteur³⁴⁹. L'Administration et les particuliers s'établissent, dans une certaine mesure, sur un même pied d'égalité – ils ont indistinctement la faveur du droit. C'est ainsi que le modèle bahaméen notamment s'érige en symbole de la marchandisation par le Gouvernement des « biens de la Couronne », parmi lesquels des îlets objets de privatisation notamment, au profit de développeurs et investisseurs

³⁴⁶ M. BOUTONNET, « *Le contrat et le droit de l'environnement* », art. cit.

³⁴⁷ La domanialité publique n'est pas entièrement absente des systèmes de *common law* (T. PERROUD, « *Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust* », IRJS éditions, Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou, 2017 (hal-01699002).

³⁴⁸ « Le bien public ne s'intéresse à rien de plus essentiel que la protection des droits individuels de chacun... Le droit du pays a subordonné aux droits inviolables et sacrés de la propriété privée, même la nécessité publique » Blackstone cité et traduit in ZOLLER, E. *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2013, n° 105, p. 113. Pour une saisie de la notion de propriété en *common law*, v. notamment, Y. EMERICH, « *Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystème de la propriété* », Revue générale de droit, vol. 38, n° 2, 2008, pp. 339-377.

³⁴⁹ Le modèle québécois est illustratif quant à la relative inaliénabilité de son domaine (P. LABRECQUE, « *Le droit applicable au domaine public québécois* », XIV^e conférence des juristes de l'Etat, pp. 195-245, spéc. p. 206). (**Nota bene** : « Le droit canadien est pour l'essentiel un système qui peut se rattacher à la famille de la *common law* à cause des concepts sur lesquels il repose et des méthodes par lesquelles il est mis en œuvre » LEGAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 131).

étrangers³⁵⁰. Spécifiquement, en France, dans un premier temps, en vertu du droit prétorien³⁵¹ puis, dans un deuxième temps, en vertu de la loi³⁵², il est un bien public objet d'une inexpugnabilité de principe. Ainsi, l'opérateur économique du tourisme aspirant à l'établissement ou au développement de son activité ne saurait arbitrairement l'épanouir. Il se heurte tôt ou tard à l'immutabilité de principe du domaine public ; les libertés économiques y ont une portée réduite³⁵³. A l'instar du modèle français, des pays caribéens de tradition civiliste, tels que la République dominicaine³⁵⁴, affichent une ambition protectionniste dans la limite que la pratique est révélatrice d'une approche diamétrale³⁵⁵. Nous concentrerons notre exposé sur le domaine public immobilier.

³⁵⁰ SMITH, N.L. *Whose Land Is It Anyway ? An Analysis of the Management and Distribution of Crown Land in the Bahamas*, Thesis, Massachusetts Institute of Technology (M.I.T.), 2007.

³⁵¹ « (...) un particulier ne peut acquérir de droit sur le domaine public en raison en raison de son caractère inaliénable et de son affectation à l'usage du public (...) » (TA Rennes, 9 décembre 1963, *SARL Les Viviers de Saint-Malo*, JCP 1965 II, n° 14084).

³⁵² Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* n° 95 du 22 avril 2006, p. 6024, texte n° 21. G. BACHELIER, « *Droit des propriétés publiques : enfin un code* », *Pratique du contentieux administratif*, lettre d'actualité, mai 2006 ; H. DE GAUDEMAR, « *Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques* », *JCP A* 2006, n° 1159 ; Y. GOUTAL, « *Le Code général de la propriété des personnes publiques* », *La Gazette des communes*, juin 2006, p. 54 ; C. MAUGUÉ ET G. BACHELIER, « *Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA* 2006, p. 1073 ; P. YOLKA, « *Un Etat sans domaine ?* », *AJDA* 2003, p. 1017 ; P. YOLKA, « *Le Code général de la propriété des personnes publiques* », *Revue française de droit administratif* 2006, p. 899.

³⁵³ Il ne saurait y avoir « d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre non plus qu'à la liberté du commerce et de l'industrie, auxquelles le législateur a, lorsqu'elles s'exercent sur le domaine public (...), fixé des bornes justifiées au regard de l'exigence constitutionnelle, résidant dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, qui s'attache à la protection de ce domaine et que met en oeuvre la nécessité d'obtenir une autorisation, nécessairement temporaire, pour l'occuper ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage appartenant à tous ». CE, 8^e et 3^e SSR, 6 octobre 2010, *Mutoni*, n° 341537.

³⁵⁴ Art. 106 et 107 de la loi n° 108-05 du Registre immobilier ; Art. 537 et suivants du Code civil dominicain. Pour une étude d'ensemble, v. RODRIGUEZ UREÑA, C., NILENIS BASTISTA, Y. ET MOISES, F. *La regulación inmobiliaria de dominio público contemplado en la ley 108-05*, Thèse de licence, Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), 2017 (URL : https://issuu.com/moisesaybar9/docs/tesis_dominio_publico).

³⁵⁵ En République dominicaine, toutes les formations gouvernementales post-dictature Trujillo ont cédé la quasi-totalité du littoral Est (Bávaro), Sud-est (de Boca Chica à Punta Cana), Sud-centre (Portillo, Samaná), Nord (Puerto Plata) à des développeurs privés et des établissements hôteliers édifiés à seulement quelques mètres des plages. Cette privatisation a acquis une valeur constitutionnelle avec l'insertion du deuxième alinéa de l'article 15 dans la lettre constitutionnelle du 26 janvier 2010 confirmée dans la lettre constitutionnelle révisée du 13 juin 2015 : « (...) *Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el derecho a la propiedad privada. La ley regulará las condiciones, normas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas* ». Nous soulignons. « Les rivières, lacs, lagons, plages et côtes nationaux appartiennent au domaine public et sont libres d'accès, sous réserve perpétuelle du droit à la propriété privée. La loi encadrera les conditions, normes et servitudes par lesquelles les particuliers accéderont à la jouissance ou à la gestion des dites zones » (Notre traduction). Autrement dit, il suffit que les droits d'appropriation et d'exploitation soient reconnus à un particulier – le cas de l'investisseur étranger dans l'hôtellerie et autres infrastructures récréatives –, pour qu'ils soient opposables *erga omnes*.

44. La publicité du domaine immobilier³⁵⁶. Il constitue la manifestation d'un droit de propriété publique³⁵⁷ – on parle également de « propriété administrative »³⁵⁸ ou de « propriété fondative »³⁵⁹ – sous certains aspects semblables au droit de propriété privée. Les biens sont affectés à un usage direct du public ou affectés à un service public à condition qu'ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public³⁶⁰ ou qu'ils constituent un accessoire indissociable, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public³⁶¹. Cet état de fait conditionne son exploitation économique :

« Toute la domanialité publique repose sur l'idée d'affectation administrative des choses à l'utilité publique »³⁶².

45. Le caractère prophylactique de la domanialité publique : une immuabilité de principe.

³⁵⁶ Sur les composantes du domaine public immobilier ultramarin. En théorie, aux Antilles françaises, à l'instar du paysage domanial hexagonal, le domaine public immobilier – délésté notamment du domaine public ferroviaire –, comprend les biens rattachés domaine public naturel, lequel se décline en domaine public maritime – le sol et le sous-sol de la mer entre la limite extérieure de la mer territoriale, le rivage de la mer, les lais et relais de la mer, la zone dite des « 50 pas géométriques », les terrains réservés en vue de la satisfaction des besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire ou touristique et qui ont été acquis par l'Etat notamment – (Art. L. 2111-4 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques) et en domaine public fluvial – cours d'eau, lacs – (Art. L. 2111-7 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques) ; les biens rattachés au domaine public artificiel, lequel se décline en domaine public routier (Art. L. 2111-14 du Code général de la propriété des personnes publiques), le domaine public maritime artificiel (Art. L. 2111-6 du Code général de la propriété des personnes publiques), le domaine public fluvial artificiel – canaux, plan d'eau notamment – (Art. L. 2111-10 du Code général de la propriété des personnes publiques), le domaine public aéronautique (Art. L. 2111-16 du Code général de la propriété des personnes publiques), le domaine public hertzien (Art. L. 2111-17 du Code général de la propriété des personnes publiques).

³⁵⁷ « Le présent code (Code général de la propriété des personnes publiques) s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics » (Art. L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques) Parenthèses ajoutées. Nous soulignons. Cela signifie qu'un bien appartenant à une personne privée ne saurait être intégré au domaine public (CE, 30 mars 1928, *Ministre des travaux publics c/ Esquirol, Rec.*, Lebon, p. 499) quand bien même il serait affecté à un service public (CE, 27 mai 1964, *Sieur Chervet, Rec.*, Lebon, p. 300). Il a valeur constitutionnelle (Décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *JO* du 23 juillet 1994, p. 10635, *Rec.*, p. 96, cons. 3). V. notamment, X. BIOY, « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA* 2006, p. 963 ; F. BOURRACHOT, « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110 ; P. DEVOLVE, « Droit de propriété et droit public » in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149 ; J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA* 2012, p. 1381 ; SCHMALTZ, B. *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse de doctorat, droit, Université Lyon 3, 2014.

³⁵⁸ Expression réitérée in SAUGEZ, H. *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Orléans, 2012.

³⁵⁹ LAVIALLE, C. *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996, pp. 79-80, n° 66 ; C. LAVIALLE, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, pp. 469-487.

³⁶⁰ Art. L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. V. notamment, M. GROS, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749 ; BOURDEAU, B. *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1980.

³⁶¹ Art. L. 2111-2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

³⁶² Hauriou cité in N. SUDRES, « Que reste-t-il de la domanialité publique par anticipation ? », (commentaire sous CE 8^e et 3^e SSR., 13 avril 2016, *Commune de Baillargues*, n° 391431), *Revue générale du droit*, Articles et commentaires 2016, numéro 1.

« la protection du domaine public est un impératif d'ordre public »³⁶³.

« La théorie de la domanialité publique a (...) permis, selon certains, de diminuer la pression de la demande des particuliers sur la nature »³⁶⁴.

Et, pour cause ! Elle porte en elle l'absoluité du droit de propriété publique garantie par l'article 17 de la DDHC³⁶⁵ dont le contentieux est confié au juge administratif³⁶⁶. Ainsi, les biens du domaine public ne sauraient être saisis³⁶⁷ – c'est l'idée que le domaine public ne saurait faire l'objet ni de procédures civiles d'exécution ni de sûretés –, ni cédés – sous réserve d'onérosité et de commutativité³⁶⁸. Ils ne sauraient être vendus ni faire durablement l'objet de constitution de droits réels³⁶⁹ – usufruit, hypothèque, emphytéose, servitudes réelles notamment – ni acquis par la prescription en vertu des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public³⁷⁰ sous

³⁶³ CE, 3^e et 8^e SSR, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, n° 18-9191.

³⁶⁴ S. BOURAOUI, « *De l'analyse substantielle en droit de l'environnement* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, *op. cit.*, p. 18.

³⁶⁵ « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

³⁶⁶ « (...) il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application (...) CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 20-2260.

³⁶⁷ Art. L.2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. « La destinée des administrations publiques ne doit pas être à la merci de leurs créanciers » (Maurice Hauriou) cité in P. YOLKA, « *L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile)* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, novembre 2007, fasc. 2307, n° 1. V. également, S. CLAMENS, « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », AJDA 2000, p. 767 ; R. DUCOS-ADER, « *Le principe d'insaisissabilité* », Gaz. Pal., 1986, II, p. 474 ; P. YOLKA, « *Protection des propriétés publiques – Régime général* », JurisClasseur Propriétés publiques, 2016, fasc. 60, n° 27-129. Cass. Civ., 1^{re}, 21 décembre 1987, *Bull.* n° 86-14167.

³⁶⁸ Dans son arrêt *Commune de Fougerolles*, le Conseil d'Etat apporte une tolérance au principe d'incessibilité. Deux conditions cumulatives sont exigées : « la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes (...) » (CE Sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473). « (...) la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur (...) » Décision du Conseil constitutionnel n° 86-207 DC du 26 juin 1986 sur la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, JO du 27 juin 1986, p. 7978, *Rec.*, p. 61, cons. 58. V. notamment, S. DAMAREY, « *Le prix symbolique en droit public, cessions, ventes et locations à prix symbolique* », AJDA 2003, p. 2298.

³⁶⁹ « (...) les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due, (*qui*) ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques (...), font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté (...) » Décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, précitée, cons. 3. Italiques ajoutés.

³⁷⁰ Art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. D. COSTA, « *L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme* » in Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme, Paris, Dalloz, 2011, pp. 87-97 ; G. DELALOY, « *Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?* », RDP, 2006, p. 575 ; M. DOUENCE, « *L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques* », AJDA, 2006, p. 238 ; C. LAVIALLE,

peine de nullité³⁷¹, ni être le terrain d'occupations sans titre³⁷². Leur sortie du domaine public est ordonnée par la cessation du phénomène naturel lorsque le bien relève du domaine public naturel ou par un acte de déclassement, dit de « désaffectation », dans le cadre du domaine public artificiel³⁷³. Dans ce dernier cas, les personnes publiques ont toute latitude à la limite que la validité du déclassement est subordonnée à son intérêt général³⁷⁴. Enfin, l'autorité publique du territoire dont relève la dépendance dispose d'un pouvoir de protection du domaine public contre certaines atteintes telles que les dégradations – la police de la conservation³⁷⁵. Ce protectionnisme va jusqu'à l'effritement du droit de propriété privée par l'instauration de servitudes administratives³⁷⁶.

46. L'atteinte relative à la publicité du domaine : l'occupation privative du domaine public. L'occupation privative du domaine public « a souvent été (...) qualifiée d'anormale alors qu'en réalité, elle est soit irrégulière, soit non conforme mais compatible avec la destination donnée au domaine et donc régulière »³⁷⁷. L'autorisation d'occupation privative du domaine public³⁷⁸ n'est pas exceptionnelle. Elle octroie un certain nombre de droits au profit de l'occupant privé fragilisant la destination publique des dépendances domaniales, par là même l'immutabilité du domaine public

« *L'imprescriptibilité du domaine public* », RFDA, 1985, p. 27 ; GAUDEMAR, H. DE., *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 2006.

³⁷¹ CE, 5/10 SSR, 1^{er} mars 1989, n° 71140.

³⁷² CE, Sect., 20 juin 1980, *Commune d'Ax-Les-Thermes*, n° 04592 04872 15025. L'occupation sans titre du domaine public peut faire l'objet de mesures d'expulsion prononcées par le juge administratif exclusivement compétent en la matière (TC, 24 septembre 2001, *Société BE Diffusion c/RATP et société Promo Métro*, n° 3221, *Rec.*, p. 747). V. notamment, M. DOUENCE, « *L'expulsion de l'occupant sans titre du domaine public* », RDA, 2004, *Chroniques*, n° 4, p. 8 ; C. LAVIALLE, « *L'occupation sans titre du domaine public* », AJDA, 1981, p. 563 ; A. VIROT-LANDAIS, « *Un statut pluriel et lacunaire des occupants sans titre du domaine public* », RDP, 2012, p. 563.

³⁷³ Art. L. 2141-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. CE, 8^e et 3^e SSR, 30 décembre 2002, *Commune de Pont-Audemer*, n° 248787. V. notamment, O. BLIN, « *La désaffectation domaniale* », RDI, 1999, p. 49 ; S. DUROY, « *La sortie des biens du domaine public : le déclassement* », AJDA, 1997, p. 819 ; P. MOZOL, « *La désaffectation des biens du domaine public* », in Pontier, J.-M., *Le domaine et les collectivités territoriales*, PUAM, 2004, p. 165 ; L. RAPP, « *Entrée et sortie des biens (la propriété choisie)* », RFDA, 2006, p. 916 ; H. SARAZIN, *Désaffectation et déclassement*, JCP A, 2006, n° 1246.

³⁷⁴ CAA Douai, 1^{re} chambre, formation A 3, 29 janvier 2004, *S.A.R.L. Artisanale Sambre Modelage*, n° 00DA00427.

³⁷⁵ Son exercice suppose notamment l'infliction de sanctions spéciales : les contraventions de voirie. On distingue les contraventions de voirie routière (art. L. 116-1 à L. 116-8 et R. 116-1 et 2 du Code de la voirie routière) dont le contentieux relève majoritairement de la compétence du juge judiciaire est partagé avec le juge administratif (TC, 20 février 2006, *Commune d'Ormesson-sur-Marne*, n° 0603488, *Bull.* – et les contraventions de grande voirie (Art. L. 2132-2, al. 1^{er} du Code général de la propriété des personnes publiques) de la compétence exclusive du juge administratif. V. notamment, X. BRAUD, « *Repenser l'engagement des poursuites en matière de contravention de grande voirie* », RDP, 2016, p. 131 ; F. HOFFMANN, « *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie* », AJDA, 2013, p. 1721.

³⁷⁶ A. FOUBERT, « *Les servitudes sur le domaine public* », RDA, 2008, étude 10.

³⁷⁷ C. LAVIALLE, « *Regards sur trente ans d'évolution du droit domaniale* », in Hecquard-Théron, M. et Krynen, J. (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t.1 : Bilan & t. 2 : Réformes-Révolutions, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, pp. 253-267

(URL : <https://books.openedition.org/putc/1589?lang=fr#tocfrom2n3>, pt. 21).

³⁷⁸ Art. L. 2122-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques.

– le référé possessoire³⁷⁹, la constitution relative de droit réels³⁸⁰, l'indemnisation en cas de résiliation contractuelle pour un motif d'intérêt général³⁸¹ notamment. Aussi, elle couvre une diversité de régimes relative à la durée d'exploitation, l'objet de l'exploitation, la personnalité de l'exploitant notamment. Cependant, elle ne saurait occulter le *déséquilibre significatif* traditionnel existant entre l'administration – dépositaire d'un pouvoir décisionnel quasiment exprimé *ad nutum* – et l'opérateur économique³⁸². Il n'est aucun droit subjectif à l'occupation du domaine public au profit d'un opérateur économique. En règle générale³⁸³, l'occupation du domaine public est obligatoirement soumise à autorisation³⁸⁴ cessible³⁸⁵ quoique fragile assortie d'une procédure de publicité et de sélection préalable³⁸⁶. Elle prend la forme d'une autorisation de voirie – acte unilatéral de l'administration – ou d'une concession de voirie – un contrat conclu entre l'administration et l'occupant privé –³⁸⁷, délivrée, en règle générale, par l'autorité publique propriétaire, laquelle se réserve le droit de la refuser ou la révoquer à tout moment pour motifs variables ou encore de ne pas la renouveler³⁸⁸. Toutefois, cela ne prive pas l'opérateur économique de la chance d'obtenir la

³⁷⁹ N. CAYROL, « Abrogation des actions possessoires », RTD civ., 2015, p. 705.

³⁸⁰ CE, 8^e et 3^e SSR, 23 juillet 2010, *Société NFDB*, n° 320188. V. notamment, O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le statut de commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ? », AJDI, 2005, p. 633 ; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « L'activité commerciale sur la plage : le commerçant plagiste peut-il être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce ? », JCP A, 2007, n° 2103 ; L. RAGIMBEAU, « Le caractère des autorisations d'occupation domaniale : de l'incessibilité à la patrimonialisation », RDP, 2016, p. 1783 ; J.-G. SORBARA, « L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public », RFDA, 2017, p. 341 ; P. YOLKA, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », AJDA, 2016, p. 1802.

³⁸¹ F. ALHAMA, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », AJDA, 2010, p. 1515.

³⁸² « Les contrats portant occupation du domaine public sont des contrats administratifs même s'ils ne comportent pas de clauses exorbitantes du droit commun » J.-L. ALBERT, « L'implantation commerciale sur le domaine public », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸³ *Contra* Art. 752-2 du Code de commerce notamment. « (...) en soumettant l'exercice de la profession de marchand ambulant sur les halles et marchés et sur les voies publiques à la délivrance d'une autorisation qu'ils se réservent d'accorder ou de refuser discrétionnairement, les maires excèdent leurs pouvoirs de police » Cass. crim., 30 janvier 1991, n° 89-86140, *Bull.*

³⁸⁴ Art. L. 2122-1, al. 1^{er} du Code général de la propriété des personnes publiques : « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ». COMELLAS, S. *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, Paris, L'Harmattan, 2014, 350 p.

³⁸⁵ SEUROT, L. *L'autorisation administrative*, Thèse de doctorat, droit, Université de Lorraine, 2013 ; M. CORMIER, « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », RFDA, 2009, p. 1 ; Y. JEGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », AJDA, 2004, p. 945 M. MOLINIER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », AJDA, 2004, p. 2141 ; T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », AJDA, 2007, p. 2178.

³⁸⁶ Art. 2 à 8 de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF n° 0093 du 20 avril 2017, texte n° 8. CJUE, 14 juillet 2016, *Promoiimpresa Srl*, Aff. n° C-458/14, *Rec. Numérique*. Art. 12 §1 et §2 de la directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOCE n° L. 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68. v. notamment, G. SORBARA, « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 », RFDA, 2017, p. 705.

³⁸⁷ D. BURRIEZ, « Les multiples visages des conventions d'occupation privative du domaine de la personne publique », JCP A, 2016, n° 2191 ; F. MELLERAY, « L'utilisation privative du domaine public », AJDA, 2013, p. 992.

³⁸⁸ Art. L. 2122-3 du Code général de la propriété des personnes publiques : « L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable ». Il faut tout de même distinguer deux situations : le renouvellement de

réparation d'un préjudice qu'il aura subi³⁸⁹. Ensuite, l'occupant privé doit obligatoirement s'acquitter du paiement d'une redevance³⁹⁰, dont le montant est fixé par le propriétaire public, sous réserve d'exceptions qui n'intègrent pas l'exploitation commerciale d'une activité de tourisme notamment.

47. Le cas de la concession de plage³⁹¹.

« L'Etat peut accorder sur le domaine public maritime des concessions ayant pour objet l'aménagement, l'exploitation et l'entretien de plages »³⁹².

Mais cette faculté est assortie de conditions restrictives d'initiative privée. Tout d'abord, selon que l'entité publique, prioritaire en vertu de l'article L. 2124-4 du Code général de la propriété des personnes publiques, aura renoncé ou non à son droit de priorité³⁹³, l'opérateur privé exploitera la plage directement – en qualité de concessionnaire – ou indirectement avec le consentement du concessionnaire – en qualité de sous-traitant, ce dans les mêmes conditions d'exploitation fixées pour le concessionnaire³⁹⁴. Dans ces deux cas, sa candidature est soumise à *concurrence préalable*³⁹⁵. En outre, l'opérateur privé ne pourra occuper à titre privatif qu'une partie de l'espace concédé sous conditions de correspondance avec les *besoins du service public balnéaire, avec l'exploitation de la plage, avec le maintien de l'usage libre et gratuit des plages, avec la préservation des sites et paysages du littoral et des ressources*

titre qui n'ouvre pas droit à réparation (CE, 6/2 SSR, 14 octobre 1991, *Hélie*, n° 95857) et l'abrogation du titre qui n'ouvre droit à réparation que dans le cadre d'une rupture du contrat de concession de voirie et du retrait d'une autorisation unilatérale de l'administration non motivé par, notamment, l'intérêt général ou l'intérêt supérieur de la dépendance domaniale (CE, 13 mars 1903, *Chemins de fer d'Orléans c/François*, Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 243 p.), objet de l'autorisation d'occupation.

³⁸⁹ CE, 7^e et 2^e SSR, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, n° 316534.

³⁹⁰ Art. L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance ». Elle est « calculée non seulement en fonction de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public pour laquelle la permission est délivrée mais aussi (...) en fonction de l'avantage spécifique procuré par cette jouissance privative du domaine public » Arrêt *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, précité.

³⁹¹ C. BERGEAL, « Les concessions de plage sont des délégations de service public », RFDA, 2000, p. 797 ; L. BORDEREAUX, « Les sous-traités d'exploitation de plage : entre concession domaniale et délégation de service public », D. 2001, p. 733 ; C. MAUGÛE, « L'occupation privative des plages, suite et fin ? La validation par le Conseil d'Etat du décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 », in Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Paris, Dalloz, 2009, pp. 675-695 ; « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », AJDA, 2006, p. 1496 ; J. MORAND-DEVILLER, « Les concessions de plages naturelles », AJDA, 2002, p. 481 ; G. ORSONI, « Les concessions de plage sont-elles des délégations de service public ? », RTD Com., 2000, p. 876 ; S. TRAORE, « Le régime juridique des concessions de plage », JT n° 132/2011, p. 26. Sur la plage en tant que bien public, v. J.-J. PARDINI, « La plage "saisie" par les règles de la domanialité publique : protection ou surprotection ? », Revue juridique de l'environnement, 2014/3, vol. 39, pp. 417-434.

³⁹² Art. R. 2124-13, al. 1^{er} du Code général de la propriété des personnes publiques. Elles ne sauraient être confondues avec le bail commercial et conférer la propriété commerciale et ne sauraient être constitutives de droits réels (Art. R. 2124-20 dudit Code).

³⁹³ Art. L. 2124-4, II, al. 3 du Code général de la propriété des personnes publiques.

³⁹⁴ Art. R. 2124-14, 1^{er} du Code général de la propriété des personnes.

³⁹⁵ Art. L. 2124-4, II, al. 3 du Code général de la propriété des personnes publiques.

biologiques ainsi qu'avec la vocation des espaces terrestres avoisinants³⁹⁶ ; de durée³⁹⁷ ; d'accès libre aux piétons³⁹⁸. S'agissant de l'équipement. Il ne saurait ni faire l'objet d'un épanouissement incontrôlé – le pourcentage d'occupation autorisé s'élève à un maximum de 20 % de la longueur du rivage, par plage et de 20 % de la surface (à mi-marée) de la plage³⁹⁹ – ni s'ancrer durablement – il doit demeurer proportionnel à la durée d'occupation à l'exception de *sanitaires publiques et postes de sécurité*⁴⁰⁰ et son installation ne peut excéder six mois par an⁴⁰¹ à l'exception notamment des stations classées dont la durée peut être portée à 8 mois⁴⁰². Tout un dispositif auquel s'ajoute l'obligation de réalisation d'une enquête publique⁴⁰³.

48. L'atteinte effective à la publicité du domaine : la gestion de la zone dite « des 50 pas géométriques »⁴⁰⁴. Le littoral⁴⁰⁵, lieu de concentration touristique par excellence, fait l'objet d'une protection spécifique aux Antilles françaises : la zone des cinquante pas géométriques. Elle intègre au domaine public maritime, les biens compris dans une distance de 81,20 mètres à partir du rivage⁴⁰⁶, à l'exclusion de certaines propriétés – prouvées par fourniture de titres de propriété – privées notamment. En Martinique et en Guadeloupe, cette zone a été le théâtre d'une massification hétéroclite, parfois illégale de constructions. Cette portion de territoire fait l'objet d'une réglementation poussée⁴⁰⁷ quoique permissive – la réserve environnementale –, de composition –

³⁹⁶ Art. R. 2124-13, al. 2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

³⁹⁷ Art. R. 2124-13, al. 3 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *La durée de la concession ne peut excéder douze ans* » et Art. R. 2124-14, al. 2 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *La date d'échéance des conventions d'exploitation ne doit pas dépasser celle de la concession* ».

³⁹⁸ Art. R. 2124-16, al. 1^{er} du Code général de la propriété des personnes publiques et L. 321-9 du Code de l'environnement.

³⁹⁹ Art. R. 2124-16, al. 2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰⁰ Art. R. 2124-16, al. 3 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰¹ Art. R. 2124-16, al. 5 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰² Art. R. 2124-17 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰³ Art. L. 2124-4, II, al. 1^{er} du Code général de la propriété des personnes publiques

⁴⁰⁴ J. DUFAU, « *La loi littoral du 3 janvier 1986 : la zone des 50 pas géométriques dans les D.O.M* », AJDA, 1990, p. 444 ; F. GOLIARD, « *Activités touristiques – Zone des 50 pas géométriques – Un espace littoral ultramarin au statut juridique très spécifique* », JT n° 191/2016, p. 42 ; D. KHAIR, « *Les titres d'occupation de la zone des "cinquante pas géométriques"* », RFDA, 2012, p. 1159 ; C. LAVIALLE, « *La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public* », RFDA, 2014, p. 451 ; C. LAVIALLE, « *Les vicissitudes du droit de propriété sur la réserve domaniale aux Antilles* », RFDA, 2006, p. 251 ; F. PRIET, « *Le nouveau régime de la zone des cinquante pas géométriques dans les départements d'outre-mer* », RFDA, 1997, p. 1166 ; GUSTAN, T. *La sécurité juridique et les plages*, Thèse de doctorat, droit, Université des Antilles, 2015, pp. 160-173.

⁴⁰⁵ Voir *supra* paragraphe n° 28.

⁴⁰⁶ Art. L. 5111-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰⁷ « *Les 25 ans de la loi littoral* », Revue juridique de l'environnement, 2012/5 (n° spécial), pp. 17-246 ; CALVET, F. *L'appréhension juridique du risque d'érosion côtière*, Thèse de doctorat, droit, Université de Perpignan, 2014 ; FALQUE M. ET LAMOTTE, H. (DIR.), « *Droits de propriété, économie, et environnement : le littoral : IV^e conférence internationale, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 26, 27, 28 juin 2002* », Bruxelles, Bruylant, 2003, 648 p. ; GELARD, P. « *L'application de la "loi littoral" : pour une mutualisation de l'aménagement du territoire* », Rapport d'information n° 421, Sénat, 2004 ; MULOT, V. *Les submersions marines : nouveaux enjeux, nouvelles pratiques juridiques*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille Université, 2015 ; SAFFACHE, P. ET DESSE, M. *Les littoraux antillais : des enjeux de l'aménagement à la gestion durable*, Matoury, Ibis rouge

les espaces originellement urbanisés. Une illustration des « petits arrangements » résultant de l'interventionnisme législatif portant adaptation du régime domaniale. Devant l'irréalisme d'une éviction suivie ou non d'une démolition généralisée, a été envisagée, dès 1955⁴⁰⁸, une procédure, encadrée, de cession des terrains bâtis. Dans son prolongement, la loi du 30 décembre 1996⁴⁰⁹ organise à son tour l'aliénabilité du domaine public en permettant, une nouvelle fois par cession, l'accession à la propriété aux personnes privées sous certaines conditions⁴¹⁰. Sous la forme d'un établissement public industriel et commercial sont créées les agences des 50 pas géométriques en charge notamment de ces cessions. Plus récemment, la loi du 14 octobre 2015⁴¹¹ est intervenue afin de perpétuer notamment la tradition des cessions à la limite qu'elles ne sauraient excéder l'an 2021 – correspondant à la fin programmée du système des agences des 50 pas géométriques⁴¹² – et « *ne (peuvent) être effectuée(s) lorsque la construction est située dans une zone exposée à un risque naturel grave et prévisible menaçant des vies humaines* »⁴¹³. Une remédiation visant à mettre fin à une insécurité d'une nature double, juridique et foncière à la fois, entérinée par le juge administratif⁴¹⁴, consacrant l'effet relatif du droit de propriété des personnes publiques⁴¹⁵.

éditions, 2005, 120 p. ; J.-M. BRETON, « *Urbanisme touristique littoral et environnement dans les Antilles françaises* », JT n° 188/2016, p. 36 ; J.-P. FERRAND, « *La protection de la plage par le droit de l'urbanisme* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° 3, 2014, pp. 447-463 ; J.-L. MICHAUD, « *Tourisme & territoire – Tourisme durable – Quel avenir pour le tourisme littoral ?* », JT n° 195/2017, p. 36. v. également, « *La planification des sites touristiques littoraux : quelle place pour l'environnement ?* » et « *Le tourisme est-il une "activité économique exigeant la proximité immédiate de l'eau" permettant la construction sur le littoral ?* » in BOUIN, F. *Les collectivités territoriales et le tourisme*, op. cit., pp. 65-76 et 105-112.

⁴⁰⁸ Décret n° 55-885 du 30 juin 1955 relatif à l'introduction dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, de la législation et de la réglementation, métropolitaines concernant le domaine public maritime et l'exécution des travaux mixtes, et modifiant le statut de la zone dite « des cinquante pas géométriques » existant dans ces départements, JORF du 2 juillet 1955, p. 6653.

⁴⁰⁹ Loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur de la zone dite des cinquante pas géométriques dans les départements d'outre-mer, JORF n° 0001 du 1^{er} janvier 1997, p. 24. v. Art. L. 5112-6 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁴¹⁰ Art. L. 89-4 al. 1^{er} anc. Code du domaine de l'Etat : « *Les terrains situés dans les espaces urbains et les secteurs occupés par une urbanisation diffuse, délimités selon les modalités prévues à l'article L. 89-1, peuvent être déclassés aux fins de cession à titre onéreux aux occupants qui y ont édifié ou fait édifier avant le 1^{er} janvier 1995 des constructions affectées à l'exploitation d'établissements à usage professionnel* » ; Art. L. 89-5, al. 1^{er} anc. Code du domaine de l'Etat : « *Les terrains situés dans les espaces urbains et les secteurs occupés par une urbanisation diffuse, délimités selon les modalités prévues à l'article L. 89-1, peuvent être déclassés aux fins de cession à titre onéreux aux personnes ayant édifié ou fait édifier avant le 1^{er} janvier 1995, ou à leurs ayants droit, des constructions à usage d'habitation qu'elles occupent à titre principal ou qu'elles donnent à bail en vue d'une occupation principale* ».

⁴¹¹ Loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer, JORF n° 0239 du 15 octobre 2015, 19069 p., texte n° 2.

⁴¹² Art. 27, I, 1° de la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer, JORF n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19069, texte n° 2.

⁴¹³ Art. 28 de la loi d'actualisation du droit des outre-mer, précitée. (Parenthèses ajoutées)

⁴¹⁴ Décision du tribunal administratif de la Martinique, 17 octobre 2019, n° 1800753.

⁴¹⁵ LOUIS-SIDNEY, M. *Régularisation foncière de l'occupation sans titre de la propriété des personnes publiques dans les collectivités territoriales de l'article 73 de la Constitution*, Thèse de doctorat, droit, Université des Antilles, 2019. V. BOUGRIER, G. ET BERSANI, C. *Rapport sur les cinquante pas géométriques en Guadeloupe et en Martinique*, 2004.

49. La domanialité publique : une abstraction juridique partielle dans l'outre-mer caribéen.

« Le domaine ultramarin de l'Etat se laisse très difficilement appréhender car il présente une mosaïque de biens très divers, soumis à des régimes juridiques éparpillés, enchevêtrés, exorbitants et illisibles »⁴¹⁶.

Dépendances françaises dans la Mer des Caraïbes, la Martinique et la Guadeloupe ont variablement intégré la domanialité publique. Elles donnent à voir un domaine public difficilement déterminable dont le respect est modérément assuré par l'administration d'une part et le juge administratif d'autre part⁴¹⁷, disposant pourtant d'un arsenal juridique conséquent comme l'illustrent les contraventions de grandes voiries, destructions, expulsions, saisies notamment. Cela encourage à l'illégalité et à la géométrie variable dans la prise de décision menaçant l'ordre public et la cohésion sociale⁴¹⁸. Il en va ainsi de la virtualité des notions de « capacité d'accueil » des espaces littoraux notamment, de « servitude piétonne »⁴¹⁹ ou encore en matière de résolution de la question de l'insalubrité et l'habitat indigne, sur le littoral notamment, contre lesquels une loi accompagnée de mesures spécifiques a été adoptée⁴²⁰ mais demeurée d'appropriation modeste⁴²¹. Pour autant, dans la plupart des cas, nous ne saurions aboutir à une abstraction juridique totale dans le cadre de l'exploitation commerciale d'une activité de tourisme notamment, laquelle exploitation fait, en principe, l'objet d'un juridisme poussé, à la fois *a priori* et *a posteriori*, laissant ainsi une faible marge à l'illégalité d'actions⁴²².

L'accès au sol antillais est restreint par une protection accrue et intangible du sol, source de virtualités économiques – les droits, pourtant subjectifs, des opérateurs économiques cèdent

⁴¹⁶ MOHAMED SOILIHI, T. *Domaines public et privé de l'Etat outre-mer, 30 propositions pour mettre fin à une gestion jalouse et stérile*, Paris, Sénat, Rapport d'information n° 538, 2015, p. 7.

⁴¹⁷ Y. KEITA, « *Le juge administratif et le contentieux de l'urbanisme littoral aux Antilles* », RJE, 1998, n° 1, p. 61.

⁴¹⁸ *Exempli gratia* l'affaire Nomis. La maison d'un occupant sans titre détruite par les services de l'Etat (URL : <https://la1ere.francetvinfo.fr/martinique/ecologistes-soutiennent-occupant-titre-maison-detruite-decision-justice-695544.html>).

⁴¹⁹ GUSTAN, T. *La sécurité juridique et les plages*, *op. cit.*, pp. 174-193.

⁴²⁰ Loi n° 2011-725 du 23 juin 2011 portant dispositions particulières relatives aux quartiers d'habitat informel et à la lutte contre l'habitat indigne dans les départements et régions d'outre-mer, *JORF* n° 147 du 26 juin 2011, p. 10863, texte n° 1, spéc. art. 6 portant la création d'une aide financière pour les occupants sans titre en situation de péril, art. 11 portant l'adoption de mesures de police administrative en cas de situation de péril par arrêté municipal.

⁴²¹ « (...) l'appropriation de ces dispositifs se fait très lentement : cinq ans après l'adoption de la loi Letchimy, on ne compte que cinq arrêtés préfectoraux pris au titre de ses articles 9 et 10. Aucun arrêté municipal n'a été pris au titre de l'article 11. Enfin, l'article 6 n'a encore jamais été mis en œuvre malgré plusieurs situations connues des pouvoirs publics mettant en jeu des habitats irréguliers exposés à des risques de glissement de terrain » MOHAMED SOILIHI, T., GREMILLET, D. ET KARAM, A. *Rapport d'information sur les conflits d'usage et la planification foncière dans les outre-mer*, *op. cit.*, p. 25.

⁴²² Voir *infra* I. L'entreprise, une initiative privée formalisée : l'exemple des charges de formalisme relatives à la création d'un hôtel de tourisme.

irrémédiablement devant les verticalité et unilatéralité du droit ; cette image d'un droit prérédigé que l'on inflige ou que l'on s'abstient d'infliger. Il arrive que les préoccupations juridiques se rapprochent des intérêts d'entreprise à fin d'accompagnement de leur réalisation notamment, mais elles s'avèrent, en réalité, porteuses d'instruments ayant, parfois, vocation à placer ces derniers en concurrence d'un intérêt collectiviste – l'opérateur économique assiste au délitement de son pouvoir cette fois rendu précaire.

Section 2. La précarité de l'intérêt privé.

50. Une prévalence. En matière économique, le droit figure à toutes les étapes de la vie d'entreprise – de l'état de projet à la dissolution de l'entité économique. L'économie apparaît maîtrisée de bout en bout aussi bien d'un point de vue formel – l'effet juridique recherché est conditionné par la satisfaction à des prescriptions de forme dictées par le droit – (I) que matériel – l'efficacité économique est tenue par une exigence spontanée d'efficacité juridique dont l'optimalité passe par une richesse et une complexité du droit – (II).

I. L'entreprise, une initiative privée formalisée : l'exemple des charges de formalisme relatives à la création d'un hôtel de tourisme

51. De la concurrence au niveau régional. Des efforts de simplification des procédures ont été entrepris en France, plus largement dans les pays membres de l'OCDE, conduisant à la réduction des charges de formalisme. De ce point de vue, les Antilles françaises apparaissent concurrentielles – l'exemple des procédures relatives à l'obtention du permis de construire souvent plus nombreuses dans la Caraïbe qu'en France⁴²³. Mais, à la différence de leurs homologues caribéens souvent assimilés à des paradis administratifs quant à leurs moyens de suivi et de contrôle, elles donnent à voir, une variété des lieux de procédure, particulièrement au cours de l'exploitation commerciale, alourdissant de fait les exigences de forme. Sur le sol français, l'emprise du

⁴²³ La Jamaïque : 19 ; La République dominicaine : 15 ; la Jamaïque : 19 ; Puerto Rico : 22 ; Sainte-Lucie : 14 ; Antigua et Barbuda : 18 ; Grenade : 15 ; Trinidad-et-Tobago : 16 contre 9 en France (Source Doing business 2019).

formalisme sur l'objet accompagne sa matérialisation (A) et s'étend au-delà (B). C'est ainsi que la création d'hôtel de tourisme⁴²⁴, qui emprunte, par là même, des sentiers semblables à ceux d'une création d'entreprise, est adjointe d'obligations de forme aux effets juridiques et économiques importants. Un constat similaire peut être obtenu du passage en revue d'autres professions du secteur du tourisme : les agents de voyages et opérateurs touristiques, les exploitants de véhicule de transport avec chauffeur notamment.

A – Du formalisme pour l'implantation commerciale

Pour une occupation des sols à fins d'exploitation commerciale, l'exploitant hôtelier est tenu par d'abondantes obligations de forme. Il s'agit de la phase *post* démarches préliminaires extra-juridiques – « due diligence », modèle économique, business plan, choix du site, mise en concurrence par la collectivité municipale notamment – et *ante* exploitation commerciale.

52. L'acquisition de la propriété par l'effet des obligations⁴²⁵. Nous distinguerons deux cas : l'acquéreur résident et l'acquéreur non-résident. *Pour l'acquéreur résident en France.* Plusieurs étapes vont retarder l'accès à la propriété. L'écoulement d'un délai de trois mois est traditionnellement nécessaire, sous réserves de vérifications notariales, du non-exercice d'un droit de préemption communal, de la situation du bien dans le périmètre d'un monument historique notamment, au cours desquels sont signé un avant contrat, dit « compromis ou promesse synallagmatique de vente »⁴²⁶, contracté un prêt dont l'offre ne saurait être acceptée qu'à l'expiration d'un délai de dix jours⁴²⁷ notamment. *Pour l'acquéreur non-résident*, il convient, en outre, d'intégrer certaines strates préalables tenant à la condition d'étranger – nationalité, Etat de provenance, situation matrimoniale –, aux délais de vérification des fonds transférés par les établissements bancaires notamment. Au-delà, le néo-propritaire peut chercher à alléger le coût de l'acquisition immobilière par le recours à un système de subventionnement dont peut dépendre sa survie

⁴²⁴ Art. D. 311-4 du Code du tourisme : « L'hôtel de tourisme est un établissement commercial d'hébergement classé, qui offre des chambres ou des appartements meublés en location à une clientèle de passage qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois, mais qui, sauf exception, n'y élit pas domicile. Il peut comporter un service de restauration. Il est exploité toute l'année en permanence ou seulement pendant une ou plusieurs saisons. Il est dit hôtel saisonnier lorsque sa durée d'ouverture n'excède pas neuf mois par an en une ou plusieurs périodes ».

⁴²⁵ Art. 711 du Code civil.

⁴²⁶ Art. 1589 du Code civil.

⁴²⁷ Art. L. 313-34, al. 2 du Code de la consommation.

économique – ce qui relèverait davantage de l'ordre du maintien de la propriété. Souvent, cette phase apparaît comme difficilement prévisible quant aux conditions à satisfaire, aux délais de traitement des dossiers, aux sommes allouées.

53. La personne de l'exploitant hôtelier. L'exploitation d'un hôtel est une activité de nature commerciale. Son exercice suppose, préalablement, la satisfaction de critères quant à la personne du candidat : il doit être majeur ou mineur émancipé⁴²⁸, ne doit pas tomber sous le coup d'une interdiction d'exercer⁴²⁹ ou faire l'objet de faillite personnelle⁴³⁰.

54. La création juridique de l'entreprise hôtelière. Le futur exploitant doit choisir le statut juridique de l'établissement⁴³¹ puis procéder à son immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). Cette constitution d'entreprise débouche traditionnellement sur un mille-feuille administratif. Relativisons tout de même, la réalisation et/ou la transmission aux organismes compétents de certaines formalités – la déclaration d'existence et d'identification aux impôts⁴³², l'obtention du numéro Siret⁴³³ essentiel à l'identification géographique des entreprises, du code APE⁴³⁴, l'extrait Kbis (preuve de l'existence juridique d'une société) – sont assurées, dans une certaine mesure, gratuitement⁴³⁵ par les centres de formalités aux entreprises (CFE)⁴³⁶ *via* un dossier unique⁴³⁷. Certaines formalités demeurent à la charge exclusive du nouvel entrepreneur telles que se prémunir contre le risque ou encore contre d'éventuels contentieux en matière notamment de propriété intellectuelle – il incombe notamment au chef d'entreprise hôtelière de vérifier auprès de l'INPI⁴³⁸ si le nom commercial retenu ne fait pas déjà l'objet d'un usage exclusif⁴³⁹ sinon il devra procéder à son enregistrement⁴⁴⁰.

⁴²⁸ Art. L. 121-2 du Code de commerce.

⁴²⁹ Art. 70 à 73 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

⁴³⁰ Art. L. 653-1 à L. 653-11 du Code de commerce.

⁴³¹ *Confer* MERLE, P. ET FAUCHON, A., *Droit commercial : sociétés commerciales*, *op. cit.*

⁴³² Art. 371 AI à 371 AS du Code général des impôts.

⁴³³ SIRET : Système d'identification du répertoire des établissements.

⁴³⁴ Code APE : Activité principale exercée.

⁴³⁵ Art. D. 711-67-3 du Code de commerce.

⁴³⁶ Art. R. 123-1 à R. 123-30-13 du Code de commerce. « *Les centres de formalités des entreprises permettent aux entreprises de souscrire en un même lieu l'ensemble des formalités et procédures nécessaires à l'accès et à l'exercice de leur activité* » (Art. R. 123-1, I, al. 1^{er} du Code de commerce). v. *Mémento Fiscal 2018*, *op. cit.*, n° 88200 à 88215.

⁴³⁷ Art. R. 123-7 du Code de commerce.

⁴³⁸ Institut national de la propriété industrielle.

⁴³⁹ Art. L. 711-4, c du Code de la propriété intellectuelle : « *Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment à un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public* ».

⁴⁴⁰ Art. L. 712-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

55. La satisfaction à des exigences d'urbanisme. La construction d'un hôtel suppose l'obtention de plusieurs documents et autorisations d'urbanisme dont les délais d'obtention varient selon la situation du bien – l'exemple de la situation dans le périmètre de protection des monuments historiques – et dont le type varie selon la nature des travaux envisagés.

« La dépendance est inéluctable dès lors que le législateur décide de faire figurer les documents traitant du commerce dans le corps des documents d'urbanisme »⁴⁴¹.

On note :

- Le certificat d'urbanisme⁴⁴². Facultatif, en théorie, il vise à alléger la charge d'urbanisme qui, traditionnellement, pèse sur les acquéreurs en leur prodiguant une information optimale⁴⁴³ – règles d'urbanisme, faisabilité des opérations notamment. Selon que la commune sera dotée d'un Plan local d'urbanisme (PLU) ou non, le dossier est instruit, dans le premier cas, directement par la commune ou une collectivité déléguée ou, dans le second cas, par un service de l'Etat chargé de l'urbanisme, ce, dans un délai d'un mois⁴⁴⁴. Ce certificat est attributif de droits⁴⁴⁵ ;
- Le permis de construire⁴⁴⁶ pour les travaux d'envergure tels que la rénovation immobilière, la création de surface ;
- La déclaration préalable pour les ouvrages de faible importance⁴⁴⁷ tels que le ravalement de façade, les piscines, les clôtures ;
- Le permis d'aménager⁴⁴⁸ pour l'aménagement d'un terrain pour la pratique de sports notamment.
- Des attestations de non-opposition pour des opérations de moindre envergure telle que la pose de compteurs d'eau ou électrique ;

⁴⁴¹ A. LAGUERRE, « *Implantation commerciale et urbanisme* », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, *op. cit.*, 20 p.

⁴⁴² Formulaire de demande de certificat d'urbanisme Cerfa n° 13410*04.

⁴⁴³ Art. L. 410-1 du Code de l'urbanisme. V. également, Art. A. 410-1 et s. et R. 410-1 et s. du Code de l'urbanisme.

⁴⁴⁴ Art. R. 410-9 du Code de l'urbanisme.

⁴⁴⁵ Art. L. 410-1, al. 2 du Code de l'urbanisme.

⁴⁴⁶ Art. R. 421-1 du Code de l'urbanisme.

⁴⁴⁷ Art. R. 421-23 à R. 421-25 du Code de l'urbanisme.

⁴⁴⁸ Art. R. 421-19 à R. 421-22 du Code de l'urbanisme.

L'autorité de délivrance de principe de ces documents est la commune avec avis de la commission de sécurité et d'accessibilité – le demandeur doit évidemment être en capacité de demander de tels documents⁴⁴⁹. Dans l'idéal, les dossiers-demandeurs « jouissent » de temps d'instruction variables d'un à trois mois selon le document objet de la demande⁴⁵⁰. La décision finale de l'administration revêtira la forme d'un arrêté⁴⁵¹ ou d'un simple silence⁴⁵². Assorties de conditions spécifiques, ces autorisations font l'objet d'une lourdeur particulière. Ainsi, n'étant pas illimitées dans le temps, elles sont subordonnées à une condition de durée⁴⁵³ certes, prorogable⁴⁵⁴. L'exemple du permis de construire porte en outre une obligation de recours à un architecte⁴⁵⁵, de respect des normes ERP⁴⁵⁶ qui consiste en la satisfaction de prescriptions sécuritaires relatives notamment à l'évacuation du public⁴⁵⁷, à l'éclairage⁴⁵⁸, à l'usage de produits toxiques ou explosifs⁴⁵⁹, de prescriptions en termes d'accessibilité de l'établissement⁴⁶⁰. Il porte un formalisme singulièrement poussé dans la fourniture

⁴⁴⁹ Art. R. 423-1 du Code de l'urbanisme : « Les demandes de permis de construire, d'aménager ou de démolir et les déclarations préalables sont adressées par pli recommandé avec demande d'avis de réception ou déposées à la mairie de la commune dans laquelle les travaux sont envisagés : a) Soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux ; b) Soit, en cas d'indivision, par un ou plusieurs co-indivisaires ou leur mandataire ; c) Soit par une personne ayant qualité pour bénéficier de l'expropriation pour cause d'utilité publique ».

⁴⁵⁰ Art. R. 423-23 du Code de l'urbanisme : « Le délai d'instruction de droit commun est de : a) Un mois pour les déclarations préalables ; b) Deux mois pour les demandes de permis de démolir et pour les demandes de permis de construire portant sur une maison individuelle, au sens du titre III du livre II du code de la construction et de l'habitation, ou ses annexes ; c) Trois mois pour les autres demandes de permis de construire et pour les demandes de permis d'aménager ».

⁴⁵¹ Art. A. 424-1, al. 1^{er} du Code de l'urbanisme.

⁴⁵² Art. L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁴⁵³ Art. R. 424-17 du Code de l'urbanisme : « Le permis de construire, d'aménager ou de démolir est périmé si les travaux ne sont pas entrepris dans le délai de trois ans à compter de la notification mentionnée à l'article R. 424-10 ou de la date à laquelle la décision tacite est intervenue. Il en est de même si, passé ce délai, les travaux sont interrompus pendant un délai supérieur à une année. Les dispositions du présent article sont applicables à la décision de non-opposition à une déclaration préalable lorsque cette déclaration porte sur une opération comportant des travaux ».

⁴⁵⁴ Art. R. 424-21 et s. du Code de l'urbanisme.

⁴⁵⁵ Art. L. 431-1 du Code de l'urbanisme.

⁴⁵⁶ Art. L. 123-1 à L. 123-4 et R. 123-1 à R. 123-55 du Code de la construction et de l'habitation. V. notamment, R. VANDERMEEREN, *Police*, in Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2017, n° 619 à 627 ; P. BON, « La police de la sécurité dans les établissements recevant du public », Les cahiers du centre de la fonction publique territoriale 1985, n° 17, p. 4 ; J.-P. STREBLER et M. WENDKING, *Le maire et la police des établissements recevant du public, La lettre du cadre territorial*, Dossier d'expert n° 260, 1998.

⁴⁵⁷ Art. R. 123-4 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁵⁸ Art. R. 123-8 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁵⁹ Art. R. 123-9 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁶⁰ Ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, *JORF* n° 0224 du 27 septembre 2014, p. 15732, texte n° 35.

de pièces constitutives du dossier⁴⁶¹, dans la modification pour changement de circonstances économiques⁴⁶² ou encore dans son transfert⁴⁶³.

56. Une exception au droit d'urbanisme commercial⁴⁶⁴. S'il demeure constant que « la liberté d'entreprise ne doit pas être synonyme d'implantation anarchique »⁴⁶⁵, l'établissement de l'exploitant hôtelier, autrefois soumis à autorisation d'exploitation commerciale de la commission départementale d'équipement commercial (CDEC), est désormais exclu du dispositif⁴⁶⁶. Ce qui signifie que l'exploitant hôtelier n'a pas répondre aux exigences d'aménagement de l'espace telles que définies dans le SCoT⁴⁶⁷ – ce qui le soustrait aux choix d'opportunité municipaux méconnaissant délibérément les libertés d'établissement et d'entreprise.

57. L'assurance⁴⁶⁸. Opérable par contrat d'adhésion⁴⁶⁹, elle est corrélative d'un besoin assurantiel précis, alors plus ou moins obligatoire⁴⁷⁰. Parmi les assurances obligatoires, on compte l'assurance dommage-ouvrage⁴⁷¹, l'assurance liée à la garantie décennale⁴⁷². D'autres assurances revêtent un caractère supplétif et facultatif. Il en va ainsi de l'assurance de protection juridique⁴⁷³, des assurances de biens – contenant généralement l'assurance en responsabilité civile notamment, elles couvrent les dommages causés par l'incendie⁴⁷⁴, l'explosion, les catastrophes naturelles⁴⁷⁵, la

⁴⁶¹ Art. R. 431-4 du Code de l'urbanisme : « La demande de permis de construire comprend : a) Les informations mentionnées aux articles R. 431-5 à R. 431-12 ; b) Les pièces complémentaires mentionnées aux articles R. 431-13 à R. * 431-33-1 ; c) Les informations prévues aux articles R. 431-34 et R. 431-34-1. Pour l'application des articles R. 423-19 à R. 423-22, le dossier est réputé complet lorsqu'il comprend les informations mentionnées au a et au b ci-dessus. Aucune autre information ou pièce ne peut être exigée par l'autorité compétente ».

⁴⁶² Art. A. 431-7 du Code de l'urbanisme.

⁴⁶³ Art. A. 431-8 du Code de l'urbanisme. « le permis de construire n'est pas délivré en considération de la personne qui en devient titulaire » (CE, 10 décembre 1965, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Pharo-Pasteur*, n° 53773/60304). Cela signifie qu'il peut être transféré.

⁴⁶⁴ Un droit de la commande du commerce par l'urbanisme.

⁴⁶⁵ Propos de Michel Piron, rapporteur de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, sur la proposition de loi de réforme de l'urbanisme commercial, cité in A. LAGUERRE, « *Implantation commerciale et urbanisme* », *art. cit.*, p. 11.

⁴⁶⁶ Art. 102 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée. Art. L. 750-1, al. 1^{er} du Code de commerce.

⁴⁶⁷ Art. L. 141-16 du Code d'urbanisme ; Art. L. 141-17, al. 1^{er} du Code de l'urbanisme.

⁴⁶⁸ JESTAZ, P., JOURDAIN, P., MALINVAUD, P. ET TOURNAFOND, O. *Droit de la promotion immobilière*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 238-288

⁴⁶⁹ Art. 1110 du Code civil.

⁴⁷⁰ Voir *infra* B – L'Etat assurantiel.

⁴⁷¹ Art. L. 242-1 du Code des assurances.

⁴⁷² Art. L. 241-1, al. 1^{er} du Code des assurances.

⁴⁷³ Art. L. 127-1 et s. du Code des assurances.

⁴⁷⁴ Art. L. 122-1 et s. du Code des assurances.

⁴⁷⁵ Art. L. 125-1 et s. du Code des assurances.

technologie⁴⁷⁶, les actes de terrorisme⁴⁷⁷, le vol, le dégât des eaux notamment ou encore l'assurance décès-invalidité en cas d'emprunt⁴⁷⁸.

Prise isolément, cette expression du formalisme ne saurait emporter la précarisation dans la prise en compte de l'intérêt privé représentant, dans une certaine mesure, l'itinéraire normalisé d'une activité d'entreprise. En revanche, en cours d'exploitation, elle s'adjoint à une somme d'obligations formelles entraînant un effet multiplicateur.

B – Du formalisme pour l'exploitation commerciale

58. Une duplicité. Le formalisme est ici double en ce qu'il se présente comme simple mais se complexifie par la conjugaison de plusieurs facteurs : l'écoulement du temps, le type et l'extention de l'exploitation, la richesse de l'offre de services notamment. Nous aborderons ici, de façon aléatoire, les obligations formelles de l'exploitant hôtelier pour l'exploitation commerciale de son activité. Si nous ne saurions prétendre à l'exhaustivité tant elles sont nombreuses, diffuses et, parfois, consubstantielles des choix économiques de l'exploitant, nous distinguons trois catégories : le formalisme relatif au personnel⁴⁷⁹, le formalisme relatif aux obligations fiscales⁴⁸⁰ et les autres types d'expression de formalisme.

-Le formalisme relatif au personnel

59. Les immatriculation et déclaration du salarié. L'employeur a l'obligation d'accomplir certaines formalités tenant à l'immatriculation et la déclaration de salariés auprès des organismes sociaux tels que l'Urssaf⁴⁸¹. Elles s'accomplissent non seulement préalablement à l'embauche⁴⁸² mais aussi dans d'autres circonstances⁴⁸³. Il lui est octroyé quelques facilités telles que

⁴⁷⁶ Art. L. 128-1 et s. du Code des assurances.

⁴⁷⁷ Art. L. 126-1 et s. du Code des assurances.

⁴⁷⁸ Art. L. 131-1 et s. du Code des assurances.

⁴⁷⁹ Pour aller plus loin, v. AUZERO, G., BAUGARD, D. ET DOCKES, E. *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2019.

⁴⁸⁰ Pour aller plus loin, v. *Mémento Fiscal 2018*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2018.

⁴⁸¹ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales.

⁴⁸² *Exempli gratia* la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) (Art. L. 1221-10, al. 1^{er} du Code du travail). *Confer* Art. R. 1221-10 et s. du Code du travail (formulaire Cerfa n°10563*05).

⁴⁸³ Art. L. 1221-17 du Code du travail. Art. L. 1221-18 du Code du travail.

le recours au « titre emploi-service entreprise »⁴⁸⁴, lequel concentre la satisfaction aux obligations sociales⁴⁸⁵. Mais, son usage s'avère limité⁴⁸⁶ – dans les établissements de plus de vingt salariés, ce qui n'est pas rare en hôtellerie, ces obligations resteront à la charge exclusive de l'employeur.

60. La tenue de registres. L'employeur a également l'obligation de tenir régulièrement plusieurs registres relatifs au personnel au risque de l'infliction de sanctions, ce dans un souci de transparence de l'emploi – le registre unique du personnel⁴⁸⁷ –, dans un souci de prévention et gestion des dangers graves et imminents – le registre spécial de danger grave et imminent⁴⁸⁸ ou encore le document unique d'évaluation des risques⁴⁸⁹ notamment.

61. L'établissement et la déclaration du règlement intérieur. Après avis du comité social et économique⁴⁹⁰, il incombe à l'employeur hôtelier d'établir, un règlement intérieur⁴⁹¹ dans les trois mois post-ouverture⁴⁹² – obligatoirement dans les entreprises de plus de vingt salariés⁴⁹³. Il s'y attachera notamment à garantir un certain nombre de droits tels que les droits de la défense du salarié⁴⁹⁴, la veille sanitaire⁴⁹⁵ et la sécurité de son personnel, le droit de ne pas faire l'objet de discrimination⁴⁹⁶, de harcèlement⁴⁹⁷ et autres délits d'atteinte à la personne ainsi que les mesures disciplinaires et sanctions pénales encourues en cas de transgression⁴⁹⁸. Le règlement intérieur a une portée individuelle en ce qu'il s'applique exclusivement aux membres de l'établissement. Il ne saurait contrevenir aux lois et règlements, aux conventions et accords collectifs de travail, ni restreindre les droits des personnes et libertés individuelles⁴⁹⁹. Concomitamment à sa publicité, il

⁴⁸⁴ Art. L. 1273-1 et s. du Code du travail.

⁴⁸⁵ Art. L. 1273-3 et L. 1273-5 du Code du travail.

⁴⁸⁶ Art. L. 133-5-6, 1^o du Code du travail.

⁴⁸⁷ Art. L. 1221-13 à L. 1221-15-1 et D. 1221-23 et s. du Code du travail.

⁴⁸⁸ Art. L. 4131-1 à L. 4131-4, L. 4132-1 à L. 4132-5 et L. 4526-1 du Code du travail.

⁴⁸⁹ Art. R. 4121-1 et s. du Code du travail : « *L'employeur transcrit et met à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il procède en application de l'article L. 4121-3* ».

⁴⁹⁰ Art. L. 1321-4, al. 1^{er} du Code du travail.

⁴⁹¹ Art. L. 1321-1 et s. du Code du travail.

⁴⁹² Art. R. 1321-5 du Code du travail.

⁴⁹³ Art. L. 1311-2, al. 1^{er} du Code du travail.

⁴⁹⁴ Art. L. 1321-2, 1^o du Code du travail.

⁴⁹⁵ Art. L. 4622-1 et s. du Code du travail : « *Les employeurs (...) organisent des services de santé au travail* ».

⁴⁹⁶ Art. L. 1132-1 du Code du travail.

⁴⁹⁷ Art. L. 1153-5 al. 1^{er} du Code du travail : « *L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner* ». Art. L. 1321-2, 2^o du Code du travail : « *Le règlement intérieur rappelle les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel et aux agissements sexistes prévues par le présent code* ».

⁴⁹⁸ Art. L. 1321-1 du Code du travail.

⁴⁹⁹ Art. L. 1321-3 du Code du travail.

doit être communiqué à l'inspection du travail⁵⁰⁰ et au greffe du conseil de prud'hommes du ressort de l'établissement⁵⁰¹.

-Le formalisme fiscal

L'exploitant hôtelier est tenu d'accomplir certaines déclarations fiscales et comptables qui confinent au recouvrement de l'impôt et des contributions sociales – la contribution sociale généralisée (CGS), la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) notamment – s'appliquant sur les salaires et les dividendes.

62. L'impôt sur le revenu (IR) ou l'impôt sur les sociétés (IS). Au cours de l'exploitation, l'exploitant hôtelier doit, annuellement, s'acquitter d'un impôt sur les bénéfices de son activité consubstantiel du statut juridique choisi. Il prendra la forme d'un IR⁵⁰² – un impôt frappant directement et exclusivement les bénéfices de l'entrepreneur ou l'associé dans le cadre d'une société – ou d'un IS⁵⁰³ – un impôt frappant directement et exclusivement les bénéfices de l'entreprise ou la société. Ils font l'objet d'obligations déclaratives. Dans le cadre de l'IR⁵⁰⁴, les revenus de l'exploitant hôtelier sont imposables dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC)⁵⁰⁵. Selon le régime fiscal applicable – micro-entreprise⁵⁰⁶, réel simplifié⁵⁰⁷, réel normal⁵⁰⁸ –, variable selon le montant du chiffre d'affaire hors taxes, ses obligations déclaratives oscillent⁵⁰⁹. Ces dernières sont en partie analogues à celles relevant de l'IS⁵¹⁰ à ceci près : exposé à l'IS⁵¹¹, l'exploitant hôtelier est tenu d'accomplir des déclarations d'existence, de modification du

⁵⁰⁰ Art. L. 1321-4, al. 3 et R. 1321-4 du Code du travail.

⁵⁰¹ Art. L. 1321-4, al. 2 et R. 1321-2 du Code du travail.

⁵⁰² Art. 1 A du Code général des impôts.

⁵⁰³ Art. 205 du Code général des impôts.

⁵⁰⁴ Art. 170 à 175 A du Code général des impôts.

⁵⁰⁵ Art. 34 et s. du CGI.

⁵⁰⁶ Art. 50-0 du CGI.

⁵⁰⁷ Art. 302 *septies* A à 302 *septies* AA du CGI.

⁵⁰⁸ Art. 53 A et s. du CGI.

⁵⁰⁹ Pour les régimes réels simplifié et normal, le contenu de la déclaration fiscale réside dans les articles 38 à 38 *quaterdecies* de l'annexe III du CGI. Cette dernière est assortie d'obligations de déclaration comptable figurant aux articles L. 123-12 et s. du Code de commerce et 54 du CGI (**Nota bene** : en vertu de l'article 223 du CGI, ces déclarations sont comparables à celles exigées dans le cas d'un exploitant assujéti à l'IS). Le régime des micro-entreprises fait l'objet d'un assouplissement en matière de déclarations fiscale et comptable en vertu de l'article 9 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée.

⁵¹⁰ Art. 223 du CGI.

⁵¹¹ Sur le calcul de l'IS, v. Art. 219 du CGI.

pacte social et des conditions d'exercice de la profession⁵¹² et de faire apparaître distinctement dans (sa) comptabilité (certaines) dépenses et charges⁵¹³.

63. La Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)⁵¹⁴. Sa redevance s'inscrit dans le prolongement des déclarations préliminaires obligatoirement accomplies auprès d'un centre de formalités d'entreprise (CFE)⁵¹⁵. Selon que l'exploitant hôtelier est soumis au régime réel normal d'imposition ou au régime simplifié, la périodicité déclaratoire et donc d'acquittement de la taxe varie⁵¹⁶.

64. Les impôts fonciers. *La taxe foncière sur les propriétés bâties.* L'exploitant hôtelier en est, en principe, redevable sur le fondement de l'article 1380 du Code général des impôts⁵¹⁷ quoiqu'il arrive qu'il puisse bénéficier d'un régime exonératoire de la taxe foncière. C'est l'exemple d'une construction nouvelle. Dans ce cas, il bénéficie d'une exonération de 2 ans⁵¹⁸ qu'il doit déclarer⁵¹⁹. *La contribution économique territoriale (CET)⁵²⁰.* Elle se compose de la cotisation foncière des entreprises (CFE)⁵²¹ et la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE)⁵²². S'il n'est aucune obligation déclarative régulière de la CFE, certaines situations telles que la création d'établissement⁵²³ l'exigent. S'agissant de la CVAE, ses déclaration⁵²⁴ et recouvrement réguliers ne concernent que les exploitants dont le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur à 152 500 euro⁵²⁵ ce qui exclut la microentreprise.

65. La taxe de séjour⁵²⁶. Certaines communes choisissent de l'appliquer. Il incombe à l'établissement hôtelier de la collecter⁵²⁷ puis de la reverser à la collectivité à une période déterminée⁵²⁸.

⁵¹² Art. 222 du CGI.

⁵¹³ Art. 223 *quater* du CGI.

⁵¹⁴ Voir *infra* paragraphe n° 225.

⁵¹⁵ Art. 286, I, 1° et 2° du CGI ; Art. 1692 du CGI.

⁵¹⁶ Art. 287, 2 et 3 du CGI.

⁵¹⁷ Art. 1380 du CGI.

⁵¹⁸ Art. 1383 du CGI.

⁵¹⁹ Art. 1406, I du CGI et Art. 321 E et s. du CGI.

⁵²⁰ Art. 2 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, *JORF* n° 0303 du 31 décembre 2009, p. 22856, texte n° 1.

⁵²¹ Art. 1447 et s. du CGI.

⁵²² Art. 1586 *ter* et s. du CGI.

⁵²³ Art. 1477, I du CGI.

⁵²⁴ Art. 1586 *octies*, II, 1 du CGI.

⁵²⁵ Art. 1586 *ter*, I du CGI.

⁵²⁶ Voir *infra* paragraphe n° 224.

⁵²⁷ Art. L. 2333-33, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

⁵²⁸ Art. L. 2333-34, I du Code général des collectivités territoriales.

66. Autres. La taxe d'aménagement⁵²⁹ ; les traitements et salaires⁵³⁰ ; les droits d'auteur⁵³¹ ; les contrats de prêts⁵³² ; la rémunération des associés IR et IS⁵³³ ; l'exploitation d'œuvres pornographiques⁵³⁴ notamment.

-Autres expressions du formalisme

67. Le respect des normes ERP. Le respect des prescriptions ERP se prolonge au-delà de la construction. Il consiste, au cours de l'exploitation, en l'élaboration et la tenue d'un registre de sécurité⁵³⁵ et d'un registre public d'accessibilité⁵³⁶.

68. Le statut de débitant de boissons. L'exploitant d'un établissement hôtelier qui distribue, accessoirement certes, des boissons alcooliques a l'obligation d'en obtenir l'autorisation. Cette autorisation prend la forme de l'octroi d'une licence – selon que la distribution s'opérera à l'occasion des repas ou en dehors le type de licence variera respectivement licence restaurant⁵³⁷ et licence à consommer sur place⁵³⁸. Son obtention est conditionnée à la réalisation d'une déclaration préalable⁵³⁹ et à la détention d'un permis d'exploitation – valable dix ans – délivré à l'issue d'une formation spécifique⁵⁴⁰.

69. La diffusion de musique. L'exploitant hôtelier qui souhaite sonoriser son établissement doit, après l'avoir déclaré, en obtenir l'autorisation préalable et s'acquitter des droits d'auteurs et d'une rémunération équitable auprès de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem)⁵⁴¹. Cette déclaration prend la forme d'un contrat à tacite reconduction. En cas de diffusion amplifiée à titre habituel, une étude d'impact des nuisances sonores doit être effectuée⁵⁴².

⁵²⁹ Art. L. 331-3 du Code de l'urbanisme.

⁵³⁰ Art. 87 du CGI.

⁵³¹ Art. 241 du CGI.

⁵³² Art. 49 B de l'annexe III du CGI.

⁵³³ Art. 240, Art. 242 et 48 de l'annexe III du CGI.

⁵³⁴ Art. 1605 *sexies* du CGI.

⁵³⁵ Art. R. 123-51 du code de la construction et de l'habitation.

⁵³⁶ Art. R. 111-19-60 du code de la construction et de l'habitation. V. P. BATTISTINI, « *Etablissements recevant du public : mise en œuvre du registre public d'accessibilité et de l'équivalence d'accessibilité* », Les Petites affiches, 2017, n° 093, p. 7.

⁵³⁷ Art. L. 3331-2 du Code de la santé publique.

⁵³⁸ Art. L. 3331-1 du Code de la santé publique.

⁵³⁹ Art. L. 3332-3 et L. 3332-4-1 du Code de la santé publique. *Confer* formulaire Cerfa n°11542*05.

⁵⁴⁰ Art. L. 3332-1-1 du Code de la santé publique. *Confer* formulaire Cerfa n° 14407*03.

⁵⁴¹ Art. L. 214-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁴² Art. R. 571-25 à R. 571-28 du Code de l'environnement.

70. L'exploitation d'une piscine. Les établissements hôteliers disposant d'une piscine sont considérés comme des établissements organisant la pratique d'activités aquatiques et de baignade. En effet, ils satisfont à deux des critères qualifiants : une ouverture au public – ce qui signifie que la baignade n'est pas réservée à un strict usage privatif – et un accès payant – critère dont l'appréciation ne se limite pas à l'achat d'un billet propre à la baignade, il s'étend au paiement d'un ensemble de prestations incluant la baignade à l'image d'un séjour à l'hôtel. De ce fait, son exploitation fait l'objet d'un formalisme : une déclaration d'ouverture⁵⁴³, l'établissement d'un plan d'organisation de la surveillance et des secours⁵⁴⁴, une déclaration de recensement d'équipement sportif⁵⁴⁵.

71. L'installation d'un système de vidéosurveillance. Les établissements hôteliers sont des lieux éligibles à l'installation d'un système de vidéosurveillance⁵⁴⁶. Pour ce faire, une autorisation préfectorale est nécessaire⁵⁴⁷. La demande d'autorisation⁵⁴⁸ « est accompagnée d'un dossier administratif et technique comprenant » une dizaine de pièces à fournir⁵⁴⁹.

72. Autres. Il subsiste un formalisme subsidiaire en cas de préparation, manipulation ou entreposage de produits d'origine animale ou de denrées en contenant, d'ouverture de nuit, de classement hôtelier, d'installation de terrasse sur la voie publique, de manifestation exceptionnelle, d'affichages obligatoires notamment.

Il est un formalisme particulièrement lourd qui accompagne la création d'entreprise aux Antilles françaises. Il constitue la première manifestation d'interventionnisme public dans la cadre de la réalisation d'un projet d'économie. Mais, en France, le pouvoir public échoue à se limiter à une intervention strictement formelle. Il s'emploie à une intervention sur la matière, force vive de tout centre d'intérêts économiques, au point de relativiser l'essence même de l'entreprise : la liberté.

⁵⁴³ Art. L. 1332-1 du Code de la santé publique ; Art. A. 322-4 et s. et A. 322-4 de l'annexe III-7 du Code du sport.

⁵⁴⁴ Art. D. 322-16 et A. 322-12 et s. du Code du sport.

⁵⁴⁵ Art. L. 312-2 et s., R. 312-2 et s. et A. 312-1 du Code du sport.

⁵⁴⁶ Art. R. 252-3-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁵⁴⁷ Art. L. 252-1 et s. du Code de la sécurité intérieure.

⁵⁴⁸ *Confer* Formulaire Cerfa n° 13806*03.

⁵⁴⁹ Art. R. 252-3 du Code de la sécurité intérieure.

II. Le déplacement du pouvoir dans la masse

73. La moralisation de l'économie : l'exorbitance du droit ? Vu de l'extérieur et par comparaison à d'autres modèles, le droit français confine au sacrifice de l'exercice, paisible, par l'acteur économique, de ses droits et libertés économiques – la liberté d'entreprendre, de contracter, le droit de propriété notamment – sur l'autel d'une moralisation de son action. Dans les rapports d'économie, cette dernière s'est traduite par l'action de compenser la faiblesse de l'« impuissant formel » en l'habilitant et le protégeant, cela concourant à la diminution de la force de l'acteur économique dit « puissant formel » (**A**). Une aliénation du pouvoir de ce dernier galvanisée par son exposition à un engagement quasi-systématique de sa responsabilité (**B**). Si ces mesures sont présentées comme des nuisances assumées variablement nécessaires à l'efficacité économique⁵⁵⁰, elles n'en demeurent pas moins, du point de vue de l'opérateur économique, arbitrairement ou abusivement restrictives de liberté économique⁵⁵¹.

A – Une démocratisation de l'*abusus*

74. Une subjectivisation des droits. L'exercice de ses droits fondamentaux par le dépositaire du pouvoir économique n'est réputé libre qu'en théorie. Par l'action du droit, traversée depuis des décennies par un courant « humaniste », son pouvoir, caractérisé par le concept d'*abusus*, en tant qu'allégorie de la force économique, fait l'objet d'une démocratisation – son déplacement dans la masse éclatée. Cette dernière est voulue, légitimée par un protectionnisme accru au profit de la partie dite « faible » du contrat – *i.e.* le « peuple économique » – à l'image du salarié (§1), du consommateur (§2), auxquels on reconnaît plus de liberté et de sécurité. Ces droits du peuple économique ont une valeur subjective :

⁵⁵⁰ BARTHELEMY, J. ET CETTE, G. *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, Rapport fait à la demande du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2013.

⁵⁵¹ « (...) la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299, *Rec.*, p. 18, pt. 16.

« (...) le droit subjectif (*Recht im subjektiven Sinne*) signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif (*la règle de droit*) au profit d'un individu (ou d'une collectivité) et qui le fait sujet de droit (subjectif) »⁵⁵².

Nous n'aborderons les sanctions encourues qu'à titre exceptionnel.

§1. Un droit subjectif au travail

75. « L'effet *dumping* social » dans la Caraïbe.

« c'est là une loi économique que personne ne songe à contester, la demande va où les prix sont les plus faibles. Et les capitaux sont ainsi attirés par le coût du travail le plus faible. La protection juridique accordée aux salariés a un coût, lequel génère une fuite de capitaux, de l'emploi »⁵⁵³.

De ce mode d'orientation de l'économie sourd le phénomène du *dumping* social⁵⁵⁴. Ce dernier emporte diverses conséquences profitables au secteur privé – une main d'œuvre facile, des facilités de rupture contractuelle notamment – dont s'accommodent certains Etats afin d'attirer l'investissement et augmenter l'emploi. Le *dumping social* est la conséquence de causes, alternatives ou cumulatives, multiples. Elles se déclinent en cause primaire et cause secondaire selon la focalisation empruntée. En principe, la législation sociale n'est pas toujours le fruit d'un pur calcul motivé par les circonstances propres au pays mais aussi celui d'une tradition juridique conjugée aux niveaux variables de développement. Laquelle tradition fait du droit social – *common law* –, le produit de l'affrontement de forces aux intérêts antagonistes⁵⁵⁵. A cet égard, à l'inverse du droit civiliste du travail, la *common law* du travail du *Commonwealth* caribéen est un « droit des forts ». Et, pour cause,

⁵⁵² BODIN, J. *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, p. 2. Italiques en langue française ajoutés.

⁵⁵³ E. DOCKES, « *Le droit du travail. Justifications et moyens d'un droit du travail mondial*, in Loquin, E. et Kessejian, C. (Dir.), *La Mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 464-465.

⁵⁵⁴ « le dumping social n'est pas un simple état de différences entre les standards sociaux des divers pays, mais une pratique consistant à abaisser (« dégrader ») ces standards pour créer un avantage concurrentiel favorisant les entreprises locales ou un attrait pour des investisseurs » AUZERO, G., BAUGARD, D. ET DOCKES, E. *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 48, note 7.

⁵⁵⁵ « *The common law, unlike the civil law systems (...), is based on case law and is characterized by ad hoc formulation of legal rules and regulations. In contrast, in the civil law systems, law is characterized by legal legislation and the code, which are deliberate forms of legal policy making. This has had ramifications for labor law regulation in common law countries because the defining characteristic in common law is nonintervention by government. Labor regulation is therefore dependent on market forces and the strength of the bargaining parties. Legislation is usually relatively late in coming, and even where it occurs it is often distorted by case law* » A. S. DOWNES, N. MAMINGI ET R.-S. BELLE ANTOINE, « *Labor Market Regulation and Employment in the Caribbean* », in *Law and Employment. Lessons from Latin America and the Caribbean*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2004, p. 520. Nous soulignons.

s'il reprend les crédos classiques – l'interdiction de discriminer, l'interdiction du travail des enfants notamment –, il ne s'embarrasse pas de procédures excessives à l'image du Code antiguayen du travail⁵⁵⁶. Rappelons qu'en *common law*, bien que la codification du droit reste accessoire essentiellement observée comme inefficace empêchant l'idéale application du droit au fait, elle n'est pas inexistante. En matière de licenciement – l'une des manifestations les plus larges du pouvoir économique de direction –, l'employeur dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale. Il vise la capacité, dans certaines circonstances, de rompre le lien contractuel à tout moment, sous n'importe quelle forme et sans avoir à satisfaire à une obligation d'information préalable⁵⁵⁷. Somme toute, un droit de licencier. Dans les codes caribéens du travail, les lieux de flexibilité textuelle ne sont pas légion. D'inspiration civiliste, ils reprennent les mêmes canons protectionnistes tels que l'obligatorité de la convention collective⁵⁵⁸, le droit de grève⁵⁵⁹. La véritable flexibilité ne se situe pas dans la loi mais dans le contrat – apprécié spécialement (au cas par cas) par les juges –, creuset de droits sociaux, obtenu de la négociation contractuelle en matière de temps de travail, de licenciement et plafonds indemnitaires, de période d'essai notamment, sous réserve de lois impératives. Aussi, indépendamment de l'existence d'une législation, souvent, l'obstacle résulte des désordre et carence institutionnels, des niveaux de pauvreté. La République dominicaine pourtant pays de tradition civiliste s'étant doté d'un droit du travail codifié⁵⁶⁰ se révèle, à la source, en deçà des niveaux d'effectivité du droit escomptés⁵⁶¹. Dans la Caraïbe, cette flexibilité du droit constitue un lieu où s'engouffre inévitablement la puissance économique, amplifiée, entre autres, par un niveau d'éducation ou d'accompagnement particulièrement bas d'une part importante de la population réduisant d'autant le recours à la justice et favorisant, par là même, l'épanouissement de

⁵⁵⁶ URL : <http://laws.gov.ag/acts/chapters/cap-27.pdf>

⁵⁵⁷ Art. C9 §1 Labour Code (Antigua et Barbuda) : “*An employer may, without advance notice, terminate the employment of any person who has engaged in misconduct related to his work*”. En cas de préavis de licenciement, l'employeur dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale anticipé assorti d'une obligation indemnitaire (Art. C9 §4 dudit Code). Il en va également en droit lucien, en cas de faute lourde (Art. 133 § 1, Labour Code (Sainte-Lucie), 2006 : “*An employer is entitled to dismiss, summarily without notice, an employee who is guilty of serious misconduct of such a nature that it would be unreasonable to require the employer to continue the employment relationship*”), en cas de faute simple (Art. 135 et s., Labour Code (Sainte-Lucie) 2006). Il reste que l'appréciation de la faute lourde, variablement soumise à exégèse, demeure à la discrétion de l'employeur confirmée ou non par les prétoires. Mais, dans ce dernier cas – l'infirmité par les prétoires –, encore faudrait-il qu'ester en justice soit rendu facile par un accès à la justice lui-même rendu facile et un seuil d'éducation suffisant de l'auteur de ladite faute présumée.

⁵⁵⁸ Art. 378 et suivants Labour Code (Sainte-Lucie) 2006.

⁵⁵⁹ Art. 385 Labour Code (Sainte-Lucie) 2006 : “*A person does not commit a delict, a breach of contract or abreach of a collective agreement merely by taking part in a strike or alockout in compliance with this Code*”.

⁵⁶⁰ URL : http://mt.gob.do/images/docs/biblioteca/codigo_de_trabajo.pdf

⁵⁶¹ En guise d'illustration, l'inobservation par les employeurs de l'obligation au repos hebdomadaire, défaut de paiement des heures supplémentaires et jours fériés, défaut de paiement du salaire minimum, non déclaration de salariés, défaut des cotisations de sécurité sociale notamment. P. GARCIA, « *Violaciones más frecuentes al Código de Trabajo dominicano* », El dinero, 18 octobre 2016.

pratiques illicites. Cela encourage les effets d'aubaine au profit de l'investisseur ou de l'opérateur économique étranger. Il suffit à cet égard de penser aux différentiels de salaires notamment si l'on compare les salaires minima dans la Caraïbe⁵⁶² ou encore en matière de croisière où les travailleurs du service constituent une main d'œuvre bon marché quant à la pratique de temps de travail exorbitants, à l'absence de salaire minimum notamment. Cela est possible grâce au système des navires battant pavillon de complaisance – « un navire qui bat le pavillon d'un pays autre que le pays de propriété réelle de ce navire »⁵⁶³. Par ce biais, les lois de l'Etat étranger sous la bannière duquel le navire de croisière s'est enregistré s'appliquent à lui.

Diamétralement, la France donne à voir un verrouillage de l'économie par le droit⁵⁶⁴. Nous distinguons cinq phases.

76. L'embauche. Elle est la phase marginale où la disproportion de puissance entre l'employeur et le salarié potentiels est à son paroxysme. S'ils ont en commun la nécessité – respectivement d'embaucher et d'être embauché –, c'est au niveau de l'impérativité qu'ils divergent – sauf cas particuliers, le salarié a davantage besoin d'être embauché que l'employeur de l'embaucher en l'état actuel d'un monde du travail corseté. Le législateur est venu relativiser cette liberté en apparence absolue – l'exemple du droit subjectif de ne pas faire l'objet de discrimination⁵⁶⁵. Au surplus, il n'est aucune obligation légale à l'embauche. A ce stade, le pouvoir économique se situe du côté de l'employeur. Tout se complique une fois l'offre d'embauche acceptée soit une fois l'obligation créée.

⁵⁶² Ainsi, là où, en Martinique, les employeurs-hôteliers doivent s'acquitter pour une femme de chambre d'un salaire mensuel brut moyen de mille huit cent cinquante-neuf euro charges sociales comprises pour trente cinq heures travaillées, inversement, à Sainte-Lucie, s'il est fixé un salaire minimum, conformément aux prérogatives gouvernementales (Art. 68, Labour Code (Saint-Lucie) 2006), il s'établit à un dollar vingt-sept centimes (URL : <https://www.minimum-wage.org/international/saint-lucia>) soit un euro et six centimes de l'heure. Sur une base légale hebdomadaire de quarante heures travaillées (Art. 27 §1, Labour Code (Sainte-Lucie) 2006), le salaire brut mensuel d'une femme de chambre – payée au salaire minimum – serait d'environ cent soixante euro – il n'est en réalité que de cent vingt-huit euro en moyenne. En gardant le même échantillon – la femme de chambre –, en 2015, à *Sint Maarten*, il s'élève à six cent soixante euro mensuels sur une base légale de quarante-huit heures travaillées ; en République Dominicaine, à cent quatre-vingt-quatorze euro mensuels sur une base légale de quarante-quatre heures travaillées ; à la Barbade à quatre cent soixante-dix-huit euro mensuels pour quarante heures travaillées. Source Rapport de la société KPMG sur les *performances d'exploitation hôtelière* à l'occasion de la conférence de la presse « Schéma directeur de développement hôtelier et para-hôtelier de la Martinique » tenue le 24 mars 2015, p. 8.

⁵⁶³ Source ITF (URL : <https://www.itfglobal.org/fr/sector/seafarers/pavillons-de-complaisance>).

⁵⁶⁴ BADINTER, R. ET LYON-CAEN, A. *Le travail et la loi*, Paris, Fayard, 2015, 80 p.

⁵⁶⁵ Art. L. 1132-1 du Code du travail.

77. La création et la vie du lien d'obligation. La conclusion d'un contrat de travail écrit⁵⁶⁶ – qu'il soit à durée indéterminée⁵⁶⁷, déterminée⁵⁶⁸, temporaire⁵⁶⁹ – ouvre droit au salarié français à sa survie économique ; une survie à garanties multiples. Dans le cadre du contrat à durée indéterminée, elle intègre notamment des conditions de modification et d'exécution du contrat, la prise en compte des circonstances familiales telle que la grossesse nécessitant un aménagement du travail – l'objectif étant notamment celui de la protection d'un salarié exposé aux chômage et discrimination –, l'altération imprévisible et irrésistible de la capacité de travail – maladie, accident⁵⁷⁰ notamment. Dans le cadre du contrat à durée déterminée, elle vise les conclusion, exécution et conditions de rupture du contrat. Il pèse en outre sur l'employeur un risque élevé de requalification du lien juridique – de contrat à durée déterminée à contrat à durée indéterminée –, en cas de non-respect de certaines règles⁵⁷¹. Il existe aussi un risque de sanctions pénales accru – en cas méconnaissance des stipulations, de renouvellement du contrat transgressif d'une convention ou d'un accord de branche notamment⁵⁷². L'esprit d'un traitement protecteur est globalement repris dans le cadre d'un contrat temporaire tel que le contrat de mission⁵⁷³. La protection du salarié français est, en outre, garantie par l'ombre bienveillante des conventions collectives négociées – réglementaires en substance – aux vertus organisatrices, palliatives couvrant toute la surface de la relation contractuelle voire post-contractuelle⁵⁷⁴. Aussi, durant le contrat, par une représentation extra-entreprise – la représentation syndicale⁵⁷⁵ – :

⁵⁶⁶ « (...) le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération » Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-41494. V. notamment, AUZERO, G., BAUGARD, D. ET DOCKES, E. *Droit du travail, op. cit.*, pp. 261-377.

⁵⁶⁷ Art. L. 1221-1 et s. du Code du travail.

⁵⁶⁸ Art. L. 1242-1 et s. du Code du travail.

⁵⁶⁹ Art. L. 1251-1 et s. du Code du travail.

⁵⁷⁰ En application des articles L. 411-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt confirmatif, a qualifié d'accident de travail, le décès d'un employé lors d'un rapport sexuel dans le cadre d'une mission qu'il accomplissait pour son employeur au motif que « (...) un rapport sexuel est un acte de la vie courante » Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 12, 17 mai 2019, n° 06/08787.

⁵⁷¹ Art. L. 1245-1 et 1245-2 du Code du travail.

⁵⁷² Art. L. 1248-1 et s. du Code du travail.

⁵⁷³ Art. L. 1251-11 et s. du Code du travail.

⁵⁷⁴ Art. L. 2211-1 et s. du Code du travail. V. notamment, FERKANE, Y. *L'accord collectif de travail. Etude sur la diffusion d'un modèle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2015.

⁵⁷⁵ Sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Art. L. 2141-1 du Code du travail.

« Par-delà la diversité des droits nationaux, la représentation collective des salariés s'est toujours calquée sur l'organisation du pouvoir économique patronal, car elle a toujours eu pour objet d'équilibrer le rapport des forces avec les employeurs »⁵⁷⁶.

Elle est un contre-pouvoir intra-entreprise variable selon la taille de l'entreprise⁵⁷⁷ comme l'illustre le comité social et économique⁵⁷⁸. Une protection garantie aussi par une rémunération dont le seuil est fixé au SMIC⁵⁷⁹, par un temps de travail borné à trente-cinq heures hebdomadaires⁵⁸⁰ pouvant être dépassé – heures supplémentaires⁵⁸¹, heures d'équivalence⁵⁸² notamment – dans des conditions très strictes variables notamment selon la qualité du travailleurs – âge, profession notamment – et borné à des plages journalières – la volonté économique d'ouverture des commerces le dimanche rencontre l'obstacle de l'obligation au repos hebdomadaire donné en principe le dimanche⁵⁸³, y compris dans son versant dérogatoire⁵⁸⁴. On note également un encadrement des horaires de travail – le travail de nuit⁵⁸⁵ –, un congé payé⁵⁸⁶ majorable notamment par le bénéfice de jours accordés au titre de la réduction du temps de travail (RTT) selon la profession et nombreux autres congés thésaurisables pour la plupart par le biais d'un compte épargne-temps⁵⁸⁷ hors jours fériés, repos dominical – effectif dans l'immense majorité des professions. Il est également une faculté de suspension du contrat de travail dans le cadre de laquelle son inexécution temporaire est autorisée sans que soit crainte la rupture du lien contractuel – grève⁵⁸⁸, droit de retrait⁵⁸⁹, maladie⁵⁹⁰,

⁵⁷⁶ A. SUPIOT, « Critique de la « régulation » ou le droit du travail saisi par la mondialisation » (Préface de l'édition « Quadrige »), in Supiot, A. (Dir.), Critique du droit du travail, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. XL.

⁵⁷⁷ Huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

⁵⁷⁸ Art. L. 2311-2 et s. du Code du travail.

⁵⁷⁹ Salaire minimum interprofessionnel de croissance. Art. L. 3231-2 du Code du travail.

⁵⁸⁰ Art. L. 3121-27 du Code du travail : « La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine ».

⁵⁸¹ Art. L. 3121-28 et s. du Code du travail.

⁵⁸² Art. L. 3121-13 du Code du travail.

⁵⁸³ Art. L. 3132-1 et s. du Code du travail.

⁵⁸⁴ Art. L. L. 3132-26 et s. et L. 3132-5 et s. du Code du travail.

⁵⁸⁵ Art. L. 3122-1 à L. 3122-14 du Code du travail.

⁵⁸⁶ Art. L. 3141-3 et s. du Code du travail. « Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur » (Art. L. 3141-3).

⁵⁸⁷ Art. L. 3151-1 et s. du Code du travail. « Le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non pris ou des sommes qu'il y a affectées » (Art. L. 3151-2, al. 1^{er}).

⁵⁸⁸ Art. L. 2511-1 du Code du travail.

⁵⁸⁹ Art. L. 4131-1 et s. du Code du travail. Le salarié n'encourt aucune sanction ni retenue sur salaire (Art. L. 4131-3) ; l'exercice de ce droit n'est soumis à aucun préavis. **Nota bene** : L'exercice de ce droit constitue en Martinique, au cours de ces dernières années, un motif récurrent de discontinuité du service public du transport terrestre de personne.

⁵⁹⁰ Art. L. 1226-7 du Code du travail.

maternité⁵⁹¹ notamment. Après le contrat, sous conditions, l'ancien salarié peut bénéficier d'un revenu de remplacement⁵⁹² d'une durée variable⁵⁹³.

Il ressort de ce qui précède que si par son acceptation⁵⁹⁴, le salarié matérialise un lien de subordination⁵⁹⁵ que l'employeur nouera avec lui, elle aurait tendance à horizontaliser le rapport contractuel non seulement le temps de l'obligation mais aussi, sous certains aspects, pour la période qui la suivra. Dans certains cas, elle aurait même tendance à l'inverser.

78. La modification de l'obligation. Tout le contrat rien que le contrat. La modification de l'obligation participe d'une volonté bilatérale⁵⁹⁶. Qu'importe le changement de la nature des besoins de l'employeur, le salarié a toute latitude pour la refuser puisque « le seul refus d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement »⁵⁹⁷. A moins que cette modification soit elle-même jugée suffisamment causée⁵⁹⁸.

79. La transmission de l'obligation⁵⁹⁹.

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »⁶⁰⁰.

C'est le cas notamment d'un rachat d'hôtel de tourisme, de l'héritage d'une agence de voyages. Le cessionnaire, nouvel employeur, ne saurait faire obstacle aux automaticité et plénitude du transfert des contrats de travail⁶⁰¹. En outre de devoir composer avec les potentialités d'un relief salarial car privé temporairement de la faculté de recomposition de la masse salariale⁶⁰², il devient redevable de

⁵⁹¹ Art. L. 1225-4 du Code du travail.

⁵⁹² Art. L. 5421-1 et s. du Code du travail.

⁵⁹³ Art. 9 §1, Annexe de l'arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, *JORF* n° 0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.

⁵⁹⁴ L'acceptation est la source des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur à l'image de son pouvoir disciplinaire (Art. L. 1331-1 du Code du travail)

⁵⁹⁵ « (...) le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, *Bull.*

⁵⁹⁶ « Les fonctions du salarié constituent un élément déterminant de son contrat de travail. L'employeur ne peut donc pas les modifier unilatéralement, sauf dans un sens plus favorable au salarié » Cass. soc., 30 mai 2011, n° 09-71824.

⁵⁹⁷ Cass. soc., 14 novembre 2007, n° 06-43762, inédit.

⁵⁹⁸ Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-43712, *Bull.*

⁵⁹⁹ M. CARLES, « *Qu'est-ce qu'un transfert d'entreprise ?* », RPDS, 1999, p. 385.

⁶⁰⁰ Art. L. 1224-1 du Code du travail.

⁶⁰¹ Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-16719, *Bull.* V. notamment, M. COHEN, « *Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur* », Revue Droit social, 1997, p. 263.

⁶⁰² FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 67.

tous les avantages inhérents à la fonction des salariés au moment du transfert – ancienneté, arriérés de salaires, indemnités de congés payés notamment. A l'issue du transfert, il retrouve l'intégralité des artifices liés à sa fonction comme l'illustre le pouvoir de licenciement, sous conditions, pour refus de modification du contrat de travail.

80. L'extinction de l'obligation : le cas du licenciement dans le contrat à durée indéterminée. En 2017, en France, le contrat à durée indéterminée représente 84,6 % des salariés – contre 10,8 % en contrat à durée déterminée⁶⁰³. Nous n'aborderons que les éléments que nous estimons exorbitants du rapport contractuel. L'extinction de l'obligation sociale procède, alternativement, d'un acte juridique unilatéral⁶⁰⁴ qui peut être émis soit à la discrétion du salarié – la démission⁶⁰⁵, la prise d'acte de rupture⁶⁰⁶ –, soit à la « discrétion » de l'employeur – le licenciement – ou d'un acte juridique bilatéral⁶⁰⁷ – la rupture conventionnelle⁶⁰⁸. De chaque mode de rupture, sourd un processualisme aux effets déverticalisants. Ainsi, dans le cadre du licenciement⁶⁰⁹, l'employeur, en plus de devoir se soumettre à un certain formalisme – convocation par lettre recommandée, exposé des motifs, notification du licenciement notamment⁶¹⁰ –, est astreint à un « matérialisme » obligatoire – il est exigé une cause réelle et sérieuse pour licencier⁶¹¹ – au risque de sanctions sur le fondement des articles L. 1235-2 et suivants du Code du travail. Dans certains cas, il est littéralement privé de son droit de licencier. Il en va ainsi notamment de l'obligation d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi avant tout licenciement économique de nature collective⁶¹² ; plus largement du licenciement collectif pour lequel il a l'obligation de consulter le comité social et économique⁶¹³, d'informer l'autorité administrative compétente⁶¹⁴ ; de l'obligation de reclassement par l'employeur du salarié préalable au licenciement économique individuel⁶¹⁵ ;

⁶⁰³ Source INSEE. **Nota bene** : les salariés représentent 88,4 % des actifs occupés.

⁶⁰⁴ Art. 1100-1, al. 1^{er} du Code civil.

⁶⁰⁵ Art. L. 1231-1, L. 1237-1 et s. du Code du travail.

⁶⁰⁶ Art. L. 1451-1 du Code du travail.

⁶⁰⁷ Art. 1100-1, al. 1^{er}, précité.

⁶⁰⁸ Art. L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail.

⁶⁰⁹ Il existe plusieurs sortes de licenciement parmi lesquelles le licenciement pour motif personnel (« Un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié » Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 87-40184, *Bull. Art. L. 1232-1 et s. du Code du travail*) et le licenciement pour motif économique (Art. L. 1233-3, al. 1^{er} du Code du travail).

⁶¹⁰ Art. L. 1232-2 et s., L. 1232-6, L. 1233-11 et s., L. 1233-42, R. 1232-1 et s. du Code du travail.

⁶¹¹ Art. L. L. 1232-1, al. 2 et L.1233-2, al. 2 du Code du travail.

⁶¹² Art. L. 1233-61 et s. du Code du travail.

⁶¹³ Art. L. 1233-8 et s., L. 1233-28 et s., L. 1233-36 et s. du Code du travail.

⁶¹⁴ Art. L. 1233-46 et s. du Code du travail.

⁶¹⁵ Art. L. 1233-4, al. 1^{er} du Code du travail : « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* ».

d'un exercice normal du droit de grève⁶¹⁶ ; d'un état de grossesse médicalement constaté sauf faute lourde⁶¹⁷ ; du caractère intouchable des personnes dites « protégées » telles que le représentant syndical du comité social et économique, le délégué syndical, le salarié mandaté, le conseiller prud'homme⁶¹⁸. En cas de « succès » du licenciement économique, l'employeur a l'obligation d'accompagner le salarié dans sa réinsertion professionnelle par le jeu notamment d'un contrat de sécurisation professionnelle⁶¹⁹ ; de le réembaucher prioritairement, sous condition notamment de durée, en cas de libération d'un poste compatible avec sa qualification⁶²⁰. Somme toute, une inextinction de l'obligation. Ce qui semble concourir à dissuader le licenciement en France ou, à tout le moins, le rendre difficile d'usage. Or, prosaïquement, dans le tourisme – lieu sensible à l'appréciation subjective –, il est aisé d'écorner l'image d'une entreprise par un comportement répréhensible mais jugé insuffisamment objectif pour entraîner le licenciement⁶²¹. Ainsi, des entreprises antillaises sont soit contraintes de composer avec une masse salariale à la culture du « *I bon kon sa* »⁶²², soit déployer des prodiges d'ingéniosité⁶²³ pour y parvenir. Ce sont les limites du droit.

81. Une concurrence de droits. L'atteinte aux droits subjectifs de l'employeur fait l'objet d'un morcellement aux moyens divergents⁶²⁴ mais aux fins convergentes. D'un côté, la

⁶¹⁶ Art. L. 1132-2 du Code du travail. Lequel droit, n'est pas absolu : « si le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions » CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, Aff. n° C-438-05, *Rec.*, 2007, p. I-10779, pt. 44. V. également, CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, Aff. n° C-341-05, *Rec.*, 2007, p. I-11767, pt. 91.

⁶¹⁷ Art. L. 1225-4 du Code du travail.

⁶¹⁸ Art. L. 2411-1 et s., L. 2421-3 et s. du Code du travail. C. MAUGÛE et R. SCHWARTZ, « *Conditions du licenciement d'un salarié protégé* », *AJDA*, 1992, p. 339 ; J.-M. VERDIER, « *La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique du statut* », *Droit social*, 2001, p. 634.

⁶¹⁹ Art. L. 1233-65 et s. du Code du travail. A partir de mille salariés et plus, sont prévus les congés de reclassement (Art. L. 1233-71 et s. du Code du travail) et de mobilité (Art. L. 1233-77 et s. du Code du travail).

⁶²⁰ Art. L. 1233-45 du Code du travail.

⁶²¹ « (...) un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement » Arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1990, précité.

⁶²² Expression créole qui signifie : « cela suffit comme cela » ; « inutile d'en faire davantage ».

⁶²³ Tautologie assumée.

⁶²⁴ « Si la logique des droits et libertés fondamentaux peut venir parfois limiter les pouvoirs de l'employeur, "c'est d'une manière très différente de celle de l'ordre public" » F. RIEM, « *Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ?* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 24.

fondamentalisation, conflictuelle⁶²⁵, du droit au travail – « le droit de chacun d’obtenir un travail »⁶²⁶. De l’autre, un « ordre public social ». Il désigne non seulement, « une articulation particulière entre les règles impératives et les normes “contractuelles” »⁶²⁷ mais aussi un « principe de l’application de la disposition la plus favorable ou “principe de faveur”⁶²⁸ aux salariés sous réserve qu’elle ne contrevienne pas aux dispositions d’ordre public »⁶²⁹. Ce qui revient, notamment, à la faculté de composer – au moyen d’une convention⁶³⁰ ou d’un contrat⁶³¹ – avec l’impérativisme législatif mais uniquement dans l’intérêt du salarié. Somme toute, un effet de cliquet privant l’employeur de moyens d’atténuation du statut salarié dans un sens conforme aux intérêts de son entreprise.

82. La défaite du « pouvoir entrepreneurial »⁶³². Le pouvoir de licencier de l’employeur, qui est assimilable à un *abusus* – au même titre que son pouvoir de cession – en ce qu’il lui confère, dans l’imaginaire collectif, le pouvoir de décider librement du mode d’exploitation de l’entreprise par le remplacement de ses collaborateurs lorsqu’il s’avère subjectivement nécessaire, apparaît dissous. Or, « ce qui caractérise le droit de propriété, c’est l’*abusus*, la prérogative en vertu de laquelle le propriétaire peut disposer du bien comme il l’entend »⁶³³. L’économie générale du pouvoir de l’employeur est altérée – il aurait dû être en capacité de l’exercer dans sa plénitude⁶³⁴ – puisqu’elle

⁶²⁵ « (...) le droit pour chacun d’obtenir un emploi (...) peut apporter à la liberté d’entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteinte disproportionnée au regard de l’objectif poursuivi » Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 sur la loi de programmation pour la cohésion sociale, *JO* du 19 janvier 2005, p. 896, texte n° 2, *Rec.*, p. 33, cons. 24.

⁶²⁶ Cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

⁶²⁷ D. BAUGARD, « *L’ordre public social* », in Sève, R. (Dir.), *L’ordre public*, *op. cit.*, p. 131. v. notamment, M. BONNECHERE, « *L’ordre public “au sens du droit du travail”* », *JurisClasseur périodique – Commerce et industrie*, 1974, p. 11604 ; L. ROZES, « *Remarques sur l’ordre public en droit du travail* », *Droit social*, 1977, pp. 311-326.

⁶²⁸ « La notion d’ordre public social (...) implique d’une part une hiérarchie des normes du travail, et d’autre part un principe de faveur pour les salariés, exclusif de toute dérogation contractuelle in pejus aux règles légales ou aux dispositions des conventions collectives » SUPIOT, A. *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2007, p. 30.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 132, spéc. pp. 141-152. Parenthèses ajoutées.

⁶³⁰ Art. L. 2251-1 du Code du travail : « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d’ordre public* ».

⁶³¹ « (...) en cas de conflit de normes, c’est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » *Cass. soc.*, 17 juillet 1996, n° 95-41313, *Bull.*

⁶³² « En droit, si on peut contrôler une entreprise on n’en est jamais le *propriétaire*. Dans le cas d’une entreprise individuelle, on peut être le propriétaire de biens qui lui sont affectés, certes, mais ils sont par nature distincts de l’entreprise elle-même. Pour les entreprises sociétaires, on est propriétaire de droits sociaux, parts ou actions et non de l’entreprise sociale. Par contre, il est exact que la propriété de ce genre de biens peut conférer le pouvoir entrepreneurial » C. CHAMPAUD, « *Les troisièmes voies sociétales, ou comment sauver la démocratie et l’économie de marché* », *art. cit.*, p. 598.

⁶³³ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 50.

⁶³⁴ En droit belge, le droit propriété sur les moyens de production est le « droit qui (*permet à l’employeur*) de refuser à n’importe quel travailleur l’accès à l’entreprise et le priver ainsi définitivement de son travail » F. KEFER, « *La motivation du licenciement en droit belge* », *Revue de la faculté de droit de l’Université de Liège*, 2011/3-4, pp. 438-448. « (...) le licenciement reste fondamentalement une prérogative discrétionnaire. Les parties demeurent libres de révoquer

se voit rabotée, à titre préventif, d'une fraction, plus ou moins importante selon les situations, de ses vertus contrôlaires. Se pose alors la question de savoir qui est le réel détenteur du pouvoir. Au vu de ce que nous venons d'exposer : le « peuple économique » ou l'impuissant formel – les salariés, les syndicats notamment. C'est à cause de lui, au nom de lui, par le biais notamment d'une « législation » de connivence – lois, conventions collectives –, que se voient mouvementés, relativisés les droits et libertés économiques de l'employeur. Sur cette base, au risque de devoir contrarier la position de GERARD FARJAT affirmant que « (...) “le peuple économique” – les salariés –, sans parler des exclus, ne fait pas partie des acteurs du droit économique. (...) (“sujets” de l'ordre économique, ils) sont soumis à l'autorité du chef d'entreprise (...) vivent sous la menace du licenciement (...) »⁶³⁵, nous estimons que puisqu'il est *la partie la plus nombreuse et nécessaire* de l'entreprise⁶³⁶, il se métamorphose en contre-décideur potentiel⁶³⁷. Soit, autrement certes, en acteur de droit économique surtout quand on sait qu'il dispose d'une volonté particulièrement autonome et bloquante⁶³⁸. Cette hiérarchie des intérêts est également observable dans le domaine de la consommation avec une prise en compte poussée des intérêts du consommateur.

§2. Un droit subjectif à la consommation

83. Cadrage. Il est un déséquilibre fondamental dans la relation professionnel⁶³⁹-consommateur⁶⁴⁰ – sujets du droit de la consommation. Le premier dispose d'une expertise, d'un

unilatéralement et impunément leur engagement en raison des intérêts, privés ou généraux, égoïstes ou altruistes, qu'il leur plaît de privilégier » CLESS, J. *Congé et contrat de travail*, Liège, Faculté de droit, 1992, pp. 139 et 209.

⁶³⁵ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., pp. 67 et 183. Italiques ajoutés.

⁶³⁶ Adaptation d'une définition du peuple dans la seconde moitié du XVIII^e siècle : « la partie la plus nombreuse et nécessaire de la nation » DIDEROT, D., *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, op. cit., p. 476.

⁶³⁷ V. DABOSVILLE, B. *L'information du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, 620 p. Au confluent de réflexions sur l'obligation d'information du salarié par l'employeur, l'auteur définit la place finalement toute centrale qu'occupe le salarié – inférieur de nature et de forme. Pour mémoire, qui informe-t-on ? La partie faible. Alors, nous devons nous souvenir que la prise en compte de son destin porte inexorablement relativisation des libertés économiques.

⁶³⁸ Pour une étude d'ensemble, v. SACHS, T. (DIR.), *La volonté du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », 2012, 272 p.

⁶³⁹ Art. liminaire du Code de la consommation : « (...) toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

⁶⁴⁰ « (...) toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » Id.

excédent informationnel sur des produits ou services de plus en plus sophistiqués notamment et d'une puissance économique supplantant, souvent, celles du second, en particulier lorsqu'il est en situation de faiblesse⁶⁴¹ – minorité, incapacité, illettrisme, ignorance notamment. Une disproportion qui exige d'être fortement contrepesée compte tenu du risque, important, qu'il en soit fait abus – l'exemple du danger des « clauses pré-rédigées » insusceptibles de négociation lesquelles revêtent, en substance, un caractère réglementaire – bien qu'il arrive, inversement, que les consommateurs n'empruntent pas toujours les sentiers du *bon consommateur du marché*. S'il demeure constant que l'intérêt du consommateur ne saurait être absolu compte tenu du nécessaire maintien de l'activité économique de production de biens et de services, son appréhension donne à voir une hiérarchie d'intérêts. C'est ainsi qu'en France, la protection du consommateur⁶⁴² se résume en cinq *catégories fondamentales* révélatrices d'un ordre public consumériste :

« (...) la santé et la sécurité, la protection des intérêts économiques des consommateurs, la réparation des dommages ou le règlement des litiges de consommation, l'information et l'éducation, et enfin la représentation, c'est-à-dire le droit d'être entendu »⁶⁴³.

Il en va différemment dans la Caraïbe extra-française. Si « la formalisation du “droit de la consommation” a eu lieu dans la plupart des systèmes de droit civil et de *common law* »⁶⁴⁴, les nouvelles configurations du marché n'y ont pas systématiquement entraîné le renforcement des législations, insuffisantes à la source, ni une recrudescence de la planification et des institutions dans le secteur. En cause, une faible volonté d'intervenir, par culture, par tradition juridique –

⁶⁴¹ Art. L. 132-13 et s. du Code de la consommation. V. notamment, J.-P. CHAZAL, « *Vulnérabilité et droit de la consommation* », Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Mars 2000, Université P. Mendès-France, Grenoble II (hal-01053489) ; M. LEROUX, « *L'abus de faiblesse des consommateurs* », Revue concurrence et consommation, 1993, n° 72, p. 41.

⁶⁴² *i.e.* Dans le tourisme, l'expression « consommateur » englobe le titulaire d'un titre de transport (aérien, maritime, terrestre), le locataire de véhicule, de services d'hébergement, de matériels d'activités de loisirs, l'acheteur de produits de consommation courante, de séjour, le joueur de casino notamment.

⁶⁴³ L. BOY ET P. REIS, « *Libertés économiques et droits de l'homme ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriäinen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, *op. cit.*, p. 302. « Le droit de la consommation s'élève sur un reproche fait au droit préexistant. Il signifie au moins à ce dernier son inaptitude à résoudre les problèmes posés par la “société de consommation” » V. FORRAY, « *Ambivalences en droit de la consommation. Remarques sur les effets de l'écriture du droit* », *op. cit.*, p. 976.

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 976.

*common law*⁶⁴⁵ –, ou encore par impuissance laquelle résulte soit de la primitivité du droit⁶⁴⁶ soit de son ineffectivité – quoique certains pays se dotent d'un dispositif protecteur⁶⁴⁷, son existence ne saurait s'exonérer de l'efficacité de sa mise en œuvre⁶⁴⁸.

84. La protection des intérêts économiques du consommateur. Il est notoire que le droit de la consommation est le terrain d'un antagonisme d'intérêts égoïstes – l'intérêt égoïste du professionnel *versus* l'intérêt égoïste du consommateur. Par le choix d'une protection absolue des intérêts économiques du consommateur, le droit français de la consommation – complété par le droit de l'Union⁶⁴⁹ – semble porter une atteinte variable au droit substantiel du professionnel. Il pèse ainsi sur lui une obligation systématique, dense, d'information du consommateur à la texture tantôt dure tantôt molle. Dans le premier cas, elle se décline notamment en obligation précontractuelle d'information⁶⁵⁰ comme l'illustre la remise précontractuelle de documents⁶⁵¹, en obligation d'information sur les pratiques commerciales⁶⁵² notamment qui viennent enrichir le dispositif informatif civiliste⁶⁵³. Au détour d'un formalisme poussé, un écrit clair et compréhensible

⁶⁴⁵ E.g. Consumer Protection Act (Jamaïque) 2005 ; Consumer Protection Act (Bahamas) 2008. Si, la protection du consommateur est objectif déclaré de la CARICOM, organisation régionale à tradition juridique dominante *common law* – il existe donc un dispositif (programmatoire) régional fixé aux articles 184 à 186 du *Traité révisé de Chaguaramas* –, il convient de rappeler que « *the CARICOM Secretariat has highlighted as a concern the lack of domestic legislative implementation of the measures required under Articles 184 – 186* » BERRY, D. S. *Caribbean Integration Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 336.

⁶⁴⁶ *Exempli gratia* une carence institutionnelle, des références à la protection du consommateur cantonnées à des domaines spécifiques tels que le contrôle des prix.

⁶⁴⁷ *Exempli gratia* : le modèle dominicain. La République dominicaine se dote d'un ensemble normatif en matière de protection du consommateur avec la loi générale n° 358-05 relative à la protection des droits du consommateur ou de l'utilisateur du 9 septembre 2005. La consécration constitutionnelle des droits du consommateur et de l'utilisateur par l'article 53 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 26 janvier 2010.

⁶⁴⁸ Le modèle dominicain donne à voir une faiblesse du pouvoir d'action des associations de consommateurs, un partage confus du pouvoir de sanction entre l'administration et l'autorité judiciaire, le défaut de contrôle et de coordination des autorités de contrôle sanitaire, un défaut d'éducation et d'orientation du consommateur notamment. Pour une étude d'ensemble, v. RIVERA PEGUERO, M. A. *La Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, en el Ordenamiento Jurídico de la República Dominicana, a partir de la Ley N° 359-05*, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Santo Domingo, 2018.

⁶⁴⁹ Art. 114 et 169 TFUE. v. les mesures européennes de protection des consommateurs.

⁶⁵⁰ Art. L. 111-1 et s. et R. 111-1 et s. du Code de la consommation.

⁶⁵¹ Art. L. 114-1 du Code de la consommation : « *Les professionnels vendeurs ou prestataires de services remettent à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement* ».

⁶⁵² Art. L. 121-2 et s. du Code de la consommation. La pratique commerciale est définie comme étant « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » (Art. 2, d) de la directive n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JO n° L. 149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

⁶⁵³ E.g. l'article 1602 du Code civil : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* ».

est exigé *ad validitatem* interprété dans *le sens le plus favorable au consommateur*⁶⁵⁴ assorti de mentions légales obligatoires⁶⁵⁵ sous peine de nullité relative. Dans d'autres hypothèses, cette obligation est plutôt molle comme l'illustrent les divers signes collectifs de qualité⁶⁵⁶ placés à la disposition des professionnels éligibles à leur obtention tels que l'appellation d'origine⁶⁵⁷. Ces divers signes de qualité, facultatifs, sont à la fois attracteurs de clientèle et garants de la qualité des biens ou services proposés. On trouve également dans l'arsenal protecteur du consommateur, la longue liste des interdictions faites au professionnel. Fondamentalement dissuasive, elle tâche de garantir une consommation paisible. C'est l'exemple de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales⁶⁵⁸ et agressives⁶⁵⁹ ; l'interdiction des clauses abusives⁶⁶⁰ ; l'interdiction faite au professionnel de refuser de vendre ou de subordonner la vente à des conditions notamment de quantité d'achat⁶⁶¹. Une telle disposition déroge au principe fondamental de liberté contractuelle en ce qu'elle prive le professionnel de sa liberté de choisir son cocontractant⁶⁶². Aussi, il est octroyé au consommateur un ensemble de droits subsidiaires constituant en quelque sorte le sel de la lettre consumériste. La résolution unilatérale du contrat par le consommateur en cas de manquement du professionnel à son obligation de livrer dans des délais déterminés par consentement mutuel ou déterminés par la

⁶⁵⁴ Art. L. 211-1 du Code de la consommation : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur. (...)* ».

⁶⁵⁵ Art. L. 211-2 du Code de la consommation.

⁶⁵⁶ « (...) un ensemble de démarches volontaires, encadrées par les pouvoirs publics, qui garantissent aux consommateurs qu'ils acquièrent des produits ou des services répondant à des caractéristiques particulières régulièrement contrôlées par un organisme tiers indépendant » (Source : site du ministère de l'économie).

⁶⁵⁷ Art. L. 431-1 du Code de la consommation.

⁶⁵⁸ Art. L. 121-1 du Code de la consommation et Art. 5 §2 de la directive n° 2005/29/CE, précitée.

⁶⁵⁹ Art. L. 121-6 du Code de la consommation.

⁶⁶⁰ Art. L. 212-1 et R. 212-1 (clauses irréfragablement présumées abusives) et R. 212-2 (clauses simplement présumées abusives) du Code de la consommation. v. notamment, art. 1171 du Code civil. Sur l'appréciation du déséquilibre significatif, v. Art. L. 212-1, al. 2 et 3. V. notamment, E. BALATE, « *Le déséquilibre économique et le droit économique : application au droit de la consommation* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, *op. cit.*, pp. 245-261. Pour une étude d'ensemble, v. PEGLION-ZIKA, C.-M. *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2013 (URL : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7b78847a-d9e6-4ed4-8d21-fabc0c1afb8f?inline>).

⁶⁶¹ Art. L. 121-11 du Code de la consommation.

⁶⁶² Art. 1102, al. 1^{er} du Code civil.

loi⁶⁶³ ; le droit de rétractation⁶⁶⁴ constitutif d'une atteinte à la force obligatoire du contrat⁶⁶⁵. Il en va également, alternativement, de l'importante garantie légale de conformité des biens⁶⁶⁶ dont le professionnel ne saurait se soustraire⁶⁶⁷ ou encore du dispositif relatif aux arrhes⁶⁶⁸ portant sur les contrats inéligibles au droit de rétractation tels que le contrat de location de vacances en meublé de tourisme⁶⁶⁹. Le versement d'arrhes par le consommateur ouvre droit réciproque de repentir – *i.e.* le consommateur et son cocontractant professionnel pourront se dédire à la limite que consommateur perd la somme versée préalablement et le professionnel doit restituer le double de ce qu'il a reçu⁶⁷⁰.

Au surplus, il ressort un double emploi des dispositions du Code de la consommation qui, pour bon nombre, sont intégrables à l'ordre public concurrentiel⁶⁷¹ – l'exemple de l'interdiction des ententes tarifaires, des pratiques commerciales de prix réduits, de la publicité mensongère notamment. Autrement dit, en soulevant la violation du dispositif mixte, le concurrent entend faire

⁶⁶³ Art. L. 111-1, 3° du Code de la consommation dispose : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible en l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service* » **cependant** « *à défaut d'indication ou d'accord, le professionnel livre le bien ou exécute la prestation sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat* » (Art. L. 216-1, al. 2 du Code de la consommation). Sur la définition de la livraison, v. Art. L. 216-2, al 1^{er} du Code de la consommation. En cas de manquement à son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service, le professionnel s'expose à la résolution unilatérale du contrat par le consommateur (Art. L. 216-2, al 1^{er} du Code de la consommation). C'est également le cas, en cas de refus d'exécution de l'obligation ou de dépassement du délai de trente jours lorsqu'il constitue une condition essentielle du contrat (Art. L. 216-2, al. 3 du Code de la consommation).

⁶⁶⁴ Art. L. 221-18 du Code de la consommation. *Confer* art. L. 221-1 pour une définition des termes (contrat à distance, contrat hors établissement, etc.). **Nota bene** : Si le délai de quatorze jours vaut dans la plupart des cas, il subsiste des cas où il est inférieur à quatorze jours (*e.g.* dix jours en matière de construction et acquisition d'un logement à usage d'habitation (Art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation) voire inexistant (*e.g.* les forfaits touristiques, les services de transport de passagers, etc. (art. L. 221-2 du Code de consommation), les biens nettement personnalisés, périssables, etc. (Art. L. 221-28 du Code de la consommation)

⁶⁶⁵ Art. 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

⁶⁶⁶ L'article L. 217-4 du Code de la consommation dispose : « *Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance. Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité* ». (Sur la définition de la conformité, v. Art. L. 217-5). Dans le cas de la survenance d'un défaut d'un bien neuf, dans un délai de vingt-quatre mois – six mois pour les biens d'occasion –, il subsiste une présomption simple de non-conformité préexistante à la délivrance du bien (Art. 217-7). V. également, Art. L. 217-12. « *Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix* » (Art. L. 217-10), sans frais (Art. 217-11). En outre des dispositions de la garantie consommériste de conformité, en cas notamment de survenance tardive de la non-conformité – au-delà du délai de vingt-quatre mois –, le consommateur pourra également se prévaloir des dispositions du Code civil sur le fondement des vices cachés (v. Art. 1641 à 1649 du Code civil). Il pourra également se prévaloir, le cas échéant, de la garantie commerciale (Art. L. 217-15) et celle d'un service après-vente (Art. L. 217-17) – ces garanties contractuelles sont supplétives et facultatives.

⁶⁶⁷ Directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO n° L. 171, 7 juillet 1999, 12-16 pp., pt. 22.

⁶⁶⁸ L. 214-1 du Code de consommation.

⁶⁶⁹ Art. L. 221-28, 12° du code de la consommation.

⁶⁷⁰ Art. L. 214-1, al. 2 du Code de la consommation.

⁶⁷¹ V. notamment, B. LEHAIRE, « *La protection du consommateur par le droit de la concurrence : analyse civiliste et pratique des positions canadienne et européenne* », Revue internationale de droit économique, vol. t. XXX, n° 3, 2016, pp. 289-313.

cesser une atteinte à la libre concurrence, laquelle cessation, par ricochet, mettra fin au trouble consommériste. Somme toute, un double vitrage⁶⁷² qui vient consolider la protection des intérêts économiques du consommateur.

85. La santé et la sécurité du consommateur. Elles portent exception de moralisation de l'action économique. Il incombe au professionnel de satisfaire à une obligation générale de conformité⁶⁷³ ainsi qu'une obligation générale de sécurité⁶⁷⁴ des produits ou services. S'en extrait une volonté de responsabilisation, légitime, du professionnel compte tenu du risque, fort, de réalisation d'externalités négatives de l'action économique. Ainsi, à titre d'exemple, la lutte contre l'alcolisme vient restreindre la liberté d'implantation commerciale du professionnel de débits de boissons dans la mesure où elle est conditionnée à l'obtention de licences spéciales⁶⁷⁵, à la situation géographique⁶⁷⁶, toutes deux restrictives de liberté économique.

86. L'information et l'éducation du consommateur. La conscience individuelle ou collective du consommateur n'apparaît pas complètement livrée à elle-même potentiellement victime de pratiques commerciales douteuses, de la dangerosité des produits et services, de l'endettement notamment. Il est un important dispositif institutionnel d'extraction privée ou publique ayant pour finalité le contrebalancement de la puissance économique du professionnel par les information et éducation du consommateur à l'image de l'étiquetage, la restriction publicitaire, la standardisation de la qualité⁶⁷⁷ notamment. Parmi les institutions publiques, on compte notamment la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dont la structure déconcentrée aux Antilles françaises est la Direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIECCTE)⁶⁷⁸, l'Institut national de la consommation (INC)⁶⁷⁹, la Commission des clauses abusives (CCA)⁶⁸⁰, le

⁶⁷² v. PAYET, M.-S. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001.

⁶⁷³ Art. L. 411-1 et s. du Code de la consommation.

⁶⁷⁴ Art. L. 421-3 et s. du Code de la consommation.

⁶⁷⁵ Art. L. 3331-1 et s. du Code de santé publique.

⁶⁷⁶ Eg. Art. L. 3335-1 du Code de santé publique.

⁶⁷⁷ Voir *infra* A – L'Etat normalisateur : la standardisation de la qualité des produits et services.

⁶⁷⁸ Art. 6 et s. du décret n° 2010-1582 du 17 décembre 2010 relatif à l'organisation et aux missions des services de l'Etat dans les départements et les régions d'outre-mer, à Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon, précité. « *Sous réserve des compétences attribuées à d'autres services ou établissements publics de l'Etat, la direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi est chargée des actions de contrôle du bon fonctionnement des marchés et des relations commerciales entre entreprises ainsi que de la mise en œuvre des politiques relatives à la protection et à la sécurité des consommateurs en élaborant, au besoin, un plan d'action local* » (Art. 7, I, 3° du décret précité).

⁶⁷⁹ Art. L. 822-1 et s. du Code de la consommation.

⁶⁸⁰ Art. L. 822-4 et s. du Code de la consommation.

Conseil national de la consommation (CNC)⁶⁸¹. Parmi les institutions privées, on compte les associations, agréées, de consommateurs qui assurent, d'abord, une mission d'information et de conseil⁶⁸², ensuite, de représentation. L'information et l'éducation constituent l'un des quatre objectifs spécifiques du programme « consommateur » pluriannuel (2014-2020) de l'Union⁶⁸³.

87. La réparation des dommages ou le règlement des litiges, la représentation. Les consommateurs ont souvent rencontré des difficultés à faire valoir leurs droits en justice ; ils y renoncent la plupart du temps en vertu d'un accès au juge rendu difficile, d'un enjeu moindre du contentieux. Les associations de consommateurs en constituent l'*Egide* ; elles sont les représentantes, garantes et responsables à la fois des intérêts individuels et collectifs du consommateur⁶⁸⁴. En outre, avec, notamment, le renforcement de l'office du juge⁶⁸⁵ portant simplification judiciaire, avec le recours au règlement extra-judiciaire des litiges tels que la médiation⁶⁸⁶, avec l'introduction dans le droit français des actions de groupe, dites « *class actions* »⁶⁸⁷,

⁶⁸¹ Art. D. 821-1, al. 2 du Code de la consommation.

⁶⁸² « (...) les associations agréées de consommateurs (...) peuvent donner à leurs membres des consultations juridiques relatives aux questions se rapportant directement à leur objet » Art. 63 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janvier 1972, p. 131. Dans une perspective de diffusion de l'information, les associations se dotent d'outils de presse. *E.g.* le mensuel *Que choisir ?* de l'association Union fédérale des consommateurs – Que choisir.

⁶⁸³ Art. 4, b) du règlement (UE) n° 254/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relatif à un programme « Consommateurs » pluriannuel pour la période 2014-2020 et abrogeant la décision n° 1926/2006/CE, *JO* n° 84 du 20 mars 2014, pp. 42-56.

⁶⁸⁴ Art. L. 621-1, al. 1^{er} du Code de la consommation : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin en application de l'article L. 811-1, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». v. Art. R. 811-1 et s. du Code de la consommation. V. notamment, X DELPECH ET AL., « Les associations font l'affaire », *Juris.Association*, n° 492, 2014, pp. 18-36. (Dossier).

⁶⁸⁵ Art. 632-1 du Code de la consommation : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». Sous réserve qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires et que le consommateur ne s'y oppose pas (CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, Aff. n° C-243/08, *Rec.*, 2009, p. I-04713, pt. 35). Si le dispositif relatif au relevé d'office semble ample, il est en réalité réduit. Toutes les dispositions relatives à la protection du consommateur ne figurent pas à titre exclusif dans le Code de la consommation. Certaines figurent notamment dans le Code pénal (*e.g.* la vente forcée par correspondance (Art. R. 635-2 du Code pénal), dans le Code civil (*e.g.* la garantie des défauts de la chose vendue (Art. 1641 à 1649 du Code civil), dans le Code de santé publique (*e.g.* dans le cadre de la lutte contre l'alcolisme, la limite du nombre des débits de boisson (Art. L. 3331-1 et s. du Code de santé publique).

⁶⁸⁶ Art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n° 0034 du 9 février 1995, p. 2175. v. Art. L. 611 et s. et R. 612 et s. du Code de la consommation. V. notamment, B. MALLEY-BRICOUT, « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges », *RTD civ.*, 2015, p. 952.

⁶⁸⁷ Art. L. 623-1 et s. du Code de la consommation. « un mécanisme qui regroupe les victimes autour d'un plaignant qui se veut représentatif et agit en justice » M.-J. AZAR-BAUD, « La mise en œuvre des droits des consommateurs : ce que l'action de groupe va changer », in Roux, D. et Nabec, L. (Co), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, Cormelles-le-Royal, Éditions, Ems Management & Société, 2016, p. 194. Pour une étude d'ensemble, v. M.-J. AZAR-BAUD ET S. CARVAL, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.* 2015, p. 2136 ; S. GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, p. 2180 ; N. MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, p. 947 ; V. REBEYROL, « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014,

ces « *personnes trop faibles et trop disséminées (peuvent désormais) se défendre efficacement* »⁶⁸⁸. Les consommateurs sont désormais en capacité de surmonter au moins les obstacles immédiats à leur défense, procéduraux et probatoires notamment. Cependant, tous ces dispositifs ne convergent pas vers une défense optimale – optimum réparatoire, optimum du contradictoire – du consommateur. Dans le cas de la médiation, le lien de subordination juridique formelle du médiateur⁶⁸⁹ fait peser sur son action un doute raisonnable quant à ses *impartialité, indépendance, transparence, efficacité et équité*⁶⁹⁰. On aurait pu toutefois croire que l'action en protection des intérêts économiques du consommateur se situe dans l'action collective⁶⁹¹. D'autant que « (...) le droit est toujours distributeur de subjectivités juridiques et que l'ordre public (ici économique) ne peut être mieux servi que par la contribution des particuliers à sa défense »⁶⁹². Mais, il continue, là aussi, d'être ardu d'y parvenir. L'explication se trouve notamment dans l'enjeu économique du contentieux puisque des sommes modiques contraignent au renoncement. Elle se trouve également dans le caractère restrictif de la *class action* française, en ce qu'elle exclut les préjudices extrapatrimoniaux – moraux, corporels –⁶⁹³, ce qui exhorte le consommateur à se retrancher derrière une méthode plus traditionnelle du droit – la responsabilité délictuelle⁶⁹⁴. En ce qu'elle exclut également les personnes morales, les personnes placées dans leur domaine d'expertise⁶⁹⁵ et, évidemment, l'individu – le dispositif est affecté à la défense d'un intérêt collectif à ne pas confondre avec la « défense de la somme d'intérêts individuels »⁶⁹⁶. Autrement dit, l'enclenchement de la procédure suppose la lésion d'au moins deux personnes physiques. L'explication se trouve aussi dans la difficulté matérielle de retracer l'itinéraire du dommage réparable – un dommage et une faute liés en cause – à l'image de

p. 940 ; M. VERPEAUX, « *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?* », D. 2007, p. 258. Les actions de groupe ne sont pas les premières manifestations de la collectivité d'action. Il leur préexiste, coexiste désormais, l'action en représentation conjointe notamment (Art. L. 622-1 et s. du Code de la consommation). V. notamment, L. BORE, « *L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?* », D. 1995, p. 267.

⁶⁸⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », in Sève, R. (Dir), *L'ordre public*, *op.cit.*, p. 110. Parenthèses ajoutées.

⁶⁸⁹ Art. L. 613-2 du Code de la consommation.

⁶⁹⁰ Art. L. 613-1 du Code de la consommation.

⁶⁹¹ v. JOSE AZAR-BAUD, M. *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013.

⁶⁹² L. BOY ET P. REIS, « *Libertés économiques et droits de l'homme ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁶⁹³ Art. L. 623-2 du Code de la consommation.

⁶⁹⁴ M. BACACHE, « *Action de groupe et responsabilité civile* », RTD civ., 2014, p. 450.

⁶⁹⁵ Article liminaire du Code de la consommation : « *(L'estampille consommateur désigne) toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Parenthèses ajoutées. Nous soulignons.

⁶⁹⁶ Sur cette différence, v. Note M. Kebir sous Cass. soc., 7 septembre 2017, FS-P+B, n° 16-11.495 sur la recevabilité de l'action d'un syndicat en défense d'un intérêt collectif.

l'obsolescence programmée⁶⁹⁷ dont la charge de la preuve de la durée de vie raccourcie du bien ainsi que de la technique employée pour y parvenir incombe au consommateur.

88. Tolérance. Au vu d'un tel dispositif particulièrement ample⁶⁹⁸ et dissuasif par endroits, variablement contestable, complété par des moyens de droit alternatif⁶⁹⁹, il apparaît légitime de s'interroger sur la justesse d'une telle répartition des pouvoirs – des forts et des faibles réputés. Le consommateur est-il réellement la partie faible du contrat de consommation ? Il ne le semble plus forcément, en tout cas pas complètement à tout le moins. Outre qu'il soit habilité sans discontinuer par le droit – l'exemple du droit de rétractation, le droit à l'information –, il conserve sa capacité substantielle à la réalisation d'arbitrages précontractuels ou contractuels à plus forte raison aujourd'hui où les degrés de conscience du consommateur sont augmentés *via* les nouvelles technologies, la conjoncture économique, ses orientations éthiques⁷⁰⁰ notamment. Alors que, subjectivement, le professionnel doit déployer des efforts de créativité tout en observant, impuissant, la dévitalisation de ses libertés économiques et les obstacles du droit sont nombreux : le droit du commerce, de la concurrence, du travail, de l'environnement, de la propriété intellectuelle..., et bien entendu le droit de la consommation essentiellement d'ordre public. Il n'est alors pas exclu que l'opérateur économique fasse répercuter le coût du droit sur le prix facturé au consommateur. Car, même dans une forme normale, l'action économique du professionnel est sujette à révocabilité – l'exemple de l'interdiction du refus de vendre alors manifestation du principe fondamental de la liberté contractuelle. Le droit de la consommation serait, substantiellement, un droit des faibles.

Il relève de la nature même du droit français de s'interposer entre le fort et le faible. Sa faculté d'empêchement s'étend de bout en bout du processus économique. Ainsi, l'opérateur économique,

⁶⁹⁷ Art. L. 441-2 du Code de la consommation : « Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement ».

⁶⁹⁸ Toutes les dispositions relatives à la protection du consommateur ne figurent pas à titre exclusif dans le Code de la consommation. Certaines figurent notamment dans le Code pénal (*e.g.* la vente forcée par correspondance (Art. R. 635-2 du Code pénal), dans le Code civil (*e.g.* la garantie des défauts de la chose vendue (Art. 1641 à 1649 du Code civil), dans le Code de santé publique (*e.g.* dans le cadre de la lutte contre l'alcolisme, la limite du nombre des débits de boisson (Art. L. 3331-1 et s. du Code de santé publique).

⁶⁹⁹ L'exemple de l'appel au boycott. L. BOY ET P. REIS, « Libertés économiques et droits de l'homme ? », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriäinen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, *op. cit.*, p. 309.

⁷⁰⁰ « (...) le droit de la consommation se présente comme un étranger dans les droits qui l'accueillent. Il est un Autre. Un Autre porteur de l'image d'un monde en train d'advenir » FORRAY, « Ambivalences en droit de la consommation. Remarques sur les effets de l'écriture du droit », *art. cit.*, p. 976.

en outre de voir sa liberté d'agir rabaissée, voit sa responsabilité susceptible d'être multiplement engagée.

B – L'hypertrophie du droit de la responsabilité

89. Une crise de croissance. Il est constant, pour les opérateurs économiques, qu'échapper à toute responsabilité est illusoire. Si, aujourd'hui, il y a « crise du droit de la responsabilité »⁷⁰¹, c'est une crise de croissance⁷⁰² en réponse aux injonctions d'une société en constante évolution bien qu'implicitement « les Etats (*soient*) (...) obligés, afin de préserver leurs forces concurrentielles, d'accorder une grande attention à leurs besoins juridiques »⁷⁰³. Mais, dans sa forme actuelle, la considération française des besoins économiques n'est que variablement incitative à la prise de risque. Et, même s'il est une identité de méthodes d'un espace juridique à l'autre, elles ne s'y appréhendent pas analogiquement.

90. De la responsabilité civile. Il s'agit d'une responsabilité bicéphale. Elle se scinde en deux régimes : une responsabilité contractuelle et une responsabilité extra-contractuelle aux atours semblables. *Sur la responsabilité contractuelle*⁷⁰⁴. Elle surgit principalement de l'inexécution d'un contrat – la loi supplée la réparabilité d'un préjudice à l'existence de ce préjudice et d'un fait dommageable causés entre eux – à moins d'une cause étrangère la justifiant. Contrairement au système *common law*, à l'image de la Caraïbe anglophone, davantage pragmatique :

« (...) la *common law* ne s'embarrasse pas d'une théorie générale des obligations dont elle ne ressent pas l'utilité. Elle repose sur deux idées simples : l'inexécution (*breach of contract*⁷⁰⁵) et les remèdes »⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ FARJAT, G. *Droit privé de l'Economie. Théorie des Obligations*, Paris, PUF, 1975, p. 370 ; BOY, L. *Le cadre civil des affaires*, Paris, Economica, 1989, p. 27.

⁷⁰² « Jusqu'à présent l'effort de la jurisprudence et du législateur a été constamment orienté vers un élargissement des responsabilités. Non seulement en effet, les conditions exigées de la victime pour obtenir réparation ont été sans cesse assouplies, mais les tribunaux ont également fait preuve d'un libéralisme de plus en plus marqué dans l'appréciation du dommage et l'évaluation des indemnités » VINEY, G. *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 60, p. 98 et s.

⁷⁰³ R. MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 59 n°3, 2007, p. 525. Italiques ajoutés.

⁷⁰⁴ LE TOURNEAU, P., GUETTIER, C., BLOCH, C., GIUDICELLI, A., JULIEN, J., KRAJESKI, D. ET POUMAREDE, M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, op. cit.*, n° 3 à 3393.22.

⁷⁰⁵ « A breach of contract is committed when a party without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract (...) » TRETTEL, G. H. *The law of contract*, Londres, Sweet & Maxwell, 2011, p. 731.

⁷⁰⁶ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223 et s.

L'indemnisation vise plus à l'exécution du contrat par équivalent, sous réserve de preuve de l'obstacle, moins à la réparation d'un dommage causé⁷⁰⁷ qui nécessite de trouver un responsable. Dans le modèle français, l'hypertrophie réside dans les « confusion et dispersion »⁷⁰⁸ portant l'accroissement du champ indemnitaire. Il en va ainsi de la responsabilité contractuelle de l'agence de voyages vis-à-vis du consommateur de séjour⁷⁰⁹. Même si, quelle que soit la forme qu'empruntera la relation contractuelle, elle est susceptible d'influer sur la nature de l'obligation⁷¹⁰, la responsabilité résultant de l'inexécution contractuelle continue d'être le point de départ de l'indemnisation du préjudice causé⁷¹¹. Ayant pour substrat le contrat, seul un aménagement contractuel, licite, issu de la force stipulatoire dont disposent les parties contractantes saurait, dans une certaine mesure, y faire obstacle puisque tout semble mis en œuvre pour rééquilibrer le lien contractuel, quitte en accroître les garanties réparatoires. *Sur la responsabilité extracontractuelle*⁷¹². Elle surgit en cas de réalisation d'un fait juridique⁷¹³ – son engagement nécessite un dommage, alternativement ou

⁷⁰⁷ Contra le régime français (confer sous-section 5 du Code civil : « La réparation du préjudice causé résultant de l'inexécution du contrat » (Art. 1231 et s. dudit Code).

⁷⁰⁸ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *ibid.* « La Common law et le droit allemand ont certes évolué, mais sans bouleversement de leur structure fondamentale. (...) le droit du contrat n'y a pas été aussi déformé que le nôtre par une fausse conception de la "responsabilité contractuelle" » P. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, n° 5, 1997, p. 50. v. également, REISS, L. *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2002 ; D. GARDNER, ET B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les Cahiers de droit*, 48(4), 2007, pp. 543-578 ; B. MORON-PUECH, « Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle » (URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01651459/document>).

⁷⁰⁹ Pour aller plus loin, v. notamment, BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, *op. cit.*, pp. 563-574, n° 14.75 à 14.107 ; L. BLOCH, « La responsabilité des agents de voyages après la loi du 22 juillet 2009 : voyage aux confluent du droit commun, du droit spécial et du droit très spécial », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, 2010, étude 2 ; G. FRIZZI, « La responsabilité des agences de voyages », *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 312-20, 2011.

⁷¹⁰ **Il se peut que le contrat présente les signes d'un contrat d'intermédiation** (Art. 1984, al. 1^{er} du Code civil. v. notamment, DISSAUX, N. *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 2007, 676 p. ; PETEL, P. *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, 1994, 144 p.). L'agent de voyage reçoit alors le pouvoir de contracter en lieu et place de son client – réservation de titres de transport, de chambres d'hôtel notamment. En cas d'inexécution de l'obligation – de résultat –, il devient responsable sur le fondement des articles 1991 et suivants du Code civil. **Il se peut également que ledit agent de voyage se substitue aux prestataires réels du service par l'organisation complète ou partielle du séjour.** A cet effet, le lien d'obligation est, formellement, un contrat d'entreprise, dit « contrat de louage d'ouvrage » (Art. 1710 du Code civil ; PUIG, P. *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, 808 p.). Il s'éloigne du contrat de mandat en ce qu'il porte sur la réalisation d'une prestation de service sans représentation du cocontractant. **Il se peut enfin que l'opération s'appréhende comme une vente** (Art. 1582, al. 1^{er} du Code civil) ; un contrat de vente de voyages et de séjours (Art. L. 211-7 à L. 211-14 du Code du tourisme). Auquel cas, le vendeur de séjours, en outre d'être tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige (Art. 1602, al. 1^{er} du Code civil et Art. L. 211-8 du Code du tourisme) – il s'agit d'une obligation de moyens puisque l'information n'a pas à être pertinente –, d'être tenu d'un formalisme poussé (Art. L. 211-10 du Code du tourisme), d'être tenu par la satisfaction d'obligations accessoires – l'obligation de résultat d'assistance notamment –, « (...) a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend » (Art. 1603 du Code civil).

⁷¹¹ L'un des défauts « du droit français est de concevoir la responsabilité "contractuelle" comme une vraie "responsabilité", taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle » P. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *art. cit.*, p. 51.

⁷¹² *Ibid.*, n° 2 à 2335.24.

⁷¹³ Art. 1100-2, al. 1^{er} du Code civil : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit ».

cumulativement matériel, moral, corporel, un fait dommageable et un lien de causalité entre eux. Ici, il n'est aucun lien contractuel entre la victime du dommage, qui, on l'a vu, peut être par anthropomorphisme l'environnement⁷¹⁴, et son responsable. Un lien d'obligations, à tout le moins⁷¹⁵, visant à délester la victime de la charge réparatoire d'un fait auquel, de bonne foi, elle est étrangère. Elle constitue l'une des manifestations les plus larges de cette crise de croissance. En effet, outre de s'aligner sur l'état de solvabilité du fort économique exhorté à l'assurance⁷¹⁶ – l'objectif étant la maximisation de la garantie réparatoire –, elle confine à l'engagement potentiel de sa responsabilité sans faute – une responsabilité de droit commun en substance qui sourd de l'insuffisance du régime de responsabilité pour faute, somme toute, de son inaptitude à couvrir toute la surface réparatoire. L'hypertrophie se déduit de la dépersonnalisation de la faute voire de sa supplétivité, produit de son appréciation objective⁷¹⁷. Inversement, en *common law*, l'existence d'une faute reste symptomatique de l'issue réparatoire⁷¹⁸. Sur la responsabilité sans faute, on trouve notamment la responsabilité des commettants du fait de leur préposé⁷¹⁹, c'est-à-dire « un moyen d'attribuer à l'entreprise elle-même les risques que crée l'activité du préposé à son service »⁷²⁰ à condition qu'il y ait un lien de préposition entre commettant et préposé, un fait dommageable susceptible d'engager la responsabilité personnelle du commettant rattachable à la fonction du préposé⁷²¹. Cette responsabilité ne vise pas seulement à garantir la victime du dommage mais aussi et surtout le préposé privant le commettant de toute action récursoire en l'absence d'abus de fonction⁷²² – condition exonératoire de responsabilité du commettant. Le commettant, pris en tant

⁷¹⁴ Voir *supra* b- La reconnaissance d'un préjudice spécifique.

⁷¹⁵ Art. 1100-2, al. 2 du Code civil.

⁷¹⁶ Art. L. 211-18, II, b) du Code du tourisme : « Afin d'être immatriculées, (les agences de voyages) doivent justifier d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle ». Parenthèses ajoutées. V. notamment, DAGORNE-LABBE, Y. *Agence de voyages*, Répertoire de droit commercial, 2016, n° 26 à 29 ; M.-B. FONTAINE, « L'assurance de responsabilité civile des vendeurs de voyages et de séjours », *Tourisme & Droit*, n°88/2007, pp. 18-21 ; O. ROUGE, « Agents de voyages : L'assurance du risque touristique », *JT* n° 142/2012, pp. 44-47.

⁷¹⁷ « La faute s'est progressivement, mais en partie seulement, effacée devant la nécessité de la garantie des risques et pose avec acuité le problème de son coût et de son financement » E. DE GIVRY, « *La crise de la responsabilité civile* », AGUILA, Y. *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 246.

⁷¹⁸ « La responsabilité civile pour faute est restée normalement casuistique en droit anglais, dans le système des *torts* (...). On appelle *torts* les cas où un comportement oblige à une réparation envers la personne qui a eu à souffrir de ce comportement. La plupart des cas de *torts* reposent sur une faute (...) » LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, op. cit.*, n° 620, p. 379. Pour aller plus loin, v. KODILINYE, G. *Commonwealth caribbean Tort Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 2003, 481 p.

⁷¹⁹ Art. 1242 al. 5 du Code civil.

⁷²⁰ VINEY, G. ET JOURDAIN, P. *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1998, n° 808, p. 895.

⁷²¹ Le Tourneau, P., Guettier, C., Bloch, C., Giudicelli, A., Julien, J., Krajewski, D. et Poumarede, M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, op. cit.*, n° 2235.00 à 2235.192.

⁷²² « (...) le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions » Cass. Ass. Plén., 19 mai 1988, n° 87-82654, *Bull.* Y. LAMBERT-FAIVRE, « *L'abus de fonctions* », D., 1986, chron., 143 p. Pour une étude d'ensemble, v.

qu'« unité économique »⁷²³, devient le responsable direct d'un fait dommageable indirectement causé. Il en va autrement de la responsabilité des professionnels du fait ultérieurement dommageable de leurs produits. Ils disposeraient d'une « obligation de garantie »⁷²⁴. Si une exonération de responsabilité de la réalisation de ce risque a semblé l'issue logique, à l'instar de son appréhension dans le modèle *common law*⁷²⁵, l'intérêt supérieur des victimes a, sous certains angles, prévalu puisqu'il aurait été illogique, au regard de l'objet de la responsabilité civile, de faire la victime supporter seule les conséquences d'un dommage subi du fait du défaut de produits.

91. De la responsabilité pénale⁷²⁶. En France,

« le droit pénal impose, sous peine de sanctions, des normes à propos de tout, exercice de la profession, relations avec les salariés les clients, les fournisseurs et (...) les tiers, bref aucun aspect de l'activité économique n'échappe à une réglementation pénalement sanctionnée »⁷²⁷.

Il s'agit de l'obligation de répondre d'un fait générateur de responsabilité en lien avec son activité, parfois, mais pas exclusivement, constitutif d'une atteinte à l'ordre public pénalement

MANGEMATIN, C. *La faute de fonction en droit privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2012 (URL : <https://www.theses.fr/2012BOR40027.pdf>).

⁷²³ « Vue de cette façon, la règle de l'article 1384 alinéa 5 (*désormais 1242 alinéa 5*) ne vise donc pas le commettant en tant qu'individu. Elle le désigne à l'action des victimes parce qu'il représente l'unité économique qu'il dirige. Elle n'a d'ailleurs pas pour objet de sanctionner un comportement personnel, ses finalités consistant à désigner la personne chargée de prendre, pour le compte de l'entreprise, l'assurance destinée à protéger les tiers et d'inciter l'entreprise elle-même à une action de prévention » VINEY, G. ET JOURDAIN, P. *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 812, p. 905. Italiques ajoutés.

⁷²⁴ « (...) toute l'idée de réparation n'est pas absente, notamment s'agissant de garantie des vices cachés (*cf. c. civ.*, art. 1645). L'obligation de garantie peut alors se concevoir comme une obligation de fournir une chose exempte de vice que le Code civil estime si importante qu'il l'érige en obligation de garantie et qu'il fait supporter au vendeur comme si ce dernier devait assumer le souvenir de la propriété de la chose qu'il n'a plus : le vendeur garantit que la chose n'est pas viciée » MAINGUY, D. *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, Coll. « Cours », 2016, p. 175. *Conf. art. 1625 et s. du Code civil.*

⁷²⁵ Pour une étude d'ensemble, v. notamment, FENG, J. *Le droit des produits défectueux : une approche euro-américaine*, Thèse de doctorat, droit, Université de Perpignan, 2016.

⁷²⁶ C. MASCALA, M.-C. AMAUGER-LATTES, « *Les évolutions de la responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'entreprise* », in *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 291-304.

⁷²⁷ A. BRUNET, « *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise* », *Petites Affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 27. Il convient de préciser que si certaines infractions pénales concernent invariablement la plupart des professionnels – dirigeant de société commerciale ou d'entreprise individuelle –, c'est le cas de la banqueroute (AMBROISE-CASTEROT, C. *Droit pénal spécial et des affaires*, Issy-Les-Moulineaux, Gualino-Lextenso, 2016, pp. 419-436), la sanction pénale peut distinctement frapper les professionnels – les entreprises individuelles, dépourvues de personnalité morale, connaissent un risque pénal moins élevé contrairement aux sociétés commerciales : il en va ainsi de l'abus de biens sociaux (*id.*, 401-416 pp.), des infractions comptables (*id.*, pp. 389-400) notamment.

sanctionnée⁷²⁸. On retrouve ici les constantes du droit de la responsabilité : un dommage, un fait générateur ou « infraction professionnelle »⁷²⁹ et un lien de causalité.

Il est deux modes d'imputabilité de la responsabilité pénale économique : une responsabilité sans interface – la responsabilité directe du dirigeant⁷³⁰ de son fait personnel ou du fait d'autrui : les préposés, les salariés – et une responsabilité avec interface – la responsabilité directe de la personne morale⁷³¹ du fait d'autrui ou, éventuellement, de son fait personnel. Dans le premier cas, il est un principe d'individualisation de la responsabilité pénale⁷³². Ce dernier se voit limité par le déploiement de la responsabilité pénale du dirigeant dont l'engagement ne s'encombre pas des principes socles du droit pénal⁷³³ et ne requiert pas nécessairement la réalisation de sa faute personnelle⁷³⁴. Il s'agit là d'une responsabilité sans faute⁷³⁵ – une responsabilité du fait d'autrui –

⁷²⁸ « La responsabilité pénale repose d'abord sur sa finalité : sanctionner qui se rend coupable non pas d'une simple erreur de comportement, mais d'une transgression des règles essentielles admises par la société » DEMICHEL, A. « *Le droit pénal en marche arrière* », D., 1995, p. 213.

⁷²⁹ « (...) l'infraction professionnelle constitue toujours une faute professionnelle qui cause un résultat lui-même professionnel : une atteinte à l'ordre public professionnel » BENEJAT, M. *La responsabilité pénale professionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des Thèses », 2012, p. 29.

⁷³⁰ V. notamment, BENEJAT, M. *La responsabilité pénale professionnelle*, *id.*, pp. 233-296 ; GIBIRILA, D. *Responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, Paris, Editions Francis Lefebvre (Dossier/Thémexpress), 2015, 335 p. ; REINHARD, Y. *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Thèse de doctorat, droit, Université Lyon 3, 1974 ; M. DELMAS-MARTY, « *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur ?* », JCP, 1985, I, p. 3218 ; J. Y. LASSALLE, « *Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale* », JCP, 1993, I, p. 3695 ; P. LEVEL, « *La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite des agissements commis par son personnel* », JCP, 1960, I, p. 1559 ; C. MASCALA, « *Responsabilité pénale du chef d'entreprise* », Les Petites Affiches, 1996, n° 87 ; J. SALVAIRE, « *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui* », Revue de science criminelle, 1964, p. 313.

⁷³¹ v. BENEJAT, M. *La responsabilité pénale professionnelle*, *op. cit.*, pp. 297-324 ; EL SAYED, M. *Le problème de la responsabilité pénale des personnes morales*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1988 ; B. BOULOC, « *Regard sur l'actualité de la responsabilité pénale des personnes morales* », Lamy Droit des affaires, 2012, p. 10 ; « *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue Sociétés, 1993, p. 291 ; J. CONSIGLI, « *La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation* », Revue de Science criminelle, 2014, p. 297 ; J. COSTE, « *Responsabilité pénale et personnes morales* », tourisme & Droit, n° 102/2008, p. 47 ; C. MASCALA, « *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales* », Bull. Joly, 2006, p. 5 ; H. MATSOPOULOU, « *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue Sociétés, 2004, p. 283 ; L. SAENKO, « *De l'imputation par amputation, ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue de Droit pénal, 2009, Etude 14 ; J. TRICOT, « *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales, l'exemple français* », Revue de Science criminelle, 2012, p. 19.

⁷³² Art. 121-1 du Code pénal : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ».

⁷³³ Il s'agit des éléments légal, matériel et moral de l'infraction. P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « *La responsabilité pénale du dirigeant de la société in bonis* », in Dexant-de-Baillencourt, O. et Lapérou-Schneider, B. (Dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁷³⁴ En pratique, le juge pénal préférera rattacher la faute personnelle du préposé à une faute personnelle du dirigeant, fut-elle de négligence, pour l'engagement d'une responsabilité pénale du fait d'autrui. Ainsi, réduire l'écart annoncé avec l'exigence de l'article 121-1, précité.

⁷³⁵ « (...) si en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné (...) » Cass. Crim., 28 février 1956, n° 53-02879, Bull. Il en va ainsi, en matière d'infractions au Code de la route (Art. L. 121-1 du Code de la route) ; en droit du travail (Art. L. 4741-2 du Code du travail). v. B. LAPÉROU-SCHNEIDER, « *La responsabilité pénale du dirigeant et la réglementation du travail, une responsabilité renforcée* », *ibid.*, pp. 121-137 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « *La responsabilité*

exonérable par la preuve d'une délégation, motivée, de pouvoir au moment des faits incriminés⁷³⁶. Pire, cette responsabilité frôle l'absoluité par la reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité pénale du dirigeant du fait intentionnel d'autrui⁷³⁷. Dans le deuxième cas, il est un principe de collectivisation de la responsabilité pénale⁷³⁸ – la personne morale constitue, l'interface d'imputation des responsabilités⁷³⁹. Cette responsabilité n'est enclenchée que sur le fondement d'un acte fautif accompli dans l'intérêt de la société par le détenteur réel du pouvoir. Elle est non seulement, éventuellement, cumulable⁷⁴⁰ mais couvre également un champ très large d'infractions tel que les atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique⁷⁴¹, les atteintes à la dignité et à la personnalité⁷⁴², les appropriations frauduleuses⁷⁴³. En *common law*, ces cas de responsabilité pénale économique restent une exception⁷⁴⁴ sur le fondement qu'une peine ne saurait être infligée à celui qui n'aura commis aucune faute ni négligence. Pour se rendre coupable d'une infraction, la personne qui commet l'*actus reus* – l'acte coupable – doit, en principe, obligatoirement disposer du *mens rea* – l'intention criminelle. Ainsi, la responsabilité des personnes physiques ou morales en ce qu'elle a d'hypertrophique – le fait d'autrui – est majoritairement engagée sur un terrain indemnitaire – *vicarious liability*⁷⁴⁵ – tout en reprenant les canons civilistes tels que l'impériosité du

pénale du dirigeant de la société in bonis », *ibid.*, pp. 74-82. *Contra* A. LEGAL, « La responsabilité sans faute », in La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin, Paris, Cujas, 1963, p. 132.

⁷³⁶ « (...) le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires (...) » Cass. Crim., 11 mars 1993, n° 90-84931, *Bull. A. CŒURET*, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », *Droit social*, 1994, p. 629. V. notamment, A. CŒURET, « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, p. 12.

⁷³⁷ BONNARD, H. *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui*, Paris, PUF, 1978, 92 p.

⁷³⁸ Art. 121-2, al. 1^{er} du Code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

⁷³⁹ e.g. l'affaire LafargeHolcim. En juin 2017, une information judiciaire est ouverte à l'encontre du groupe LafargeHolcim pour « financement d'entreprise terroriste » (Art. 421-2-2 du Code pénal) et « mise en danger de la vie d'autrui » (Art. 223-1 du Code pénal), après qu'il a reconnu dans un communiqué, en mars 2017, avoir indirectement financé, en 2013 et 2014, des groupes armés syriens pour se maintenir en activité. Il n'en a pas toujours été ainsi. En cause, la virtualité des personnes morales. Il était difficilement concevable que ces dernières pussent être tenues pénalement pour responsables des actes commis par des personnes physiques. Mais elle sugit d'une perspective d'idéalisation de la répression.

⁷⁴⁰ Art. 121-2, al. 3 du Code pénal : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ». v. notamment, B. MERCADAL, « La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits », *RJDA*, 1994, p. 375.

⁷⁴¹ AMBROISE-CASTEROT, C. *Droit pénal spécial et des affaires*, *op. cit.*, pp. 45-105.

⁷⁴² *Id.*, pp. 167-206.

⁷⁴³ *Id.*, pp. 221-284.

⁷⁴⁴ LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, *op. cit.*, n° 741, p. 432 (sur la responsabilité pénale des personnes physiques du fait d'autrui) et n° 760, p. 449 (sur la responsabilité pénale des personnes morales du fait d'autrui).

⁷⁴⁵ KODILINYE, G., *Commonwealth caribbean Tort Law*, *op. cit.*, pp. 315-353.

cadre d'une mission accomplie pour le compte de son employeur – *the course of employment* – dans le cas de la responsabilité du dirigeant du fait d'autrui.

Cette interposition du droit entre la pleine efficacité économique et l'externalité qu'elle est susceptible de refléchir achève de caractériser le caractère exclusif du type civiliste français. Lequel se confirme, même du point de vue d'un droit placé au service de l'économie.

Chapitre 2. Du faux positif dans l'instrumentalisme du droit

92. Flexible droit ? On l'a vu, il arrive que le droit ne laisse que très peu de place à la libre expression économique ce qui se révèle, sous certains angles, préjudiciable à la satisfaction des volontés et nécessités économiques. Pourtant, il lui arrive de jouer un rôle de composition le plaçant variablement au service de l'économie. Alors, on pourrait imaginer que l'opérateur économique recouvre la plénitude de son pouvoir allocateur et initiateur ; une marge unilatérale de manœuvre. Cependant, dans un cas, le phénomène juridique, est simplement parallèle au phénomène économique en ce que, substantiellement, ils évoluent côte à côte sans nécessairement intersecter – le fait économique échapperait, partiellement ou totalement, à la prévoyance juridique (**Section 1**). Dans un autre cas, le phénomène économique, envahissant la sphère juridique, est une cause de son assouplissement⁷⁴⁶ rendu toutefois proportionné (**Section 2**). Dans les deux cas, le droit est, activement ou passivement, un instrument plus ou moins direct de marginalisation de l'intérêt privé.

Section 1. Le droit, serviteur rétif de l'économie touristique⁷⁴⁷.

93. Entre conceptions objective et subjective du service à l'économie. Idéalement, le droit se place volontairement au service de l'économie ; coexiste un intérêt supérieur du marché au nom duquel les acteurs économiques obtiennent à ce que le droit soit orienté dans un sens conforme à leurs intérêts. En réalité, il est une influence réciproque des domaines juridique et économique qui se termine, parfois, par l'échec du second devant faire face au galop d'une réglementation intuitive et pénétrante. Autrement dit, en l'état du droit positif, si le droit se place au service de l'économie, c'est à dessein. Il conserve, à cette occasion, dans une large mesure, sa forme impérative et contraignante accessoirement intégrative des nécessités économiques (**I**). La focalisation est externe. Dans son versant interne, il arrive que le droit soit légitimement interrogé

⁷⁴⁶ « (...) le système économique influe à la fois sur les normes et les procédures du système juridique qui change les méthodes du droit (...) » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 14.

⁷⁴⁷ Emprunt à Alex Jacquemin (A. JACQUEMIN, « *Le droit serviteur de l'économie* », RTD com., 1972, p. 292).

par la science économique laquelle prône un véritable ordre libéral construit sur les liberté et efficacité du marché⁷⁴⁸. Il emprunte à cette occasion une forme supplétive intégrative des nécessités économiques (II).

I. De la conception objective du service du droit à l'économie

94. **Un kaléidoscope.** Le système français s'emploie à se doter d'instruments variablement sécurisant aux cibles elles-mêmes variables localisant, dans une certaine mesure, les priorités du droit. Il arrive que ceux-là soient moins marqués par l'absolue nécessité et plus par une fonction, nécessaire, d'accompagnement de l'économie. Somme toute, un ensemble de règles complémentaires endossant un rôle versatile qui confine aux suppléance (A) et relative limitation (B), plus ou moins directes, de l'activité économique, ici du tourisme.

A – Un rôle passif : la suppléance des libertés économiques

95. Nous ne nous attacherons qu'à deux lieux d'expression de la fonction auxiliaire du droit en son caractère préventif des externalités d'économie : la valorisation du patrimoine, du folklore et des traditions – sujets du droit – (§1) et la sortie de la virtualité juridique du concept de compétence professionnelle (§2).

⁷⁴⁸ « C'est que la main invisible d'Adam Smith veut démontrer que les agents économiques peuvent se coordonner indépendamment du droit, et contribuer malgré tout à la construction du bien commun et à la satisfaction de l'intérêt général » DUSSART, M.-L., *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2015, p. 30, n° 35.

§1. La valorisation juridique partielle du patrimoine

96. **L'exception culturelle.** Il faut craindre la dissolution des spécificités d'île au nom d'une standardisation issue notamment des phénomènes de mondialisation, d'urbanisation, de production industrielle. La valorisation patrimoniale des Antilles françaises, recouvre la valorisation des patrimoines⁷⁴⁹ **culturel** – le folklore (le Carnaval, Noël, Pâques), le sport (le Tour des Yoles Rondes, la route du Rhum), la gastronomie (la cassave, les dombrés, le *blaff* de poissons, la sauce chien, le gratin de bananes), les arts musicaux et de la danse (le *Bèlè*, le *Gwoka*, la *Mazurka*, la *Biguine*), l'artisanat (le Rhum, le chapeau *bakoua*, le *madras*), les monuments architecturaux publics ou privés (phares, églises, vieux moulins, maisons, habitations, forts, bibliothèques, mémoriaux) – **et naturel** – les montagnes, les fonds marins, la forêt, la mangrove – dans leurs particularismes pour une inscription dans le temps et mouvementer par là même leur économie. La culture – terme générique visant ici les patrimoines culturel et naturel – doit être exceptée.

« (...) la culture, la vraie culture, relève plus de la procédure que des normes, c'est une manière d'appréhender la vie, une ouverture critique au monde, un élément fondamental du lien social. Or le marché ne permet pas d'assurer aux hommes une telle aptitude »⁷⁵⁰.

Il faut alors recourir à des dispositifs protecteurs objectifs, non dépourvus de facteurs limitant, permettant un accès plus ou moins direct à la visibilité. Une visibilité rendue toutefois difficilement accessible, particulièrement au niveau international lorsque l'interface d'imputation est nationale, par l'existence de vides juridiques. On a une insolubilité des difficultés résultant de la coexistence de cultures. C'est ainsi que la culture gastronomique antillaise se révèle dissoute, du point de vue international, dans celle de sa nationalité politique⁷⁵¹. Ou encore, en matière de valorisation du patrimoine naturel, que la Martinique échoue à faire élire la Montagne Pelée et les Pitons du Carbet

⁷⁴⁹ Art. L. 1, al. 1^{er} du Code du patrimoine : « *Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique* ».

⁷⁵⁰ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 163.

⁷⁵¹ L'exemple de l'inscription de la gastronomie française au patrimoine de l'humanité. L'expression « gastronomie française » ignore l'universalité de la République – la France et ses dépendances ultramarines – ; elle ne vise que la « République intranationale » selon l'expression employée de Thierry Michalon par opposition à la « République extranationale » (T. MICHALON, « *La République française, une fédération qui s'ignore ?* », RDP, 1982, p. 663)

en candidat de la France à l'inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO au profit du Phare de Cordouan en Gironde en 2019 et de « Nice, capitale du tourisme de riviera » en 2020.

97. Le classement ou l'inscription du patrimoine selon la nomenclature nationale.

Sur le patrimoine culturel. Le dispositif de protection du patrimoine mobilier et immobilier public ou privé aux Antilles françaises ressort des procédures de classement ou d'inscription partiel(le) ou total(e) comme monuments historiques. Le *classement* de meubles ou immeubles comme monument historique est conditionné à ce que leur conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public⁷⁵² à l'image du Fort Delgrès, des roches ornées précolombiennes en Guadeloupe. Ils ne sauraient faire l'objet de destruction, réparation, restauration notamment sans autorisation de l'autorité administrative⁷⁵³. Pour leur *inscription*, ceux-là doivent présenter un intérêt d'histoire ou d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation sans justifier une demande de classement immédiat au titre des monuments historiques⁷⁵⁴ comme l'illustrent le Château Aubéry, les pétroglyphes de Sainte-Luce en Martinique. Une autorisation administrative supplée, à l'instar du classement, leurs modification, destruction, réparation notamment⁷⁵⁵. Un nouveau classement au titre des sites patrimoniaux remarquables⁷⁵⁶ intègre le dispositif. Il remplace les secteurs sauvegardés, les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) et les aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine (AVAP). Il concerne les villes, villages ou quartiers dont la conservation, la restauration, la réhabilitation ou la mise en valeur présente, au point de vue historique, architectural, archéologique, artistique ou paysager, un intérêt public⁷⁵⁷ – certains sites des Antilles françaises sont en cours d'étude.

Sur le patrimoine naturel. L'inscription sur la liste des monuments naturels et des sites concernent les biens naturels dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général⁷⁵⁸. Elle n'est décidée qu'à l'issue d'une enquête publique préalable⁷⁵⁹. Dans le cas d'une inscription antérieure à la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, les biens

⁷⁵² Art. L. 621-1 à L. 621-22 et L. 622-1 à L. 622-19 du Code de patrimoine.

⁷⁵³ Art. L. 621-9, al. 1^{er} et L. 622-7, al. 1^{er} du Code de patrimoine.

⁷⁵⁴ Art. L. 621-25 à L. 621-29 et L. 622-20 à L. 622-23 du Code de patrimoine.

⁷⁵⁵ Art. L. 621-27, al. 1^{er} et 2 et L. 622-22 du Code de patrimoine.

⁷⁵⁶ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *JORF* n° 0158 du 8 juillet 2016, texte n° 1 et décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, *JORF* n° 0077 du 31 mars 2017, texte n° 86.

⁷⁵⁷ Art. L. 631-1 et s. du Code de patrimoine.

⁷⁵⁸ Art. L. 341-1, al. 1^{er} du Code de l'environnement.

⁷⁵⁹ Art. L. 341-1, al. 2 du Code de l'environnement.

font l'objet soit d'une mesure de classement, soit d'une sortie d'inscription, soit d'un maintien d'inscription⁷⁶⁰ comme l'ont été les Mornes de la Pointe de Diamant en Martinique. A l'instar des précédents développements, en situation de classement ou de simple inscription, on retrouve l'ombre administrative prévenant la dénaturation du patrimoine naturel⁷⁶¹. Qu'ils soient inscrits ou classés, les monuments bénéficient d'une protection au titre de leurs abords qui s'applique à tout immeuble, bâti ou non bâti situé dans un périmètre délimité par l'autorité administrative dans lequel les travaux sont soumis à autorisation préalable⁷⁶².

98. L'obstacle relatif de la propriété privée en matière d'inscription et de classement. Dans le cadre d'une propriété privée, la proposition de classement ou d'inscription n'émane pas toujours du propriétaire⁷⁶³ compte tenu des contraintes de la valorisation patrimoniale. La destruction, restauration ou réparation, la modification totale ou partielle, le droit d'aliénation du bien par la vente ou la libéralité est limité au devoir d'information du ministre chargé de la culture. Le pouvoir de refuser la valorisation, qui est une composante essentielle du droit de propriété, apparaît variablement dépouillé selon qu'il s'agira d'une mesure de classement ou d'une inscription de meubles ou d'immeubles – le consentement du propriétaire est, en principe, requis dans le cas d'un classement⁷⁶⁴ contrairement à l'inscription. Outre l'exercice d'un droit de propriété, il subsiste de nombreux écueils à l'optimalité de la valorisation patrimoniale parmi lesquels le coût de l'entretien et de la restauration. Lorsque les biens sont effectivement inscrits ou classés leur entretien, selon leur importance, est susceptible de générer des coûts exorbitants, aisément supportés par les plus fortunés, non contrepesés par une tolérance assurantielle certaine notamment. Par abstentionnisme étatique, les sociétés d'assurance exigent l'entretien d'un bien difficile à entretenir pour qu'il soit indemnisable favorisant ainsi le défaut d'entretien et de restauration de biens détenus par des « petits » irrésistiblement préjudiciable à l'actif patrimonial d'un territoire.

⁷⁶⁰ Art. L. 341-1-2 du Code de l'environnement.

⁷⁶¹ Art. L. 341-1, al. 3 et L. 341-10 du Code de l'environnement.

⁷⁶² Art. L. 621-30 et s. du Code du patrimoine.

⁷⁶³ Art. R. 621-2, al. 2 du Code du patrimoine : « L'initiative d'une proposition de classement d'immeuble peut également être prise par le ministre chargé de la culture ou par le préfet de région ». Art. R. 621-53 du Code du patrimoine : « L'initiative d'une proposition d'inscription d'immeuble peut également être prise par le ministre chargé de la culture, la Commission nationale du patrimoine et de l'architecture ou le préfet de région ».

⁷⁶⁴ Art. R. 621-5, al. 1^{er} du Code du patrimoine : « Le ministre ne peut prendre une décision de classement qu'au vu d'un dossier comportant l'accord du propriétaire sur cette mesure ». Art. R. 622-4, III du Code du patrimoine : « Le ministre ne peut classer un objet ou un ensemble historique mobilier n'appartenant pas à l'Etat ou créer une servitude de maintien dans les lieux qu'au vu d'un dossier contenant l'accord du propriétaire ».

99. L'exclusivité de l'initiative publique en l'absence de classement ou d'inscription.

Non conflictuel – en ce qu'il échappe à la sphère privée –, le patrimoine ni inscrit ni classé fait l'objet d'une protection alternative qui peut émaner du droit de l'urbanisme⁷⁶⁵ – droit dur – assurée notamment par les collectivités territoriales. Le rôle joué par les collectivités territoriales s'étend à l'attribution d'aides financières afin d'accompagner le processus de protection de bout en bout et à sa mise en valeur⁷⁶⁶. La protection peut aussi émaner d'un droit mou⁷⁶⁷, à fins d'identification, conservation, promotion, généré par une personne morale de droit privé à but non lucratif reconnue d'utilité publique : la « Fondation du patrimoine »⁷⁶⁸ coordonnée à l'échelon local ultramarin par un délégué interrégional bénévole.

100. Les vertus relatives du signe collectif. Il est un droit variablement mou – doté d'une force variablement contraignante –, selon son extraction – publique ou privée –, intervenant en réponse à la satisfaction, d'un site, d'un établissement, d'un produit notamment, à un « cahier des charges »⁷⁶⁹. L'attribution du signe collectif est conditionnée à la permanence et au respect partiel ou total de critères de qualité – services, hygiène, signalétique, infrastructures, sécurité, accessibilité, mode de fabrication notamment. La contrainte s'apprécie par le retrait du signe en cas d'insatisfaction à ces critères. Instrument de concurrence, il concourt non seulement à l'attractivité d'un territoire mais vise aussi, dans certains cas, à offrir une garantie de qualité à son titulaire et, par extension, au touriste consommateur. Il en va ainsi du label « Forêt d'exception »⁷⁷⁰, du label « Gîtes de France » notamment. La limite s'inscrit ici dans l'hétérogénéité de l'exigence qualitative – nous n'ignorons pas l'existence d'un marché du label particulièrement lucratif. On les distingue des signes de protection réglementaire tels que les *marques collectives de certification*⁷⁷¹. A titre

⁷⁶⁵ e.g. Art. L. 151-19 du Code de l'urbanisme : « Le règlement peut identifier et localiser les éléments de paysage et délimiter les quartiers, îlots, immeubles, espaces publics, monuments, sites et secteurs à protéger, à mettre en valeur ou à requalifier pour des motifs d'ordre culturel, historique ou architectural et définir, le cas échéant, les prescriptions de nature à assurer leur préservation. (...) ». Art. L. 121-23 du Code de l'urbanisme : « Les documents et décisions relatifs à la vocation des zones ou à l'occupation et à l'utilisation des sols préservent les espaces terrestres et marins, sites et paysages remarquables ou caractéristiques du patrimoine naturel et culturel du littoral, et les milieux nécessaires au maintien des équilibres biologiques. (...) ».

⁷⁶⁶ e.g. Art. L. 361-1 et s. du Code de l'environnement (à propos des itinéraires de randonnées). Art. L. 331-1 et s. du Code de l'environnement (à propos des parcs nationaux).

⁷⁶⁷ Art. L. 143-2, al. 6 du Code du patrimoine : « (La Fondation du patrimoine) peut attribuer un label au patrimoine non protégé et aux sites ». Parenthèses ajoutées.

⁷⁶⁸ Art. L. 143-1 à L. 143-15 du Code du patrimoine.

⁷⁶⁹ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 167.

⁷⁷⁰ Il est créé par l'Office national des forêts en 2008 dans l'objectif de valoriser le patrimoine forestier. v. la Charte nationale Forêt d'Exception.

⁷⁷¹ Art. L. 715-1, al. 2 et s. du Code de la propriété intellectuelle : « La marque collective de certification est appliquée au produit ou au service qui présente notamment, quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement » (Art. L. 715-1, al. 2).

d'exemples, les marques « Parc Naturel Régional »⁷⁷² (Martinique) et « Parc national de France »⁷⁷³ (Guadeloupe), la marque « patrimoine mondial »⁷⁷⁴ issue d'une sélection rigoureuse⁷⁷⁵, la marque « Agriculture biologique (AB) »⁷⁷⁶, le label « Architecture contemporaine remarquable »⁷⁷⁷, le label « Grand site de France »⁷⁷⁸, le label « patrimoine européen »⁷⁷⁹, attribué aux sites⁷⁸⁰, concourant à la réduction des distances entre les citoyens de l'Union européenne⁷⁸¹, le label « Entreprise du patrimoine vivant (EPV) »⁷⁸². D'autres signes collectifs de protection réglementaire à l'image de l'*appellation d'origine*⁷⁸³ – les labels AOC « Appellations d'origine contrôlée »⁷⁸⁴ et AOP « Appellations d'origine protégée »⁷⁸⁵ (le rhum agricole de la Martinique, alcool blanc, constitue la première AOC

⁷⁷² Art. L. 333-1 et s. du Code de l'environnement.

⁷⁷³ Art. L. 331-1 et s. du Code de l'environnement.

⁷⁷⁴ Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972 adoptée par l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco). La qualification de « patrimoine mondial de l'Unesco », portant indistinctement sur les biens culturels et naturels, offre une protection assurée directement en interne par l'Etat et les collectivités territoriales notamment (Art. L. 612-1, al. 1^{er} du Code du patrimoine). Le *Gwoka* de la Guadeloupe est inscrit depuis 2014 au patrimoine mondial de l'Unesco (URL : <https://ich.unesco.org/fr/RL/le-gwoka-musique-chants-danses-et-pratique-culturelle-representatifs-de-lidentite-guadeloupeenne-00991>). V. C. BORIES, « *La convention du patrimoine mondial, à l'aube de son 40^e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ?* », *Annuaire français de droit international*, 2010, pp. 139-165. J.-M. PONTIER, « *Loi LCAP : quels enjeux pour le tourisme ?* », *JT* n° 193/2017, p. 22.

⁷⁷⁵ Il convient de « *satisfaire à au moins un des dix critères de sélection pour figurer sur la Liste du patrimoine mondial* ». Sur les critères, v. site de l'UNESCO (URL : <http://whc.unesco.org/fr/criteres/>).

⁷⁷⁶ Art. L. 641-13 du Code rural et de la pêche maritime.

⁷⁷⁷ Art. L. 650-1, I, al. 1^{er} du Code du patrimoine. V. Décret n° 2017-433 du 28 mars 2017 relatif au label « Architecture contemporaine remarquable » pris en application de l'article L. 650-1 du code du patrimoine, *JORF* n° 0076 du 30 mars 2017, texte n° 51.

⁷⁷⁸ Art. L. 341-15-1, al. 1^{er} du Code de l'environnement.

⁷⁷⁹ Décision n° 1194/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant une action de l'Union européenne pour le label du patrimoine européen, *JOUE* n° L. 303 du 22 novembre 2011, pp. 1-9.

⁷⁸⁰ Art. 2§1 de la décision n° 1194/2011/UE, précitée.

⁷⁸¹ Art. 167§1 TFUE : « *L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* ».

⁷⁸² Décret n° 2006-595 du 23 mai 2006 relatif à l'attribution du label « entreprise du patrimoine vivant », *JORF* n° 121 du 25 mai 2006, p. 7788, texte n° 39. « Une marque de reconnaissance de l'État, mise en place pour distinguer des entreprises françaises aux savoir-faire artisanaux et industriels d'excellence » (URL : <http://www.patrimoine-vivant.com/fr/a-state-label>). **Nota bene** : La distillerie martiniquaise Neisson est la seule d'Outre-mer à en bénéficier.

⁷⁸³ Art. L. 431-1 du Code de la consommation : « *Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains* ».

⁷⁸⁴ L'Appellation d'origine contrôlée (AOC) vise le « produit dont les principales étapes de production sont réalisées selon un savoir-faire reconnu dans une même aire géographique, qui donne ses caractéristiques au produit » et « protège (*sa*) dénomination sur le territoire français. Elle constitue une étape vers l'AOP, désormais signe européen » (Source Inao). Art. L. 641-5 du Code rural et de la pêche maritime.

⁷⁸⁵ Il est l'homologue européen des AOC. Art. L. 641-10 du Code rural et de la pêche maritime. v. Règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, *JOUE* n° L. 343 du 14 décembre 2012, pp. 1-29 et règlement d'exécution (UE) n° 668/2014 de la Commission du 13 juin 2014 portant modalités d'application du règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, *JOUE* n° L. 179 du 19 juin 2014, pp. 36-61.

d'Outre-mer⁷⁸⁶) –, des *indications géographiques* – l'indication géographique protégeant les produits industriels et artisanaux (IGPIA)⁷⁸⁷ ; l'indication européenne géographique protégée (IGP) sur les produits agricoles et denrées alimentaires⁷⁸⁸. La limite confine ici à la consanguinité du label. L'immense majorité des signes collectifs « contractés » est d'origine interne ce qui se révèle insuffisamment promoteur pour les Antilles françaises qui, tournées vers l'extérieur, sont concurrencées par leurs homologues caribéens essentiellement et existentiellement internationaux.

§2. La juridicité du professionnalisme : entre inexpression et expression indirecte

101. La réponse juridique au professionnalisme déviant. En France, l'accès à la formation professionnelle n'est pas à la portée exclusive des détenteurs de la force économique. Il fait, pour une large part, l'objet d'une massification. On ne peut alors que s'étonner de l'erratisme du professionnalisme⁷⁸⁹, récuramment dénoncé, tout lieu de permanence touristique confondu, aux Antilles françaises. En réalité, ce manque, variable, de professionnalisme y apparaît plurifactoriel. Aucune règle de droit dur ou de droit mou ne saurait, à première vue, directement, y remédier. Le niveau de compétence d'une frange de la masse salariale en activité affectée au service touristique est notamment fonction d'une période éloignée transitoire au cours de laquelle il n'était exigé qu'un niveau élémentaire de formation. Ce déficit est aujourd'hui viabilisé par l'épiphénomène de la « *fuite des cerveaux* », par une *structure du droit* rendant difficile l'éviction d'un salarié défaillant⁷⁹⁰, par un *manque de diversité dans l'offre de formation* au tourisme, par une *faible maîtrise de la langue anglaise*, par un *rôle devenu quasi-facultatif de l'emploi* en France et plus spécifiquement aux Antilles françaises où la prise de conscience est empêchée par de bonnes conditions de vie qu'elles tiennent de leur nationalité politique et de leur contexte d'évolution. Somme toute, une rupture avec l'irrésistibilité

⁷⁸⁶ Décret n° 2014-1542 du 18 décembre 2014 relatif à l'appellation d'origine contrôlée « Rhum agricole Martinique », *JORF* n° 0294 du 20 décembre 2014, p. 21568, texte n° 51.

⁷⁸⁷ Art. L. 721-2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁷⁸⁸ *Confer* Règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, précité et règlement d'exécution (UE) n° 668/2014 de la Commission du 13 juin 2014 portant modalités d'application du règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, précité.

⁷⁸⁹ Capacité à l'extériorisation du savoir acquis de l'individu placé régulièrement en situation de travail.

⁷⁹⁰ Voir *supra* §1. Un droit subjectif au travail.

caribéenne. Dans le domaine du tourisme, les îles caribéennes extranationales font état d'un haut niveau de professionnalisme, accentué par leur maîtrise naturelle de la langue internationale, en étroit lien avec une urgence de l'emploi rendu précaire par les niveaux économiques et flexibilité du droit notamment.

Quelle réponse juridique ? *Sur la compétence relative des personnels en poste dans le cas de l'hôtellerie à titre d'exemple.* La loi a renforcé le dispositif relatif à la formation professionnelle continue⁷⁹¹. Il en va ainsi notamment de l'institution du compte personnel de formation (CPF)⁷⁹², du conseil en évolution professionnelle (CEP)⁷⁹³, du droit à l'orientation professionnelle⁷⁹⁴, de l'entretien professionnel périodique (EPP)⁷⁹⁵ même s'il subsiste, en pratique, une tendance inégalitaire à l'accès à la formation professionnelle au détriment du professionnel le moins qualifié⁷⁹⁶. Une application rigoureuse de ces dispositifs achèverait de réduire l'écart avec les niveaux de compétence standards. *Sur la fuite des cerveaux.* Si le droit ne dispose pas de moyens efficaces pour contraindre les cerveaux fuyants à revenir, il peut en revanche indirectement les y inciter. Il en va ainsi de la loi de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer⁷⁹⁷. Prosaïquement, si égalité réelle il y a, il n'y a plus de raison de fuir. *Sur la pauvreté de l'offre de formation au tourisme.* Le renforcement de l'offre de formation au tourisme apparaît notamment fonction de la diversification de l'initiative. Une initiative publique à l'image des perspectives d'intégration régionale prioritairement organisée par le droit – le projet de création d'un « Erasmus régional » pour les étudiants ultramarins⁷⁹⁸. Une initiative privée à l'image de la création d'une école de formation des managers de l'hôtellerie en Martinique⁷⁹⁹. *Sur l'incompétence linguistique.* En France, l'apprentissage de l'anglais continue d'être globalement optionnel⁸⁰⁰ ou tardif. Il peut apparaître surprenant que la pratique de l'anglais dans les métiers du tourisme – variable selon les degrés d'interaction – ne soit pas juridiquement

⁷⁹¹ Art. L. 6311-1, al. 1^{er} du Code du travail : « La formation professionnelle continue a pour objet de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle des travailleurs, de permettre leur maintien dans l'emploi, de favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle, de contribuer au développement économique et culturel, à la sécurisation des parcours professionnels et à leur promotion sociale ».

⁷⁹² Art. L. 6323-1 et s. du Code du travail.

⁷⁹³ Art. L. 6111-6 du Code du travail.

⁷⁹⁴ Art. L. 6111-3 du Code du travail.

⁷⁹⁵ Art. L. 6315-1 du Code du travail.

⁷⁹⁶ La notion d'accès à la formation professionnelle s'étend ici à la capacité d'en faire bon usage.

⁷⁹⁷ Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF n° 0051 du 1^{er} mars 2017, texte n° 1.

⁷⁹⁸ DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, Paris, Sénat, n°519, 2009, p. 204.

⁷⁹⁹ <https://la1ere.francetvinfo.fr/martinique/ecole-vatel-formation-cadres-hoteliers-bientot-operationnelle-martinique-789605.html>.

⁸⁰⁰ L'article 2, I, 3^o, al. 2 de l'arrêté du 6 avril 2017 relatif aux dispenses d'épreuves aux examens d'accès aux professions de conducteur de taxi et de conducteur de voiture de transport avec chauffeur fait référence à « l'épreuve optionnelle d'anglais », JORF n° 0083 du 7 avril 2017, texte n° 27.

contrainte à plus forte raison que l'amateurisme linguistique est porteur de sanctions sur le plan économique, en particulier dans le tourisme. Une tentative de remédiation est toutefois en cours⁸⁰¹. Enfin, *sur le caractère accessoire de l'emploi* ainsi que *sur la faible flexibilité du droit*. On ne saurait y pallier à moins de revenir, dans le premier cas, sur la notion d'Etat-providence ou, dans le deuxième cas, de figer l'alternance politique – la flexibilité du droit terrain de subjectivité politique oscille au gré des majorités politiques.

Somme toute, une réponse juridique insuffisamment pensée/dotée pour concurrencer durablement dans un espace régional captif.

102. Le rapport dominant-dominé : une question hors du droit ? Aux Antilles françaises, son ancrage est particulièrement fort, compte tenu d'une histoire, celle de l'asservissement d'une communauté, laissant ainsi la place à une confusion éculée du service et de la servitude⁸⁰² laquelle confine à l'hétérogénéité des niveaux de professionnalisme. Un mal pour le tourisme. Si ce rapport est assurément l'affaire de l'anthropologie, la sociologie voire la psychologie⁸⁰³, il semble distant du droit. On le pense à tort. C'est d'ailleurs tout le propos du droit économique. Tout en nous confirmant l'existence de grands – les pouvoirs privés économiques ou moins extrêmement le dirigeant de PME – et de petits – le « peuple économique » (les consommateurs, les salariés notamment) – sur le marché, il donne à voir des possibilités de synergie entre les divers sujets économiques bien que formellement, cette dernière n'ait pas vocation à résoudre, en toutes circonstances, le poids de la domination. Il convient alors de rappeler qu'en Occident, le modèle contemporain d'entreprise s'attache à objectiver le pouvoir au maximum – l'individu se détache de la fonction⁸⁰⁴ ce qui n'est pas sans rappeler le système légal-rationnel, mode de légitimation du pouvoir, théorisé par Max Weber dans *Economie et sociétés*⁸⁰⁵. Cela revient à affirmer que le pouvoir d'entreprise ne saurait être systématiquement conçu comme étant l'instrument d'une volonté

⁸⁰¹ En 2018, l'Académie de Martinique a lancé un dispositif expérimental « parcours anglais plus » (PA+) visant à doter les élèves (de la maternelle à la classe de terminale) d'« un niveau de compétence et de qualification indispensables à la recherche d'un emploi » (Source site de l'Académie de Martinique).

⁸⁰² J.-L. JAMARD, M. GIRAUD, « Travail et servitude dans l'imaginaire antillais Une littérature orale en question », in *L'Homme*, 1985, t. 25, n°96, pp. 77-96.

⁸⁰³ « Symbolisme dominant et symbolisme dominé », *Enquête*, 1, 1985 (<http://journals.openedition.org/enquete/38>).

⁸⁰⁴ *Contra* les « deux corps du roi » sous les régimes monarchiques.

⁸⁰⁵ Max Weber identifie trois modes de légitimation du pouvoir : la *domination traditionnelle* qui repose sur la « croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux appelés à exercer l'autorité par ces moyens » ; la *domination charismatique* qui repose sur « la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne ou encore d'ordres révélés ou émis par celle-ci » ; la *domination légale* qui repose sur « la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens » WEBER, M. *Economie et sociétés t.1, Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 2003, p. 289.

perverse où l'individu triompherait du dirigeant d'entreprise – une direction d'émotion. Tout cela exhorte le professionnel « dominé » à l'introduction d'un processus d'impersonnalisation. On assiste parfois au renversement du rapport de subordination comme en témoignent les récentes illustrations d'exercices des droits de retrait et de grève des conducteurs de passagers en Martinique conduisant à la paralysie non seulement de l'activité économique de l'entreprise, qui a vu sa concession de service public retirée⁸⁰⁶ par l'autorité de gestion des transports, mais aussi du poumon économique du territoire⁸⁰⁷. Par ailleurs, il nous faut rappeler que la notion de service se détache d'elle-même de celle de servitude puisqu'elle est au cœur du projet républicain. Les rapports économiques ne sont donc pas condamnés à s'observer sous le prisme exclusif d'une domination négative – il subsiste une part légitime, donc positive, de domination. Au surplus, dans l'éventualité de la manifestation d'une domination illégitime dans le cadre des relations clients-professionnels et professionnels-professionnels – à l'image des rapports commettant-préposés, fournisseur-distributeur notamment –, le droit fait écran. Il subsiste, pour le client/professionnel-vassal, la faculté de se retrancher derrière des éléments de droit objectif tels que la prohibition de la violence⁸⁰⁸, de la discrimination⁸⁰⁹, du harcèlement moral⁸¹⁰, des clauses abusives⁸¹¹ notamment, autrefois attributs de la servitude et de droit subjectif dérivant du consentement préalable au travail⁸¹² tels que le droit d'être rémunéré, le droit à la formation professionnelle notamment. En contractant, on consent à se mettre au service de son entreprise sinon, il n'en demeure pas moins honorable de se réserver la possibilité de ne pas contracter, ou, en cours de contrat, d'en envisager la rupture, cela visant à garantir l'accomplissement d'un service proportionné et sain.

103. Le classement hôtelier⁸¹³ : l'impact indirect d'un droit particulièrement mou sur le professionnalisme. Aux Antilles françaises, le classement hôtelier oscille entre 0 et 4 étoiles

⁸⁰⁶<http://www.martinique.franceantilles.mobi/actualite/social/la-cftu-debarquee-par-martinique-transport-500637.php?page=1>.

⁸⁰⁷<https://la1ere.francetvinfo.fr/martinique/blocage-bus-chauffeurs-appliquent-leur-droit-retrait-quand-650148.html>.

⁸⁰⁸ Art. 222-7 à 222-16-3 du Code pénal.

⁸⁰⁹ Art. 225-1 à 225-4 du Code pénal. V. notamment, P. CHARLETY, ET F. CONTENSOU, « *Droit, économie et discrimination* », Revue internationale de droit économique, vol. t. XXI, 4, n° 4, 2007, pp. 389-414.

⁸¹⁰ Art. 222-33-2 et s. du Code pénal. « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* » (Art. 222-33-2).

⁸¹¹ Art. L. 212-1 du Code de la consommation.

⁸¹² Le contrat de travail.

⁸¹³ Art. L. 311-6 et D. 311-4 à D. 311-11 du Code du tourisme.

« conformément » aux anciennes normes de classement⁸¹⁴. Il consiste en une stratification, à portée informative, de l'hébergement touristique – il pèse sur l'établissement, hôtelier notamment, une forte présomption d'adéquation des prestations proposées avec le nombre d'étoiles affiché. Pour autant, il fait montre d'imperfections. Tout d'abord, le caractère facultatif du classement⁸¹⁵. En outre d'exposer le touriste au défaut d'information, il encourage les effets d'aubaine. L'établissement hôtelier autrefois classé jouissant de la réputation acquise à l'occasion du précédent classement n'a alors plus à se soumettre à l'exigence de renouvellement quinquenal du classement⁸¹⁶ ce qui le soustrait tacitement à l'exigence de qualité liée. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'un établissement désormais non classé voie son classement précédent préservé par les sites de réservation et de comparaison des prix. Ensuite, le classement hôtelier ne semble avoir aucune incidence sur les prix – les tarifs d'un hôtel trois étoiles en Martinique et en Guadeloupe peuvent correspondre aux tarifs d'hôtels quatre étoiles à Paris, à New York ou à Tel-Aviv. Pourtant, il n'est pas l'unique pierre de touche du touriste qui se soucie de l'adéquation du prix et de l'étoile comparativement aux standards internationaux. Enfin, le classement hôtelier ignore les critères esthétiques qu'ils soient relatifs à l'extérieur – propre à l'architecture, l'aménagement de l'espace notamment – ou à l'intérieur – propre à l'architecture d'intérieur, le niveau de gamme du mobilier notamment. Il sanctionne essentiellement des éléments objectifs tels que l'état du mobilier et de l'immobilier, la surface disponible, les horaires, l'existence ou l'inexistence de pièces – bar, hall d'accueil notamment – ou matériels – distributeurs, télécommunication, télévision, coffre-fort notamment –⁸¹⁷. Toutefois, s'ils sont subjectifs, les critères esthétiques font partie intégrante des exigences de la clientèle qui dispose d'outils de comparaison internationalement réputés tels que les *resorts* des Bahamas, Hawaï, Bangkok, Bali. La refonte ou la modernisation du parc hôtelier des Antilles françaises fait d'ailleurs souvent l'objet des propositions des rapports émanant des institutions publiques⁸¹⁸. L'état actuel du dispositif relatif au classement hôtelier est propice à son durcissement – rendre le classement obligatoire, faire correspondre les tarifs pratiqués au niveau d'étoile affiché notamment. S'il n'emporte pas d'effet direct sur le professionnalisme en tant que

⁸¹⁴ Arrêté du 14 février 1986 fixant les normes et la procédure de classement des hôtels et des résidences de tourisme, *JORF* du 6 mars 1986, p. 3482.

⁸¹⁵ Art. L. 311-6, al. 1^{er} du Code du tourisme : « La décision de classement d'un hôtel est prise, sur demande de l'exploitant, par l'organisme mentionné à l'article L. 141-2 dans des conditions fixées par décret ». Sur 64 hôtels homologués en Martinique, 21 font l'objet d'un classement (Source Atout France).

⁸¹⁶ Art. L. 311-6, al. 1^{er} du Code du tourisme : « Ce classement est valable pour une durée de cinq ans ».

⁸¹⁷ Arrêté du 27 janvier 2016 modifiant l'arrêté du 23 décembre 2009 fixant les normes et la procédure de classement des hôtels de tourisme et l'arrêté du 3 octobre 2014 relatif à la « distinction Palace », *JORF* n° 0024 du 29 janvier 2016, texte n° 46.

⁸¹⁸ COUR DES COMPTES, *Le tourisme en outre-mer : un indispensable sursaut*, *op. cit.*

manifestation extérieure de la compétence professionnelle, il entraîne sa déconsidération par la clientèle – les touristes ne perçoivent pas toujours la satisfaction des établissements hôteliers à des critères objectifs arrêtés, ils se cantonnent souvent à une appréciation primitive tenant au prix, à l'esthétique des lieux notamment.

Le droit se présente comme un adjuvant économique. Sa contribution consiste en l'ajustement d'une capacité, préexistante, à l'auto-régulation de la sphère privée. Mais, il arrive que l'accompagnement de la sphère privée ne constitue pas toujours l'une de ses priorités. Il se présente alors comme restrictif.

B – Un rôle actif : la limitation des libertés économiques

104. Nous ne nous attacherons qu'à deux lieux d'expression de la fonction auxiliaire du droit en son caractère limitatif des effets économiques : la variable nécessité d'esthétique publique (§1) et les exigences d'une éthique du tourisme (§2).

§1. L'esthétisation de l'espace : une abstraction juridique relative

105. Cadrage. En outre de l'« inattractivité urbanistique » des Antilles françaises⁸¹⁹, certains touristes étrangers notent un écart particulièrement important entre l'image de la France d'Outre-mer et une image, somme toute d'Epinal, de la France hexagonale. Cet écart pourrait aisément être réduit d'abord par pur réalisme – histoire de la construction, contexte d'évolution notamment. Ensuite, par le comblement de la marge d'actions à entreprendre sans pour autant confiner à

⁸¹⁹ Le Conseil économique et social déplorait l'inattractivité urbanistique de la Martinique et la Guadeloupe, dotées pourtant d'une matière brute particulièrement riche, les rendant interchangeables – en outre d'apparaître faiblement concurrentielles quant aux prix exorbitants qu'elles pratiquent notamment, les Antilles françaises sont invisibles dans le décor caribéen, les autres îles étant dotées d'atouts similaires (plages, soleil, cocotiers) : « Le Conseil économique et social suggère que cette identité soit traduite dans un « cahier des charges » élaboré par un groupe de travail réunissant, sur chaque territoire, des historiens, des hommes de l'art (artisan, architectes locaux...) et des professionnels du tourisme » FELZINES, C., *Le tourisme, perspective d'avenir de l'outre-mer français*, *op. cit.*, p. 41.

l'homogénéisation des paysages. Au surplus, même si les temps de l'action publique et ceux de l'action privée doivent être différenciés, on ne saurait ignorer leur intrication en termes d'incitation au tourisme – l'ineffectivité de l'une constituant un frein pour l'autre. Si l'on prend pour échantillon la ville-centre de Fort-de-France, elle se caractérise par une voirie modestement entretenue ou carencée⁸²⁰ et un nombre important de logements dégradés ou abandonnés, de dents creuses, de squats, de mitages aux causes composites. Elles tiennent non seulement, nous l'avons évoqué, à l'histoire de la construction de la ville et à une réalité socio-économique sclérosante⁸²¹ mais aussi à la pondération du droit et sa pratique.

106. Les conditions juridiques de l'esthétique publique. Le projet d'embellissement urbain ne pose aucune réelle difficulté lorsqu'il porte, à titre exclusif, sur des biens publics – il relève de la discrétion exclusive de l'autorité publique⁸²². Cependant, il arrive qu'il entre en conflit ouvert avec la sphère privée en particulier lorsqu'il fait exception à l'absolutisme du droit de propriété. Dans ce cas, les barrières – les dents creuses, squats, l'habitat insalubre, l'étroitesse de la voie publique notamment – à l'exercice paisible des libertés économiques⁸²³ peinent à être levées. Il y a lieu de distinguer deux situations : l'une potentiellement litigieuse, l'autre non susceptible de litige.

Lorsque l'action d'amélioration est susceptible de litiges. C'est le cas notamment de l'expropriation – l'acquisition de biens par l'Administration afin de satisfaire à une mission d'intérêt général. Elle suppose l'existence d'une cause d'utilité publique⁸²⁴. Il s'agira de déterminer si le projet d'amélioration est suffisamment causé pour être générateur d'expropriation. S'il est un lien de causalité manifeste entre les nécessités urbaines – la sortie de l'insalubrité, de l'indignité, de la ghettoïsation notamment – et leur finalité esthétique, profitable au tourisme, l'action d'amélioration apparaîtra suffisamment causée pour être d'utilité publique. A défaut, elle ne revêtira qu'un caractère optionnel. Dans ce cas, le bien n'est pas expropriable. Le recours à l'expropriation est, en réalité, limité. En droit, la loi exige une *juste et préalable indemnité*⁸²⁵ et en pratique puisqu'elle constitue

⁸²⁰ e.g. la rareté de toilettes publiques.

⁸²¹ Contrat de ville de Fort-de-France 2015-2020, p. 9. V. notamment, R. PAQUETTE, « Une cité planifiée et une cité spontanée (Fort-de-France, Martinique) », Cahiers de géographie du Québec, vol. 13, n° 29, 1969, pp. 169-186.

⁸²² e.g. Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

⁸²³ Le cas d'un restaurant mitoyen à un logement dégradé en centre-ville.

⁸²⁴ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) du 26 août 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » et art. 545 du Code civil : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ». Pour une étude d'ensemble, v. HOSTIOU, R. ET STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption. Aménagement, Urbanisme, Environnement*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 21-342.

⁸²⁵ Art. 17 DDHC et 545 du Code civil.

une charge financière trop importante pour les collectivités. Il en va également de l'abandon de biens. Sa résolution est, dans le fond, assez simple. S'agissant des biens sans maîtres :

« Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés »⁸²⁶.

Mais, cela suppose l'existence de causes cumulatives, personnelle et temporelle, comme l'illustre la non manifestation de successible d'une succession ouverte depuis plus de trente ans⁸²⁷. En s'appropriant le bien, la commune le réaffecte à un objectif plus noble épurant ainsi le paysage. C'est autrement le cas des successions vacantes⁸²⁸. Elles présentent la particularité de n'être réclamées par personne, même pas par l'Etat. Le juge les place alors sous la curatelle de l'autorité administrative chargée du domaine⁸²⁹. C'est enfin le cas des successions en déshérence⁸³⁰. Le juge prononce un jugement d'envoi en possession de l'Etat⁸³¹. Dans ces trois derniers cas, l'écoulement d'un temps non négligeable préalable à toute action, dont ne disposent pas toujours les opérateurs économiques, victimes par ricochet, pour l'épanouissement de leur activité, est fondamental.

Lorsque l'action d'embellissement est insusceptible de litiges. Il est une priorisation de l'action publique. Les autorités publiques, corrélativement au degré d'extrémité des situations, prescrivent des mesures préventives ou réparatoires⁸³² ou octroient l'attribution d'aides à la rénovation à l'image des dispositifs de rénovation urbaine et de l'habitat tels que l'opération programmée d'amélioration de l'habitat (OPAH), le projet de résorption de l'habitat insalubre (RHI)⁸³³ au détriment de situations moins extrêmes. En réalité, s'il incombe au propriétaire privé d'entretenir son bien – l'exemple du dispositif portant sur l'obligation de ravalement de façade⁸³⁴ –, il n'y est contraint que rarement. L'explication tient au fait que le politique altruiste ne souhaite pas grever davantage ses administrés et le politique astucieux ne souhaite pas écorner son image et compromettre, par là

⁸²⁶ Art. 713 du Code civil. V. notamment, Art. L. 1123-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques et L. 2243-1 et s. du Code général des collectivités territoriales.

⁸²⁷ Art. L. 1123-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁸²⁸ Art. 809 du Code civil : « *La succession est vacante : 1° Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu ; 2° Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ; 3° Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse.* ».

⁸²⁹ Art. 809-1 et s. du Code civil.

⁸³⁰ « Etat d'une succession qui, à défaut de tout héritier acceptant (appelé par la loi ou par testament), est dévolue à l'Etat » CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 336.

⁸³¹ Art. 811 et s. du Code civil. Il s'agit d'une « décision (*judiciaire*) autorisant l'Etat à appréhender les biens d'une personne décédée sans héritier légal ou testamentaire » *Id.*, p. 408. Parenthèses ajoutées.

⁸³² Art. L. 511-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation.

⁸³³ http://www.martinique.developpement-durable.gouv.fr/l-agence-nationale-d-amelioration-de-l-habitat-a181.html#sommaire_18.

⁸³⁴ Art. L. 132-1 à L. 132-5 du Code de la construction et de l'habitation. « *Les façades des immeubles doivent être constamment tenues en bon état de propreté* » (Art. L. 132-1, al. 1^{er}).

même, ses chances de réélection. Pour autant, tout détail aussi faible soit-il sur l'échelle des priorités de l'action publique requiert une attention particulière à plus forte raison en matière de tourisme. Ainsi, le soin de l'interface, que constitue le centre-ville de Fort-de-France, premier contact avec l'île pour le touriste de croisière notamment et souvent l'unique compte tenu de la cherté des excursions, est d'impérieuse nécessité si l'on cherche à ce qu'il revienne et en nombre.

107. L'indivision ou le gel du foncier⁸³⁵. Elle est, aux Antilles françaises⁸³⁶, une source de difficultés, récurrentes, en chaîne : l'enlaidissement des paysages urbain et rural par l'état de délabrement des biens immobiliers entraîne un abaissement de la cote par quartier, du niveau de vie, du niveau de fréquentation, du niveau de salubrité, une augmentation de la délinquance. Elle concerne 40 % du bâti de l'île de la Martinique – 46 % à Fort-de-France⁸³⁷. Les effets sur le tourisme sont évidents et retentissants. Si les causes de cette situation sont plurielles⁸³⁸, elle est la conséquence directe d'une totale absence de gestion des biens indivis comme il incombe aux indivisaires. Des mesures ont donc été récemment adoptées afin de tenter d'y remédier. Le *statu quo ante* la loi visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer⁸³⁹, requérait, pour toutes les successions indépendamment de l'ancienneté de leur ouverture et de leur situation géographique, pour leur gestion, soit la majorité des 2/3 – dans le cadre d'une exploitation normale des biens indivis soit pour l'accomplissement d'actes de conservation et d'administration⁸⁴⁰ –, soit l'unanimité – dans le cadre d'une exploitation anormale des biens indivis soit pour l'accomplissement d'actes de disposition autres que la vente de meubles indivis⁸⁴¹. Aucune des procédures spéciales prévues par la loi ne trouvaient à s'appliquer pour une résolution globale de l'indivision outre-mer⁸⁴². Désormais, avec l'article 1^{er} de ladite loi, sous certaines conditions,

⁸³⁵ Art. 815 à 815-18 du Code civil. « Situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition) » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 541. v. TERRE, F., SIMLER, P., *Les biens*, *op. cit.*, pp. 442-501.

⁸³⁶ LETCHIMY S. *Rapport sur la proposition de loi visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer*, Paris, Assemblée nationale, n° 475, 2018 ; MOHAMED SOILHI, T., *Rapport d'information sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 721, 2016, pp. 19-34.

⁸³⁷ Source Cadastre.

⁸³⁸ *Exempli gratia* coût des droits de mutation et de succession, mésentente familiale, protection du patrimoine, difficulté à la reconstitution des titres de propriété.

⁸³⁹ Loi n° 2018-1244 du 27 décembre 2018 visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer, *JORF* n° 0300 du 28 décembre 2018, texte n° 1.

⁸⁴⁰ Art. 815-3, al. 1^{er} du Code civil.

⁸⁴¹ Art. 815-3, al. 3 du Code civil.

⁸⁴² Rapport du député Serge Letchimy, *op. cit.*, pp. 13-16.

l'unanimité des indivisaires pour l'accomplissement d'actes de disposition n'est plus obligatoire, la simple majorité absolue, soit la moitié des indivisaires plus un, suffit :

« Dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, pour toute succession ouverte depuis plus de dix ans, le ou les indivisaires titulaires de plus de la moitié en pleine propriété des droits indivis peuvent procéder, devant le notaire de leur choix, à la vente ou au partage des biens immobiliers indivis situés sur le territoire desdites collectivités ».

Pour autant, si l'avancée est certaine, elle fait montre d'une certaine pusillanimité – elle se heurte notamment à l'involonté d'aliénation patrimoniale des indivisaires ou encore aux difficultés relevant de leur identification ou de leur capacité.

108. L'obstacle de l'accès à la propriété des occupants sans titres dans la zone des « 50 pas géométriques ». Certains quartiers de Fort-de-France, sur le littoral notamment, donnent à voir une anarchie de la construction laissant une impression de laideur. Elle tient de l'investissement de ces zones par un pourcentage élevé de populations indigentes aux motifs pluriels tels que la concentration historique des habitants autour de la ville, l'aspiration à la construction individuelle, la rareté contemporaine du foncier disponible. Pour autant, nombre de ces constructions sont illégales. On parle d'occupants sans titres⁸⁴³ – la détention d'un droit de propriété s'accompagne, en principe, de la détention effective d'un moyen de preuve, généralement un titre⁸⁴⁴. Il est organisé une cession à titre onéreux aux personnes ayant édifié des constructions dans la zone des « 50 pas géométriques »⁸⁴⁵. Une mesure compromissive visant à simplifier une situation juridique complexe – plutôt que de favoriser l'introduction de procédures d'expulsion comme le prévoient les textes⁸⁴⁶, le législateur a fait le choix de l'émotion en transigeant par la légalisation de situations illégales à la source. S'il peut apparaître choquant d'évincer des familles établies depuis de nombreuses années, il peut également apparaître choquant d'affréter le droit sur fond d'illicéité tout en portant une atteinte on ne peut plus manifeste au droit de propriété publique.

⁸⁴³ Sur cette question, v. THIERRY, M. *L'occupation sans titre du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université de Bourgogne, 2019.

⁸⁴⁴ « (...) les modes de preuves de la propriété immobilière (*sont*) libres (...) » Cass. civ., 3^e, 20 juillet 1988, n° 87-10998, *Bull.* ; il est commun d'opposer la détention d'un titre de propriété (acte de vente, donation, testament notamment) mais il n'emporte qu'une présomption de propriété qui peut être combattue par la preuve du contraire.

⁸⁴⁵ Art. L. 5112-6 du Code de la propriété des personnes publiques. A ce propos, v. notamment, LOUIS-SIDNEY, M. *Régularisation foncière de l'occupation sans titre de la propriété des personnes publiques dans les collectivités territoriales de l'article 73 de la Constitution*, *op. cit.*

⁸⁴⁶ Art. L. 411-1 et s. du Code des procédures civiles d'exécution.

§2. L'éthisation contrainte du tourisme : l'exemple de la pénalisation de l'acte prostitutionnel

109. Définition. Lorsque, dans les motivations touristiques, la part du sexe est importante, on parle communément de tourisme sexuel. Le tourisme sexuel⁸⁴⁷ est le produit de la jonction de l'industrie du tourisme et de l'industrie du sexe dont la prostitution⁸⁴⁸ est une figure essentielle. Il recouvre de nombreuses dimensions proportionnelles à l'étendue des orientations et pratiques sexuelles existantes. Il est alimenté par un sentiment de liberté totale du voyageur, de toute puissance économique et, inévitablement, d'irresponsabilité conforté notamment par un sexe facile, peu cher dans un environnement parfois sous-développé, potentiellement éducativement et/ou politiquement et/ou institutionnellement carencé. C'est une activité majoritairement transgressive⁸⁴⁹, ce qui encourage à sa clandestinité la rendant, par là même, difficilement quantifiable et risquée. Un risque d'exposition aux infections et maladies sexuellement transmissibles⁸⁵⁰, aux maladies psychiatriques dues à la maximisation de la violence, l'isolement social, la misère. Un risque d'amplification de la criminalité⁸⁵¹. Pour autant, entretenir des relations sexuelles dans le cadre de voyages à l'étranger n'est pas en soi illégal. Il convient alors de déterminer

⁸⁴⁷ Pour aller plus loin, v. BRENNAN, D., *What's Love Got to Do with It ? Transnational Desires and Sex Tourism in the Dominican Republic (Latin America Otherwise : Languages, Empires, Nations)*, Durham and London, Duke University Press, 2004, 296 p. ; KEMPADOO, K. (Ed.), *Sun, sex, and gold : tourism and sex work in the Caribbean*, Lanham, Md, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, 356 p. ; PADILLA, M. *Caribbean pleasure industry : tourism, sexuality, and AIDS in the Dominican Republic*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, 312 p. ; B. BAUCHOT, H. PAILLARD, C. CHEMARIN MAISONNEUVE, E. LLOP ET C. BARTOLI, « *Lutte contre le tourisme sexuel* », *tourisme&Droit*, n° 105/2009, pp. 14-31 (Dossier) ; E. JAURAND ET S. LEROY, « *Tourisme sexuel : clone maudit du tourisme ou plénonasme ?* », *Mondes tourisme*, n° 3, juin 2011, pp. 53-65 ; J. J. LÉVY ET L.-R. FRIGAULT, « *Le tourisme sexuel : enjeux éthiques* », *Éthique publique*, vol. 5, n° 2, 2003 (URL : <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2085>) ; D. PRUITT ET S. LAFONT, « *For Love and Money : Romance Tourism in Jamaica* », *Annals of Tourism Research*, vol. 22, 1995, pp. 422-440 ; Shared Hope International, *Demand. A comparative examination of Sex Tourism and trafficking in Jamaica, Japan, the Netherlands and the United States*, 2012 cf. URL: <http://sharedhope.org/wp-content/uploads/2012/09/DEMAND.pdf> sur la Jamaïque v. pp. 23-43.

⁸⁴⁸ « (...) la prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui » *Cass. crim.*, 27 mars 1996, n° 95-82016, *Bull.* Italiques ajoutées. J. LECAME, « *Le statut juridique des personnes prostituées en France* », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, pp. 103-116.

⁸⁴⁹ « (*le tourisme sexuel*) se heurte en effet, malgré la réprobation morale dont il fait ouvertement l'objet, à une libéralisation permissive des mœurs qui met en cause les valeurs et les droits fondamentaux de la personne humaine, des enfants et des mineurs notamment, en termes de dignité morale comme d'intégrité physique, et les exigences élémentaires de leur reconnaissance, de leur respect et de leur sanction, pénale en particulier » BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, *op. cit.*, p. 51, n° 2.75.

⁸⁵⁰ MAURER, M., *Tourisme, prostitution, sida*, Paris, L'Harmattan, 1992, 182 p. ; J. J. LEVY ET E. LACOMBE, « *Le tourisme sexuel : ses plaisirs et ses dangers* », *Téoros*, 22-1, 2003, pp. 4-9 ; P. NOSSA, P. MALTA, M. CRUZ ET J. CORREIA, « *AIDS and Tourism in a Sun, Sand and Sea Tourist Destination : The Portuguese Case* », *International Conference on AIDS*, vol. 10, août 1994, p. 443 ; R. RODRIGUEZ-GARCIA, « *The Health-Development Link : Travel as a Public Health Issue* », *Journal of Community Health*, vol. 26, 2001, pp. 93-112.

⁸⁵¹ POULIN R., *La mondialisation des industries du sexe : prostitution, pornographie, traite des femmes et des enfants*, Paris, Imago, 2005, 95 p.

le moment précis où cette réalité cesse d'être légale⁸⁵². La position du curseur varie d'un pays à l'autre.

110. Le néo-abolitionnisme français : l'inversion de la charge pénale. Il consiste en une tolérance active d'un système prostitutionnel non déviant. En effet, avant la loi du 13 avril 2016⁸⁵³, l'abolitionnisme français se caractérisait par sa tolérance passive⁸⁵⁴. Aujourd'hui, durcissant sa position, le législateur pose la prohibition de l'achat d'un acte sexuel⁸⁵⁵. La conclusion d'un tel contrat⁸⁵⁶, en outre d'être déclarée illicite⁸⁵⁷ et indue⁸⁵⁸, est désormais *contra legem*. Cette prise de position sentenciant l'immoralité de la passation du contrat de prostitution et le consentement de

⁸⁵² MICHEL, F. *Voyage au bout du sexe : trafics et tourisms sexuels en Asie et ailleurs*, Sainte-Foy, PU Laval, 2007, 372 p.

⁸⁵³ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, *JORF* n° 0088 du 14 avril 2016, texte n° 1.

⁸⁵⁴ « La politique abolitionniste tolère la prostitution mais interdit le proxénétisme. Les prostitué(e)s et les clients ont le droit de nouer des relations sexuelles mercantiles sous réserve de ne pas compromettre l'ordre public. Les débordements que l'activité prostitutionnelle peut engendrer sur la voie publique sont donc réprimés par le biais de deux infractions : l'exhibitionnisme et le racolage » *versus* « La politique réglemmentariste (*qui*) organise le secteur prostitutionnel. Les prostitué(e)s et les entremetteurs doivent exercer leur activité dans le cadre défini par l'administration. Chaque espace où se déroule l'activité prostitutionnelle, selon qu'il se situe 'outdoor' (à l'extérieur : l'espace public) ou 'indoor' (à l'intérieur : les espaces privés ouverts au public), est soumis à des règles spécifiques qui visent à garantir l'ordre et la santé publics menacés par la prostitution, ce 'mal nécessaire' » MAUGERE, A. *Les politiques de la prostitution du Moyen-Âge au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2009, pp. 2-3. Sur la politique abolitionniste, pour aller plus loin, v. *Id.*, pp. 155-210.

⁸⁵⁵ Art. 611-1, al. 1^{er} du Code pénal : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe* ». Les clients ayant recours à la prostitution risquent désormais une amende de 1500 euros (Art. 131-13, 5^o du Code pénal) portée à 3750 euros en récidive assortie d'une obligation d'accomplir à ses frais un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels (Art. 131-16, 9^o bis du Code pénal) et/ou d'une peine de travail d'intérêt général pour une durée de 20 à 25 heures (Art. 131-17, al. 2 du Code pénal). Lorsque la personne prostituée est mineure pour présente un état de vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, un handicap ou un état de grossesse, le client qui sollicite, accepte ou obtient en échange de rémunération ou d'une promesse de rémunération ou de la fourniture d'un avantage en nature notamment des relations de nature sexuelles est condamnable par trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (Art. 225-12-1, al. 2 du Code pénal). Une peine pouvant être portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ou lorsque le client se rend coupable d'abuser de l'autorité que lui confère ses fonctions notamment (Art. 225-12-2, al. 1 du Code pénal), à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque la personne prostituée est atteinte de minorité (Art. 225-12-2, al. 2 du Code pénal).

⁸⁵⁶ Nous rappelons que la prostitution est l'activité d'une « (*personne*) qui consent habituellement à des rapports sexuels avec un nombre indéterminé d'individus moyennant rémunération » Art. 1^{er} du décret n° 47-2253 du 5 novembre 1947 application de la loi 46795 du 24 avril 1946 (institution d'un fichier sanitaire et social de la prostitution), *JORF* du 23 novembre 1947, p. 11585. Parenthèses ajoutées. v. notamment, J. DANET, « *Le contrat de prostitution, un échange tabou* », Revue Cahiers de recherche sociologique, Université de Québec, n° 43, janvier 2007, pp. 109-121.

⁸⁵⁷ « (...) pour déclarer le contrat illicite sans que l'activité ne soit pénalement incriminée, le droit civil n'a d'autre appui que l'article 6 du Code civil qui dit qu'on ne peut "déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs" et c'est en effet sous le visa de cet article que l'on retrouve quelques décisions déclarant nulles "les conventions ayant pour objet des relations sexuelles hors mariage" » J. DANET, « *Economie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle* », in « Humanisme et Justice », Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Paris, Dalloz, 2016, p. 489.

⁸⁵⁸ « (...) le droit ne lui reconnaît aucune existence ni en termes de droit civil, commercial ou de droit de la consommation, ni en termes de droits sociaux. Seul le fisc reconnaît la nature de revenus imposables aux sommes qui en proviennent » *Id.*

toute façon vicié de la personne prostituée, apparaît labile et fallacieuse. Elle repose sur une définition subjective du concept de dignité variable selon les alternances politiques majoritaires et s'attaque subrepticement – l'abrogation du délit de racolage, l'absence de remise en cause de la prostitution en elle-même tout en pénalisant l'acheteur de prestation sexuelle – à la liberté sexuelle et au droit de disposer de son corps⁸⁵⁹. Et pour cause, une attaque frontale ferait courir un risque de censure de la loi par le Conseil constitutionnel et porterait requalification de la perception de la personne prostituée en France où elle fait l'objet d'une victimisation l'exceptant de toute qualification pénale⁸⁶⁰ et générant des mesures à caractère prophylactique⁸⁶¹.

111. Une orientation éthique⁸⁶². En France, il existe différents volets de pénalisation en réponse à une exigence éthique fondamentale basée sur les consensualisme et non-exploitation⁸⁶³ parmi lesquels le client⁸⁶⁴ mais aussi la traite d'êtres humains⁸⁶⁵, le proxénétisme⁸⁶⁶, la vulnérabilité et la minorité⁸⁶⁷. Ces dernières constituent des circonstances aggravantes – l'exemple d'une

⁸⁵⁹ « Le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut, dès lors qu'il existe des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité », CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, pt. 84. J.-P. MARGUENAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 49, 2009, pp. 19-27.

⁸⁶⁰ « À partir du moment où la personne prostituée est considérée comme une victime, elle doit être totalement exclue du champ répressif. En d'autres termes, le fait de se prostituer doit être dépénalisé et l'incrimination de racolage doit disparaître, ainsi que la contrainte par corps dans les pays où elle existe » OUVRARD, L., *La prostitution : analyse juridique et choix de politique criminelle*, Paris ; Montréal, L'Harmattan, 2000, pp. 206-207.

⁸⁶¹ E.g. la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, précitée ; le décret n° 2016-1467 du 28 octobre 2016 relatif au parcours de sortie de la prostitution et d'insertion sociale et professionnelle et à l'agrément des associations participant à son élaboration et à sa mise en œuvre, JORF n° 0254 du 30 octobre 2016, texte.

⁸⁶² Sur la distinction entre éthique et morale : « (...) (*la morale*) règle la conduite humaine, (...) elle établit des obligations et des droits, c'est-à-dire qu'elle pose autoritairement des normes ; alors qu'en vérité l'éthique ne peut faire autre chose que connaître et analyser les normes morales posées par une autorité morale ou nées par voie de coutume » KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J. (traduit par Charles Eisenmann), 1999, p. 66. Italiques ajoutés. Sur le rapprochement de l'éthique de la morale, v. notamment FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 157.

⁸⁶³ « (...) tout comportement qui remet en question le bien-être ou la dignité d'une personne va à l'encontre d'une règle éthique fondamentale. Dans le champ sexuel, deux principes en découlent : le premier est celui du *consentement mutuel* – qui se fonde sur un consentement volontaire et une information adéquate –, le second, celui de la *non-exploitation*, qui exige que l'interaction sexuelle ne soit pas profitable seulement à l'un des partenaires » J. J. LEVY ET L.-R. FRIGAULT, « *Le tourisme sexuel : enjeux éthiques* », *art. cit.*, §14.

⁸⁶⁴ Or, généralement, « dans le cas précis d'une affaire de prostitution, lorsqu'un touriste est impliqué, il est rarement inquiété, dans la mesure où seul l'individu qui se prostitue ou le proxénète se trouveront sous le coup de la loi pénale de leur pays » B. BAUCHOT, « *Droit pénal comparé des pays de destination* », in *Lutte contre le tourisme sexuel*, Dossier, *tourisme&Droit*, n° 105/2009, p. 17.

⁸⁶⁵ Art. 225-4-1 à 225-4-9 du Code pénal. Conformément, notamment, à la Convention de l'ONU pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 ; au Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000.

⁸⁶⁶ Art. 225-5 à 225-12 du Code pénal.

⁸⁶⁷ Conformément, notamment, à l'article 34 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 : « *Les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour*

qualification de viol qui est en principe passible de quinze ans de réclusion criminelle⁸⁶⁸, est passible de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis sur un mineur de moins de quinze ans ou une personne vulnérable⁸⁶⁹. Dans ce dernier cas, la France est allée jusqu'à l'établissement de la compétence extraterritoriale du juge pénal⁸⁷⁰, matériellement limitée⁸⁷¹, posant la justiciabilité, en France, des ressortissants français pour des infractions à caractère sexuel commises à l'étranger sur un mineur même dans l'absence de poursuites des autorités du pays de destination ou d'inexistence infractionnelle – l'acte commis ne fait l'objet d'aucune qualification juridique dans le pays de destination.

112. Le prohibitionnisme virtuel caribéen : une désorientation éthique. Si, dans la plupart des pays de la Caraïbe extra-française, la prostitution est illégale, ils n'en demeurent pas moins hauts lieux du commerce du sexe – Cuba, la République dominicaine, la Jamaïque, Haïti notamment. Il est, en pratique, de substantielles disparités entre un consentement formel aux droits de l'homme – l'adoption de lois portant l'intégration des droits de l'homme dans le système juridique interne, la ratification de conventions notamment – et sa matérialisation :

“(…) although Caribbean States generally perceive themselves as strong defenders of basic human rights, the perception held by some countries about Caribbean States is quite the opposite”⁸⁷².

*empêcher : Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ; Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ; Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique » ; à l'article 3 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000 ; à la directive n° 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JOUE n° L 335 du 17 décembre 2011, pp. 1-14. V. notamment, MIDY, P. ET MERCHADOU, C. *La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants : pour une stratégie française*, Rapport de propositions, Ministère de la famille et de l'enfance, 2004.*

⁸⁶⁸ Art. 222-23, al. 2 du Code pénal.

⁸⁶⁹ Art. 222-24, al. 1^{er}, 2^o et 3^o du Code pénal.

⁸⁷⁰ Art. 222-22, al. 3 du Code pénal : « Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

⁸⁷¹ « L'application de ces lois, et donc la poursuite des auteurs en France, demande cependant toujours une forte coopération entre la police et la justice française et celles des pays où les actes ont été commis, ainsi qu'une amélioration des méthodes d'enquête et du fonctionnement de la justice de ces pays. (...) Or, bien souvent, un certain nombre de freins peuvent limiter le bon déroulement de l'arrestation et de l'enquête. La corruption, le manque de formation des policiers et des magistrats, le manque de moyens (...), le défaut de protection (...), la difficulté à recueillir des preuves (...), la distance et parfois l'ancienneté des faits (...) » H. PAILLARD, « *Tourisme sexuel avec des enfants. Le risque pénal du client français* », in *Lutte contre le tourisme sexuel*, Dossier, tourisme&Droit, n° 105/2009, p. 24.

⁸⁷² « (...) bien que les Etats de la Caraïbe se perçoivent, en règle générale, comme de fervents défenseurs des droits fondamentaux de l'homme, le regard que leurs portent certains pays se situe aux antipodes » S. VASCIANNIE, « *Human rights in the Caribbean : Notes on Perception and Reality* », in *The Caribbean Integration Process. A people Centred Approach*, Kingston ; Miami, Kenneth Hall and Myrtle Chuck-A-Sang, 2007, p. 167. (Notre traduction)

Auxquelles il faut rajouter la non-coercivité des textes internationaux tels que la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et le caractère mou de la pénalisation interne – la contravention est un choix logique pour le touriste sexuel, pur calcul économique utilitariste, puisque les pays de la Caraïbe, majoritairement en voie de développement, ne disposent pas des moyens, d'application, de suivi notamment, de leur politique comme ils existent aux Antilles françaises. JEAN DE MAILLARD évoque un « marché de la loi » :

« Ce que j'appelle le marché de la loi, c'est cette capacité offerte par la dérégulation économique et financière de miser sur les trafics de ce qui reste interdit par les États-nations, sans que ceux-ci n'aient les moyens d'imposer leurs prohibitions »⁸⁷³.

Il en ressort une forme d'irrésistibilité à la prostitution dont la non-pénalisation matérielle confère un avantage comparatif à la destination permissive sur ses concurrentes. Aux coûts d'attractivité, il faut rajouter les coûts socio-juridiques tels que la stigmatisation, la discrimination⁸⁷⁴, la détention des travailleurs du sexe voire l'expulsion lorsqu'ils sont étrangers dont peuvent difficilement se permettre les entités territoriales de la région.

Dans cette conception objective du service du droit à l'économie, le droit est ici connecté à l'économie sans pour autant lui être systématiquement salutaire souvent en raison de ce qui lui paraît commander l'intérêt général notamment. Il est, en revanche, une autre vision du droit visant à le ramener à un strict nécessaire économique lequel, sans pour autant lui triompher, le cantonne à une intervention purement efficiente.

⁸⁷³ DE MAILLARD, J., *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, Paris, Mille et une nuits, 2001, p. 74.

⁸⁷⁴ G. PHETERSON, « *Le stigmatisme de putain : déshonneur féminin et indignité masculine* », in *Prisme de la prostitution*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 57-94.

II. De la conception subjective du service du droit à l'économie : perspectives d'une satellisation du droit du point de vue de l'économie du droit⁸⁷⁵

113. **Du droit à l'efficience**⁸⁷⁶. Alliant, en théorie, prescription, coercition, impérativisme à libre détermination économique, tolérance, faculté⁸⁷⁷ notamment, le droit français est plus contrasté qu'il n'y semble, cela portant à croire en sa réceptivité aux nécessités économiques. Cependant, cette versatilité ne saurait lui faire échapper à la critique récurrente d'être plus abstrait que concret. En effet,

« La vie du droit ne procède pas de la logique ; elle procède de l'expérience »⁸⁷⁸.

Comment « juridifier sans une vision précise de la réalité ? Cette idée que le droit français se situerait en dehors du champ des réalités économiques car contenu dans des catégories virtuelles et des

⁸⁷⁵ « L' « économie de droit » (...) entend bien soumettre à examen les dispositions et les solutions du droit » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 16. Pour autant, « (...) le droit (*ici*) économique ne sera pas un serviteur de l'économie, un droit soumis à la dictature du fait économique, voire de la science économique. C'est la condition d'une « économie de droit », c'est-à-dire d'une économie soumise au droit par une analyse juridique. Si les normes viennent largement des faits économiques, le droit apporte des solutions et des correctifs. Le droit doit être conçu comme une réponse aux questions économiques (aux lieu et place de l'économie comme seule réponse à ses propres questionnements). » J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « *Retour sur l'analyse substantielle en droit économique* », *art. cit.*, p. 288. (Italiques ajoutés) ; v. A. JACQUEMIN, « *Le droit économique, serviteur de l'économie ?* », *RTD Com.*, 1972, p. 283. L'analyse économique du droit, produit du courant « *Law and Economics* » caractérisé par les travaux de Richard Posner (POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*, Boston : Little, Brown, The University of Chicago, 1972, 415 p.), Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*, 1960) notamment, est une branche « récente » de la science économique qui irradiera la deuxième moitié du XX^e siècle. Il s'agit de saisir le droit avec les méthodes de l'économie pour l'évaluer. Elle s'étend à toutes les disciplines juridiques qu'elles soient classiques ou modernes – la responsabilité civile, le contrat, la concurrence, les sociétés économiques, etc. v. notamment, DEFFAINS, B. ET LANGLAIS, E. (DIR.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, de boeck, 2009, 407 p. ; KIRAT, T. ET MARTY, F., *Economie du droit et de la réglementation*, *op. cit.*, 184 p. ; KIRAT, T. *Economie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, 123 p. ; MACKAAY, E. ET ROUSSEAU, S. *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2008, 728 p. ; OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2002, 176 p. ; T. KIRAT ET L. VIDAL, « *Le droit et l'économie : Étude critique des Relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées* », 2005, (halshs-00004883).

⁸⁷⁶ Pierre Albertini opère une distinction entre « l'effectivité (le degré d'observation de la norme), l'efficacité (le résultat obtenu au regard de l'objectif) et l'efficience de la loi (le rapport entre les moyens utilisés et les effets constatés) » P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », in Bottini, F. L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 186.

⁸⁷⁷ Voir *supra* « l'amphibologie du droit français » in paragraphe n° 6.

⁸⁷⁸ Olivier Wendell Holmes cité in T. KIRAT ET E. SERVERIN, « *Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action* », in *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, p. 6.

postures politiques⁸⁷⁹. Nous l'envisagerons sous le prisme de deux catégories juridiques fondamentales : l'ordre public et la responsabilité.

114. L'ordre public. L'ordre public⁸⁸⁰, en forme simplifiée, consiste en l'intervention protéiforme de l'Etat dans l'économie – l'autorisation⁸⁸¹, l'interdiction⁸⁸², la sanction⁸⁸³, la protection⁸⁸⁴, la prescription⁸⁸⁵, la fiscalisation⁸⁸⁶, l'administration⁸⁸⁷. Les économistes y voient un service du droit à l'économie. Selon ces derniers, l'intervention publique se doit être économiquement justifiée. Si l'on reprend l'exemple français de la protection du travail. Sur un échantillon de 85 pays, des économistes se sont attachés à *mesurer la protection de l'emploi salarié* et à en déterminer les conséquences macroéconomiques en se basant sur trois catégories de variables : *le droit du travail, le droit des relations collectives de travail et le droit de la protection sociale liée à l'emploi salarié*. Il ressort que « (...) les pays de droit civil et à gouvernement de gauche ou du centre se caractérisent par des niveaux de protection supérieurs aux pays de *common law* surtout lorsqu'ils sont dirigés par des gouvernements de droite. (...) (*La réglementation*) génère plus de coûts que d'avantages (...) : la protection juridique des relations collectives de travail est associée à une importance plus grande de l'économie souterraine ; la protection du contrat de travail, des relations collectives et la protection sociales conduisent à une plus faible participation des hommes au marché du travail ; la protection du contrat de travail conduit à un taux de chômage plus important des jeunes (moins de 24 ans) »⁸⁸⁸. La satisfaction d'un intérêt public ne serait légitime qu'en cas de défaillance privée et seulement dans des cas précis à raison des coûts qu'engendrerait l'intervention économique de l'Etat. Autrement dit, des lieux où le contrat, seul, serait en incapacité d'empêcher les externalités⁸⁸⁹, le défaut d'information, le monopole ou encore de fédérer la masse autour de la maximisation du

⁸⁷⁹ *Contra* « (...) la réglementation existe pour bénéficier aux groupes privés plutôt qu'à l'intérêt public : elle est donc un 'produit' que les hommes politiques 'vendent' aux groupes qui en font la demande et qui sont prêts à en payer le 'prix' » OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français, ibid.*, p. 146.

⁸⁸⁰ Voir *infra* B – La confusion du contrat dans l'ordre public

⁸⁸¹ Voir *infra* A – L'effet économiquement lésant de l'autorisation administrative : une justice *a priori*

⁸⁸² Voir *infra* A – L'interdiction sans cause

⁸⁸³ Voir *infra* B – Entre injonction de faire ou ne pas faire et sanction

⁸⁸⁴ Voir *supra* §1. Un droit subjectif au travail

⁸⁸⁵ Voir *infra* B – L'Etat assurantiel

⁸⁸⁶ Voir *infra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié »

⁸⁸⁷ Voir *supra* I. L'entreprise, une initiative privée formalisée : l'exemple des charges de formalisme relatives à la création d'un hôtel de tourisme

⁸⁸⁸ KIRAT, T. ET MARTY, F., *Economie du droit et de la réglementation, op. cit.*, pp. 175-177.

⁸⁸⁹ L'exemple des nuisances sonores ou olfactives. *Id.*, p. 78 et s. v. également, M. G. FAURE, « *Analyse économique de la responsabilité environnementale. Perspectives théoriques et empiriques* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, op. cit.*, pp. 85-107.

bien-être général⁸⁹⁰. C'est le retour de la loi du marché – une conception qui aurait à charge de ne pas livrer la confection du droit aux seules nécessités perçues.

115. La responsabilité extracontractuelle. Elle ne saurait être abordée sous le prisme exclusif de sa finalité réparatoire – conception *ex post*. L'idée insupportable de prendre le risque d'exposer la victime au coût de la réparation du préjudice subi. Du point de vue économique, elle porte, aussi en elle, un effet dissuasif exhortant à la précaution – conception *ex ante*. La dissuasion devrait être l'essence même de la responsabilité délictuelle. Cependant, comment parvenir à dissuader si le coût de la réparation est finalement supporté par un autre à l'image de l'assureur en responsabilité civile d'un commettant du fait de son préposé dans l'exercice de ses fonctions ou la société dans le cas de l'insolvabilité d'un pollueur. Cela concourt à la déresponsabilisation des individus lesquels transgresseront quoiqu'il arrive si les coûts de la transgression sont faibles⁸⁹¹. Alors quelles solutions ? Une règle de droit ? très certainement – sa nature dissuasive n'est pas disqualifiée. Mais, elle semble devoir cesser de faire écran à l'engagement d'une responsabilité effective pour être efficiente.

116. La responsabilité contractuelle. Le regard de l'analyse économique sur la sanction pour inexécution des obligations contractuelles⁸⁹² – l'exécution forcée en nature ou par équivalent notamment – est ici également divergent. Vu du droit français, il s'agit d'une réparation à la fois de la perte subie et du gain manqué⁸⁹³. Elle est, dans certains cas, observée comme un lieu de moralisation du droit. Plutôt que de faire une application aveugle du principe de la force obligatoire du contrat avec un gagnant et un perdant, il est proposé une issue gagnant-gagnant par application de l'efficience de Pareto⁸⁹⁴. C'est l'exemple d'un agent de voyage qui ne satisfait pas à son obligation de subrogation – dans le cadre d'un contrat de mandat – tenant à la réservation d'une chambre

⁸⁹⁰ OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français*, *ibid.*, p. 147.

⁸⁹¹ « A trop demander à la responsabilité et à l'assurance de responsabilité, c'est l'efficacité même de ces institutions qui est mise en péril. Le couple assurance/responsabilité n'est viable que si l'on a la sagesse de connaître les limites de sa fonction (...) » C. DELPOUX, « Assurance et responsabilité : un couple en crise », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, p. 85. *A fortiori* dans le cadre de l'assurance obligatoire : elle « (crée) un univers administré dans lequel l'individu serait déresponsabilisé » B. FOUSSAT, « Une réforme nécessaire (A propos des assurances obligatoires) », *Risques*, n° 12, octobre-décembre 1992, p. 27. Pour aller plus loin, v. GRARE, C. *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 436 p.

⁸⁹² Art. 1217 et s. du Code civil.

⁸⁹³ Art. 1231-2 du Code civil : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (...) ».

⁸⁹⁴ « Une situation est efficiente, au sens de Pareto, lorsqu'il n'est pas possible d'augmenter le bien-être d'un individu sans diminuer celui d'un autre. Il s'ensuit que : un changement dans la répartition des ressources est efficient, au sens de Pareto, si le bien-être d'au moins un individu est augmenté et si aucun autre individu ne souffre d'une diminution de son bien-être » OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français*, *op. cit.*, p. 37.

d'hôtel. Les clients, contraints par la forte saisonnalité, sont obligés à l'hébergement dans un établissement en deçà ou au-delà du niveau de gamme espéré. On considère que l'agent de voyage n'est pas condamné à l'indemnisation de l'inexécution de l'obligation par un équivalent financier – toute exécution forcée en nature étant rendue impossible par l'objet du contrat : le voyage touristique – soit, une réparation intégrale. Seule l'indemnisation du gain manqué serait prise en compte. Lequel consisterait en une indemnisation à hauteur de l'écart de prix entre les niveaux de gamme.

117. La responsabilité pénale de la société. La responsabilité pénale de la société du fait d'autrui est sujette à caution du point de vue économiste. Il faut distinguer les degrés infractionnels ainsi que les personnes responsables. Si, dans le cadre d'une contravention, la responsabilité de l'employeur du fait de son employé ne pose pas de difficulté – l'employeur dispose d'actions récursoires contre son employé –, l'engagement de la responsabilité de la personne morale, dans le cadre de délits et crimes, est une curiosité quant à l'identification du véritable dépositaire de la *mens rea* notamment⁸⁹⁵ – même si sa pertinence réside essentiellement dans sa solvabilité augmentée. Dans ce dernier cas, il est probable qu'une entreprise réputée essuie des retombées économiques négatives en raison d'une fragilisation, variable selon le degré infractionnel, de son image. Cependant, l'interface de la personne morale n'emporte pas un effet responsabilisateur comme s'y emploierait la seule mise en jeu du principe d'individualisation de la responsabilité pénale⁸⁹⁶ – l'engagement de la responsabilité pénale outre d'être assorti d'amendes variablement élevées s'accompagne de peines d'emprisonnement notamment – ; le droit français revêt, ici, un caractère suffisamment dissuasif.

En droit français, la satisfaction du bien-être économique est variablement intégrée au calcul juridique. Lorsque le droit porte optimisation de l'économique, c'est, parfois, par défaut. Il en va autrement de son volet fiscal. Dans une perspective de dépressurisation de l'impôt, l'entreprise peut prétendre à l'octroi d'avantages fiscaux qui s'avèrent, en réalité, pondérés. Ici, le bien-être économique, conditionné à la satisfaction de *quanta*, est intégré dès l'origine au calcul juridique.

⁸⁹⁵ Voir *supra* paragraphe n° 91.

⁸⁹⁶ Art. 121-1 du Code pénal : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ».

Section 2. La rationalisation de l'optimisation fiscale.

118. Antinomie. En vertu d'une maximisation de son intérêt individuel, par opportunisme, l'opérateur économique du tourisme s'oriente en direction du moindre coût. Alors, pour les Antilles françaises, moins rayonnantes du point de vue international que nombre d'îles de leur région d'extraction, grevées par une omniprésence de l'impôt, capter, en masse, l'investissement étranger sur simples gages de qualité infrastructurelle et communicationnelle, de stabilité politique, de sécurité juridique notamment, semble constituer, en l'état, un objectif distant devant l'importance de leurs handicaps structurels. Les Antilles françaises seraient alors à armes inégales avec le reste de la Caraïbe qui a, entre autres, de son côté, l'avantage linguistique, la flexibilité du droit, la vulnérabilité, décisifs dans l'allocation de ressources rares et, plus particulièrement, l'avantage fiscal⁸⁹⁷.

119. Une injustice fiscale. La fiscalité, aux côtés de la *modification de la régulation*, des *efforts d'accompagnement et de suivi des projets étrangers*, constitue l'un des « seuls leviers à court terme à la disposition des gouvernements »⁸⁹⁸. En souverains, certains territoires font le choix d'en faire un usage restrictif, d'autres un usage extensif (I). Cela débouche inévitablement sur un phénomène de distorsion concurrentielle fiscale⁸⁹⁹. Les territoires à la politique fiscale la plus avantageuse sont en capacité d'attirer et retenir plus aisément. On les nomme « paradis fiscaux » ou centres financiers *offshore*. Aujourd'hui, leur interdiction, troncature à tout le moins, semble faire consensus à l'échelle internationale. Il faut pour autant s'intéresser aux motifs d'une telle convergence. Ils sont objectifs, procédant d'une recherche d'éthique puisqu'il peut apparaître choquant de favoriser l'instrumentalisation du « sol » de pays en voie de développement. Ils sont aussi subjectifs résidant dans l'opportunité de mettre fin à une concurrence vécue comme étant déloyale. Pour les pays caribéens, il s'agirait d'un avantage comparatif ; un rempart à l'extrême pauvreté.

⁸⁹⁷ Pour une vision panoramique et synthétique à la fois, quoique parfois raccourcie, des dispositifs fiscaux disponibles dans la Caraïbe insulaire *confer* BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, *op. cit.*, pp. 268-280.

⁸⁹⁸ *La concurrence fiscale et l'entreprise*, Vingt-deuxième rapport au Président de la République, Conseil des Impôts, La documentation française, 2004, p. 94.

⁸⁹⁹ « (...) la notion de « concurrence fiscale » désigne à la fois, de manière statique, la situation dans laquelle certains acteurs mettent en compétition les systèmes fiscaux de différents Etats et, de manière dynamique, les réactions des États pour améliorer leur position dans cette compétition » MOLE, A., *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Dauphine, 2015, p. 271.

120. Du tourisme fiscal⁹⁰⁰ : l'option concurrentielle française. La France a fait le choix d'une politique redistributive des richesses confinant à l'expérience de la lourdeur de l'impôt par péréquation. Dans une perspective de dépressurisation, l'Etat français met en place, généralement ou particulièrement, un ensemble de dispositifs non moins complexe et instable⁹⁰¹. Selon leur affectation, ils seront considérés comme plus ou moins discriminants. En France, s'il est une faculté de se soustraire à l'impôt, elle demeure particulièrement localisée et maîtrisée quoique variée⁹⁰² – on parle de dépense fiscale ou, plus communément, de « niche fiscale » (II).

I. Une appréhension caribéenne divergente de la finance *offshore*

121. Une hétérogénéité dans la pratique du droit. Dans la Caraïbe insulaire, dans bien des cas, les nécessités économiques ont pris le pas sur la moralité du droit⁹⁰³. C'est ainsi que la majorité des territoires caribéens est estampillable « paradis fiscal » (A). La qualité de *havre fiscal* d'un territoire lui octroie un avantage résolument significatif sur les autres, en particulier en matière de captation des investissements étrangers souvent nécessaires à la stimulation du tourisme⁹⁰⁴. En

⁹⁰⁰ L'expression « tourisme fiscal » s'entend de ses moyens et fins. Elle désigne non seulement les pratiques auxquelles se livrent les personnes privées – physiques ou morales – à fins d'optimisation fiscale mais aussi de la stimulation de l'économie du tourisme qui en résulte (e.g. la construction d'immobilier de tourisme par défiscalisation).

⁹⁰¹ H. ISAÏA ET J. SPINDLER, « *Déréglementation et fiscalité* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, édition Frison-Roche, 1999, pp. 518 et 519.

⁹⁰² « les mesures exerçant des effets sur le niveau de la pression fiscale, la répartition du prélèvement, la définition des dispositifs techniques d'imposition, les décisions relatives à l'assiette ou au tarif des impôts et taxes » CASTAGNEDE, B. *La politique fiscale*, Paris, PUF, 2008, p. 3.

⁹⁰³ « (...) il y a lieu de penser que l'insuffisance des ressources naturelles, l'exiguïté des territoires, l'émiettement et le morcellement des marchés, le sous-développement industriel, autant de handicaps largement reconnus, mais également les potentialités en matière de tourisme, de ressources de la mer, d'industries de transformation, d'énergies nouvelles, et la situation géographique stratégique, déterminent les formes et les modes opératoires de l'impôt dans les Etats insulaires de la Caraïbe » M.-J. AGLAE, « *La fiscalité de l'entreprise insulaire dans la Caraïbe* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, op. cit., p. 117.

⁹⁰⁴ « Ces services (*les centres financiers à régime spécial (offshore) et les zones franches*) bénéficient des infrastructures mises en place pour le développement du tourisme : réseaux de communications et de télécommunications, législation adaptée, réseaux de transports développés, ressources humaines dynamiques, faibles coûts salariaux, accords commerciaux préférentiels avec Europe et Amérique du nord et enfin stabilité politique. La République Dominicaine, la Jamaïque et la Barbade attirent les industries d'assemblages dans leur zone franche. De leur côté, les Bahamas, les Iles Vierges britanniques et les îles Caïman sont des paradis fiscaux très convoités à des fins parfois malhonnêtes (blanchiment de l'argent) F. TAGLIONI, « *Le bassin Caraïbe : un espace organisé en flux et en réseaux atlantiques* », *Historiens et géographes*, Association des professeurs d'histoire et de géographie, n° 363, 1998, pp. 245-256 et pp. 250-251. Italiques ajoutés.

revanche, la France – par extension la Caraïbe française – a fait un choix alternatif, celui d'un droit moral (**B**) qui, évidemment, ne saurait la dégager d'une sanction par l'économie :

« Le problème est d'autant plus complexe que notre administration fiscale et nos juges sont les gardiens d'un droit français qui doit lui-même respecter les règles d'un autre jeu : celui de la compétition internationale. Ils ne peuvent endiguer le développement d'une concurrence normative qui se manifeste dans le droit fiscal comme dans d'autres secteurs du droit. Il est naturel qu'une personne disposant d'opportunités de délocalisation de son patrimoine ou de son revenu cherche à se soumettre à un système fiscal favorable »⁹⁰⁵.

A – Les paradis fiscaux caribéens

122. Incipit : une « politique fiscale par la norme »⁹⁰⁶. La plupart des pays et Etats caribéens se caractérisent à l'origine par un abstentionnisme fiscal. A l'inverse du modèle français, il s'appuie plus sur des dispositifs de droit commun moins sur des dispositifs dérogatoires du droit commun. Les montages sont très divers et variables d'une île à l'autre : une absence ou une exonération totale ou partielle d'impôt, limitée ou illimitée dans le temps, en fonction du type d'activité, de la taille de l'entreprise ; une exonération de taxes⁹⁰⁷ ; un système de taxes préférentielles accordées aux sociétés étrangères⁹⁰⁸ ; des taux d'amortissement attractifs venant en déduction du

⁹⁰⁵ D. GUTMANN, « *Droit et fraude fiscale* », Revue Commentaire, 2009/4, n° 128, p. 974.

⁹⁰⁶ Une politique « reposant sur des mesures générales, applicables à l'ensemble des contribuables ou des entreprises, n'offrant ni l'aspect de la sélectivité ni celui de la dérogation » CASTAGNEDE, B. *La politique fiscale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 67.

⁹⁰⁷ Absence ou exonération totale/partielle d'impôt : Impôt sur le revenu : Anguilla, Bahamas, Bermudes, Îles Turques-et-Caïques, Îles Vierges britanniques, République dominicaine, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines notamment ; Impôt sur les sociétés : Bahamas, Dominique, Grenade, Îles Turques-et-Caïques, Îles Vierges britanniques, Saint-Christophe-et-Niévès, Sainte-Lucie, Trinité-et-tobago notamment ; Impôt sur les bénéfices : Bermudes ; Impôt sur le capital : Bahamas, Bermudes, Curaçao, Dominique, Îles Turques-et-Caïques, Îles Vierges britanniques, Montserrat, Saba, Saint-Eustache, Saint-Christophe-et-Niévès, Sint Maarten. Absence ou exonérations de taxes : Droits de douanes : Antigua et Barbuda, Barbade, Dominique, Grenade, Îles Turques-et-Caïques, Îles Vierges britanniques, République dominicaine, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines notamment, Sint Maarten ; TVA : Aruba, Barbade, Îles Vierges britanniques, Îles Turques-et-Caïques, République dominicaine notamment ; Impôts fonciers : Antigua et Barbuda, Bonaire, Curaçao, Dominique, Îles Turques-et-Caïques, Saba, Saint-Eustache, Saint-Christophe-et-Niévès, Sint Maarten. V. BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, *op. cit.*, pp. 268-272 et pp. 274-278. v. également, M.-J. AGLAE, « *La fiscalité de l'entreprise insulaire dans la Caraïbe* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, *op. cit.*, pp. 117-141.

⁹⁰⁸ L'exemple lucien. *Conférence Income Tax Act*, modifié par Act n° 12 du 11 décembre 2018 (sections 8, 10 A et 76). **Nota bene** : dans une lettre du 1^{er} février 2019, l'Union européenne objecte l'octroi de cet avantage fiscal l'estimant contrevenant aux efforts internationaux de lutte contre l'évasion fiscale. Elle exhorte Sainte-Lucie à l'abolir avant le 31 décembre 2019 au risque d'intégrer la liste des territoires non coopératifs établie par l'Union européenne (URL : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5981-2019-INIT/en/pdf>).

bénéfice imposable et/ou une prématuration de l'amortissement *via* l'amortissement initial – *initial allowance* – ou encore *via* la déduction pour investissement – *investment allowance* –⁹⁰⁹ ; une stratégie d'imputation des déficits de l'année sur les exercices suivants – la méthode du report en avant (*carry forward*).

123. Définition. Les paradis fiscaux sont, à l'origine, un épiphénomène issu du processus de mondialisation de l'économie⁹¹⁰. Procédant de vides ou lacunes juridiques, ils sont aussi une manifestation déviante, au détour d'initiatives individuelles, du principe universel du consentement à l'impôt – lequel octroierait à l'imposable la liberté de consentir ou de ne pas consentir à l'impôt⁹¹¹. Par ce biais, ils visent à la soustraction, non dénuée de conséquences⁹¹², des groupes multinationaux, de riches particuliers voire des établissements bancaires ou assurantiels⁹¹³ d'un impôt subjectivement estimé trop lourd par la création d'un flou ou d'une compression fiscale. En effet, « (...) ces paradis fiscaux offrent une résidence juridique fictive, un découplage dans le temps et dans l'espace des transactions réelles, entre le lieu réel et le lieu juridique de ces transactions »⁹¹⁴. Ils sont également la destination privilégiée de capitaux troubles provenant d'une industrie criminelle à la fois régionale⁹¹⁵ et extrarégionale :

⁹⁰⁹ L'exemple barbadien. *Conférence* URL : <https://www.gov.bb/Business/tax-information>

⁹¹⁰ Gérard Farjat dresse les éléments constitutifs de la mondialisation : « (...) L'amenuisement des frontières – solidarité internationale, atteintes à l'environnement, épidémies, terrorisme – ; l'extension progressive à toute la planète du modèle de marché et de l'économie libérale – les privatisations et dérèglementation – ; la question de valeurs universelles ; les Etats demeurent les meneurs du jeu de la mondialisation (...) » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., pp. 149-151. DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel - Les forces imaginantes du droit*, op. cit., pp. 36-37. Voir *supra* note n° 106.

⁹¹¹ BERNARDI, B. (DIR.), *Discours sur l'économie politique de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, J. Vrin, 2002, p. 73. En théorie, le principe du consentement à l'impôt, contrairement à ce qu'il exprime en première lecture, n'inclut pas la faculté directe du citoyen de pouvoir s'y opposer quand bien même il y serait hostile. Chaque année, l'impôt est indirectement consenti par une majorité de parlementaires. En effet, c'est au Parlement – représentation nationale – qu'il incombe la tâche d'exprimer le consentement à l'impôt de la nation. Mêmement, il faut une majorité de parlementaires opposés à l'impôt pour endiguer sa perception par l'Etat.

⁹¹² SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, op. cit., p. 218.

⁹¹³ L'exemple de l'exemption d'impôt sur les sociétés et des taxes sur les primes d'assurance des captives d'assurance. *Exempli gratia* le groupe Total fonde sa propre captive d'assurance et de réassurance (Art. L. 350-2 du Code des assurances), la *Omnium Insurance and Reinsurance Co Ltd*, enregistrée aux Bermudes en 1973. V. notamment, V. BRATHWAITE, « *The Captive/International Insurance Industry with Special Reference to Barbados* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 21-36. C. DE BRIE, « *Aux frontières de l'égalité de l'impôt* », *Revue française de finances publiques*, n° 51, 1995, p. 95.

⁹¹⁴ J.-P. CHARDON, « *Le Bassin Caraïbe et les paradis fiscaux* », in GEODE Caraïbe, *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Karthala, 2011, p. 51.

⁹¹⁵ Voir [Annexe 4](#).

« Les centres *off-shore* sont ainsi les filtres magiques qui effacent des mémoires l'origine criminelle des fortunes pour permettre, en une génération ou deux, les alliances avec la bonne société »⁹¹⁶.

En 1998, l'OCDE a dégagé quatre critères cumulatifs du paradis fiscal⁹¹⁷ qui auront servi à l'établissement de trois listes visant à déterminer les degrés de coopération territoriale en matière d'échange d'informations fiscales⁹¹⁸. L'unité de mesure consiste ici en la signature d'au moins douze accords⁹¹⁹ dont l'effectivité est déterminée par le « Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales ».

S'il est constant que le paradis fiscal dispose de ses propres méthodes⁹²⁰ (§1), son domaine semble, aujourd'hui, être condamné à devoir se contracter (§2).

⁹¹⁶ C. CHAVAGNEUX, « *Les paradis fiscaux, piliers du capitalisme* », Alternatives économiques, 2006/11, n° 252. V. également, ASSOCIATION D'ECONOMIE FINANCIERE, *Rapport moral sur l'argent dans le monde, 2015-2016 : Progrès et tensions : nouveaux modèles d'entreprise, don - partage, investissement à impact social, terrorisme*, Paris, Association d'économie financière, 2016 (<http://www.citizencapital.fr/wp-content/uploads/2016/04/Rapport-moral-sur-largent-dans-le-monde.pdf>) ; BOCQUET, E., « *Rapport sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales* », Paris, Sénat, n° 673, 2012 ; CARTIER-BRESSON, J., JOSSELINE, C. ET MANACORDA, S., « *Définir, mesurer et évaluer les délinquances économiques et financières transnationales* », Etudes et recherches de l'IHESI, 2002 ; GODEFROY, T. ET LASCOUMES, P., *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, Paris, La Découverte, 2004, 232 p. ; KOUTOUZIS, M. ET THONY, J.-F., *Le blanchiment*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, spéc. pp. 27-66. Sur la lutte contre le blanchiment v. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 1800 à 1925.

⁹¹⁷ « Le point de départ pour identifier un paradis fiscal est nécessairement de se demander : (a) si une juridiction n'applique pas d'impôts ou prélève uniquement des impôts minimes (...) et se présente, ou est perçue comme se présentant, comme un lieu utilisé par des non-résidents pour échapper à l'impôt dans leur pays de résidence. (...) (b) l'existence de dispositions législatives ou de pratiques administratives empêchant un véritable échange de renseignements avec d'autres pays sur les contribuables bénéficiant de l'absence ou de la faiblesse de l'imposition dans cette juridiction ; (c) le manque de transparence ; et (d) l'absence d'obligation d'exercer une activité substantielle (...) » OCDE, « *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial* », Paris, Editions de l'OCDE, 1998, p. 25, §52

⁹¹⁸ Une liste blanche qui comprend les Etats ou territoires qui répondent aux standards internationaux parmi lesquels la France, l'Allemagne, l'Italie ; une liste grise qui comprend les Etats ou territoires qui se sont engagés aux respects des standards internationaux mais qui ont signés moins de douze accords dont un nombre important sont des îles caribéennes ; et une liste noire qui comprend les Etats ou territoires qui ne se sont pas engagés à respecter les standards internationaux ; désormais seule Trinidad-et-Tobago y figure

(URL : <https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/030415672163-paradis-fiscaux-il-ne-reste-plus-qu'un-seul-pays-sur-la-liste-noire-de-locde-2098252.php>).

⁹¹⁹ Art. 238-0 A, 1, al. 1^{er} du Code général des impôts.

⁹²⁰ v. *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 2200 à 2399. Dans la plupart des listes concernant les territoires prétendument opaques, la Caraïbe insulaire et continentale y tient une place systématiquement prépondérante (l'Annexe 3 présente une cartographie des Etats et territoires étant globalement considérés comme des centres financiers *offshore*. V. également, M. DESSE, T. HARTOG, « *Zones franches, offshore et paradis fiscaux* », Mappemonde, n°72, 2003/4, pp. 21-24). Dans de nombreuses listes disponibles, Anguille, Antigua-et-Barbuda, les « Antilles néerlandaises » – Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Saint-Eustache, *Sint Maarten* (l'expression « Antilles néerlandaises » ne revêt ici qu'un simple caractère englobant car privée de sa portée juridique. Le 10 octobre 2010, la fédération des Antilles néerlandaises a cessé d'exister) –, les Bahamas, la Barbade, Belize, les Bermudes, le Costa Rica, la Dominique, Grenade, le Guatemala, le Honduras, les îles Vierges britanniques, les îles Caïmans, les îles Turques-et-Caïques, la Jamaïque, Montserrat, le Panama, Saint-Christophe-et-Nièvens, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Trinité-et-Tobago sont alternativement considérés comme des territoires non coopératifs (ETNC) (Art. 238-0 A, 1, al. 1^{er} du Code général des impôts : « *Sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1^{er} janvier 2010, les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'Organisation de coopération et de développement économiques et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement*

§1. Les méthodes du paradis fiscal caribéen

124. L'exemption fiscale des sociétés « offshore ». D'une unité territoriale à l'autre, on les nomme notamment *International business companies* (IBC), *International finance companies* (IFC), *International mutual funds* (IMF)⁹²¹. Ce sont des sociétés d'affaires internationales caractérisées par l'extraterritorialité de leurs activités exonérées d'impôts. Elles sont utilisées à des fins multiples telles que l'émission de titres financiers et la détention de comptes bancaires, la constitution de *joint ventures*, de *trusts*, la planification successorale notamment. Généralement instrumentalisées, elles peuvent revêtir la forme de sociétés « écrans » dites « fictives » dépourvues de tout *affectio societatis*. Elles sont assorties de privilèges étendus tels que l'absence de contrôle des changes et de règles de confidentialité strictes. Dans le cas des Îles Vierges britanniques⁹²², on compte parmi leurs nombreux avantages : la facilité de création de la société qui peut être effective par le concours de seulement trois personnes physiques ou morales – un administrateur, un actionnaire et un gérant qui peuvent être une seule et même personne – ce, quelle que soit leur nationalité ; leur présence physique n'est pas exigée. De plus, les titres financiers peuvent être émis sous diverses formes, y compris au porteur⁹²³ transférables par simple remise et, enfin, aucun bilan financier ni tenue de registres comptables ne sont requis.

nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention »). Il est à noter l'importante hétérogénéité des listes disponibles – selon qu'elles proviennent de l'OCDE, du Fonds monétaire international (FMI), de la Commission européenne, d'entités étatiques elles-mêmes notamment – lesquelles n'adoptent pas toujours les mêmes unités de mesure, ce qui a vocation à altérer la cartographie des paradis fiscaux.

⁹²¹ V. T. A. CARMICHAEL, « *International Business Vehicles : Some Caribbean Challenges* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, *op. cit.*, pp. 11-20.

⁹²² Le dispositif des IBC figure dans l'*International Business Companies Act* (1984).

⁹²³ Le titre au porteur est un titre de propriété financier qui prouve la participation au capital de son détenteur. Il comporte l'avantage de ne pas mentionner nominativement son porteur dans les comptes tenus par la société émettrice contrairement aux titres nominatifs. Ce qui permet d'échapper à l'impôt. En France, ce dispositif a été particulièrement réduit par l'introduction du concept de « titres au porteur identifiables » (TPI). Art. L. 228-2, I, al. 1^{er} du Code de commerce.

125. **La garantie de l'anonymat par la constitution d'un *trust***⁹²⁴. En pratique, d'une extrême souplesse – révocable ou irrévocable⁹²⁵, discrétionnaire ou non –⁹²⁶, il vise à dissimuler l'identité de son constituant à l'administration fiscale et aux autorités judiciaires de son pays d'origine notamment lorsque bénéficiaire et constituant sont confondus. Une personne propriétaire juridique va administrer raisonnablement le bien au profit d'une autre personne bénéficiaire des avantages économiques attachés au bien. Il résulte notamment d'une volonté clairement exprimée du constituant (*settlor*) de le créer et de l'acceptation du *trustee* désormais propriétaire, personne physique ou morale, d'une détermination précise des biens sur lesquels il porte ainsi que de l'identification de son bénéficiaire⁹²⁷. Cette opération rappelle sans grand étonnement le mécanisme de la fiducie en France⁹²⁸ à ceci près que non seulement elle apparaît réduite – le statut de fiduciaire est limité à certaines personnes morales et certains professionnels – mais aussi que dans un *trust* le concept de propriété n'est pas unitaire. La propriété juridique (*legal ownership*) appartenant au *trustee* – le fiduciaire – se distingue de la propriété économique (*beneficial ownership*) appartenant au *cestui que trust* – le bénéficiaire. Si une telle fragmentation de la propriété n'existe pas en droit positif, elle fait l'objet d'une théorisation en droit économique notamment⁹²⁹.

⁹²⁴ L'article 792-0 *bis* du Code général des impôts dispose : « (...) on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ». MOLE, A., *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, *op. cit.*, p. 348 ; BOCQUET, E., *Rapport sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, *op. cit.*, p. 143 et s. Pour aller plus loin, v. notamment, R.-M. BELLE ANTOINE, « Challenges to the Offshore Trust Fraudulent Conveyances and Conflict of Laws », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, *op. cit.*, pp. 102-141 ; KODILINYE, G. ET CARMICHAEL, T.A., *Commonwealth Caribbean law of trusts*, 3rd ed., London, New York, Routledge, 2012, 566 p.

⁹²⁵ L'aspect irrévocable du *trust* rappelle la défaisance (*defeasance*) qui « consiste, pour une entreprise, à transférer (irrévocablement) des éléments d'actif à un tiers à charge pour lui de se substituer à elle dans le service d'une dette. Le montant des actifs transférés, augmenté des produits que génère leur placement, permet d'assurer les engagements de l'entreprise, laquelle peut « effacer » de son bilan la dette initialement contractée » CASTAGNEDE, B., *Précis de fiscalité internationale*, *op. cit.*, p. 161.

⁹²⁶ BOCQUET, E., *Rapport sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, *op. cit.*, p. 144.

⁹²⁷ D. BROWNBILL, « The Proper Constitution of a Trust : Sham Trusts and Other Problems », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, *op. cit.*, pp. 142-147.

⁹²⁸ Art. 2011 à 2030 du Code civil. « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (Art. 2011). CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 458. Pour aller plus loin, v. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, tome XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Paris, Dalloz, 2011 (URL : <http://henricapitant.thomasplessis.com/storage/app/media/pdfs/publications/La%20fiducie.pdf>) ; F. BARRIERE, « La Loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », JCP E, 6 septembre 2007, n° 36, p. 2053 ; *Trusts & fiducies : concurrents ou compléments ?*, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Editions Academy & Finance, Genève, 2008, 474 p. ; C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust », D. 2007. Chron. 1369.

⁹²⁹ DEL CONT, C., *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, 400 p. ; FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 47-51 ; J.-B. RACINE ET F. SIIRLAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *art. cit.* ; A. SAKHO, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *art. cit.*, pp. 545-555 ; A. SAKHO ET I. PARACHKEVOVA, « Propriété formelle et propriété substantielle », *art. cit.*, pp. 125-130. Pour une vision alternative de la propriété économique,

126. La subrogation du prête-nom dit « nommée trustee ». C'est un contrat de mandat⁹³⁰ consenti ou non – dans le cadre de chantages liés à des pratiques illicites notamment – par lequel un intermédiaire mandataire subrogera le mandant dans ses identité, droits et obligations⁹³¹. Autrement dit, seul son nom figurera sur les documents officiels et lui seul sera tenu juridiquement pour responsable. Vu de l'extérieur, il semblera agir pour son propre compte ; toute tentative d'en retracer l'instigateur est inutile. Toutefois, les droits attachés au prête-nom sont fictifs⁹³² et n'intègrent à aucun moment son patrimoine ; il n'est somme toute qu'un exécutant ; un *pantin*. Il constitue, à l'instar du *trust*, une parfaite alternative à la disparition contemporaine du secret bancaire dans la région.

127. L'inexpugnabilité de la fondation⁹³³ offshore ou fondation internationale. Elle est traditionnellement assignée aux protection et gestion de patrimoine et la planification successorale. A l'instar d'un *trust*, il s'agit d'une entité juridique dont la constitution implique également trois personnes – physiques ou morales –, un ou plusieurs fondateur(s) qui par le biais d'un « Acte fondateur » vont s'engager à faire don de biens et/ou d'actifs sans aucune limite de type ni de quantité à la fondation. Ce don sera géré par un Conseil de fondation au profit de bénéficiaires selon les instructions du ou des fondateurs. Une fois le ou les dons effectifs, la fondation devient seule propriétaire des biens et actifs reçus en donation – elle diffère sur ce point du *trust* – ce qui permet de faire écran aux procédures de recouvrement de créances ou autres poursuites à l'encontre du fondateur. Les apports dont elle jouit sont en principe insaisissables et exonérés d'impôt – ainsi que les gains qui pourront en résulter. L'identité des fondateurs est généralement protégée par la garantie d'une certaine confidentialité et du respect de la vie privée. La tenue de registre ou les déclarations fiscales ne sont pas requises. C'est l'exemple d'Anguilla, Saint-Christophe-et-Niévès ou du Panama.

v. BLANLUET, G. *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé t. 313, 1999, 822 p.

⁹³⁰ Art. 1984 du Code civil : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ».

⁹³¹ F. LEDUC, « *Réflexions sur la convention de prête-nom* », RTD civ., 1999, p. 283. « Le prête-nom se comporte en propriétaire, mais ce comportement est dépourvu de toute épaisseur économique. Sa propriété est apparente économiquement comme elle l'est juridiquement » BLANLUET, G. *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 413, n° 686

⁹³² « Un prête-nom ne saurait se faire reconnaître un droit de propriété sur ce qui ne lui appartient pas » obs. C. Champaud et D. Danet sous Cour d'appel de Paris, 25^e A, 4 février 2000, *Consorts Bridel c/Martini*, RTD Com., 2000, p. 370.

⁹³³ Pour une étude d'ensemble sur la fondation de droit français, v. CHARHON, F. ET COMBES, I. *Fondations – Fonds de dotation*, Paris, Juris Editions, 2016, 514 p. Sur la fondation de droit néerlandais, v. A. HEROGUEL, « *Les fondations de droit néerlandais* », Note rédigée pour le Poste d'Expansion Economique de La Haye, 2000.

128. L'extraterritorialité des fonds d'investissements spéculatifs dits « *hedge funds* ».

Il s'agit d'« (...) un pool de capital privé qui – combinant une grande variété de stratégies de marché, une intense activité de trading et de forts effets de levier via les marchés dérivés – a pour objectif de réaliser une performance absolue, le tout dans une remarquable opacité permise par la localisation des fonds dans des centres offshore »⁹³⁴. Il existe un détachement entre la domiciliation d'un *hedge fund* et sa gestion effective. Ils sont en grande partie domiciliés dans les paradis fiscaux – essentiellement les Îles Caïmans⁹³⁵ –, ils jouissent alors d'une fiscalité légère et d'une régulation minimale. Cependant, leur gestion est extraterritoriale, majoritairement assurée par les Etats-Unis – d'où l'intérêt géographique des paradis fiscaux caribéens⁹³⁶. Ce mécanisme fait aujourd'hui l'objet de défiance compte tenu du risque maximal dont il s'accompagne et de sa contribution, jugée massive⁹³⁷, à la crise financière de 2007 dite des « *subprimes* ».

§2. Une approche limitative

129. **Coup de rabet : la désanonymisation des comptes bancaires.** Jusqu'à leur adhésion récente à la norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale⁹³⁸, la plupart des paradis fiscaux caribéens se caractérisait par un principe d'inviolabilité du secret bancaire, même en cas d'escroquerie. Ce principe était absolu – opposable à tous, y compris aux administrations fiscales et autorités judiciaires. Désormais, la quasi-totalité des Etats et territoires caribéens considérés comme des centres financiers *offshore* se sont engagés

⁹³⁴ MOLE, A., *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, *op. cit.*, p. 424.

⁹³⁵ « Selon l'Association des services financiers locale, 80% des fonds d'investissements mondiaux y sont enregistrés et la place attire de 45% à 65% des nouveaux fonds, gérant un montant supérieur à 1 000 milliards de dollars » C. CHAVAGNEUX, « *Les paradis fiscaux, piliers du capitalisme* », *Alternatives économiques*, *art. cit.* Confer dispositif de ce mécanisme figure dans la *Mutual Funds Law* (révisée le 2 juillet 2015) (URL : <http://www.cimoney.com.ky/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147484880>).

⁹³⁶ J.-P. CHARDON, « *Le Bassin Caraïbe et les paradis fiscaux* », *art. cit.*, p. 56 et s. Voir **Annexe 3**.

⁹³⁷ M. AGLIETTA ET S. RIGOT, « *Le rôle spécifique des hedge funds dans la transmission du risque systémique : une contribution au débat réglementaire* », in Artus, P., Betbèze, J.-P., C. de Boissieu et G. Capelle-Blancard (Dir.), *La crise des subprimes*, Rapport du conseil D'analyse Economique, Paris, La documentation française, 2008 ; M. AGLIETTA ET S. RIGOT, « *Hedges funds : la fin du laissez-faire* », *Développements récents de l'analyse économique*, Revue économique, Presses de Science Po, vol. 60, mars 2009, n° 1. *Contra* A. CARTAPANIS ET J. TEÏLETICHE, « *Les hedge funds et la crise financière internationale* », *Revue d'économie financière*, Hors-série, Crise financière : analyses et propositions, vol. 7, n° 1, 2008, 185-193 pp. ; M. PRADA, « *Le monde des hedge funds : préjugés et réalité* », *Revue de stabilité financière*, n°10, Banque de France, Avril 2007, 141 p.

⁹³⁸ URL : <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/echangeautomatique.htm>

dans sa mise en œuvre à compter de 2017 ou 2018 selon les cas ce qui condamne le secret bancaire à l'évanescence. Parmi les Etats et territoires caribéens réfractaires figurent la Jamaïque, les Îles Vierges des Etats-Unis, Bonaire, le Panama, le Nicaragua, Porto Rico. Pour autant, cela n'exclut pas tout échange d'informations, lesquelles ne seront accessibles que sur demande expresse ou émission spontanée. Si l'estampille « paradis bancaire » traditionnellement associée aux paradis fiscaux caribéens a désormais vocation à disparaître, il subsiste de nombreux montages juridiques entérinant et perpétuant la spécialité fiscale de ces territoires.

130. La souveraineté fiscale des pays. Si des efforts de transparence fiscale, auxquels satisfont en masse de nombreux pays, sont engagés, il convient de rappeler l'intangibilité substantielle du principe de souveraineté des pays, y compris en matière fiscale⁹³⁹. Le recours à la notion de pays n'est pas hasardeux. Nous détachons volontairement la souveraineté politique de la souveraineté fiscale⁹⁴⁰ puisqu'au regard de l'espace caribéen, nul besoin de souveraineté politique pour disposer d'une souveraineté fiscale à l'image des Îles Vierges britanniques. Bien que cette dernière ne soit matérielle qu'en raison du fait que l'Etat-mère consente à sa matérialisation. Ainsi, la souveraineté fiscale des pays ne se limite pas au « (...) pouvoir d'imposer toutes les personnes et tous les objets qui se situent sur son territoire ainsi que toutes les activités économiques qui s'y déploient ; (...) (*à la liberté*) de déterminer les règles de rattachement des situations à son territoire »⁹⁴¹. Elle s'étend aussi à la liberté absolue de mener la politique fiscale qu'ils entendent, laquelle peut librement faire échec à la dynamique d'harmonisation fiscale globale engagée⁹⁴². En pérennisant leur statut de centres financiers *offshore*, les Etats caribéens feraient le marché de leur souveraineté⁹⁴³ et la demande est forte⁹⁴⁴ quoiqu'il en résulte une situation de dépendance

⁹³⁹ « La délimitation conventionnelle du droit d'imposer repose sur le consentement de chaque Etat : c'est en tant que souverain que l'Etat peut renoncer à l'exercice de sa compétence fiscale. Il est donc le seul à pouvoir décider des restrictions à son pouvoir d'imposer » PERIN-DUREAU, A., *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2014, p. 47.

⁹⁴⁰ « une entité territoriale déterminée, bénéficiant ou non d'une souveraineté politique, est réputée jouir de la souveraineté fiscale dès lors qu'elle dispose d'un système fiscal présentant deux caractéristiques essentielles, d'une part une autonomie technique, d'autre part une exclusivité d'application dans le territoire en question » GEST, G. ET TIXIER, G. *Droit fiscal international*, Paris, PUF, 1990, p. 15.

⁹⁴¹ *Id.*, p. 35.

⁹⁴² « L'Etat politiquement et fiscalement souverain peut (...) exercer un pouvoir fiscal absolu à l'intérieur de son territoire (...). A l'inverse, l'Etat ne peut exercer aucun pouvoir fiscal à l'extérieur de son territoire. Tels sont les aspects positif et négatif de la notion de souveraineté fiscale » GEST, G. ET TIXIER, G. *Droit fiscal international, ibid.*, §4.

⁹⁴³ RAFFENNE, C., *La souveraineté marchandisée : l'Empire des paradis fiscaux et le pillage environnemental*, Paris, Armand Colin, 2012, 132 p.

⁹⁴⁴ Les paradis fiscaux caribéens jouissent de *solides* atouts : « le premier de ces atouts tient à une pérennité certaine de la puissance des Etats-Unis. Dans les décennies à venir, ce pays devrait rester une force économique mondiale majeure, dut-il partager avec la Chine et quelques autres (Inde, Brésil) ; leur capacité d'innovation, leurs ressources intellectuelles et matérielles, leur potentiel stratégique leur garantissant l'absence d'un déclin aussi marqué que devrait

économique – les paradis fiscaux tiennent leur légitimité et, surtout, leur subsistance de l'existence d'une demande internationale en évasion ou fraude fiscales les rendant potentiellement vulnérables. Mais, l'avenir des paradis fiscaux semble menacé moins du fait de l'initiative réglementaire régionale⁹⁴⁵, que de l'engagement dans une lutte acharnée de certains Etats, dont la France, contre la finance *offshore*.

B – La lutte française contre l'évasion fiscale internationale

Même si elles le souhaitaient ardemment, les Antilles françaises ne sauraient se constituer en paradis fiscal au motif de la position diamétrale qu'occupe leur Etat-mère. Sans pour autant nuire complètement à la perspective d'une optimisation fiscale⁹⁴⁶, la France s'est engagée dans un processus de débusquage de l'*offshore* quoique matériellement réduit.

131. La circonscription des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt. En 2016, la liste française, variable au fil des ans, des Etats ou territoires non coopératifs (ETNC)⁹⁴⁷ ne comporte plus que sept territoires⁹⁴⁸ : le Botswana, le Brunei, le Guatemala, les îles Marshall, Nauru, Niue et le Panama – les dernières îles caribéennes, les îles Vierges Britanniques et Montserrat, ayant été ôtées⁹⁴⁹. Ce qui signifie que c'est en « Etats ou territoires soumis à *un régime fiscal privilégié* » que doivent désormais être analysés les paradis fiscaux caribéens – à l'exception du Guatemala – et non plus en tant qu'Etats ou territoires non coopératifs. En effet, l'article 238 A du Code général des impôts présente l'intérêt de proposer une dissociation du régime applicable aux produits extraterritoriaux de personnes – morales ou physiques – établies ou domiciliées en France.

l'être celui de la finance européenne. Le second atout tient au savoir-faire des paradis fiscaux caribéens dans le monde de l'*offshore*. C'est d'abord une excellente accessibilité doublée du charme d'une résidence luxueuse appréciée des clients des paradis, de leurs amis et relations. La taille et le statut de ces territoires garantissent une forte stabilité pour une spécialité financière qui exige discrétion et opacité » J.-P. CHARDON, « *Le Bassin Caraïbe et les paradis fiscaux* », *art. cit.*, pp. 61-62.

⁹⁴⁵ B. ZAGARIS, « *Regulation of International Financial Services* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, *op. cit.*, pp. 179-229.

⁹⁴⁶ « Rien ne s'oppose à ce que les contribuables choisissent pour réaliser une opération, les voies les moins onéreuses sur le plan fiscal pourvu que ces voies soient légales et ne tendent pas sous l'apparence d'actes réguliers à dissimuler des profits (...) » CE, 16 avril 1969, n° 68-662, *Revue de droit fiscal*, 1970, n° 51, com. 1474.

⁹⁴⁷ Art. 238-0 A, 1, al. 1^{er} du Code général des impôts. Sur la notion d'Etat ou territoires non coopératifs (ETNC), v. CASTAGNEDE, B., *Précis de fiscalité internationale*, *op. cit.*, pp. 167-175.

⁹⁴⁸ Art. 1^{er} de l'arrêté du 8 avril 2016 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du code général des impôts, *JORF* n° 0085 du 10 avril 2016, texte n° 4.

⁹⁴⁹ Arrêté du 21 décembre 2015 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du code général des impôts, *JORF* n° 0296 du 22 décembre 2015, p. 23714, texte n° 38.

Selon que les charges sont acquittées dans un Etat ou territoire soumis à *un régime fiscal privilégié*, réputé coopératif, ou dans un ETNC, la capacité à leur déductibilité varie. Dans le premier, l'inéligibilité à la déductibilité est relative⁹⁵⁰ et dans le second, elle est absolue⁹⁵¹. Autrement dit, il ne pèse sur le ressortissant français délocalisé dans un paradis fiscal caribéen qu'une présomption simple d'évasion fiscale dont la preuve des matérialité et proportionnalité suffit à l'en dégager.

132. L'exception d'extraterritorialité de l'impôt. S'agissant des personnes morales : les établissements exploités par *une personne morale établie en France* localisés à l'étranger⁹⁵² – à l'exception notamment des opérations réalisant un *cycle commercial complet*⁹⁵³, des entreprises qui, dans une certaine mesure, détiennent directement ou indirectement moins de 50 % des droits sociaux – sont imposables en France au titre de l'impôt sur les sociétés⁹⁵⁴. S'agissant des personnes physiques, un dispositif similaire est prévu à l'article 123 *bis* du Code général des impôts⁹⁵⁵.

133. L'intégration au résultat imposable en France d'actifs transférés hors de France. Il fait également l'objet d'une attention particulière⁹⁵⁶. Ce dispositif fait échec aux subtilités de la

⁹⁵⁰ Art. 238 A, al. 1^{er} du Code général des impôts. v. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 300 à 396.

⁹⁵¹ Art. 238, al. 3^e du CGI.

⁹⁵² Le caractère restrictif de ce dispositif s'est heurté, d'une part, au principe de liberté d'établissement sur le territoire de l'Union européenne (Art. 49, al. 1^{er} TFUE) à la limite que « (...) *l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité juridique par la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* » (Art. 209 B, II du CGI) et, d'autre part, à son immiscibilité avec les conventions fiscales (P. DIBOUT, « *L'article 209 B du CGI est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire ?* », Revue de droit fiscal, 1990, n° 44, p. 1485 ; J. TUROT, « *L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? A propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998* », Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales, 12/98, p. 940. V. également, CE, Ass., 28 juin 2002, *Schneider Electric* n° 232276 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, Aff. C-196/04, Rec., 2006, p. I-7995).

⁹⁵³ Art. 209 B, III, al. 1^{er} et 2 du Code général des impôts. Sur la notion de cycle commercial complet : « Le cycle complet d'opérations, dont l'exemple le plus caractéristique est celui des opérations d'achat de marchandises suivies de leur revente, correspond généralement à une série d'opérations commerciales, industrielles ou artisanales, dirigées vers un but déterminé et dont l'ensemble forme un tout cohérent. Ainsi, peuvent constituer un cycle commercial complet des opérations de transformation, des opérations de lotissement de terrain, des prestations de services et des opérations financières » Réponse du ministre du budget à M. Jean Valleix, Assemblée Nationale – Questions et réponses –, JORF n° 38 du 22 septembre 1980, p. 4020. v. notamment, BOI-IS-CHAMP-60-10-20, III-A, §140 et s. v. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 525 à 584.

⁹⁵⁴ L'article 209 B, I, 1, al. 1^{er} du CGI. Une dérogation faite à l'article 209, I du CGI posant le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés. Pour aller plus loin, v. MELOT, N., *Territorialité et mondialité de l'impôt - Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2002, 956 p.

⁹⁵⁵ Art. 123 *bis*, 1 du CGI. v. également, Art. 117 *quater*, I, 1, 1^{er} du CGI.

⁹⁵⁶ Art. 238 *bis*-0 I, I du CGI : « Une entreprise (qu'elle soit redevable de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés) qui a transféré ou transfère hors de France, directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, des éléments de son actif à une personne, à un organisme, dans un trust ou dans une institution comparable, en vue de les gérer dans son intérêt ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur, comprend dans son résultat imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs ou des biens acquis en emploi ». Parenthèses ajoutées.

tradition anglo-saxonne tendant à dissocier la propriété juridique de la propriété économique dans le cas du *trust* notamment.

134. L'inopportunité du recours à la subrogation. Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus font l'objet d'une imposition⁹⁵⁷ même, à certains égards, en présence d'une convention de non double imposition⁹⁵⁸. Ce qui remédie à l'usage de dispositifs tels que le prête-nom.

135. L'imposition sur présomption quasi-irréfragable de transferts indirects de bénéfices à l'étranger. Lorsque les entreprises – relevant de l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu – (sont) établies dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié notamment, l'administration fiscale est exemptée de faire la démonstration de l'existence d'un lien de dépendance – juridique ou économique – entre les entreprises⁹⁵⁹. Le simple fait que l'entreprise française consente un avantage anormal à l'entreprise basée dans un paradis fiscal suffit à faire courir la présomption.

136. Les déclarations. On trouve notamment l'obligation pour les *personnes physiques, associations et sociétés non commerciales* établies en France de déclarer leurs actifs disponibles à l'étranger⁹⁶⁰ ; l'obligation de déclaration des administrateurs de *trusts*⁹⁶¹ au risque de l'infliction de sanctions fiscales⁹⁶².

137. L'assistance administrative interétatique. Il peut être envisagé l'insertion d'une clause – ou la conclusion d'une convention⁹⁶³ – d'assistance administrative dans les conventions fiscales conclues entre la France et les Etats étrangers prévoyant l'échange d'informations afin de lutter contre les fraude et évasion fiscales. Mais, son application reste limitée à l'exercice effectif de

⁹⁵⁷ Art. 155 A, I du CGI. v. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 200 à 264.

⁹⁵⁸ CE, 28 mars 2008, *Aznavor*, n° 271366.

⁹⁵⁹ Art. 57 du CGI. En principe, l'administration doit apporter la preuve de « l'existence d'un lien de dépendance entre l'entreprise située en France et l'entreprise située hors de France ainsi que des majorations ou minoration des prix, ou des moyens analogues de transfert de bénéfices » (CE, Plén., 27 juillet 1987, *Boutique 2 M*, n° 500020, Revue de droit fiscal, 1988). Cependant, par dérogation, l'article 57, al. 2 du CGI dispose : « La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A ou établies ou constituées dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ». v. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 7 à 137.

⁹⁶⁰ Art. 1649, al. 2 et 3 du CGI. v. également, art. 1649 AA du CGI.

⁹⁶¹ Art. 1649 AB, al. 1^{er}, 2 et 3 du CGI.

⁹⁶² Art. 1736, IV, 2 et IV bis du CGI.

⁹⁶³ Confer le modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale de l'OCDE.

la souveraineté de l'Etat cosignataire. Autrement dit, il n'est aucune obligation de réciprocité, de transparence notamment dans l'échange d'informations.

138. La sanction de la propriété immobilière fantôme. Il n'est pas exclu que des résidents français soient dissimulés derrière des sociétés domiciliées dans des paradis fiscaux disposant d'un droit de propriété sur des immeubles situés en France. L'administration fiscale n'hésite pas à les sanctionner à hauteur de 3 % de la valeur vénale desdits immeubles au titre de *la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des entités juridiques*⁹⁶⁴. Ce dispositif s'accompagne toutefois d'exonérations⁹⁶⁵.

139. La quote-part européenne. A cet arsenal interne, il convient de rajouter les méthodes de l'Union européenne pour la lutte contre l'évasion fiscale telles que la « directive sur la lutte contre l'évasion fiscale »⁹⁶⁶ ou encore la directive de « l'Assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) » en l'état d'achèvement.

140. Un pragmatisme. L'Etat français opère cette chasse à l'évasion fiscale dans un objectif très clair d'annihilation des propriétés fondamentales des centres financiers *offshore*. Il faut pour autant parvenir à sortir du normativisme émotionnel :

« (Si) toutes ces règles ont un grand mérite – elles donnent aux acteurs économiques des règles du jeu précises : ceux qui s'y soumettent sont assurés de n'être assujettis à aucune sanction ; ceux qui s'en écartent connaissent le risque qu'ils encourent – (elles) ont cependant un défaut : elles ne permettent pas de faire face à toutes les situations d'évitement de l'impôt. De fait, l'imagination des praticiens est fertile et conduit souvent à donner aux particuliers et aux entreprises un train d'avance, si l'on peut dire, sur la réaction du législateur. Le respect des conditions légales n'est, dans ces conditions, qu'un brevet trompeur de civisme fiscal »⁹⁶⁷.

En outre, il peut être pointé du doigt, une sorte de discontinuité des réseaux du droit. Si la loi s'échine à prévenir le risque d'évasion fiscale, la marge d'appréciation du juge en constitue la limite. Récemment, le Conseil constitutionnel est venu censurer l'article 137 de la loi relative à la

⁹⁶⁴ Art. 990 D du CGI. V. notamment, *Paradis fiscaux et opérations internationales*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, § 750 à 798.

⁹⁶⁵ Art. 990 E du CGI.

⁹⁶⁶ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *JOUE* n° L. 193 du 19 juillet 2016, pp. 1-14.

⁹⁶⁷ D. GUTMANN, « *Droit et fraude fiscale* », *art. cit.*, p. 976. Italiques ajoutés.

transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique instaurant le « *reporting fiscal* » pays par pays constituant une violation de la liberté d'entreprendre⁹⁶⁸.

Quoiqu'il en soit, ces écueils de la lutte française contre l'évasion fiscale, qui ne sont pas un apanage français, pérennisent l'accession aux *vacances fiscales* des plus astucieux. Satellisée en outre-mer, la tradition répulsive de la France, explique en grande partie l'incapacité des Antilles françaises à concurrencer les pays caribéens et donc à se constituer en terres d'attraction. Mais, « pour essayer de survivre dans cet univers impitoyable, les Etats et les collectivités locales ont besoin d'attirer capitaux ou investissements et doivent au moins tenter d'empêcher leur fuite »⁹⁶⁹.

II. De la procédure dans la levée de l'option de la dépense fiscale en France

141. Un arbitraire fiscal. La France se leste de régimes fiscaux, complexes et diffus par endroits, dont les conditions, souvent multiples, et assiettes sont particulièrement caractérisées par une exigence de *quanta* – le chiffre d'affaire, la durée d'exercice notamment. Il arrive que ceux-là connaissent un assouplissement dirigé dans le sens d'un soutien affiché à certaines entreprises ou productions – on parle d'une « politique de dépense fiscale » distincte d'une « politique fiscale par la norme »⁹⁷⁰. Cet interventionnisme fiscal de l'Etat, par sa forme, introduit une discrimination dans les rapports d'économie dès lors caractérisés par l'exclusion et la sélectivité. On distingue une dépense fiscale active – la charge du risque de l'opération est intégralement assumée par l'opérateur économique qui doit décrocher son investissement ; l'Etat n'intervient qu'en contrepartie de ce risque (**B**) – et une dépense fiscale passive – la charge du risque est intégralement assumée par l'Etat ; une dépense fiscale clé en main assortie d'un gain économique à rebours à l'image de la densification de la concurrence notamment (**A**).

⁹⁶⁸ « (...) l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, le paragraphe I de l'article 137 de la loi déferée est contraire à la Constitution. Il en va de même du reste de cet article, qui en est inséparable » Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 sur la loi relative, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 4, pt. 103.

⁹⁶⁹ H. ISAÏA ET J. SPINDLER, « *Déréglementation et fiscalité* », *art. cit.*, p. 529.

⁹⁷⁰ Voir *supra* note n° 906.

A – La dépense fiscale passive

142. Tantôt chronique, tantôt erratique, l'avantage fiscal est apparu fonction de l'ininteruption de liens de droit (§2), de la situation géographique de l'opération économique (§1), du projet social (§3) notamment.

§1. L'exemple du zonage franc

143. Définition.

« La zone franche est avant tout une enclave ouverte sur l'extérieur qui bénéficie de nombreuses mesures d'exceptions au droit commun à l'intérieur d'un espace juridique national : peu ou pas d'impôt et de droit de douane, absence de charges sur les salaires, disparition de taxes, offres de prêts bancaires bonifiés, encouragements et soutiens des pouvoirs publics, équipements collectifs réalisés par les gouvernements, etc. »⁹⁷¹.

144. **Intérêt.** Les Antilles françaises éprouvent la perte d'une chance économique avec la difficile captation de l'IDE au profit de territoires déréglementés, dérégulés. La légitimité du dispositif des zones franches se situe généralement là où le besoin économique est à l'acmé – dans la ville, en périphérie, en campagne notamment. Il s'agit, entre autres, de tenter de reproduire, se rapprocher à tout le moins, dans la limite du juridiquement acceptable, des dispositifs avantageux disponibles à l'étranger.

145. **La zone franche urbaine-territoire entrepreneur (ZFU-TE)**⁹⁷². Il s'agit d'un mécanisme à portée compensatoire visant au désenclavement territorial par le renforcement des politiques de développement dans les *zones caractérisées par des handicaps géographiques, économiques ou*

⁹⁷¹ C. GELBRAS, « Dossier : réflexion sur les zones franches », publié sur le site de l'Union des commerçants foyalais en 2013 (URL : <http://ucfoyal.fr/>), p. 3.

⁹⁷² v. notamment, C. BRUNO, « Les zones franches urbaines : avantages fiscaux », AJDI, 1997, p. 201 ; G. CAHIN, « Les zones franches urbaines : bilan juridique provisoire », AJDA, 1999, p. 467 ; A.-S. FRANC, « L'impôt sur les sociétés dans les zones franches urbaines », JA n° 355/2007, p. 30.

*sociaux*⁹⁷³. Aujourd'hui, dans sa version dépouillée⁹⁷⁴, il consiste désormais en la simple exonération partielle d'impôts sur le revenu ou sur les sociétés⁹⁷⁵ des entreprises éligibles⁹⁷⁶ exploitées dans son périmètre dans le cadre obligatoire d'un contrat de ville⁹⁷⁷. En contrepartie, ces dernières se devront de satisfaire à une clause d'embauche⁹⁷⁸. Ce dispositif est plafonné⁹⁷⁹ et limité dans le temps quoique prorogable⁹⁸⁰. La Guadeloupe en dispose de trois, implantées aux Abymes, à Pointe-à-Pitre et à Basse-Terre et la Martinique d'une seule, implantée à Fort-de-France.

146. Les zones franches d'activité (ZFA)⁹⁸¹. Il s'agit un dispositif-package spécifique à l'outre-mer – s'affranchissant d'une condition strictement spatiale à l'inverse de la ZFU-TE –, qui prévoit l'allocation d'un abattement fiscal sur les bénéfices⁹⁸², majorable dans le cas du tourisme notamment⁹⁸³, à des entreprises exploitées en outre-mer et répondant à des critères précis⁹⁸⁴. « Package » car il s'accompagne d'un certain nombre de dispositifs prothèses tels que l'abattement dégressif sur la base d'imposition à la taxe foncière sur les propriétés bâties⁹⁸⁵, l'exonération partielle

⁹⁷³ L'article 42, 3, B, al. 1^{er} (en sa version modifiée en vigueur) de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* n° 31 du 5 février 1995, p. 1973, dispose : « *Des zones franches urbaines - territoires entrepreneurs sont créées dans des quartiers de plus de 8 500 habitants (alinéa 2 de la présente disposition) particulièrement défavorisés. (...) Leur délimitation (tient compte) des éléments de nature à faciliter l'implantation d'entreprises ou le développement d'activités économiques. Cette délimitation pourra prendre en compte des espaces situés à proximité du quartier, si ceux-ci sont de nature à servir le projet de développement d'ensemble dudit quartier. (...)* ». Parenthèses ajoutées.

⁹⁷⁴ Le dispositif comprenait autrefois une exonération totale d'impôt sur les sociétés ou sur le revenu, l'exonération de charges sociales patronales (Art. 12 et s. de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *JORF* n° 266 du 15 novembre 1996, p. 16656), de la taxe foncière sur les propriétés bâties (Art. 1383 B, 1383 C, 1383 C bis et 315 septies A et s. du Code général des impôts).

⁹⁷⁵ Art. 44 octies A, I, al. 1^{er} du CGI : « (...) Ces bénéfices sont soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés à concurrence de 40 %, 60 % ou 80 % de leur montant selon qu'ils sont réalisés respectivement au cours de la première, de la deuxième ou de la troisième période de douze mois suivant cette période d'exonération ». V. également, les dispositions figurant aux articles 49 K et s. de l'annexe 3 du CGI.

⁹⁷⁶ Art. 44 octies A, I, al. 1^{er} du CGI ; Art. 44 octies A, I, al. 2 du CGI ; Art. 44 octies A, II, d), al. 5 et 8 du CGI. Il faut également noter la permanence de la réglementation traditionnelle portant sur la forme que doit revêtir les entreprises concernées, leur régime d'imposition, les conditions de leur implantation notamment. A ce propos, *confer* BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10 et BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-20.

⁹⁷⁷ Art. 44 octies A, II, al. 6 du CGI.

⁹⁷⁸ Art. 44 octies A, II, al. 5 du CGI.

⁹⁷⁹ Art. 44 octies A, II, al. 4 du CGI.

⁹⁸⁰ Art. 48, I, 1°, a) de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finance rectificative pour 2014 : « *A la première phrase (de l'article 44 octies A du Code général des impôts), l'année : « 2014 » est remplacée par l'année : « 2020 »*, *JORF* n° 0301 du 30 décembre 2014, p. 22898, texte n° 3.

⁹⁸¹ Art. 4 et s. de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, *JORF* n° 0122 du 28 mai 2009, p. 8816, texte n° 1. V. notamment, *Rapport n° CGEFI-16-02-09 Revue des dépenses sur les zones franches d'activité outre-mer*, Contrôle général économique et financier, 2016.

⁹⁸² Art. 44 quaterdecies, II du CGI.

⁹⁸³ Art. 44 quaterdecies, III du CGI. *Confer* l'article 49 ZC, I, 3 de l'annexe 3 du CGI pour une explication des activités de tourisme concernées.

⁹⁸⁴ Art. 44 quaterdecies, I, al. 1^{er} du CGI.

⁹⁸⁵ Art. 1388 quinquies du CGI.

dégressive de la taxe foncière sur les propriétés non bâties⁹⁸⁶, l'abattement dans la limite de 150 000 € par an sur la base nette imposable à la cotisation foncière des entreprises⁹⁸⁷.

147. Les zones de revitalisation rurale (ZRR)⁹⁸⁸. Aucune commune des Antilles françaises n'y est référencée – ce qui n'exclut pas un futur classement salutaire. Elles poursuivent l'objectif d'une exonération d'impôt sur le revenu, sur les sociétés ou foncier « *des entreprises qui sont créées ou reprises entre le 1er janvier 2011 et le 31 décembre 2020, soumises de plein droit ou sur option à un régime réel d'imposition de leurs résultats et qui exercent une activité industrielle, commerciale, artisanale au sens de l'article 34 ou professionnelle au sens du 1 de l'article 92* »⁹⁸⁹. Ce qui aurait pour conséquence d'encourager l'investissement immobilier – à fin de création ou rénovation – de tourisme en milieu rural notamment.

148. Les zones franches globales (ZFG). (Trop ?) rares – la Corse (de 1997 à 2002), l'Est de La Réunion, les Ardennes prorogées à fin 2017 –, elles consistent en l'exonération fiscale, sociale notamment, de la quasi-totalité des activités économiques du territoire concerné. Ardemment souhaitées par les acteurs économiques – ils visent « l'exonération de toutes les taxes et charges assises sur les salaires, sur les investissements, la cotisation foncière des entreprises (CFE), la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), la taxe foncière, la taxe de séjour, l'octroi de mer et une TVA à taux zéro »⁹⁹⁰ –, elles font l'objet d'une programmation pour la plupart des territoires ultramarins⁹⁹¹.

149. Limites. Les zones franches sont « une création unilatérale de l'Etat »⁹⁹² ; elles sont à la discrétion étatique exclusive. Autrement dit, si l'initiative publique, apanage du niveau local, est motivée par la réalité économique locale, l'action publique en est éloignée. Ce qui s'avère être le substrat de volontés d'une véritable subsidiarisation des compétences en matière de création de

⁹⁸⁶ Art. 1395 H du CGI.

⁹⁸⁷ Art. 1466 F du CGI.

⁹⁸⁸ Art. 42 et s. de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, précitée.

⁹⁸⁹ Art. 44 *quindecies* du CGI.

⁹⁹⁰ *Confer* « Propositions pour un plan de relance et un nouveau modèle économique et social de la grande hôtellerie à la Martinique » du Groupement professionnel de la Grande hôtellerie (GPGH), octobre 2012.

⁹⁹¹ Art. 124, II de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, précitée : « *Dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport dressant un bilan exhaustif des zones franches urbaines, zones de revitalisation urbaine, zones franches d'activité et zones de revitalisation rurale en vigueur dans les territoires d'outre-mer. Ce rapport présente également les conditions de mise en œuvre d'une zone franche globale à compter du 1er janvier 2019 pour une durée de dix ans renouvelable* ».

⁹⁹² G. CAHIN, « *Les zones franches urbaines : bilan juridique provisoire* », art. cit.

zones franches. Le rôle des collectivités territoriales, particulièrement d'outre-mer, ne sauraient se limiter à la stricte consultation étant les plus à même de juger et décider des nécessités économiques d'instauration et de prolongation d'une zone franche sur leurs territoires. On aurait pu croire en le risque de requalification du dispositif entraînant, séquentiellement, une rupture d'égalité entre les citoyens, l'égalité étant un principe constitutionnel⁹⁹³ et de l'Union⁹⁹⁴, cependant, le juge consitutionnel estime que « (...) le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire national dans un but d'intérêt général »⁹⁹⁵. La Commission européenne pose ensuite des critères quant à l'éligibilité des zones, à la personne des bénéficiaires et aux forme et intensité des aides⁹⁹⁶ qui réduisent sensiblement leur portée non seulement du point de vue interne⁹⁹⁷ mais aussi externe – l'impropriété à concurrencer les paradis fiscaux caribéens⁹⁹⁸. Aussi, en outre d'être limité dans l'espace, le mécanisme des zones franches est limité dans le temps ce qui a pour conséquence de favoriser les effets d'aubaine – les structures n'hésiteront pas à se délocaliser en zone franche et repartir une fois le terme échu puisqu'en vertu du principe de la liberté économique⁹⁹⁹, il n'est aucune obligation de maintien post-période franche ou d'obligation de répercussion des avantages fiscaux sur les prix facturés aux clients – et, par là même, favoriser une tendance inflationniste :

« (...) des surenchères et des demandes de dérogation supplémentaires de telle sorte que la spirale s'auto-alimente, et que l'on finit par devoir imaginer des adaptations (...) aux effets pervers des adaptations »¹⁰⁰⁰.

⁹⁹³ Art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁹⁹⁴ Art. 107 §1 TFUE : « (...) sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

⁹⁹⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 sur la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JO n° 1^{er} février 1995, p. 1706, *Rec.* p. 183, cons. 34.

⁹⁹⁶ Communication de la Commission européenne n° 97/C 146/08, *Encadrement des aides d'Etat aux entreprises dans les quartiers urbains défavorisés*, JOCE n° C 146/6 du 14 mai 1997, § 7 à 16.

⁹⁹⁷ *Exempli gratia* « (...) faire naître des comportements d'assistance qui, à l'échelle d'un territoire, auraient l'effet inverse de l'effet dynamisant recherché et provoqueraient de la part du reste de la population des phénomènes de rejet (Le rapport du Conseil national des villes cité in G. CAHIN, « *Les zones franches urbaines : bilan juridique provisoire* », art. cit.).

⁹⁹⁸ « (...) les « paradis fiscaux » ne constituent nullement un type particulier de zones franches, même si les uns et les autres ont en commun de se soustraire à l'impôt. (...) Leurs fonctions exclusivement bancaires et financières n'ont (...) rien à voir avec celles des zones franches, dont la finalité est fondamentalement la production industrielle ainsi que la fourniture de services commerciaux » F. BOST, « *Les zones franches, interfaces de la mondialisation* », *Annales de géographie*, 2007/6, n° 658, p. 567.

⁹⁹⁹ Art. 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 dite « Décret d'Allarde » portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente : « (...) il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon (...) ».

¹⁰⁰⁰ Anne-Marie Le Pourhiet citée in G. CAHIN, « *Les zones franches urbaines : bilan juridique provisoire* », art. cit.

Enfin, en l'état, il est loisible de constater un large éventail de régimes fiscalement avantageux¹⁰⁰¹ sans qu'ils puissent, toutefois, faire l'objet de cumul¹⁰⁰² même s'il est quelques exceptions telles que l'exonération d'impôt des entreprises nouvelles qui peut être cumulée avec le régime des ZRR notamment ou encore les régimes de défiscalisation cumulables avec celui des ZFA. La loi prévoit la faculté d'option pour le régime le plus avantageux en cas de satisfaction aux conditions requises¹⁰⁰³.

§2. L'exemple de la fiscalité des *holdings*

150. Un paradis fiscal à la française. Le régime fiscal des groupes de sociétés fait figure d'allégorie de la dépressurisation fiscale en France envisagé comme une véritable dépense fiscale. Si le groupe de sociétés n'a pas la personnalité juridique¹⁰⁰⁴, il dispose, en revanche, d'une personnalité fiscale par approvisionnement du droit d'un certain nombre d'avantages sous réserve de la satisfaction à des conditions spécifiques. Des sociétés sont amenées à opter pour le régime de l'intégration fiscale et/ou pour celui des sociétés mères.

151. L'hétérologie de l'impôt : un principe. En France, il est un principe fiscal : celui de la « personnalité de l'impôt ». Il procède, en principe, des degrés d'indépendance juridique d'une entité. En règle générale, dans un mouvement d'expansion, selon qu'une société se ramifiera sous la forme d'une succursale ou d'une filiale, le traitement fiscal variera – la première étant le prolongement juridique de ladite société alors que la deuxième n'en étant que le prolongement économique¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰¹ Les régimes de zones franches d'un côté et un ensemble de régimes annexes tels que le régime des entreprises nouvelles (Art. 44 *sexies*, 44 *septies* du CGI).

¹⁰⁰² BOI-BIC-CHAMP-80-10-80, IV-B § 430.

¹⁰⁰³ C'est le cas notamment pour le dispositif concernant les ZFU-TE (Art. 44 *octies* A, III, al. 3 du CGI) ; le dispositif sur les entreprises nouvelles (Art. 44 *sexies* A, III du CGI) notamment.

¹⁰⁰⁴ FARJAT, G. *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁰⁵ Voir *infra* II. Une discontinuité dans la dépendance de la succursale du fait de la loi applicable. V. notamment, H. AZARIAN, « *Succursales* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 28-40, 2015.

152. L'homologie de l'impôt : une exception. Pour remédier au principe d'individualité fiscale – l'imposition séparée ses sociétés –, le législateur français consacre les régimes optionnels de l'intégration fiscale¹⁰⁰⁶ et des sociétés mères-filles¹⁰⁰⁷.

153. L'intégration fiscale¹⁰⁰⁸. Souscrite pour cinq ans tacitement reconduits¹⁰⁰⁹, l'option consiste pour une société mère à *se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe* qu'elle constitue librement. Le modèle intégratif variera selon le mode de détermination de la société mère. *Sur l'intégration verticale* – modèle de droit commun. Les sociétés intégrées doivent être détenues, sans interruption au cours de l'exercice, au moins à 95 % par la société intégrante directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables membres du groupe eux-mêmes détenus continûment, directement ou indirectement, à 95 % au moins par la société mère par l'intermédiaire de sociétés du groupe ou de sociétés intermédiaires¹⁰¹⁰. Inversement, le capital de la société intégrante ne doit pas être détenu à plus 95 %¹⁰¹¹. Société intégrante et sociétés intégrées doivent relever de l'impôt sur les sociétés¹⁰¹². Il est également une exigence de simultanéité des ouverture et clôture des exercices des sociétés¹⁰¹³. *Sur l'intégration horizontale¹⁰¹⁴*. S'il est un critère de nationalité française des sociétés mères, il ne fait

¹⁰⁰⁶ Art. 223 A et s. du Code général des impôts. Sur le régime de l'option, v. art. 46 *quater*-0 ZD du CGI. Pour une vue d'ensemble, v. notamment, CHARVERIAT, A. ET FENA-LAGUENY, E. *Intégration fiscale 18-19 : résultat d'ensemble, restructurations, déclarations, conventions*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2017, 956 p. ; Y. RUTSCHMANN ET P.-H. DURAND, « *Le système de l'intégration à la française face aux exemples étrangers* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, 511 ; VARIU AUCTORES, « *Gestion fiscale des groupes de sociétés : actualités et perspectives* », Revue de droit fiscal 2012, n° 50, 552-561.

¹⁰⁰⁷ G. BLANLUET, « *Le régime des sociétés mères : Etat des lieux et perspectives* », Revue de droit fiscal, 2014, n° 41, 564 ; M. PONCELET ET T. AFANTROUSS, « *Le régime mère-fille : un régime d'exonération à la faveur d'un actionnariat stable* », Revue de droit fiscal, 2016, n° 18-19, 308.

¹⁰⁰⁸ **Exemple** (intégration fiscale horizontale) : le 1^{er} février 2019, un gérant d'entreprise crée une société d'assurance (société A) établie en France hexagonale détenue à 84 % par une société X passible de l'impôt sur les sociétés en France. La société A détient directement à 80 % un *bed and breakfast* (société B) détenu à 20 % par une agence de voyage (société C) dont le capital est détenu à 95 % par la société A et à 5 % par la société X. Les sociétés B et C sont établies en Martinique. La société A exerce l'option pour former un groupe vertical avec B et C sur le fondement des dispositions du premier alinéa du I de l'article 223 A du Code général des impôts. Les sociétés B et C, passibles de l'IS, sont détenues directement ou indirectement par la société A, société mère, détenue à moins de 95 % par une société établie en France. La société A réalise un déficit de 74 000 euros, B réalise un bénéfice de 117 000 euros, C réalise un bénéfice de 10 000 euros et dispose d'un déficit reportable de 6 700 euros avant l'intégration au dispositif. La société mère déclare 46 300 euros pour l'ensemble du groupe. Aux motifs que le déficit de A s'impute sur le résultat du groupe, B déclare un bénéfice de 117 000 euros, C déclare un bénéfice de 3 300 euros puisque le déficit antérieur de 6 700 euros s'impute sur son bénéfice. Le montant de l'impôt sur les sociétés s'élève donc à 14 353 euros – à compter du 1^{er} janvier 2019, le taux normal d'imposition sur le bénéfice des sociétés est de 31 %. Sans le régime de l'intégration fiscale, le montant d'impôt sur les sociétés aurait été de 37 293 euros.

¹⁰⁰⁹ Art. 223 A, III, al. 2 du Code général des impôts.

¹⁰¹⁰ Art. 223 A, I, al. 1^{er} du CGI. Pour une approche schématique, v. BOI-IS-GPE-10-20-10, I, §50.

¹⁰¹¹ Art. 223 A, I, al. 3 du CGI.

¹⁰¹² Art. 223 A, I du CGI.

¹⁰¹³ Art. 223 A, III, al. 2 du CGI.

¹⁰¹⁴ V. notamment, E. FENA-LAGUENY ET J.-PH. BIDEGAINBERRY, « *L'intégration horizontale : premier bilan du régime futur* », Editions Francis Lefebvre 2014, n° 52, p. 3 ; L. LECLERCQ, A.-M. MERLE ET J. DU PASQUIER, « *Groupes de*

désormais plus obstacle à une détention extraterritoriale du capital¹⁰¹⁵ – des sociétés sœurs ou cousines implantées en France vont former un groupe fiscal, l'une d'entre elles se constituera en interface d'imputation de l'impôt. Sera estampillable « société mère », la société dont le capital est détenu continûment à au moins 95 % par une société ou un établissement stable dit « non résident » *soumis à un impôt équivalent à l'IS dans un État membre de l'Union européenne (UE) ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales* directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables, dits « étrangers », eux-mêmes détenus à 95 % par le « non résident » dans les mêmes conditions que précédemment directement ou indirectement par l'intermédiaire de la société mère, de sociétés étrangères, intermédiaires ou membres du groupe¹⁰¹⁶. Il est à noter que l'intégration fiscale n'a pas vocation à dissoudre les personnalités juridiques des filiales qui doivent y consentir – elles peuvent aussi librement décider d'en sortir. Ainsi, l'assiette de l'intégration fiscale comprend les résultats fiscaux de chacune des sociétés du groupe¹⁰¹⁷, dont les déficits – postérieurs à l'entrée dans le régime – viendront en réduction, retranchés – ou majorés notamment dans le cas de la réintégration des charges financières issue de l'amendement « Charasse » visant à prévenir les rachats à soi-même¹⁰¹⁸ –, pour éviter les doubles impositions ou déductions, de certaines opérations financières intra-groupe telles que les plus-values ressortissant de cessions d'immobilisations¹⁰¹⁹, la circulation des dividendes – au vu de la fiscalisation de la quote-part de frais et charges sur les dividendes distribués par les filles aux mères¹⁰²⁰ –, les subventions et abandons de créance internes¹⁰²¹. Le résultat bénéficiaire entraîne

sociétés : après les sœurs jumelles, les sœurs intégrées ? », Revue de droit fiscal 2014, n° 12, p. 183 ; L. LECLERCQ, A.-M. MERLE ET J. DU PASQUIER, « *Vers un régime de groupe entre sociétés sœurs* », Revue de droit fiscal 2014, n° 26, p. 347.

¹⁰¹⁵ CJCE, 27 novembre 2008, *Papillon*, Aff. n° 418/07, *Rec.*, 2008, p. I-08947, pt. 63. v. notamment, N. BOYNES, « *Les fragilités du régime français d'intégration fiscale au regard de la jurisprudence de la CJUE* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, p. 513 ; E. BOKDAM-TOGNETTI, « *La jurisprudence de la CJUE en matière d'intégration fiscale et sa réception par le juge administratif français* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, p. 512.

¹⁰¹⁶ Art. 223 A, I, al. 2 du CGI. Pour une approche schématique, v. BOI-IS-GPE-10-30-50, I, B, §50.

¹⁰¹⁷ Art. 223 B, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰¹⁸ Art. 223 B, al. 6 du CGI.

¹⁰¹⁹ Art. 223 F du CGI.

¹⁰²⁰ L'alinéa 2 de l'article 223 B anciennement rédigé du CGI disposait : « *Le résultat d'ensemble est diminué de la quote-part de frais et charges afférente aux produits de participation perçus par une société du groupe d'une société membre du groupe depuis plus d'un exercice et aux produits de participation perçus par une société du groupe d'une société intermédiaire, d'une société étrangère ou de l'entité mère non résidente pour lesquels la société mère apporte la preuve qu'ils proviennent de produits de participation versés par une société membre du groupe depuis plus d'un exercice et n'ayant pas déjà justifié des rectifications effectuées en application du présent alinéa ou du troisième alinéa* ». Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une telle exemption fiscale portait atteinte à la liberté d'établissement CJUE, 2 septembre 2015, *Groupe Steria SCA c/ Ministère des Finances et des comptes publics*, Aff. n° C-386/14, *Rec.*, numérique, §41. Par l'article 40 de la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015, *JORF* n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24701, texte n° 2, le taux de la quote-part pour frais et charges est abaissé de 5 % à 1% pour les sociétés éligibles au régime des sociétés mères filles intégrées fiscalement.

¹⁰²¹ Art. 223 B, al. 5 du CGI.

une liquidation de l'impôt sur les sociétés au taux normal d'imposition¹⁰²². En cas de résultat déficitaire, le déficit est reportable en déduction des bénéfices des exercices successifs – report en avant¹⁰²³ – sans limite ou, par option, en déduction des bénéfices des exercices antérieurs – report en arrière¹⁰²⁴ – dans la limite de l'exercice précédent et d'un montant d'un million d'euros¹⁰²⁵ ouvrant ainsi droit à une créance d'impôt. L'intérêt d'un tel dispositif ne réside pas dans sa capacité à faire disparaître l'impôt dans sa totalité mais à solidariser les résultats des sociétés membres, y compris déficitaires, du groupe dans un objectif d'économie d'impôt¹⁰²⁶ ce qui en fait un instrument particulièrement compétitif pour le groupe de sociétés quoique non exempt d'inconvénients¹⁰²⁷.

154. Le régime des sociétés mères¹⁰²⁸. Afin de contourner une double imposition annoncée – l'imposition du bénéfice réalisé par la société fille puis l'imposition des distributions de la fille à la mère –, le régime des *holdings* français est excepté du second volet fiscal. Souple d'utilisation quant à l'absence de formalisme, il permet, par option, l'exonération des dividendes versés régulièrement et officiellement¹⁰²⁹ par la fille à la mère, hormis la quote-part de frais et charges de 5 %¹⁰³⁰. Autrement dit, l'assiette de l'impôt sur les sociétés mères est franche des

¹⁰²² Art. 219 du CGI.

¹⁰²³ Art. 209, I, al. 3 du CGI.

¹⁰²⁴ Art. 220 *quinquies* du CGI.

¹⁰²⁵ Art. 220 *quinquies* I, al. 3 du CGI.

¹⁰²⁶ B. BONHERT, « *Quelles sont les règles de répartition des charges ou économies d'impôt au sein d'un groupe intégré ?* », Editions Francis Lefebvre 4/17, n° 1, p. 2 ; PH. NEAU-LEDUC, « *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national* », Revue de droit fiscal 2012, n° 50, p. 554.

¹⁰²⁷ E. QUENTIN, « *Quel avenir pour le régime d'intégration fiscale ?* », Revue française de comptabilité, mai 2018, n° 520, pp. 2-3. L'auteur propose un tour d'horizon sur les avantages et inconvénients de l'intégration fiscale avant d'en envisager l'évolution potentielle.

¹⁰²⁸ **Exemple** : reprenons l'exemple pris dans le cadre de l'intégration fiscale. Les sociétés B et C souhaitent effectuer une distribution de dividendes dans les conditions de droit commun à la société A. Au vu du dispositif, les sociétés A, B et C, formant un groupe vertical en application du premier aliéna du I de l'article 223 A du Code général des impôts, sont éligibles au régime mère-fille. Les titres de participation, nominatifs, sont détenus en pleine propriété par la société A à plus de 5 % du capital des sociétés émétrices B et C. Mère et filles sont passibles de l'IS. La société A perçoit des dividendes des sociétés B et C d'un montant de 30 000 euros correspondant au résultat d'ensemble déclaré par la société mère retranché de l'IS – le dividende est prélevé sur le bénéfice de l'exercice courant. Les dividendes – bénéfices distribuables – que perçoit la société mère ne sont pas à intégrer aux bénéfices imposables ; ils sont exonérés d'IS en application du régime des sociétés mères et ne sont pas soumis aux prélèvements sociaux. Toutefois, un taux de 1 % au titre de la quote-part pour frais et charges grève les dividendes perçus des filles puisque, on l'a vu, dans le cadre de l'intégration fiscale, la quote-part pour frais et charges n'est plus neutralisée – on passe d'une exonération totale des dividendes à une exonération partielle – mais diminuée de 5 % à 1 % – en dehors des groupes soumis au régime de l'intégration fiscale, la réintégration de la quote-part de 5 % continue de s'appliquer. La base taxable à l'IS s'élève à 300 euros (30 000 x 0,01). L'impôt sur les dividendes s'élève à 93 euros (300 x 0,31).

¹⁰²⁹ Sur le caractère officiel des produits distribués, v. CE, 8^e et 9^e sous-section, 6 juin 1984, *SA Compagnie financière de Suez*, req. n°s 35415 et 36733.

¹⁰³⁰ Art. 216, I, al. 2 du Code général des impôts. Elle correspond à la fraction des charges d'exploitation de la *holding* correspondant à la gestion de sa participation dans sa fille (SERLOOTEN, P. *Droit fiscal des affaires*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 433-438, spéc. p. 435). Par l'article 40 de la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015, *JORF* n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24701, texte n° 2, le taux de la quote-part pour frais et charges est abaissé de 5 % à 1% pour les sociétés éligibles au régime des sociétés mères filles intégrées fiscalement.

dividendes distribués par leurs filiales, y compris des produits des titres de participation auxquels aucun droit de vote n'est attaché¹⁰³¹. L'éligibilité au régime des sociétés mères-filles réside dans la satisfaction à plusieurs conditions. Les sociétés mère et filles relèvent toutes deux, totalement ou partiellement, de l'impôt sur les sociétés¹⁰³² indépendamment de leur forme juridique. Les droits sociaux doivent être directement détenus¹⁰³³ – bien qu'il soit désormais admis que les titres de participation puissent être détenus par le biais d'un intermédiaire tel qu'un fiduciaire¹⁰³⁴ – en pleine propriété ou en nue propriété¹⁰³⁵ ou conservés pendant un délai de deux ans – variable selon le pourcentage de détention –¹⁰³⁶ et représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice¹⁰³⁷. Il convient toutefois de préciser que la nationalité de ces sociétés est sans importance dès lors qu'elles répondent au critère de l'établissement stable en France¹⁰³⁸. Il en va ainsi de sa capacité à percevoir les dividendes provenant de sociétés non parties au groupe fiscal ou de sociétés établies dans des Etats ou territoires non coopératifs (ETNC) à condition que *la société mère apporte la preuve que les opérations de la société établie hors de France dans laquelle est prise la participation correspondent à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un Etat ou territoire non coopératif*¹⁰³⁹. Ainsi, une société mère établie en Guadeloupe est exonérée à proportion des dividendes versés par sa fille caïmanienne pour peu que cette dernière fasse œuvre de transparence¹⁰⁴⁰.

¹⁰³¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash* [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote], *JORF* n° 0030 du 5 février 2016, texte n° 76, pt. 10.

¹⁰³² Cour administrative d'appel de Bordeaux, 25 octobre 2007, req. n° 05BX01673, *Société Charentaise d'Investissement Hôtelier*.

¹⁰³³ CE, 3^e, 8^e, 9^e, 10^e SSR, 24 novembre 2014, *Société Artémis SA*, n° 363556.

¹⁰³⁴ Art. 145, 1 du CGI.

¹⁰³⁵ Art. 145, 1, b du CGI

¹⁰³⁶ Art. 145, 1, c du CGI : « *Les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans lorsque les titres représentent au moins 5 % du capital de la société émettrice ou pendant un délai de cinq ans lorsque les titres représentent 2,5 % du capital et 5 % des droits de vote de la société émettrice* ».

¹⁰³⁷ En droit français, il est une perception duale de la filialisation. En droit des sociétés, une détention de plus de 50 % du capital est requise : « *Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée (...) comme filiale de la première* » (Art. L. 233-1 du Code de commerce). En revanche, en droit fiscal un minimum de 5 % suffit (Art. 145, 1, b et c du CGI ; CE, 3^e et 8^e sous-section, 5 novembre 2014, *Société Sofina*, n° 370650) ; v. notamment, C. VALENTIN ET T. CLAUDEL, « *Régime des sociétés mères : le seuil de 5 % s'apprécie par référence au seul lien capitalistique* », *Revue de droit fiscal*, 2014, n° 49, p. 601).

¹⁰³⁸ Le droit interne français définit la notion d'établissement stable par le jeu de trois critères alternatifs : une exploitation de l'entreprise en France ; la réalisation en France d'opérations par l'intermédiaire dépendant ou la réalisation d'opérations formant un cycle commercial complet (Voir *supra* note n° 953).

¹⁰³⁹ Art. 145, 6, d) du CGI.

¹⁰⁴⁰ Art. 238-0 A du CGI. « (...) les titres de participation (*doivent figurer*) à l'actif du bilan fiscal de l'établissement stable et (...) celui-ci (*doit être*) effectivement soumis à l'impôt sur les sociétés » BOI-IS-BASE-10-10-10-10, § 90.

§3. Autres dispositifs

Une présentation cursive non exhaustive d'autres régimes d'exception fiscale. Il en ressort une hétérogénéité d'objectifs, de conditions, d'effets.

155. L'exonération des entreprises nouvelles. Afin de favoriser le démarrage d'une activité nouvelle et, par là-même, encourager l'emploi et le développement local, le législateur met en place le régime de l'exonération des entreprises nouvelles. Il consiste en l'exonération dégressive, totale – *jusqu'au terme du vingt-troisième mois suivant celui de la création*¹⁰⁴¹ – ou partielle¹⁰⁴², d'impôt sur le revenu ou sur les sociétés, d'entreprises soumises de plein droit ou sur option à un régime réel d'imposition de leurs résultats et qui exercent une activité industrielle, commerciale ou artisanale¹⁰⁴³. Sous réserve, en premier lieu, qu'elles soient effectivement nouvelles¹⁰⁴⁴, en second lieu, qu'elles se créent¹⁰⁴⁵ à compter du 1^{er} janvier 2007 et jusqu'au 31 décembre 2020 dans les zones d'aide à finalité régionale à l'image de la zone franche urbaine-territoire entrepreneur (ZFU-TE) –, à la condition que le siège social ainsi que l'ensemble de l'activité et des moyens d'exploitation soient implantés dans ces zones¹⁰⁴⁶ et, en troisième lieu, qu'elles ne soient pas, en cas de constitution sous une forme sociale, détenue(s), directement ou indirectement, pour plus de 50 % par d'autres sociétés¹⁰⁴⁷.

156. L'exemple de l'exonération des plus-values professionnelles en cours d'exploitation. Les plus-values professionnelles sont des « (...) profits (...) de caractère exceptionnel réalisés par les entreprises à l'occasion de la cession d'éléments d'actif immobilisé, en cours ou en fin d'exploitation »¹⁰⁴⁸. Ils revêtent un caractère volontaire – la cessation d'activité, la vente de droits ou de parts sociales (plus largement d'éléments corporels ou incorporels inscrits à l'actif immobilisé), l'apport en société, l'échange, la donation notamment – ou involontaire – l'expropriation notamment. A ce titre, ils font, en principe, l'objet d'une imposition variable selon

¹⁰⁴¹ Art. 44 *sexies* I, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁴² « Un abattement de 75 %, de 50 % ou de 25 % est appliqué sur les bénéfices réalisés respectivement au cours de la première, de la seconde ou de la troisième période de douze mois suivant cette période d'exonération » Un abattement de 75 %, de 50 % ou de 25 % est appliqué sur les bénéfices réalisés respectivement au cours de la première, de la seconde ou de la troisième période de douze mois suivant cette période d'exonération » BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-30, § 1.

¹⁰⁴³ Art. 44 *sexies* I, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁴⁴ Art. 44 *sexies* III, al. 1^{er} du Code général des impôts. v. BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20.

¹⁰⁴⁵ « (...) la date à laquelle une entreprise a été "créée" s'entend de celle à laquelle elle a effectivement commencé à exercer son activité » CE, 9/8 SSR, 14 avril 1995, n° 135659, inédit.

¹⁰⁴⁶ Art. 44 *sexies* I, al. 2 du CGI.

¹⁰⁴⁷ Art. 44 *sexies* II, al. 1^{er} du CGI. (Parentèses ajoutées)

¹⁰⁴⁸ *Mémento Fiscal 2018, op. cit.*, n° 17500 à 19925, spéc. 17700.

l'élément d'actif cédé nécessairement inscrit à l'actif de l'entreprise en cours ou en fin d'exploitation au regard de sa durée de détention et du régime fiscal du cédant¹⁰⁴⁹. Si les plus-values professionnelles intègrent traditionnellement le résultat imposable, elles font aussi l'objet d'un régime exonératoire protéiforme à l'avantage notamment des petites entreprises – l'entreprise individuelle, l'associé d'une société de personnes ou une société relevant du régime des sociétés de personnes notamment – assujetties à l'impôt sur le revenu (IR). Ce régime d'exonération, dont le cumul avec d'autres régimes d'exonération comme celui prévu à l'article 238 *quindecies* du CGI sur l'exonération de la transmission d'une entreprise individuelle notamment, est applicable aux plus-values retranchées des moins-values de même nature¹⁰⁵⁰ à condition que l'activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, soit exercée à titre professionnel pendant au moins cinq ans¹⁰⁵¹. Elle peut être soit totale¹⁰⁵² soit partielle¹⁰⁵³ en fonction du montant des recettes annuelles.

157. Le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE). Supprimé le 1^{er} janvier 2019, il avait pour objectif le financement de l'amélioration de (la) compétitivité (des entreprises), à hauteur de 9 % sur les rémunérations versées, en Outre-mer, à compter du 1^{er} janvier 2016 à raison notamment d'efforts en matière d'investissement, de recherche, d'innovation, de formation, de recrutement, de prospection de nouveaux marchés, de transition écologique et énergétique¹⁰⁵⁴. Pour y être éligible, il fallait que les entreprises soient imposées sur leur bénéfice réel, soumises à l'IS ou à l'IR indépendamment de leur nature juridique, de leur activité ou bénéficiaire d'un régime d'exonération tels que celui des entreprises nouvelles, jeunes entreprises innovantes, entreprises établies dans une ZFA d'Outre-mer. Son assiette comprenait les rémunérations retenues pour la détermination du résultat imposable à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, régulièrement déclarées aux organismes de sécurité sociale, que les entreprises versent à leurs salariés au cours de l'année civile, n'excédant pas deux fois et demie le salaire minimum de croissance (SMIC) calculé pour un an sur la base de la durée légale du travail augmentée, le cas échéant, du nombre d'heures complémentaires ou supplémentaires, sans prise en compte des majorations auxquelles elles donnaient lieu¹⁰⁵⁵. Bien qu'une majoration de son taux fût

¹⁰⁴⁹ BOI-BIC-PVMV-40-10 à propos des plus ou moins-values réalisées en cours d'exploitation ; BOI-BIC-PVMV-40-20 à propos des plus ou moins-values réalisées en fin d'exploitation.

¹⁰⁵⁰ Art. 39 *duodecies* du CGI et art. 39 *quindecies* du CGI.

¹⁰⁵¹ Art. 151 *septies*, I et II, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁵² Art. 151 *septies*, II, 1^o du Code général des impôts.

¹⁰⁵³ Art. 151 *septies*, II, 2^o du Code général des impôts

¹⁰⁵⁴ Art. 244 *quater* C, I du CGI. (Parenthèses ajoutées)

¹⁰⁵⁵ Art. 244 *quater* C, II du CGI.

souhaitée¹⁰⁵⁶, il s'envisageait en levier déterminant pour contrecarrer la concurrence des destinations de la Caraïbe portant la diminution des charges de personnel et, par là même, du coût du travail. Lui succède un dispositif d'allègement des cotisations patronales axé sur les bas salaires. Il consiste en la réduction de six points des cotisations sociales d'assurance maladie pour tous les salariés relevant du régime général de sécurité sociale et du régime des salariés agricoles dans une limite de deux fois et demie le SMIC pour les rémunérations dues à compter du 1^{er} janvier 2019 – il reste sur ce point semblable au précédent dispositif à la limite qu'il est au bénéfice de tous les employeurs indépendamment de leur régime d'imposition¹⁰⁵⁷.

158. L'exonération de la contribution économique territoriale. Elle succède à la taxe professionnelle supprimée en 2010 laquelle a constitué, de son institution à sa suppression, la ressource la plus lucrative au niveau local. Grevant principalement l'entreprise, elle a été considérée comme un obstacle important à l'investissement. La CET, instituée en 2010, s'ajoute à la longue liste des prélèvements obligatoires en France dont l'objectif principal consiste, pour le redevable, à s'y soustraire par tous les moyens légaux à sa disposition. Elle se compose de la cotisation foncière des entreprises (CFE)¹⁰⁵⁸, acquittée au profit des collectivités communales et leurs groupements, et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE)¹⁰⁵⁹, acquittée au profit à la fois des communes et leurs groupements, des départements et régions, dont les redevables sont les personnes physiques ou morales exerçant habituellement, en France, une activité non salariée. Pour autant, elle s'accompagne d'un régime exonératoire. Parmi les bénéficiaires de l'exonération de CET, on compte notamment les *ouvriers qui travaillent soit à façon pour les particuliers, soit pour leur compte et avec des matières leur appartenant*¹⁰⁶⁰, les *chauffeurs et cochers propriétaires d'une ou de deux voitures qu'ils conduisent et gèrent eux-mêmes*¹⁰⁶¹, les *pêcheurs*¹⁰⁶², les *peintres, sculpteurs, graveurs et dessinateurs considérés comme artistes*¹⁰⁶³. Sont facultativement exonérées – sur décision de l'autorité publique compétente – de la CFE certaines entreprises à fin d'aménagement territorial¹⁰⁶⁴, les zones franches urbaines¹⁰⁶⁵,

¹⁰⁵⁶ Dans un courrier adressé le 27 octobre 2014 à M. Jean-Claude Fruteau, Président de la délégation aux Outre-mers, M. Yan Monplaisir, alors Vice-président du Groupement des Investisseurs Hôtelières des Départements d'Outre-mer (GIHDOM), estimait qu'une majoration de 18 % s'avérait indispensable pour un sursaut du secteur de l'hôtellerie.

¹⁰⁵⁷ Art. 9 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, *JORF* n° 0305 du 31 décembre 2017, texte n° 1.

¹⁰⁵⁸ Art. 1447, I, al. 1^{er}, 2 et III du CGI.

¹⁰⁵⁹ Art. 1586 *ter*, I du CGI.

¹⁰⁶⁰ Art. 1452, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁶¹ Art. 1453 al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁶² Art. 1455, 1^o du CGI.

¹⁰⁶³ Art. 1460, 2^o du CGI.

¹⁰⁶⁴ Art. 1465, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁶⁵ Art. 1466 A du CGI.

les entreprises créées ou reprises¹⁰⁶⁶, les entreprises existant au 1^{er} janvier 2004 ou créées entre cette date et le 31 décembre 2016¹⁰⁶⁷ notamment. Ces exonérations, qu'elles soient de plein droit¹⁰⁶⁸ ou, dans une certaine mesure, facultatives¹⁰⁶⁹, s'étendent à la CVAE.

159. Les exonérations de taxe foncière sur les propriétés bâties. La taxe foncière sur les propriétés bâties est un impôt local – une ressource des collectivités territoriales (les communes et les groupements à fiscalité propres) – acquitté chaque année par les propriétaires de biens immobiliers bâtis. Son montant est fonction du lieu où se situe le bien – chaque ville disposant de son propre taux d'imposition. Indexée sur la valeur locative cadastrale, elle peut s'avérer particulièrement coûteuse à l'image de Fort-de-France affichant un taux de 29,21 %¹⁰⁷⁰. Pour autant, il existe foison de dispositifs exonératoires dont le bénéfice est toutefois suppléé à la satisfaction de conditions souvent multiples. Dans le cadre de notre propos ayant trait au développement du tourisme des Antilles françaises, une poignée de dispositifs trouveront à s'appliquer comme l'illustrent le dispositif relatif aux constructions nouvelles, reconstructions et additions de constructions à usage professionnel bénéficiant d'une exonération de deux ans¹⁰⁷¹ ; celui relatif aux entreprises nouvelles, aux entreprises implantées dans les zones de revitalisation rurale notamment bénéficiant d'une exonération de 2 à 5 ans¹⁰⁷² ou encore celui relatif aux immeubles situés dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville – l'exemple de Terres-Sainville en Martinique – rattachés à un établissement remplissant les conditions pour bénéficier d'une exonération de la cotisation foncière des entreprises bénéficie d'une exonération de 5 ans¹⁰⁷³. Il en va également du dispositif relatif aux immeubles rattachés à un établissement remplissant les conditions requises pour bénéficier d'une exonération de cotisation foncière des entreprises situés dans les bassins d'emploi à redynamiser bénéficiant d'une exonération de 5 ans à moins d'une délibération contraires des collectivités ou groupements à fiscalité propre¹⁰⁷⁴ ; de celui portant sur les immeubles rattachés dans les mêmes conditions que précédemment situés dans les bassins urbains à dynamiser

¹⁰⁶⁶ Art. 1464 B, I du CGI : « Les entreprises qui bénéficient des exonérations prévues aux articles 44 sexies, 44 septies et 44 quinquies peuvent être temporairement exonérées, dans les conditions prévues à l'article 1464 C, de la cotisation foncière des entreprises dont elles sont redevables, pour les établissements qu'elles ont créés ou repris, à compter de l'année suivant celle de leur création ».

¹⁰⁶⁷ Art. 1466 D, al. 1^{er} du CGI.

¹⁰⁶⁸ « (...) les entreprises totalement exonérées de CFE de plein droit sont également totalement exonérées de CVAE » BOI-CVAE-CHAMP-10-10, §40.

¹⁰⁶⁹ Art. 1586 *nonies* du CGI.

¹⁰⁷⁰ Source Observatoire fiscal de la Mairie de Fort-de-France.

¹⁰⁷¹ Art. 1383 du CGI.

¹⁰⁷² Art. 1383 A du CGI.

¹⁰⁷³ Art. 1383 C *ter* du CGI. Cette exonération est étendue aux entreprises qui emploient moins de cinquante salariés au 1^{er} janvier 2017 ou à la date d'implantation dans le quartier prioritaire de la ville (BOI-IF-CFE-10-30-50-60, I B).

¹⁰⁷⁴ Art. 1383 H du CGI.

bénéficient d'une exonération de 7 ans suivie d'un abattement dégressif de 3 ans¹⁰⁷⁵ ou encore sur les immeubles rattachés dans les mêmes conditions que précédemment situés dans les zones de développement prioritaire bénéficient d'une exonération de 7 ans suivie d'un abattement dégressif de 3 ans¹⁰⁷⁶.

160. L'exonération ultramarine de TVA. La TVA – un impôt indirect sur la consommation – dont nous aborderons succinctement les ressorts¹⁰⁷⁷ n'est pas systématiquement acquittée par son redevable. Il est un dispositif exonératoire de TVA¹⁰⁷⁸, corseté en matière de tourisme primaire¹⁰⁷⁹, comme l'illustre le paiement de la TVA pour les croisières d'agrément même de courte durée s'agissant des bateaux de plaisance de plus de 24 mètres, figure un dispositif dérogatoire temporaire exemptant du paiement de la TVA ; dans le cadre d'une expérimentation dérogatoire de 5 ans (depuis 2017), les redevables de la TVA dont le chiffre d'affaire n'aura pas excédé 100 000 euros sont dispensés du paiement de la TVA pour leurs livraisons de biens et prestations de service¹⁰⁸⁰ ; l'exonération de TVA dans le transport¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁵ Art. 1383 F du CGI.

¹⁰⁷⁶ Art. 1383 J du CGI.

¹⁰⁷⁷ Voir *infra* paragraphe n° 225.

¹⁰⁷⁸ Art. 261 à 263 et 295 du CGI.

¹⁰⁷⁹ Art. 261, 7, 1^{er}, al. 3 et s. du CGI : « (...) demeurent soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les opérations d'hébergement et de restauration, l'exploitation des bars et buvettes » ; Art. 261 D, 4^o, al. 1^{er} du CGI : « Sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée les locations occasionnelles, permanentes ou saisonnières de logements meublés ou garnis à usage d'habitation » ; Art. 261 D, 4^o, a) du CGI : « Toutefois, l'exonération ne s'applique pas aux prestations d'hébergement fournies dans les hôtels de tourisme classés, les villages de vacances classés ou agréés et les résidences de tourisme classées lorsque ces dernières sont destinées à l'hébergement des touristes et qu'elles sont louées par un contrat d'une durée d'au moins neuf ans à un ou plusieurs exploitants qui ont souscrit un engagement de promotion touristique à l'étranger dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat » ; Art. 261 E, 1^o du CGI : « (Est) exonéré(e) de la taxe sur la valeur ajoutée l'organisation de jeux de hasard ou d'argent soumis aux prélèvements progressifs mentionnés à l'article 1560 du présent code, aux articles L. 2333-56 et L. 2333-57 du code général des collectivités territoriales et aux 2 à 9 du II de l'article 34 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017 » (Parenthèses ajoutées) ; Art. 262, I, 2^o du CGI : « Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens expédiés ou transportés par l'acheteur qui n'est pas établi en France, ou pour son compte, hors de la Communauté européenne, à l'exclusion des biens d'équipement et d'avitaillement des bateaux de plaisance, des avions de tourisme ou de tous autres moyens de transport à usage privé, ainsi que les prestations de services directement liées à l'exportation » (Nous soulignons) ; Art. 262 bis du CGI : « Les prestations de services réalisées par les agences de voyages et les organisateurs de circuits touristiques sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée pour la partie de ces prestations se rapportant aux services exécutés hors de la Communauté européenne » ; Art. 263 du CGI : « Les prestations de services effectuées par les intermédiaires qui agissent au nom et pour le compte d'autrui, lorsqu'ils interviennent dans des opérations exonérées par l'article 262 ainsi que dans les opérations réalisées hors du territoire des Etats membres de la Communauté européenne sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux agences de voyages et organisateurs de circuits touristiques ». Nous soulignons. Lors de la séance publique de l'Assemblée nationale des 2 et 3 février 2016, Monsieur le Député, Serge Letchimy, rappelant les difficultés françaises des Antilles en termes d'attractivité et, par là même de concurrence, proposait un certain nombre de mesures d'allègement du poids fiscal parmi lesquelles une exonération de TVA pour les contrats de location et d'affrètement à des fins de voyages.

¹⁰⁸⁰ Art. 293 B, VII du CGI.

¹⁰⁸¹ Elle concerne à la fois le transport maritime : « Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée, les transports maritimes de personnes et de marchandises effectués dans les limites de chacun des départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion » (Art. 295, 1, 1^o du CGI) et le transport aérien : « Sont également exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée, les transports aériens ou

Afin de compenser la lourdeur de son droit, l'Etat français met en place, généralement ou particulièrement, plusieurs méthodes de dépressurisation fiscale objectives mais elles n'entraînent qu'un gain économique indirect pour l'Etat qui a charge de construire puis piloter le processus de dépense fiscale de bout en bout – c'est le caractère passif de l'exonération. Mais, il est des circonstances où l'on assiste à un inversement de la charge des constructions et pilotage entraînant de fait un gain économique direct pour l'Etat – la dépense fiscale est subjective.

B – La dépense fiscale active : l'exemple de la défiscalisation de l'« investissement outre-mer » ou la dissolution du pouvoir de l'investisseur

161. L'indistinction globale dans le traitement réservé au redevable de l'impôt. La défiscalisation d'investissements en outre-mer¹⁰⁸² est le produit d'une chaîne contractuelle privée – le processus de défiscalisation n'étant déclenché qu'à l'effectivité combinée notamment de contrats de prêt, d'acquisition, d'affectation du bien à l'image du contrat de bail dans le cas d'un investissement immobilier, de mandat dans le cadre de la gestion d'immobilisations notamment – d'intérêt général. Des personnes physiques ou morales, sous réserve d'agrément – dans certaines circonstances, le législateur conditionne la réalisation de l'investissement à l'obtention d'un agrément¹⁰⁸³ –, moyennant avantages fiscaux, satisfont à une demande d'utilité publique. Parmi les différents types de défiscalisation en outre-mer, on retient les *investissements de type productif*¹⁰⁸⁴. Dans le tourisme, ils concernent aussi bien la création que la rénovation d'hôtel, les installations d'hébergement ou de restauration – classés ou non classés –¹⁰⁸⁵, l'acquisition de voitures

maritimes de voyageurs en provenance ou à destination de l'étranger ou des collectivités et départements d'outre-mer » (Art. 262, II, 8° du CGI).

¹⁰⁸² « La permanence de régimes d'aides fiscales à l'investissement Outre-mer s'explique par la nécessité de compenser les handicaps structurels dont souffrent ces économies afin de leur permettre de rattraper leur retard de développement économique et social » Sénateur Luart cité in FELZINES, C., *Le tourisme, perspective d'avenir de l'outre-mer français*, *op. cit.*, p. 29. Pour aller plus loin, v. *Mémento Fiscal 2018*, *op. cit.*, n° 91710 à 92075.

¹⁰⁸³ C'est le cas notamment des investissements réalisés dans certains domaines tels que la navigation de plaisance, la rénovation d'hôtels ou des investissements excédant un montant de 1 000 000 €. Art. 199 *undecies* B, II, 1, al. 1^{er} et 217 *undecies* II, *quater*, al. 1^{er} du Code général des impôts. Sur la procédure d'agrément, v. Art. 217 *undecies* III du CGI.

¹⁰⁸⁴ « Les investissements productifs s'entendent de l'acquisition ou de la création de biens corporels amortissables, moyens d'exploitation permanents ou durables, affectés à une activité relevant d'un des secteurs éligibles » R. FIEVET, « *Activités touristiques - Fiscalité - Investir en outre-mer : panorama* », *JT* n° 163/2014, p. 47.

¹⁰⁸⁵ « (...) les dispositions précitées du code général des impôts ne subordonnent pas l'avantage fiscal qu'elles prévoient en faveur du secteur d'activité de l'hôtellerie au respect des conditions posées par la réglementation relative au classement des hôtels et restaurants (...) » CE, 3/8 SSR, 28 décembre 2001, n° 215648.

particulières de tourisme destinées à la location, de navires de plaisance pour l'exploitation touristique, d'installations fixes. Ensuite, les *investissements de type locatif*¹⁰⁸⁶. Ils visent notamment l'achat d'un logement par l'investisseur afin de le louer ainsi que les souscriptions au capital de sociétés¹⁰⁸⁷. Ils sont assortis de variables qui font osciller le régime de défiscalisation. Dans le cadre de l'investissement locatif, selon que l'acquisition se fera dans le neuf – l'exemple de l'investissement en vente en état futur d'achèvement (VEFA) – ou l'ancien – l'exemple de la réhabilitation d'immeubles situés en zones protégées. Dans le cadre de l'investissement productif, selon que l'investissement sera réalisé par un investisseur soumis à l'impôt sur les sociétés telles que les sociétés de capitaux, on parlera de déduction fiscale¹⁰⁸⁸. Selon qu'il sera soumis à l'impôt sur le revenu – les personnes physiques, les entreprises individuelles, les sociétés de personnes notamment – ou à l'impôt sur les sociétés mais dont les actions sont la propriété exclusive de personnes physiques, on parlera de réduction d'impôt¹⁰⁸⁹. Ou indistinctement, mais exclusivement à destination des entreprises, dans le cadre du *crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs*¹⁰⁹⁰. Il reste que les investisseurs doivent être domiciliés en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts¹⁰⁹¹.

Si le mécanisme de la défiscalisation dispose d'un pouvoir d'attraction certain, il s'accompagne parallèlement d'effets indésirables pour l'investisseur.

162. La dépendance économique de l'investisseur : l'inféodation au risque. Le pouvoir de l'investisseur – propriétaire réel du capital investi – nous apparaît dissous. La défiscalisation est terre de relativisation du principe de liberté contractuelle¹⁰⁹². La forme ainsi que le contenu des contrats consacrant le dispositif apparaissent pré-formés comme l'illustre la forme traditionnelle de la société de portage de la « Girardin industrielle »¹⁰⁹³ : la société en nom collectif (SNC) où les

¹⁰⁸⁶ M. FAURE-ABBAD, « *Défiscalisation des investissements immobiliers : dangers et remèdes* », Revue de droit immobilier, 2011, p. 255 ; J.-B. GEFFROY, « *La défiscalisation des investissements immobiliers des particuliers. Ou comme toute médaille, la niche fiscale a son revers* », Revue de droit fiscal, 2010, p. 381.

¹⁰⁸⁷ Art. 217 *undecies* II et II *ter* du CGI. V. *Aide fiscale à l'investissement outre-mer*, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre (Dossier/Thémexpress), 2016, n° 96 à 112.

¹⁰⁸⁸ Art. 217 *undecies* du CGI. *Ibid.*, n° 79 à 86.

¹⁰⁸⁹ Art. 199 *undecies* A, B du Code général des impôts. *Ibid.*, n° 53 à 78 et 156 à 183.

¹⁰⁹⁰ Art. 244 *quater* W du CGI. *Ibid.*, n° 124 à 140.

¹⁰⁹¹ L'article 4 B, 1 du CGI dispose : « *Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A : a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ; b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ; c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques* ».

¹⁰⁹² Art. 1102, al 1^{er} du Code civil.

¹⁰⁹³ Loi n° 2003-660 de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 (dite loi « Girardin »), *JORF* n° 167 du 22 juillet 2003, p. 12320, texte n° 1.

associés *répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales*¹⁰⁹⁴ là où d'autres formes sociales moins risquées satisferaient à l'exigence législative¹⁰⁹⁵. L'investisseur n'aurait d'autres choix que celui de ne pas contracter ou, s'il contracte, d'apposer sa signature. Ce qui n'est pas sans rappeler la tradition des contrats d'adhésion. Théoriquement la partie la plus forte du contrat, il se révèle en situation de dépendance économique. L'avantage fiscal escompté dépend du plein succès de l'opération. Ainsi, en matière d'investissement locatif, les investisseurs sont parfois contraints d'accepter des loyers inférieurs aux plafonds fixés préalablement afin de conserver leur avantage fiscal. En outre, en acceptant la formule, l'investisseur accepte de se soumettre aux risques – exceptionnellement garantis au moyen d'une assurance adaptée¹⁰⁹⁶ ainsi que de clauses de non-recours – qu'elle engendre. Au premier rang desquels le risque d'inexécution de l'obligation, les risques de mal-construction, d'inachèvement, de retard des travaux, constructions ou livraisons ou encore le risque de déchéance de l'avantage fiscal¹⁰⁹⁷ – l'examen de l'administration fiscale n'ayant lieu qu'*a posteriori*, il est des cas où l'affectation de l'investissement n'ouvre droit à aucune défiscalisation ou fait l'objet d'une révision fiscale donnant lieu à une action rétroactive de l'administration fiscale. A cela doit s'adjoindre la certitude d'un contrôle d'opportunité¹⁰⁹⁸, jugé nécessaire¹⁰⁹⁹, dans le cas des investissements supérieurs à deux millions d'euro notamment¹¹⁰⁰.

163. Une propriété démembrée. En réalité, à l'inverse de l'investisseur traditionnel qui, agissant en pleine propriété, contrôle le processus d'investissement de bout en bout, l'investisseur locatif n'est, substantiellement, dans le meilleur des cas, qu'un rentier. S'il dispose formellement d'un droit de propriété sur les choses objet de la défiscalisation, ce dernier se voit rabaissé de ses *usus*

¹⁰⁹⁴ Art. L. 221-1 al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁰⁹⁵ Art. 199 undecies B, al. 19 du Code général des impôts : « *Les dispositions du premier alinéa s'appliquent aux investissements réalisés, par une société soumise au régime d'imposition prévu à l'article 8 (l'imposition sur le revenu), à l'exclusion des sociétés en participation, ou un groupement mentionné aux articles 239 quater ou 239 quater C, dont les parts sont détenues directement, ou par l'intermédiaire d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par des contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B* ». Parenthèses ajoutées.

¹⁰⁹⁶ En matière d'investissements immobiliers, les garanties des obligations locatives – le non-paiement –, les garanties contre les carence – dans l'attente du premier locataire – ou vacance – ce risque est atténué dans le cadre d'un bail commercial *a fortiori* celui signé entre un propriétaire et un exploitant de résidence de tourisme conclu pour *une durée de neuf ans minimum sans possibilité de résiliation à l'expiration d'une période triennale* (Art. L. 145-7-1 du Code de commerce) – locatives ; les articles 1792 et s. du Code civil sur la responsabilité de plein droit du constructeur d'un ouvrage ; l'article L. 262-3 du Code de la construction et de l'habitation sur les délais de dénonciation des vices de construction ; Art. 1642-1 du Code civil sur la responsabilité du vendeur d'un immeuble.

¹⁰⁹⁷ Art. L. 169 du Livre des procédures fiscales.

¹⁰⁹⁸ Art. 217 undecies, III, 1 du CGI.

¹⁰⁹⁹ « Ce nécessaire contrôle d'opportunité de l'opération et du risque de détournement des objectifs du législateur prend en compte l'intérêt économique de l'investissement pour le département, son insertion dans la politique d'aménagement du territoire et entend garantir la protection de l'investisseur comme des tiers » R. FIEVET, « *Activités touristiques - Fiscalité - Investir en outre-mer : panorama* », *op. cit.*, 47 p.

¹¹⁰⁰ Art. 199 undecies A, 4 du CGI.

– l’investisseur ne peut occuper le bien immobilier à titre personnel ni le louer à un membre de son foyer fiscal¹¹⁰¹ – et *abusus* – l’obligation de conservation des biens ou parts pendant une durée minimale de cinq ans¹¹⁰², sujette à aléas, sans que soit garanti l’avantage fiscal. Autrement dit, seul le *fructus*, post succès opératoire, est sauf – lorsqu’il n’est pas lui-même relativisé par une baisse des revenus locatifs pour un rapprochement de la réalité du marché notamment¹¹⁰³.

164. Sentence. Le mécanisme de la défiscalisation se caractérise par un manque patent de souplesse. Une fois conclu, il devient difficilement révoquant par l’écoulement du délai de rétractation¹¹⁰⁴. La sortie de la défiscalisation n’est pas libre¹¹⁰⁵ ce qui l’éloigne de la souplesse des *trusts* ou fondations des paradis fiscaux caribéens. A ce manque de souplesse s’ajoute la préjudiciabilité d’un tel dispositif. L’honnête investisseur peut craindre une instrumentalisation de l’*affectio societatis* par le monteur de projet¹¹⁰⁶ pouvant être constitutive d’abus de droit¹¹⁰⁷ ou d’escroqueries du type de la Pyramide de Ponzi¹¹⁰⁸ notamment à plus forte raison que ce dispositif et ses effets ne sont pas pensés pour durer¹¹⁰⁹. Sans doute est-ce la rançon d’un alignement d’intérêts privés et d’un intérêt général systématiquement et systématiquement donné victorieux.

¹¹⁰¹ E.g. l’article 199 undecies A, 2, b) du CGI : « (...) le propriétaire prend l’engagement de louer nu dans les six mois de l’achèvement ou de l’acquisition si elle est postérieure pendant cinq ans au moins à des personnes, autres que son conjoint ou un membre de son foyer fiscal, qui en font leur habitation principale ».

¹¹⁰² Art. 199 undecies B et art. 217 undecies du CGI notamment. V. Aide fiscale à l’investissement outre-mer, *op. cit.*, n° 87 à 92.

¹¹⁰³ L’opération de défiscalisation d’un investissement locatif a, traditionnellement, un effet inflationniste préliminaire sur les niveaux de loyers.

¹¹⁰⁴ Art. L. 271-1, al. 1^{er} du Code de la construction et de l’habitation.

¹¹⁰⁵ En droit des contrats français, la sortie contentieuse du lien contractuel, pour le cas particulier de la convention de défiscalisation, revêt trois formes : la caducité (Art. 1186 et 1187 du Code civil) ; la nullité (Art. 1178 et s. du Code civil) ; la résolution (Art. 1224 et s. du Code civil). Sur ces notions, v. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 144-145, p. 694 et p. 915.

¹¹⁰⁶ P. DIENER, « La “défiscalisation” par entreprises fictives dans les départements d’outre-mer après la loi n° 91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992 », D. 1992, chron. 37, pp. 181-186, pt. 26.

¹¹⁰⁷ L’article 64 du Livre des procédures fiscales sanctionne l’abus de droit : « Afin d’en restituer le véritable caractère, l’administration est en droit d’écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d’un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes ou de décisions à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n’ont pu être inspirés par aucun, autre motif que celui d’éluder ou d’atténuer des charges fiscales que l’intéressé, si ces actes n’avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou ses activités réelles ».

¹¹⁰⁸ Confer URL : <https://legicapital.fr/fr/arnaques-aux-placements-la-pyramide-de-ponzi-fait-toujours-plus-de-victimes/>.

¹¹⁰⁹ « Les investisseurs particuliers propriétaires d’un lot en copropriété ou associés d’une Société en nom collectif (SNC), propriétaire d’un hôtel (schéma le plus utilisé depuis 1986 d’après la loi Pons), n’ont aucune attache dans les DOM et souhaitent absolument vendre leurs investissements hôteliers à l’issue de la période de défiscalisation (cinq ans) (...) Cela entraîne de leur part une forte pression et des ventes « à la découpe » transformant ces hôtels en résidences privées (logements) ». L’inspection générale des finances cité in FELZINES, C., *Le tourisme, perspective d’avenir de l’outre-mer français*, *op. cit.*, p. 31.

CONCLUSION DU TITRE I

165. Une vérité de La Palice. Il résulte de ce qui précède une incapacité systémique des Antilles françaises à augurer la massification touristique. Cet éventail, somme toute prodromique, témoignant d'un déséquilibre significatif entre les droits octroyés et les obligations imposées à l'économie participe de la fragilité du tourisme des Antilles françaises dans un contexte particulièrement concurrentiel – la Caraïbe – où les lieux de non-droit – lacunes, vides juridiques – sont le terreau d'un épanouissement du marché touristique. Le sujet de droit, titulaire de l'action touristique, serait titulaire de davantage d'obligations que de droits. L'exercice des droits et libertés économiques ne saurait s'entendre de la pleine capacité à en user, à en récolter les fruits, sous la forme que l'on souhaite et avec l'énergie que l'on souhaite y consacrer, et en abuser. La tradition française marque la défaite de l'économie face au droit puisqu'on assiste au triomphe d'un intérêt prudentiel, qui semble disposer de suffisamment de légitimité pour être producteur d'effets indésirables. Si nous ne saurions pour autant porter la dissolution du système juridique français au profit d'une vision standardisée de l'économie – bien qu'imparfait le modèle français ne sourd pas, en toute circonstance, du caprice politique ; il apparaît motivé –, il ressort qu'il dispose d'une marge considérable dont le comblement, même modeste, achèverait de le rendre plus attractif¹¹¹⁰.

¹¹¹⁰ « Pour conduire un politique, pour encourager des comportements, l'Etat a à sa disposition bien d'autres outils que l'édiction d'une règle nouvelle, même s'il y recourt très (trop ?) souvent. Outre la technique des contrats qui s'est largement développée, y compris entre personnes publiques, il peut recourir à des aides et à des incitations financières, à des actions d'information et de communication qui vont bien au-delà de la seule connaissance de la loi » P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », in Bottini, F. L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie, *op. cit.*, p. 185.

TITRE II. LES UTILITES DE L'INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE DANS LE TOURISME : UN DIMORPHISME

166. La fonction économique de l'Etat français. On oppose traditionnellement « (...) une approche britannique utilitariste, libérale, individualiste et monarchique de l'intérêt général à une approche française volontariste, plus interventionniste et républicaine de l'intérêt général »¹¹¹¹. On l'a vu, outre ses fonctions allocative et redistributive – des ressources –, l'Etat français dispose d'une fonction réglementaire ubiquiste¹¹¹². Cette omniprésence de l'Etat, secondé par ses démembrements territoriaux, dans la vie économique provient d'une exigence endogène de protection du plus grand nombre¹¹¹³ corrélative à une modernisation de l'économie et des risques susceptibles d'en découler. Il ressort du modèle français une démultiplication des conflits de droits aboutissant à la défaite ou au triomphe de l'un quelconque de ces droits. La critique est ouverte et opportune d'autant que cette version de l'Etat n'est pas unanime. Parmi les adversaires de l'interventionnisme économique – distinct du dirigisme en ce qu'il n'est pas complètement « en lui-même destructeur de liberté »¹¹¹⁴ –, on compte le libéralisme classique qui s'oppose à une

¹¹¹¹ A. DUFFY-MEUNIER, « *La Conception britannique de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, pp. 47-65, spéc. 49 p. ZOLLER, E. *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2013, n° 66, p. 71. En France, « loin d'être seulement un outil juridique, l'intérêt général est un point focal extérieur au droit. Il est saisi par les acteurs du système juridique (autorité exécutive ou administrative, législateur, juge) pour fonder un jugement de valeur et une hiérarchie de priorités dans la production d'actes juridiques » G. J. GUGLIELMI, « *Introduction : les habits neufs de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, *id.*, p. 15. V. CONSEIL D'ETAT, *Réflexion sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999, pp. 247-261.

¹¹¹² « (Il) devient présent partout dans la vie économique qu'il conditionne étroitement. Il n'est point de secteur qui échappe au regard des pouvoirs publics : agriculture, industrie, commerce, professions libérales, activités immobilières. Pas d'espaces non plus, importations, exportations, mouvements de capitaux, relations monétaires et financières, tous sont concernés. Personnes physiques ou morales, organismes publics ou privés, marchandises et individus, lui sont soumis » H. CHARLES, « *Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ?* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ?, *op. cit.*, p. 113. Italiques ajoutés. « (...) le droit public (*est*) le droit de la frontière entre deux forces dynamiques : la puissance publique et les droits individuels » FOULQUIER, N. *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2003, p. 416, n° 429. Italiques ajoutés.

¹¹¹³ G. J. GUGLIELMI, « *Introduction : les habits neufs de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, *ibid.*, p. 15. Pour une étude d'ensemble, v. notamment, RANGEON, F. *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, 246 p. ; TRUCHET, D. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, 394 p. ; J. CHEVALLIER, « *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général* », in Curapp, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Paris, PUF, 1978, pp. 11-45 ; M.-P. DESWARTE, « *L'intérêt général, bien commun* », RDP, 1988, n° 5, pp/ 1289-1313 ; J.-M. PONTIER, « *L'intérêt général existe-t-il encore ?* », D. 1998, p. 327 ; F. SAINT-BONNET, « *L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel* », in Mathieu, B. et Verpeaux, M. (Dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 9-21.

¹¹¹⁴ F. BURDEAU, *Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire*, EDCE, 2002, p. 393.

gouvernance étatique du marché. Somme toute, un abstentionnisme étatique économique qui se traduit par une intervention de l'Etat limitée à ses fonctions essentielles – assurer le respect des lois par l'intermédiation d'une police, d'une armée notamment. Lorsqu'il s'agit de la satisfaction de son strict intérêt individuel, l'agent économique doit s'affranchir – ou être affranchi – de considérations altruistes ou d'intérêt général. C'est la somme de ces intérêts restés individuels qui conduit à la richesse et au bien commun¹¹¹⁵. Une telle théorie pousse l'Etat, en son sens matériel, à reculer. On compte également l'ordolibéralisme qui ne s'oppose pas à une gouvernance étatique du marché. Seulement, cette dernière n'est investie que d'une mission économique : favoriser la liberté économique en maintenant l'ordre concurrentiel par la réglementation, l'institutionnalisation – soit un interventionnisme étatique orienté¹¹¹⁶. On compte enfin le néo-libéralisme qui s'oppose à une gouvernance étatique et au confinement du marché à l'échange de biens et de services. La logique de marché doit s'étendre à la totalité des comportements humains et domaines d'activité¹¹¹⁷. Pour autant, l'approche française donne à voir des formes diverses d'expression de l'action de l'Etat poursuivant aussi la satisfaction de l'économique. Mais, il reste ancré dans la tradition française que quelle que soit leurs formes on assiste, en toutes circonstances, à la persistance des artifices de la réglementarité¹¹¹⁸ (**Chapitre 1**) s'accompagnant, parfois, d'effets indésirables (**Chapitre 2**).

¹¹¹⁵ SMITH, A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, W. Straham & T. Cadell, 1776.

¹¹¹⁶ Sur ce point, v. notamment, COMMUN, P. (Dir.), *L'ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, Cergy-Pontoise, Travaux et documents sur Cirac, 2003.

¹¹¹⁷ L'économie devient « la science qui étudie le comportement humain comme une relation entre des fins alternatives et des moyens rares qui ont des usages alternatifs » L. ROBBINS, « *Théories de la maximisation et anthropologie économique* », in Godelier, M. (Dir.), *Un domaine contesté : l'anthropologie économique*, Paris, Mouton, 1974, p. 104.

¹¹¹⁸ « Sans doute, les règles de droit édictées par l'Etat ne sont-elles pas toujours formulées de manière impérative, sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais, si elles peuvent être permissives, en autorisant certains comportements, ou habilitatrices, en conférant une capacité d'action, elles ne se réduisent jamais à une simple constatation : elles comportent des prescriptions auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir, établissent des modèles de comportement auxquels ils sont tenus de se conformer » J. CHEVALLIER, « *Contractualisation et régulation* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2008, pp. 86-87.

Chapitre 1. La forme ordinaire de l'interventionnisme économique

167. Un « interventionnisme rationalisé »¹¹¹⁹. Les sollicitations étatiques continuent d'être recrudescents et aporétiques – la garantie des conditions de concurrence/la réalisation du projet d'entreprise, la protection de l'environnement/l'accès à l'environnement, la conservation du patrimoine/l'exercice du droit de propriété, la protection du travail/la flexibilité du travail, la protection de la consommation/la liberté d'entreprendre. Il en résulte un paradoxe systématique essentiel – en ce qu'il contraint à l'interrogation permanente – aux transformations des modalités de prise en compte des intérêts. La sauvegarde ou l'aliénation des droits passe, aujourd'hui, par la pesée d'intérêts opérée à l'issue soit d'une maîtrise étatique poussée soit d'une maîtrise étatique modérée (**Section 1**). Cette capacité au renouvellement des modalités de l'action de l'Etat implique une évolution du rôle de l'Etat qui va en s'amenuisant ou en s'amplifiant. L'Etat va jusqu'à s'arroger le pouvoir d'initiative de l'opérateur économique voire se substituer à lui en se constituant en interface d'imputation des effets économiques (**Section 2**). L'ordinarité de l'action de l'Etat réside dans l'équilibre, à première vue trouvé, entre force et faiblesse de l'Etat. Elle sourd d'une intervention consensuelle dont la perfection reste difficile d'atteinte en présence d'intérêts essentiellement conflictuels¹¹²⁰.

Section 1. Un interventionnisme compromis.

¹¹¹⁹ NICINSKI, S. *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 13.

¹¹²⁰ On se souvient que « le changement majeur qu'a enregistré le droit public économique depuis 1985 vient de ce qu'au dirigisme par lequel l'Etat pensait pouvoir se substituer au marché a succédé une approche par laquelle l'Etat cherche à assurer les exigences d'intérêt général sans nuire aux forces de la concurrence » CHEROT, J.-Y. *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 12.

168. Une intelligence juridique. Il est, en France, une idée récurrente : l'efficacité économique¹¹²¹ se réaliserait sous le prisme « régulateur » de l'action publique. Soit un encadrement, une orientation, une détermination publics de l'économie. Le droit mis en œuvre est dur – vertical, unilatéral, obligatoire, contraignant¹¹²² – au profit d'intérêts prédominant ; l'opérateur économique ne saurait que difficilement s'y soustraire (I). Cependant, l'expression des pouvoirs publics est apparue corrélativement inapte à prendre suffisamment en compte l'intérêt général économique. La décision publique se révèle contestée. Le droit n'est plus observé comme une somme exclusive de commandements (II).

I. Une crise du désordre : la réglementation ou l'expression *a maxima* du droit unilatéral

169. Une hiérarchie objective d'intérêts¹¹²³. Le droit venant de l'Etat est « indispensable à l'organisation et au fonctionnement de l'économie »¹¹²⁴ ; il se confond dans l'impérieuse satisfaction d'un intérêt jugé supérieur (A) :

« La notion d'intérêt général remplit une triple fonction de légitimation des décisions, de normalisation des comportements et d'unification des règles de droit »¹¹²⁵.

Il vise à rétablir une situation d'égalité ou prévenir une situation d'inégalité par le jeu de procédés discriminants notamment. On parle d'une discrimination positive. Une discrimination par laquelle la différenciation de traitement est accomplie en vue d'une conformité au principe constitutionnel d'égalité ; la péréquation est une forme d'égalité. Alors, la permanence d'un intérêt économique privé, potentiellement conflictuel, est consubstantielle de son adéquation avec la satisfaction d'un

¹¹²¹ L'efficacité économique se mesure à la satisfaction d'un certain nombre d'opérations économiques comme l'illustrent la production optimale de richesses par l'échange de biens et services, la distribution, la fabrication, la consommation de biens.

¹¹²² « la seule fonction de la règle serait de prescrire, d'interdire, ou d'autoriser un comportement » Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011/3, p. 718.

¹¹²³ « L'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale et pragmatique » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 67, n° 78.

¹¹²⁴ CLAMOUR, G. *Intérêt général et concurrence – essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, p. 796.

¹¹²⁵ RANGEON, F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 21.

intérêt général. Un intérêt dont l'élément de jauge¹¹²⁶, l'ordre public, promoteur de valeurs sociales¹¹²⁷, constitue une catégorie fondamentale du droit¹¹²⁸. Sourd une dichotomie, malmenée, entre l'ordre public et la liberté contractuelle (**B**).

A – Les nécessités perçues d'un interventionnisme économique

170. La prégnance réglementaire.

« (...) l'équilibre spontané (*du marché*) représente un mythe dépourvu de réalité historique et dont le laisser-faire ne correspond nullement aux aspirations majoritaires (...) »¹¹²⁹.

Il en ressort une évidence du contrôle. Un contrôle venant du dehors qui se traduit prioritairement par un encadrement unilatéral, proportionné (§2), des conduites témoignant de la tradition des méthodes de l'action publique (§1). Les rapports entre le droit et l'économie apparaissent irrémédiablement étroits aboutissant, parfois, à l'insuccès du second au profit du premier.

§1. La nature de l'intervention de l'Etat

171. Un système. Nous lui préférons le terme d'interventionnisme désignant l'enflure d'un exercice paisible du « monopole de la violence légitime » puisque « (...) l'Etat en effet a partie liée dans notre culture politique avec une certaine forme d'inégalité bienfaisante qui est la plupart du temps définie comme compensatrice, alors que, dans le même temps, il entretient ou accentue, dans son existence d'Etat et par les stratégies qu'il déploie, des inégalités et des déséquilibres d'une

¹¹²⁶ MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, ibid.*, p. 201, n° 320.

¹¹²⁷ « Notion floue renvoyant aux principes fondamentaux (éthiques, politiques, sociaux) de l'ordre juridique considéré, l'ordre public fait nécessairement l'objet d'une interprétation évaluative qui ne ramène pas sa mise en œuvre à une conception purement mécanique (...) ; il s'agit plutôt de se livrer à une appréciation de la légitimité de l'acte juridique au regard de valeurs protégées par l'ordre public » OST, F. ET VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide de réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 347.

¹¹²⁸ FARJAT, G. *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 46.

¹¹²⁹ COLSON, J.-P. et P. IDOUX, *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016, p. 435, n° 865. Italiques ajoutés. E.g. « Si la concurrence est suffisante sur le marché, la réglementation économique devient inutile » OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français, op. cit.*, p. 164.

autre sorte, qui perdurent sous le sceau de la présomption de légitimité qui s'attache aux actes et discours officiels (on se rassure en disant qu'il y a en France un défenseur des droits !) »¹¹³⁰.

Quel que soit son type – injonctif, sanctionnateur, prohibitif, palliatif notamment –, l'interventionnisme de l'Etat¹¹³¹ est avant tout un système. « Un système est composé : 1 / d'une logique, de concepts, d'un langage ; 2 / d'autorités et de praticiens ; 3 / d'institutions »¹¹³² qui se manifestent à la moindre occasion.

172. Un interventionnisme historique. Il faut remonter à la fin de la période féodale – XVIII^e siècle avec l'abolition des droits féodaux¹¹³³ –, caractérisée par la centralité comme avaient pu l'illustrer l'autonomie du droit public¹¹³⁴, le rejet des « Parlements » ou encore l'inaliénabilité des biens publics notamment. Elle était également caractérisée par l'imperméabilité et la prééminence du pouvoir, pour justifier de l'impérialisme contemporain de l'Etat sur l'économie en France. Entre le XVIII^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, en Occident, la tendance est à la maximisation de la richesse globale – le « devoir d'abstention de l'autorité politique »¹¹³⁵ – au détriment de l'utilité sociale – « le bonheur de tous »¹¹³⁶ :

La « société libérale s'est arrêtée à une idée, à une seule d'ailleurs, la liberté du commerce et de l'industrie. Elle croit au marché. Elle interdit les conventions qui porteraient atteinte au marché »¹¹³⁷.

Elle sera, toutefois, partiellement remise en cause au lendemain de la Seconde Guerre mondiale laissant une Europe exsangue – les deux guerres mondiales, la crise économique de 1929, les lois sociales issues de la lutte ouvrière. Il faut reconstruire, planifier, socialiser. Dans un souci

¹¹³⁰ J.-J. SUEUR, « Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience », in Boy, L. (Dir.), Les déséquilibres économiques et le droit économique, *op. cit.*, p. 283.

¹¹³¹ La notion d'Etat est ici employée en tant que métonymie. Elle désigne alors non seulement l'Etat mais aussi ses démembrements – e.g. les collectivités territoriales.

¹¹³² FARJAT, G. *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 29 et 109.

¹¹³³ J.-J. CLERE, « L'abolition des droits féodaux en France », Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique, 94-95, 2005, pp. 135-157.

¹¹³⁴ Art. 10, 12 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ; le décret du 16 fructidor an III.

¹¹³⁵ BURDEAU, G. *Le libéralisme*, *op. cit.*, p. 48. S. BRACONNIER, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », RDP, 2012, n° 3, p. 737.

¹¹³⁶ Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. S. AMINE ET P. LAGES DOS SANTOS, « L'évolution de la conception du rôle de l'Etat », in Bottini, F. L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie, *op. cit.*, pp. 59-84, spéc. p. 68 et s.

¹¹³⁷ FARJAT, G., *Droit économique*, *op. cit.*, p. 50.

d'équilibrage, des mesures correctives, héritées de l'Ancien régime, y seront apportées passant par une intervention nécessaire de l'Etat¹¹³⁸ :

« L'Etat (et son incarnation historique, les régimes politiques) cessant d'être simple garant et gestionnaire modeste des affaires communes, devient administrateur de l'intérêt général de la communauté »¹¹³⁹.

Mais, elle engendre des coûts polymorphes – dette publique ou augmentation des prélèvements fiscaux et sociaux notamment – introduisant alors un mouvement de libéralisation des marchés à l'image de la cessation du contrôle absolu des prix, des privatisations. En outre de couvrir de nombreux champs tels que la fiscalité, l'environnement, le travail, l'intervention de l'Etat français revêt de nombreuses formes – coercitive, palliative, prescriptive, prophylactique – en capacité d'influer sur l'économie.

173. Un interventionnisme naturel. Cela revient, en premier lieu, à s'interroger sur la nature de l'Etat français. Qu'est ce que l'Etat français ? Nous répondrons sans autre hésitation que c'est un Etat de droit. Non seulement, en tant qu'il soumet la société française toute entière à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée¹¹⁴⁰ mais aussi en tant qu'il fait du droit un « outil privilégié »¹¹⁴¹ de son intervention. Si « (...) la loi au sens général du terme n'est plus qu'un élément d'une panoplie diversifiée, (*elle conserve*) encore une fonction symbolique qui en explique la prolifération excessive, nuisible à la fois à sa clarté et à son efficacité »¹¹⁴². Le droit a vocation à protéger systématiquement le faible – le salarié, l'environnement, le consommateur notamment – contre le fort¹¹⁴³ – les pouvoirs privé et public économiques – perpétuellement renvoyé dans les

¹¹³⁸ « Si la régulation juridique de l'économie est nécessaire, c'est que le laisser-faire des classiques est en lui-même destructeur de liberté et qu'il est générateur d'inégalités. « *Le marché est aveugle* », en ce sens qu'il est incapable de concourir à l'intérêt général. C'est même, on le sait, en réaction au laisser-faire que s'est construit l'Etat social. (...) Pour fonctionner, (...) le marché et la concurrence doivent être encadrés et protégés par l'Etat. Et, puisque l'économie n'est pas séparable de la société, et que les deux domaines de l'économie et du social sont « *totalelement imbriqués l'un dans l'autre* », l'Etat social interdit le retour à un système économique fondé sur la seule initiative individuelle, un système, en somme, bâti sur le principe de l'abstention étatique. (...) Disons-le autrement : si, pour des raisons budgétaires essentiellement, l'Etat d'aujourd'hui ne peut plus assumer la totalité de la chose publique et qu'il décide de « *faire faire* », il ne peut toutefois laisser faire » DUSSART, M.-L., *Constitution et économie, op. cit.*, p. 263.

¹¹³⁹ CHATELET, F. ET PISIER, E., *Les conceptions politiques du XX^e siècle*, Paris, PUF, 1981, p. 156.

¹¹⁴⁰ CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 419.

¹¹⁴¹ P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », *ibid.*, p. 185.

¹¹⁴² *Id.* Italiques ajoutées.

¹¹⁴³ Cette fonction naturelle de l'interventionnisme de l'Etat s'explique par le recours au darwinisme *qui n'est pas ce que l'on croit* (TORT, P. *Darwin n'est pas celui qu'on croit*, Paris, Le Cavalier Bleu éditions, 2018, 176 p.). A savoir, une théorie générale sur le processus de sélection naturelle des espèces – visant à éliminer le plus faible – transposable aux sociétés humaines rendant ainsi juste la « loi du plus fort », le « néo-malthusianisme », éliminant le plus faible en limitant la natalité, le « racisme », éliminant la race considérée comme inférieure, l'« eugénisme », éliminant le sujet taré. Par son effet réversible de la sélection – une interprétation *a contraio* qui postule que si sélection naturelle il y a, c'est une sélection de l'homme civilisé qui par sa civilisation, caractérisée par la promotion de la morale, des sentiments, du droit, va résister

cordes de sa responsabilité. En deuxième lieu, son caractère naturel est le produit de la structure même du système français où le choix politique – démocratique, exercice d’une liberté collective – , le droit par filiation adoptive¹¹⁴⁴, tend à l’organisation de l’économie ou « constitution du marché »¹¹⁴⁵. On parle de « réglementation économique »¹¹⁴⁶. De ce choix politique dépend la survie de l’économie ; il lui préexiste¹¹⁴⁷. Quoique la volonté économique tende à ériger le marché en

à l’élimination du plus faible –, Patrick Tort entend réhabiliter Darwin (TORT, P. *L’effet Darwin. Sélection naturelle et naissance de la civilisation*, Paris, Seuil, 2008, 240 p.). « Chez les sauvages, les individus faibles de corps ou d’esprit sont promptement éliminés, et les survivants se font ordinairement remarquer par leur vigoureux état de santé. Quant à nous, hommes civilisés, nous faisons, au contraire, tous nos efforts pour arrêter la marche de l’élimination ; nous construisons des hopitaux pour les idiots, les infirmes et les malades ; nous faisons des lois pour venir en aide aux indigents ; nos médecins déploient toute leur science pour prolonger autant que possible la vie de chacun. On a raison de croire que la vaccine a préservé des milliers d’individus qui, faibles de constitution, auraient autrefois succombé à la variole. Les membres débiles des sociétés civilisées peuvent donc se reproduire indéfiniment. Or, quiconque s’est occupé de la reproduction des animaux domestiques sait, à n’en pas douter, combien cette perpétuation des êtres débiles doit être nuisible à la race humaine. On est tout surpris de voir combien le manque de soins, ou même des soins mal dirigés, amènent rapidement la dégénérescence d’une race domestique ; en conséquence, à l’exception de l’homme lui-même, personne n’est assez ignorant ni assez maladroit pour permettre aux animaux débiles de se reproduire » DARWIN, C. *La Descendance de l’homme et la sélection sexuelle*, Paris, C. Reinwald, 1881, pp. 144-145. (Traduction par Edmond Barbier). Il en sourd des concepts clés confectionnés notamment par le droit. Il en va ainsi notamment de l’équilibre contractuel : Y. AUGUET, « *L’équilibre contractuel dans le Code civil* », in Village justice, 1^{er} décembre 2017 (<https://www.village-justice.com/>). L’auteur entérine la vision d’un nouvel équilibre contractuel consacré tant par les principes généraux du droit des contrats (liberté contractuelle, bonne foi) que par des règles particulières du droit des contrats (e.g. l’interdiction du déséquilibre significatif (art. 1171 C. civ.). v. également, FINLANGER, L. *L’équilibre contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002, 651 p. ; LE GAC-PECH, S. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, 580 p.

¹¹⁴⁴ « Le droit ne peut être séparé de la politique, puisqu’il est un instrument essentiel de la politique » Hans Kelsen, cité et traduit in L. HEUSCHLING, « *Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l’épistémologie de Max Weber* », Jus Politicum, n° 8, 2012, note 113 (URL : <http://juspoliticum.com/article/Le-relativisme-des-valeurs-la-science-du-droit-et-la-legitimite-Retour-sur-l-epistemologie-de-Max-Weber-619.html>). Selon Jean-Jacques Sueur, l’Etat est « une métaphore » et le droit un outil de rationalisation ; « une promesse, un agir, une performance inscrite dans les énoncés mêmes auxquels nous avons affaire, dans beaucoup de domaines » (J.-J. SUEUR, « *Impressions d’après colloque – Le droit, le « public » et l’expérience* », art. cit., p. 285 et p. 289).

¹¹⁴⁵ « (...) le marché a besoin de droit – et de plusieurs droits à la fois – et qu’il en a toujours été ainsi (...) » J.-J. SUEUR, « *Droit constitutionnel économique et droits de l’homme* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l’homme*, op. cit., p. 112.

¹¹⁴⁶ Dans un objectif de définition de l’expression « réglementation économique », Aurélien Antoine s’attache, dans un premier temps, à en définir isolément les termes avant, dans un deuxième temps, d’en extraire la substance : « Tout d’abord, le terme réglementation est conçu dans cette brève étude comme l’action d’édicter un ensemble de normes générales et impersonnelles par les institutions publiques au sens large, recouvrant l’Etat, ses démembrés et les organisations supra-étatiques comme l’Union européenne. (...) la réglementation ne se résume pas aux règlements. Elle recouvre aussi la législation, et plus généralement tout acte prescriptif ayant pour objet l’encadrement des activités humaines et les relations entre les personnes physiques ou morales. Il importe ensuite de s’entendre sur l’adjectif « économique ». Mis en relation avec la réglementation, il renvoie à l’économie politique. (...) Une approche œcuménique peut être proposée en admettant que la réglementation économique porte sur « les interactions entre l’homme et son environnement » afin de garantir la satisfaction continue de ses besoins par des moyens matériels. Il en émerge des relations sociétales que la réglementation structure pour en assurer le maintien en se concentrant, par exemple, sur les modalités d’allocation des ressources dans le cadre d’un marché « rationnel » et concurrentiel, ou en régissant les rapports de production » A. ANTOINE, « *Histoire de la réglementation économique* », in Videlin, J.-C. (Dir.), *La réglementation de l’économie : persistance ou renouveau ?* Eléments de réflexion, Paris, LexisNexis, 2016, p. 11. Nous soulignons.

¹¹⁴⁷ « Le laissez-faire n’avait rien de naturel ; les marchés libres n’auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes » POLANYI, K. *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Editions Gallimard, 1983, p. 204.

régulateur de droit commun puisque « le régulateur est celui qui dit la règle »¹¹⁴⁸, cela ayant pour objectif la marginalisation l'intervention de l'Etat¹¹⁴⁹, elle va s'avérer génératrice de déséquilibres profonds – elle n'a que peu d'intérêt pour la partie faible abandonnée à la merci de l'économiquement puissant¹¹⁵⁰ – induisant la variation, nécessaire, des attributions de l'Etat¹¹⁵¹ :

(...) Aux fonctions traditionnelles que (*l'Etat*) remplit (justice, sécurité, éducation), s'ajoute désormais une mission plus diffuse de solidarité et de protection (santé, emploi, environnement). Il doit donc arbitrer entre des intérêts contradictoires qui se multiplient au rythme de la montée des aspirations individuelles et, à ce titre, il détient les clés de la cohésion sociale »¹¹⁵².

La libre économie ne saurait donc être absolue dans la mesure où « l'Etat – dans sa forme occidentale (telle que formalisée par Weber) – (...) est investi au moins en partie de la tâche de maintenir l'intégrité des droits de l'homme contre la logique dominante de la marchandise »¹¹⁵³. La libre économie ne saurait pas non plus être prévalente puisque « l'Etat ne peut avoir pour mission première de protéger la propriété que si l'homme est propriétaire avant d'être citoyen »¹¹⁵⁴. En troisième lieu, la simple existence d'un *critère juridique de l'action de l'Etat* – le pouvoir public exorbitant par nature¹¹⁵⁵ –, lequel dispose d'un droit – le droit public (constitutionnel, administratif,

¹¹⁴⁸ J.-J. SUEUR, « Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience », art. cit., p. 287.

¹¹⁴⁹ « Le rôle, ou pour le moins le rôle économique nécessaire, de l'Etat est délimité par les situations dans lesquelles le marché se révèle incapable d'assurer une allocation efficace des ressources » T. DAINTITH, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ?, *op. cit.*, p. 371. Du point de vue économique, « l'Etat est au plus un acteur comme les autres, dès lors qu'il achète ou qu'il vend. Toute autre action de ce dernier dans le domaine économique n'est justifiée et admise que si elle est limitée à corriger les défaillances du marché, sans un profit quelconque, ou à modifier certains résultats du marché compte tenu des valeurs communes de justice ou d'équité, en vertu desquelles l'Etat oblige ou interdit la consommation de certains biens » K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « La distinction public-privé en droit économique », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹¹⁵⁰ Adam Smith précisait : « (...) toute proposition d'une loi nouvelle ou d'un règlement de commerce, qui vient de la part de cette classe de gens (*les puissants*), doit toujours être reçue avec la plus grande défiance, et ne jamais être adoptée qu'après un long et sérieux examen, auquel il faut apporter, je ne dis pas seulement la plus scrupuleuse, la plus soupçonneuse attention. Cette proposition vient d'une classe de gens dont l'intérêt ne saurait être jamais être exactement le même que l'intérêt de la société, et qui ont, en général, intérêt à tromper le public et même à le surcharger et qui, en conséquence, ont déjà fait l'un et l'autre en beaucoup d'occasions » SMITH, A. *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Chez Guillaumin, 1843, p. 324.

¹¹⁵¹ « Ce rôle tend à enfler lorsque sont mises à jour de nouvelles imperfections du marché (l'asymétrie d'information dans les contrats de consommation, les externalités en matière d'environnement), et à désenfler (ou à changer de nature) lorsque sont formulés certains perfectionnements tels que la restriction par recours à la notion de « club goods » du domaine des biens réellement publics au sens économique » T. DAINTITH, « Pouvoir étatique en droit et en économie », *ibid.*

¹¹⁵² P. ALBERTINI, « Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse) », in Bottini, F. *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, *op. cit.*, p. 186. Italiques ajoutés.

¹¹⁵³ J.-J. SUEUR, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », art. cit., p. 110.

¹¹⁵⁴ MANENT, P. *Les libéraux I (Anthologie)*, Paris, Hachette, 1986, p. 149.

¹¹⁵⁵ L'action de l'Etat dispose de droits dits « droits de puissance publique », lesquels « entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers » M. HAURIU, « Droit administratif », in L. Béquet, *Répertoire du*

etc.) –, d'institutions et de juridictions qui lui sont propres, rajoute au caractère naturel de l'intervention de l'Etat.

174. Un interventionnisme matériel. Si l'article 34 de la Constitution, fixant la compétence de la loi, expression de la volonté générale¹¹⁵⁶, ne comporte aucune disposition explicite lui octroyant la capacité d'intervenir dans l'économie, il fait état d'une énumération de domaines sujets à législation hauts lieux d'opérations économiques. Il en va ainsi notamment des libertés publiques – de l'impôt (alinéa 4), de la préservation de l'environnement¹¹⁵⁷ (alinéa 12), de la propriété (alinéa 13 ; la loi LME¹¹⁵⁸), du droit du travail¹¹⁵⁹ (alinéa 14). Au surplus, si, par une interprétation stricte, plusieurs de matières non mentionnées échappent à la compétence législative, elles relèvent du domaine de la compétence réglementaire¹¹⁶⁰.

175. Un interventionnisme contrarié. C'est un interventionnisme concurrencé :

« (...) les Etats ne sont plus les uniques détenteurs du pouvoir dans leurs sociétés, pas plus que la forme de leur pouvoir n'est unique ou ne leur est exclusivement réservée »¹¹⁶¹.

C'est aussi un interventionnisme vassalisé. Par le choix du regroupement notamment – l'exemple de l'Union européenne –, la France, en souveraine, a consenti au sacrifice d'une fraction plus ou moins importante de sa souveraineté par ambitions régionales à fins d'harmonisation des pratiques notamment. Entre compétences exclusives ou partagées, l'UE se réserve la faculté d'intervenir par

droit administratif, t. XIV, Paris, Dupont, 1897, n° 17, p. 5. (« *La personnalité publique*) dépasse par ses proportions la personnalité juridique individuelle, car elle comporte la jouissance de droits de puissance publique exorbitants du droit commun, tels que les droits de police, justice et finance, le droit de disposer de la force armée, de battre monnaie, de conférer des grades, de lever l'impôt » M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Sirey, 1900, pp. 209-210. Pour une étude d'ensemble, v. SAILLANT, E. *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2011, 662 p.

¹¹⁵⁶ Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

¹¹⁵⁷ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, précitée.

¹¹⁵⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée.

¹¹⁵⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹¹⁶⁰ Art. 37, al. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

¹¹⁶¹ T. DAINITH, « *Pouvoir étatique en droit et en économie* », *ibid.*, p. 371. « L'ordre juridique étatique subit la concurrence d'ordre juridiques rivaux, supra et infra-étatiques, et doit composer avec des structures administratives qui gagnent en autonomie et des groupes d'intérêts privés toujours plus puissants » S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 22.

le jeu de prescriptions, d'injonctions notamment en matière de droit de la concurrence¹¹⁶², d'aides d'Etat¹¹⁶³, de protection des consommateurs¹¹⁶⁴, d'environnement¹¹⁶⁵, d'emploi¹¹⁶⁶.

Si l'emprise de l'Etat est prégnante, elle ne saurait être absolue. Il ressort une préservation des intérêts privés motivée par une exigence d'équilibre.

§2. La proportionnalité dans l'interventionnisme économique

176. *Locus standi.* Le pouvoir public ne saurait s'exercer sans l'opportunité d'un *intérêt à agir* : l'intérêt général.

« (...) l'intérêt général se présente, dans l'optique française, comme une valeur transcendante qui surplombe les intérêts particuliers. Sa légitimité puise essentiellement dans son refus d'être l'arithmétique des intérêts égoïstes et le sentiment qu'il fait naître à chaque membre de la société, qu'au-delà de sa sphère purement privée, l'intérêt général protège tout le monde en commençant par lui »¹¹⁶⁷.

177. Un moyen de relativisation de la fundamentalité du droit¹¹⁶⁸. L'intérêt général innerve d'ailleurs les centres d'intérêts impérieux tels que l'ordre¹¹⁶⁹, la sécurité¹¹⁷⁰, la santé et la morale¹¹⁷¹, le bien-être économique¹¹⁷² notamment. Nous ne saurions, pour autant conclure à l'absolutisme de l'intérêt général. Son triomphe ou sa défaite est le produit d'un arbitrage d'intérêts¹¹⁷³ parmi lesquels les intérêts particuliers, et notamment l'« intérêt d'entreprise ». Une

¹¹⁶² Art. 101 et 102 TFUE.

¹¹⁶³ Art. 107 et 108 TFUE.

¹¹⁶⁴ Art. 169 TFUE.

¹¹⁶⁵ Art. 191 et 192 TFUE.

¹¹⁶⁶ Art. 145 et s. TFUE.

¹¹⁶⁷ K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », art. cit., p. 73. J. CHEVALLIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris, Dalloz, 2015, p. 83.

¹¹⁶⁸ L'intérêt général est la « justification des atteintes au droit de propriété depuis 1789 » MERLAND, G. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 62-64.

¹¹⁶⁹ Art. 6 §1 CEDH, Art. 45 §3 TFUE, Art. 52 §1 TFUE, Art. 1102, al. 2 du Code civil.

¹¹⁷⁰ Art. 9 CEDH

¹¹⁷¹ Art. 8, 9, 10, 11 CEDH

¹¹⁷² Art. 8 CEDH

¹¹⁷³ « On sait que dans la perspective marxiste la notion n'est que pure illusion : l'existence de groupes sociaux antagoniques, dont les intérêts sont contradictoires, exclut toute possibilité de parvenir à la définition d'un intérêt commun (...) » J. CHEVALLIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », *ibid.*, p. 88.

notion neutre, qui limite aussi bien le pouvoir de direction de l'employeur¹¹⁷⁴ que celui de contestation du salarié¹¹⁷⁵. Juridiquement abstraite¹¹⁷⁶, elle est apparue en capacité de faire écran à l'interventionnisme public ou simplement le faire reculer à l'image de la matière fiscale¹¹⁷⁷. Ainsi, la prise en compte de l'intérêt général ne saurait présenter un caractère manifestement anormal ou excessif :

« (...) les droits fondamentaux et, plus particulièrement, le droit de propriété n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Il s'ensuit que des restrictions peuvent être apportées à l'usage de ce droit, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la

¹¹⁷⁴ « (...) il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions, qu'il ait été soutenu que les modifications du contrat de travail étaient justifiées par l'intérêt de l'entreprise (...) » Cass. soc., 6 juillet 1993, n° 89-45464, inédit.

¹¹⁷⁵ Le droit de grève est constitutif d'un abus lorsqu'il comporte « un risque de désorganisation de l'entreprise » Cass. soc., 18 janvier 1995, n° 91-10476, *Bull.*

¹¹⁷⁶ La notion d'intérêt d'entreprise se réclame d'un intérêt supérieur de l'entreprise matérialisable notamment par le paisible exercice de droits fondamentaux à l'image de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété.

Sur la liberté d'entreprendre. Art. 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 dite « Décret d'Allarde » portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente : « (...) *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* (...) ». Confirmée par la loi « Le Chapelier » des 14 et 17 juin 1791 interdisant les corporations. Art. 2 et 4 DDHC. « (...) la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » Décision du Conseil Constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299, *Rec.*, p. 18, cons. 16. « (...) (*elle*) comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité » Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle, *JO* du 1^{er} décembre 2012, p. 18908, texte n° 93, *Rec.*, p. 636, cons. 7. Italiques ajoutés. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions d'une loi qui avait pour effet « (...) de priver l'entreprise de sa capacité d'anticiper des difficultés économiques et de procéder à des arbitrages économiques à un autre niveau que celui de l'ensemble de l'activité de l'entreprise » Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-692 DC du 27 mars 2014 relative à la loi visant à reconquérir l'économie réelle, *JO* du 1^{er} avril 2014, p. 6232, texte n° 4, cons. 19. V. notamment, Y GAUDEMET, « *La liberté d'entreprendre* », D. 1986, p. 372 ; B. GOLDMAN, « *La liberté du commerce dans les pays développés* », in *Liberté et droit économique*, Textes réunis par Gérard Farjat et Berbard Remiche, Bruxelles, De Boeck, 1992, pp. 87-111 ; M. KHDIR, « *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mythe ou réalité ?* », D. 1994, chron., p. 30 ; O. RENARD-PAYEN, « *Principe de la liberté du commerce et de l'industrie* », J.-CL. administratif, fasc. 255, 1992 ; J.-F. SESTIER, « *L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence* », in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica, 2003, p. 400 ; A. MONPION, « *Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie ?* », *AJDA*, 2008, p. 232.

Sur le droit de propriété. Art. 2 DDHC, Art. 1^{er} CEDH, Art. 544 du Code civil. « (...) si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique » Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299, *Rec.*, p. 18, cons. 16.

¹¹⁷⁷ Voir *supra*

Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti »¹¹⁷⁸.

De la même manière, « (...) il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »¹¹⁷⁹. Les outils de la protection de la libre concurrence sont illustratifs en particulier l'importation de la « règle de raison » qui puise son origine dans la tradition *common law*. Cette dernière est une méthode du droit de la concurrence consistant à autoriser un comportement potentiellement restrictif de concurrence au nom d'un intérêt supérieur de l'efficacité économique sur seul fondement des articles 101 §1 TFUE, L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2 du Code de commerce sans qu'il soit besoin de satisfaire aux dispositions dérogatoires des articles 101 §3 TFUE et L. 420-4 du Code de commerce. Il est fait « la balance entre les effets pro-concurrentiels et anticoncurrentiels qu'engendrent une pratique d'entreprise »¹¹⁸⁰. On l'a, furtivement certes, vu en droit administratif des biens avec la théorie du bilan coûts-avantages, à l'occasion d'un célèbre arrêt du Conseil d'Etat en matière de déclaration d'utilité publique d'une opération :

« (...) une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »¹¹⁸¹.

Si la prise en compte de l'intérêt général s'avère manifestement excessive, des mesures compensatoires proportionnelles pourraient être introduites. Il en va notamment en cas de violation du droit fondamental de propriété :

¹¹⁷⁸ CJCE, 22 octobre 1991, *Georg von Deetzen*, Aff. n° C-44/89, *Rec.*, 1991, p. I-05119, pt. 28.

¹¹⁷⁹ Décision du Conseil constitutionnel n° 98-401 DC du 10 juin 1998, relative à la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *JO* du 14 juin 1998, p. 9033, *Rec.*, p. 258, cons. 26. « (...) le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » cons. 29.

¹¹⁸⁰ HETSCH, S. *Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ?*, Mémoire Paris II - Panthéon Assas, 2011, p. 4. v. notamment, FASQUELLE, D. *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Paris, GLN Joly éditions, 1993, 292 p. ; J.B. BLAISE, « *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence* », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Paris, Dalloz, 1997, p. 85 ; R. KOVAR, « *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"* », *RTD eur.*, 1987, pp. 237-254 ; G. WILS, « *La "rule of reason" : une règle raisonnable en droit communautaire ?* », *Cahier de droit européen*, 1990, pp. 19-74.

¹¹⁸¹ Arrêt *Ville Nouvelle-Est*, précité.

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »¹¹⁸².

Si l'intérêt général « n'est pas le contraire de l'intérêt particulier »¹¹⁸³, il en est un multiple disproportionné qui va nécessiter la réalisation d'un contrôle dit de « proportionnalité »¹¹⁸⁴. La France apparaît comme un « régime d'économie concertée où l'Etat ne s'impose plus par la contrainte mais négocie obligations et avantages réciproques avec les entreprises privées et publiques »¹¹⁸⁵. Pour autant, il est une constante hiérarchisation des intérêts souvent au détriment de l'intérêt privé, trop localisé. Elle confine, parfois, à l'inconciliation des moyens – l'exemple de l'ordre public – et des résultats – l'exemple de la liberté contractuelle. Si l'ordre public est effectivement un instrument de protection de la liberté contractuelle, il porte en son sein sa nécessaire relativisation.

B – La confusion du contrat dans l'ordre public

178. Une convergence non souhaitable. Conscients du danger d'enserrement de « taxinomies binaires »¹¹⁸⁶, nous ne saurions toutefois être les partisans d'une vision purement *harmonieuse* de l'ordre public et du contrat¹¹⁸⁷ en France. Quels que soient les *scénarii*, il est un antagonisme substantiel entre ordre public et liberté contractuelle ; l'un devant irrémédiablement se conformer à l'autre au gré des circonstances. Indissociable de l'intérêt général¹¹⁸⁸ – il en est une

¹¹⁸² Art. 17 DDHC. *Confer* Art. 545 du Code civil.

¹¹⁸³ J.-J. SUEUR, « *Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, *op. cit.*, p. 288. Italiques ajoutés.

¹¹⁸⁴ « Le contrôle de proportionnalité (...) prend (non seulement) pour critère la proportionnalité pour apprécier la régularité d'un certain nombre d'actes, mais il apparaît également comme un moyen d'action du juge. En ce sens, la proportionnalité est aussi un principe modérateur en ce qu'il vient limiter l'exercice de certains pouvoirs, dont ceux des autorités publiques » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, n° 711, p. 428. « (...) le législateur n'a pas porté au principe de la liberté d'entreprendre une atteinte qui ne serait pas justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés et proportionnée à cette fin » Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, JO du 13 octobre 2012, p. 16031, texte n° 49, *Rec.*, p. 529, cons. 11.

¹¹⁸⁵ G. DE POUVOURVILLE, C. CHAMPAUD, G. FARJAT ET A. JACQUEMIN, « *La responsabilité juridique de l'Etat en matière d'interventions économiques et financières* », *Politiques et management public*, vol. 1, n° 3, 1983, p. 102.

¹¹⁸⁶ M.M. SALAH, « *Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ?* », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁸⁷ « L'ordre est un certain arrangement des choses et des intérêts, compatible avec le respect de la liberté » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, n° 305, p. 195 et p. 212 et s.

¹¹⁸⁸ F. RIEM, « *Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ?* », *art. cit.*, p. 24.

émanation¹¹⁸⁹ ; un « surmoi » protecteur¹¹⁹⁰ –, il se pose en rempart contre les intérêts potentiellement individualistes, égoïstes... dangereux, existentiellement libéraux¹¹⁹¹. Soit, une vision essentiellement conflictuelle :

« (...) l'esprit libéral (*a*) en exécution cette expression magique, cette force qui oblige au silence et à l'immobilité, voire qui réserve à un seul le privilège de l'action, au nom d'un intérêt supérieur »¹¹⁹² ;

« (...) une force juridique qui vient contrarier la volonté contractuelle, laquelle se meut librement dans l'ordinaire du marché »¹¹⁹³.

« L'ordre public (*serait*) une idée repoussant la liberté »¹¹⁹⁴ – une liberté proportionnée ou disproportionnée¹¹⁹⁵. Il n'est d'ailleurs pas rare que les textes juridiques dans leur rédaction l'érigent en contre-pouvoir traduisant ainsi une inconciliabilité fondamentale. Il en va ainsi explicitement à l'article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » ; à l'article 1102, al. 2 du Code civil : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* » ; ou moins explicitement à l'article 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » ; à l'article 1178, al. 1^{er} du Code civil : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* ».

¹¹⁸⁹ J. CHEVALIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁹⁰ *Conférence* notamment FREUD, S., LEBOVICI, S., FERENCZI, S. ET KLEIN, P. *Le ça, le moi et le surmoi. La personnalité et ses instances*, Paris, Sand, 1997, 334 p.

¹¹⁹¹ La « société libérale s'est arrêtée à une idée, à une seule d'ailleurs, la liberté du commerce et de l'industrie. Elle croit au marché. Elle interdit les conventions qui porteraient atteinte au marché » FARJAT, G. *Droit économique*, Paris, PUF, 1982, p. 50. « (...) l'ordre public constitue une limite à la liberté des personnes dans leurs actes juridiques, limite qui marquerait "la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, de la société sur l'individu" » M.M. SALAH, « *Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ?* », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *op. cit.*, p. 261. Il emporte « un ensemble d'effets juridiques nécessaires à l'accomplissement de sa fonction d'instrument de structuration et cohésion sociale » P. DEUMIER ET T. REVET, « *Ordre public* », in Alland, D. et Rials, S. (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1119.

¹¹⁹² M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, *op.cit.*, p. 105. Parenthèses ajoutées.

¹¹⁹³ *Id.*, p. 110.

¹¹⁹⁴ DEMOGUE, R. *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 146. Parenthèses ajoutées. M.-C. VINCENT-LEGOUX, « *L'ordre public et le contrat* », in Sève, R. (Dir.) *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁹⁵ « (...) le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...) » Décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JO* du 18 janvier 2003, p. 1084, *Rec.*, p. 43, cons. 4. (Art. 4 DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)* » ; Art. 16 DDHC : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »).

179. L'ordre public économique : une subsomption. Il se décline, en principe, en deux ordres : l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.

« (...) aujourd'hui l'ordre public économique se définit plutôt comme une tautologie du marché (...), l'ordre public du marché est l'exigence du "bon fonctionnement du marché". Le caractère indisponible de cet ordre public (...) fait dire qu'il s'agit d'un "ordre public de direction". (...) Il peut s'y cumuler le souci de cet autre ordre public dit "de protection", qui vise un groupe de personnes, trop faibles ou trop disséminées pour se défendre efficacement »¹¹⁹⁶.

Ils sont idéologiquement divergents¹¹⁹⁷ mais, en pratique, convergents en ce qu'ils peuvent se confondre¹¹⁹⁸ et réfrènent, par leur finalité protectrice, l'exercice, pourtant obligé¹¹⁹⁹, pour ce qui nous concerne, de libertés économiques¹²⁰⁰. Il en va ainsi, particulièrement, de l'ordre public concurrentiel¹²⁰¹ :

¹¹⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », *op. cit.*, p. 110.

¹¹⁹⁷ « (...) on distingue (*les règles*) qui ont pour finalité, la protection du contractant faible et celles qui ont pour objet l'orientation de l'activité contractuelle dans le sens qui paraît conforme à l'utilité sociale. Les premières relèvent de l'ordre public dit de protection, tandis que les secondes ressortissent à l'ordre public de direction » M.M. SALAH, « *Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ?* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, *op. cit.*, p. 262. Parenthèses ajoutées.

¹¹⁹⁸ « (...) bien malin celui qui peut aujourd'hui nettement distinguer, opposer ou articuler les deux sortes d'ordre public. En effet, l'on peut soutenir que le droit de la concurrence a pour fin le bien-être du consommateur, ce qui subsume la protection de celui-ci dans l'ordre public de direction du marché » M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », *op. cit.*, p. 110. M. HERVIEU, « *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction* », in Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, Paris, Dalloz, 2012, pp. 317-341, spéc. p. 323 et s.

¹¹⁹⁹ L. BOY ET P. REIS, « *Libertés économiques et droits de l'homme ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriainen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, *op. cit.*, pp. 269-309, spéc. p. 286 et s.

¹²⁰⁰ FARJAT, G. *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, 543 p. L'auteur y définit l'ordre public économique comme étant « l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat » *Id.*, p. 497. V. également, G. RIPERT, « *L'ordre public économique et la liberté contractuelle* », in Le droit constitutionnel non écrit, Mélanges en l'honneur de François Gény, t. 2, 1934, p. 352 ; R. SAVATIER, « *L'ordre public économique* », D. 1965, chron., p. 37.

¹²⁰¹ « (*L'ordre public concurrentiel*) est en partie composé du droit des pratiques restrictives de concurrence (*dit « petit » droit de la concurrence*), connu pour conjuguer en son sein des préoccupations directrices et protectrices (...). La finalité immédiate de ce droit reste la recherche d'une libre concurrence, mais celle-ci dépend étroitement de la protection effective du partenaire commercial, économiquement dominé, contre l'abus révélé par certaines pratiques, à ce titre, prohibées. (*Et, pour partie du*) "grand" droit de la concurrence, *a priori* étranger à toute fonction protectrice, (*le droit des pratiques anticoncurrentielles*) sert pourtant la liberté des contractants en situation d'infériorité économique. C'est en effet sur le fondement de la prohibition des abus de position dominante que le Conseil de la concurrence, puis de l'Autorité de la concurrence, comme le juge (*judiciaire*), sanctionnent, depuis longtemps, le refus d'accès à des marchés dérivés opposé aux concurrents par le détenteur d'infrastructures essentielles, en position dominante sur un marché principal. (...) Alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles ne poursuit en principe aucune mission de justice distributive, il permet pourtant, de façon quasi-juridictionnelle, d'organiser ainsi la protection des agents économiques en position de faiblesse sur le marché contre la domination économique exercée par un acteur dominant » M. HERVIEU, « *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction* », *art. cit.*, pp. 324-325. Italiques ajoutées. A. BRUNET ET J.-C. OHLMANN, « *Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle* », in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur A. Arieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, n° 8, p. 136. Pour une étude d'ensemble, v. *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Editions Frison-Roche, 2004, 688 p. ; FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 121-146 ; VOGEL, L. *Traité de droit économique. Droit de la concurrence. Droits européen et français*, Paris, Bruylant, 2015, 1838 p. ; L. BOY, « *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?* », Revue Lamy de la concurrence, 1^{er} avril 2010, n° 23, p. 93 ; L. BOY, « *L'abus de pouvoir de*

« (...) on aborde un ordre public aux rivages sans fin, puisqu'il a vocation à se saisir de toute activité de production ou de distribution de biens et de services, quelle que soit la forme sous laquelle elle est exercée, dès lors qu'elle a pour objet ou pour effet d'affecter le jeu de la concurrence »¹²⁰².

Il en va aussi, autrement, de l'ordre public social¹²⁰³ ou de l'ordre public consumériste¹²⁰⁴ notamment, ni exclusivement d'ordre public économique de direction ni exclusivement d'ordre public économique de protection. Sans nous y apesantir, si l'imprécision des frontières entre les ordres publics économiques porte la simplification du droit, il y a pourtant lieu de considérer cette conception, somme toute, néo-moniste de l'ordre public économique comme un outil venant renforcer l'abstraction de l'interventionnisme public¹²⁰⁵ nuisible à l'exigence tacite de sécurité du droit¹²⁰⁶. Souvenons-nous que de la conception duale de l'ordre public économique continue de dépendre la nature de la sanction¹²⁰⁷. Ce regard doit tout de même être relativisé en ce que le travail

marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », Revue internationale de droit économique, t. XIX, n° 1, 2005, pp. 27-50 ; L. IDOT, « *Le contrôle des concentrations* », Revue internationale de droit économique, t. XVI, n° 2, 2002, pp. 175-205 ; F. MARTY ET P. REIS, « *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique* », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n° 4, 2013, pp. 579-588 ; T. PEZ, « *L'ordre public économique* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 49, n° 4, 2015, pp. 44-57 ; A. PIROVANO ET M. M. SALAH, « *L'abus de dépendance économique une notion subversive ?* », LPA, 21-24 septembre 1990, n° 114, p. 4.

¹²⁰² M.M. SALAH, « *Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ?* », *art. cit.*, p. 273.

¹²⁰³ D. BAUGARD, « *L'ordre public social* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, pp. 129-152 ; G. COUTURIER, « *Les relations entre employeurs et salariés en droit français* », in Ghestin, J. et Fontaine, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 143 ; F. RIEM, « *Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ?* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, *op. cit.*, pp. 17-32.

¹²⁰⁴ PAYET, M.-S. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, *op. cit.* ; J.-P. PIZZIO, « *Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle. Bilans et perspectives* », in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. *Etudes de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 877 ; A. SINAY-CITERMAN, « *Protection ou surprotection du consommateur ?* », JCP 1994, I, n° 3804.

¹²⁰⁵ « (...) lorsqu'il exerce l'action, le ministre de l'économie peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques, constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander réparation du préjudice subi par les victimes, demander la répétition de l'indu et surtout le prononcé d'une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros, amende pouvant être portée au triple du montant des sommes versées de façon indue. Cette action du ministre de l'économie se situe ainsi entre la défense d'intérêts privés et la protection de l'ordre public économique alors que les pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement sont censées incarner ce « petit droit de la concurrence » prenant en charge la seule protection de droits subjectifs des victimes » P. REIS, « *Intervention du ministre de l'Economie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense d'intérêts privés et protection de l'ordre public économique* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétreay, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, *op. cit.*, p. 164.

¹²⁰⁶ « si l'on voit la sécurité juridique comme la prévisibilité, pour les parties en litige, de la décision du juge, alors il y a recul car elles ne peuvent plus prévoir quelle solution il adoptera dans la large panoplie qu'il s'est donnée » D. TRUCHET, « *La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ?* », in A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 715. Une position extensible à la matière privée.

¹²⁰⁷ « Si le législateur poursuit ainsi un but d'intérêt général, autrement dit, s'il défend une conception économique ou morale dans les rapports entre contractants indépendamment de la protection d'intérêts particuliers, la règle appartiendra à l'ordre public de direction, et sera sanctionnée par la nullité absolue. Au contraire, si par la règle édictée, le législateur a entendu protéger les intérêts d'une partie au contrat, cette règle relèvera de l'ordre public de protection, et sera sanctionnée par la nullité relative » M. HERVIEU, « *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction* », *art. cit.*, p. 339.

de qualification voire de requalification du juge est demeuré intact¹²⁰⁸ puisque l'ordre public est une notion au fond creux requérant nécessairement un supplément exégétique¹²⁰⁹. Cette dilution des ordres comporterait le risque de densification du flou entourant le concours d'intérêts divergents, aboutissant, potentiellement, à une prise en compte, alternative, de l'intérêt général dorénavant dilué¹²¹⁰. Or, l'individualisation des ordres publics économiques de direction et de protection, hiérarchisés¹²¹¹, garantit en toutes circonstances une portion neutre de l'Etat – caractérisée par sa version directrice – ainsi que la pertinence de son intervention.

En France, l'interventionnisme économique au moyen de la règle de droit est rendu légitime par la tradition idéologique d'une divergence des intérêts. Il ressort que cet interventionnisme, quoique conservant la forme de son expression – le droit dur –, est un interventionnisme de composition en ce qu'il a charge de soupeser les intérêts en présence. Mais, on apprend que cette texture du droit n'est, somme toute, plus qu'« un élément d'une panoplie diversifiée »¹²¹² complétée par des modes alternatifs de production et d'application du droit.

¹²⁰⁸ Là où la Cour d'appel jugeait l'expression d'un ordre public économique de protection : « (...) pour décider que l'action du ministre chargé de l'économie était irrecevable et dire sans objet sa demande d'amende civile, l'arrêt retient que par son action fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6 III du code de commerce, il recherchait le rétablissement des fournisseurs dans leurs droits patrimoniaux individuels afin de défendre et de restaurer l'ordre public économique prétendument troublé par les transactions intervenues entre eux et le Galec (...) », la Cour de cassation sentencie un ordre public économique de direction : « (...) l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes (*l'article L. 442-6, III du code de commerce*), qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs » *Cass. com.*, 8 juillet 2008, n° 07-16761, *Bull. Italiques* ajoutés.

¹²⁰⁹ « (*L'ordre public*) est une notion ouverte, laissant notamment aux juges le soin d'en fixer le contenu. Ainsi compris, l'ordre public est « une coquille vide », « un moteur sans essence », qu'il appartient au juge d'alimenter » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, n° 317, p. 200. *Italiques* ajoutés. GHESTIN, J., LOISEAU, G. SERINET, Y.-M., *La formation du contrat : L'objet et la cause – Les nullités*, Paris, L.G.D.J., t. 2, 2013, n° 2021.

¹²¹⁰ « (...) s'il reste la « pierre angulaire de l'action publique dont il détermine la finalité et fonde la légitimité », l'intérêt général ne se présume plus ; il ne s'impose plus comme argument d'autorité mais dépend de la pertinence des actions engagées, des décisions prises » J. CHEVALLIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, p. 89.

¹²¹¹ J. MESTRE, « *L'ordre public dans la vie économique* », in *L'ordre public*, Paris, L.G.D.J., Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. XLIX, 1998, 2001, p. 128.

¹²¹² P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », *art. cit.*, p. 185.

II. Une crise de l'ordre : la déréglementation¹²¹³ ou l'expression *a minima* du droit unilatéral

180. L'horizontalisation du droit¹²¹⁴. *Nolens, volens*, l'ordre est un moyen de censure du domaine économique fortement réactif par nature. Cette forte réactivité économique exhorte l'action publique aux transformations et adaptations. Elles se traduisent par un reflux des méthodes interventionnistes classiques caractérisées par la centralité normative¹²¹⁵. Et, pour cause ! « En s'amplifiant, le droit étatique perd de sa force et de sa pureté »¹²¹⁶. A l'encadrement vertical et unilatéral des comportements succèdent des figures contractuelles ou molles (A) et la régulation¹²¹⁷ (B).

¹²¹³ « La déréglementation s'axe autour de la restauration de la liberté économique. En amont, il s'agit de revendiquer la levée des interdictions, la suppression des autorisations dont l'unique finalité consiste à assurer la position dominante de l'Etat » GUIGNARD, D. *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004, p. 382, n° 639. *Contra* le modèle kelsenien : « le principe kelsenien de l'identité du droit et de l'Etat signifie non seulement que l'Etat et le droit sont un seul et même ordre de contrainte, mais encore que l'Etat est devenu l'ordre juridique total qui intègre et ramène à lui tous les autres ; « son droit, en tant que suprême, est le seul vrai droit » J. CHEVALLIER, « *L'ordre juridique* », in *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 42.

¹²¹⁴ « L'Etat de droit n'est pas le droit de n'importe quel droit : sa construction est en réalité indissociable d'un substrat libéral constitué par des principes et des valeurs » CHEVALLIER, J. *L'Etat post-moderne*, Paris, Lextenso-L.G.D.J., 2014, p. 177. « L'interventionnisme étatique substitue à (*la division stricte entre le droit impératif de l'Etat et le droit librement créé par les individus*) un ensemble flou dans lequel les techniques autoritaires et contractuelles de formation du droit se combinent. En s'étendant, l'action de l'Etat se fait plus douce, moins autoritaire » C.-A. MORAND, « *La contractualisation du droit dans l'Etat Providence* », in Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, *op. cit.*, p. 142.

¹²¹⁵ S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », *art. cit.*, p. 23.

¹²¹⁶ C.-A. MORAND, « *La contractualisation du droit dans l'Etat Providence* », in Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, *op. cit.*, p. 143. MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 99.

¹²¹⁷ Le terme « régulation » vise « l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre » DU MARAIS, B. *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 483. Il n'est pas rare que certains auteurs l'envisagent indistinctement du terme « réglementation » (TRUCHET, D. *Droit administratif*, Paris, PUF, 2009, p. 364). Cependant, « la régulation ne se (*confond*) pas avec la réglementation, laquelle demeure un instrument disponible de la régulation » M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit de la régulation* », D., 2001, p. 612. Italiques ajoutés. « la déréglementation appelle la régulation » L. BOY, « *Réflexions sur le « droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)* », D., 2001, p. 3032. Conçue plus adaptée par sa souplesse, elle est la « forme moderne de l'intervention publique dans une économie de marché » L. COHEN-TANUGI, « *L'émergence de la notion de régulation* », LPA, 1998, p. 4. J. CHEVALLIER, « *La régulation juridique en question* », *Droit et société*, 2001, p. 836 ; N. DECOOPMAN, « *Peut-on clarifier le désordre* », in Decoopman, N. (Dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, p. 21 ; G. TIMSIT, « *Les deux corps du droit, Essai sur la notion de régulation* », RFAP, 1996, p. 377.

A – Du « self-service normatif »¹²¹⁸

181. Du droit spontané. Par voie indirecte, le tourisme n'échappe pas au mouvement de contractualisation du droit¹²¹⁹. C'est notamment l'exemple des chartes d'entreprises, des chartes intercommunales de développement et d'aménagement, des contrats de ville¹²²⁰, des contrats de pays, des partenariats, des conventions collectives ou les accords d'entreprise issu(e)s de négociations collectives en droit social, de la normalisation et de la certification, des programmes ou des accords en droit de l'environnement, des engagements en droit de la concurrence¹²²¹, la négociation en droit pénal¹²²². On parle d'un phénomène contractuel¹²²³ caractérisé par la subsidiarisation de la production normative¹²²⁴ – sous la forme d' « instruments recommandatoires »¹²²⁵ dits également « normes à fonction directive souple »¹²²⁶.

¹²¹⁸ Expression empruntée à Alain Supiot dans son article intitulé : « *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises* » in Études offertes à J. Pélissier, Paris, Dalloz, 2004, p. 591.

¹²¹⁹ La contractualisation n'est pas un contractualisme : « l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi » SUPIOT, A. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 142. Elle est « (...) une croissance continue du processus contractuel » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 675, n° 1119. « (...) l'application rigide et uniforme de la loi fait place à des procédés de négociation avec les acteurs sociaux. (...) L'Etat s'est (ainsi) vu contraint de composer avec les pouvoirs économiques privés, en s'efforçant d'obtenir leur collaboration pour la réalisation des objectifs de politique économique (...) » J. CHEVALLIER, « *Contractualisation et régulation* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 87. Italiques ajoutés. v. CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action et de production de normes*, Paris, La Documentation française, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2008, pp. 3-276.

¹²²⁰ BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, op. cit., pp. 542-551 ; F. RANGEON, « *Contrat et décentralisation : de nouvelles formes de régulation au plan local* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., pp. 321-334.

¹²²¹ E.g. l'engagement d'entreprises de suppression de contrats noués de clauses d'exclusivité territoriale d'entreprises ultramarines.

¹²²² « (...) elle représente les différentes situations de fait ou de droit où le contentieux pénal fait l'objet d'un « commerce » au sens étymologique du terme (...), c'est-à-dire d'un débat entre les parties pour aboutir à un accord » CABON, S.-M. *La négociation en matière pénale*, Thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 2014, p. 34, n° 23.

¹²²³ Le contrat est au cœur du mouvement de contractualisation : « prétendre que la contractualisation n'a rien à voir avec le contrat serait abusif ou, si l'affirmation était sérieuse, passerait à côté de l'essence du phénomène » S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », art. cit., p. 38.

¹²²⁴ « Dans un système juridique désormais caractérisé par la pluralité des producteurs de droit, le modèle de la loi générale et impersonnelle faiblit et "les normes juridiques perdent de leur universalité". Le droit s'individualise tant au stade de son élaboration que de son application. Il est investi par des "normes différenciées, distinguant les personnes et les situations" » *id.*, p. 22. « Toutes les théories du pluralisme juridique ont en commun de relativiser la place de l'Etat par rapport à la société, et d'affirmer qu'il existe des droits non-étatiques engendrés par les groupes sociaux constitutifs de toute la société » ROULAND, N. *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 90. H. COUSY, « *Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence* », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 393.

¹²²⁵ A. JEAMMAUD, « *La règle de droit comme modèle* », D. 1990, pp. 199-210, spéc. pp. 207-209.

¹²²⁶ P. AMSELEK, « *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales* », RDP, 1982, n° 2, pp. 275-294, spéc. pp. 287-293.

« (...) c'est parce qu'elles émanent des professionnels intéressés eux-mêmes, compétents et proches des difficultés pratiques que les normes sont apparues comme les plus adaptées »¹²²⁷.

Pas tout à fait des contrats, ces figures contractuelles *de toute nature*, efficaces – elles sont débarrassées, dans une certaine mesure, des affres de la légistique et offrent notamment adaptation du droit¹²²⁸ – et légitimes¹²²⁹, marquées par une volonté de concurrence d'une réglementation considérée comme rigide, contraignante, inadaptée, insuffisante¹²³⁰, ont valeur juridique – il suffit que l'*instrumentum* présente les qualités substantielles de la règle de droit¹²³¹.

182. Vicissitudes dans la contractualisation du droit. Il faut toutefois craindre ce mouvement contractualisation en ce qu'en outre de le faire reculer¹²³², il vulgarise le *droit unilatéral*¹²³³. Le risque d'insécurité juridique caractérisé par l'imprécision, l'opacité, l'ambiguïté, l'insaisissabilité notamment¹²³⁴. Dans le cadre d'une relation symbiotique avec le contrat, instrument juridiquement

¹²²⁷ L. BOY, « Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques », art. cit., p. 308.

¹²²⁸ C.-A. MORAND, « La contractualisation du droit dans l'Etat Providence », in Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), Normes juridiques et régulation sociale, *op. cit.*, p. 144.

¹²²⁹ « même si pendant longtemps, on a assimilé le droit à l'Etat, la théorie du pluralisme juridique a montré que la source du droit ne réside pas toute entière dans l'Etat. Il existe des sources privées du droit comme il existe des lieux extra-juridiques de règlement des litiges » L. BOY, « Normes », RIDE, n° 2/1998, p. 115, spéc. p. 128. « au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, les systèmes étatiques, certes, mais d'autres avec lui, éventuellement ses rivaux » CARBONNIER, J. *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 356. P. AMSELEK, « L'acte juridique », in La pensée de Charles Eisenmann, Paris, Economica, PUAM, 1986, pp. 31-65, spéc. p. 48.

¹²³⁰ « ces (accords de volontés) assurent une mise en œuvre plus souple des libertés protégées par l'ordre public » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 675, n° 1119.

¹²³¹ Dans l'affaire Gaz de France, la Cour de cassation a saisi l'opportunité de reconnaître la valeur juridique effective d'une norme technique : « (...) si la norme N F P 45 201 n'avait pas, à l'époque des faits, de caractère réglementaire, elle constituait néanmoins l'expression des règles de l'art et de sécurité minimum qui s'imposaient à l'ensemble des professionnels » Cass. civ., 3^e, 4 février 1976, n° 74-12643, *Bull.* Pour une étude d'ensemble, v. notamment, LAROUER, M. *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2018, 598 p. ; TURINETTI, A. *La normalisation. Etude en droit économique*, *op. cit.* ; L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique, *op. cit.*, pp. 183-196 ; L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », in La normativité, Cahier du Conseil constitutionnel, n° 21, 2007, p. 79 ; P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 671-693 ; G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *id.*, pp. 151-164 ; C. JUBAULT, « Les "codes de conduite privés" », in Le droit souple, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », 2009, pp. 27-37 ; G. KOUBI, « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *ibid.*, pp. 165-181 ; M. LANORD-FARINELLI, « La norme technique : une source de droit légitime ? », RFDA, 2005, p. 739 ; J.-M. PONTIER, « La certification, un outil de la modernité normative », art. cit., p. 355 ; J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°4, 1996, pp. 409-424.

¹²³² « Dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants, que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie » A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », art. cit., p. 51.

¹²³³ « en s'éloignant du registre du commandement, de la prescription, de la norme de comportement impérative, le droit ne s'en tient pas à ce qu'on attend de lui. Il oublie qu'il est (...) fondamentalement un ordre de contrainte » J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », RDP, 1988, p. 673.

¹²³⁴ C'est la rançon du pluralisme juridique : « La pluralité des sources, enseigne-t-on, ne peut qu'altérer la capacité du système juridique à assurer correctement sa fonction : à se multiplier, les sources formelles s'épuisent dans le

garanti¹²³⁵, l'initiative volontaire jouit collatéralement de sa force obligatoire. Ainsi, le risque d'inexécution des obligations notamment s'amenuise. C'est le cas lorsque la partie la plus forte d'un contrat privé notamment impose des clauses d'initiative volontaire à son homologue, plus faible, conditionnant ainsi sa survie économique à sa soumission soit un retour au réglementaire¹²³⁶ :

« celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'Etat que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude »¹²³⁷.

Alors, si, à fin libérale, il y a « desserrement de l'ordre public »¹²³⁸, il subsiste un archaïsme vertueux : la contractualisation n'implique pas un délitement de l'Etat¹²³⁹. Rappelons que « (...) de très fortes capacités d'autodestruction caractérisent le fonctionnement et l'évolution de ces systèmes s'ils sont abandonnés à leur seule autorégulation »¹²⁴⁰. C'est ainsi que les figures contractuelles ne sauraient se défaire des frontières dirigistes de la réglementation¹²⁴¹ : « l'objectif de liberté des entrepreneurs ne peut être satisfait par la seule déréglementation étatique et requiert également le démantèlement des réglementations privées »¹²⁴². D'autant que ces dernières peuvent se révéler dangereuses¹²⁴³. Il

règlement des conflits qu'implique leur pullulement » P. DEUMIER ET T. REVET, « *Sources du droit (problématique générale)* », in Alland, D. et Rials, S. (Dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1433. On a d'ailleurs pu évoquer un « désordre juridique français » A. DECOCQ, « *Le désordre juridique français* », Mélanges Jean Foyer, Paris, PUF, 1997, p. 147.

¹²³⁵ Art. 1100 et s. du Code civil.

¹²³⁶ L'exemple de la production des normes techniques confiée aux pouvoirs privés économiques L. BOY, « *La valeur juridique de la normalisation* », *ibid.*, p. 184. Italiques ajoutés. V. sur ce point, CLUZEL-METAYER, L. *Le service public et l'exigence de qualité*, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹²³⁷ *Liber Amicorum*, René Cassin, Tome 3, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Paris, Pédone, 1971, p. 322 cité in J.-B. RACINE, « *Droit économique et droits de l'homme : introduction générale* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 10. « l'objectif de liberté des entrepreneurs ne peut être satisfait par la seule déréglementation étatique et requiert également le démantèlement des réglementations privées » Louis Dubouis cité in COLSON, J.-P. et P. IDOUX, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 203, n° 360.

¹²³⁸ S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », *art. cit.*, p. 4.

¹²³⁹ « (...) (les) évolutions n'enlèvent strictement rien au fait que c'est l'État, et lui seul, qui continue à maîtriser souverainement toute détermination du caractère juridique – et donc juridiquement sanctionnable devant le juge – de celles de ces normes qu'il décide de faire entrer dans son giron » D. DE BECHILLON, « *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité* », in Berthoud, A. et Serverin, E. (Dir.), *La prestation des normes entre Etat et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 72.

¹²⁴⁰ C. CHAMPAUD, « *Régulation et droit économique* », *Revue internationale de droit économique* 2002/1 (t. XVI, 1), p. 42.

¹²⁴¹ « La normalisation, qu'elle soit nationale, européenne ou internationale, ne peut remplacer, affaiblir ou contredire la législation. Les organes de normalisation restent cependant libres d'élaborer des normes dans les limites fixées par la réglementation » Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne. (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission, paru en octobre 1990)*, JOCE n° C 96/02 du 15 avril 1992, pp. 2-18, pt. 75.

¹²⁴² L. DUBOUIS, « *La déréglementation et le droit communautaire* », RFDA, 1986, p. 484.

¹²⁴³ « la contractualisation de la société et du droit qui donne naissance à un droit négocié facilite également le travail de ces groupes qui participent également à l'élaboration ou à l'application des normes. Le pluralisme juridique, en particulier des sources du droit, contribue à augmenter leurs chances de se faire entendre au moyen d'un droit dur qu'ils tentent d'influencer ou d'un droit souple auquel ils aiment contribuer » M. MEKKI, « *La force et l'influence normatives*

est, en outre, à noter que, dans certains cas, leurs existence et permanence tiennent à un aval public comme l'illustre l'obligation d'agrément de l'Etat des organismes privés d'accréditation et de certification. L'ombre « réglementaire » jalonne finalement toute la démarche volontaire des entreprises privées – y compris des institutions publiques¹²⁴⁴. Ainsi, si l'entretien des devantures des boutiques du centre-ville de Fort-de-France procède d'une démarche volontaire privée – la charte qualité de l'entreprise foyalaïse –, il lui préexiste et lui survit un dispositif légal relatif à l'obligation de ravalement des façades¹²⁴⁵. Le *self-service* ne serait, somme toute, qu'un décorum¹²⁴⁶.

La mise en jeu d'un droit spontané concourt à mettre en relief une véritable dynamique de simplification du droit. A cet ensemble d'éléments de droit alternatif, il convient d'agréger la régulation du marché – un mode d'action publique à la croisée du laisser-faire et de la réglementation de l'économie. Faire le droit n'a désormais plus rien d'exclusif.

B – Un « ordre public régulateur » : le cas de la régulation du prix dans le commerce de masse en outre-mer

183. Incipit : l'hypertrophie des prix des biens de consommation courante, un coût touristique direct. Si l'on se fonde sur le coût de la vie, en l'état, le tourisme des Antilles françaises est marqué par la dispendiosité. Un séjour moyen aux Antilles françaises revient très cher, par nette opposition à la masse de leurs homologues caribéens. Les postes de dépenses lourdes y sont nombreux. Le prix du billet d'avion est fixé à la discrétion de compagnies aériennes historiques et grevé par l'impôt. S'agissant de l'hébergement hôtelier, le touriste moyen, téméraire, se trouve contraint de transiger, rogner sur certains attraits du territoire ou sur la qualité de ses conditions de séjour. Dans la plupart des cas, il se doit de disposer d'un budget « consommation courante ». Il apparaît très clairement que conserver ses habitudes de consommation aux Antilles françaises, pour

des groupes d'intérêts : identification, utilité et encadrement », in Mekki, M. (Dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt*, Issy-Les-Moulineaux, Lextenso, 2011, p. 15.

¹²⁴⁴ M. HECQUARD-THERON, « *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention* », AJDA, 1993, p. 451.

¹²⁴⁵ Art. L. 132-1 à L. 132-5 du Code de la construction et de l'habitation. « *Les façades des immeubles doivent être constamment tenues en bon état de propreté* » (Art. L. 132-1, al. 1^{er})

¹²⁴⁶ « la démarche dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan, dont le sens même est obscur et ambivalent, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique » N. MOLFESSIS, « *Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même* », in Rapport annuel du Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, Paris, La documentation française, 2006, pp. 391-406, spéc. p. 396.

un touriste hexagonal notamment, est une gageure. Dans la période 2015-2016, si l'indice des prix à la consommation (IPC)¹²⁴⁷ « n'enregistre pas d'évolution significative »¹²⁴⁸, un panier « métropolitain » de produits alimentaires acheté en Martinique s'est avéré plus cher de 47,9 %¹²⁴⁹ contre 41,9 % en Guadeloupe¹²⁵⁰. Cela ouvrit la voie à des dispositifs d'encadrement des prix, au demeurant marginaux, à l'image de l'accord de modération de prix, post-conflit social du 5 février 2009, sur une liste de produits de consommation courante entré en vigueur le 1^{er} mars 2013¹²⁵¹.

184. Plurifactorialité du niveau des prix du commerce de détail. Sans nous y apesantir, ce syndrome du prix élevé¹²⁵² est mis en exergue par la convergence de causes désordonnées. Elles sont, pour partie, *légitimes* : une défaillance productive¹²⁵³ ; le recours indispensable à l'importation¹²⁵⁴. Mais, leur légitimité ne suffit pas à justifier l'intégralité des écarts de prix :

¹²⁴⁷ « Lorsque l'on étudie l'évolution de l'inflation, on se rattache généralement à un indice des prix à la consommation, indicateur qui mesure la variation du prix d'un panier de marchandises » COMBE, E., *Précis d'économie*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, pp. 179-182, spéc. p. 179.

¹²⁴⁸ Source IEDOM. **Nota bene** : la pertinence de cet indice a été remise en cause dans le rapport Dolige : « Si l'indice de prix à la consommation dans les DOM tient compte du poids plus important de l'alimentation dans les dépenses des ménages qu'en métropole, il le fait à partir d'une moyenne. Pour la partie importante de la population des DOM vivant dans une situation précaire, ce poids est donc sous-évalué, ce qui explique le décalage entre les données publiées par l'INSEE et le ressenti par la population » DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁴⁹ Source Insee URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1908423>

¹²⁵⁰ Source Insee URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1908453>

¹²⁵¹ Décret n° 2012-1459 du 26 décembre 2012 relatif aux accords annuels de modération de prix de produits de grande consommation de l'article L. 410-5 du code de commerce, *JORF* n° 0301 du 27 décembre 2012, p. 20546, texte n° 67.

¹²⁵² Selon la Cour de justice de l'Union, « un prix (*est*) exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie » (CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV*, Aff. n° 26/75, *Rec.*, 1975, p. 01367, pt. 12). « l'exagération pourrait être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause, à son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire » (CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV*, Aff. n° 27/76, *Rec.*, 1978, p. 00207, pt. 251).

¹²⁵³ L'exemple de l'agriculture. Aux Antilles françaises, le secteur agricole constitue un terrain privilégié des volatilité et alignement tarifaires portant atomisation de la concurrence. Les répercussions sur le prix sont importantes. En cause, notamment, l'augmentation du prix des intrants tels que l'engrais ; le passage à l'euro ; la réduction considérable, quoiqu'aujourd'hui jugulée, des surfaces agricoles – en Martinique, la surface agricole utilisée (SAU) est passée d'environ 32 000 hectares en 2000 à 23 745 hectares en 2017 Source IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, *op. cit.*, p. 72) – ; les aléas naturels et sociaux – les grèves – qui font naître la rareté de certains produits ; la faible main d'œuvre ; la carence de l'initiative agricole (En 2015, seuls 10,7 % des entreprises martiniquaises relèvent du secteur agricole (Source IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, *op. cit.*, p. 71).

¹²⁵⁴ En 2016, en Martinique, la part des importations régionales s'établit à environ 4,8 % – Amérique centrale : 0,4 % ; Amérique du Nord : 2,3 % ; Amérique du Sud : 1,3 % et Caraïbe hors DFA : 0,8 %. La part la plus dense des importations de biens (95,2 %) provient de zones plus éloignées : France hexagonale : 68,8 % ; Union européenne : 14,8 % ; Asie : 6,7 % ; le reste du monde (Afrique et Europe hors UE) : 5 %. IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, *op. cit.*, p. 54). Seulement, l'importation supporte un coût constitué du prix d'achat de la marchandise, des frais de transport, des taxes, de surcoûts financiers, d'approvisionnement, de stock, de maintenance, d'entretien et de surdimensionnement des équipements notamment (F. JEAN-BAPTISTE, « *La formation des prix dans les départements français d'Amérique : enjeux et perspectives* », in Kiminou, R. (Dir.), *Economie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, t.2, 2010, pp. 56-59).

« (...) une analyse conjointe des taux d'octroi de mer et des charges de fret (*et autres frais de manutention*) conduit à la conclusion que ces frais d'approche, et l'octroi de mer en particulier, ne suffisent pas à expliquer l'intégralité des écarts observés »¹²⁵⁵.

D'autant qu'il est des lieux d'optimisation financière. Il arrive fréquemment que les entreprises de transport maritime de marchandises ainsi que les fournisseurs consentent aux distributeurs des avantages financiers, autrefois dénommés « marges arrière », variables de 7 à 27 %¹²⁵⁶ sous la forme notamment de contrat de coopération commerciale, de remise de fin d'année. Il arrive également que la plupart des grands distributeurs empruntent un circuit d'approvisionnement dit « long » ou « intermédié », lequel fait intervenir un certain nombre d'intermédiaires comme les importateurs-grossistes censés favoriser la réduction des coûts de main d'œuvre notamment. Nous en venons aux causes *illégitimes* du niveau des prix. Parmi lesquelles le report d'avantages financiers¹²⁵⁷ ; l'effet inflationniste du fonctionnariat¹²⁵⁸ ; l'effet inflationniste de l'Etat-providence¹²⁵⁹ ; la tradition

¹²⁵⁵ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, p. 28, pt. 77.

¹²⁵⁶ *Id.*, p. 31, pt. 84.

¹²⁵⁷ « La grande distribution antillaise continue d'appréhender la marge arrière comme une source de profit, qui n'a pas vocation à diminuer le prix de vente consommateur. Les responsables d'enseignes ont beaucoup de mal à intégrer les modifications qui s'amorcent dans la distribution métropolitaine (passage en triple net) » La Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes (DGCCRF) citée par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 09-A-45, précité, p. 31, pt. 85). Pourtant, trois lois ont tenté d'y remédier. La loi Galland (loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JORF* n° 153 du 3 juillet 1996, p. 9983) est venue définir le seuil de revente à perte (SRP) (une « pratique (illicite), consistant à revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif » CORNU G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1064) sans pour autant y intégrer les « marges arrière ». La loi Dutreil (loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 179 du 3 août 2005, p. 12639, texte n°2), qui intègre partiellement les « marges arrière », désormais dénommées « avantages financiers », au calcul du SRP et encadre les relations commerciales fournisseurs-distributeurs, n'a qu'un impact modéré. Il faut attendre la loi Chatel (loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 2008, p. 258, texte n° 1) pour une intégration pleine des avantages financiers consentis par les fournisseurs aux distributeurs dans le SRP (Art. L. 442-2, al. 2 du Code de commerce). Il reste ardu de déterminer si les distributeurs répercutent effectivement les avantages financiers consentis sur le prix des produits afin de les faire diminuer.

¹²⁵⁸ Aux Antilles françaises, la rémunération des fonctionnaires est augmentée de 40 % aux motifs de vie chère (Art. 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion, *JORF* du 6 avril 1950, p. 3707 complété par l'art. 10 du décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des fonctionnaires de l'Etat en service dans les départements d'outre-mer (DOM), *JORF* du 23 décembre 1953, p. 11479 et l'art. 1^{er} du décret n° 57-87 du 28 janvier 1957 portant majoration du complément temporaire alloué aux fonctionnaires de l'Etat en service dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane française, *JORF* du 31 janvier 1957, p. 1220) – 1/3 de la population active relève du fonctionnariat. « Les fonctionnaires exercent des activités qui favorisent l'accumulation d'un capital notabiliaire » (F. RENO ET J.-C. WILLIAM, « *Le statut départemental entre l'égalitarisme et les particularismes : Au-delà du masque...* », in Fortier, J.-C. (Dir.), Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?, Paris, Economica, PUAM, 1989, p. 60). Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, précité, p. 18, pt. 42.

¹²⁵⁹ En France, où le niveau de vie général de la population tend à s'élever, une part croissante, la plus pauvre, accède au marché. En effet, il est organisé un véritable système péréquationniste aux effets réhabilitateurs qui s'étend de l'exemption partielle ou totale de charges – impôts, logement, famille, éducation, transport, vacances notamment –

oligopolistique du marché¹²⁶⁰ ; une opacité sur la formation du prix facilitée par le secret commercial¹²⁶¹ et la faiblesse du dispositif relatif à la transparence du prix¹²⁶² ; un reliquat historique¹²⁶³ ; une décompensation financière¹²⁶⁴ notamment.

à l'assujettissement complet. Mais, « secourir les pauvres, (*serait*) multiplier la pauvreté et encourager l'immoralité » (MALTHUS, R. *Essai sur le principe de population : Tome 1*, Paris, Flammarion, 1999, 480 p. (Italiques ajoutés).

¹²⁶⁰ L'exemple martiniquais du commerce de détail. « En microéconomie, un oligopole se définit comme une structure de marché caractérisée par le faible nombre d'offreurs (...) » COMBE, E., *Précis d'économie, op. cit.*, p. 408. Il ressort qu'en Martinique, quelques grandes enseignes, détenues par une poignée de familles, se partagent le marché de la distribution de produits de consommation courante (Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, précité, p. 26, note 36). Pour la plupart, elles font l'objet de méthodes d'organisation particulières : la forme coopérative réunissant sous une même enseigne des points de vente juridiquement et financièrement indépendants – l'exemple d'Hyper U – ; la forme intégrée – la master franchise – où les établissements sont des filiales, également indépendantes juridiquement et financièrement –, ou des succursales juridiquement dépendantes – intégrées à une société mère – l'exemple de Carrefour. Nous avons procédé à un relevé de prix de produits de nature, gamme, marque équivalentes (voir **Annexe 2**) où s'observe *in fine* un alignement tarifaire des enseignes. Pour autant, « les oligopoles ne constituent pas en eux-mêmes des atteintes à la concurrence » Décision n° 09-D-38 du 17 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Ethicon SAS, Tyco Healthcare France et le syndicat national des industries des technologies médicales, p. 8, pt. 38. En réalité, seule l'entente est prohibée (Art. L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE). La révélation d'une entente est limitée par ses propres modalités de preuves (CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, Aff. jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, pts 55 à 57. V. notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, L. IDOT ET L. BENZONI (DIR.), « L'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2000, n° 118 ; P. LAURENT, « Qualification et preuve de la pratique concertée (TPICE, 24 octobre 1991) », *Contrats concurrence, consommation*, mars 1992, pp. 1-2 ; A. PERROT ET L. VOGEL, « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », *JCP E*, 1993, I, 299, pp. 539-543 ; L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Etude de la jurisprudence récente. », *JCP E*, 1991, I, 96, pp. 491-496).

¹²⁶¹ « Le secret en matière commerciale et industrielle s'applique à toute personne morale dès lors qu'elle déploie son activité, en tout ou partie, en milieu concurrentiel. Il peut donc aussi bien s'agir d'une entreprise privée que d'une association (y compris à but non lucratif) ou d'un établissement public ». Source site internet de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) (URL : <http://www.cada.fr>).

¹²⁶² Art. L. 441-1 et s. du Code de commerce. V. notamment, G. BLANC, « La transparence (Objet et méthodes) », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B. (Dir.), *La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012*, *op. cit.*, pp. 29-38.

¹²⁶³ L'abolition de l'esclavage des 22 et 27 mai 1848 n'a pas été aménagée. Les biens immeubles, source de pouvoir en terres insulaires – fonds, constructions – sont demeurés propriétés colonnes, ce, avec le concours de la République (Loi n° 285 du 30 avril 1849 relative à l'indemnité accordée aux colons par suite de l'abolition de l'esclavage ; Décret n° 29 du 24 novembre 1849 relatif à la répartition de l'indemnité coloniale. Sur ce point, v. L. BLEROT, « La loi d'indemnisation des colons du 30 avril 1849 : aspects juridiques », *Revue historique des Mascareignes*, n° 2, 2000, pp. 147-161). Ce qui déboucha sur une concentration des richesses, soit du « pouvoir économique » – composante symptomatique de l'actuelle industrie du prix aux Antilles françaises –, qui s'est perpétuée : « (...) le foncier est l'une des clefs de la distribution dans les Antilles. Certains acteurs ont des réserves foncières dues à des avantages historiques. En Guadeloupe et en Martinique, il est impossible d'acquérir du foncier de grande taille à un prix « normal » dans les zones d'implantation historique » (Avis n° 07-A-06 de l'Autorité de la concurrence du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison, p. 36, pt. 170). v. G. G. MARION, « Le développement historique de l'entreprise insulaire : La Martinique au XIX^e siècle », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, *op. cit.*, pp. 19-83

¹²⁶⁴ D'importantes aides sont allouées aux Antilles françaises – Fonds européen de développement régional (FEDER), du Fonds social européen (FSE), du Fonds de cohésion et du Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER), du Fonds européen pour la pêche (FEP) – en vue d'une compensation de leurs handicaps structurels dont l'impact sur la pression du prix demeure imperceptible (DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer, op. cit.*, p. 214 et s.).

185. Le renforcement des moyens d'action de l'Autorité de la concurrence. Il fait suite au constat de l'inaction traditionnelle des autorités de la concurrence¹²⁶⁵. Il apparaît désormais nettement que le niveau des prix est, en grande partie, le résultat d'une insuffisante concurrence entre les opérateurs économiques¹²⁶⁶. Il s'agit alors d'accroître la concurrence en outre-mer mais en sortant de la systémique réglementaire – contrôles des prix, des marges jugés inefficaces par la doctrine économique¹²⁶⁷. C'est l'objectif, *a minima* dans son esprit, que s'est fixé la loi REOM du 20 novembre 2012¹²⁶⁸. L'Autorité de la concurrence se voit consacrer un pouvoir d'injonction structurelle¹²⁶⁹ – « lorsque les préoccupations de concurrence identifiées résultent des structures de marché et non des comportements des opérateurs »¹²⁷⁰ – qui lui octroie les moyens d'agir dès le stade de l'existence d'une position dominante¹²⁷¹. Le seul précédent dispositif issu de la loi LME de 2008 supposait notamment l'existence d'un abus de position dominante ou de dépendance économique¹²⁷². Sa saisine est étendue aux collectivités territoriales d'outre-mer¹²⁷³. Son action n'a plus à souffrir d'éventuels procédés dilatoires¹²⁷⁴.

186. Le virage régulateur ou l'économisation du droit. Il procède non seulement d'un processus finalement de conformisation du droit – le droit pose un principe de liberté de fixation des prix¹²⁷⁵ auquel s'emploie à réaliser la forme régulateur de l'interventionnisme – mais aussi,

¹²⁶⁵ A. LAGUERRE, « *La vie chère outre-mer saisie par le droit de la concurrence* », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B. (Dir.), *La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, pp. 15-16.

¹²⁶⁶ *Exempli gratia* : le fret maritime. La part du fret dans le prix final s'élève à environ 15 % (Décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-15 du 25 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises, §2).

¹²⁶⁷ F. SCOTT MORTON, « *The Problems of Price Controls* », *Regulation*, Vol. 50, 2001, pp. 50-54.

¹²⁶⁸ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, dite « Loi REOM », *JORF* n°0271 du 21 novembre 2012, p. 18329, texte n° 1.

¹²⁶⁹ D. BOSCO, « *Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle* », *Concurrence, Contrats, Consommation*, mars 2012, repère 3.

¹²⁷⁰ Définition extraite du site de l'Autorité de la concurrence citée in A. LAGUERRE, « *La vie chère outre-mer saisie par le droit de la concurrence* », *ibid.*, p. 22.

¹²⁷¹ Art. L. 752-27 du Code de commerce (Art. 10 de la loi REOM).

¹²⁷² Art. L. 752-26 du Code de commerce.

¹²⁷³ Art. L. 462-5, IV du Code de commerce (Art. 8 de la loi REOM).

¹²⁷⁴ Art. L. 462-7 du Code de commerce (Art. 13 de la loi REOM).

¹²⁷⁵ Art. L. 410-2, al. 1^{er} du Code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Une liberté consacrée par l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773. Rompant ainsi avec l'ère réglementaire des prix issue des ordonnances du 30 juin 1945 (Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF* du 8 juillet 1945, p. 4150 ; Ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, *JORF* du 8 juillet 1945, p. 4156). v. notamment, VIRASSAMY, G. (Dir.), *La fixation de ses prix : quelle liberté pour l'entreprise ?*, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 11, 2011, 248 p.

surtout, de simplification du droit¹²⁷⁶ – la gestion publique du prix est dorénavant le fruit d'une action hybride¹²⁷⁷ délestée, modérément¹²⁷⁸, de ses aspects dirigistes. En effet, « (...) rompant avec la logique interventionniste, qui érigeait l'État en agent privilégié de modernisation et lui confiait la gestion de secteurs clés de l'économie, (*la régulation*) conduit à faire de l'État, non plus un acteur, mais un arbitre ; sa fonction consisterait pour l'essentiel à poser des règles aux opérateurs et à veiller au maintien d'un équilibre global mise en oeuvre de cette fonction suppose la réunion de certaines conditions : une position d'extériorité par rapport au jeu économique; une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence; une action continue pour procéder aux ajustements nécessaires »¹²⁷⁹. Ayant intégré la nomenclature juridique et politique, la régulation répond à la définition du système proposée par GERARD FARJAT¹²⁸⁰ disposant d'une logique¹²⁸¹, d'un langage¹²⁸², d'autorités et institutions¹²⁸³, de concepts à l'image de la contractualisation, pendant de la simplification du droit,

¹²⁷⁶ « La simplification serait tout d'abord l'action de rendre compréhensible, intelligible. La simplification désigne également ce qui est facile d'accès ; la simplification serait alors l'action de rendre accessible » D. BERT, « *La recodification du droit des contrats, entre simplification et modernisation* », in Bert, D., Chagny, M. et Constantin, A., *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, *op. cit.*, p. 112 ; un « dérivé de la sécurité juridique » M. MALAURIE-VIGNAL, « *Simplification du droit de la concurrence, une utilité, un leurre ou une réalité ?* », in Bert, D., Chagny, M. et Constantin, A. (Dir.), *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, *op. cit.*, pp. 289-290.

¹²⁷⁷ « (...) le concept de régulation n'a d'intérêt au regard des sciences juridiques que si le système juridico-juridictionnel qu'il inspire et les techniques qui en assurent le fonctionnement se distinguent de l'interventionnisme étatique pur et simple, d'une part, et du libéralisme pur et dur, d'autre part (...) » C. CHAMPAUD, « *Régulation et droit économique* », *art. cit.*, p. 29.

¹²⁷⁸ Rappellons l'irréalisme d'une pure autorégulation des marchés (A. BERNARD, « *La marché autorégulé, une "idée folle" ?* », D. 2009, p. 2289). M.-A. FRISON-ROCHE, « *Régulation versus concurrence* », in Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, *op. cit.*, p. 173, n° 5.

¹²⁷⁹ J. CHEVALLIER, « *Loi et contrat dans l'action publique* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, mars 2005. Italiques ajoutés. M.-A. FRISON-ROCHE, « *Régulation versus concurrence* », *ibid.*, p. 176, n° 14. Italiques ajoutés.

¹²⁸⁰ Voir *supra* note n° 1132.

¹²⁸¹ « (...) la régulation n'est pas la négation du rôle de l'Etat dans le bon fonctionnement des rouages économiques mais une autre façon d'agir étatique procédant d'une philosophie sociétale qui s'accommode de la subsidiarité politique, de l'autonomie juridique des agents et de l'économie de marché » C. CHAMPAUD, « *Régulation et droit économique* », *art. cit.*, p. 61.

¹²⁸² La régulation est « une façon de parler du droit qu'une part du droit lui-même » M.-A. FRISON-ROCHE, « *Définition du droit de la régulation économique* », D. 2004, p. 126. (n° 14).

¹²⁸³ « (...) la régulation est une théorie libérale, qui conçoit la mise en place d'institutions (les Autorités de régulation), de règles (le plus souvent des réglementations) et de pouvoirs (sanction, règlement des différends, agrément, certification, etc.), pour que partout où cela est possible la concurrence se développe, en balance des contraintes techniques propres à l'activité » M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 111. Sur le pouvoir des autorités de régulation, v. C. CHAMPAUD, « *Régulation et droit économique* », *ibid.*, p. 58. Y. GAUDEMET, « *Introduction* », *Revue française d'administration publique*, 109/2004, p. 15. v. notamment, D. BRIAND-MELEDON, « *Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. XXI, 3, n° 3, 2007, pp. 345-371.

révélée notamment par le jeu de procédures négociées¹²⁸⁴, d'accords de modération des prix¹²⁸⁵ convergents. M. M. SALAH évoque un « ordre public régulateur »¹²⁸⁶.

187. Systématisation de la réglementarité de l'action publique. Il est un certain essentialisme dans l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics – une organisation qui n'est jamais complètement libre¹²⁸⁷. Cette privation de liberté économique s'exprime à la fois ouvertement – *via* notamment la faculté réglementaire¹²⁸⁸ – mais aussi de façon plus insidieuse¹²⁸⁹. Mais, on ne saurait que difficilement s'en étonner puisque « la régulation ne trouve pas sa source dans le bon plaisir des membres de l'autorité régulatrice mais dans un texte émanant d'autorités ayant pouvoir d'établir des règles de droit d'application générale. La mise en œuvre d'une régulation suppose l'existence préalable d'une règle. Celle-ci peut résulter d'une loi ou d'un décret, c'est-à-dire d'un texte réglementaire »¹²⁹⁰.

Les manifestations d'interventionnisme étatique ne cessent de se multiplier. Force est de constater leur hétérogénéité caractérisée par des degrés variables – pas toujours substituables – d'autorité, de soumission, de contrainte. Il arrive qu'elles empruntent des sentiers moins évidents

¹²⁸⁴ *Exempli gratia* la procédure d'engagement (Art. L. 752-27 du Code de commerce (Art. 10 de la loi REOM). V. notamment, LEYMONERIE, M. *La contractualisation des engagements issus des procédures négociées. Le contrat devenu un outil de régulation entre les mains de l'Autorité de la concurrence*, Mémoire de Master, Université Montpellier I, 2014 (URL : <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/2015/01/m-leymonerie-la-contractualisation-des-engagements-issus-des-procc3a9dures-nc3a9gocic3a9es.pdf>) ; MEZAGUER, M. *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 584 p. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », *art. cit.*, p. 179, n° 22 et 23.

¹²⁸⁵ Sur les accords de modération des prix, *confer* Art. L. 410-5 du Code de commerce (Art. 15 de la loi REOM).

¹²⁸⁶ M.M. SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », *art. cit.*, pp. 261-289.

¹²⁸⁷ « le marché peut être définitivement défaillant » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, *ibid.*, p. 181, n° 29).

¹²⁸⁸ E.g. l'interdiction des « accords ou pratiques ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises » Art. L. 420-2-1 du Code de commerce (v. Décision n° 20-D-16 du 29 octobre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation du champagne aux Antilles et en Guyane sur la sanction de la Distillerie Dillon en Martinique pour avoir bénéficié de droits d'importation exclusifs du champagne Nicolas Feuillate). L'adoption « dans les secteurs pour lesquels les conditions d'approvisionnement ou les structures de marché limitent le libre jeu de la concurrence, (par) le Gouvernement (de) mesures nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements des marchés de gros de biens et de services concernés, notamment les marchés de vente à l'exportation vers (les) collectivités (d'outre-mer), d'acheminement, de stockage et de distributions » Art. L. 410-3 du Code de commerce. Parenthèses ajoutées.

¹²⁸⁹ « prenant appui sur des autorités nouvelles, dotées d'un statut d'indépendance, la régulation semble dès lors postuler un rapport de distanciation et d'autorité : la finalité poursuivie justifie l'attribution au régulateur d'un ensemble de pouvoirs, habituellement dissociés, allant de l'édition de normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction, en passant par la prise de décisions individuelles, qui lui permettent d'imposer aux opérateurs certaines disciplines » J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », *ibid.*

¹²⁹⁰ C. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », *art. cit.*, p. 45.

où l'autonomie des opérateurs économiques, plutôt qu'être induite, se révèle découragée marquant ainsi le placement sous une véritable tutelle de l'économie.

Section 2. Un interventionnisme ampliatif : les textures mixtes de l'Etat.

188. Un désir¹²⁹¹ d'intervention. Nul changement de paradigme sur l'intervention de l'Etat au moins d'un point de vue formel. L'expression du droit ne s'éloigne pas de sa fundamentalité caractérisée notamment par les contrainte, commandement, prescription, impérativité. En revanche, d'un point de vue substantiel, elle s'étend à des champs essentiellement marqués, en concept, par la potentielle libre détermination économique – prosaïquement des champs où il aurait été envisageable sans crainte d'un quelconque défaut d'intervention d'abandonner le marché à l'autorégulation. Elle revêt, par là même, une forme plus **(II)** ou moins **(I)** douce variablement caractérisée par ce que l'Etat est prêt à concéder.

I. Un Etat dur

189. Un effet prescriptif. Sous l'effet des mutations de l'économie, l'Etat a étendu son champ d'action à des domaines d'initiative privée tels que la qualité **(A)** et l'assurance **(B)**. Elles apparaissent en méthodes de la rationalité managériale. Une exigence pesant sur l'action ou l'abstention des opérateurs économiques rendue nécessairement endogène dont l'inobservation menacerait directement leur survie économique. « L'Etat dur » sourd de la transposition de cette exigence désormais exogénéisée et verticalisée ; il commande¹²⁹².

¹²⁹¹ L'expression « désir » s'entend de la volonté d'accomplissement d'un acte non essentiel.

¹²⁹² « 'commander' » est l'équivalent de 'prescrire', à la différence de 'décrire'. Décrire est la signification d'un acte de connaissance ; commander ou prescrire est la signification d'un acte de volonté. On décrit quelque chose en énonçant ce qu'il est, et on prescrit quelque chose – en particulier un certain comportement – en exprimant ce qu'il doit être » KELSEN, H. *Théorie générale des normes* (Traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, PUF, 1996, p. 125.

A – L'Etat normalisateur : la standardisation de la qualité des produits et services

190. Un paradoxe. Outre ses nombreuses prérogatives, l'Etat valide, pilote, supervise, agréé. Sa vigilance, notamment en matière de qualité des produits et des services, est un service qu'il assure ; un service, somme toute, public¹²⁹³. Il s'agit pour lui « de satisfaire en tout temps, de façon égale et la plus adaptée possible, les besoins essentiels de la population »¹²⁹⁴. Pourtant, le champ de la qualité ne se présente pas comme un lieu évident de l'intervention de l'Etat. Elle traduit une certaine molesse du droit n'étant ni définie ni catégorisée. Pour autant, la qualité n'est pas une notion inconnue du droit. Quoique jouissant d'une portée variable insuffisamment homogène, bon nombre de textes juridiques en matière environnementale, de santé publique¹²⁹⁵, civile à l'image de la garantie contre les vices cachés¹²⁹⁶, l'interdiction de l'obsolescence programmée des produits¹²⁹⁷, l'exigence de qualité dans les relations contractuelles¹²⁹⁸ notamment ou encore bon nombre de méthodes molles telles que les chartes qualité, la notation, les codes de conduite, le label invitent la connaître. Elle est irradiante, à ce titre elle innerve le secteur du tourisme¹²⁹⁹. Au surplus, le fait que l'intérêt général tout comme l'intérêt privé¹³⁰⁰ la commandent, tout implicitement que ce soit, à l'ère d'une industrialisation poussée de la société laissant la porte ouverte au tout-venant économique, lui confère une valeur juridique potentiellement normative. Elle en devient un « principe prescriptif applicable sans texte »¹³⁰¹ conférant aux bénéficiaires d'opérations économiques un droit subjectif

¹²⁹³ Le service est « l'objet global de la fonction dévolue à une administration » ; « destiné à satisfaire un besoin d'intérêt général » CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, pp. 957 et 958.

¹²⁹⁴ CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 274. « le service public n'élimine nullement la puissance publique ; mieux encore, il la renforce subrepticement » CHEVALLIER, J. *Le service public*, Paris, PUF, 2003, p. 38.

¹²⁹⁵ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF* n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1 ; Arrêté du 28 février 2018 fixant la liste des indicateurs obligatoires pour l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins et les conditions de mise à disposition du public de certains résultats par l'établissement de santé, *JORF* n° 0053 du 4 mars 2018, texte, n° 18.

¹²⁹⁶ Art. 1641 à 1649 du Code civil.

¹²⁹⁷ Art. L. 441-2 du Code de la consommation.

¹²⁹⁸ Art. 1104, al. 1^{er} du Code civil.

¹²⁹⁹ S. MERASLI, « *La qualité dans l'industrie du tourisme : un impératif majeur pour un tourisme durable* », *Téoros*, 23-2, 2004, pp. 10-15 (URL : <https://journals.openedition.org/teoros/634#tocto2n6>).

¹³⁰⁰ Sur les vertus d'une orientation « qualité », v. G. GUNZLE, « *La certification des produits industriels et des services* », Les notes bleues de Bercy, Questions juridiques, 1^{er}-15 mars 1996, p. 82. Pour autant, les objectifs de qualité emportent un coût. Les procédures de qualité sont onéreuses en termes de ressources humaines, matérielles, financières ainsi que le maintien de la qualité pour y parvenir. Ils engendrent une désaffectation des opérateurs économiques pris dans l'étau de l'obligatorité de certaines normes et de leur facultativité – vulnérables au marché de la norme. Ils préféreront sans nul doute opter pour le moindre coût : les îles caribéennes, lesquelles, sans pour autant être imperméables au marché de normes, n'en ont pas fait un « principe prescriptif ».

¹³⁰¹ CLUZEL-METAYER, L. *Le service public et l'exigence de qualité, op. cit.*, p. 555. Les prémisses d'une autopoïèse juridique (TEUBNER, G. *Le Droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, 296 p.).

à la qualité¹³⁰². L'exercice de ce droit repose sur un contrôle plein de l'Etat. Il en va ainsi en matière d'homologation et d'accréditation.

191. L'homologation de normes : déprivatisation de normes privées par nature.

« Là où la normalisation touche à la législation, il incombera cependant toujours aux pouvoirs publics d'en définir les paramètres et d'en surveiller le processus, éventuellement par voie de participation directe pour assurer le respect desdits paramètres »¹³⁰³.

« Une norme homologuée constitue l'équivalent d'un texte réglementaire »¹³⁰⁴. D'extraction privée, à fin d'une meilleure maîtrise, subsidiaire en somme, de l'encadrement de l'activité économique, la normalisation fait l'objet d'une immixtion de « l'Etat » – par voie réglementaire ou légale – ayant pour dessein la juggling ou l'anticipation de comportements effectivement ou potentiellement anormaux des opérateurs économiques. Le droit se saisissant de la méthode en fait une activité d'intérêt général¹³⁰⁵. A ce titre, elle apparaît sous l'autorité exclusive de l'Etat, par voies directe¹³⁰⁶ et indirecte¹³⁰⁷, qui va contrôler le processus d'élaboration de la norme de bout en bout – de la programmation de la normalisation à l'homologation¹³⁰⁸ et à la publication des normes¹³⁰⁹. Il est à noter que le parcours d'homologation d'une norme est rendu long et ardu compte tenu des différentes strates qui le composent : l'identification des normes, la réalisation d'études d'impact économique, d'enquêtes publiques notamment¹³¹⁰. L'Etat dispose, en outre, du pouvoir d'apposer

¹³⁰² Sur cette notion, v. notamment, FOULQUIER, N. *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003, 805 p.

¹³⁰³ Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne. (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission, paru en octobre 1990)*, précitée, pt. 76.

¹³⁰⁴ V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », art. cit., p. 131, note 17.

¹³⁰⁵ Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, précité, dont l'article 1^{er}, al. 1^{er} en définit les contours : « *La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* ».

¹³⁰⁶ « Un délégué interministériel aux normes désigné par décret assure, sous l'autorité du ministre chargé de l'industrie, la définition et la mise en œuvre de la politique française des normes. Il peut, à compter de la publication au Journal officiel de la République française du décret de nomination ou à compter du jour où cet acte prend effet, si ce jour est postérieur, signer, au nom du ministre ou du secrétaire d'Etat, par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs à la définition et à la mise en œuvre de la politique française des normes » (Art. 3 dudit décret). V. également, Art. 4 et 10.

¹³⁰⁷ « *La normalisation et sa promotion sont assurées par l'Association française de normalisation et les organismes agréés par le ministre chargé de l'industrie comme bureaux de normalisation sectoriels afin d'organiser ou de participer à l'élaboration de normes françaises, européennes ou internationales* » (Art. 2 dudit décret). V. également, Art. 5 et 8.

¹³⁰⁸ L'homologation est l'« approbation donnée par l'autorité administrative à certains actes pour permettre leur mise à exécution » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 509.

¹³⁰⁹ Art. 6 dudit décret.

¹³¹⁰ Art. 6, 15 dudit décret.

son *veto*¹³¹¹ à l'homologation des normes. Enfin, si les normes sont en principe d'application volontaire¹³¹², certaines peuvent être rendues obligatoires pour des motifs de sécurité et santé publiques, environnementaux notamment¹³¹³ – la qualité de l'eau des piscines¹³¹⁴, les constructions parasismiques¹³¹⁵, l'acoustique¹³¹⁶ d'hôtels notamment.

192. L'accréditation : un contrôle du contrôle. Si, « la certification¹³¹⁷ a toujours été un mode de preuve privilégié par l'Etat de la conformité à des réglementations de sécurité, du fait de l'intervention d'une tierce partie indépendante et agréée par les pouvoirs publics »¹³¹⁸, l'accréditation en constitue la *cape d'invisibilité*. En France, en outre d'une exigence d'impartialité et d'indépendance de l'organisme certificateur¹³¹⁹, ce dernier doit être accrédité¹³²⁰. Autrement dit, faire l'objet d'un contrôle *a priori* de l'Etat, renforcé par d'autres formes de contrôle – le droit de *veto* du délégué interministériel aux normes¹³²¹, le contrôle économique et financier de l'Etat¹³²² –, s'exceptant à intervenir dans le processus de certification. En matière de tourisme, ce dispositif s'applique notamment aux labels « Gîtes de France » ; « La Clef Verte » ; « Clévacances ».

¹³¹¹ Art. 16 dudit décret.

¹³¹² Art. 17, al. 1^{er} dudit décret. « Les normes de qualité sont des normes de management, rétives à toute contrainte : la logique qui sous-tend leur adoption est celle de l'incitation et non l'obligation, qui compromettrait l'effectivité de la norme qualité » CLUZEL-METAYER, L. *Le service public et l'exigence de qualité*, *op. cit.*, 35 p. n° 32.

¹³¹³ Art. 17, al. 2 dudit décret.

Confer URL : <https://www.afnor.org/> et URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Normes-AFNOR-d-application-obligatoire>

¹³¹⁴ La norme NF T90-421 Août 2006.

¹³¹⁵ La norme NF P06-014 Mars 1995. **Nota bene** : La Caraïbe est classée en zone de risque sismique maximal. (Source URL : <http://www.planseisme.fr/Zonage-sismique-de-la-France.html>).

¹³¹⁶ La norme NF S31-010/A1 Décembre 2008.

¹³¹⁷ Art. L. 433-3 du Code de la consommation : « Constitue une certification de produit ou de service (...) l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur, du prestataire ou du client, atteste qu'un produit, un service ou une combinaison de produits et de services est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification. Le référentiel de certification est un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit, un service ou une combinaison de produits et de services, et les modalités de contrôle de la conformité à ces caractéristiques. L'élaboration du référentiel de certification incombe à l'organisme certificateur qui recueille le point de vue des parties intéressées ». v. également, Art. L. 433-6 du Code de la consommation.

¹³¹⁸ BRUNE, A. *La certification, clé d'un nouvel essor économique*, Rapport à la direction générale des stratégies industrielles, Ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur, Paris, Imprimerie nationale, 1993, p. 17.

¹³¹⁹ Art. L. 433-3 du Code de la consommation.

¹³²⁰ Art. L. 433-4 du Code de la consommation : « Peuvent seuls procéder à la certification de produits ou de services les organismes qui bénéficient d'une accréditation délivrée par l'instance nationale d'accréditation, ou l'instance nationale d'accréditation d'un autre Etat membre de l'Union européenne, membre de la coopération européenne pour l'accréditation et ayant signé les accords de reconnaissance mutuelle multilatéraux couvrant la certification considérée ». « L'instance nationale d'accréditation (...) le Comité français d'accréditation (COFRAC) » (Art. 1^{er} du décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0300 du 26 décembre 2008, p. 20014., texte n° 35).

¹³²¹ Art. 5 dudit décret.

¹³²² Art. 6 dudit décret.

B – L'Etat assurantiel

193. De l'obligatorité¹³²³ assurantielle. A l'ère de la mécanisation de la société où certaines activités sont susceptibles d'occasionner d'importants dommages aux personnes et aux biens, il est apparu inconcevable d'abandonner la victime d'un dommage aux velléités assurantielles de son auteur, potentiellement insolvable. L'obligatorité de l'assurance, fonction du niveau de nuisance potentielle de son inexistence, s'est imposée comme un moyen impérieux du droit témoignant de l'assurantialisation de la société française¹³²⁴ : « tant que l'assurance n'est pas obligatoire, beaucoup d'éventuels responsables la négligent et que cette propension est même inversement proportionnelle à la solvabilité des intéressés »¹³²⁵. Il s'est agi « (d')édicter des normes impératives qui deviendront, lors de la souscription du contrat, les éléments de la relation contractuelle de l'assureur et de l'assuré »¹³²⁶. L'assurance obligatoire s'inscrit dans le prolongement naturel d'un processus de réglementation de l'assurance amorcé plus tôt¹³²⁷ pour une plus juste réparation des dommages corporels et matériels. Dans le tourisme, elle concerne notamment l'obligation d'assurance des véhicules terrestres à moteur¹³²⁸, les vendeurs de voyages et de séjours¹³²⁹, les transporteurs aériens¹³³⁰, les travaux de construction¹³³¹, les accidents du travail et maladies professionnelles¹³³². La charge de la réparation pèse sur l'assureur – interface d'imputation de la

¹³²³ L'état de ce qui présente un caractère obligatoire.

¹³²⁴ F. EWALD, « *L'assurantialisation de la société française* », Les Tribunes de la santé, vol. 31, n° 2, 2011, pp. 23-29.

¹³²⁵ VINEY, G. *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 62, p. 101. *Contra* « Le courant libéral actuel inspiré de l'individualisme anglo-saxon (...) pousse à la suppression de l'obligation pour les professionnels – qui, conscients de leurs responsabilités, s'assureront de toute manière » J. BARROUX, P. FLORIN, H. MARGEAT ET P. THOUROT, « *(A propos des assurances obligatoires) Une maladie française*, (Débat), Risques, n° 12, octobre-décembre 1992, p. 16.

¹³²⁶ J. KULLMANN, « *Techniques juridiques des assurances obligatoires* », Risques, n° 12, octobre-décembre 1992, p. 79. Italiques ajoutés.

¹³²⁷ Loi du 13 juillet 1930 dite Godart relative au contrat d'assurances, *JORF* du 18 juillet 1930, p. 8003 ; Décret du 14 juin 1938 Unification du contrôle de l'Etat sur les entreprises d'assurances de toute nature et de capitalisation, tendant à l'organisation de l'industrie des assurances, *JORF* du 16 juin 1938, p. 6811 ; Décret du 30 décembre 1938 sur la constitution des sociétés d'assurances, *JORF* du 31 décembre 1938, p. 14880.

¹³²⁸ Art. L. 211-1 et s. du Code des assurances.

¹³²⁹ Art. L. 211-18 du Code du tourisme.

¹³³⁰ Règlement (CE) n° 785/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relatif aux exigences en matière d'assurance applicables aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéronefs, *JORF* n° L. 138 du 30 avril 2004, pp. 1-6.

¹³³¹ Art. L. 241-1 et s. du Code des assurances.

¹³³² Les démarches d'affiliation à la Sécurité sociale du salarié lors de son embauche ouvrent droit à un certain nombre de prestations en cas de survenance d'un accident ou d'une maladie. v. le dispositif aux articles L. 411-1 à L. 482-5 du Code de la sécurité sociale. « *La charge des prestations et indemnités prévues par le présent livre incombe aux caisses*

responsabilité dans les limites de la pénalisation du comportement de l'auteur du dommage (responsable primaire). Elle se scinde en l'assurance de responsabilité et l'assurance directe.

194. L'assurance de responsabilité. Elle est l'assurance de droit commun – l'itinéraire traditionnel du droit lors de la survenance d'un dommage consiste à en déterminer préalablement le responsable puis à le réparer¹³³³. Le terme responsable désigne non seulement celui qui est directement ou indirectement à l'origine du fait dommageable – responsable pour faute – mais aussi celui qui dans la période qui précède la survenance du dommage disposait des pleins moyens de le prévenir – responsable sans faute. Cette forme assurantielle vise non seulement à prémunir la victime d'un dommage contre l'insolvabilité de son répondant identifié mais aussi contre l'anormalité assurantielle à l'image de l'abus stipulatoire de l'assureur¹³³⁴. Les textes ont ainsi consacré un principe de survivance du droit à l'indemnisation de la victime¹³³⁵ :

« D'une garantie contre le risque d'insolvabilité du responsable, l'assurance de responsabilité est progressivement apparue comme une garantie de la créance d'indemnisation de la victime »¹³³⁶.

Toutefois, compte tenu d'un processus d'identification du responsable du dommage rendu long et difficile, « la responsabilité et son assurance seraient finalement de mauvais instruments pour garantir les victimes, (...) il faudrait leur préférer des mécanismes socialisés d'assurance directe, affranchis des préoccupations de responsabilité »¹³³⁷.

d'assurance maladie » (Art. L. 431-1, al. 6 dudit code). Pour aller plus loin, v. KEIM-BAGOT, M. *De l'accident du travail à la maladie*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2015, 598 p.

¹³³³ « législateur et jurisprudence consacrent désormais largement le principe de la prédétermination du répondant du dommage d'après l'obligation qui lui est faite d'en garantir les conséquences » VINEY, G. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 254, p. 221.

¹³³⁴ E.g. les insuffisance ou exorbitance de clauses, l'exclusion de risques, la suspension de garantie.

¹³³⁵ Art. R. 124-1, al. 1^{er} du Code des assurances : « *Les polices d'assurance garantissant des risques de responsabilité civile doivent prévoir qu'en ce qui concerne cette garantie aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droit. Elles ne doivent contenir aucune clause interdisant à l'assuré de mettre en cause son assureur ni de l'appeler en garantie à l'occasion d'un règlement de sinistre* ». « (l'action directe) trouvait son fondement dans le droit de la victime à la réparation du dommage dont l'assuré était responsable ; elle se justifie aujourd'hui même en l'absence de ce droit : les lésés vont obtenir de l'assureur ce que l'assuré pouvait leur refuser » A. FAVRE-ROCHEX, « *Assurance de responsabilité, le lésé n'est plus un tiers, deviendrait-il l'assuré ?* », Ass. Fr., n° 677, du 15 au 30 juin 1983, pp. 593-594. « (La victime) n'apparaît plus à proprement parler comme un ayant cause de l'assuré, par l'intermédiaire duquel elle bénéficierait de l'assurance, mais comme créancière directe de l'assureur » VINEY, G. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, op. cit., n° 26, p. 38.

¹³³⁶ RUSSO, C. *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001, p. 2, n° 3.

¹³³⁷ F. EWALD, « *Politiques de l'assurance obligatoire* », Risques, n° 12, octobre-décembre 1992, p. 77.

195. L'assurance directe. Avec l'assurance directe, on sort du « marché de la responsabilité »¹³³⁸. L'affectation de cette dernière n'est plus essentielle à l'indemnisation¹³³⁹. Dans le domaine de la construction notamment, elle prend la forme d'une « assurance dommages » imposée au maître de l'ouvrage¹³⁴⁰. Dans le domaine des véhicules terrestres à moteur, elle prend notamment la forme d'une assurance sur la location de voiture proposée par les cartes bancaires haut de gamme pour les voyages en France à plus de cent kilomètres de son domicile ou à l'étranger¹³⁴¹. Il s'agit d'un régime assurantiel à part entière qui, tout en portant éventuellement¹³⁴² introduction aux actions récursoires de l'assureur direct contre l'assureur du responsable assuré – voire directement contre le responsable lui-même –, ne s'y résoud pas.

196. « L'Enfer est pavé de bonnes intentions »¹³⁴³. Cette injonction contractuelle, traductrice d'un Etat moral, porte hétéronomie de la volonté puisque l'obligatorité assurantienne constitue une entrave naturelle au principe directeur de la liberté contractuelle¹³⁴⁴ pour des motifs d'ordre public – de direction – la supplantant¹³⁴⁵. L'obligatorité assurantienne, outre de faire les choux gras des sociétés d'assurances, a pour effet de renforcer le « (...) rôle directif sensible (et sous-estimé) sur l'activité des professionnels qui prendront soin de ne pas s'écarter de l'activité « balisée » par l'assurance... »¹³⁴⁶.

¹³³⁸ EWALD, F. *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 191.

¹³³⁹ « L'assurance directe concerne à la fois les assurances de choses et les assurances de personnes. Le qualificatif « direct » traduit le fait que la victime a directement accès à l'indemnisation sans avoir à rechercher un responsable » RUSSO, C. *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *ibid.*, p. 3, note 10. Elle s'oppose d'une mutualisation du risque de dommages : « (...) la mutualisation des risques par l'assurance directe aboutit à répartir la charge de la réparation sur une collectivité d'auteurs et de victimes potentielles des dommages » (*Id.*, p. 7, n° 15).

¹³⁴⁰ Art. L. 242-1, al. 1^{er} du Code des assurances : « Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil ».

¹³⁴¹ *Confer le site internet de Visa ou encore American Express.*

¹³⁴² Chantal Russo dresse trois situations où l'assureur direct est privé d'actions récursoires contre l'assureur de responsabilité en matière de construction : pour les dommages survenus avant réception de l'ouvrage ; lorsque les vices sont apparents à la réception ; en cas d'exonération de la responsabilité de l'entrepreneur (RUSSO, C. *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *ibid.*, pp. 148-152). « les assureurs de dommages obligatoires conservent à leur charge sans recours des sommes considérables et que le système à double détente – préfinancement puis recours – est en conséquence battu en brèche » G. LEGUAY, « *Les dangers de la convention de règlement assurance-construction* », *Revue de droit immobilier*, 1989, p. 71.

¹³⁴³ Aphorisme attribué à Saint Bernard de Clairvaux.

¹³⁴⁴ Art. 1102, al. 1^{er} du Code civil.

¹³⁴⁵ Art. 1102, al. 2 du Code civil. « La protection des victimes est (...) apparue un objectif d'utilité sociale supérieure au maintien d'une totale liberté contractuelle » LAMBERT-FAIVRE, Y. ET LEVENEUR, L. *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2017, n° 20, p. 15.

¹³⁴⁶ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 63.

La texture « dure » de l'intervention de l'Etat émane d'une absence de concession de sa part, caractérisée par le contrôle des procédés économiques, motivée par le manque d'altruisme de la vie économique. En revanche, lorsque l'Etat intervient pour pallier des manques, conservant par là même son rôle d'interface d'imputation entre les acteurs économiques et les effets économiques, il s'adoucit.

II. Un Etat doux

197. L'écran étatique. L'Etat est ici doux en ce qu'il abandonne son immuabilité au profit de l'économie (**A**) ; en ce qu'il intervient afin de pourvoir aux nécessités économiques (**B**). Mais, il serait excessif de croire en sa renonciation pure à l'orientation des comportements économiques. Tout d'abord, la forme privilégiée de son expression – les unilatéralité, verticalité notamment – demeure inchangée. Ensuite, sa renonciation ne se révèle pas désintéressée. L'engagement potentiel de la responsabilité de l'Etat s'inscrit dans la satisfaction du principe constitutionnel d'égalité¹³⁴⁷. Quant à l'aide à l'économie, elle contribue *a minima* au développement économique local ou national.

A – L'Etat responsable du fait économique des normes juridiques

Nous aborderons la responsabilité publique du fait anormal de l'économie des « lois » sous un angle exclusivement généraliste ignorant ainsi la spécialité des aides publiques, des entreprises faillies notamment.

198. Un rationalisme réparatoire.

¹³⁴⁷ « (...) nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé » Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JO* du 18 janvier 1989, p. 754, *Rec.*, p. 18, cons. 9.

« Des études d'évaluation de l'action économique de l'Etat ressort l'impression que celui-ci est beaucoup plus accompagnateur que moteur, et quand il est réellement moteur, que son action engendre de nombreux effets pervers »¹³⁴⁸.

C'est cette « perversité » de l'action étatique qu'il aura fallu contrepeser par la multiplication de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat¹³⁴⁹. Pour autant, il était courant de dégager l'Etat de toute responsabilité aux motifs d'une conception restrictive de son intervention. Pour DENIS TELLIER, l'Etat ne saurait être interventionniste « de trop » ; il se cantonne à l'édition de normes générales et impersonnelles. Dès lors, il « (*se placerait*) de droit dans une situation d'irresponsabilité, ou plutôt en dehors du champ de la responsabilité »¹³⁵⁰. Pour que responsabilité s'en suive, son intervention aurait dû être graduée, à savoir assortie d'une *capacité de négociation, décision, maîtrise des initiatives économiques*¹³⁵¹. Cependant, ce qui pourrait passer pour un détachement de l'Etat du sol économique ne saurait échapper à une exigence de proportionnalité¹³⁵². Et, pour cause ! L'intervention de l'Etat français dans l'économie, aussi sommaire soit-elle, est « normalement » de nature à déstabiliser le pouvoir privé – nous l'avons vu le marché est le terrain d'un affrontement fatalement discriminant entre l'intérêt général, prévalent, et les intérêts particuliers. S'il est constant que dans son état normal, la collectivité étatique ne saurait voir sa responsabilité engagée avec systématisme et automaticité, son pendant anormal – éventuellement anticonstitutionnel voire anticonventionnel – ne saurait jouir du même traitement, tant s'en faut – l'intervention de l'Etat devient révocable – :

« (...) si une activité d'intérêt général occasionne des charges graves et particulières (pour un nombre de personnes limité), l'équilibre normal est rompu et les inégalités peuvent être corrigées »¹³⁵³.

¹³⁴⁸ G. DE POUVOURVILLE, C. CHAMPAUD, G. FARJAT ET A. JACQUEMIN, « *La responsabilité juridique de l'Etat en matière d'interventions économiques et financières* », *art. cit.*, p. 104.

¹³⁴⁹ « Il nous semble équitable, dans un tel contexte, que la possibilité d'une indemnisation vienne d'une certaine manière tempérer les effets d'interventions qui, pour légales qu'elles soient, n'en sont pas moins lourdes de conséquences » concl. Mattias Guyomar sur CE, 2 novembre 2005, *Coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564, *Revue de droit public*, 2006, p. 1427.

¹³⁵⁰ G. De Pourville, C. Champaud, G. Farjat et A. Jacquemin, *ibid.*, p. 106. Italiques ajoutés. v. G. ALBERTON, « *Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ?* », *AJDA* 2006, p. 2155 ; G. ALBERTON, « *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ?* », *RFDA*, 1997, p. 1017.

¹³⁵¹ G. De Pourville, C. Champaud, G. Farjat et A. Jacquemin, *ibid.*, p. 121.

¹³⁵² Ce « sentiment du juge que le sacrifice imposé au requérant ne l'avait pas été pour une juste cause » P. WASCHMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'Etat du fait des lois* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, p. 680. CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, n° 51704.

¹³⁵³ S. CALMES-BRUNET, « *Les vicissitudes de la responsabilité publique : à la recherche d'une efficacité* », in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Paris, Dalloz, 2012, p. 131.).

L'intérêt général n'est dès lors plus un motif suffisant pour écarter la possibilité d'une indemnisation sur le fondement de faits disproportionnés des lois. Autrement dit, l'Etat désimmunisé est sujet à défiance.

199. Une forme particulière de responsabilité. La structure de la redevabilité de l'Etat repose sur un diptyque¹³⁵⁴ : « responsabilité sans faute » et « responsabilité pour faute » soumises au pouvoir d'appréciation du juge de l'excès de pouvoir – juge administratif. *Sur la responsabilité sans faute*¹³⁵⁵. En principe, « la responsabilité sans faute de l'Etat du fait des lois et conventions internationales apparaît bien comme un produit de luxe : on ne (*l'acquiert*) pas tous les jours »¹³⁵⁶. Par exception, elle emprunte les atours d'une responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹³⁵⁷. Elle est de type individualiste – en ce qu'elle s'intéresse à la situation particulière des personnes lésées. Elle concerne notamment la responsabilité du fait des lois économiques¹³⁵⁸. Il s'agit d'une *responsabilité du fait de l'activité législative* et non du fait de la *fonction législative* immuable¹³⁵⁹. Elle concerne également la responsabilité du fait des traités ou accords¹³⁶⁰. Nous le verrons, les Antilles françaises, *via* les autorités décentralisées, sont autorisées à contracter avec leur espace régional d'extraction¹³⁶¹. De ces accords peuvent naître un certain nombre de

¹³⁵⁴ C. CERDA-GUZMAN, « *De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois* », RFDA, 2012, p. 38.

¹³⁵⁵ Pour une étude d'ensemble, v. CAMGUILHEM, B. *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2014, 490 p.

¹³⁵⁶ Citation de René Chapus révisée par Patrick Washmann in P. WASCHMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'État du fait des lois*, in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, p. 680, note 4.

¹³⁵⁷ « La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques cherche à indemniser les personnes auxquelles l'intérêt général a imposé un sacrifice financier suffisamment important pour traduire une inégalité devant les charges publiques » *Responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques*, Fiches d'orientation, Dalloz, 2018. v. Arrêt *Société des produits laitiers La Fleurette*, précité.

¹³⁵⁸ L'Etat français peut être reconnu responsable des préjudices issus de la mise en œuvre des lois qu'il édicte à condition que soit prouvé leur caractère grave et spécial. A propos de la loi relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, v. Arrêt *Coopérative agricole Ax'ion*, précité.

¹³⁵⁹ O. GOHIN, « *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur* », Revue internationale de droit comparé, vol. 50, n° 2, Avril-juin 1998, Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15^{ème} Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1^{er} août 1988)], pp. 595-610.

¹³⁶⁰ CE, 6^e et 1^{re} SSR, 11 février 2011, *Susilawati*, n° 325253. v. concl. C. Roger-Lacan, RFDA, 2011, p. 573. v. également, CE, Ass., 20 mars 1966, n° 50515. Pour aller plus loin, v. KODMANI, A. *La responsabilité de l'Etat sans faute du fait des engagements internationaux : Devant le juge administratif français*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Angers, 2015 (tel-01699139).

¹³⁶¹ Art. 1^{er} de la loi n° 2016-1657 du 5 décembre 2016 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et à la coopération des outre-mer dans leur environnement régional : « Une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales ne peut conclure une convention avec un Etat étranger, sauf dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il s'agit d'un accord destiné à permettre la création d'un groupement européen de coopération territoriale, d'un groupement eurorégional de coopération ou d'un groupement local de coopération transfrontalière. Dans ce dernier cas, la signature de l'accord est préalablement autorisée par le représentant de l'Etat dans la région.

L'interdiction mentionnée au premier alinéa ne s'applique pas aux conventions conclues pour les besoins d'une coopération territoriale ou régionale et dont la signature a été préalablement autorisée par le représentant de l'Etat lorsqu'elles entrent dans l'un des cas suivants :

préjudices susceptibles d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat. Elle concerne la responsabilité du fait des actes réglementaires réguliers¹³⁶². En principe, lorsqu'une décision administrative a pour base matérielle la réalisation ou la protection de l'intérêt général tel que sauvegarder l'emploi, la personne lésée ne saurait disposer d'un droit à réparation¹³⁶³. C'est également le cas lorsque le changement de réglementation ou de législation lui est préjudiciable¹³⁶⁴ – un relèvement du SMIC, le gel des prix. Cependant, par exception, lorsque ce préjudice présente des signes de spécialité et d'anormalité, le juge administratif n'hésite pas reconnaître la responsabilité sans faute de l'Etat¹³⁶⁵. *Sur la responsabilité pour faute*. Elle porte sur la violation de normes supérieures par les textes réglementaires ou législatifs¹³⁶⁶. Il s'agit d'une objectivation de l'enclenchement de la responsabilité de l'Etat :

« la notion de faute apparaît, en effet, comme purement objective en tant qu'elle consiste dans la seule méconnaissance de la hiérarchie des normes : l'Etat membre qui prend ou s'abstient de prendre une législation en violation de la norme communautaire est regardé ou doit être regardé comme commettant par là même une faute, quelles que soient, par ailleurs, ses intentions réelles ou supposées (...) »¹³⁶⁷.

200. La contraction des conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait de son intervention dans l'économie. Si cette justiciabilité de l'Etat permet le déploiement d'une série de contre-mesures à son action, allant jusqu'à écorner sa légitimité, elle demeure limitée à la recevabilité de l'action en responsabilité puisqu'il n'est aucun automatisme dans le droit à

^{1°} La convention met en œuvre un accord international antérieur approuvé par l'Etat ;

^{2°} La convention a pour objet l'exécution d'un programme de coopération régionale établi sous l'égide d'une organisation internationale et approuvé par la France en sa qualité de membre ou de membre associé de ladite organisation ;

^{3°} La convention met en place un groupement de coopération transfrontalière, régionale ou interterritoriale autre que ceux mentionnés au premier alinéa, quelle que soit sa dénomination. L'adhésion à ce groupement est soumise à l'autorisation préalable du représentant de l'Etat », JORF n° 0283 du 6 décembre 2016, texte n° 1.

¹³⁶² « (...) les mesures légalement prises, dans l'intérêt général, par les autorités de police peuvent ouvrir droit à réparation sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques au profit des personnes qui, du fait de leur application, subissent un préjudice anormal, grave et spécial » CE, 4 octobre 2010, *Commune de Saint-Sylvain-D'Anjou*, n° 310801.

¹³⁶³ CE, 6/2 SSR, 24 mars 1989, n° 77163.

¹³⁶⁴ CE, 3/5 SSR, 10 juillet 1996, n° 143487.

¹³⁶⁵ CE, 5/7 SSR, 13 juin 2001, n° 211403.

¹³⁶⁶ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522. v. note D. Pouyau, RFDA, 2007, 525 p., concl. L. Derepas, RFDA, 2007, p. 361 et obs. J.-P. Marguénaud, RTD civ., 2007, p. 297. Il en va ainsi dans le cadre d'une violation du droit de l'UE. « (...) le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est applicable lorsque le manquement reproché est attribué au législateur national » CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland*, Aff. n° C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-01029, pt. 36. V. notamment, BLANDIN, A. *La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure. Le droit espagnol, un modèle pour le droit français ?*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2016, 454 p. ; M. DISANT, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. Prolégomènes et perspectives », RFDA, 2011, p. 1181.

¹³⁶⁷ O. GOHIN, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », art. cit., p. 608.

réparation. Parmi les titulaires de l'action en responsabilité, on retrouve les victimes directes ou par ricochet du dommage – créanciers, clients notamment. En outre des classiques constantes du droit de la responsabilité – la preuve d'un dommage, un fait générateur (le texte litigieux à la source), un lien de causalité entre le texte et le dommage –, il faut que le préjudice soit à la fois anormal et spécial. La simple discrimination ne saurait constituer l'élément déclencheur de l'action en responsabilité puisqu'elle est inhérente à toute intervention étatique¹³⁶⁸ :

« (...) le préjudice prétendument subi soit suffisamment grave pour qu'il y ait effectivement « rupture » (anormalité) et qu'il ne soit pas au général que tous les administrés soient replacés dans une nouvelle situation d'« égalité » (spécialité) »¹³⁶⁹.

Pour ce qui est de la traditionnelle condition que le texte ne manifeste pas sa volonté d'exclure tout droit à réparation¹³⁷⁰, elle se voit aujourd'hui relativisée par une exigence de proportion implantée par le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques¹³⁷¹. C'est le glas de l'irresponsabilité de principe de l'Etat quoique assorti de l'effet dissuasif de la longueur et du coût des procédures.

B – L'Etat providentiel : l'exemple de l'aide à l'économie privé

201. « Un Etat propulsif »¹³⁷². La notion d'Etat-providence marque l'expansion des fonctions de l'Etat : « (...) s'occuper du bien-être social des citoyens, et non plus seulement de la police, de battre monnaie, de gérer ses relations internationales ou de faire la guerre. (...) (*rationaliser et objectiver le*) droit au secours que constitue le passage d'une solidarité subjective (en mon âme et

¹³⁶⁸ P. WACHSMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'Etat du fait des lois* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris, Dalloz, 2015, p. 680.

¹³⁶⁹ O. GOHIN, « *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur* », *art. cit.*, p. 603.

¹³⁷⁰ Arrêt *Susilamati*, précité.

¹³⁷¹ Art. 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014, *Commune de Tarascon*, JO du 12 septembre 2014, p. 15020, texte n° 54, cons. 14. (v. notamment, note C. Broymelle sous CE, 1^{er} février 2012, *Bizquerne*, n° 347205 et 347446, Revue de droit administratif (LexisNexis), n° 5, mai 2012, comm. 53). « L'équité (...) ne s'oppose pas à ce que certains sacrifices soient imposés dans l'intérêt général, pourvu qu'ils soient largement répartis (la condition de spécialité fera alors obstacle à la mise en jeu de la responsabilité) et qu'ils ne revêtent pas un caractère exorbitant » P. WACHSMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'Etat du fait des lois* », *ibid.*, p. 686.

¹³⁷² C.-A. MORAND, « *La contractualisation du droit dans l'Etat Providence* », in Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, *op. cit.*, p. 139.

conscience) à une solidarité objective fondée sur des droits des citoyens et/ou des travailleurs »¹³⁷³. Providentiel, l'Etat, ainsi que ses démembrements¹³⁷⁴, s'inscrit dans une dynamique de progrès social et économique. Le droit se libère partiellement de sa force coercitive pour se mettre au service du vulnérable¹³⁷⁵. Cela débouche sur un effet de diffusion consentie. Des « politiques dispersées, largement négociées à la base »¹³⁷⁶, bien qu'invisibles parfois, se dissimulent derrière du droit unilatéral. La forme contractuelle en constitue l'instrument socle puisqu'« (elle permet) d'obtenir la collaboration des pouvoirs économiques privés à la réalisation des objectifs de politique économique »¹³⁷⁷. L'économie va négocier sa liberté – simplification du formalisme, aides à la création ou au maintien de l'activité, avantages fiscaux notamment. La configuration française de l'Etat-providence correspond au modèle *conservateur-corporatiste* selon la typologie de GØSTA ESPING-ANDERSEN – les deux autres modèles, toujours selon le même auteur, correspondant à l'*Etat-providence libéral-résiduel*¹³⁷⁸ et à l'*Etat-providence social-démocrate*¹³⁷⁹. Dans ce système – commun aux Allemagne, Belgique, Italie –, l'Etat, agrégat d'une histoire politico-sociale cliquet, favorise l'octroi de droits sociaux. Il est la main visible de la maximisation du bien-être social : « d'une part, (...) l'Etat est désormais invité à intervenir dans tous les domaines de la vie sociale, afin de parvenir à une société plus harmonieuse et mieux intégrée ; il devient la clef de voûte de la société. Responsable du développement économique, il est appelé à intervenir pour corriger les fluctuations de régulation sociale, il est chargé de prendre les mesures correctives et compensatoires indispensables pour préserver la cohésion sociale. D'autre part, (...) un droit nouveau apparaît, un droit « interventionniste », conçu comme un instrument d'action aux mains de l'Etat et visant, non plus

¹³⁷³ MERRIEN, F.-X. *L'État-providence*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 3. Italiques ajoutés.

¹³⁷⁴ Art. L. 1511-2 du Code général des collectivités territoriales. v. notamment, T. MAUREL, « Action économique des collectivités : les aides économiques », AJ Collectivités Territoriales, 2017, p. 240.

¹³⁷⁵ La vulnérabilité s'entend ici de la situation de faiblesse d'une personne physique ou morale dont la survie économique et sociale dépend d'une source externe.

¹³⁷⁶ OST, F. ET VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide du réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 152.

¹³⁷⁷ J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in Frison-Roche, M.-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, t. 4, p. 145.

¹³⁷⁸ « (...) ce type de régime (qui) minimise les effets de démarchandisation (...) contient effectivement le royaume des droits sociaux et érige un ordre de stratification dont les éléments sont une égalité relative (de pauvreté) parmi les bénéficiaires de l'Etat-providence, une protection sociale de marché différenciée parmi les majorités et un dualisme politique de classe entre les deux catégories » ESPING-ANDERSEN, G. *Les trois mondes de l'Etat providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris PUF, 1999, p. 41. Italiques ajoutés. Il désigne l'Australie, le Canada, l'Irlande, le Royaume-Uni, les USA.

¹³⁷⁹ Ce système consiste à « fournir une garantie de plein emploi et est entièrement dépendant de la réalisation de cet objectif. D'une part, le droit au travail a le même statut que le droit à la garantie du revenu. D'autre part, les énormes coûts du maintien d'un système de protection sociale, solidaire, universel et « démarchandisant » signifient qu'il est dans l'obligation de minimiser les problèmes sociaux et d'augmenter les revenus de l'Etat. Il est évidemment plus facile d'y parvenir avec un maximum de gens qui travaillent et le moins possible dépendant des transferts sociaux » *Id.*, p. 42. Il désigne le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède.

à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs, à produire certains effets économiques et sociaux : alors que le droit moderne « de type formel » garantissait l'autonomie des acteurs sociaux, ce droit nouveau « de type matériel » et « de type réflexif » manifeste des « visées régulatrices », en cherchant à agir sur les équilibres sociaux »¹³⁸⁰.

202. Un protéiformisme. On y trouve pléthore d'aides d'échelons – national ou local¹³⁸¹ –, de formes – directe ou indirecte –, de nature, de conditions – assorties ou non d'obligations – variables, allouées à des destinataires également variables, difficiles à ordonner et recenser dans leur intégralité. Il en va des aides financières¹³⁸², des aides sociales¹³⁸³, des aides administratives et techniques¹³⁸⁴, des aides fiscales¹³⁸⁵, des instruments de simplification¹³⁸⁶, des aides aux entreprises en difficulté. Sur ce dernier point, au risque de nuire au libre jeu de la concurrence, lequel peut conduire à la disparition, l'absorption d'une entreprise, les pouvoirs publics n'hésitent pas à s'entremettre pour des motifs variables tels qu'électoraux, économiques par le biais notamment des Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI)¹³⁸⁷, Comité départemental d'examen

¹³⁸⁰ J. CHEVALLIER, « *Contractualisation et régulation* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁸¹ G. GODIVEAU, « *Les collectivités territoriales face au droit européen des aides d'Etat : des sujets par procuration en voie d'émancipation* », in Potvin-Solis, L. (Dir.), *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, *op. cit.*, pp. 215-274.

¹³⁸² Les aides à l'insertion, à l'accès et au retour à l'emploi (Art. L. 5131-1 et s. du Code du travail) ; les aides à la création ou la reprise d'entreprise à l'image de l'exonération de cotisation de sécurité sociale (Art. L. 5141-1 du Code du travail) ; les aides institutionnelles telles que les aides de l'Agence nationale de développement (AFD) (Art. R. 516-3 du Code monétaire et financier) ; la prime d'activité (Art. L. 841-1 du Code de la sécurité sociale) ; les aides à l'installation des jeunes agriculteurs (Art. D. 343-3 et s. du Code rural et de la pêche maritime).

¹³⁸³ L'allocation de logement (Art. L. 831-1 et s. du Code de la sécurité sociale) ; l'assurance maladie (Art. L. 162-1 et s. du Code de la sécurité sociale).

¹³⁸⁴ Les centres de formalités aux entreprises (Art. R. 123-1 et s. du Code de commerce), les « pépinières d'entreprises », les « incubateurs d'entreprises » (Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, *JORF* n° 160 du 13 juillet 1999, p. 10396) ; les documents uniques tels que la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) (Art. L. 1221-10 et s. du Code du travail).

¹³⁸⁵ **L'exonération des plus-values professionnelles** (Voir *supra* paragraphe n° 156) ; **le taux réduit d'IS**. Sur ce dernier point, le taux normal d'impôt sur les sociétés est, en principe, fixé à 33, 1/3 % des bénéfices sociaux. Cependant, il est ramené, dans une certaine limite – la fraction « excessive » des bénéfices tombe sous le coup du taux de droit commun (BOI-IS-LIQ-10, § 30) –, à 25 % et 15 % pour les exercices respectivement ouverts en 2001 et à compter du 1^{er} janvier 2002 (Art. 219, I, b), al. 1^{er} du CGI), à 28 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2017 (Art. 219, I, c), 1^o du CGI) et pour ceux ouverts entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2019 (Art. 219, I, c), 2^o du CGI) puis progressivement diminué pour atteindre un taux normal de 25 % en 2022 (Art. 84, I, F, 1^o et 2^o de la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, *JORF* n° 0305 du 31 décembre 2017, texte n° 2). Un taux réduit d'IS est également prévu pour les plus-values à long terme (Art. 219, I, a) du CGI).

¹³⁸⁶ L'institution de la société par actions simplifiée (SAS) pour remédier aux rigidités de la société anonyme (SA), la simplification de la création d'entreprise (Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *JORF* n° 179 du 5 août 2003, p. 13449, texte n° 1) ; la facilitation du développement économique, du fonctionnement (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée).

¹³⁸⁷ Arrêté du 6 juillet 1982 création sous la présidence du ministre de l'économie et des finances d'un comité interministériel de restructuration industrielle, *JORF* du 8 juillet 1982, p. 2167.

des problèmes de financement des entreprises (CODEFI)¹³⁸⁸, institutions judiciaires à l'image des président du Tribunal de commerce, Procureur de la République¹³⁸⁹, ainsi que des collectivités territoriales¹³⁹⁰. Il en va également des aides spécifiques fonction de l'extraction géographique¹³⁹¹ pour compenser la faiblesse structurelle des milieux insulaires¹³⁹² comme l'illustre l'exemple ultramarin des aides financières¹³⁹³ ainsi que des aides fiscales¹³⁹⁴.

¹³⁸⁸ Circulaire du 25 novembre 2004 relative à l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n° 279 du 1^{er} décembre 2004, p. 20441, texte n° 1.

¹³⁸⁹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12187, texte n° 5.

¹³⁹⁰ Art. L. 1511-2, II et L. 4211-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹³⁹¹ J.-L. ALBERT, « *Les aides d'Etat en outre-mer* », Revue de l'Union européenne, 2017, p. 90.

¹³⁹² Les aides spécifiques à l'Outre-mer porteraient atteinte au principe d'égalité mais le Conseil constitutionnel a consacré un principe de péréquation « (...) par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire national dans un but d'intérêt général » (Décision du Conseil constitutionnel n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 sur la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, précitée, cons. 34). *Confèr* dispositions de l'article 349 TFUE.

¹³⁹³ **Les aides au titre du contrat unique d'insertion** (Art. L. 5522-2 à L. 5522-2-3 du Code du travail) ; **Paide au projet initiative-jeune (PIJ)** (Art. L. 5522-22 à L. 5522-27 du Code du travail) ; **les 40 % de vie-chère** (Art. 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion, complété par l'art. 10 du décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des fonctionnaires de l'Etat en service dans les départements d'outre-mer (DOM), et l'art. 1^{er} du décret n°57-87 du 28 janvier 1957 portant majoration du complément temporaire alloué aux fonctionnaires de l'Etat en service dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane française, précités).

¹³⁹⁴ **L'exonération ultramarine de TVA** (Voir *supra* paragraphe n° 160) ; **les taux réduits ultramarins de TVA** (un taux normal de 8,5 % applicable à la plupart des biens et services, un taux réduit de 2,1 % (Art. 296 du CGI) – il en va ainsi notamment des produits destinés à l'alimentation humaine et aux ventes à emporter ou à livrer de produits alimentaires préparés en vue d'une consommation immédiate (BOI-TVA-LIQ-30-10-10) –, deux taux particuliers : l'un de 1,75 % – ventes d'animaux vivants de boucherie et de charcuterie – et l'autre de 1,05 % – e.g. les représentations théâtrales d'oeuvres dramatiques, lyriques, musicales ou chorégraphiques, pornographiques – (Art. 296 *bis* du CGI). *Contra* les taux de France continentale : le taux normal de 20 % (Art. 278 du CGI) ; deux taux réduits l'un de 5,5 % (Art. 278-0 *bis* du CGI), l'autre de 10 % (Art. 278 *bis* et s. du CGI) et un taux particulier de 2,1 % (Art. 281 *quater* à 281 *nonies* du CGI) ; **la réduction ultramarine d'impôt sur le revenu** (si le calcul de l'impôt est réalisé dans les mêmes conditions qu'en France hexagonale, le redevable de l'impôt sur le revenu domicilié en outre-mer bénéficie d'une réduction spéciale d'impôt sur le revenu (Art. 197, I, 3 du CGI) – outre les personnes physiques, certaines entreprises sont soumises à l'impôt sur le revenu : les sociétés de personne – la société civile professionnelle (SCP), la société en nom collectif (SNC), les sociétés civiles notamment –, l'entreprise individuelle, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée notamment) ; **P'exonération d'octroi de mer** (Voir *infra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié ». A la discrétion des collectivités territoriales, elle ne fait pas l'objet d'une application universelle et systématique. Certains produits ou domaines d'activité peuvent faire l'objet d'une exonération de plein droit, totale ou partielle, d'octroi de mer (e.g. le dispositif particulièrement exhaustif d'exonération de la collectivité territoriale de Martinique) ou facultative (Art. 1^{er} de la délibération n° 15-2466-3 du 19 novembre 2015 portant exonération dérogatoires d'octroi de mer) ; **l'exonération de TVA dans le transport** (sur le transport maritime (Art. 295, 1, 1^o du CGI) ; sur le transport aérien (Art. 262, II, 8^o du CGI) ; **la réduction d'impôt accordée au titre de certains investissements réalisés en outre-mer** (Art. 199 *undecies* A et s. du CGI) ; **les zones franches** (Voir *supra* §1. L'exemple du zonage franc).

203. Un « ordre public de solidarité » ?¹³⁹⁵ L'Etat-providence tel qu'aujourd'hui conçu apparaît dépouillé de ses qualités substantielles : le secours¹³⁹⁶. Il cède sa place à un Etat prodigue ; une corne d'abondance en ce qu'elle a de foisonnant et d'incontrôlé. L'Etat-providence est en crise. La formule n'est pas nouvelle¹³⁹⁷. En premier lieu, une *crise de financement* comme l'illustre la supplantation des dépenses publiques par rapport aux recettes. En deuxième lieu, une *crise d'efficacité* lorsque le caractère providentiel ne parvient pas à couvrir toutes les dimensions de la société. Autrement dit, il subsiste une rupture égalité d'accès au bien-être entre les catégories de citoyens – jeunes, moins jeunes, continentaux, ultramarins notamment. En troisième lieu, une *crise de légitimité* puisque les succès sociaux formels résulteraient plus d'une mécanisation des réformes que de mouvements sociaux. En quatrième lieu, une *crise philosophique*¹³⁹⁸ – l'Etat-providence repose sur un corpus d'idéologies molles, mouvantes. Somme toute, une crise de croissance. L'affluence d'aides durables, relativement conditionnées, entraînerait un amorphisme de l'économie du tourisme des Antilles françaises. On parle d'« économie sous perfusion », d'« essoufflement d'un modèle social », d'une « redistribution passive »¹³⁹⁹, d'un « paternalisme », de « propagande étatique », d'« assistanat »¹⁴⁰⁰. Somme toute, une patrimonialisation publique¹⁴⁰¹ diamétrale d'un espace caribéen dépourvu filet. L'ordre public de solidarité dégènerait en un droit subjectif à l'assistance – un « droit-créance ».

¹³⁹⁵ La notion d'ordre public de solidarité désigne l'ensemble des règles impératives destinées à la mutualisation des risques d'exclusion sociale. A. DURRELMAN, « *Ordre public et solidarité* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public, op. cit.*, pp. 153-156.

¹³⁹⁶ Art. 21 de la DDHC de 1793 : « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'Etat de travailler* ».

¹³⁹⁷ ROSANVALLON, P. *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Le Seuil, 1981, 183 p.

¹³⁹⁸ ROSANVALLON, P. *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Paris, Le Seuil, 1995, 222 p.

¹³⁹⁹ « L'État-providence est une pornographie de la générosité, car il nous force à accomplir les gestes, même si nous n'éprouvons pas le sentiment. Le capitaliste connaît la valeur de la générosité, car il connaît la valeur de la propriété » C. MICHEL, « *Sagesse des anciens, capitalisme et pornographie* », *Le Québécois libre*, 12 avril 2003, n° 123.

¹⁴⁰⁰ « L'homme, comme tous les êtres organisés, a une passion naturelle pour l'oisiveté. (...) Toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée donc une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante. C'est là, sinon son résultat immédiat, du moins sa conséquence inévitable » DE TOCQUEVILLE, A. *Mémoire sur le paupérisme* (1835), édité en version numérique sur le site de l'UQAC par Jean-Louis Benoît, pp. 18 et 20.

¹⁴⁰¹ « Il importe d'éviter une économie assistée qui conduirait à la création d'un patrimoine public, à usage privé, dont la valeur est susceptible de décroître commercialement sans que cela n'apparaisse dans les comptes administratifs de la collectivité » l'Union Patronale citée in LE BRETON, F. *L'octroi de mer. L'ultime réforme*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 156.

Chapitre 2. La forme extraordinaire de l'interventionnisme économique : une déformation

204. Une faculté d'empêchement excédentaire.

« Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu. Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou par imposture »¹⁴⁰².

Il apparaît que la normalité du pouvoir – public – cède devant la révélation d'effets de droit faiblement maîtrisés. En revanche, elle ne se traduit ni par un recul de l'Etat ni par un recul de l'intérêt général portant irrésistiblement la domination des intérêts particuliers. Au contraire, la force publique est intacte voire quantitativement résurgente mais, sous certains angles, qualitativement dévoyée. Non seulement en tant qu'elle discrimine (**Section 1**) mais aussi en tant qu'elle corrompt (**Section 2**) sans l'avoir véritablement recherché¹⁴⁰³.

Section 1. Une discrimination négative.

205. Un critère d'imprévision. La discrimination vise ici un effet spécifique du droit débouchant sur l'infliction d'une différenciation – en situation identique – ou d'une identité – en situation distincte – de traitement imprévue. Elle peut être le produit de l'incapacité du droit à satisfaire la totalité (**I**) ou le produit de son incomplétude (**II**). Inversement, il est, traditionnellement, admis que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la

¹⁴⁰² CARBONNIER, J. *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 8.

¹⁴⁰³ « Le système juridique des Etats-providence est donc constitué, par l'effet de l'impossibilité de prévoir toutes les conséquences d'une intervention dans l'ordre spontané des choses, d'une législation pléthorique, détaillée, fragile et perpétuellement instable » C. MOULY, « *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* », *art. cit.*, p. 913.

différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi »¹⁴⁰⁴. On parle d'une « discrimination positive » car, voulue ; elle n'échapperait pas à la prévoyance humaine.

I. Une réglementation inadaptée

206. Un contre-emploi. Nous l'avons vu, dans son rôle d'organisateur de l'activité des acteurs de l'économie, le droit emprunte diverses formes plus ou moins contraignantes. Sa forme objective – l'ensemble des règles juridiques qui régissent la vie en société –, contraignante, trouve sa justification dans l'orientation nécessaire des comportements pour plus de sécurité, d'efficacité, de justice économique. Mais, elle n'est pas figée. Elle se révèle au contraire mouvante, sous réserve d'insécurité juridique et économique, variant au gré des exigences de la société. Sur cette base, sourd une potentielle imperfection du droit. Soit que la loi, labile, expression de la volonté générale, est à la merci des circonstances, de la précarité du fait – une volonté changeante – (**A**), soit que, inversement, le fait, durable, expression de la volonté économique privée, est à la merci de la précarité du droit (**B**).

A – L'interdiction sans cause

207. Une dictature du droit. Le caractère hypertrophique des contraintes du droit français n'est plus seulement un présupposé dont l'effort démonstratif achèverait de lui ôter toute réalité. Dans sa version la plus poussée, on trouve l'interdiction aux formules multiples – « il est interdit de », « nul n'est », « aucun ne », « ne que » – :

« (...) l'interdiction est une norme qui prédispose et marque une *zone* plus qu'une ligne de franchissement entre le normal et l'irrégulier en incitant à la réflexion ou, à tout le moins, en appelant à la raison. Elle se décompose en plusieurs paliers qui forment des graduations progressives ou rendent compte d'une recherche d'arbitrage, d'équilibre, de

¹⁴⁰⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, précitée, pt. 30.

proportionnalité. (...) Posée et déterminée, l'interdiction ne dit rien, elle dicte. Elle est normative et prescriptive. *L'interdiction décide la conduite à avoir, à tenir* »¹⁴⁰⁵.

Cette dictature du droit, assortie de sanctions¹⁴⁰⁶, trouve naturellement sa cause, licite, dans l'anormalité : le risque¹⁴⁰⁷, l'exorbitance, la nuisance. Mais, il arrive qu'aucune cause n'apparaisse suffisamment légitime pour parvenir à la justifier. Elle trouve alors sa source dans la représentation, contagieuse, du droit – l'idée que l'on s'en fait ou que l'on devrait s'en faire – débouchant sur une certitude. Lorsque la règle de droit dispose, on ne saurait que difficilement lui opposer de résistance. Or, nous avons à charge de rappeler les origines modestes de la règle de droit : elle est avant tout le produit de volontés politiques changeantes, concurrentielles, électoralistes.

208. Un droit politisé. Traditionnellement, expression de la position de force d'un Etat, le droit est aussi l'expression de sa faiblesse. On l'a vu notamment à l'occasion de l'évasion fiscale¹⁴⁰⁸. Non seulement le choix français d'un interventionnisme fiscal ne saurait être unanime, comme en témoigne l'antifiscalisme individuel manifeste confinant aux évasion et/ou fraude, mais on apprend également qu'il ne saurait être maîtrisé dans la mesure où « il existe en effet de multiples moyens d'échapper à l'impôt, lesquels sont infiniment plus subtils que celui qui consiste à en cacher le fait générateur »¹⁴⁰⁹. Cela traduit une certaine dualité du regard. L'exploitation de failles du système n'est pas illégale¹⁴¹⁰ – « *nullum crimen, nulla poena, sine lege* » ou encore « *ce qui n'est pas interdit, est permis* ». L'illégalité se situe précisément dans le manquement à la prévision du droit. L'échelon national se révèle alors en proie à la géométrie variable. On se souvient du groupe Total SA, entreprise

¹⁴⁰⁵ G. KOUBI, « *Interdit et interdiction. Quelques variations textuelles et variantes sémantiques* », Droit et cultures, n° 57, 2009 (URL : <https://journals.openedition.org/droitcultures/1176>), § 19.

¹⁴⁰⁶ « Le droit est un ordre de contrainte. Il prescrit un certain comportement en attachant au comportement opposé à celui qui est obligatoire un acte de contrainte comme conséquence » KELSEN, H. *Théorie générale des normes, op.cit.*, p. 28.

¹⁴⁰⁷ *Contra* le critère d'efficience de Kaldor-Hicks : « l'interdiction se justifie sans doute quand les coûts de l'activité ou du produit excèdent ses avantages » OGUS, A. ET FAURE, M. *Economie du droit : le cas français, op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁰⁸ Voir *supra* B – La lutte française contre l'évasion fiscale internationale.

¹⁴⁰⁹ D. GUTMANN, *L'évasion fiscale des sociétés*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 62, n° 2, 2010, p. 533.

¹⁴¹⁰ « Un comportement, qui n'est l'objet d'aucune norme juridique, qui n'est juridiquement ni commandé, ni interdit, est un comportement libre » KELSEN, H. *Théorie générale des normes, ibid.*, p. 172. C'est la réglementation négative ou permission négative selon Hans Kelsen : « La conduite humaine est réglée d'une façon négative par un ordre normatif lorsque telle action ou telle abstention n'est ni défendue expressément par une de ses normes, ni positivement permise par une norme spéciale dérogeant à une norme générale de prohibition ; l'action ou l'abstention ne sont alors permises qu'en un sens purement négatif » KELSEN, H., *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 24. Hans Kelsen s'est, notamment, interrogé sur ce regard alternatif du droit (« *ce qui n'est pas permis, est interdit ?* ») : « Puisque la permission (au sens positif) existe en tant que fonction normative dans la suppression ou la restriction de la validité d'une norme (qui interdit un certain comportement), la règle en question présuppose une norme du législateur par laquelle *tout* comportement est interdit tant qu'il n'est pas permis par le législateur, c'est-à-dire tant que n'est pas restreinte la validité de l'interdiction générale du comportement portant sur toutes les actions et abstentions possibles que le législateur envisage d'interdire. C'est théoriquement pensable, mais pratiquement infaisable » KELSEN, H. *Théorie générale des normes, ibid.*, p. 131.

pétrolière et gazière française privée multinationale parmi les plus solvables de France, bénéficiaire d'une exemption d'impôt, pourtant obligatoire, sur les sociétés. Pouvoir privé économique¹⁴¹¹, elle aurait négocié sa fiscalité avec l'administration fiscale française alors privée du monopole de la force contraignante. Autrement dit, l'Etat a consenti à l'annihilation de sa force vive : sa souveraineté. On assista au glissement du mouvement de contractualisation en direction d'un marché du droit. Pire, sans qu'aucune menace ne lui soit faite, ce dernier peut créer des lieux d'évasion fiscale, légaux donc, sur des motifs purement subjectifs – l'attractivité territoriale, la jugulation des délocalisations notamment. Alors, si l'évasion fiscale est en soi anormale, elle trouve sa normalité dans la normalisation de choix politiques « anormaux » de même nature. Ce qui est de nature à dépouiller son interdiction de cause. La question de la validité de la cause se pose également lorsque le droit appliqué repose sur du *patriotisme économique*, subjectif, clairon d'une certaine préférence nationale – les « intérêts nationaux » de la France –, variable selon les partis et alternances politiques, plutôt que sur un but d'optimisation économique observée comme étant plus objective. La promulgation du décret relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable en réaction au rachat d'Alstom par General Electric en 2014¹⁴¹² en est l'illustration. Désormais, l'obligation d'obtention d'une autorisation préalable ne se limite plus aux investissements en matière de défense et de sécurité mais s'étend également aux transports, à la protection des infrastructures notamment.

209. Un droit moral. Une combinaison, sous certains angles, oxymorique mettant en exergue un autre totalitarisme : la morale. Il arrive que la morale – antithèse du droit¹⁴¹³ – soit la cause directe de la contrainte juridique. C'est ainsi qu'en 2016, le droit français préjudiciait le tourisme par la pénalisation de « l'achat d'un acte sexuel »¹⁴¹⁴ sur des motifs éminemment moraux tels que le bonheur de la personne prostituée supposément dépouillée de toute faculté de choisir sa vie, sa réification ou encore l'exigence de responsabilité. D'autres motifs ont été invoqués tels que la tranquillité publique faiblement motivée puisque l'offre en elle-même est autorisée à

¹⁴¹¹ FARJAT, G., *Pour un droit économique, ibid.*, p. 68.

¹⁴¹² Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements soumis à autorisation préalable, *JORF* n° 0112 du 15 mai 2014, p. 8062, texte n° 11.

¹⁴¹³ « Le droit ne peut être distingué essentiellement de la morale que si, (...) on le conçoit comme un ordre de contrainte, c'est-à-dire comme un ordre normatif qui cherche à provoquer des conduites humaines en attachant aux conduites contraires des actes de contrainte, socialement organisés, alors que la morale, elle, est un ordre social qui n'établit pas de semblables actions, mais dont les sanctions se trouvent uniquement dans l'approbation des conduites conformes aux normes et la désapprobation des conduites contraires aux normes, l'emploi de la force physique n'entrant par conséquent absolument pas en ligne de compte » KELSEN, H., *Théorie pure du droit, ibid.*, p. 70.

¹⁴¹⁴ Art. 611-1, al. 1^{er} du Code pénal : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe* ». Voir *supra* §2. L'éthisation contrainte du tourisme : l'exemple de la pénalisation de l'acte prostitutionnel.

subsister comme en témoigne la suppression du délit de racolage. Prosaïquement, les personnes prostituées pourront continuer d'arpenter librement les trottoirs. Un autre motif, l'atteinte au trafic d'êtres humains. Au même titre que l'offre, la demande subsiste mais elle achève de se déplacer dans la clandestinité avec les externalités négatives qu'elle comporte – déficits sécuritaire et sanitaire, stigmatisation. Mais, s'il est des lieux de convergence du droit et de la morale, confondue dans l'éthique, cette dernière constitue une base insuffisamment matérielle sur laquelle faire reposer la contrainte juridique :

« (...) l'éthique est invoquée lorsque les exigences sociales ne sont pas prises en compte ou sont mal prises en compte par le marché, lorsque le marché élimine des exigences sociales, enfin lorsque le marché est considéré comme s'appropriant à tort un secteur d'activité sociale »¹⁴¹⁵.

Et, pour cause ! « (...) le point capital et primordial – il faut l'affirmer sans se lasser et avec toute l'insistance possible –, c'est l'idée qu'il n'existe pas une seule morale, qui serait "la morale", mais de nombreux systèmes moraux, extrêmement différents les uns des autres, et se contredisant les uns les autres dans une large mesure, et qu'ainsi il se peut fort bien qu'un ordre juridique corresponde *grosso modo* aux conceptions morales d'une certaines couches ou d'un certain groupe, en particulier à celles du groupe ou de la couche dominante à l'intérieur de la population qu'il régit – et en fait, il y correspond effectivement en règle générale –, mais que cet ordre juridique soit contraire aux conceptions morales d'un autre groupe ou d'une autre couche ; mais plus encore, il importe de se persuader que les idées relatives à ce qui est moralement bon, ou moralement mauvais, à ce qui est moralement justifiable ou moralement injustifiable, sont soumises à un changement constant – de même que le droit, et qu'il se peut qu'un ordre juridique ou certaines de ses normes qui étaient conformes aux conceptions morales en vigueur à l'époque où eux-mêmes l'étaient, soient au contraire condamnés aujourd'hui comme éminemment immoraux »¹⁴¹⁶. La contrainte juridique en cette matière apparaît dépourvue de cause ; elle ne saurait être observée comme légitime. L'étalon de la légitimité de l'interdiction réside essentiellement dans les normalité ou anormalité d'un comportement. Or, on l'a vu, la normalité varie selon les individus qui la formulent, selon le mouvement des idées obtenu de l'écoulement du temps notamment. Alors, si « l'éthique (*à la fois morale et juridique*) est une question sérieuse, (...) elle peut être le masque d'une légitimité qui n'engage pas. Une morale molle comme le droit mou... »¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 158.

¹⁴¹⁶ KELSEN, H., *Théorie pure du droit, ibid.*, pp. 75-76.

¹⁴¹⁷ FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 157. Italiques ajoutés.

B – L'incompatibilité potentielle de l'aide à l'économie privé aux Antilles françaises avec le marché intérieur

210. Cadrage. Nous l'avons vu, dans sa forme régulière, l'aide d'Etat constitue l'attribut essentiel de l'Etat providentiel – cet Etat humble concédant ce qu'il juge nécessaire dans la satisfaction d'un idéal économique et social – mais, dans sa forme irrégulière, elle devient l'instrument de sa défaite. Elle doit alors être remise en cause.

Les aides publiques doivent constituer des exceptions portant menace du bien-être concurrentiel¹⁴¹⁸. Elles sont cependant moins exceptionnelles qu'on ne le croit à plus forte raison en « ultrapériphérie »¹⁴¹⁹. Elles apparaissent sous une multitude de libellés formellement divergents mais substantiellement convergents en ce que constitue une aide d'Etat : *l'aide accordée par les Etats* – ainsi que leurs entités décentralisées¹⁴²⁰ – *ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit* – polymorphisme de l'aide d'Etat¹⁴²¹ – *qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*¹⁴²².

211. La régularité de l'aide publique. Quoique entraves naturelles aux libertés économiques, les aides publiques économiques trouvent leur légitimité dans le besoin d'accès

¹⁴¹⁸ L. IDOT, « *Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'Etat...* », in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 639-658.

¹⁴¹⁹ Art. 349 al. 2 TFUE.

¹⁴²⁰ Art. 1511-1, al. 1^{er} et L. 4251-12 du Code général des collectivités territoriales (bien que l'Etat demeure le responsable de droit (Art. L. 2251-1 et L. 3231-1 du Code général des collectivités territoriales). V. notamment, CJCE, 14 octobre 1987, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. n° 248/84, *Rec.*, 1987, p. 04013, pt. 17 et s.

¹⁴²¹ « (...) la notion d'aide est ainsi plus générale que celle de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques » CJCE, 15 mars 1994, *Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA contre Ayuntamiento de Valencia*, Aff. n° C-387/92, *Rec.*, 1994, p. I-00877, pt. 13. V. également, CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*, Aff. n° C-39/94, *Rec.*, p. I-03547, pt. 58.

¹⁴²² Art. 107 §1 TFUE. Sur la notion d'aide d'Etat, v. KARPENSCHIF, M. *Droit européen des aides d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 11-106.

économique¹⁴²³, de nivellement économique¹⁴²⁴, de réhabilitation économique¹⁴²⁵ ; de promotion économique¹⁴²⁶. Aussi, l'incompatibilité d'une disposition nationale avec le droit primaire de l'Union n'entraîne pas automatiquement l'impossibilité d'appliquer cette disposition à des situations purement nationales¹⁴²⁷.

212. L'irrégularité potentielle de l'aide publique¹⁴²⁸. L'irrésistibilité pérenne des handicaps structurels des Antilles françaises ne saurait constituer un motif à la légalité systématique de l'aide publique : « il suffit que l'effet sur la concurrence et sur les commerces entre les Etats membres soit potentiel (*quoique*) sensible »¹⁴²⁹.

213. Le cas des zones franches urbaines¹⁴³⁰. Si cette aide fiscale s'inscrit parfaitement dans la dynamique collectiviste recherchée¹⁴³¹ – dérogoire du droit commun¹⁴³² –, elle génère

¹⁴²³ « sont compatibles avec le marché intérieur les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits » Art. 107 §2, a) TFUE.

¹⁴²⁴ Première résolution, du 20 octobre 1971 des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, concernant les régimes généraux d'aides à finalité régionale, JOCE n° C-111 du 4 novembre 1971, pp. 1-6. v. également, Communication de la Commission sur la méthode pour l'application de l'article 92 paragraphe 3 sous a) et c) aux aides régionales, JOCE n° C-212 du 12 août 1988, pp. 2-10. « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale » « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale » Art. 107 §3, a) TFUE. « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » Art. 107 §3, c) TFUE.

¹⁴²⁵ « sont compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires » Art. 107 §2, b) TFUE. **Nota bene** : Les Antilles françaises courent de multiples risques d'ordre naturel – le risque cyclonique, le risque sismique, le risque volcanique – susceptibles de préjudicier leur développement économique.

¹⁴²⁶ « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun » Art. 107 §3, d) TFUE.

¹⁴²⁷ CJCE, 14 décembre 1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme c/ Alex Waterkeyn et autres ; Procureur de la République c/ Jean Cayard et autres*, Aff. jointes n° 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Rec.*, 1982, p. 04337, pt. 15.

¹⁴²⁸ La Commission européenne a à charge de déterminer la compatibilité de l'aide d'Etat avec le marché commun (Art. 108 §1 TFUE). En cas d'incompatibilité, l'aide octroyée peut faire l'objet de modification ou de suppression puis de restitution (Art. 108 §2 TFUE). Pour aller plus loin, v. KARPENSCHIF, M. *Droit européen des aides d'Etat*, *ibid.*, pp. 107-391 ; J. BIANCARELLI, « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », *AJDA*, 1993, p. 412 ; E. KORNPROBST, « Remise en cause des aides d'Etat non conformes aux traités de l'Union européenne », in « *Ecrits de droit de l'entreprise* », Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, *op. cit.*, pp. 573-590.

¹⁴²⁹ SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G. ET BLAISE, J.B. *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1999, p. 354.

¹⁴³⁰ Voir *supra* §1. L'exemple du zonage franc.

¹⁴³¹ « (...) l'octroi d'avantages fiscaux, (de) mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire national (s'inscrit) dans un but d'intérêt général » Décision du Conseil constitutionnel n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 sur la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, précitée, cons. 34.

¹⁴³² Art. 349 TFUE.

décompensation et distorsion concurrentielle *in situ*. Des opérateurs économiques historiques inamovibles¹⁴³³ se verront déloyalement concurrencés. Un tel dispositif voit ses vertus compensatoires privées d'effet en ce que, limité dans le temps et l'espace, il est générateur d'effets d'aubaine – des entreprises concurrentes s'installeront temporairement en zone franche afin de bénéficier des avantages fiscaux puis, une fois les conditions remplies, auront tout loisir de s'en aller. Or, la pertinence d'un tel dispositif d'aide réside dans sa capacité à porter remédiation de la *situation économique et sociale structurelle (des Antilles françaises)*¹⁴³⁴ puisque le développement économique est une condition fondamentale de l'exception de légalité de l'aide d'Etat. En réalité, il ne se cantonne qu'au développement économique, momentané, d'une portion de territoire – l'institution d'une zone franche globale achèverait d'ôter une large part de la présomption d'irrégularité de l'aide économique.

214. Le cas de l'aide aux compagnies aériennes : le contrat de prestation. Les comités régionaux du tourisme – extensions, institutionnelles et budgétaires, des collectivités régionale, en Guadeloupe, et unique, en Martinique – assurent l'entière promotion de leur destination respective. Il arrive qu'un « contrat de prestation »¹⁴³⁵ les lie à une compagnie aérienne. C'est l'exemple de la *Norwegian Airline*, une compagnie aérienne au modèle économique *low cost* qui assurait, jusqu'en 2019, quelques rotations hebdomadaires six mois par an entre les Antilles françaises et les Etats-Unis. Bien que de forme contractuelle, il s'agit bien d'un type d'aide publique¹⁴³⁶ susceptible d'affecter les échanges entre les Etats membres de l'UE¹⁴³⁷. Si ce contrat, limité dans le temps – trois ans extensibles pour les RUP –, valant « aide au démarrage d'une compagnie aérienne », ne pose en principe aucune difficulté¹⁴³⁸, son octroi exclusif apparaît discutable susceptible de conférer un « avantage

¹⁴³³ La notion d'« opérateur économique historique inamovible » fait ici référence à l'opérateur économique installé sur une portion de territoire depuis plusieurs années se trouvant dans l'incapacité de déplacer tout ou partie de son activité en zone franche aux motifs de son importance, l'éventuelle perte de clientèle, etc.

¹⁴³⁴ Art. 349 TFUE.

¹⁴³⁵ Le contrat de prestation est un contrat visant « à utiliser le savoir-faire du secteur privé d'entreprises en l'orientant plus ou moins subtilement par des dispositifs d'incitation » COLSON, J.-P. ET IDOUX, P. *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J, 2016, n° 762, p. 391. X. DELPECH, « *Le low cost : aspects de droit de la concurrence* », art. cit., p. 28.

¹⁴³⁶ M. HECQUARD-THERON, « *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention* », AJDA, 1993, p. 452.

¹⁴³⁷ « (...) il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés. En effet, l'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'excluent pas a priori l'éventualité que les échanges entre États membres soient affectés (...). Dès lors, la deuxième condition d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité, selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre États membres, ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné » CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nabverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Aff. n° C-280/00, Rec., 2003, p. I-07747, pts. 81 et 82.

¹⁴³⁸ Communication de la Commission – Lignes directrices sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes, JOUE n° C-99 du 4 avril 2014, pp. 3-34, pt. 15. V. également, pts. 138 à 155.

économique (*potentiellement*) injustifié »¹⁴³⁹ à certaines compagnies aériennes par rapport aux autres compagnies aériennes installées sur la ligne bien que ne disposant pas toujours du même modèle économique. En outre, la période qui suivra le terme du contrat introduit un fort risque d'irrégularité de l'aide conduite à être prolongée jusqu'à la cessation de l'état de dépendance économique. En cause, le pouvoir substantiel des compagnies aériennes *low cost* notamment. Si, formellement, les compagnies aériennes *low cost* apparaissent en position d'infériorité puisque, rognant sur de nombreux coûts, elles offrent une prestation entièrement dématérialisée de l'offre à l'enregistrement physique des bagages, ne sont pas prioritaires, se retranchent généralement derrière des aéroports secondaires ou des terminaux plus modestes notamment, elles disposent, substantiellement, d'un pouvoir de vassalisation particulièrement important¹⁴⁴⁰. Le pays de démarrage de la desserte peut se voir imposé le bon vouloir de cette dernière. D'autant que les compagnies *low cost* n'hésiteront pas à le mettre en concurrence avec d'autres plateformes de la région plus attractives¹⁴⁴¹. Il reste à déterminer si le recours à des aides de natures différentes – promotion, subvention, exonération de taxes notamment –, successives, pour une même relation économique reste compatible avec le marché intérieur. Auquel cas, cela pallierait les risques induits d'irrégularité de l'aide en cas de prolongation.

¹⁴³⁹ Communiqué de la Commission européenne, « *Aides d'État : la Commission adopte une série de décisions concernant des aides en faveur d'aéroports et de compagnies aériennes en France et en Allemagne et demande à la France de récupérer des aides incompatibles avec le marché intérieur octroyées à des compagnies aériennes* », 23 juillet 2014. Italiques ajoutés. Confer URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-863_fr.htm. Les affaires impliquant la compagnie aérienne *low cost* Ryanair sont particulièrement révélatrices de la position de la Commission européenne (e.g. La traduction de la France devant le CJUE pour non-récupération d'aides consenties à Ryanair et Transavia (URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5442_fr.htm). La décision de la Commission n° 2004/393/CE du 12 février 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi, JOCE n° L. 137 du 30 avril 2004, pp. 1-62. v. notamment, DE BEYS, J. « *La décision de la Commission européenne du 12 février 2004 sur les aides d'État accordées à Ryanair* », Courrier hebdomadaire du CRISP, vol. 1852, n° 27, 2004, pp. 1-37).

¹⁴⁴⁰ COUR DES COMPTES, *Les aéroports français face aux mutations du transport aérien (Rapport public thématique)*, op. cit., pp. 20, 22-23.

¹⁴⁴¹ Le choix d'une plateforme aéroportuaire par les compagnies aériennes est plurifactoriel – le niveau infrastructurel, la capacité aéroportuaire, la qualité de la logistique, la sécurité, la situation géographique, l'achalandage, les redevances aéroportuaires. Les plateformes aéroportuaires de redistribution, dites « *hubs* » répondent naturellement à cette exigence. Le *hub*, également dénommé *aéroport pivot*, *carrefour*, *aéroport de raccordement*, *nœud aérien*, *plate-forme de correspondance* est « une base importante qu'une compagnie en réseau exploite en tant que point de transfert afin d'amener les passagers vers leur destination souhaitée (le système en étoile). (Contrairement aux) transporteurs de point à point (*qui*) n'ont pas de plates-formes de correspondance » (Décision de la Commission du 22 juin 2009, *Luftbansa/SN Airholding*, Aff. n° COMP/M.5335, p. 59). Sur la forme de *hub*, v. D. ENCAOUA, « *Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen* », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996, p. 1277 ; OCDE, « *Les aéroports : des plaques tournantes multimodales* », op. cit., pp. 84-85. Confer décision de la Commission du 4 juillet 2005, *Luftbansa/Swiss*, Aff. n° COMP/M.3770, pts. 48 et 49. v. également, G. A. NERO, « *Note on the competitive advantage of large hub-and-spoke networks* », *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, 1999, vol. 35, issue 4, pp. 225-239.

215. Une figure contractuelle. La notion d'aide doit alors être requalifiée en « mise ». La précédente terminologie fait du contrat de prestation un « contrat d'administration »¹⁴⁴². Ce contrat d'adhésion par le jeu duquel le risque de requalification de l'opération contractuelle en concession de service public¹⁴⁴³ voire en marché public¹⁴⁴⁴ subsiste. Un contrat où l'administration aurait la main, une main justifiée par l'exigence de satisfaction d'un intérêt général supérieur¹⁴⁴⁵. Pour autant, c'est un contrat publiquement mou quoiqu'il incombe de localiser le besoin ainsi que le dépositaire de la force contraignante, lequel octroie son caractère privé ou public au contrat. Pour autant, la qualité d'aide n'a pas effacé sa nature contractuelle. En dehors des causes exonératoires de responsabilité¹⁴⁴⁶ ou des difficultés d'entreprises¹⁴⁴⁷, les parties au contrat restent tenues. L'inexécution des obligations contractuelles est sanctionnée notamment par l'exécution forcée¹⁴⁴⁸ ou vise l'anéantissement pour faute du contrat¹⁴⁴⁹.

La finalité discriminatoire de l'interventionnisme économique s'apprécie par un défaut de la réglementation qui s'explique non seulement par la fragilité de son substrat mais encore par l'imprécision de son objet.

¹⁴⁴² A. DE LAUBADERE, « *Administration et contrat* », in Pages de Doctrine, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 239.

¹⁴⁴³ Art. 5 al. 1^{er} de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF* n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

¹⁴⁴⁴ « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » Art. 4, al. 2 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602, texte n° 38.

¹⁴⁴⁵ « (...) l'existence d'un besoin local des populations, qui ne peut être satisfait par les activités privées existantes, permet d'établir l'intérêt local de l'objet d'une délibération par laquelle une collectivité (...) décide d'une action de soutien à une activité économique » (CE, 10^e et 9^e SSR, 20 octobre 2010, *Province des Îles Loyauté*, n° 300347).

¹⁴⁴⁶ Le cas de la force majeure. Art. 31 §1, al. 2 du Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics de Fournitures Courantes et Services (CCAG-FCS) 2009 : « *Lorsque le titulaire est mis dans l'impossibilité d'exécuter le marché du fait d'un événement ayant le caractère de force majeure, le pouvoir adjudicateur résilie le marché* ». Sur la définition de la force majeure codifiée : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* » (Art. 1218 al. 1^{er} du Code civil).

¹⁴⁴⁷ Art. 30 §2, al. 2 et 3 du CCAG-FCS 2009 : « *En cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.*

En cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié, si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire ».

¹⁴⁴⁸ Art. 36 du CCAG-FCS 2009.

¹⁴⁴⁹ Art. 32 du CCAG-FCS 2009.

II. Une réglementation inachevée : l'anormalité dans le prélèvement de l'impôt

216. L'impôt¹⁴⁵⁰, serviteur de l'économie. On l'a vu, les collectivités publiques sont en capacité d'influer sur l'efficacité de l'économie. La fiscalité en est l'un des leviers. Mais, l'impôt n'a pas vocation première à servir l'économie. Il est réaliste¹⁴⁵¹, nécessaire et s'inscrit dans la continuité de l'Etat¹⁴⁵². Il n'est alors pas surprenant que l'opérateur économique, voire son bénéficiaire, supporte une charge, prévisible ou imprévisible, dont il ne saurait librement se soustraire. Il arrive toutefois que cette charge fiscale convenue perde en nécessité¹⁴⁵³ **(B)** et en cohérence au point de déboucher sur une « injustice » camouflée **(A)**.

A – L'effet relatif de l'imposition : le cas de la fiscalité du tourisme de séjour

217. Une regressivité. Si nous ne saurions remettre en question la nécessité de l'impôt propre à toute forme organisée de vie en société¹⁴⁵⁴, marquant ainsi une rupture avec toute approche

¹⁴⁵⁰ Entendu plus en son sens général – le prélèvement obligatoire –, moins en son sens spécial distinct de la taxe : « l'impôt est une prestation pécuniaire obligatoire, requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif, et sans contrepartie directe en vue de la couverture des charges publiques » v. Gaston Jèze cité in WASERMAN, F. *Les finances publiques*, Paris, La Documentation française, 2018, p. 36. v. CE, Ass. 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, n° 30693 33969, *Rec. Lebon*, p. 572.

¹⁴⁵¹ « parmi les caractères attribués de façon quasi-unanime au droit fiscal figure son réalisme. On a pu, ainsi écrire que le réalisme du droit fiscal est la faculté, pour la norme fiscale, de ne pas tenir compte des autres normes existantes, et de ne tenir compte, étymologiquement, que des choses afin de les soumettre à imposition » P. SERLOOTEN ET A. DE BISSY, « *Le néo-réalisme du droit fiscal* », in Hecquard-Théron, M. et Krynen, J. (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁴⁵² Art. 13 de la DDHC : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». J.-P. MARKUS, « *La continuité de l'Etat en droit public interne* », RDP, 1999, n° 4, pp. 1067-1107.

¹⁴⁵³ « (...) quand les hommes politiques s'aperçoivent que certains impôts entravent le développement économique et conduisent à un appauvrissement de la nation, doivent-ils chercher à les abolir, dès que la situation le permet, car produire est le facteur essentiel de la croissance » P.-J. LEHMANN, « *Le rôle des finances publiques dans la régulation de l'économie selon Léon Say* », in Bottini, F. *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 55. « Prendre position sur les affaires de la communauté et le faire du point de vue de la rationalité (*nécessité de*) comprendre de quoi il s'agit et de pouvoir apprécier ce qui est en jeu » cité in BOUVIER, M., ESCLASSAN, M.-C. ET LASSALE, J.-P., *Finances publiques*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso, 2018, p. 19. (Italiques ajoutés)

¹⁴⁵⁴ « Tout problème financier se ramène à ceci : le fonctionnement des services publics entraîne des consommations de services personnels et de choses ; il faut répartir, entre les individus, la charge qui résulte de ces consommations ; il faut déterminer qui doit supporter cette charge et dans quelle mesure » Jèze, G. *Cours de finances*

idéologique de la question, il lui est assigné une nature complexe et contradictoire à la fois, par endroits, susceptible de porter atteinte aux principes qui fondent sa légitimité juridique tels que l'égalité devant la loi fiscale ou encore la neutralité de l'impôt. Ces derniers s'apprécient notamment selon que l'impôt frappe, dans une certaine mesure, sans distinction (§2) ou distinctivement (§1).

§1. L'inconséquence du *duty free*

218. Une erreur sur la chose. Lorsque l'on évoque le *duty free* aux Antilles françaises, il ne s'agit, jusqu'à une période récente, que d'une simple détaxe de TVA excluant les droits d'accise et l'octroi de mer qui disposent de leur propre définition fiscale¹⁴⁵⁵. Le 25 novembre 2019, dans le cadre de l'examen du projet de budget pour 2020, le Sénat a adopté l'amendement dit « *duty free* » portant l'expérimentation de zones de vente hors taxes pour les croisiéristes à Pointe-à-Pitre, à Basse-Terre et à Fort-de-France. Il s'agirait de la vente de biens à destination des croisiéristes dans les magasins agréés dans lesdites villes portuaires en franchise de TVA, droits d'accise et octroi de mer. Somme toute, un véritable *duty free*, en théorie à tout le moins. Un tel modèle existe, sous la forme de *duty free shop*, au départ des aéroports ultramarins. Toutefois, ces derniers sont aussi le terrain de l'opacité sur la formation du prix. En effet, ils donnent à voir la pratique de tarifs particulièrement exorbitants souvent bien plus élevés que ceux de la grande distribution locale elle-même sujette, nous l'avons vu, à l'exorbitance tarifaire.

219. La détaxe de TVA. Un dispositif destiné aux extra-nationaux. Il prévoit l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) des « *livraisons de biens expédiés ou transportés par l'acheteur qui n'est pas établi en France, ou pour son compte, hors de la Communauté européenne* »¹⁴⁵⁶. Il ne saurait alors bénéficier aux produits de consommation courante¹⁴⁵⁷ lesquels jouissent de taux réduits de TVA quoique compensés par l'application d'un Octroi de mer aux taux variables par produits. Pour en bénéficier,

publiques, Giard, 1933, p. 2 cité in J. MOLINIER, « *L'apport de Gaston Jèze à la théorie des finances publiques* », Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1991

(URL : <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/012-1991/12-1991-p055-070.pdf>), p. 58.

¹⁴⁵⁵ Sur les droits d'accise, v. art. 401 et s. du Code général des impôts ; sur l'octroi de mer, v. loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, *JORF* n° 153 du 3 juillet 2004, p. 12114.

¹⁴⁵⁶ Art. 262, I, 2°, al. 1^{er} du Code général des impôts.

¹⁴⁵⁷ Art. 262, I, 2°, b) du CGI : « *la livraison ne porte pas sur les tabacs manufacturés, les marchandises qui correspondent par leur nature ou leur qualité à un approvisionnement commercial ainsi que celles qui sont frappées d'une prohibition de sortie* ».

il suppose le cumul de quatre conditions¹⁴⁵⁸ dont la première mérite une attention particulière. Cette dernière – la condition de domiciliation – ne fait l’objet d’aucune circonscription par le législateur. Il faut, dans un premier temps, se retrancher derrière la norme réglementaire interne : « *il s’agit des personnes qui, au jour de l’achat, résident habituellement en dehors de la France ou de l’Union européenne et qui viennent séjourner en France ou dans l’Union européenne pour une durée inférieure à six mois* »¹⁴⁵⁹. Puis, dans un deuxième temps, derrière le droit dérivé de l’Union : « (...) on entend par « voyageur qui n’est pas établi dans la Communauté » le voyageur dont le domicile ou la résidence habituelle n’est pas situé dans la Communauté. Dans ce cas on entend par « domicile ou résidence habituelle » le lieu mentionné comme tel sur le passeport, la carte d’identité ou tout autre document reconnu comme valant pièce d’identité par l’État membre sur le territoire duquel la livraison est effectuée »¹⁴⁶⁰. L’article 24 *bis* de l’annexe 4 du Code général des impôts explicite les circonstances et seuil minimum d’achat¹⁴⁶¹. Au surplus, seuls les voyageurs de 16 ans ou plus sont éligibles au dispositif¹⁴⁶² ainsi qu’un nombre, déduction faite, très restreint de produits¹⁴⁶³.

220. Une option. La vente en détaxe présente un caractère optionnel¹⁴⁶⁴. Son déclenchement incombe à un vendeur agréé¹⁴⁶⁵ sur qui pèse un devoir d’information important. En cas d’acceptation de la vente en détaxe, deux choix s’offrent au vendeur :

¹⁴⁵⁸ Art. 262, I, 2^o, al. 2 du CGI : « Lorsque la livraison porte sur des biens à emporter dans les bagages personnels de voyageurs, l’exonération s’applique si les conditions suivantes sont réunies :

a. le voyageur n’a pas son domicile ou sa résidence habituelle en France ou dans un autre Etat membre de la Communauté européenne;
 b. la livraison ne porte pas sur les tabacs manufacturés, les marchandises qui correspondent par leur nature ou leur qualité à un approvisionnement commercial ainsi que celles qui sont frappées d’une prohibition de sortie ;
 c. les biens sont transportés en dehors de la Communauté européenne avant la fin du troisième mois suivant celui au cours duquel la livraison est effectuée ;
 d. la valeur globale de la livraison, taxe sur la valeur ajoutée comprise, excède un montant qui est fixé par arrêté du ministre chargé du budget ».

¹⁴⁵⁹ Circulaire relative à la vente à des voyageurs résidant dans un pays tiers à l’Union européenne ou dans une collectivité d’outre-mer de la République- Procédure des bordereaux de vente à l’exportation, *Bulletin officiel des douanes* n° 7233 du 17 mai 2018, §7.

¹⁴⁶⁰ Art. 147 §2, al. 1^{er} de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *JOUE* n° L. 347 du 11 décembre 2006, pp. 1-118.

¹⁴⁶¹ « (...) est exonérée la livraison qui porte sur des biens acquis dans un magasin ou acquis le même jour dans plusieurs magasins disséminés dans une même ville et identifiés sous le même numéro de taxe sur la valeur ajoutée intracommunautaire, et dont la valeur globale, taxe sur la valeur ajoutée comprise, excède 175 € ».

¹⁴⁶² Circulaire relative à la vente à des voyageurs résidant dans un pays tiers à l’Union européenne ou dans une collectivité d’outre-mer de la République, précitée, §7.

¹⁴⁶³ *Id.*, §10.

¹⁴⁶⁴ « Un vendeur éligible à la procédure des bordereaux de vente à l’exportation ne peut pas en imposer le recours à un vendeur. Chaque vendeur apprécie s’il veut accomplir les formalités de la procédure d’exonération et en assumer les responsabilités ou s’il préfère vendre aux conditions du marché intérieur » *id.*, §16.

¹⁴⁶⁵ Art. 87, II de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, *JORF* n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 2.

« soit accorder immédiatement au client la détaxe et attendre le renvoi du bordereau visé par la douane ; soit encaisser la TVA et restituer à son client, après réception du bordereau visé par la douane, la somme qu'il s'est engagé à rembourser »¹⁴⁶⁶.

La procédure dématérialisée, qui autrefois était facultative, devient obligatoire¹⁴⁶⁷. Le bordereau papier n'est désormais accepté qu'exceptionnellement dans le cadre d'une procédure de secours¹⁴⁶⁸.

221. La dépendance circonstancielle du vendeur. A compter de la signature par les deux parties naît une situation de dépendance post-contractuelle. Selon que la vente est immédiatement ou ultérieurement détaxée, le bordereau joue un rôle plus ou moins prépondérant. Dans le premier cas – la vente accomplie hors taxe –, le vendeur bon père de famille est économiquement dépendant de la recevabilité de la détaxe. Autrement dit, du renvoi du bordereau visé par la douane puisqu'il doit rapporter à l'administration fiscale la preuve qu'il s'agit d'une livraison extracommunautaire. Le visa douanier revêt un caractère libératoire, accordant l'exonération de TVA. A défaut, il devra supporter seul la charge du retour fiscal. Dans ce cas, il lui incombe d'apprécier scrupuleusement l'éligibilité de l'acheteur au dispositif afin de se prémunir contre toute irrégularité. Inversement, dans le second cas, en cas de défaillance de l'acheteur dans les formalités à accomplir¹⁴⁶⁹, pour se dégager de la charge fiscale, il n'aura qu'à reverser la TVA préalablement encaissée à l'administration fiscale.

¹⁴⁶⁶ BOI-TVA-CHAMP-30-30-10-20, III-C §140

¹⁴⁶⁷ Art. 75 de l'annexe 3 du CGI : « Dans le cadre de la procédure prévue aux deuxième à sixième alinéas du 2° du I de l'article 262 du code général des impôts, le titre justificatif de l'exportation est constitué par un bordereau de vente à l'exportation numéroté dans une série continue et conforme au modèle établi par la direction générale des douanes et droits indirects. Ce document est délivré le jour de la transaction par le vendeur au voyageur éligible à la procédure et muni de son passeport. Le bordereau de vente à l'exportation est édité par voie informatique dans le cadre d'un téléservice. La procédure de secours prévue à l'article 75 A constitue la seule exception à ce principe. Un arrêté du ministre chargé du budget fixe la forme, les conditions d'établissement et d'apurement du titre mentionné au premier alinéa ».

¹⁴⁶⁸ Art. 75 A de l'annexe 3 du CGI : « Le vendeur, préalablement affilié à un opérateur de détaxe ou habilité au téléservice mentionné au second alinéa de l'article 75, est autorisé à recourir à la procédure de secours dans les cas suivants : 1° Indisponibilité générale du téléservice mentionné au second alinéa de l'article 75 ; 2° Panne des outils informatiques du vendeur permettant l'émission des bordereaux de vente à l'exportation ; 3° Interruption de la connexion internet du vendeur. Les modalités de recours à la procédure de secours sont prévues par arrêté du ministre chargé du budget ». *Confer formulaire Cerfa n° 10096*04.*

¹⁴⁶⁹ Sur la procédure, une fois les conditions élémentaires relatives à la recevabilité du bordereau, à l'identité du voyageur, à sa résidence effective, à l'homologie acheteur-voyageur, à l'exportation effective des marchandises inventoriées sur le bordereau satisfaites, **en cas de visa électronique des bordereaux de vente à l'exportation PABLO** (Programme d'Apurement des Bordereaux de vente en détaxe par Lecture Optique de codes-barres et **en cas de visa par cachet douanier**, uniquement dans le cadre d'une procédure de secours (art. 75 A de l'annexe 3 du CGI, précité), v. Circulaire relative à la vente à des voyageurs résidant dans un pays tiers à l'Union européenne ou dans une collectivité d'outre-mer de la République, précitée, §42 §43, §45, §46, §65 et §66. (*Confer* Arrêté du 15 mai 2018 fixant la forme, les conditions d'établissement et d'apurement du titre justificatif des exportations effectuées par les voyageurs résidant dans un pays tiers à l'Union européenne ou dans une collectivité d'outre-mer de la République, *JORF* n° 0119 du 26 mai 2018, texte n° 49).

222. Critiques. Même si ce dispositif est désormais assoupli par l'obligation récente de recourir à la téléprocédure, il présente un caractère particulièrement dissuasif continuant d'être ressenti comme étant administrativement lourd. Nous ne pouvons évidemment que déplorer ses propriétés facultatives – l'option pour le régime de détaxe est à la discrétion exclusive du vendeur. Une telle liberté peut aisément déboucher sur des comportements et situations discriminants. En outre, il peut lui être reproché son insuffisante massification puisque la vente en détaxe ne concerne que des produits à forte valeur ajoutée.

223. Une rupture d'égalité devant les « décharges » publiques. Affirmer qu'il n'est ici aucune commune mesure concurrentielle possible entre les îles de Martinique et de Guadeloupe et leurs homologues caribéens relève de la lapalissade¹⁴⁷⁰. D'autant qu'au sein même de la République française, il est une profonde dissymétrie quant aux gains résultant de l'exonération de TVA. En effet, aux Antilles françaises¹⁴⁷¹, si les prix sont élevés, ce qui porterait à croire en l'enflure de la détaxe, la portée de ce dispositif se révèle minorée. Tout d'abord, parce que les taux de TVA y sont réduits – généralement de l'ordre de 8,5 % et 2,1 %¹⁴⁷². Ensuite, la charge d'impôt que constitue l'Octroi de mer¹⁴⁷³, laquelle vient grever le bien à l'importation et, par là même, augmenter le prix

¹⁴⁷⁰ « Si le « hors taxe » ou « *duty free* » est présent de par le monde majoritairement dans les aéroports, dans la zone qui suit le passage en douane, il l'est également dans les rues et les hôtels de la plupart des îles de la Caraïbe, certaines étant même de véritables paradis du « shopping ». Les prix sont de 10 % à 40 % moins chers qu'aux Etats-Unis, parfois même 60 %, et le choix s'avère bien plus large. (...) La plupart des grandes marques de luxe sont présentes dans la zone Caraïbe : *Gucci, Cartier, Bulgari, Ralph Lauren, Louis Vuitton* (...). Le nombre de bijouteries offrant des bijoux de marque, des pièces de collection, toutes sortes de pierres précieuses et semi-précieuses est particulièrement impressionnant. (...) *Jeweler's Warehouse* (...) pratique des prix à 50 % en plus de l'absence de taxe. (...) Aux Îles Caïmans, nous trouvons des boutiques hors taxe à *George Town (Grand Cayman)*, dans les centres commerciaux ainsi que dans les hôtels. En Jamaïque, toutes les grandes villes touristiques ont une zone dédiée au shopping hors taxe comme *Roseball (Montego Bay), Time Square Plaza (Negril), Island village, Taj Mahal Center, Soni's Plaza* et *Harbor Shops Plaza (Ocho Rios)*. Sint-Maarten apparaît comme un Eldorado du shopping hors taxe avec plus de 500 boutiques dont la majeure partie se situe à *Philipsburg*, réparties entre *Front Street, Back Street* et *Harbor port village* dans une zone portuaire réservée aux seuls croisiéristes. Saint-Thomas, aux Îles Vierges Américaines, peut également se prévaloir de plus de 500 boutiques réparties sur plusieurs zones de Charlotte-Amélie (...). Une centaine de magasins sont recensés à Curaçao, dans le district de *Punda de Willemstad*. Les destinations hors taxe par excellence s'avèrent être également des destinations croisière majeures. (...) » BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne, op. cit.*, pp. 249-251.

¹⁴⁷¹ Il convient de rappeler que si les Antilles françaises sont envisagées comme territoires d'exportation autrement dit en pays tiers (art. 294, 2 du CGI), leurs ressortissants sont, en revanche, exclus du bénéfice du dispositif de vente en détaxe à l'exportation (Circulaire relative à la vente à des voyageurs résidant dans un pays tiers à l'Union européenne ou dans une collectivité d'outre-mer de la République, précitée, §9).

¹⁴⁷² Art. 296 du CGI.

¹⁴⁷³ Un impôt ultramarin *ad valorem* portant sur l'importation de biens et les livraisons de biens réalisées à titre onéreux dont le maintien est justifié par des besoins en développement économique et social. Voir *infra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié ».

final, n'intègre pas la base d'imposition de la TVA¹⁴⁷⁴. Autrement dit, si la base d'imposition de la TVA est plus faible, la déduction de TVA sera conséquemment moins importante¹⁴⁷⁵.

La détaxe de TVA est l'un des seuls dispositifs, aux côtés d'éventuelles exonérations, existant permettant au touriste de séjour d'échapper un tant soit peu à l'impôt. Si l'exemption d'impôt, quoique dans les faits particulièrement dissuasive et territorialement inégale, est encouragée, le principe reste la viabilisation de l'impôt par sa multiplicité lui conférant un caractère budgétaire.

§2. Le caractère budgétaire de l'impôt : un effet de masse

« (...) une augmentation des taxes sur les touristes a souvent l'effet de dissuader les voyages (...) »¹⁴⁷⁶.

Si l'on veut être tatillon, c'est moins, une augmentation des taxes, rarement drastique et généralisée, alors difficilement perceptible, que leur agrégat éprouvé en fin de séjour qui contribuerait à dissuader à plus forte raison dans des îles d'essence tarifaire prohibitive¹⁴⁷⁷. C'est donc d'une énumération détaillée qu'il s'agira, dans un premier temps, pour rendre compte de la fiscalité endurée par le touriste de séjour, suivie, dans un second temps, d'un questionnement sur le solidarisme dans l'impôt.

224. Les taxe de séjour¹⁴⁷⁸ et taxe de séjour forfaitaire. Leur régime est fixé à l'article L. 422-3 du Code du tourisme et L. 2333-26 et s. du Code général des collectivités territoriales. Elles sont un impôt local facultatif – il est déterminé à la discrétion de la collectivité communale ou

¹⁴⁷⁴ Art. 45 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, précitée. BOI-TVA-GEO-20-10, § 70.

¹⁴⁷⁵ *Exempli gratia* : prosaïquement, un islandais en vacances sur le territoire français qui souhaite repartir avec des produits de parfumerie d'une valeur de 175 euro TTC (en France hexagonale) contre 200 euro pour les mêmes produits en Guadeloupe (nous rappelons l'opacité sur la formation des prix en outre-mer) peut espérer une économie d'impôt de 35 euro en France hexagonale (TVA 20 %) contre une économie d'impôt inférieure à 17 euro en Guadeloupe (TVA 8,5 %) hors frais de gestion éventuels.

¹⁴⁷⁶ David Scowsill, président directeur général du World Travel & Tourism Council (WTTC) dans un communiqué publié le 1^{er} avril 2014 à propos du rapport 2014 sur l'impact économique du tourisme en France.

¹⁴⁷⁷ Pour illustration, nous renvoyons le lecteur à l'**Annexe 5**. Cas pratique sur la fiscalisation du touriste de séjour

¹⁴⁷⁸ La taxe de séjour naît en France avec la loi du 24 septembre 1919 portant création de stations hydrominérales, climatiques et de tourisme, établissant des taxes spéciales dans lesdites stations et réglementant l'office national du tourisme, *JORF* du 26 septembre 1919, p. 10530. v. notamment, M.-C. DE MONTECLER, « *Haussse de la taxe de séjour et fin de l'écotaxe* », *AJDA*, 2014, p. 1349 ; J. PASTOR, « *Vers un régime simplifié de la taxe de séjour ?* », *AJDA*, 2014, p. 1418.

intercommunale¹⁴⁷⁹ – et relatif – il ne concerne que les non-résidents par personne et par nuit (taxe de séjour au réel) ou en fonction de la capacité d'accueil de l'hébergement (taxe de séjour forfaitaire) et est le terrain d'exemptions¹⁴⁸⁰. La taxe de séjour procède d'une volonté d'excepter les populations locales du poids de dépenses liées à la fréquentation touristique. Elle peut être périodique ou courir sur toute l'année. Grevant l'hébergement touristique – lieu de collecte de l'impôt –, elle n'est pas propre à la France mais sa fourchette demeure variable selon les Etats. En France, elle revient cher oscillant entre 0,20 euro et 4 euro selon le type hébergement¹⁴⁸¹. Les Antilles françaises ne disposant ni de palace ni d'hôtel ou résidence de tourisme cinq étoiles, le plafond de la taxe de séjour est donc fixé à 2,30 euro par nuitée et nombre de personnes ou capacité d'accueil. Notons que que la collectivité départementale – l'Assemblée unique en Martinique – peut lui adjoindre une taxe additionnelle de 10 %¹⁴⁸². Cette taxe est sans conteste un pourvoyeur de fonds puisque son rendement annuel s'évalue à plusieurs centaines de millions d'euro en France.

225. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA)¹⁴⁸³. C'est un impôt universel obligatoire sur la dépense perçu par l'Etat. Il consiste en l'application d'un taux au prix du produit ou du service. En France hexagonale, il existe quatre taux de TVA : le taux normal applicable à la plupart des biens et services (20 %) ¹⁴⁸⁴ ; deux taux réduits l'un de 5,5 % relatif aux produits de consommation courante, les billets d'avion, le théâtre, les réunions sportives notamment et l'autre de 10 % portant sur la fourniture de logement, le transport de voyageurs, les droits d'entrée pour la visite des parcs zoologiques et botaniques, des musées, les locations d'emplacements sur les terrains de camping classés, les foires, les expositions, les jeux et manèges forains notamment¹⁴⁸⁵ ; un taux particulier de 2,1 % concernant les médicaments notamment¹⁴⁸⁶. En Martinique et en Guadeloupe, la taxe sur la valeur ajoutée est ramenée à quatre taux inférieurs à ceux de l'hexagone : un taux réduit de 2,1 %,

¹⁴⁷⁹ Art. L. 5211-21 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁴⁸⁰ Art. L. 2333-31, 1^o du Code général des collectivités territoriales : « *Sont exempté(e)s de la taxe de séjour les personnes mineures* ».

¹⁴⁸¹ Art. L. 2333-41 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁴⁸² Art. L. 3333-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁴⁸³ Loi n°54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, *JORF* n° 11 avril 1954, p. 3482. v. notamment, SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires: 2017-2018*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 617-719. **Nota bene** : Ce commentaire ne concerne que les prestations de service et ventes à consommer sur place et excepte évidemment les produits éligibles à la vente en détaxe. Nous ne manquerons pas d'aborder ce régime ultérieurement.

¹⁴⁸⁴ Art. 278 du Code général des impôts.

¹⁴⁸⁵ Art. 278-0 bis à 279 bis du Code général des impôts.

¹⁴⁸⁶ Art. 281 quater à 281 nonies du Code général des impôts.

un taux normal de 8,5 %¹⁴⁸⁷, deux taux particuliers : l'un de 1,75 % et l'autre de 1,05 %¹⁴⁸⁸. La taxe sur la valeur ajoutée est appliquée à chaque stade d'une opération de production ou de distribution. L'industriel doit calculer et facturer la TVA au commerçant qui la facturera à son tour au consommateur final. Ce dernier, contrairement aux entreprises qui y sont assujetties ne peut exercer de droit à déduction. Autrement dit, il en supporte finalement le coût. Elle représente plus de 50 % des recettes fiscales de l'Etat. Même s'il existe des exonérations notamment en matière de transport maritime dans les limites territoriales¹⁴⁸⁹, c'est un impôt globalement observé comme étant injuste. Nous avons vu que la TVA pouvait être déduite par le touriste de séjour sous certaines conditions restrictives mais, dans la plupart des cas, elle reste due.

226. Les principales taxes aéroportuaires¹⁴⁹⁰. Elles viennent grever les billets d'avion. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est exclue de l'inventaire puisque « *sont (...) exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée (...) Les transports aériens ou maritimes de voyageurs en provenance ou à destination de l'étranger ou des collectivités et départements d'outre-mer* »¹⁴⁹¹. Elles comprennent notamment la taxe d'aéroport (TAP) ou « *taxe sûreté – sécurité – environnement* »¹⁴⁹² ; la taxe de l'aviation civile (TAC)¹⁴⁹³ ; la taxe de

¹⁴⁸⁷ Art. 296 du Code général des impôts : « *Dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion, la taxe sur la valeur ajoutée est perçue : 1° a) Au taux réduit de 2,10 % pour les opérations visées aux articles 278-0 bis à 279-0 bis A et à l'article 298 octies ; b) Au taux normal de 8,50 % dans les autres cas.* »

¹⁴⁸⁸ Art. 296 bis du CGI.

¹⁴⁸⁹ Art. 295 du Code général des impôts.

¹⁴⁹⁰ Nous entendons par « *taxe aéroportuaire* » la contrepartie financière d'un service donné exigée par une personne publique dans le contexte aéroportuaire. Ce qui exclut la « *surcharge carburant* » laquelle est fixée à la discrétion des compagnies aériennes. V. notamment, R. FRAISSE, « *Les redevances pour services rendus - tentative de clarification* », Droit administratif, 2005, Etude 11 ; OACI, « *Politique de l'organisation de l'aviation civile internationale sur les redevances d'aéroport et de services de navigation aérienne* », doc. n° 9082, 2004 ; E. UNTERMAIER, « *Que reste-t-il de la distinction des redevances pour service rendu et des redevances pour occupation du domaine public ?* », AJDA, 2010, p. 1042 et s. ; S. ZIANI, « *Redevances et concurrence* », Contrats et marchés publics, 2010, Etude 4. *Confer* tarifs applicables aux aéroports de Martinique et de Guadeloupe en 2017. **Nota bene** : Des discordances ont parfois été relevées entre les tarifs de taxe en vigueur et leur pratique par les compagnies aériennes.

¹⁴⁹¹ Art. 262, II, 8° du Code général des impôts.

¹⁴⁹² Art. 1609 *quater* du Code général des impôts. Elle est applicable au départ d'un aéroport français, variable selon l'aéroport. Au départ de Martinique et de Guadeloupe, elle s'établit à 14 euro par passager hors correspondance (Art. 4 de l'arrêté du 23 mars 2017 fixant la liste des aérodromes et groupements d'aérodromes et le tarif de la taxe d'aéroport applicable sur chacun d'entre eux ainsi que le tarif de la majoration de la taxe d'aéroport, JORF n° 0072 du 25 mars 2017, texte n° 7) et au départ de Paris-Orly et de Paris-Charles-de-Gaulle à 11,50 euro (Art. 2 *in id*).

¹⁴⁹³ Art. 302 bis K du Code général des impôts. Elle finance les missions de la direction générale de l'aviation civile (DGAC) entre autres. Le tarif de la taxe s'élève à 4,48 euro (aller et retour) à destination de la France – y compris l'Outre-mer – ainsi que l'Union européenne et 8,06 euro vers d'autres destinations hors correspondance (Art. 302 bis K, II, 1 du Code général des impôts). « *La taxe n'est pas perçue lorsque le passager est en correspondance* » (Art. 302 bis K, 1, 3 du CGI).

solidarité¹⁴⁹⁴ ; la redevance passager¹⁴⁹⁵ ; la redevance d'assistance aux passagers à mobilité réduite¹⁴⁹⁶ ; la taxe d'embarquement sur les passagers¹⁴⁹⁷. Compte tenu de l'opacité généralisée sur la formation du prix du billet d'avion, nous ne saurions déterminer précisément la part réelle des autres taxes aéroportuaires dans ce dernier telles que la taxe sur les nuisances sonores aériennes (TNSA)¹⁴⁹⁸, la redevance de stationnement, la redevance d'atterrissage¹⁴⁹⁹ dont ne sont pas directement redevables les passagers. Pour autant, il y pèse une forte présomption de répercussion par les compagnies aériennes au regard du niveau des prix pratiqués – l'exploitation d'aéronefs n'étant pas une entreprise philanthropique.

227. L'octroi de mer¹⁵⁰⁰. C'est un impôt *ad valorem*¹⁵⁰¹, indirect, ultramarin perçu par l'administration des douanes au profit des collectivités territoriales, les communes en particulier, portant sur les produits d'importation afin de protéger, en théorie, la production locale. Il se décline,

¹⁴⁹⁴ Art. 302 *bis* K, VI du Code général des impôts. Il s'agit d'une taxe « perçue au profit du Fonds de solidarité pour le développement géré par l'Agence française de développement, dont l'objet est de financer des facilités financières internationales pour l'achat de vaccins et de médicaments » CARREZ, G., « *Transports aériens ; Météorologie ; Contrôle et exploitation aériens* », Annexe n° 37, *op. cit.*, p. 51. Elle fait l'objet d'une contribution additionnelle à la taxe de l'aviation civile. Laquelle est comprise entre 1,13 euro à 45,07 euro (aller et retour) par passager selon la destination (Art. 302 *bis* K, VI, 1 du CGI).

¹⁴⁹⁵ « Faisant fonction » de taxe, elle « *est due pour l'utilisation des ouvrages et locaux d'usage commun servant à l'embarquement, au débarquement et à l'accueil des passagers* » (Art. 1^{er} de l'arrêté du 26 février 1981 fixant les conditions d'établissement et de perception des redevances d'usage des installations aménagées pour la réception des passagers et des marchandises sur les aéroports de France métropolitaine et d'outre-mer, *JORF* du 5 avril 1981, numéro complémentaire p. 3531). Son montant est librement fixé par et au profit du site aéroportuaire – en 2018, pour un vol à destination de France hexagonale, l'Union européenne et autres destinations internationales la redevance passager est fixée à 22,36 euro hors correspondance en Guadeloupe (*Confer* guide tarifaire 2017-2018, p. 15) et à 21,96 euro en Martinique (Source Martinique aéroport) et à Paris à 9,98 euro à destination des Antilles Françaises (Source Aéroports de Paris).

¹⁴⁹⁶ Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens, *JOUE* L. 204 du 26 juillet 2006, pp. 1-9, pt. 8. Elle est fixée à 0,80 cts par passager au départ de Martinique (Source Martinique aéroport) et entre 0,72 cts et 1,03 cts au départ de Paris Orly et entre 1,22 euro et 1,75 euro par passager au départ de Paris-Charles-de-Gaulle en fonction du taux de signalement de la compagnie (Source Aéroports de Paris).

¹⁴⁹⁷ Art. 285 *ter*, al. 1^{er} et 2 du Code des douanes. Il s'agit d'une contribution à l'aménagement du territoire d'un montant de 4,57 € par passager.

¹⁴⁹⁸ Art. 1609 *quater* vicies A du Code général des impôts. Elle est créée pour compenser notamment les nuisances sonores dont sont victimes les riverains de l'aérodrome. Elle est exigible sur les vols au départ d'une liste limitative d'aéroports. Pour se rendre aux Antilles françaises en partance de France hexagonale, les aéroports Paris Orly et Charles-de-Gaulle demeurent un passage obligé – même si on assiste aujourd'hui à l'ouverture de nouvelles liaisons en partance de provinces – la taxe est respectivement de 35 et 23 euro (Art. 1^{er} de l'arrêté du 22 septembre 2017 fixant le tarif de la taxe sur les nuisances sonores aériennes applicable sur chaque aérodrome mentionné au IV de l'article 1609 *quater* vicies A du code général des impôts, *JORF* n° 0228 du 29 septembre 2017, texte n° 7).

¹⁴⁹⁹ *Confer* Art. R. 224-1 et s. du Code de l'aviation civile notamment ; Directive n° 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, *JOUE* n° L. 70/11 du 14 mars 2009, pp. 11-16.

¹⁵⁰⁰ La loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, précitée et la loi n° 2015-762 du 29 juin 2015 modifiant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, *JORF* n° 0149 du 30 juin 2015, p. 10979, texte n° 1. Voir *infra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié ».

¹⁵⁰¹ L'impôt porte sur le prix du produit.

parfois, en octroi de mer régional au profit des régions – au profit de la collectivité unique dans le cas de la Martinique – dont l'assiette est la même. En guise d'illustration, la Martinique dispose de 11 taux d'octroi de mer allant de 0 % à 40 % et de trois taux d'octroi de mer régional 0 %, 1,5 % et 2,5 %¹⁵⁰².

228. Les taxes sur le carburant. Aux Antilles françaises, elles sont au nombre de trois¹⁵⁰³ : l'octroi de mer, l'octroi de mer régional – leurs taux respectifs s'élèvent à 7 % et 2,5 %¹⁵⁰⁴ – et la taxe spéciale sur la consommation de carburant (TSC). La TSC¹⁵⁰⁵ est un droit d'accise qui permet notamment le financement du budget des collectivités territoriales¹⁵⁰⁶. En outre-mer, elle se substitue à la TICPE¹⁵⁰⁷ applicable en France hexagonale. Calculée forfaitairement sur le volume de carburant par les collectivités territoriales, en 2017, elle s'établit en Martinique à 49,937 euro par hectolitre pour les essences et supercarburants et à 28,090 euro par hectolitre pour le gazole¹⁵⁰⁸.

229. La taxe sur les passagers maritimes¹⁵⁰⁹. Elle est conçue dans une dynamique de protection des espaces naturels contre la fréquentation touristique. Elle s'élève à 7 % du prix hors taxe du titre de transport dans la limite de 1,65 euro par passager¹⁵¹⁰. Les exonérations concernent la gratuité du transport et les usagers transportés à fins professionnelles ou pour rejoindre leur résidence principale.

¹⁵⁰² URL : <http://www.collectivitedemartinique.mq/docs/octroi-mer/Annexe-2-deliberation-15-1473-1-Tarif-des-douane-2015-nomenclature-combinee.pdf>

¹⁵⁰³ En France hexagonale, deux taxes grèvent le carburant : la TVA (20%) – la TVA sur produit et la TVA sur le TICPE – et le TICPE (jusqu'à 66,82 € par hectolitre pour le Super sans plomb et 56,31 € pour le Gazole. *Conférence* Circulaire fixant les taux de la taxe intérieure de consommation régionalisés pour les supercarburants et les gazoles applicables au 1er janvier 2017, *Bulletin officiel des douanes* n° 7162 du 30 décembre 2016, texte n° 16-074).

¹⁵⁰⁴ URL : <http://www.collectivitedemartinique.mq/docs/octroi-mer/Annexe-2-deliberation-15-1473-1-Tarif-des-douane-2015-nomenclature-combinee.pdf>, p. 259.

¹⁵⁰⁵ Loi n° 51-1509 du 31 décembre 1951 instituant une taxe spéciale sur les carburants dans les départements d'outre-mer et créant les fonds routiers départementaux, *JORF* n° 1 janvier, 1952, p. 58. Art. 266 *quater* du Code des douanes et Art. L. 4434-2 et s. du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁰⁶ Son produit est réparti entre les collectivités territoriales (Art. L. 4434-3 du CGCT).

¹⁵⁰⁷ Taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE)

¹⁵⁰⁸ Art. 2 de la délibération n° 16-378-1 du 28 décembre 2016 de l'Assemblée de Martinique portant modification des fiscalités applicables à certains produits pétroliers. Source : Site de la Collectivité territoriale de Martinique (URL : <http://www.collectivitedemartinique.mq>).

¹⁵⁰⁹ Arrêté du 22 décembre 2011 fixant le tarif et les modalités d'application de la taxe sur les passagers maritimes embarqués à destination d'espaces naturels protégés prévue par l'article 285 *quater* du code des douanes, *JORF* n° 0302 du 30 décembre 2011, p. 22862, texte n° 83. v. Art. 285 *quater* du Code des douanes. Pour l'outre-mer, *conférence* l'article 285 *ter* du Code des douanes. V. notamment, Lamy Gestion et Finances des collectivités territoriales : « *La taxe sur les passagers à destination de certains espaces naturels protégés* ».

¹⁵¹⁰ Art. 1^{er} de l'arrêté du 27 novembre 2015 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2011 fixant le tarif et les modalités d'application de la taxe sur les passagers maritimes embarqués à destination d'espaces naturels protégés prévue par l'article 285 *quater* du code des douanes, *JORF* n° 0285 du 9 décembre 2015, p. 22684, texte n° 43.

230. Un effet discriminatoire. Il est également discriminatoire de traiter de façon identique des situations différentes¹⁵¹¹. Acquittée soit indistinctement par les résidents et touristes de séjour – la TVA notamment – soit distinctement par ces derniers – dans le cadre des taxes de séjour et taxes de séjour forfaitaire –, cette fiscalité frappe directement les individus, somme toute confondus dans l’expression générique « consommateurs », indépendamment de leurs capacités contributives¹⁵¹², leur âge – à l’exception de la taxe de séjour partiellement discriminante¹⁵¹³, les seniors étant exclus de l’exonération –, leur nationalité. Lorsque l’on en vient à interroger la légitimité de l’impôt, elle semble reposer sur un contradictoire imparable qui résulte notamment de l’universalité d’un regard contractualiste – hérité notamment des *Lumières*¹⁵¹⁴ – porté sur l’idée de société :

« (...) la vie en société organisée procure des avantages et (...) il faut donc en payer le coût »¹⁵¹⁵.

Le consentement à l’impôt s’exprime alors tacitement puisqu’il constitue la contrepartie de services ou prestations publiques et le terrain de la solidarité¹⁵¹⁶. Ce dernier point se voit tout de même quelque peu mouvementé. Par solidarité, on entend péréquation : « chaque membre de famille doit contribuer aux dépenses de la communauté non pas en raison des bénéficiaires qu’il en retire... mais d’après ses forces pécuniaires »¹⁵¹⁷. Bien qu’une analyse plus fine de la pensée de Gaston Jèze conclue à une exigence d’uniformité¹⁵¹⁸, cette répartition équitable de la charge trouve une application matérielle dans l’ordre juridique interne – la progressivité de l’impôt sur le revenu ou

¹⁵¹¹ CJCE, 23 février 1983, *Wagner/BALM*, Aff. n° 8/82, *Rec.*, 1983, p. 371, pt. 18.

¹⁵¹² M. BOUVIER, « *La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post moderne* », *Revue française de finances publiques*, n° 100, 2007.

¹⁵¹³ Art. L. 2333-31, 1° du Code général des collectivités territoriales : « *Sont exempté(e)s de la taxe de séjour les personnes mineures* ».

¹⁵¹⁴ « Les revenus de l’Etat sont une portion que chaque citoyen donne de son bien pour avoir la sûreté de l’autre ou pour en jouir agréablement » MONTESQUIEU, *L’esprit des lois*, Livre XIII, Chapitre 1, p. 263 ; (...) le maintien de l’état et du gouvernement exige des frais et de la dépense ; et comme quiconque accorde la fin ne peut refuser les moyens, il s’ensuit que les membres de la société doivent contribuer de leurs biens à son entretien » ROUSSEAU, J.-J., *Les confessions. – Discours. – Politique. (Œuvres complètes)*, Paris, Furne et Cie, Perrotin, 1819, t.1, p. 597.

¹⁵¹⁵ G. VEDEL, « *Préface* », *Revue française de finances publiques*, n° 1, 1983.

¹⁵¹⁶ « (...) un procédé équitable d’imposition dans un système politique fondé sur l’Etat » BOUVIER, M., ESCLASSAN, M.-C. ET LASSALE, J.-P., *Finances publiques, op. cit.*, p. 681.

¹⁵¹⁷ Gaston Jèze, *Cours de Finances publiques*, Giard, 1931 cité in *id.*, p. 680. Art. 13 de la DDHC.

¹⁵¹⁸ « On trouve (...) dans l’œuvre de Jèze et s’agissant de l’impôt des références faites à “la répartition des charges publiques entre les individus d’après leur capacité de payer” ou encore “d’après leurs forces économiques”. Mais, partant du constat qu’il “n’est pas de plus énigmatique” que l’idée de justice dans l’impôt, qu’ “elle n’a pas de valeur absolue”, qu’ “elle a une signification plutôt négative que positive” et qu’à ce titre “elle sert plus à démolir qu’à construire”, Jèze décide d’ “éliminer, d’une définition scientifique et objective de l’impôt, toute précision touchant la juste répartition de l’impôt entre les individus”. Pour lui, tenter de préciser “la mesure exacte dans laquelle chaque individu doit payer l’impôt” ou “ ce à quoi oblige le devoir social de payer l’impôt” est une erreur. (...) Jèze (*pose*) que “la charge doit être répartie uniformément entre les individus : c’est la conséquence du principe d’égalité devant les charges publiques” » J. MOLINIER, « *L’apport de Gaston Jèze à la théorie des finances publiques* », *art. cit.*, p. 61. Italiques ajoutées.

encore la taxe de séjour¹⁵¹⁹ notamment. Il en ressort pourtant, pour ce qui nous concerne, une rupture de sens. Tout d'abord, MICHEL BOUVIER souligne que la communauté familiale est ici une allégorie de la communauté nationale. Mais, cette conception strictement nationaliste de l'impôt nous apparaît limitée en vertu de la portée également extranationale de ce dernier – l'exemple du touriste non national inexorablement frappé par l'impôt. Aussi, cette péréquation théorique de l'imposition – ce que l'on nomme plus communément « équité » – ne se retrouve pas systématiquement en pratique. Dans la fiscalité appliquée au touriste, l'impôt y est, parfois – les taxes aéroportuaires notamment –, invariablement égalitaire. Autrement dit, trivialement, l'adulte de 85 ans, l'adulte de 18 ans et l'enfant de 4 ans en vacances sont redevables de la même quantité d'impôt – hors taxe de séjour pour le mineur –, certes, très probablement acquittée par ses parents dans le cas de l'enfant. L'impôt revêt un caractère budgétaire – la taxe sur la solidarité notamment exceptée¹⁵²⁰ – exhaussant par là même le caractère punitif pouvant être ressenti.

231. « *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* »¹⁵²¹. Il est notable qu'une société d'avantages sans impôt ne saurait que difficilement se maintenir mais c'est également le cas pour une société fiscalement pressurisée : « Trop d'impôt tue l'impôt » selon la célèbre formule de Arthur Laffer. Si, aux Antilles françaises, l'impôt acquitté par le touriste de séjour pourrait, dans certaines situations, constituer un pourcentage négligeable – environ 5 % du coût total du séjour dans notre cas pratique¹⁵²² –, il ne saurait être observé comme étant, en toute circonstance, *indolore*. Tout d'abord, il frappe implacablement et, dans une certaine mesure, invariablement la collectivité touristique. Ensuite, l'impôt est fonction du coût et de l'importance de la consommation – plus on consomme, plus on est taxé. Rappelons que les prix traditionnellement pratiqués aux Antilles françaises revêtent un caractère prohibitif. Tout cela concourt à changer l'impôt en arme de dissuasion massive et a vocation à élitiser le tourisme de séjour aux Antilles françaises. D'autant que s'il est constant qu'il est une fiscalité du touriste dans les autres îles caribéennes¹⁵²³, elle demeure

¹⁵¹⁹ Art. L. 2333-31, 1° du Code général des collectivités territoriales : « *Sont exempté(s) de la taxe de séjour les personnes mineures* ».

¹⁵²⁰ X., DELPECH, « *Quand solidarité ne rime pas avec compétitivité* », *JT* n° 180/2015, pp. 45-47.

¹⁵²¹ « Là où est l'avantage, là doit être la charge ».

¹⁵²² Voir **Annexe 5**. Cas pratique sur la fiscalisation du touriste de séjour. **Nota bene** : la surcharge carburant (YQ), assimilée erronément à une taxe, constituant une part très importante du prix du billet d'avion, est exceptée. « Pour ce qui est de la surcharge carburant, elle est assimilée à tort à un prélèvement obligatoire. Elle ne constitue pas une taxe, mais un élément du prix de revient du billet entrant dans la composition du tarif demandé au passager. Son remboursement dépend des caractéristiques du billet acheté dans le cadre du contrat de transport » Réponse ministérielle à la question écrite n° 49820 de madame la députée Virginie Duby-Muller, *JO* du 18 février 2014, p. 1526 (question) ; *JO* du 20 mai 2014, p. 4112 (réponse).

¹⁵²³ BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, *op. cit.*, pp. 280-284.

largement compensée par une absence ou une faiblesse de taxes sur de nombreux postes de dépenses ainsi qu'un coût de la vie généralement faiblement élevé.

Le touriste de séjour semble démuné devant cette permance de l'impôt également observable dans le cas de l'opérateur économique du tourisme. Nous ne l'envisagerons qu'au travers du cas de l'Octroi de mer, spécifique à l'Outre-mer, dans le cadre duquel il semble être né un enrichissement faiblement causé des collectivités territoriales corrélé à un appauvrissement de l'opérateur économique.

B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié »

232. Du rapport à l'intérêt économique privé. L'octroi de mer¹⁵²⁴ est un impôt *ad valorem*¹⁵²⁵ portant sur l'importation de biens et les livraisons de biens réalisées à titre onéreux spécifique aux régions ultrapériphériques françaises. Cette charge est apparue pour partie légitimée par des besoins en développement économique et social¹⁵²⁶. Elle est, entre autres, une mesure protectionniste visant à protéger la production locale, victime à la source de graves handicaps structurels, contre une concurrence extérieure fatalement déloyale. Elle serait, en substance, une aide d'Etat dont l'avenir

¹⁵²⁴ Il s'agit de la reconnaissance d'une compétence fiscale des collectivités territoriales (KALLERGIS, A. *La compétence fiscale*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèse », 2018, spéc. pp. 161-212.) spécifiquement d'outre-mer. Sa gestion est confiée aux régions (Art. 6, 7, 7-1, 27 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, précitée) à leur profit (*via* l'octroi de mer régional : Art. 37 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, précitée, modifié par l'article 139 de la Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, précitée) et au profit des communes (Art. 39 al. 1^{er} de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, précitée, modifié par la l'article 30 de la loi n° 2015-762 du 29 juin 2015, précitée). Il frappe les importations de biens en provenance de l'étranger ou de territoires de la République, les biens produits localement puis livrés à titre onéreux par ceux qui les ont produit (Art. 1^{er}, I de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, précitée ; v. articles 3 et 3-1 de ladite loi pour la délimitation des notions d'importation et de livraison de biens) ainsi que les activités de production locale des entreprises dont le chiffre d'affaires égale ou excède trois-cent mille euro par an (Art. 2 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, précitée). Sur le volet historique de l'octroi de mer, v. notamment DE LUART, R. *Projet de loi relatif à l'octroi de mer*, Rapport n° 357 du Sénat fait au nom de la commission des finances, 16 juin 2004, pp. 9-13. Pour une approche économique de l'octroi de mer, v. B. MARQUES, « *Contribution à une compréhension économique de l'octroi de mer – le cas de la Martinique* » (URL : <https://hal.univ-antilles.fr/hal-01892981/document>).

¹⁵²⁵ Impôt portant sur la valeur des biens.

¹⁵²⁶ « *L'intégration des recettes provenant de l'octroi de mer aux ressources du régime économique et fiscal des départements français d'outre-mer et leur affectation à une stratégie de développement économique et social des départements français d'outre-mer comportant une aide à la promotion des activités locales constituent une obligation légale* » Décision du Conseil n° 940/2014/UE du 17 décembre 2014 relative au régime de l'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques françaises, JOUE n° L. 367/1 du 23 décembre 2014, pp. 1-7, pt. 8.

est incertain¹⁵²⁷. Mais, elle s'accompagne d'un certain nombre d'effets pervers. C'est un impôt « aveugle »¹⁵²⁸. *Par la forte hétérogénéité de ses taux*. Grevant la valeur des biens, ils sont fixés – il figure onze taux l'octroi de mer en Martinique – à la discrétion des autorités régionales mais ne sont pas figés puisqu'ils peuvent, pour des motifs variables, d'une délibération à l'autre, faire l'objet de majoration ou de minoration dans les limites imparties par l'Union. Cela, outre de ne pas en faciliter la lisibilité, constitue un obstacle aux échanges intérieurs. Il est organisé entre la Martinique et la Guadeloupe un marché unique – Marché unique antillais (MUA) – qui peine à parvenir à la pleine effectivité au motif de la pratique par les deux territoires de taux différents. *Par la remise en cause de la concurrence*. Il porte atteinte non seulement à la fluidité des échanges commerciaux internationaux mais aussi à la libre consommation. Par la modulation systématique des taux d'octroi de mer qui se solde presque toujours par la majoration des taux applicables aux biens concurrentiels importés¹⁵²⁹, on assiste à la hiérarchisation des productions ayant pour effet de priver le consommateur d'un choix plus large, franc de toute préférence. Des exonérations individuelles ou sectorielles – l'industrie, l'artisanat, le tourisme, l'agriculture notamment –, totales ou partielles¹⁵³⁰ sont accordées, sous conditions¹⁵³¹, à l'échelon local. Elles ont vocation à intégrer l'intérêt économique privé. Cependant, relevant de la prérogative des autorités régionales, leur usage débouche sur une subjectivité de l'impôt disrupteur d'égalité de traitement¹⁵³², car exposé au lobbying des industriels, à l'imprécision des critères d'éligibilité, à l'absence de contrôle des répercussions économiques – le

¹⁵²⁷ GEOURJON, A.-M. ET LAPORTE, B., *Impact économique de l'octroi de mer dans les Départements d'Outre-mer français*, Fondation pour les études et recherches sur le développement international, Rapport d'étude, 25 mars 2020.

¹⁵²⁸ « (...) les impôts à la consommation sont "aveugles" puisqu'ils frappent toutes les denrées sans tenir compte de la situation des individus qui effectuent l'achat et, surtout, ils entravent la production de richesse et la consommation ; ils nuisent aux transactions, surtout avec l'extérieur et ils freinent les progrès du commerce et de l'industrie » P.-J. LEHMANN, « *Le rôle des finances publiques dans la régulation de l'économie selon Léon Say* », *ibid.*, p. 56.

¹⁵²⁹ « Les régions d'outre-mer disposent de compétences sans équivalent en métropole, puisqu'elles fixent les taux d'octroi de mer et peuvent les moduler par produit pour soutenir certaines productions locales » Rapport public thématique de la Cour des Comptes sur *La situation financière des communes des départements d'outre-mer*, 2011, p. 33. (URL : <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/situation-financiere-des-communes-des-departements-outre-mer>). Une modulation inefficace à la source car même grevés par l'octroi de mer, le prix des produits concurrents, plus variés, est toujours plus faible ; le seul obstacle à la consommation de tels produits réside dans la standardisation de la qualité et sa diffusion.

¹⁵³⁰ On distingue les exonérations obligatoires (art. 4, 5 et 8 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, précitée) des exonérations facultatives (art. 6, 7 et 7-1 de ladite loi).

¹⁵³¹ « Les exonérations, partielles ou totales, doivent comepnsner un handicap évalué avec précision et ne peuvent constituer une mesure protectionniste visant à préserver des situations acquises. Elles doivent être "nécessaires, proportionnelles et précisément déterminées" » Rapport thématique de la Cour des Comptes, *ibid.*, p. 34.

¹⁵³² Sans pour autant constituer une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (Décision n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Société Distrivit et autres [Droit de consommation du tabac dans les DOM]*, JORF du 26 janvier 2013, p. 1666, texte n° 83, *Rec. p.* 118, cons. 11), « l'octroi de mer et l'octroi de mer régional, acquittés à l'occasion de l'introduction de marchandises dans les départements d'outre-mer, entraînent une disparité de traitement entre les métropolitains et les ultra-marins ainsi qu'entre les ultra-marins eux-mêmes, en ce que sont exonérés les services, certaines entreprises à raison de leur taille et certaines des marchandises importées » Cass. com., 4 juin 2013, 13-40.017, Inédit.

prix, l'emploi notamment. *Par son effet inflationniste*. S'il n'est pas admis d'allouer à l'octroi de mer une incidence majeure sur la formation du prix¹⁵³³, non seulement il porte naturellement le renchérissement du coût du produit mais aussi il constitue un motif supplémentaire à une répercussion insincère l'opérateur économique du poids des frais et taxes divers sur le coût final des biens¹⁵³⁴. *Par son effet budgétaire*. La protection de l'industrie locale semble supplantée par un intérêt supérieur de la collectivité visant à lui assurer un niveau de recettes satisfaisant¹⁵³⁵. En 2010, la part de l'octroi de mer dans les recettes réelles de fonctionnement des communes est de « 25 à 33 % en moyenne avec d'importantes disparités à l'intérieure d'un même DOM »¹⁵³⁶. Le fait générateur de l'impôt est le besoin en ressources fiscales – il frappe aussi les biens n'étant pas de nature à concurrencer la production locale – constituant un motif à une imposition quasi-systématique aux effets pervers¹⁵³⁷.

233. Un impôt durablement illicite. Le juge de l'Union retint, dans un premier temps, la qualification de taxe d'effet équivalant à un droit de douane – seuls les produits importés font l'objet de taxation excluant les produits locaux¹⁵³⁸. Dans un deuxième temps, il retint celle

¹⁵³³ « La définition particulière de l'assiette de l'octroi de mer – définie comme le prix CAF, c'est-à-dire le prix d'achat augmenté des coûts du fret – implique également que l'impact de l'octroi de mer sur le prix payé par le consommateur est accru par les charges de transport engagées lors de l'importation des produits. Elle rend également impossible le calcul d'un prix de détail net d'octroi de mer, ce prix CAF étant rarement transparent » *Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009*, précité, pt. 76.

¹⁵³⁴ « (...) la hausse de la fiscalité est presque toujours répercutée sur le consommateur, alors que son allègement ne donne pas toujours lieu à une baisse de prix équivalente (...) » (D. PERROT, « *Octroi de mer, baisse des prix et compétences fiscale des régions ultramarines* », in Potvin-Solis, L. (Dir.), *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 279) conformément au principe de libre fixation des prix (Art. L. 410-2, al. 1^{er} du Code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». v. notamment, VIRASSAMY, G. (Dir.), *La fixation de ses prix : quelle liberté pour l'entreprise ?*, op. cit.).

¹⁵³⁵ « L'octroi de mer apparaît ainsi comme une ressource essentielle des communes, son produit permettant de compenser le double handicap constitué par la faiblesse du rendement de la fiscalité directe et l'existence de charges spécifiques (insularité, éloignement, faiblesse du PIB, besoins en infrastructure) » *Rapport public thématique de la Cour des Comptes sur La situation financière des communes des départements d'outre-mer*, *ibid.*, p. 33.

¹⁵³⁶ *Id.*, p. 36.

¹⁵³⁷ En outre, s'il est constant que le rôle budgétaire de l'impôt est une « fonction prééminente, en particulier dans les pays en voie d'industrialisation en raison de l'urgence et de l'importance des besoins de financement du développement » (M.-J. AGLAE, « *La fiscalité de l'entreprise insulaire dans la Caraïbe* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, op. cit., p. 117), les juges financiers continuent de s'inquiéter de la mauvaise allocation des ressources, lesquelles ne s'inscriraient pas dans le sens du développement économique (*Rapport public thématique de la Cour des Comptes sur La situation financière des communes des départements d'outre-mer*, op. cit.).

¹⁵³⁸ CJCE, 16 juillet 1992, *Legros e. a.*, Aff. n° C-163/90, *Rec.*, 1992, p. I-4625, pts. 16 et 17 (v. D. PERROT, « *À propos de l'arrêt Legros* », RMCUE, 1993, p. 427). « (...) l'atteinte portée à l'unicité du territoire douanier communautaire par l'établissement d'une frontière régionale douanière est égale, que ce soient des produits nationaux ou des produits en provenance d'autres États membres qui sont frappés d'une taxe en raison du franchissement de cette frontière » CJCE, 9 août 1994, *Lancry e. a.*, Aff. n° C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec.*, 1994, p. I-3957, pt. 27.

d'imposition intérieure¹⁵³⁹ – suite à la décision du Conseil de 1989, l'octroi de mer frappe non seulement les produits importés mais aussi les produits locaux¹⁵⁴⁰. Sur cette base, la France n'aurait su être admise à maintenir cette taxe. Alors, dans un processus de licéisation de l'octroi de mer, il s'est agi de se retrancher derrière les stipulations de droit primaire. L'ex-art. 299 §2 TCE (nouvel art. 349 TFUE) prévoit que des mesures spécifiques devront être prises compte tenu des « caractéristiques et contraintes particulières des RUP ». L'octroi de mer est désormais un impôt licite. Contraire par nature au droit de l'Union européenne puisqu'il continue de constituer un obstacle à la fluidité des échanges de biens alors que les Antilles françaises font partie intégrante du territoire douanier de l'Union¹⁵⁴¹, il est justifié par l'ultrapériphéricité¹⁵⁴². L'autorisation de son application poursuit l'objectif « de protéger les productions locales existantes ou naissantes en les exonérant face à la concurrence des entreprises métropolitaines, des autres États membres, des pays associés ou tiers »¹⁵⁴³. Ce qui vaut autorisation à dérogation des articles 28, 30 – interdisant les droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent entre les États membres – et article 110 – interdisant les impositions intérieures de toute nature discriminatoires ou protectionnistes – du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il en résulte une présomption, simple, de licéité de l'impôt, favorable, sous certains angles, au bien-être économique local. Simple car réfutable. Parallèlement à l'effet palliatif de cet impôt compte tenu des permanence et combinaison de facteurs nuisant gravement au développement, traduisant un principe de nécessité, il pèse sur son recours une obligation d'éphémérité, de proportionnalité intimement liée à l'exigence de préservation de *l'intégrité et la cohérence de l'ordre juridique de l'Union*¹⁵⁴⁴. L'objectif à terme

¹⁵³⁹ Sur la distinction entre la taxe d'effet équivalant à un droit de douane et l'imposition intérieure, v. CJCE, 19 février 1998, *Paul Chevassus-Marche*, Aff. n° C-212/96, *Rec.*, 1998, p. I-00743, pt. 20. Cette qualification d'imposition intérieure a pu être remise en cause par la simple reconnaissance de facultés exonératoires quoique « nécessaires, proportionnelles et précisément déterminées » (pt. 49) (V. conclusions de l'avocat général Giuseppe Tesaro présentées le 20 mars 1997, sur CJCE, 19 février 1998, *Paul Chevassus-Marche*, précité, notamment pt. 55 ; B. BOISSARD, « *La validité inattendue du nouvel octroi de mer* », *Revue du marché unique européen*, 1999, pp. 129-168). **Nota bene** : Seuls les biens dont la fabrication entraîne un surcoût résultant d'handicaps structurels que connaissent naturellement les outre-mers peuvent bénéficier de l'exonération. Elles concernent alors un nombre réduit de produits locaux « définis par référence à la nomenclature douanière et répartis en trois catégories A, B et C et elles doivent respecter les différentiels maximums de taxation entre les produits importés et les biens produits localement (10, 20, 30 points de pourcentage) » Liste des produits exonérés annexés à la Décision du Conseil n° 940/2014/UE du 17 décembre 2014 relative au régime de l'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques françaises, précitée.

¹⁵⁴⁰ Art. 1^{er} de la décision du Conseil n° 89/688/CEE du 22 décembre 1989 relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer, *JOCE* n° L. 399 du 30 décembre 1989, pp. 46-47.

¹⁵⁴¹ Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, *JOUE* n° L. 269 du 10 octobre 2013, pp. 1-101.

¹⁵⁴² L. SERMET, « *La notion juridique de l'ultrapériphéricité communautaire* », J-Cl. Europe, juin 2002, n° 6.

¹⁵⁴³ D. CUSTOS, « *Champ d'application territorial du droit communautaire et de l'Union. – départements d'outre-mer (DOM). – Réalité de l'intégration* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 472, 2008, p. 54.

¹⁵⁴⁴ L'octroi de mer est « à la fois révélateur du statut juridique communautaire de ces dépendances ultramarines et cristallise les hantises et les espoirs de ceux qui redoutent ou souhaitent l'achèvement du marché intérieur

est de parvenir à une véritable intégration européenne des Antilles françaises donc à une véritable fluidité des échanges¹⁵⁴⁵. Alors, l'octroi de mer n'est que simplement toléré quand bien même il y aurait permanence des handicaps¹⁵⁴⁶. L'ordre juridique communautaire prévaut ce qui a vocation à systématiser l'illicéité de l'octroi de mer. Quoiqu'il en soit, même si l'octroi de mer satisfait aux exigences du droit de l'Union, tant qu'il existera, il portera une nette atteinte au principe cardinal de libre circulation des biens. L'interprétation du droit est ici absolument restrictive aux motifs que la licéité de l'impôt réside dans la seule capacité de ses ordonnateurs à répondre aux conditions, multiples, du droit dérogatoire.

L'action publique n'est en rien résiduelle. Cependant, elle donne à voir un reflux qualitatif pleinement assumé. S'il arrive qu'elle soit formellement d'une meilleure qualité – laquelle s'apprécie notamment par l'existence d'une portion équilibrée d'intérêts privé et public –, elle ne se révèle guère, parfois, substantiellement, plus qualitative au vu des méthodes employées

Section 2. La dégénération de l'intérêt privé.

234. Un Palimpseste. « Il est notoire que le marché ne se réclame pas un asile de charité, mais se veut fondé sur l'égoïsme de ses acteurs (...) »¹⁵⁴⁷. C'est ainsi que la satisfaction d'un intérêt privé constitue le *credo* de l'action économique. Cependant, au contact de son envers, il dégénère en ce sens qu'il perd ses qualités substantielles. L'égoïsme se change en altruïsme ; la dissociabilité

communautaire » D. PERROT, « *A propos de l'arrêt Legros* », RMCUE, 1993, p. 428. v. D. PERROT, « *Intégrité et cohérence de l'ordre juridique communautaire* », Le droit de l'Union européenne en principes, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Apogée, 2006, pp. 615-641.

¹⁵⁴⁵ C'est ainsi que « l'écart amoindri de taxation rapproche le régime juridique appliqué localement des grands principes du droit du marché intérieur (...), désormais se trouve affaiblie l'atteinte à "l'unicité du territoire douanier" de l'Union (...) » D. PERROT, « *Octroi de mer, baisse des prix et compétences fiscale des régions ultramarines* », *op. cit.*, p. 291.

¹⁵⁴⁶ En témoigne le travail à la pièce systématique pour rester dans les clous : l'exemple de la révision du Règlement général d'exemption par catégorie (RGEC), lequel permet la mise en œuvre de régimes d'aides d'Etat susceptibles de fausser la concurrence sans avoir à rechercher l'autorisation de la Commission européenne, qui aura permis de « sécuriser » le régime de l'octroi de mer (*Confer* Règlement (UE) 2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n° 651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que les régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale en faveur des régions ultrapériphériques, et modifiant le règlement (UE) n° 702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles, JOUE n° L. 156 du 20 juin 2017, pp. 1-18).

¹⁵⁴⁷ K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », *art. cit.*, p. 67.

en *consubstantialité*. Il apparaît que ces métamorphoses de l'intérêt privé s'inscrivent dans un projet irrésistible le dépassant : « tout intérêt particulier doit contribuer à l'intérêt général qui en est la cause efficiente et la cause finale. Il en est la cause efficiente, car il conditionne la satisfaction des intérêts particuliers. L'intérêt du Tout présuppose la satisfaction de l'intérêt de tous. Il en est la cause finale, car il oriente, ou du moins limite, la réalisation des intérêts particuliers. Par ce biais, toute conception “robinsoniste” du droit doit être exclue »¹⁵⁴⁸. On a une courbure de la réalité économique, fragile à la source, altérant, par là même, les seuils de détection et de traitement de l'intérêt privé. Il arrive que le pouvoir public intervienne pour l'organiser directement se constituant par là même en extension de son envers privé (I) ou pour l'apprécier (II).

I. La gestion de l'initiative privée

235. Une tenure. Dans certains domaines tels que le transport, l'aménagement du territoire, si les opérateurs économiques disposent d'une marge de manœuvre quant à la réalisation de leurs objectifs, le désengagement pur et simple du pouvoir public dans l'encadrement unilatéral des choix économiques est inenvisagé au regard de nécessités d'intérêt supérieur à l'image de la continuité territoriale en matière de transport aérien. L'expression de l'intérêt privé apparaît sous une forme plus – l'assujettissement au service – (A) ou moins – la convergence formelle d'intérêts – (B) contenue.

A – L'obligation de service public

236. Définition. L'obligation de service public¹⁵⁴⁹ est une expression mystérieuse du droit non seulement en tant qu'elle renvoie à une conception anachronique – au moins dans les sociétés occidentales – de la contrainte au service mais aussi en tant qu'elle constitue une version

¹⁵⁴⁸ MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 70, p. 58.

¹⁵⁴⁹ « nulle part ailleurs qu'en France, la notion de service public n'a pris une telle importance » CHEVALLIER J., *Le service public*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 3.

marginale de l'obligation¹⁵⁵⁰. Premièrement, elle *pèse activement* sur son titulaire – l'opérateur économique consent à son imposition. Deuxièmement, il lui *correspond nécessairement un droit au profit d'une autre personne* – l'usager du service public à l'image du touriste dans le cadre de son transport notamment. Notion particulièrement courante en droit de l'Union¹⁵⁵¹, spécifique aux services d'intérêt économique général (SIEG) notamment¹⁵⁵², elle désigne : « (...) les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional »¹⁵⁵³. Mais, elle s'impose avant tout à l'administration laquelle doit justifier d'un intérêt à agir qui consiste à assurer la subsistance à ses administrés quels qu'ils soient, réguliers ou ponctuels. Le service public désigne « des activités assurées ou assumées par la puissance publique »¹⁵⁵⁴. On parle d'un « intérêt public »¹⁵⁵⁵, indifférencié de l'intérêt général¹⁵⁵⁶.

237. Une obligation faite au préalable aux pouvoirs publics. En effet, le service public, visant « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et à

¹⁵⁵⁰ Dans une approche universaliste, l'obligation : « désigne, en effet, tout ce que l'ordre juridique commande à une personne de faire, sans que corresponde nécessairement à l'obligation qui, *passivement*, pèse sur elle, un *droit* au profit d'une autre personne » LEQUETTE, Y., TERRE, F., SIMLER, P. ET CHENEDE, F., *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁵¹ Insérée dans la nomenclature juridique avec le Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE* n° L. 156 du 28 juin 1969, pp. 1-7.

¹⁵⁵² Sur la notion de « services d'intérêt économique général », v. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM/2004/0374 final, pt. 41. V. notamment, KOSTOPOULOS, K. *Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; F. BERROD, « Contrats et obligations de service public dans la politique des transports : laboratoire d'une politique européenne des services publics », in Eckert, G., Gautier, Y., Kovar, R. et Ritleng, D. (Dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 395-427 ; A. CHAMINADE, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *JCP A*, 2006, chron. n° 182 ; D. HAUGE GEITHUS, « Les origines communautaires d'une définition légale des obligations de service public », in Grard, L. (Dir.), *L'Europe et les services publics – Le retour à la loi*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, pp. 33-50.

¹⁵⁵³ Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM/2004/0374 final, précité, pt. 42

¹⁵⁵⁴ CHAPUS, R. *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat, 2001, p. 579, n° 748.

¹⁵⁵⁵ « (...) pour intervenir sur un marché, (*les personnes publiques*) doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public (...) » CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n° 275531. Italiques ajoutés.

¹⁵⁵⁶ « Les termes : intérêt général, intérêt public, utilité publique, ou celui, plus rarement employé (...) d'intérêt national sont synonymes » TRUCHET, D. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 277 et s. *Contra* « L'intérêt général est proprement l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société ; l'intérêt public, l'ensemble des intérêts de cette société en tant que telle. Ces deux expressions sont très souvent confondues, mais à tort : on ne peut identifier *a priori* ces deux concepts, à moins de postuler que la société n'est rien de plus que la juxtaposition des êtres qui la composent » LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1996, pp. 531 et 532.

l'accomplissement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »¹⁵⁵⁷, qui en constitue non seulement le terrain nécessaire mais aussi l'exhausteur¹⁵⁵⁸, est d'initiative publique. « (...) tout service public au sens matériel du terme reste nécessairement, en droit public français, dans l'orbite des personnes publiques (Etat, collectivités territoriales, locales, établissements publics) et le cordon ombilical entre ces dernières et l'ensemble des missions de service public n'a jamais été totalement rompu, ne serait-ce que dans le domaine de l'organisation fondamentale du service public »¹⁵⁵⁹. Outre l'existence d'activités publiques par nature, le service public trouve sa source notamment dans l'anormalité des conditions du marché caractérisée notamment dans la carence de l'initiative privée¹⁵⁶⁰. Une carence qui peut être de nature quantitative mais également qualitative¹⁵⁶¹.

238. Une obligation faite à l'acteur économique. L'obligation de service public procède d'une mutation de l'intérêt général :

« Les mutations de l'intérêt général touchent, non pas tant ses fonctions, que ses modes de formulation et de réalisation qui s'adaptent à une redécouverte de l'intérêt individuel et au besoin de rationalisation venant compléter une logique volontariste »¹⁵⁶².

Plus qu'un moyen d'action¹⁵⁶³, elle est une disposition particulière fixant les modalités d'un contrôle de l'action économique :

« L'Etat s'impose au marché, mais moins pour lui dicter ce qu'il doit faire que pour lui dire où et comment il doit user de sa liberté »¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁷ L. Duguit, cité in J.-B. PILCZER, « *La notion de service public* », Informations sociales, vol. 158, n° 2, 2010, p. 8.

¹⁵⁵⁸ « L'on oublie qu'avec la disparition du service public on assisterait au naufrage... de notre société sous l'oeil indifférent du marché » RAINAUD, J.-M. *La crise du service public français*, Paris, PUF, 1999, p. 126.

¹⁵⁵⁹ LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C. ET DEFFIGIER, C. *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 57-58.

¹⁵⁶⁰ HAURIOU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, (réimprimé en 2002), p. 63. V. notamment, A. CARTIER-BRESSON, « *La carence de l'initiative privée* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, pp. 67-81.

¹⁵⁶¹ « la carence (...) n'est pas seulement quantitative – absence totale d'offre – mais également qualitative – offre inadéquate ne permettant pas de satisfaire tous les besoins » G. ECKERT, « *L'intervention des collectivités territoriales en matière d'infrastructures de télécommunications : difficultés nouvelles et solutions anciennes* », RFDA, 2000, p. 139. Sur la carence quantitative, v. P. CAMBOT, « *Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunications* », ADJA, 1999, p. 965. Sur la carence qualitative, v. CE, 10^e et 9^e SSR, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, n° 254199.

¹⁵⁶² CLAMOUR, G. *Intérêt général et concurrence – essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁶³ ZIANI, S. *Du service public à l'obligation de service public*, Paris, L.G.D.J., 2015, n° 11, p. 7.

¹⁵⁶⁴ D. TRUCHET, « *Etat et marché* », Archives de philosophie du droit, n° 40, 1995, p. 321.

On parle notamment de *sujétions exorbitantes*¹⁵⁶⁵ – elles doivent être de nature à entraver, aggraver la gestion égoïste de l'opérateur économique¹⁵⁶⁶. C'est ainsi que l'opérateur économique, pour la satisfaction de l'intérêt général dont il a nouvellement la charge, outre de se voir imposer des conditions limitatives de liberté économique en matière de fixation de tarifs, fonctionnement du service, l'emploi de main d'oeuvre, l'entretien, l'affichage notamment¹⁵⁶⁷ sous certains angles disruptrices de concurrence, se devra d'en épouser l'esprit et les méthodes¹⁵⁶⁸. Protéiforme¹⁵⁶⁹ – l'obligation de service public, exclusive¹⁵⁷⁰ ou non exclusive¹⁵⁷¹, peut être imposée par contrat¹⁵⁷² ou

¹⁵⁶⁵ C. Vérot, concl. sur CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Revue de droit sanitaire et social, 2007, p. 499.

¹⁵⁶⁶ Il en va ainsi de la requalification d'une concession domaniale en délégation de service public CE, 7/5 SSR, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et fédération nationale des plages restaurants*, n° 21-2100 et 21-2101. Autrement, il a été décidé qu'une convention dont la force contraignante de certaines de ses clauses s'inscrivait dans le sens des intérêts privés n'emportait pas obligation de service public : « l'instruction que la convention envisagée par la chambre de commerce et d'industrie permet à son titulaire d'aménager et d'exploiter la boutique hors taxe de l'aéroport, cette autorisation d'occupation du domaine public étant assortie de prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale, notamment par la réalisation d'une vitrine de promotion des produits locaux et la création d'un espace guadeloupéen et d'une case à rhum ; (...) à supposer même que ces obligations puissent être regardées comme relevant d'une mission de service public, elles n'auraient pas pour objet de confier à ce cocontractant la gestion d'un service public mais seulement la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service (...) la convention envisagée ne saurait ainsi être regardée comme une délégation de service public » CE, 7^e et 2^e SSR, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

¹⁵⁶⁷ *Exempli gratia* En matière de transport aérien – l'obligation de service public est la rançon d'un processus de déréglementation du transport aérien (sur ce point, v. notamment, DOBRUSZKES, F., *Libéralisation et desserte des territoires : le cas du transport aérien européen*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2007, 285 p.). A propos des conditions grevant la liaison Antilles françaises-France continentale, v. Modification par la France des obligations de service public imposées sur les services aériens réguliers entre la France métropolitaine, d'une part, la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion, d'autre part, *JOCE* n° C-245 du 19 octobre 2007, pp. 9-11). Ce, en vertu d'un principe de continuité territoriale – Art. L. 1803-1 du Code des transports.

¹⁵⁶⁸ « (...) une personne privée doit (...) être regardée (...) comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints (...) » CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 26-4541. *Confer* les principes du service public (continuité, adaptation, égalité, etc.) in LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C. ET DEFFIGIER, C. *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 445-639.

¹⁵⁶⁹ Art. 4 de la décision n° 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *JOUE* n° L. 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10.

¹⁵⁷⁰ Le cas de l'obligation sectorielle exclusive par défaut, v. Art. 16 §9, Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *JOCE* n° L. 293 du 31 octobre 2008, pp. 3-20.

¹⁵⁷¹ Le cas de l'obligation sectorielle non exclusive, v. Art. 16 §1, al. 1^{er} du Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, précité.

¹⁵⁷² Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, précitée. V. notamment, LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C. ET DEFFIGIER, C. *Droit des services publics, op. cit.*, p. 377 et s. ; F. BRENET, F. LICHERE ET R. NOGUELLOU, « *Le nouveau droit des concessions (Dossier)* », *AJDA*, 2016, n° 18, pp. 991-1012 ; P. DELVOLVE, « *Les contradictions des délégations de service public* », *AJDA*, 1996, p. 675 ; F. LLORENS ET P. SOLER-COUTEAUX, « *Contrats de concession : la nouvelle donne* », *Contrats et marchés publics*, 2016, repère 3 ; K. BEN KHELIL ET F. TENAILLEAU, « *La recomposition du paysage des concessions* », *JCP A*, 2016, n° 2062.

par voie unilatérale¹⁵⁷³ –, elle porte conversion de l'intérêt privé – l'entreprise « renonce à la poursuite d'un bénéfice maximum pour (*satisfaire une exigence*) d'intérêt général »¹⁵⁷⁴ et doit en plus en supporter le risque¹⁵⁷⁵.

239. Tolérance. Certes, il ne faut pourtant pas conclure à un montage totalement vertical. L'opportunité d'imposition d'une obligation de service public résulte de la contractualisation de l'obligation par le biais de laquelle l'opérateur économique, informé¹⁵⁷⁶, va négocier puis consentir, parfois à regret. En témoigne, l'octroi d'aides compensatoires conditionnées¹⁵⁷⁷ – subventions, garanties de prêts, exonérations fiscales, assistance technique notamment¹⁵⁷⁸ – aux prestataires de service en contrepartie de leur lésion économique potentielle ou avérée. Ce dispositif d'aides s'accompagne, en outre, dans le cadre du transport aérien notamment, d'une démarche compensatoire parallèle à l'image de la liaison outre-mer-France continentale. Les transporteurs font répercuter le coût de l'obligation de service public sur le prix des billets d'avion. Une méthode encouragée par la systématique opacité sur la formation des prix. Il ne faut pas non plus conclure à *l'épée de Damoclès* d'une massification irraisonnée de l'obligation de service public devant encore être justifiée¹⁵⁷⁹. Elle doit être proportionnelle – ni au-delà ni en-deçà de ce qui est strictement

¹⁵⁷³ *via* une loi ou un règlement notamment. « L'investissement ou la dévolution unilatérale résulte d'une décision unilatérale de la puissance publique (Etat le plus souvent) confiant à un organisme privé l'exécution d'une mission de service public, généralement mais pas toujours, de nature administrative » LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C. ET DEFFIGIER, C. *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 375.

¹⁵⁷⁴ M. Boiteux cité in ZIANI, S. *Du service public à l'obligation de service public*, *ibid.*, n° 225, p. 118. Italiques ajoutés. L'obligation de service public est « l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie » Art. 2, e) du Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, JOCE n° L. 315 du 3 décembre 2007, pp. 1-13.

¹⁵⁷⁵ Art. L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁷⁶ « bien que les personnes privées ne soient pas légitimes à déclarer l'intérêt général de leur activité, elles sont tout de même réputées avoir eu l'initiative de l'assurer en connaissance de cause, que ce soit en raison de la nature, du public, de l'environnement, de la portée économique et sociale de cette activité » G. J. GUGLIELMI, « Introduction : les habits neufs de l'intérêt général », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, p. 20.

¹⁵⁷⁷ Arrêt *Altmark*, précité, pts. 89 à 93. On se souvient du monopole public octroyé à Air France entre l'Outre-mer et la France continentale. Art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi n° 48-976 du 16 juin 1948 compagnie nationale Air-France consacre le monopole d'Air France : « Il est institué, sous le nom de compagnie nationale Air-France, une société soumise aux règles édictées par la présente loi et, dans tout ce qu'elles n'ont pas de contraire à celle-ci, par les lois sur les sociétés anonymes. (...) al. 2 : Celle-ci a pour objet d'assurer l'exploitation de transports aériens dans les conditions fixées par le ministre des travaux publics, des transports et du tourisme (...) ». L'article 12, al. 2 : « (...) pour tenir compte des obligations particulières qui lui seraient imposées dans l'intérêt général, l'Etat ou les collectivités publiques de la métropole ou celles de la France d'outre-mer peuvent lui allouer des subventions dont le montant, les conditions d'attribution et le contrôle de l'utilisation sont déterminés par des conventions passées avec elle à cet effet », JORF du 17 juin 1948, p. 5863. Nous soulignons.

¹⁵⁷⁸ Décision n° 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011, précitée.

¹⁵⁷⁹ « (...) un Etat membre ne saurait décréter *a priori* et sans analyse au cas par cas qu'une catégorie entière de liaisons, telles que, en l'espèce, les liaisons avec les îles et entre les îles requièrent, pour être assurées de façon adéquate,

nécessaire. Il n'en reste pas moins que l'obligation de service public est un instrument de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics pourfendeur de libertés économiques absolues ; une expression de la *contrainte légitime* d'un intérêt privé préexistant. Ce qui la distingue nettement de modes d'intervention publique participatifs où il est une forte présomption de convergence des intérêts public et privé.

B – La participation publique à l'économie : l'exemple de la société d'économie mixte locale

240. La « privacité »¹⁵⁸⁰ de la SEML. Ce montage juridique¹⁵⁸¹ trouve une illustration dans le tourisme dans le cadre notamment de la gestion de transports, de ports de plaisance, de golfs, d'office de tourisme, de patrimoine comme l'illustre la SEM Patrimoniale en Guadeloupe, en matière de construction, d'aménagement à l'image de la SEMAFF en Martinique. Il est allégorique d'une expansion des modes d'intervention publique locale dans l'économie¹⁵⁸² marginaux d'un entre-soi – les contrats de concession de service public, les contrats de partenariat notamment. Une intervention *out house* par son hybridité puisque l'économie générale de la SEML est « à la confluence entre action directe et action déléguée, entre gestion par une personne publique et gestion par une personne privée » ; « elle met en pratique l'idée d'une action concertée entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une structure dédiée »¹⁵⁸³.

l'adoption de mesures restrictives de la libre prestation de services » J. Mischo concl. sur CJCE, 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) e.a. c/ Administración General del Estado*, aff. n° C-205/99, pt. 34.

¹⁵⁸⁰ Caractère de ce qui est privé.

¹⁵⁸¹ Il s'agit pour « *les communes, les départements, les régions et leurs groupements (...), dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, (de) créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général (...)* » Art. L. 1521-1, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales. V. Dispositif aux articles Art. L. 1521-1 et suivants dudit code.

¹⁵⁸² J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « *Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales* », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Mélanges en l'honneur de G. Péquignot, CERAM Montpellier, 1984, p. 309.

¹⁵⁸³ BRAMERET, S. *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 6.

« (*C'est*) comme si le droit commercial offrait l'hospitalité d'une de ses catégories pour permettre à la puissance publique d'exercer son influence en dehors du cadre des personnes publiques »¹⁵⁸⁴.

Cependant, si d'aucuns en font une entreprise publique car majoritairement détenue par le pouvoir public¹⁵⁸⁵, la SEML dispose d'une large part privée. C'est une personne morale de droit privé¹⁵⁸⁶ caractérisée par une organisation privée¹⁵⁸⁷, précédée d'une forme constitutionnelle privée : l'existence d'un contrat de société révélateur d'une volonté de s'associer, de partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui en découle, de contribuer aux pertes¹⁵⁸⁸ ainsi que l'existence d'apports¹⁵⁸⁹. Son marché est de droit privé – lorsqu'il est notamment conclu avec une autre personne privée¹⁵⁹⁰. L'intérêt qui la guide est parallèlement privé – il est aux côtés de l'intérêt économique public, un intérêt économique égoïste poursuivi par l'actionnaire privé pris isolément. Elle dispose de prérogatives privées¹⁵⁹¹ et est obligatoirement concurrencée¹⁵⁹² et surveillée au risque d'octroyer un *avantage injustifié* à l'opérateur privé actionnaire. D'autant plus que cette forme sociale est avantagée par nature¹⁵⁹³ – : « les SEML peuvent tirer parti de l'expérience de leurs actionnaires privés mais ne doivent pas leur offrir un lieu d'expérimentation à l'abri du monde des affaires »¹⁵⁹⁴. Il y a donc bien

¹⁵⁸⁴ G. DURAND, « *L'avenir des sociétés d'économie mixte locales* », Revue d'économie financière, Hors-série, 1995, Partenariat public-privé et développement territorial, p. 289. Italiques ajoutés.

¹⁵⁸⁵ Art. L. 1522-1, 2° du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁸⁶ Art. L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁸⁷ Art. L. 1524-1 à L. 1524-7 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁸⁸ Art. 1832 du Code civil : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

¹⁵⁸⁹ Art. L. 1522-4, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁹⁰ CE, 5/3 SSR, 21 juillet 1972, *Société « Entreprise Ossude »*, n° 78563.

¹⁵⁹¹ Elle peut créer des filiales quelle qu'en soit la forme et le niveau de participation (Réponse ministérielle JO débat Sénat du 5 avril 1990, 723 p., *Bull. Joly* 1990, 451 p.).

¹⁵⁹² « (...) l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents » CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Aff. n° C-26/03, *Rec.*, 2005, p. I-00001, pt. 51. V. également, la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO du 22 janvier 1993, p. 1118, *Rec.*, p. 14, pts. 49 et 50. V. Arrêt, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, précité.

¹⁵⁹³ L'actionnaire privé, risquophobe, bénéficie notamment d'avantages en nature tels que le partage et/ou de la garantie des risques avec/par une personne publique propre aux contrats de société ou en numéraire : l'apport en compte courant (Art. L. 1522-4 du CGCT, précité) ; les aides publiques (Art. L. 1523-7, al. 1^{er} dudit code).

¹⁵⁹⁴ M. NGUYEN QUOC, « *Les SEML : instrument de valorisation du patrimoine des collectivités territoriales* », in *Liberté de gestion des collectivités territoriales, Vérité ou illusion ?*, Paris, Economica, 1993, p. 209. « le droit de la concurrence est régi par le principe d'égalité : pour qu'elle puisse s'exercer librement, la concurrence suppose que les différents agents économiques soient placés sur un pied d'égalité et que l'un d'eux ne soit pas mieux armé que les autres pour intervenir sur le marché » D. LOSCHAK, « *Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des entreprises privées* », AJDA, 1971, p. 261. V. également, G. ECKERT, « *Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives* », RFDA, 2005, p. 959.

dès l'origine un intérêt privé autonome coexistant mais il s'avérera lissé au contact régulier de son homologue largement supérieur.

241. L'absorption de l'intérêt privé : la « publicité »¹⁵⁹⁵ de la SEML. Outre la répartition des pouvoirs au sein de la société d'économie mixte locale – un actionnariat majoritaire public –, laquelle ne saurait avoir d'autre fin nécessaire que l'identification du titulaire du pouvoir de décider – l'intérêt général n'est pas l'itinéraire obligé d'un actionnariat majoritaire public¹⁵⁹⁶ –, il est une obligation fondamentale de confusion de l'intérêt privé dans l'intérêt général¹⁵⁹⁷. L'intérêt général doit en constituer la feuille de route :

« La SEML a comme horizon indépassable celui de l'intérêt général et son objet social est obligatoirement limité aux compétences légales des collectivités »¹⁵⁹⁸.

D'autant que si elle s'observe comme étant une entreprise¹⁵⁹⁹, c'est, substantiellement, d'une entreprise publique qu'il s'agit puisqu'elle est « un organisme doté de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services vendus contre un prix et soumis au pouvoir prépondérant d'une autorité publique »¹⁶⁰⁰. Ainsi, un tel montage n'a d'horizontal que son ouverture au partenariat privé. Il est le théâtre de la dissolution du principe de la liberté du commerce et de l'industrie préfigurant une relation tutélaire naturelle¹⁶⁰¹ – l'intérêt économique privé est privé d'égoïsme devant se couler dans le moule d'un intérêt général plus grand.

¹⁵⁹⁵ Caractère de ce qui est public.

¹⁵⁹⁶ *Exempli gratia* en matière aéroportuaire où les décideurs renchérissent directement ou indirectement le coût du billet d'avion par l'infliction de taxes et redevances aux compagnies aériennes. **Nota bene** : la gestion des aéroports notamment de Martinique et de Guadeloupe, relevant autrefois de la compétence de leurs chambres de commerce et d'industrie (CCI), est aujourd'hui confiée à des sociétés anonymes : en Martinique, la SAMAC (Arrêté du 7 juin 2012 autorisant le transfert de la concession de l'aérodrome de Martinique-Aimé Césaire à la Société par Actions de l'aéroport Martinique-Aimé Césaire, *JORF* n° 0138 du 15 juin 2012, p. 10037, texte n° 15) et en Guadeloupe, la SAGPC (Arrêté du 11 août 2014 autorisant le transfert de la concession de l'aérodrome de Pointe-à-Pitre – Le Raizet à la Société aéroportuaire Guadeloupe Pôle Caraïbes, *JORF* n°0197 du 27 août 2014, p. 14386, texte n° 6). v. notamment, A. RIQUIER, « *La décentralisation et la gestion des aéroports* », *JT* n° 127/2011, pp. 23-25 ; COUR DES COMPTES, *Les aéroports français face aux mutations du transport aérien (Rapport public thématique)*, Paris, 2008, pp. 39-67.

¹⁵⁹⁷ CE, 3^e et 8^e SSR, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564. C'est d'ailleurs « l'intérêt local (*qui*) envisage les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales utilisent les sociétés pour intervenir dans le domaine économique » BRAMERET, S. *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 119. Italiques ajoutés.

¹⁵⁹⁸ G. DURAND, « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », art. cit., p. 292.

¹⁵⁹⁹ Voir *supra* note n° 95.

¹⁶⁰⁰ A. G. DELION, « *La notion d'entreprise publique* », *AJDA*, 1979, p. 14.

¹⁶⁰¹ C. BOITEAU, « *La société d'économie mixte locale, délégataire de service public* », *AJDA*, 2002, p. 1318 ; C. DEVES, « *Société d'économie mixte et gestion déléguée* », *Droit administratif*, juillet-août 1997, n° 7, pp. 4-7.

On assiste à un glissement d'intérêts. La distinction classique entre l'intérêt général et les intérêts plus particuliers n'est plus respectée. Le fait économique, traditionnellement erratique, apparaît saisissable. Parfois, cette saisissabilité de l'économique s'exprime, autrement certes, sous une forme non consentie.

II. La sanction de l'initiative privée

242. L'impérativité du droit public. Il ressort un coût variablement contraignant de l'intervention, préalable ou successive, régulière des pouvoirs publics. Si le droit public est aussi le droit de l'organisation – nécessaire – des rapports d'économie parfois constitutifs de troubles à l'ordre et à la sécurité publics, il semble, parfois, distant de ce qu'exigent certaines situations économiques. Autrement dit, ce que les opérateurs économiques gagnent en liberté d'action – pouvoir d'initiative, de contracter, de concurrencer notamment –, ils le perdent en contentation ordonnée à l'image de laquelle l'autorisation **(A)** et l'injonction **(B)** administratives.

A – L'effet économiquement lésant de l'autorisation administrative : une justice *a priori*

243. Définition de l'autorisation administrative : un polymorphisme. Souvent, l'autorisation administrative intéresse l'activité des personnes privées. Il y a une certaine utilité de soumettre à autorisation un comportement potentiellement antagoniste à l'intérêt commun¹⁶⁰². Il pèse alors sur l'opérateur économique une interdiction d'agir sans autorisation. Il s'agit d'une procédure de licéisation des activités économiques à l'issue de laquelle les personnes privées disposeront du « droit d'assumer l'activité pour laquelle elle(s) (*ont*) été habilitée(s) »¹⁶⁰³. Dans le tourisme, elle concerne notamment l'accès à l'exercice professionnel – la profession de conducteur

¹⁶⁰² « Dans le régime d'autorisation, l'activité projetée n'est pas absolument néfaste pour le corps social : le législateur constate seulement que le libre exercice risque d'entraîner des abus et qu'il convient de ce fait d'organiser une surveillance administrative renforcée. Il existe une liberté potentielle limitée par une interdiction législative » LIVET, P. *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 25.

¹⁶⁰³ NEGRIN, J.-P. *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 84. Italiques ajoutés.

de taxis¹⁶⁰⁴, l'octroi d'une licence de débits de boissons¹⁶⁰⁵, l'aménagement d'un terrain de camping en vue d'une exploitation saisonnière¹⁶⁰⁶, la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à mille mètres carrés¹⁶⁰⁷, l'occupation privative ou collective du domaine public¹⁶⁰⁸, la construction d'ouvrage¹⁶⁰⁹. Elle peut être partielle ou totale, à titre onéreux – l'octroi d'une autorisation moyennant redevance¹⁶¹⁰ – ou à titre gracieux. Elle peut être exceptionnelle, limitée dans le temps et dans l'espace – la formation continue obligatoire des conducteurs de taxis¹⁶¹¹. Elle peut revêtir un caractère dérogatoire, exonératoire. Elle peut être catégorielle ou individuelle. Elle peut être expresse ou tacite – l'autorisation de travaux relevant d'une déclaration préalable. On la retrouve implicitement dans les *énoncés habilitants*. Des énoncés ayant pour objet l'attribution d'une habilitation, une délégation, une concession de service, un permis, un agrément, une approbation, une validation, une certification, une homologation. Concrètement, elle résulte du contrôle actif¹⁶¹² *ex ante* de l'incidence des projets d'opération économique et de leur conformité avec la réglementation établie. Le but final étant la satisfaction à un ordre public de direction – la prévention des atteintes à l'environnement, la prévention des atteintes aux santé, sûreté, sécurité,

¹⁶⁰⁴ En France, l'exercice de la profession de conducteur de taxi est conditionné au succès aux épreuves en permettant l'accès (Arrêté du 6 avril 2017 relatif aux programmes et à l'évaluation des épreuves des examens d'accès aux professions de conducteur de taxi et de conducteur de voiture de transport avec chauffeur, *JORF* n° 0083 du 7 avril 2017, texte n° 25 modifié par les arrêtés du 11 août 2017 et 1^{er} août 2018) et à l'obtention du certificat de capacité professionnelle (Arrêté du 3 mars 2009 relatif aux conditions d'organisation de l'examen du certificat de capacité professionnelle de conducteur de taxi, *JORF* n° 0066 du 19 mars 2009, p. 4945, texte n° 2).

¹⁶⁰⁵ Art. L. 3331-1 et s. du Code de la santé publique.

¹⁶⁰⁶ Art. R. 443-7 du Code de l'urbanisme.

¹⁶⁰⁷ Art. L. 752-1 et s. du Code de commerce.

¹⁶⁰⁸ Art. L. 2122-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁶⁰⁹ Art. R. 421-1 du Code de l'urbanisme.

¹⁶¹⁰ **Nota bene** : une telle compensation financière doit toutefois être prévue par un texte. La haute juridiction administrative estime, à propos de la monétisation d'une autorisation administrative de transformation d'un local à usage d'habitation en cabinet d'avocat, dérogatoire du droit commun, qu'« (...) aucune disposition de l'article L.631-7 précité du code de la construction ni aucune autre disposition législative alors en vigueur ne conférerait à l'autorité administrative le pouvoir de subordonner l'autorisation prévue par ledit article au versement d'une compensation financière (...) » CE, Sect., 6 mars 1992, n° 69902.

¹⁶¹¹ Il est aisé d'envisager le retrait de l'autorisation d'exercice en cas d'insatisfaction à la formation continue obligatoire (Art. 1^{er} de l'arrêté du 11 août 2017 relatif à la formation continue des conducteurs de taxi et des conducteurs de voiture de transport avec chauffeur et à la mobilité des conducteurs de taxi, *JORF* n° 0204 du 1^{er} septembre 2017, texte n° 27).

¹⁶¹² Il faut distinguer l'autorisation active de l'autorisation passive. Il faut tenir compte du degré de nuisance, à l'ordre public notamment, d'une opération. Lorsque les externalités négatives du projet économique sont potentiellement mineures, une autorisation dite « passive », consistant en la simple satisfaction à une obligation déclarative préalable, soit une abstention administrative – une simple vérification administrative dépourvue d'effet suspensif (l'activité économique a lieu et n'est suspendue qu'en cas d'insatisfaction aux critères de l'administration pour sa poursuite) –, suffit (*e.g.* la déclaration préalable à l'embauche (Art. L. 1221-10 du Code du travail). Lorsque les externalités négatives du projet économique sont potentiellement majeures, elle s'agrège, souvent, à une autorisation dite « active » (*e.g.* la déclaration préalable à l'obtention d'une licence de débits de boissons (Art. L. 3332-3 du Code de la santé publique), consistant en une véritable ingérence administrative.

salubrité, tranquillité publiques¹⁶¹³, la prévention des atteintes au domaine public¹⁶¹⁴ – et/ou ordre public de protection – la prévention des atteintes à l'emploi¹⁶¹⁵ – indépendamment de son aptitude à porter atteinte aux droits et libertés économiques garantis¹⁶¹⁶. Cela signifie qu'il n'est aucun droit subjectif à l'autorisation. S'il est un intérêt économique manifeste à son obtention, il n'est, en France, aucune évidence dans l'octroi d'une autorisation administrative ou son maintien – l'autorisation peut être refusée ou révoquée. Ainsi, hormis le silence gardé par l'administration dans le cas de l'autorisation¹⁶¹⁷, la décision administrative ayant pour objet l'autorisation ou le refus du projet d'opération économique prend la forme d'un *acte juridique unilatéral*¹⁶¹⁸. Elle n'offre pas d'espace pour la négociation. Il s'agit d'un *acte réceptif* ce qui signifie que la décision administrative doit être notifiée. Ainsi, le demandeur d'une autorisation doit attendre la notification de refus ou l'écoulement du délai de rigueur en matière de silence administratif pour l'exercice son recours devant le juge administratif. Il s'agit d'un *acte généralement individuel* terreau de *l'intuitu personae* – bien que l'on apprenne que l'autorisation peut faire l'objet de commerce¹⁶¹⁹. Elle peut émaner

¹⁶¹³ On parle communément de police administrative. La police administrative se scinde en une police administrative générale et spéciale dont les différences majeures résident majoritairement dans le titulaire, la mission – la mission de la première consiste en la protection de l'ordre public et la seconde peut se voir assigner également une mission d'ordre public ou d'autres missions –, et un objet plus restreint pour la police spéciale : la chasse, publicité, cinéma notamment. Sur la définition de l'ordre public, v. HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, p. 549.

¹⁶¹⁴ E.g. Art. 714 du Code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir* ».

¹⁶¹⁵ Il existait, en France, une procédure obligatoire pour l'obtention d'une autorisation administrative par l'opérateur économique pour la réalisation d'un licenciement pour motif économique (Art. 2 de la loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique : « *Quelle que soit l'entreprise ou la profession et sauf en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, tout licenciement, individuel ou collectif, fondé sur un motif économique, d'ordre conjoncturel ou structurel, est subordonné à une autorisation de l'autorité administrative compétente* », JORF du 4 janvier 1975, p. 202) supprimée par la loi du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement). Désormais, il suffit d'une simple notification à l'administration de tout projet de licenciement économique qui émet un avis (Art. L. 1233-46 et s. du Code du travail). En revanche, l'autorisation administrative de l'autorité compétente demeure nécessaire en cas de licenciement de salarié protégé (e.g. le délégué syndical (Art. L. 2411-3 du Code du travail) ; le délégué du personnel du comité social et économique (Art. L. 2411-5 du Code du travail). V. notamment, D. CHELLE ET X. PRETOT, « *Le champ d'application de l'autorisation administrative de licenciement des salariés protégés* », Droit social, 1987, p. 686.

¹⁶¹⁶ « (...) le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public (...) » (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727). « L'Etat a le droit et même le devoir d'assurer la sécurité de la collectivité, mais (...) dans cette mission, il se heurte aux droits que possède l'individu, à ces droits individuels dont la jouissance constitue "l'état et la capacité" des personnes, à ces droits individuels qui, pour certains, à l'origine ont été l'objet d'une concession de la part de l'Etat, mais qui, à supposer qu'ils aient été ainsi concédés, "l'ont été d'une manière irrévocable justement parce qu'ils ont été reconnus comme des pouvoirs propres à l'individu" » GUILLOUARD, J. *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs. Autorisations, Actes d'exécution et Concessions*, Paris, A. Pédone, 1903, pp. 11-12. (Conférer URL : <https://gallica.bnf.fr/>).

¹⁶¹⁷ Art. L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation* ».

¹⁶¹⁸ EISENMANN, C. *Cours de droit administratif. Tome II*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 12, p. 690.

¹⁶¹⁹ Les autorisations administratives sont, à l'origine, incessibles – elles « ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété » Décision du Conseil constitutionnel n° 82-150 DC du 30 décembre

d'autorités détentrices du pouvoir réglementaire telle que le maire¹⁶²⁰, le préfet¹⁶²¹ ou d'organes administratifs spécifiques comme l'inspection du travail, la Commission départementale d'aménagement commercial, la Commission de sécurité et d'accessibilité.

244. L'autorisation administrative, un perturbateur économique. Il s'agit non seulement d'un moyen de surveillance mais aussi d'orientation économique¹⁶²². Les conditions de licéité de l'opération économique ne résident pas toujours dans un corpus de règles prédéterminées. Il émane de l'administration une marge discrétionnaire¹⁶²³ importante caractérisée par l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Dans les cas extrêmes, il n'y a dès lors de place que pour la contestation d'un éventuel refus devant le juge sur les fondements notamment de l'erreur manifeste d'appréciation ou encore de l'excès de pouvoir. Le sens de la décision administrative devient plus difficilement anticipable. Or, l'anticipation favorise la prémunition. L'opérateur économique prémuni a, en principe, toute latitude pour réagir suffisamment précocément afin de réduire les coûts directs et d'opportunité d'un refus d'autorisation. Il apparaît alors moins exposé à l'aléa administratif¹⁶²⁴. Il arrive, en outre, que l'autorisation s'accompagne de prescriptions ultérieures délimitant l'action économique¹⁶²⁵. On peut alors parler d'une autorisation indirecte. Elle ne concerne pas la demande

1982 sur la loi d'orientation des transports intérieurs, JO du 31 décembre 1982, p. 4033, *Rec.*, p. 86, cons. 3 – ; elles sont en principe octroyées *intuitu personae* et/ou *intuitu rei*. Mais on leur a reconnu au fil du temps une valeur patrimoniale (V. sur ce point, SEUROT, L. *L'autorisation administrative*, Thèse de doctorat, droit, Université de Lorraine, 2013 ; F. BRENET, « *La patrimonialisation des autorisations administratives. Réalités et implications* », *Droit administratif*, août 2007, Étude 14 ; M. CORMIER, « *Fondements de la patrimonialité des actes administratifs* », *RFDA*, 2009, p. 1 ; Y. JEGOUZO, « *Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ?* », *AJDA*, 2004, p. 945 ; M. MOLINIER-DUBOST, « *Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives* », *AJDA*, 2004, p. 2141 ; T. SOLEILHAC, « *Vers une commercialité des autorisations administratives* », *AJDA*, 2007, p. 2178.

¹⁶²⁰ Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁶²¹ Art. L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁶²² « un contrôle est l'opération qui consiste à vérifier si des objets concrets sont conformes ou non au schéma idéal d'un objet correct, tel que le dessine une norme que l'on peut appeler norme de contrôle » EISENMANN, C. *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1948, p. 167.

¹⁶²³ « la source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la réglementation juridique ; en bref : c'est l'indétermination de la réglementation juridique » EISENMANN, C. *Cour de droit administratif, op. cit.*, p. 296.

¹⁶²⁴ **Nota bene** : l'aléa administratif est plus vaste lorsque l'autorisation porte sur les biens des personnes publiques puisque sont, en l'espèce, applicables non seulement les règles portant sur la domanialité publique mais aussi celles portant sur les nécessités d'ordre public ; les premières subsumant, le cas échéant, les secondes. Il en va ainsi des décisions d'autoriser ou de refuser l'occupation du domaine public qui sont prises en tenant compte « non seulement si les intérêts proprement dits du domaine dont (*l'administration*) a la garde sont ou non conciliables avec l'admission de la demande dont elle est saisie, mais encore si cette admission ne serait pas de nature à compromettre la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général » CE, 5 novembre 1937, *Société industrielle des schistes et dérivés*, *Rec. Lebon*, 897 p. Italiques ajoutés. v. notamment, M. PAQUES, « *Affectation, urbanisme et domine public* », in Mélanges Henri Jacquot, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 431 et s.

¹⁶²⁵ E.g. Art. L. 2213-4 du Code général des collectivités territoriales : « *Dans ces secteurs, le maire peut, en outre, par arrêté motivé, soumettre à des prescriptions particulières relatives aux conditions d'horaires et d'accès à certains lieux et aux niveaux sonores admissibles les activités s'exerçant sur la voie publique, à l'exception de celles qui relèvent d'une mission de service public* ».

d'autorisation à proprement parler ; elle recouvre les actes, qui, outre de recourir aux formes normales de l'autorisation, aboutissent à réduire, unilatéralement, la part libérale accordée. Quand l'autorité administrative prescrit, elle autorise moins¹⁶²⁶. Par ailleurs, il arrive que les autorisations portent atteinte au libre jeu concurrentiel. Elles sont, pour un même objet et pour un même espace, accordées en nombre limité – l'octroi de licence de débits de boissons. Ce qui a pour effet de protéger les bénéficiaires de l'autorisation contre le « risque concurrentiel »¹⁶²⁷. Aussi, le bénéfice de l'autorisation administrative exige une certaine permanence des critères qui ont conduit à son octroi durant toute la période qu'il couvre. Mais, il se peut que les critères autrefois réunis cessent de l'être. Il s'en suit un effet suspensif de l'autorisation – l'exemple de la formation continue obligatoire du conducteur de taxi¹⁶²⁸. On pourrait enfin souligner l'emprise des « nécessités perçues du temps » sur le pouvoir d'autoriser. Ce dernier doit faire face à l'ingérence de forces externes telles que l'influence du *lobbying* dans le processus décisionnel, plus particulièrement local¹⁶²⁹, l'impact de l'opinion publique modestement informée laquelle jouit d'un pouvoir de contrainte fort – blocage, grève – amplifié par l'insularité dans le cas des Antilles françaises notamment.

245. Nuance. Si l'action administrative porte naturellement atteinte à plusieurs droits et libertés économiques, elle se doit de se limiter à ce qui est strictement nécessaire¹⁶³⁰. On peut aussi noter qu'il est une consubstantialité de l'intervention administrative – l'autorisation ou le refus – et de l'objet de la demande. L'administration ne peut ni aller au-delà – bien qu'elle puisse aller en-deçà dans le cadre d'une autorisation partielle notamment – ni le modifier¹⁶³¹. Partant, la décision

¹⁶²⁶ « Quoi de plus étrange au premier aspect qu'une autorisation qui est un ordre ? Dans le langage du droit, conforme en ce point au sens vulgaire, autoriser c'est concéder une faculté, dont l'usage est permis, non imposé » (J. SALMON, « *Des autorisations d'office* », Revue générale d'administration, 1895, p. 4).

¹⁶²⁷ *Contra* CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlogate*, n° 264098. L'administration « doit veiller à ce que les modalités d'instruction des demandes (...) n'aient pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant de façon excessive l'accès à ce marché ». « Si la réglementation est à ce point poussée qu'elle crée un seuil d'accès à une activité qui réduise la concurrence dans ce secteur, on peut s'interroger sur sa légitimité » A. JAQUEMIN, F. JANSSEN ET P. LAMBRECHT, « *Quel environnement réglementaire pour une économie entrepreneuriale ?* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁶²⁸ Art. 1^{er} de l'arrêté du 11 août 2017, précité.

¹⁶²⁹ « Les *lobbies* du secteur du tourisme sont parallèlement très puissants, cristallisant fréquemment des relations de pouvoir issues des anciennes hiérarchies « coloniales », et donc la mainmise d'une catégorie sociale anciennement dominante sur des activités économiques porteuses et rentables. Le risque corrélatif de politisation des enjeux de l'urbanisation touristique, et des comportements qu'elle induit, n'est pas absent » J.-M. BRETON, « *Urbanisme touristique littoral et environnement dans les Antilles françaises* », *JT* n° 188/2016, pp. 36-41, spéc. p. 41.

¹⁶³⁰ « dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence » CE, 2^e et 7^e SSR, 15 mai 2009, n° 311082.

¹⁶³¹ L'administration « ne crée rien, elle permet seulement l'exercice d'un droit » GUILLOUARD, J. *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs. Autorisations, Actes d'exécution et Concessions*, *op. cit.*, p. 21.

administrative, qui s'impose aussi bien à l'autorisé qu'à l'administration, emprunte un caractère irrévocable¹⁶³². Mais, il n'est pas absolu. *Sur l'autorisation*. Du côté administratif, lorsque les motifs qui ont conduit à son octroi se révèlent viciés, l'administration peut encore la retirer. Du côté économique, un simple désistement de l'opérateur économique suffit à priver l'autorisation d'effets – l'octroi d'une autorisation ne saurait forcer la réalisation du projet objet de la demande. *Sur le refus d'autorisation*. Le refus administratif n'est pas figé, définitif. Deux voies s'offrent à l'opérateur économique. La première, résiliente, le conduit à renouveler sa demande d'autorisation – un temps, sans doute précieux, irrécupérable se sera écoulé. La deuxième, contentieuse, lui offre l'opportunité de contester la décision. Elle s'opère par dévolution¹⁶³³ devant le juge administratif qui exercera indirectement un contrôle d'opportunité¹⁶³⁴ – la compatibilité de l'opération économique visée avec des exigences d'ordre public.

Il existe pléthore d'actes juridiques enserrant l'action économique à ses commencement et poursuite. Ils s'accroissent considérablement à mesure que s'accroît l'activité économique. Se pose aujourd'hui la question de leur adaptation à l'économie particulièrement lorsqu'ils interviennent *a posteriori*.

¹⁶³² « une qualité inhérente à tous les actes juridiques quels qu'ils soient et sans laquelle ils seraient dépourvus de toute force obligatoire et de toute efficacité. Sans doute, il est aisé de souligner le caractère général du phénomène d'irrévocabilité, en ce sens que tout acte juridique parfait et créateur d'effets de droit est en principe soustrait à la volonté de son auteur qui ne peut plus se reprendre et revenir sur elle-même » MARTIN DE LA MOUTTE, J. *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, n° 342.

¹⁶³³ « A l'instar de l'appel, le recours exercé par le requérant en cas de refus d'autorisation a un effet dévolutif. Ceci signifie (...) que le recours remet en question devant le juge ce qui a été décidé pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Le juge possède le même pouvoir que l'autorisant initial d'examiner la requête, de contrôler le projet envisagé en le confrontant aux intérêts qu'il s'agit de sauvegarder et de prononcer une autorisation. Sa décision se substitue à celle de l'autorisant initial (...) » THULLIER, B. *L'autorisation. Etude de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 344, p. 243.

¹⁶³⁴ « C'est ainsi que s'agissant de mesures de police, au moins lorsqu'elles portent atteinte à des libertés, de telles mesures ne sont légales que si elles sont nécessaires, c'est-à-dire utiles et donc opportunes. Le juge de l'excès de pouvoir ne se contente pas d'ailleurs de l'affirmation de l'Administration selon laquelle la décision critiquée était nécessaire : il vérifie lui-même l'exactitude de cette appréciation. Ce faisant, il se fait juge de l'opportunité sans pour autant sortir de son rôle de juge de la légalité parce que, dans ce cas, l'opportunité est un élément de la légalité » VEDEL, G. *Droit administratif*, Paris, PUF, 1976, pp. 321-322.

B – Entre injonction de faire ou ne pas faire et sanction

246. Une chronologie partagée. L'injonction comme la sanction font partie des contraventions les plus significatives au laisser-faire du marché. Sur la frise du temps juridique, l'injonction se situe juste après l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une norme et avant l'éventuelle sanction de leur auteur, après laquelle se situe l'exécution forcée¹⁶³⁵. Ni le pouvoir d'enjoindre¹⁶³⁶, ni le pouvoir de sanctionner¹⁶³⁷ ne sont un apanage juridictionnel¹⁶³⁸. Ils sont, en outre, les émanations d'actes administratifs, caractère qu'ils tiennent de l'autorité qui les émet – critère organique – et de la matière sur laquelle ils portent – critère matériel¹⁶³⁹.

¹⁶³⁵ VIRALLY, M. *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 67.

¹⁶³⁶ « L'Etat sait bien qu'il ne peut obtenir des personnes privées l'exécution des obligations qu'il leur impose qu'en plaçant auprès d'elles le fonctionnaire qui fera respecter ses ordres. Ainsi se dessine la quatrième forme de l'intervention de l'Etat. Le fonctionnaire surveille les exploitations privées et tente de les soumettre aux règles qui étaient jusque-là propres aux services publics » RIPERT, G. *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 18. Deux voies s'offrent à lui : « la voie normale, la même que celle des particuliers, qui consiste à s'adresser d'abord au juge et une autre voie, qui intervient si la première n'est pas possible, (...) l'exécution d'office. C'est la véritable originalité du droit administratif : sans s'adresser à un juge, l'administration peut elle-même, puisqu'elle dispose de la force, exécuter matériellement ses propres décisions » BRAIBANT, G. ET STIRN, B. *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 2005, p. 209. « en définitive, sous l'angle du fondement du pouvoir d'injonction, le débat de la distinction des fonctions d'autorité juridictionnelle et d'autorité administrative mérite probablement d'être dépassé. L'une comme l'autre de ces deux autorités ont vocation à détenir un pouvoir d'injonction (...) » PUTMAN, E. *Contentieux économique*, Paris, PUF, 1998, n° 97. VAN LANG, A., GONDOUIN, G. ET INSERGUERT-BRISSET, V. *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 154.

¹⁶³⁷ L'administration dispose du « droit d'infliger elle-même les sanctions aux contrevenants. Ces sanctions ne consistent pas seulement dans une amende plus ou moins forte. Des lois récentes ont admis que l'Administration peut ordonner la fermeture de l'établissement » RIPERT, G. *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, pp. 377-378.

¹⁶³⁸ **Sur l'injonction.** Y. GAUDEMET, « *Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif* », in Mélanges Burdeau, Paris, L.G.D.J., 1977, n° 31, p. 821. Les AAI seraient des « administrations déguisées en juge » E. JEULAND, « *Régulation et théorie générale du procès* », in Frison-Roche, M.-A. (Dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 164 ; *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Aix-en-Provence, Journée d'étude C.R.A., PUAM, 2006, 204 p. ; M. BELLAMY, « *Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès* », JCP 1973, I, p. 2522 ; J.-F. BRISSON, « *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration* », *Justices*, 1996, n° 3, pp. 167-201 ; C. BROUELLE, « *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur* », *Droit administratif*, mars 2004, chronique n° 6, pp. 8-14 ; A. CAMILLERI, « *Le pouvoir d'injonction du juge administratif : une révolution avortée ?* », JCP 1997, I, p. 3992 ; P. FOUCHARD, « *L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : élément de droit français* », *Revue générale du droit*, 1989, n° 20, pp. 31-51 ; J.-M. LE BERRE, « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », *AJDA*, 1979, pp. 14-18 ; F. MODERNE, « *Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?* », *RFDA*, 1990, pp. 798-821.

Sur la sanction. v. notamment, M. T. ACHOUR, « *La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ?* », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 84, n° 3, 2013, pp. 463-480 ; J.-M. AUBY, « *Autorité administrative et autorités juridictionnelles* », *AJDA*, n° spécial, juin 1995, p. 91 ; R. CHAPUS, « *Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative* », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 265-297 ; P. KLAUSEN, « *Réflexions sur la définition de la juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », *LPA*, 30 juillet 1993, p. 22.

¹⁶³⁹ « (...) des activités d'intérêt général ont un caractère administratif lorsque, directement ou indirectement, elles sont prises en charge par des organes relevant de l'exécutif » DELVOLLE, P. *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, n° 24. La question de la définition de l'acte administratif a fait l'objet de remous doctrinaux et jurisprudentiels se concluant

247. Interruption dialogique : un impérativisme. S'il est, parfois, une tendance du droit à la concertation des opérateurs économiques¹⁶⁴⁰, l'injonction, ordonnant une action ou une abstention¹⁶⁴¹, et la sanction, condamnant un comportement contrevenant¹⁶⁴², forcent le retour à la réalité du pouvoir : son irrésistible unilatéralité¹⁶⁴³. Toutes deux sont des actes rendus nécessairement contraignants¹⁶⁴⁴ :

« L'injonction permet de faire la jonction du droit et du fait. Elle impose une charge à quelqu'un en vue d'assurer la transcription du droit dans les faits »¹⁶⁴⁵.

« La formulation expresse de la norme interdisant le vol et commandant le remboursement du prêt obtenu, qui est la norme qui prescrit le comportement évitant la sanction, est en réalité *superflue* car elle est (...) *implicite* dans la norme statuant la sanction. La norme statuant un acte de contrainte comme sanction apparaît donc comme la norme primaire et la norme implicite (qui en fait n'est pas du tout formulée et qui n'a pas besoin de l'être expressément) apparaît comme la norme secondaire. Cela révèle le rôle décisif que joue la sanction qui consiste dans un acte de contrainte dans le droit en tant *qu'ordre de contrainte* »¹⁶⁴⁶.

par les résurgence et primauté du critère organique. Pour une synthèse de ce débat, v. PERRIN, A. *L'injonction en droit public français*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009, pp. 490-517.

¹⁶⁴⁰ Voir *supra* II. Une crise de l'ordre : la déréglementation ou l'expression *a minima* du droit unilatéral.

¹⁶⁴¹ « la notion d'injonction ne se rapporte qu'à l'obligation d'accomplir un acte, d'adopter un comportement, de procéder à une opération matérielle déterminée ou l'obligation de s'abstenir équivalente » J.-M. LE BERRE, « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », *art. cit.*, p. 14. CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 548.

¹⁶⁴² La sanction est « l'effet prévu par le droit à la suite de la violation d'un devoir, d'une prescription » A. MORAND, « *La sanction* », in *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, Vocabulaire fondamental du droit, t. 35, Paris, Sirey, 1990, p. 304. HART, H. *Le concept de droit* (Traduction par Michel Van der Kerchove et Joëlle van Drooghenbroeck), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 43 et s.

¹⁶⁴³ « les normes juridiques ne peuvent être conçues indépendamment de l'idée de pouvoir et de puissance ; le droit, c'est ce qui est prescrit par les pouvoirs publics (...) dans l'exercice de leur fonction de gouvernement public » P. AMSELEK, « *L'acte juridique* », *op. cit.*, p. 50. « L'envoi d'une mise en demeure n'a pas pour effet d'ouvrir un débat sur le bien-fondé de la demande de la collectivité. Celle-ci n'est donc pas tenue, à ce stade, de répondre aux observations du contribuable » (Cour administrative d'appel de Nancy, 5 décembre 1996, 2^e chambre, n° 94-1228).

¹⁶⁴⁴ « Une règle de droit de□ pourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'est□ claire pas » Rudolf von Jhering cité in A. MORAND, « *La sanction* », *ibid.*, p. 295. « la loi donne des injonctions obligatoires » RIPERT, D. *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 52.

¹⁶⁴⁵ PERRIN, A. *L'injonction en droit public français*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁴⁶ KELSEN, H. *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, pp. 189-190. **Nota bene** : la doctrine, en corps, revient sur l'idée du *droit en tant qu'ordre de contrainte* : « il existe des catégories importantes de règles de droit pour lesquelles cette analogie avec des ordres appuyés de menaces fait entièrement défaut, étant donné qu'elles remplissent une fonction sociale tout à fait différente » HART, H. *Le concept de droit*, *ibid.*

Une contrainte toutefois limitée à ses motivations¹⁶⁴⁷, nécessité¹⁶⁴⁸, proportionnalité¹⁶⁴⁹, légalité¹⁶⁵⁰.

248. Une relation indéfectible ?

« La sanction semble à ce point consubstantielle à l'injonction qu'on peut se demander s'il ne faut pas la considérer comme un de ses éléments constitutifs »¹⁶⁵¹.

En réalité, il nous faut retenir un polymorphisme du lien. On l'a vu, l'injonction peut notamment être une alternative à la sanction¹⁶⁵² – le nouveau pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence¹⁶⁵³ ordonnant la suppression d'une clause ou la modification du contrat comme l'illustre la suppression de la clause d'exclusivité dans les contrats de fret maritime en outre-mer¹⁶⁵⁴. Inversement, la sanction peut en être la conséquence inéluctable – s'il n'est aucune automaticité de la sanction, en cas de non-respect ou de respect partiel de l'injonction, l'itinéraire de la remise en état du droit passe par son prononcé¹⁶⁵⁵.

249. La dégénération de l'injonction en sanction. Si ce phénomène de gradation semble être le processus normal d'un versant du droit – l'autre présentant un caractère simplifié visant à économiser la procédure de l'injonction –, il présente un certain nombre de difficultés. Parmi

¹⁶⁴⁷ Art. L. 211-2 et s. du Code des relations entre le public et l'administration.

¹⁶⁴⁸ La nécessité « exprime un rapport entre une situation de fait et un moyen, tant il est vrai qu'elle s'analyse comme un standard variable par essence avec le temps, le lieu et les autres circonstances » DECOCQ, A., MONTREUIL, J. ET BUISSON, J. *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1991, p. 265 et s. *E.g.* en matière d'injonction : la menace imminente de dommage (Art. L. 162-13 du Code de l'environnement) ; l'existence d'une position dominante (Art. L. 752-27 du Code de commerce).

¹⁶⁴⁹ La proportionnalité en droit public : « la mesure administrative limitative de la liberté et nécessaire à la poursuite d'un intérêt général, doit encore ne pas être excessive dans ses effets contraignants : l'atteinte portée à la liberté doit être nécessaire pour l'intérêt général et non excessive pour l'intérêt privé qui s'y oppose » XYNOPOULOS, G. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 79. Elle peut être le fait d'une exigence textuelle (Art. L. 110-1, II, 1° du Code de l'environnement) et/ou jurisprudentielle (J-P. COSTA, « *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État* », AJDA, 1988, p. 434).

¹⁶⁵⁰ « (...) les incriminations et les sanctions doivent être prévues par un texte de valeur législative, mais encore que ce texte doit présenter un degré de précision suffisant » MODERNE, F. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1993, 246 p.

¹⁶⁵¹ BRAHIC-LAMBREY, C. *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 325.

¹⁶⁵² Elle désigne aussi « toutes les mesures positives permettant à l'auteur d'une infraction d'éviter le prononcé d'une peine ou d'en réduire la portée » PERRIN, A. *L'injonction en droit public français, op. cit.*, 17 p.

¹⁶⁵³ Art. L. 752-27 du Code de commerce.

¹⁶⁵⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-15, précitée.

¹⁶⁵⁵ En droit de la concurrence : *e.g.* Art. L. 464-2, I, al. 1^{er} et 2 du Code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés* ». Nous soulignons.

lesquelles l'engagement de la responsabilité sans faute de l'opérateur économique – la faute étant « un manquement à une obligation préexistante »¹⁶⁵⁶. C'est l'exemple de l'infliction d'une sanction pour non-respect d'une mesure de police administrative préventive¹⁶⁵⁷. Cette normalité du processus encourt un risque d'inefficacité :

« l'une des conditions d'efficacité de la contrainte, c'est justement que l'exécution volontaire soit l'habitude, et le recours à la contrainte l'exception »¹⁶⁵⁸.

L'habitude coercitive débouche sur une banalisation et, inéluctablement, une transgression par les opérateurs économiques¹⁶⁵⁹ renforcées par les temps administratifs et juridictionnels particulièrement longs et une éventuelle « non-optimalité »¹⁶⁶⁰. En outre, l'acte injonctif peut ne reposer sur aucun texte ce qui renforce le sentiment d'un arbitraire¹⁶⁶¹ d'autant que la sanction qui le complète peut s'avérer particulièrement lourde comme l'illustre la fermeture d'établissement. A la finalité coercitive de l'injonction et de la sanction s'ajoute une finalité dissuasive. Mais la dissuasion qu'elles sous-tendent ne se borne pas au simple comportement contraventionnel. Elle s'étend aussi à la dissuasion économique.

¹⁶⁵⁶ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil t.2, op. cit.*, n° 947.

¹⁶⁵⁷ « L'autorité (administrative) peut, à tout moment, en cas d'urgence ou de danger grave, prendre elle-même ou faire prendre, aux frais de l'exploitant défaillant, les mesures de prévention ou de réparation nécessaires » Art. L. 162-16 du Code de l'environnement. Parenthèses ajoutées.

¹⁶⁵⁸ DABIN, J. *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, Sirey, 1929, n° 54.

¹⁶⁵⁹ « L'erreur étatique consiste à croire que l'acceptation et le respect du droit ne se gagnent qu'à coup de contrainte » GUIGNARD, D. *La notion d'uniformité en droit public français, op. cit.*, n° 643, p. 384.

¹⁶⁶⁰ *Exempli gratia* en droit de la concurrence : « (...) au regard de la probabilité de détection, les sanctions infligées par les autorités de régulation semblent rester encore inférieures à ce que préconise l'analyse économique fondée sur la « sanction optimale ». Cette dernière devrait être déterminée en partant du principe selon lequel les sanctions doivent exercer une fonction dissuasive plutôt que rétributive : la sanction optimale doit créer *ex ante* une menace telle qu'une firme n'ait plus intérêt, sur la base d'un calcul rationnel, à former un cartel » E. COMBE, « *Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique* », Revue internationale de droit économique, t. XX, n° 1, 2006/1, p. 13.

¹⁶⁶¹ « l'ordre public général habilite les autorités qui sont chargées de sa protection du droit de requérir en dehors de tout texte exprès » D. MAILLARD DESGREES DU LOU, « *Réquisition : faut-il un texte ?* », AJDA 1999, n° spécial, p. 29. Les opérateurs économiques seraient « livrés, sans défense ni recours, au caprice et à l'arbitraire d'une administration omnipotente, maîtresse absolue de ses faits et gestes et libre de modeler à sa guise ses prestations » CHEVALLIER, J. *Science administrative*, Paris, PUF, Thémis, 2002, p. 438.

CONCLUSION DU TITRE II

250. Un indéterminisme juridique. Nous ne saurions conclure à l'utilité ou à l'« inutilité » du modèle interventionniste français, le questionnement relevant de l'aporie et d'un manichéisme éculés quoique l'on s'accorderait sur l'inabsoluité de la liberté économique¹⁶⁶². Si, par choix de méthode de gouvernance, « les lois ont effectivement envahi tous les secteurs : le social et la santé, le sport et les vacances, la naissance et la mort, la fécondation, le don d'organe, les trafics, les affaires. (...) »¹⁶⁶³, il reste que les formes d'expression du droit n'empruntent pas toujours des sentiers de l'impérialisme. Elles apparaissent consensuelles – ce qui s'avère salutaire à la vie économique –, voire imparfaites au point qu'« il arrive même (*que le droit*) créée parfois ou aggrave certains déséquilibres au nom des intérêts supérieurs qu'il prétend incarner (...) »¹⁶⁶⁴. L'intérêt général est en crise. Une crise à la fois de croissance et de décroissance, au moyens d'instruments divers – la subrogation publique économique, la partialité juridique, le classicisme des modes de production des décisions administratives – aux effets, parfois, pervers – les exemples de l'imprévision du prix, le maintien de l'Octroi de mer portant rupture d'intégrité et de cohérence de l'ordre juridique de l'Union –, exhortant à la modération¹⁶⁶⁵. En cause, l'inaptitude du droit à agir dans un intérêt global lequel se réclame, somme toute, d'un intérêt pluriel intéressant non seulement la société civile mais également la société économique.

¹⁶⁶² « (...) toute liberté se définit par les limites à partir desquelles elle deviendrait licence, c'est-à-dire oppression des faibles par de plus forts. Soutenir que la liberté économique pourrait échapper à cette loi naturelle, c'est intellectuellement errer et sur le plan pratique, c'est ouvrir le champ à de nouvelles servitudes » C. CHAMPAUD, « *Les troisièmes voies sociétales, ou comment sauver la démocratie et l'économie de marché* », *art. cit.*, p. 599.

¹⁶⁶³ S. BOURAOUI, « *De l'analyse substantielle en droit de l'environnement* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁶⁴ J.-J. SUEUR, « *Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience* », *art. cit.*, p. 276. Italiques ajoutés. « Le droit public français avait traditionnellement pour fonction de faciliter l'action de la puissance publique au service de l'intérêt général. Il était donc d'abord un droit de l'action, un ensemble de prérogatives et protections exorbitantes. La perspective communautaire met l'accent sur le marché comme mode normal de satisfaction des besoins, y compris d'intérêt général. L'intervention des personnes publiques est donc, au mieux, subsidiaire, au pire, perturbatrice. Dès lors, elle pousse le droit public à devenir un droit de la contrainte, garant de l'intégrité du marché » (ECKERT, G., GAUTIER, Y., KOVAR, R. ET RITLÉNG, D. (DIR.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007 (Préface), p. 9.

¹⁶⁶⁵ « Cette notion d'intérêt général, nationale, récusant les intérêts particuliers, qu'ils soient individuels, collectifs ou communautaires – notion fondée sur l'expression démocratique de la volonté d'acteurs institutionnels légitimes – ne serait dès lors plus définie comme pôle à partir duquel s'opposent la somme d'intérêts particuliers, ou d'autres formes d'intérêt public. Elle n'est que l'une des variantes envisageables pour résoudre la question de la légitimité de la prise de décision publique ou collective, décision qui a des effets sur des millions d'individus et qui doit être d'une manière ou d'une autre acceptée par des individus qui la subissent et qui n'ont pas directement participé à son élaboration » G. J. GUGLIELMI, « *Introduction : les habits neufs de l'intérêt général* », *art. cit.*, pp. 17-18.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

251. Un changement de paradigme. La détermination des coûts du droit est une préoccupation récurrente des acteurs de l'économie bien que « le droit incorpore d'autres valeurs que la recherche de la solution la plus économique »¹⁶⁶⁶. La prohibitivité du droit ne préjuge nullement de son caractère néfaste – il se peut qu'un empêchement soit générateur de protection. Pour autant, il apparaît modestement productif que l'exercice du pouvoir organisateur de l'économie soit exclusivement confié au pouvoir public même s'il existe des efforts d'économisation du droit traduits par le mouvement de sa contractualisation notamment. Il est alors communément admis de lui objecter sa réglementation excessive au détriment de l'appareil économique. En réalité, quelles que furent les atténuations à l'interventionnisme économique caractérisant le reflux de l'Etat, la conception de l'action publique continue d'être étroite – elle confine, souvent, au sacrifice de l'intérêt particulier sur l'autel de l'intérêt général. Si nous ne croyons pas en la démystification absolue de l'auto-régulation du marché¹⁶⁶⁷ portant erronément à croire en l'impertinence, elle-même absolue, de l'interventionnisme économique – terreau du courant ultralibéral –, une véritable binarisation du pouvoir organisateur se révèle souhaitable particulièrement aux Antilles françaises régionalement déloyalement concurrencées. Cette dernière, venant en comblement de la défaillance du marché et de l'interventionnisme public, aurait à charge de rompre avec les traditionnels sentiers réglementaires artificiels au profit d'un « laisser-faire » plus prégnant sans pour autant s'abandonner aux affres de la supplétivité du droit – en tant que règle dépourvue d'impérativité ne trouvant à s'appliquer que lorsqu'elle n'a pas été expressément écartée.

¹⁶⁶⁶ M. FONTAINE, « *Droit des contrats, systèmes juridiques et efficacité économique : quelques réflexions* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche, op. cit.*, n° 15, p. 631.

¹⁶⁶⁷ « La prépondérance accordée au contrat peut enfin contribuer à l'affaiblissement de l'État. En étendant son usage à des champs sans cesse nouveaux, les collectivités publiques se posent d'abord en arbitres des conflits d'intérêt traversant la société. Au lieu de la surplomber, leur principale préoccupation se ramène souvent à la recherche et à la mise en œuvre, par la concertation/négociation, des arrangements et compromis entre catégories sociales ou intérêts opposés. La prévalence du contrat sur la loi marquerait une forme de retour à l'exercice féodal du pouvoir, qui entretient et orchestre autour de lui les rapports d'allégeance et de dépendance. La survalorisation du contrat par rapport à la loi renverrait ainsi à un changement dans la posture, la nature et le mode d'exercice du pouvoir politique et étatique » F. TIBERGHEN, « *La loi et le contrat* », *Après-demain*, vol. n° 7, 2008/3, pp. 19-23.

DEUXIEME PARTIE : UNE APPROCHE LIBERALE DE L'ORGANISATION DE L'ECONOMIE DU TOURISME DES ANTILLES FRANÇAISES A TRAVERS LE PRISME DE L'INTEGRATION REGIONALE

« (...) si on a pu parler aujourd'hui de contractualisation de la société, ce n'est plus en référence au contrat social. C'est parce que les contrats ont tendance à se substituer aux lois et règlements »¹⁶⁶⁸.

252. Un phénomène contractuel. L'ultra-légalisme qu'accusent les Antilles françaises a eu raison de l'amplitude de leurs facultés concurrentielles et, par là même, de leur attractivité dans une Caraïbe à forte imprégnation libérale. « Véritable pilier des économies de marché »¹⁶⁶⁹, *la formule contractuelle*, en son sens extensif¹⁶⁷⁰, est apparue en outil clé de la réduction des distances – de droits, d'expertise, de savoir-faire notamment – plaçant la liberté économique au premier rang tout en portant dilution de l'Etat. Comme toutes formules, elle se doit de produire un effet inhabituel obtenu de la combinaison de plusieurs éléments. C'est l'office des contrats économiques. « Ce sont (...) des contrats qui se développent et mettent en oeuvre des rapports économiques en ce sens qu'il s'agit de rapports qui se superposent aux rapports patrimoniaux classiques (simple échange, simple production) et qui ont pour objet la concentration et/ou l'organisation de l'activité économique »¹⁶⁷¹. S'il est coutumier de les distinguer en fonction de leur *objet organisateur* – l'organisation complexe de la production, l'organisation de la force de travail, l'organisation de la consommation¹⁶⁷² – les confinant, sans pour autant les y résoudre, à la sphère privée, il semble tout aussi « utile » de les distinguer en fonction de leurs *sujets organisateurs*, laquelle distinction les étend à la sphère publique – les Etats et leurs démembrements territoriaux. C'est ainsi que les traité, accord, convention – synonymes selon l'internationaliste¹⁶⁷³ – sont, lorsqu'ils sont conclus en vue de produire des effets de *droit économique*, des contrats économiques tout comme sont, substantiellement, des sociétés, les organisations internationales qui en résultent ; des sociétés d'Etats¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁸ FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁶⁹ L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3.

¹⁶⁷⁰ « tous les accords de volonté, instruments d'opérations concrètes, tous les phénomènes manifestant l'accord des consentements », *Id.*

¹⁶⁷¹ *Id.*

¹⁶⁷² *Id.*

¹⁶⁷³ M. VIRALLY, « *Sur la notion d'accord* », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 135-145.

¹⁶⁷⁴ Si la transposition est audacieuse, elle n'est pas pour autant orpheline. Son opportunité réside dans la singularité du rapport régional, finalement, attributif de rôles quasi-identiques au modèle social. A l'instar de la société, l'organisation internationale est instituée par plusieurs « personnes » grâce à un instrument juridique. Elle s'organise autour d'un intérêt commun, a une dénomination sociale, un siège social, dispose de biens mobiliers et immobiliers, est révélatrice d'un *affectio societatis* sous la forme d'un *affectio cooperandi*, jouit de la personnalité morale lui permettant notamment d'ester en justice.

253. Une intégration régionale contractuelle. Tout n'a pas été dit sur le contrat¹⁶⁷⁵. Produit de l'intensité des liens juridiques créés, il est possible que de ladite réduction des distances découle un phénomène, libéral – en ce que l'Etat intervient moins directement dans l'économie ce qui n'empêche pas l'existence de sujétions –, d'intégration régionale.

Il n'y a pas d'essence dans l'intégration régionale tout comme il n'y a pas de modèle d'intégration régionale par nature en raison de sa diversité. Ce qui peut conduire à l'identification d'autres catégories :

« L'intégration se conçoit, non seulement à l'intérieur des structures organisationnelles, mais également dans l'appréhension directe des sujets de droit par les radiations juridiques des institutions »¹⁶⁷⁶.

Il est plus aisé de concevoir l'intégration régionale comme un apanage, de texture plus souple¹⁶⁷⁷, des Etats – stato-centrisme. Toutefois, si l'intégration régionale peut résulter de la convergence de volontés, individualistes¹⁶⁷⁸, étatiques ou de leurs démembrements territoriaux – une intégration régionale « par le haut » –¹⁶⁷⁹ (**Titre II**), elle peut aussi résulter de la convergence de volontés privées – une intégration « par le bas » – (**Titre I**). Alors, dans le cadre de ce dernier mode intégratif, les expressions « intégration régionale » ; « Antilles françaises » seront employées en tant que métonymies pour désigner une intégration tout aussi régionale mais plus ténue car circonscrite aux

¹⁶⁷⁵ *Contra* « Il semble que tout ait été dit sur le contrat et il peut paraître aujourd'hui bien présomptueux d'ajouter quelque chose à l'abondante littérature relative à ce pilier du droit » soulignait Laurence Boy en préambule de ses « *utilités* » du contrat » L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », *art. cit.*

¹⁶⁷⁶ R.-J. DUPUY, « *Etats et organisation internationale* », in Dupuy, R.-J. (Dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, « Académie de droit international de La Haye », La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, note 12, p. 19.

¹⁶⁷⁷ « le droit communautaire, en tant que droit économique, est caractérisé surtout par la flexibilité et l'adaptabilité et les actes communautaires doivent permettre à la Communauté d'agir ponctuellement et *ad hoc* sur le marché » T. von Danwitz cité in PREVÉDOUROU, E. *L'évolution de l'autonomie procédurale des Etats membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, London, Esperia Publications, 1999, p. 34.

¹⁶⁷⁸ « Derrière chaque création se reconnaissent les intérêts très précis d'un groupe d'Etats plus ou moins étendu. Malgré leur indifférence, leurs réticences, ou parfois leur hostilité, les autres Etats sont pratiquement contraints de s'y rallier pour faire sentir leur influence et défendre leurs propres intérêts, surtout s'il s'agit d'un organe d'une organisation dont ils sont membres ». M. VIRALLY, « *Panorama du droit international contemporain* », RCADI vol. 183, 1983-V, p. 263. ; « Quoiqu'ils partagent par principe un certain nombre d'objectifs à la réalisation desquels a correspondu la création même de l'organisation internationale dont ils sont ou aspirent à être membres, les Etats n'abandonnent pas pour autant leurs préoccupations particulières (...) (*L'organisation constitue*) un cadre de conditionnement normatif et souvent matériel de l'action des membres autant qu'un moyen d'action internationale, le contrôle de son fonctionnement comporte un enjeu politique (...). » DUPUY, P.-M. ET KERBRAT, Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 191-192. (Italiens ajoutés).

¹⁶⁷⁹ Les critères de l'intégration régionale : « une centralité déplacée » (la décentralisation du pouvoir vers le groupe) ; « une communauté essentielle » ; « une cohésion importante » ; « une coopération privilégiée » ; « une capacité d'adaptation » F. CELIMENE, « *Mondialisation, régionalisation et l'économie caribéenne* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 26-28.

rapports d'initiative privée. Tout compte fait, « (...) l'intégration économique régionale réside dans le fait pour plusieurs pays de constituer un espace économique unique ou de tendre vers ce résultat, en empruntant des voies distinctes : la planification, le marché et l'action des firmes, la signature d'accords régionaux internationaux »¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁸⁰ Y. RICHARD, « *Integração regional, regionalização, regionalismo : as palavras e as coisas* », Confins, 7 mars 2014, n° 20, p. 6. (Version française, URL : <http://confins.revues.org/8939>). SALAH, M. M. *Les contradictions du droit mondialisé, op. cit.*, p. 48.

TITRE I. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DES METHODES DU CONTRAT D'INVESTISSEMENT ETRANGER DANS LE TOURISME

254. L'alternative contractuelle privée.

« Il a pu être observé que la société civile reprenait possession du terrain juridique. Le droit vient alors d'en bas »¹⁶⁸¹.

Sous réserve d'assumer, comme ce sera le cas ici, d'intégrer la société civile¹⁶⁸² à l'économie de marché¹⁶⁸³, si, dans l'association astucieuse de la sphère privée au processus décisionnel, le système français déclare forfait, le contrat économique, concentré d'intérêts et creuset de libertés¹⁶⁸⁴, en ce qu'il échappe dans sa totalité, à moins de « lois impératives »¹⁶⁸⁵ ou de catégories fondamentales supérieures¹⁶⁸⁶, à la rudesse de l'interventionnisme économique, est apparu en dernier bastion du pur libéralisme économique en France¹⁶⁸⁷. Par ce biais, sous la forme d'une mutualisation des forces, somme toute d'une collectivisation d'entreprises, les moyens de stimulation du tourisme des

¹⁶⁸¹ MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 99.

¹⁶⁸² Contra « Les ONG sont l'un des acteurs principaux de ce que l'on appelle aujourd'hui la société civile, notion qui a pris un essor considérable dans le discours des institutions internationales, même si sa définition demeure floue. Elles désignent aussi bien des institutions à but non lucratif et caritatif que des syndicats patronaux ou de salariés, des lobbies, etc. "Ce serait l'univers social constitué par les individus qui s'associent pour défendre des intérêts qu'ils ont en commun, mais qui ne relèvent pas immédiatement du profit ou de la politique" » L. BOY, « *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile* », Revue internationale de droit économique, t. XVII, n° 3, 2003, p. 480. W. ABDELGAWAD, « *Le commerce équitable et la société civile internationale : Une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire* », Revue internationale de droit économique, t. XVII, n° 2, 2003, pp. 208-209. Mais, c'est sans compter la définition intégrative hégélienne de la société civile : « l'accomplissement du monde moderne – le territoire de médiation où peuvent s'exprimer librement toutes les particularités, tous les talents, tout accident de naissance ou de fortune, et où des vagues passionnelles soufflent vers l'avant, régulées uniquement par la raison étincelant à travers elles » Hegel cité in M. KALDOR, « *L'idée de société civile mondiale* », Recherches sociologiques et anthropologiques, 38-1, 2007, pp. 89-108. (URL : <https://journals.openedition.org/rsa/517?lang=en#quotation>, pt. 3). V. R. LAUDANI, « *Une démocratie à reconstruire. Aux origines de la société civile* », Le Monde Diplomatique, Septembre 2012, pp. VI-VII.

¹⁶⁸³ FITOUSSI, J.-P. *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 81.

¹⁶⁸⁴ DUSSART, M.-L., *Constitution et économie*, op. cit., pp. 228-235.

¹⁶⁸⁵ « soumis à la loi, le contrat peut être modifié par la loi, ce qui n'est pas sans évoquer le fait que « la force obligatoire du contrat est déléguée par la loi ». Le contrat y trouve sa cause efficiente » N. MOLFESSIS, « *Les sources constitutionnelles du droit des obligations* », in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées de l'Association Henri Capitant, Lille, Litec, 1997, n° 34, p. 92.

¹⁶⁸⁶ L'art. 1102, al. 2 du Code civil réaffirme le principe de liberté contractuelle sous réserve de l'application de règles d'ordre public. « la liberté de contracter vient implicitement puiser à la meilleure source : la propriété » N. MOLFESSIS, « *Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil* », RTD civ., 1998, p. 796, spéc. p. 799.

¹⁶⁸⁷ « A travers le contrat, les acteurs sociaux décident des formes et des limites de leurs engagements réciproques, à partir d'un principe de liberté et d'égalité ; ils créent par là même un cadre formalisé et normalisé d'interaction, à l'intérieur duquel se déploieront leurs échanges » J. CHEVALLIER, « *Contractualisation et régulation* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 85.

Antilles françaises, jusque-là variablement sabordés, retrouvent, diversement certes, une certaine consistance. En effet, l'intégration régionale présente l'intérêt, pour de petites économies exsangues, de se regrouper à fin de développement économique profitable, plus ou moins directement, au tourisme :

« Par leurs différentes manifestations (groupe de contrats, réseaux de contrats, nœuds de contrats, maillages de contrats, contrats normalisés, etc.), les contrats forment la structure juridique du marché. La transnationalisation de ce système l'a aisément hissé au-dessus des Etats à qui la pesanteur de l'intérêt général, qu'ils portent en principe, dénie toute agilité et alourdit les éventuelles interventions »¹⁶⁸⁸.

255. Une intégration régionale à coups de contrats. Le jeu contractuel privé participe aussi de l'intégration régionale – le contrat privé endosse un rôle d'incubateur de l'intégration régionale – :

« Ce sont les entreprises, les hommes d'affaires et non les Etats qui produisent les biens et services indispensables pour le succès d'un mouvement d'intégration »¹⁶⁸⁹.

« (...) au-delà de l'institutionnel, il faut déchiffrer les réseaux d'échanges, de solidarités, de complicités qui contribuent à l'intégration des populations, du niveau local à des ensembles beaucoup plus vastes, transfrontaliers, parfois transcontinentaux »¹⁶⁹⁰.

Seulement, tous les contrats ne sauraient faire naître une « intégration économique régionale », laquelle, en matière privée, aurait vocation à surgir corrélativement à l'intensité des liens que les acteurs privés acceptent de nouer. Intensité qui ne devrait se révéler qu'en présence de manifestations contractuelles à la texture solide. C'est l'affaire des contrats dits d'« investissement étranger » notamment¹⁶⁹¹. On les dit « économiques » ; « organisateurs de l'économie »¹⁶⁹². C'est

¹⁶⁸⁸ K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », art. cit., pp. 68-69.

¹⁶⁸⁹ C. BEAUBOEUF, « *Obstacles particuliers au processus d'intégration caribéen* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, *op. cit.*, p. 315.

¹⁶⁹⁰ O. DOLLFUS ET E. LE ROY, « *Postface* », in *L'intégration régionale dans le monde. Innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, p. 298. Sans qu'en soit déterminée la forme, le secteur privé est invité à participer au mouvement d'intégration : « *Les acteurs de la coopération comprennent les acteurs non étatiques (notamment) le secteur privé* » Art. 6§1, c) Décision du Conseil n° 2010/648/UE du 14 mai 2010 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord modifiant, pour la deuxième fois, l'accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000 et modifié une première fois à Luxembourg le 25 juin 2005, *JOUE* n° L.287/1 du 4 novembre 2010, pp. 1-2.

¹⁶⁹¹ Le contrat constitue une réponse à l'insécurité de l'investissement ; il offre grandes souplesse et adaptabilité, choix de la loi applicable notamment.

¹⁶⁹² « (...) ces contrats, vivants et évolutifs, par lesquels des entreprises s'engagent à 'faire quelque chose' ensemble. Ils impliquent une certaine coopération, qui ne comprend pas nécessairement (...) solidarité et fraternité

l'exemple notamment des contrats de distribution, de fourniture portant intégration économique ou contractuelle¹⁶⁹³. C'est aussi l'exemple des contrats d'union, des contrats de transfert de technologie. En effet, de tels contrats organisent *des rapports économiques*¹⁶⁹⁴. Autrement dit, « des rapports entre des entreprises quand ils ne vont pas jusqu'à organiser le marché »¹⁶⁹⁵. Ainsi, dans le franchisage hôtelier, le transfert aux franchisés de l'image de marque, du savoir-faire notamment de franchiseurs internationalement renommés peut s'accompagner de la concentration des flux touristiques, en particulier sur un petit territoire. Une solidité caractérisable notamment par leurs intensité et durée notamment. En outre, pour emporter intégration régionale, ils se devront d'être introvertis. A savoir, polarisés dans – à destination ou en provenance de – la région Caraïbe quant à leurs effets et au choix de la loi applicable puisqu'ils présentent nécessairement un élément d'extranéité¹⁶⁹⁶. Mais, tous les contrats n'ont pas vocation à s'internationaliser condition qui en

entre les partenaires mais l'engagement de jouer un jeu convenu » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 93. L. BOY, « *Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France)* », Revue internationale de droit économique, t. XXIV, n° 3, 2010, p. 277.

¹⁶⁹³ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁹⁴ « (...) c'est-à-dire les rapports qui se superposent aux rapports patrimoniaux classiques et qui ont pour objet la concentration et/ou l'organisation de l'activité économique » Gilles Martin sur la définition des contrats économiques cité in L. BOY, « *Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France)* », *ibid.*, p. 276.

¹⁶⁹⁵ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁶⁹⁶ « (...) le facteur, ou élément, d'extranéité (...) se définit comme l'élément de rattachement du rapport de droit concerné à un pays autre que celui du juge saisi : nationalité, domicile ou résidence des parties, lieu de célébration du mariage, lieu de conclusion ou d'exécution d'un acte juridique, lieu de commission d'un délit ou d'un quasi-contrat, etc. L'existence d'un tel élément accroît nécessairement la complexité des questions à résoudre, car elle oblige à s'interroger sur une éventuelle application ou consultation d'un droit étranger » LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P. ET DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2013, p. 2. Comme dans tout contrat international, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties choisissent librement, sous réserve notamment d'une loi de police moyennant l'insertion d'une clause *electio juris*, la **loi applicable** à leur contrat. Sur la saisie de l'expression « loi de police et de sûreté », v. CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, Aff. n° C-369/96, *Rec. p.* I-8453, pt. 30. En effet, « il existe des dispositions dont l'application s'impose absolument à un ensemble de faits liés à un territoire déterminé, quel que soit le statut contractuel choisi. Le législateur a doté d'une force obligatoire absolue, à l'égard d'un groupe social déterminé, les règles édictées en vue surtout de promouvoir ou d'assurer le bien public ou de servir l'intérêt de l'Etat. Il est inconcevable qu'on puisse abandonner à l'arbitraire des parties l'application de règles édictées dans l'intérêt de la collectivité » K. NEUMAYER, « *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé* », RCDIP, 1957, p. 579. Cette liberté opère *ratione materiae* (§1), *ratione temporis* (§2) ou *ratione loci* (§3) (Art. 3 de la Convention de Rome n° 80/934/CEE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO n° L. 266 du 9 octobre 1980, pp. 1-19). A défaut, cette dernière sera désignée par la règle de conflit (Art. 4 de la Convention de Rome, précitée). Il est traditionnellement fait application du principe suivant : « une société poursuit une fin économique et son activité intéresse les tiers. Il est donc raisonnable de la rattacher internationalement à la sphère économique dans laquelle elle opère » AUDIT, B., *Droit international privé*, Paris, Economica, 2008, p. 906. Ainsi, tout groupement dont le siège social est situé sur le territoire français sera soumis aux dispositions de la loi française (Art. 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce). Et, réciproquement, tout groupement dont le siège social est situé sur un territoire d'un Etat étranger sera soumis aux lois de cet Etat. Quant à la **juridiction compétente**, les parties sont également libres de la déterminer (Art. 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L. 299 du 31 décembre 1972, pp. 32-42). A défaut, le litige sera de la compétence de la juridiction du lieu du domicile du défendeur (Art. 42 al. 1^{er} du Code de procédure civile : « *La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur* ». A défaut de domicile, la résidence (art. 43 du Code précité). Mais, en matière internationale, le critère de la résidence n'est pris en

limite l'échantillonnage. C'est ainsi que les contrats de franchise, de distribution susmentionnés, le contrat du GIE, ouvert aux professionnels – personnes physiques ou morales – étrangers¹⁶⁹⁷ qui exercent une activité économique¹⁶⁹⁸, ou encore le contrat de *joint venture*, siège de la volonté de coopération internationale d'entreprises¹⁶⁹⁹, disposent des moyens de former un « agrégat constitué »¹⁷⁰⁰ en capacité d'aboutir à la création d'un *espace économique unique*.

Tout compte fait, ce titre, sans prétendre à l'exhaustivité se bornera moins à l'identification d'un quelconque mouvement de contractualisation qui nécessite de prendre de l'altitude¹⁷⁰¹. Laquelle altitude est impossible *ex nihilo* – la Caraïbe est avare en manifestations contractuelles de cette nature, ce qui en fonde irrémédiablement la primitivité¹⁷⁰². Il se bornera, en revanche, bien entendu dans le cas du choix par les parties ou de l'expression de l'impérativité de la loi française, plus à la démonstration de ce qui fait la substance, l'individualité ou « économie concrète »¹⁷⁰³ de ces contrats, somme toute, d'intégration régionale. A savoir, une expression du pouvoir¹⁷⁰⁴ ou de

considération que si le défendeur n'a pas de domicile à l'étranger (Cour d'appel de Paris, 18 février 1994, D. 1994, p. 351) ou le critère du lieu où l'obligation contractuelle a été ou doit être exécutée (Art. 5§1 de la Convention de Bruxelles précitée : « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée* »). Pour aller plus loin, v. CHATILLON, S. *Le contrat international*, Paris, Vuibert, 2011, spéc. pp. 279-329.

¹⁶⁹⁷ F. BOURGEOIS ET M. LECERF, « *Quel cadre juridique pour le partenariat secteur public-secteur privé : groupement d'intérêt public ou groupement d'intérêt économique ?* », JCP E 1995, p. 418.

¹⁶⁹⁸ Sur la définition de l'activité économique, *confer* arrêt *Commission/Italie*, précité, pt. 7 : « une activité économique présente un caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (Aff. 118/85) ». C'est l'exemple de plusieurs entreprises françaises – martiniquaises ou guadeloupéennes – qui décident de la mise en commun de moyens afin de développer la commercialisation de leurs produits à destination d'États étrangers – caribéens.

¹⁶⁹⁹ C'est un « moyen efficace de multinationalisation » CHAHINE, G., *La joint venture sociétaire internationale, modélisation et contraintes*, Thèse de doctorat, droit, Université Montpellier I, 2004, p. 6 ; Un outil – historique et actuel – pour l'investissement étranger : PIRONON, V., *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2004, pp. 263-351.

¹⁷⁰⁰ Adaptation d'une expression empruntée au Comte de Mirabeau à propos du peuple français : « Comme si ce n'était pas par l'assemblée nationale que les Français, jusqu'alors agrégation inconstituée de peuples désunis, sont véritablement devenus une nation ! » cité in VIVIEN DE SAINT-MARTIN, L. *Histoire générale de la Révolution française, de l'Empire, de la Restauration, de la monarchie de 1830 jusques et compris 1840*, Paris, Pourrat Frères, 1843, p. 196.

¹⁷⁰¹ « Le repérage de l'émergence d'une contractualisation à l'œuvre au sein du système juridique nécessite de dépasser le constat d'une utilisation isolée de l'outil contractuel, pour identifier la mise en place d'un véritable mouvement de promotion de la méthode contractuelle et de généralisation de son emploi » S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁰² Les exemples tels que le centre d'affaire internationale la Pointe Simon, en Martinique – un investissement de 200 millions d'euro – ne sont pas légion. Il comprend un condominium (la Tour Lumina), un immeuble de grande hauteur (IGH), un hôtel d'affaires Novotel quatre étoiles et des espaces commerciaux. Il est détenu par la *Guardian Holding Limited*, compagnie d'assurance trinitadienne, actionnaire à plus de 95 %, laquelle est détenue à environ 30 % par la NCBJ, banque nationale de Jamaïque. (Source Martinique 1^{re}).

¹⁷⁰³ ARSAC-RIBEYROLLES, A. *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand I, 2005, spéc. p. 13.

¹⁷⁰⁴ « (...) le pouvoir consiste aussi à prendre les décisions relatives à l'organisation de l'entreprise, à ce que sera l'activité, à la manière selon laquelle elle sera conduite, à l'affectation à l'activité de moyens humains, matériels et financiers, au choix des marchés et des produits, à la manière selon laquelle s'exerceront ses activités sur ses marchés,

formes de pouvoir. Le pouvoir s'illustre variablement à travers les dépendance (**Chapitre 1**) ou interdépendance (**Chapitre 2**) économiques témoignant, dans une certaine mesure, de la force normative intrinsèque du contrat. Ainsi, dans les contrats de dépendance économique, la partie la plus forte n'hésitera pas à imposer à la partie la plus faible un rythme juridique soutenu caractérisé notamment par l'imposition de normes telles qu'environnementales, commerciales. La force normative intrinsèque se distingue de la force normative extrinsèque du contrat caractérisée par un encadrement pur de la loi¹⁷⁰⁵. Mais, avant de nous apesantir sur la matière de ces contrats, nous tâcherons d'en déterminer les contours (**Chapitre préliminaire**).

à la stratégie à suivre, à l'affectation des résultats, au mode de croissance, à sa restructuration éventuelle, à sa fusion avec une autre entreprise, voire à sa disparition » J. PAILLUSSEAU, « *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques* », D. 2003, p. 2346, § 16.

¹⁷⁰⁵ E.g. La liberté contractuelle (Art. 1102 du Code civil) ; la force obligatoire du contrat (Art. 1103 du Code civil) ; l'effet relatif des conventions (Art. 1199 du Code civil).

Chapitre préliminaire – L'économie interne du contrat¹⁷⁰⁶ d'investissement étranger

256. La qualification juridique de l'investissement. Les contrats économiques ayant pour objet l'investissement étranger nous sont apparus particulièrement illustratifs de la force normative contractuelle recherchée salutaire à notre conception alternative de l'intégration régionale. L'investissement étranger revêt un caractère systématique, il est essentiel aux Etats – l'« expression de la maturité économique d'un pays »¹⁷⁰⁷ – tout en emportant une création connexe de droits, variablement disproportionnés, au profit de celui qui investit¹⁷⁰⁸. Polymorphe¹⁷⁰⁹ – plus

¹⁷⁰⁶ « (...) l'« ordre interne, la structure, l'organisation d'un ensemble », « l'organisation des parties d'un ensemble complexe », l'harmonie dans les différentes parties d'un tout » ; « C'est donc le fonctionnement concret du contrat, tel que les parties l'avaient envisagé, qui est pris en compte derrière le terme d'« économie du contrat » H. HOUSSARD, « *L'économie du contrat* », Revue juridique de l'Ouest, 2002, n° 1, pp. 7-65, spéc. nos 2 et 50, pp. 8 et 44. v. notamment, ARSAC-RIBEYROLLES, A. *Essai sur la notion d'économie du contrat, op. cit.* ; GHESTIN, J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 1217, p. 788 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « *La notion d'économie du contrat en droit privé* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 28 Février 2001, p. 300.

¹⁷⁰⁷ KEMEL, PH., *Rapport d'information sur l'investissement étranger en France*, Paris, Assemblée nationale, n° 2551, 2015, p. 5.

¹⁷⁰⁸ J. EL OUARDIGHI ET R. KAHN, « *Les investissements directs internationaux dans les régions Françaises : Examen des disparités et des effets régionaux* », Revue d'Économie Régionale & Urbaine, 2003, juillet, n° 3, pp. 396-397.

¹⁷⁰⁹ « (...) parallèlement aux investissements directs au sens étroit, de nombreux contrats portant sur des relations économiques internationales ont été conclus avec des similitudes très fortes avec l'investissement direct (...) » PH. KAHN, « *Les définitions de l'investissement international* », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle, op. cit.*, p. 13. Italiques ajoutés (URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:31988L0361>).

communément le transfert de capital¹⁷¹⁰, plus singulièrement, le contrat économique¹⁷¹¹ –, sa définition est le produit d'un pluralisme rigoureusement désordonné caractérisé par des critères objectifs¹⁷¹² et de l'expression d'un subjectivisme étatique s'agissant de l'état de la libre circulation des personnes et des capitaux, de la libéralisation des échanges de biens et des prestations de services, le droit d'établissement, les droits de propriété intellectuelle notamment. Tout cela empêche l'homogénéité définitionnelle. DOMINIQUE CARREAU est, tout de même, parvenu, par le condensé de plusieurs définitions, à la construction d'une définition apparemment englobante de l'investissement étranger :

« Seule devrait être considérée comme un « investissement », relevant du droit international, l'opération économique (ou l'ensemble des opérations y concourant) effectuée sur le territoire d'un pays d'accueil, consistant en un apport financier (ou monétisable), réalisée dans la durée, impliquant une prise et un partage des risques encourus ainsi que l'exercice d'une certaine influence, voire d'un contrôle, dans la gestion de l'affaire, et ce de la part d'un investisseur (personne physique ou morale, ou autre entité bénéficiant d'une personnalité juridique propre, qu'elle soit de nature

¹⁷¹⁰ Il est un principe d'interdiction des restrictions aux mouvements de capitaux et de paiements aussi bien entre Etats membres de l'UE qu'entre Etats membres de l'UE et pays tiers (Art. 63 TFUE) (CJUE, 20 octobre 2011, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. n° C-284/09, *Rec.*, 2011, p. I-09879, pts. 74 à 94 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Erika Waltraud Ilse Hollmann c/ Fazenda Pública*, Aff. n° C-443/06, *Rec.*, 2007, p. I-08491, pts. 33 à 61), (CJCE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des douanes françaises*, Aff. n° C-49/89, *Rec.*, 1989, p. 04441, pt. 8). Pour une définition des mouvements de capitaux, il faut se référer à leur nomenclature (annexe 1 de la directive n° 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité, *JOCE L* 178 du 8 juillet 1988, pp. 5-18). Toutefois, cette liberté de circulation s'avère limitée aux effets négatifs qu'elle est susceptible de faire courir à l'intérêt général dont sont garants les Etats membres pour leur territoire et population respectifs (CJCE, 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, Aff. n° C-478/98, *Rec.*, 2000, p. I-07587), et dont est également garante l'UE (Art. 64, 65, 66 TFUE) dans une certaine limite puisqu'il subsiste notamment une obligation de proportionnalité et de non-discrimination des mesures restrictives (CJUE, 10 février 2011, *Haribo Lakritzzen Hans Riegel BetriebsmbH (C-436/08) et Österreichische Salinen AG (C-437/08) c/ Finanzamt Linz*, Aff. n° C-436/08 et C-437/08, *Rec.*, 2011, p. I-00305, pt. 70. V. également, CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, Aff. n° C-300/01, *Rec.*, 2003, p. I-04899, pt. 42.). Ainsi, en matière d'investissements étrangers, le droit interne français, disposant également la libre circulation des capitaux à l'étranger (Art. L. 151-1 du CMF), a pris le soin de définir ce qu'il considère comme étant un investissement intra-UE (Art. R. 153-3 du CMF) et un investissement extra-UE (Art. R. 153-1 du CMF). A l'inverse de la législation relative aux investissements étrangers en provenance de pays tiers, l'investisseur dont l'investissement franchit le seuil de 33,33 % de détention du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France est exclu du dispositif relatif aux investissements étrangers en provenance d'Etats membres de l'UE. Le droit français soumet à une procédure d'autorisation les investissements réalisés dans certains domaines (Art. R. 153-2 et R. 153-4 du CMF) et susceptibles de porter atteinte notamment aux intérêts nationaux tels que l'ordre public, la sécurité publique (Art. L. 151-3 du CMF). Le Gouvernement dispose d'une faculté d'empêchement consistant à soumettre à déclaration, autoriser, contrôler, prescrire, habilitier pour assurer la défense des intérêts nationaux (Art. L. 151-2 du CMF).

¹⁷¹¹ **Nota bene** : de simples contrats commerciaux ne sauraient valoir qualification d'investissement international (CIRDI, 1^{er} décembre 2010, *Global trading resources corp. And Globex International, Inc. c/ Ukraine*, Aff. n° ARB/09/11). Il en va également des contrats à caractère accessoire et/ou aléatoire (l'exemple d'un contrat de garantie en CIRDI 16 août 2004, *Joy Mining Machinery limited c/ Égypte*, Aff. n° ARB/03/11).

¹⁷¹² Pour une vue d'ensemble, v. GILLES, A. *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; RODICA ZORILA, C. *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne Clermont 1, 2007, pp. 56-108.

privée ou publique) ressortissant d'un pays tiers agissant soit directement, soit indirectement, et y compris par le biais d'une entité locale »¹⁷¹³.

On notera que « (...) l'investissement touche à un domaine particulièrement sensible et dont il ne saurait être dissocié : *le droit de propriété* »¹⁷¹⁴.

C'est un « droit de propriété à l'étranger »¹⁷¹⁵ bien que cette expression puisse sembler confuse car annexant, à la fois, de nombreux objets du droit jusqu'à dissoudre la notion d'investissement international¹⁷¹⁶ :

« Faire rentrer dans la catégorie des « investissements » tout droit de propriété immobilière ou mobilière, tout droit de créance susceptible d'être monétarisé, tout droit de propriété intellectuelle, en bref tout avoir ou actif, revient à nier leur spécificité propre et ce, au nom d'une préoccupation traditionnelle de protection des « biens et avoirs » des étrangers »¹⁷¹⁷.

En filigrane de cette catégorie fondamentale du droit, existe une sous-catégorie tout aussi fondamentale : la « propriété économique »¹⁷¹⁸. Laquelle a charge d'offrir une grille de lecture supplémentaire dans la démarche de circonscription de l'investissement étranger jusqu'à, éventuellement, lui consacrer un champ propre.

257. La réductibilité du droit de propriété. Le contrôle n'est pas une condition fondamentale de l'investissement international – il n'est aucune nécessité de contrôle dans le cadre des investissements étrangers ; une influence déterminante protéiforme à tout le moins. S'il est établi que la réalisation d'un investissement à l'étranger confère à son titulaire¹⁷¹⁹ un droit de propriété à l'étranger – rappelons que le contrat est un moyen d'acquisition de la propriété –, il ne

¹⁷¹³ CARREAU, D. *Investissements*, in Répertoire de droit international, Dalloz, septembre 2013, Chapitre 1, n° 123. v. CIRDI, 23 juillet 2001, *Salini costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c/ Maroc*, Aff. n° ARB/00/4).

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, Chapitre 1, n° 14

¹⁷¹⁵ CHARVIN, R., *L'investissement international et le droit au développement*, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁷¹⁶ Art. 1^{er} §6 de la décision 98/181/CE, CECA et Euratom du Conseil et de la Commission, du 23 septembre 1997, concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, JO n° L.011 du 16 janvier 1999, pp. 37-38).

¹⁷¹⁷ CARREAU, D. « *Investissements* », *op. cit.*, n° 35

¹⁷¹⁸ On s'éloigne ici du sens classique de la propriété. L'expression « droit de propriété » doit être entendue *lato sensu*. Elle inclut toute situation de pouvoir difficilement cantonnable dans des rapports de droit classiques. A ce propos, v. H. LEPAGE, « *L'analyse et la théorie du droit de propriété* », Droits, n°1, 1985. Sur la reconnaissance de la propriété économique, v. DEL CONT C., *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit.* et VIRASSAMY, G., *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J, 1986.

¹⁷¹⁹ L'article 25 §2 a) et b) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 visant à doter les investisseurs d'un mécanisme international de règlement des différends définit l'investisseur sans pour autant le mentionner.

saurait être absolu bien qu'il y ait un principe d'absolutisme du droit de propriété¹⁷²⁰ opposable à tous et qui ne peut être invoqué que par son titulaire. Il est, somme toute, ramené à un droit de propriété économique ou de co-propriété économique dans le cas d'une propriété collective – l'exemple de la *joint venture* – voire de possession économique – l'exemple des formes de sous-traitance. Si « la propriété » s'entend formellement d'une propriété exclusivement juridique au sens civiliste, dans son acception provenant du droit des biens – *usus, fructus et abusus*¹⁷²¹ – il est substantiellement fait une scission entre (co-)propriété ou possession économique et propriété juridique témoignant des altérité et réductibilité du droit de propriété. Les premières, on le verra, étant un effet contractuel¹⁷²² et la seconde, une cause de contrat – c'est parce que l'on est propriétaire de droits que l'on est en capacité de les investir. Une fois les frontières nationales dépassées, l'investisseur étranger propriétaire voit son droit de propriété potentiellement réduit. Ainsi, si la forme essentielle de sa propriété – la propriété juridique – demeure relativement intacte, sa forme existentielle – la propriété économique – se révèle mouvementée non seulement à la source au vu d'une traditionnelle difficulté à la détermination des degrés de contrôle¹⁷²³ – « ni exclusivement un droit réel, ni exclusivement un droit personnel »¹⁷²⁴ – mais aussi

¹⁷²⁰ Art. 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Pour aller plus loin, v., DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, 534 p.

¹⁷²¹ V. « Composantes du droit de propriété » in TERRE, F., SIMLER, P., *Les biens, op. cit.*, pp. 132-147. v. également, R. BOFFA, « Propriétés démembrées et déséquilibres économiques », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique, op. cit.*, pp. 137-145.

¹⁷²² « La propriété économique commence par le contrat et s'achève avec lui, tandis que les actes qui l'établissent sont à proprement parler constitutifs et non pas translatifs de propriété » (CH. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 359).

¹⁷²³ Art. L. 430-1, III du Code de commerce : « (...) le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

« (...) le contrôle peut également émaner du pouvoir de décider et de mettre en œuvre les décisions clés de l'activité commerciale d'une entreprise, et dans certaines circonstances, le contrôle peut émaner d'un ou plusieurs critères tels que l'accès à la technologie, l'accès aux fournitures, l'accès aux marchés, l'accès aux capitaux, le savoir-faire et le degré d'expertise » Décision du tribunal arbitral de PALENA, 26 janvier 2006, *International Thunderbird Gaming Corporation c/ The United Mexican States*, §108. Notre traduction. CIRDI, 2 novembre 2012, *Standard Chartered Bank c/ Tanzanie*, Aff. n°ARB/10/12, 607, 621, § 196 à 197 et 230. CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, n° 184 bis, p. 161. CHARVIN R., *L'investissement international et le droit au développement, op. cit.*, p. 29. D. CARREAU, « Investissements », *art. cit.*, n° 110. Le contrôle est, en revanche, effectif lorsque la participation est majoritaire. Sur la distinction entre propriété formelle et propriété substantielle symptomatique d'une variation des niveaux de contrôle en matière d'investissements étrangers, v. A. SAKHO ET I. PARACHKEVOVA, « Propriété formelle et propriété substantielle », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique, op. cit.*, pp. 125-130). v. FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, pp. 47-51.

¹⁷²⁴ A. SAKHO, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *art. cit.*, p. 555 ; « Le contrôle est plutôt une traduction concrète dans le droit positif de la notion de « pouvoir » prise dans son sens factuel (et non pas juridique). C'est une « juridicisation » de la notion de pouvoir par le droit économique » J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse

proportionnellement aux niveaux de traitement, de protection et de garantie de l'investissement¹⁷²⁵. En effet, le droit que détient l'investisseur sur son investissement est consubstantiel du niveau d'hostilité de l'Etat d'accueil – l'investisseur (non informé) ne dispose que d'un contrôle minimum sur son investissement. Autrement dit, il ne pourra agir en pleine propriété que si l'Etat d'accueil l'y autorise. Alors, il ne pourrait découler du contrat d'investissement étranger qu'une quasi-propriété. Il arrive aussi, plus rarement, que le droit de propriété de l'investisseur étranger ne souffre d'aucun trouble – sa propriété économique comme sa propriété juridique demeurent intactes.

258. Un contrat de souveraineté.

« (...) à l'heure des puissances économiques et techniques à vocation mondiale, la puissance de l'offreur est de nature à provoquer un renversement du rapport de force contractuel, en défaveur de l'Etat et de ses démembrements, comme n'importe quel autre acheteur placé dans une situation comparable (...) »¹⁷²⁶.

Il n'est pas rare de rencontrer, dans l'opération d'investissement, une très forte hétérogénéité des contractants quant à leur nature – privée, publique –, quant à leur extraction – nationale, internationale – notamment. Pascal Schonard évoque un ménage à trois¹⁷²⁷ – une relation entre l'Etat-hôte, l'Etat d'origine de l'investisseur et l(es) investisseur(s) privé(s) – caractéristique des contrats d'Etat¹⁷²⁸. C'est le cas du contrat d'investissement directement conclu avec l'Etat-hôte alors commerçant. Mais, cette structure contractuelle n'a pas vocation universelle. Souvent, le rôle des Etats se limitera à un « simple » interventionnisme – lequel se situe, pour la majeure partie de l'opération, en dehors du champ contractuel – cédant la place, au moins formellement, à une relation à deux :

substantielle en droit économique », art. cit., p. 270 ; Pour aller plus loin, v. GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, pp. 137 et s.

¹⁷²⁵ « Par *traitement*, on entend (...) l'ensemble des principes et des règles, de droit interne comme de droit international, qui régissent le régime juridique de l'investissement international, dès avant sa constitution, et jusqu'à sa liquidation. Par *protection*, on entend (...) l'ensemble des principes et des règles, de droit interne, comme de droit international, ayant pour but de prévenir ou de réprimer les atteintes publiques, ou commises sous le couvert de l'autorité publique, qui causent un dommage à l'investissement international. Par *garantie*, on entend (...) l'ensemble des mécanismes qui transfèrent de l'investisseur à un organe spécialisé, de droit interne ou de droit international, les conséquences financières qui résultent de la survenance de certains risques politiques ayant eu pour effet de causer un dommage à l'investissement international » CARREAU, D. ET AL. *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 603-653, spéc. p. 603.

¹⁷²⁶ K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », art. cit., p. 71.

¹⁷²⁷ SCHONARD, P., *La protection internationale des investissements étrangers : Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil ?*, Mémoire de Masters, Ena, Promotion Romain Gary 2003-2005, pp. 19-20.

¹⁷²⁸ Pour une vue d'ensemble, v. BERLIN, D. *Contrats d'Etat*, in Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 2014.

« (...) l'importance économique, financière et technologique des projets ainsi que l'extranéité du constructeur et, le cas échéant, du financement, sont autant de facteurs qui relativisent la volonté des parties, favorisant ainsi l'intervention directe ou indirecte des autorités publiques locales et étrangères. Derrière ces contrats de droit privé se profilent donc des volontés étatiques animées par des impératifs supérieurs »¹⁷²⁹.

Le contrat d'investissement est alors indirectement conclu par l'investisseur avec l'Etat-hôte et directement avec l'impétrant bénéficiaire privé de l'investissement situé dans l'Etat-hôte, substantiellement la partie la plus faible. Il se révèle économiquement dépendant de l'investisseur, de l'attractivité de l'Etat-hôte et des autorisations d'investir de l'Etat d'origine de l'investissement en termes de capacité à investir, d'éligibilité aux critères de l'investissement étranger notamment. Dans une perspective de développement de leur industrie par l'accès aux nouvelles technologies, entre autres, d'augmentation du niveau de l'emploi notamment, les Etats cherchent à attirer l'investissement étranger¹⁷³⁰. On parle d'un « culte de l'attractivité »¹⁷³¹. C'est l'Etat qui fixe les conditions d'accueil des investissements étrangers, mais, c'est sa capacité à se constituer en terrain d'attraction qui le détermine¹⁷³². Même s'il suscite des inquiétudes – la prise de participation

¹⁷²⁹ Citation d'un auteur inconnu in TAFOTIE YOUSMI, N. R. *L'encadrement contractuel des investissements (Grands projets)*, Mémoire de DEA, Université Libre de Bruxelles, 2005 (Introduction, « Les caractéristiques du contrat d'investissement »).

¹⁷³⁰ *Confer* Loi 77 sur l'investissement étranger (en espagnol).

¹⁷³¹ PH. KAHN, « *Les définitions de l'investissement international* », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Editions A. Pedone, Cahiers internationaux n° 21, 2009, p. 16.

¹⁷³² La France n'a que peu conclu d'accords relatifs au traitement réciproque de l'investissement avec la Caraïbe (e.g. les accords entre le gouvernement de la République française et les gouvernements de la République dominicaine (1999), de Jamaïque (1993) sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements). Cela s'avère sclérosant pour les investisseurs ressortissants des Antilles françaises souhaitant s'épanouir dans leur espace régional d'appartenance. Le principe de réciprocité émanant de ces accords garantit une identité de traitement en matière d'IDE. En cas d'absence d'accord, l'Etat-hôte de l'investissement n'aura d'autre choix que celui de se prémunir contre l'éventualité d'un traitement discriminatoire de ses ressortissants. **Nota bene** : La capture de l'IDE se révèle, pour partie, conditionnée par l'existence de conventions fiscales interdisant la double imposition. Si, en matière de lutte contre l'évasion fiscale, des conventions entre la France et les pays de la Caraïbe sont signées, en matière de convention de non double imposition, elles sont, en revanche, plus rares (source URL : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/>) bien qu'il subsiste du côté caribéen une réelle volonté de les conclure (e.g. Art. 72 §2 du *Traité révisé de Chaguaramas* ; L. V. ESASTMOND, "*The CARICOM Double Taxation Agreement*", in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, *op. cit.*, pp. 65-77). Précisons que la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la Fortune (ensemble un protocole) signée le 16 mars 1973 approuvée par la loi n° 73-1145 du 24 décembre 1973 et ratifiée par le décret n°74-310 du 11 avril 1974, JO du 21 avril 1974 et la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital signée le 19 juin 2008 approuvée par la loi n°2009-1470 du 2 décembre 2009 et ratifiée par le décret n°2010-20 du 7 janvier 2010, JO du 9 janvier 2010 notamment ne couvrent pas leurs territoires caribéens respectifs (pour le Royaume-Uni : Anguilla, Bermudes, îles Caïmans, Îles Vierges britanniques, Montserrat, les îles turques et Caïques ; pour les Pays-Bas : Aruba, Curaçao, Sint Maarten). v. B. GASPARD, « *La question des conventions fiscales et des accords sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la France et les Etats caribéens* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 139-166.

majoritaire par des sociétés étrangères (contrôle d'entreprises nationales), la création de dépendance, la baisse de la concurrence et de l'emploi, l'impact environnemental et culturel notamment. L'Etat est faible.

« contracter (...) c'est le plus souvent accepter de se mettre dans une situation qui produira des effets de droit »¹⁷³³.

Nous sommes en présence d'un marché de souveraineté. Il n'y aurait que peu d'équilibre dans le rapport entre l'investisseur étranger et l'Etat-hôte. L'investisseur pose ses conditions – l'état de la libéralisation douanière¹⁷³⁴, la fiscalité, l'importance des dépenses publiques, la qualité des infrastructures, de l'enseignement, du système de santé, l'impact environnemental, l'arsenal juridique de protection des droits, le système judiciaire, les taux de criminalité¹⁷³⁵ notamment – et le territoire d'accueil, en règle générale, dispose à plus forte raison lorsqu'il s'agit de « petits » Etats comme ceux de la Caraïbe marqués par la variable juridicité¹⁷³⁶. L'Etat, démocratique¹⁷³⁷, aussi puissant soit-il, pour peu qu'il soit demandeur, transige, rogne sur sa puissance au profit de l'investissement étranger. D'autant qu'au motif d'une concurrence féroce entre les pays d'accueil potentiels, sa captation est sujette à volatilité¹⁷³⁸. L'investisseur, propriétaire économique, acquiert une puissance équivalente à celle des Etats. Le contrat d'investissement international est, substantiellement, un contrat de souveraineté¹⁷³⁹ – un contrat d'adhésion entre l'Etat d'accueil et l'investisseur où l'Etat négocie par la concession de sa souveraineté. Une fois conclu, sa révocabilité devient compliquée. En effet, il est un effet bloquant de l'acceptation de l'investissement étranger. La réglementation subséquente ne saurait altérer de façon disproportionnée les droits préexistants. Autrement dit, l'Etat s'engage, tacitement, à ne pas modifier sa législation. Le droit de propriété

¹⁷³³ G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, p. 67. v. notamment, P. MAYER, « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* », *Journal du droit international*, 1986, pp. 5-78.

¹⁷³⁴ M. BLOMSTRÖM ET A. KOKKO, « *Regional integration and foreign direct investment* », National bureau of economic research, Working Paper n° 6019, April 1997
(URL : <https://pdfs.semanticscholar.org/d947/fcda07dc024cec52cf5b4575b376d8b5a22d.pdf>).

¹⁷³⁵ B. LECAT, « *Comment promouvoir son pays, sa région ou sa ville auprès des investisseurs étrangers ?* », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2008/2, t. XLVII, pp. 71-83. V. notamment, D. HAJKOVA, G. NICOLETTI, L. VARTIA ET K.-Y. YOO, « *La fiscalité et l'environnement des entreprises comme déterminants des investissements directs étrangers dans les pays de l'OCDE* », *Revue économique de l'OCDE*, 2006/2, n°43, p. 9-44.

¹⁷³⁶ F. HORCHANI, « *Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriäinen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 159-164.

¹⁷³⁷ Dans le cas d'un régime autoritaire comme celui de Cuba qui ne reconnaît pas la séparation des pouvoirs, où le pouvoir (au sens juridique) est concentré, l'Etat fait écran aux rapports économiques. Le sacrifice de souveraineté de l'Etat n'est pas manifeste, il conserve l'intégralité de sa puissance.

¹⁷³⁸ OMAN, C., *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? : Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Paris, Études du Centre de développement, Éditions OCDE, 2000
(<http://dx.doi.org/10.1787/9789264281080-fr>).

¹⁷³⁹ Pour aller plus loin, v. L. BOY, « *Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France)* », *art cit.*

économique de l'investisseur est alors opposable non seulement *erga omnes* – à l'égard de tous – mais aussi *erga Statum* – à l'égard de l'Etat. Une puissance augmentée par une obligation de résultat dans la protection des investisseurs et des investissements¹⁷⁴⁰ *via*, notamment la stipulation contractuelle à l'image des accords bilatéraux ou multilatéraux, des contrats privés¹⁷⁴¹. Autrement dit, la puissance de l'investisseur est fonction des niveaux de sécurité juridique de l'investissement octroyés par l'Etat-hôte. Ainsi, le droit propriété économique conféré par l'investissement international n'aura vocation à se maintenir non seulement que si l'investissement est exploité¹⁷⁴² mais aussi, surtout, que si son exploitation est paisible.

259. La neutralisation française du pouvoir de l'investisseur. Si, en principe, « les droits étatiques ne disparaissent pas mais s'adaptent en se pliant aux besoins juridiques des investisseurs »¹⁷⁴³, l'exemple français porte, en outre, dans son dispositif la relativisation du droit de propriété de l'investisseur. On distingue des mesures « translatives » de propriété et des mesures « non translatives » de propriété mais n'en demeurant pas moins menaçantes. Sur les premières, l'objet sur lequel porte l'investissement peut être le sujet d'une expropriation sous réserve qu'elle soit affectée d'un objet d'utilité publique – le juge administratif y a toutefois introduit une exigence de proportionnalité¹⁷⁴⁴ –, qu'elle ne soit pas discriminatoire et qu'elle s'accompagne d'une

¹⁷⁴⁰ LAVIEC, J.-P., *Protection et promotion des investissements*, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, 331 p. ; G. LEPAGE, « *Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger* », in S. Robert-Cuendet (Dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 389-408.

¹⁷⁴¹ On pense notamment à la détermination sur les parties (personnes privées) de la loi (protectionniste) applicable au contrat les liant (une loi qui peut être étrangère aux parties) sous réserve de lois de police ou d'ordre public, à l'insertion par les parties des « *umbrella clauses* » dans les contrats d'Etat obligeant l'Etat à respecter ses engagements vis-à-vis de l'investisseur ou encore à l'insertion de clauses compromissaires – les parties s'engagent à soumettre leur contentieux éventuel à un tribunal d'arbitrage pour une gestion objectivée. Sur ce dernier point, v. notamment, DIALLO, O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Institute Publications, 2010, 292 p. ; W. BEN HAMIDA, « *L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ?* », *International Law Forum du droit international*, vol. 7, n°4, 2005, pp. 261-272 ; G. KEUTGEN ET G.-A. DAL, « *L'efficacité de l'arbitrage* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, *op. cit.*, pp. 635-644 ; D. SMALL, « *Règlement des différends entre investisseurs et Etats d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement* », in SFDI (éd.), *un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pédone, 1999, p. 79 ; P. WEIL, « *L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois*, in *Ecrits de droit international* », Paris, PUF, 1982, pp. 409-423. **Nota bene** : L'Union européenne se dote d'un nouveau système de règlement des différends compétent à apprécier les contentieux relatifs aux investissements étrangers : l'Invest Court System (ICS). Son introduction vise à pallier l'inefficacité du CIRDI en se judiciarisant (un véritable mécanisme d'appel), en se dotant de standards de protection précis, de procédures transparentes, en garantissant le droit à réguler des Etats notamment.

¹⁷⁴² G. RIPERT, « *Ebauche d'un droit civil professionnel* », in *Etudes à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, n° 4, p. 681.

¹⁷⁴³ SALAH, M. M. *Les contradictions du droit mondialisé*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁴⁴ « (...) une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (Arrêt *Ville Nouvelle Est*, précité).

contrepartie adéquate et effective¹⁷⁴⁵. Sur les secondes, on apprend que l'investissement peut être soumis à déclaration, autorisation préalable, ou contrôle¹⁷⁴⁶. Il est, en outre, des obstacles juridiques essentiels à l'investissement comme l'illustrent la fiscalité, la concurrence, l'environnement, le travail, le séjour – l'Etat fixe librement les conditions d'admission des étrangers sur son territoire¹⁷⁴⁷ – produits d'une pure tradition juridique de l'Etat. Aussi, l'Etat peut aller jusqu'à « prescrire des résultats »¹⁷⁴⁸. Il subordonne l'octroi d'avantages – réduction ou suppression d'impôts, des formalités administratives – voire l'établissement, l'acquisition ou l'expansion de l'investissement à l'obtention de résultats tels que l'utilisation de ressources locales, la réglementation des prix notamment. En vertu d'une clause de sauvegarde¹⁷⁴⁹ dite « générale », l'Etat peut déroger à son obligation d'offrir une protection optimale à l'investissement pour des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique¹⁷⁵⁰ dans la limite de la clause de la nation la plus favorisée¹⁷⁵¹. Il en ressort une capacité à la neutralisation verticale. Si l'investissement étranger confère un droit de propriété à celui qui le réalise, variablement capable d'effriter le *monopole étatique de la violence légitime*¹⁷⁵², parallèlement l'Etat français se réserve la faculté de le conditionner conformément à ses intérêts. Mais, cette déperdition d'intensité, somme toute d'en dehors, se voit sublimée par l'en dedans contractuel donnant à observer dépendance et interdépendance économiques. L'intégration économique régionale atteint, sous cette forme, l'optimalité.

¹⁷⁴⁵ Art. 13 §1 du Traité sur la Charte de l'Energie, précité. V. également, Art. 17 DDHC et 545 du C. civ., précités. Pour aller plus loin, v. CARREAU, D. ET AL. *Droit international économique, op. cit.*, pp. 655-679.

¹⁷⁴⁶ Art. L. 151-2 et s. du Code monétaire et financier.

¹⁷⁴⁷ Voir *infra* paragraphes n° 360 et suivants.

¹⁷⁴⁸ A. GILLES-YEUM, « *La liberté d'investissement* », in S. Robert-Cuendet (Dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées, op. cit.*, p. 57 et s.

¹⁷⁴⁹ « Disposition incluse dans certaines conventions internationales et permettant à l'un des contractants qui l'invoque – dans les circonstances particulières prévues par la convention et conformément à une procédure spécifique fixée par la convention – de déroger temporairement aux autres dispositions que contient ladite convention et de se soustraire en tout ou en partie aux obligations découlant de celle-ci » CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁵⁰ Art. 65 §1, b) TFUE. L'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tel qu'amendé par le Protocole n° 11 dispose : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* » v. en ce sens, F. HORCHANI, « *Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriäinen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme, op. cit.*, pp. 139-166.

¹⁷⁵¹ « Disposition par laquelle un Etat s'engage à accorder à un autre Etat ou aux ressortissants de celui-ci le traitement le plus avantageux qu'il a déjà accordé ou qu'il viendrait à accorder à un autre partenaire (Etat tiers ou ressortissants de celui-ci) » CORNU, G. *ibid.*, p. 677.

¹⁷⁵² Périphrase désignant la souveraineté de l'Etat. v. WEBER, M., *Le savant et le politique*, Paris, Editions 10/18, 2005, 224 p.

Chapitre 1. Du normativisme par la dépendance économique dans le contrat

260. **Une injustice contractuelle¹⁷⁵³ non litigieuse.** S'il peut advenir qu'un état de dépendance économique couvre toute la surface d'une relation contractuelle générant, par là même, une disproportion relationnelle, il n'apparaît pas, en toutes circonstances, litigieux. Seul l'abus d'un état de dépendance économique l'est¹⁷⁵⁴. La simple existence ou préexistence de l'état de faiblesse financière notamment d'une partie ne saurait altérer l'équilibre du contrat et justifier l'entremise du droit¹⁷⁵⁵ : « l'équilibre ou le déséquilibre d'un contrat économique fait partie de (*la*) nature et de (*l'*) essence »¹⁷⁵⁶ du contrat économique. Ainsi, la dépendance économique est effective dès lors que « la survie économique de l'une des parties peut dépendre de la poursuite des relations engagées avec son partenaire »¹⁷⁵⁷. Selon le contrat, elle se matérialise, traditionnellement, par la part disproportionnée de marché de l'un des cocontractants, par son pouvoir de direction, par son degré d'expertise déterminant dans le rapport contractuel notamment. Parfois, le déséquilibre entre les parties est tel qu'il n'est nul besoin de descendre dans le détail du contrat. Ce sont les signes extérieurs de dépendance économique. Les contrats, qui en sont les hôtes, s'apprécient comme des

¹⁷⁵³ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177 ; T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, p. 1217.

¹⁷⁵⁴ Art. L. 420-2 al. 2 du Code de commerce. v. notamment, L. BOY, « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? », *Revue Lamy de la concurrence*, 1^{er} avril 2010, n° 23, p. 93 ; F. C. JEANTET, « L'exploitation abusive de l'état de dépendance économique », *LPA*, 28 mars 1988, p. 32 ; M. GLAIS, « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : analyse économique », *Gaz. Pal.*, 1989, 1, Doctr., p. 290 ; M. PEDAMON, « Les abus de domination », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1987, 1, p. 5. Il en va également en droit de la consommation (Art. L. 212-1 du Code de la consommation).

¹⁷⁵⁵ Le cocontractant en position de force économique doit en abuser pour obtenir un avantage significatif de nature à rendre illégitime les actions accomplies par lui en vue d'y parvenir (Cass. com., 20 mai 1980, n° 78-10833, *Bull.*

¹⁷⁵⁶ Gilles Martin cité in L. BOY, « Les "utilités" du contrat », *op. cit.* Italiques ajoutés.

¹⁷⁵⁷ G. Virassamy cité in M. M. SALAH, « Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois », *art. cit.*, p. 482. C'est singulièrement dans le domaine économique que la dépendance trouve un terrain d'expression. Ainsi, la Cour de cassation définit l'état de dépendance économique comme « (...) l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise » Cass. com. 12 février 2013, n° 12-13603, *Bull.* ; v. également, Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-21850, inédit. DE BOÜARD, F., *La dépendance économique née d'un contrat d'intégration en droit des obligations*, Paris, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, L.G.D.J., t. 3, 2007, p. 16 ; La dépendance économique est aussi révélée au travers de la notion de pouvoir économique, lequel est déterminé par la réalité du contrôle DEL CONT, C., *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 21 et s. ; v. également, CHAZAL, J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse de doctorat, droit, Université Lille III, 1996.

contrats d'adhésion¹⁷⁵⁸ – « la convention des parties engendre un contrat déraisonnable »¹⁷⁵⁹. Alors, selon qu'elle sera concentrée – irriguée par une quantité suffisante de contrôle¹⁷⁶⁰ à l'image des contrats de franchisage où le franchisé doit faire face à l'absorption de son indépendance juridique par la programmation de sa dépendance économique par le franchiseur – (**Section 1**) ou déconcentrée – drainée par une quantité suffisante d'autonomie du faible présumé à l'image des contrats de sous-traitance – (**Section 2**) dans le contrat, elle sera, variablement, en capacité d'offrir l'intensité juridique recherchée nécessaire à l'intégration régionale.

Section 1. La concentration du pouvoir économique dans le contrat : l'exemple des contrats de distribution.

261. Un effet concentrationniste.

« (...) Le pouvoir de marché d'une grande entreprise lui permet par voie « contractuelle » de « vassaliser » des petites entreprises titulaires de leurs biens de production dont la grande entreprise acquiert de fait la maîtrise »¹⁷⁶¹.

La maîtrise ou contrôle, qui est « le droit de disposer de l'entreprise comme un propriétaire »¹⁷⁶², échappe à la partie la plus faible. Il en va ainsi des contrats de distributions. Dans ces montages, la

¹⁷⁵⁸ Art. 1110, al. 2 du Code civil : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». v. en ce sens, V. notamment, BRIEND, C. *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, op. cit. ; DOLAT, J., *Les contrats d'adhésion*, Thèse de doctorat, droit, Paris, 1915 ; DOMERGUE, M., *Etude d'ensemble sur les contrats d'adhésion*, Thèse de doctorat, droit, Toulouse, 1936. ; PICHON, V., *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, Thèse de doctorat, droit, Lyon, 1913 ; G. DEREUX, « *De la nature juridique des contrats d'adhésion* », RTD civ., 1910, p. 503 ; A. RIEG, « *Contrats types et contrats d'adhésion* », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, t. 33, 1970, p. 105 et s. ; F.-X. TESTU, « *Le juge et le contrat d'adhésion* », JCP G 1993, I, p. 3673.

¹⁷⁵⁹ J.-P. CHAZAL, « *Justice contractuelle* », in Cadiet, L. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1.

¹⁷⁶⁰ « (...) dans le vaste secteur de l'intégration économique, la mise en œuvre de la notion de contrôle conduit à relever l'existence d'un pôle intégrateur, qui impose par le biais de clauses contractuelles sa politique d'organisation d'un réseau économique. Ici le pouvoir économique se dissimule derrière la forme contractuelle qui présuppose l'existence de sujets de droit égaux » M. MOHAMED SALAH, « *Droit économique et droit international privé : Présentation ? Ouverture* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIV, n° 1, 2010, pp. 24-25.

¹⁷⁶¹ L. BOY, « *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?* », art. cit., p. 93.

¹⁷⁶² CHAMPAUD, C. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, n° 184 bis, p. 161. « Traditionnellement, le noyau dur du droit de propriété réside dans l'abus, c'est-à-dire la faculté de détruire, d'aliéner la chose mais aussi d'en choisir le mode d'exploitation » L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », art. cit. V. notamment, BLIN-FRANÇHOMME, M.-P. *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires (droit interne-droit communautaire)*, Université Toulouse I, 1998 ; A. COURET, « *Retour sur la notion de contrôle* », RJDA, 4/1998, p. 279.

partie résolument faible – le franchisé (**I**) ; le distributeur sélectionné (**II**) –, quoique juridiquement indépendante, ne jouit, somme toute, que d'une *indépendance juridique formelle*¹⁷⁶³ subsumée par la réalité de sa dépendance économique substantielle. Une dépendance pour le moins partielle puisque l'accès direct au marché, dont le défaut est un critère de dépendance, est, dans une certaine mesure, préservé. Pour autant, si ces contrats se caractérisent par un rééquilibrage du rapport juridique portant à croire en son horizontalité, en réalité, ce rééquilibrage ne vise « que » l'étoffement des moyens de protection du faible cocontractant – à défaut duquel il se verrait consumé – et n'actionne en rien l'érosion du pouvoir du cocontractant le plus fort – il n'est pas besoin que la capacité au contrôle présente un caractère absolu pour annihiler l'effet concentrationniste.

I. Un contrôle maximum exercé par le franchiseur

262. Le contrat de franchise : présentation. Génériquement contrat innommé¹⁷⁶⁴ de distribution, le franchisage, licite¹⁷⁶⁵, se matérialise sous la forme « (...) (*d'un*) contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises dénommées franchisées le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage

¹⁷⁶³ E.g. Art. A. 441-1 du Code de commerce : « Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente ».

¹⁷⁶⁴ Cette expression désigne « (...) tous (*les contrats*) qui, fruits de l'imagination de la pratique, sont soumis, à défaut de dénomination propre et réglementation particulière dans la loi, au droit commun des contrats (...) » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁷⁶⁵ Le contrat de franchise ne doit pas contrevenir aux dispositions de l'article L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. L'extension de licéité offerte par le droit de la concurrence implique le recours à la règle de raison – voir *supra* paragraphe n° 177 –, à moins que le contrat de franchisage entre dans le champ d'application de l'exemption catégorielle : ni le distributeur ni le fournisseur ne doivent détenir plus de 30 % de parts de marché (Art. 3 §1 du Règlement n° 330-2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE n° L. 102/1 du 23 avril 2010, pp. 1-7) sous réserve des restrictions prévues à l'article 4, dudit Règlement. *Confer* Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° C-130 du 19 mai 2010, pp. 1-46, pts. 86 à 92, spéc. 90).

concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables (...) »¹⁷⁶⁶.

Organisant de nombreuses filières du tourisme notamment comme l'illustrent le luxe, l'hôtellerie, la restauration, les agences immobilières, l'entretien des voitures, les loisirs, les centres de remise en forme, l'alimentation, il se décline en plusieurs catégories et sous-catégories classifiables. Une classification, tout d'abord, selon son objet – franchise de service, franchise industrielle ou de production, franchise de distribution¹⁷⁶⁷ –, ensuite selon son mode d'exploitation – la franchise de comptoir ou franchise-corner, la franchise financière, la franchise participative et la master-franchise¹⁷⁶⁸. C'est un contrat « polymorphe »¹⁷⁶⁹. Tout distincts qu'ils soient, les contrats de franchise sont des contrats-cadres. Plusieurs contrats d'application à l'objet variable sont conclus entre franchiseur et franchisé – contrat d'assistance, de concession de marque et/ou d'enseigne, de licence de savoir-faire notamment. Ils sont relatifs et disposent du même substrat. Les contrats de franchise emportent un effet translatif de marque, de savoir-faire et d'assistance technique et commerciale du franchiseur mis à disposition à titre onéreux¹⁷⁷⁰. Le franchisé devra s'acquitter notamment de droits d'entrée, redevances d'exploitation et de communication, du paiement de la livraison de biens et d'une gestion *en bon père de famille*.

¹⁷⁶⁶ Cour d'appel de Toulouse, 25 mai 2004, n° 02/02808, Juris-Data n° 2004-247226. CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Aff. n°161/84, *Rec.*, 1986, p. 353, pt. 15.

¹⁷⁶⁷ Arrêt *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, précité, pt. 13. Pour une vue d'ensemble, v. LE TOURNEAU, PH., *Les contrats de franchisage*, Paris, Litec, 2007, 323 p. ; PH. LE TOURNEAU ET M. ZOÏA, « *Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage* », J.-Cl. Contrats - Distribution, 2002, Fasc. 1045.

¹⁷⁶⁸ BOUVIER, A., *Regards sur le contrat de franchise*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, Collège doctoral du Languedoc-Roussillon, Montpellier, 2015, n° 13, (tel-01342586). Plus particulièrement, v. G. AMEDEV-MANESME, « *Le contrat de "corner"* », RJ com. avril 1993, p. 89 ; S. BEAUGENDRE, « *La multi-franchise* », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 49-60 ; B. DONDERO, « *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative* », JCP E 2012, n°1671.

¹⁷⁶⁹ LE TOURNEAU, P., *Les contrats de franchisage : franchisage de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier, franchisage international, franchisage de service, (fondement, protection, Droit de la concurrence)*, Paris, Litec, 2e éd, 2007, n° 44.

¹⁷⁷⁰ L'article 1^{er} §1, g) du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées définit le savoir-faire comme « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité* », précité. *Cass. com.*, 9 octobre 1990, n° 89-13384, inédit. V. sur ce point, D. BASCHET, « *Le savoir-faire dans le contrat de franchise* », *Gaz. Pal.*, 1994, 1, doct., p. 690 ; D. FERRIER, « *Franchise et savoir-faire* », in *Mélanges à l'honneur de J.-J. Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 157 ; O. GAST, « *Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir* », *Les Petites Affiches*, novembre 1995, n° 132. En général, le franchisé s'acquitte d'un « droit proportionnel » allant de 0,5 à 20% du chiffre d'affaires (FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 105). v. sur ce point, O. GAST, « *Comment évaluer financièrement un savoir-faire ?* », *LPA*, 1993, n° 3, p. 9. Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, pt. 189

263. Typologie de la dépendance économique.

« La franchise n'est pas un système où l'on peut prendre ce qui paraît bien et laisser ce qui ne paraît pas bien, car il n'appartient pas au franchisé d'en juger »¹⁷⁷¹.

Sont ici posées les premières pierres de la dépendance économique du franchisé. La négociation, élément fondamental de la justice contractuelle¹⁷⁷², y est anéantie. Ce « contrat » aux accents réglementaires est mué alors en contrat d'adhésion caractérisable par la disproportion de puissance de l'un des cocontractants¹⁷⁷³.

Si la franchise présente des signes d'équilibre du rapport contractuel dont les manifestations principales sont l'indépendance juridique du franchisé, le bénéfice des notoriété, image et savoir-faire du franchiseur – la viabilité de ce bénéfice étant consubstantielle de la permanence d'un comportement positif du franchiseur –, elle est le terrain de rapports particulièrement déséquilibrés au profit du franchiseur visant au contrôle du processus de distribution de bout en bout :

« La mixité d'un réseau, composé simultanément d'unités détenues en propre et d'unités franchisées, confère (*au franchiseur*) une capacité de couverture et d'adaptation aux conditions de concurrence souvent supérieure (...). (*En vertu de la théorie de l'agence*), le contrat de franchise concilie au mieux le besoin de contrôle du franchiseur, sa volonté d'augmenter ses parts de marché, la gestion des coûts de contrôle et l'intéressement par la rentabilité chez le franchisé »¹⁷⁷⁴.

Bien qu'elle constitue le moyen pour le franchiseur de se développer – il n'est d'ailleurs pas déraisonnable d'en déduire une instrumentalisation de la perspective de rentabilité du franchisé par le franchiseur –, « il existe un « effet de chaîne » : la marque de location d'une voiture a d'autant plus de succès qu'elle est présente dans le plus grand nombre de lieux »¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷¹ J.-M. LELOUP, « *Les rapports juridiques dans le contrat de franchise*, in *Aspects juridiques de la franchise* », Journée d'étude de la faculté de Lyon, 1986, p. 13 et spéc., p. 32.

¹⁷⁷² P. GROSSER, « *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016, p. 270.

¹⁷⁷³ Art. 1110, al. 2 du Code civil. V. DUTTO, « *De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats* », AJ Contrat, Avril 2017, pp. 159-163, spéc. pp. 161-162. V. également, T. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771.

¹⁷⁷⁴ VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, Paris, LawLex, Bruylant, t. 2, 2015, p. 677.

¹⁷⁷⁵ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 103.

Si l'indépendance économique du franchisé a, parfois, été reconnue¹⁷⁷⁶, c'est en réalité une présomption de dépendance économique, parfois abusive¹⁷⁷⁷, qui, naturellement, pèse sur lui¹⁷⁷⁸. Au point que la charge de la preuve de son indépendance lui incombe¹⁷⁷⁹.

264. Un effet vertical. Outre les traditionnels lieux – la marque, le savoir-faire, l'assistance technique et commerciale notamment –, la dépendance économique peut être révélée sous le prisme du droit du travail¹⁷⁸⁰. Les juges sont, parfois, amenés à dégager l'existence d'un lien de subordination¹⁷⁸¹ très fort entre franchiseur et franchisé et, conséquemment, à requalifier le contrat de franchisage en contrat de travail¹⁷⁸² en vertu duquel le franchisé mettrait en location sa force de travail. Il arrive qu'ils retiennent, en substance, l'« état (ou plutôt le degré) de subordination économique »¹⁷⁸³ du franchisé sans se borner à rechercher la subordination telle que la conçoit le droit du travail¹⁷⁸⁴. Un tel montage expose le franchiseur au risque de poursuite par les créanciers du franchisé en sa qualité d'employeur.

¹⁷⁷⁶ Cass. civ., 3^e, 27 mars 2002, *Bull.* n° 00-20732.

¹⁷⁷⁷ La Cour de cassation a reconnu que la circonstance « privant de trouver des solutions alternatives » est constitutive d'abus de dépendance économique Cass. com., 16 décembre 1997, n° 95-21555, *Bull.* v. Art. L. 420-2, al. 2 du Code de commerce.

¹⁷⁷⁸ D. FERRIER, « *La rupture du contrat de franchisage* », JCP CI 1977, I, 12441, p. 269 et spéc., n°25, p. 274.

¹⁷⁷⁹ « Pour qu'un locataire franchisé ou un concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il doit apporter la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle, indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque » Cour d'appel de Paris, 6 février 1996, JCP G 1997, II, n° 22818.

¹⁷⁸⁰ H. KENFACK, « *Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du Code du travail à une relation commerciale* », D. 20 juin 2002, n° 24, jurisprudence, commentaires, p. 1934 ; A. JEAMMAUD, « *L'assimilation des franchisés aux salariés* », Droit social, 20 février 2002, n° 2, p. 158 ; G. PICCA ET A. SAURET, « *Contrat de franchise ou statut de salarié* », Petites Affiches, 11 avril 2002, n° 73, p. 14 ; R. PIHERY, « *L'appréhension des accords de réseau par le droit social : Pour une reconnaissance des spécificités de la franchise* », AJCA, janvier 2016, pp. 11-16.

¹⁷⁸¹ La chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que le lien de subordination juridique est constitué « (...) par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements » (Cass. soc., 23 novembre 2005, *Bull.* n° 04-40749). Art. L.8221-6, II du Code du travail.

¹⁷⁸² Cass. soc., 18 juillet 2001, n° 98-40307, inédit. V. également, Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-16342, inédit.

Nota bene : une telle requalification a vocation à écarter l'application d'une loi étrangère en France au profit de la réglementation française car les règles régissant le droit du travail sont considérées comme des lois de police.

¹⁷⁸³ L. AMIEL-COSME, « *Requalification d'un contrat de franchise en contrat de gérance salariée par application de l'article L.781-1, 2° du Code du travail* », D. 1997, p. 10. Parenthèses ajoutées.

¹⁷⁸⁴ Cass. soc., 4 décembre 2001, *Société Franche acheminement c/ Sierra*, *Bull.* n° 99-41265 ; Cass. soc., 18 janvier 2012, n°10-16.342.

La dépendance économique se révèle également sous le prisme du droit de la concurrence¹⁷⁸⁵. Il se pose en *Janus Bifrons* du contrat de franchise car, à la fois, garde-fou¹⁷⁸⁶ – l'interdiction de l'abus de position dominante¹⁷⁸⁷, des prix imposés¹⁷⁸⁸ notamment – et facilitateur de dépendance au moment de la convocation de certaines clauses contractuelles¹⁷⁸⁹.

On distingue alors deux phases d'impact des clauses : une phase contractuelle et une phase post-contractuelle.

« (...) L'objet économiquement poursuivi est le verrouillage du réseau et sa stabilité (...) »¹⁷⁹⁰.

Durant la phase contractuelle, on distingue notamment, la clause de non-concurrence très fréquente dans les contrats de franchises¹⁷⁹¹. Elle s'étend à la constitution de société, la prise de participation directe ou indirecte, la fusion notamment. La clause de non-concurrence peut également prendre la forme d'une clause de fourniture ou d'approvisionnement exclusif tolérée lorsqu'elle apparaît « indispensable pour la mise en œuvre du concept du franchiseur, à l'identité commune, à l'image, la réputation du réseau »¹⁷⁹² dans une limite de cinq ans¹⁷⁹³.

¹⁷⁸⁵ Le contrat de franchise fait partie de « ces contrats (*qui*) ont conduit à organiser un contrôle de leur conformité à l'ordre public concurrentiel, tant leur fonction concentrationniste peut entrer en conflit avec le principe de concurrence » L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », *art. cit.* Italiques ajoutés.

¹⁷⁸⁶ « Garde-fou du système économique libéral » selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche (M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit de la régulation* », *art. cit.*, p. 610).

¹⁷⁸⁷ Art. 102 al. 1^{er} TFUE ; Art. L.420-2, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁷⁸⁸ Art. L.442-5 du Code de commerce. v. T. GRANIER, « *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence* », RTD com. 1991, p. 358.

¹⁷⁸⁹ « la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait ainsi résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée » Décision de l'Autorité de la concurrence n°10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, n° 163.

¹⁷⁹⁰ L. BOY, « *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?* », *art. cit.*

¹⁷⁹¹ « Pendant toute la durée du contrat, le franchisé s'interdit de commercialiser, directement ou indirectement par toute personne physique ou morale interposée y compris par les détenteurs de son capital social, tout produit concurrent de ceux commercialisés par le franchiseur, que ceux-ci fassent ou non partie des produits faisant l'objet du présent contrat, de proposer tout service concurrent des services du franchiseur ; de prospecter en dehors du territoire contractuel » LELOUP, J.-M., *La franchise : droit et pratique*, 4. éd., Paris, Delmas, 2004, n° 1220, p. 221.

¹⁷⁹² Cass. com., 6 avril 1999, *Bull.* n° 96-17332. V. également, Cass. com., 2 juillet 2002, n° 00-14939. Décision du Conseil de la concurrence n° 94-D-32 du 24 mai 1994 relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise. *Contra* Décision du Conseil de la concurrence n° 97-D-48 du 18 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transactions immobilières entre particuliers par les entreprises du réseau de franchise ERAS. V. notamment, J.-M. LELOUP, « *Les clauses d'approvisionnement exclusif : droit d'origine interne et communautaire* », D. 1999, p. 1166. et H. BENSOUSSAN, « *Réseau de franchise. De l'obligation d'approvisionnement exclusif à l'achat privilégié d'intérêt commun* », D. 1998, p. 454.

¹⁷⁹³ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, § 66.

L'insertion d'une clause d'exclusivité territoriale, inhérente à la distribution exclusive, bien que n'étant pas systématique dans les contrats de franchise¹⁷⁹⁴, est aussi éclairante. Selon cette clause, pendant toute la durée du contrat, le franchisé « ne (peut) exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur (...) »¹⁷⁹⁵. Cette clause connaît une limite dans son application en Outre-mer puisque « sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises »¹⁷⁹⁶. A moins qu'il soit justifié « qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte »¹⁷⁹⁷ afin de bénéficier d'une exemption individuelle.

Cette apparente dépendance économique ne s'éteint pas à l'extinction des relations contractuelles. Au contraire, elle se voit prolongée : « (...) les clauses organisent la dépendance de sorte que la sortie du réseau soit rendue quasiment impossible et que, lorsqu'exceptionnellement, elle l'est, la survie de l'entreprise soit pratiquement « irrémédiablement compromise »¹⁷⁹⁸. Ainsi, durant la phase post-contractuelle, se côtoient clause de non-(ré)affiliation¹⁷⁹⁹, de non-concurrence post-contractuelle¹⁸⁰⁰ ou encore de restitution notamment. A l'expiration du contrat, le franchisé devra supprimer toute référence à la marque du franchiseur et devra en conséquence cesser d'utiliser

¹⁷⁹⁴ « (...) le contrat de franchise n'est pas nul par le seul fait de l'absence d'une clause d'exclusivité territoriale (...) » Cass. com., 9 novembre 1993, n° 91-20382, Bull.

¹⁷⁹⁵ Art. 3 §1, c) de l'ancien Règlement n° 4087/88, JO n° L. 359 du 28 décembre 1988, pp. 46-52. Confer Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2002, Juris-Data, n° 2002-174913.

¹⁷⁹⁶ Art. L. 420-2-1 du Code de commerce.

¹⁷⁹⁷ Art. L. 420-4, III, al. 1^{er} du Code du commerce.

¹⁷⁹⁸ L. BOY, « *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?* », art. cit. ; « (...) c'est en fin de contrat que (la position des franchisés) est fragile » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit. p. 105.

¹⁷⁹⁹ Si elle emprunte les mêmes atours que la clause de non-concurrence post-contractuelle – « (...) les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence post-contractuelles ne sont licites que dans la mesure où elles sont inhérentes à la franchise, c'est-à-dire où elles sont indispensables pour assurer la protection du savoir-faire transmis, qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau, et laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité, et à condition qu'elles restent proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent (...) » (Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-18710 –, sa faculté d'empêchement ne porte que sur l'adhésion de l'ancien franchisé à une enseigne de même nature. Sur ce point, v., M. MALAURIE-VIGNAL, « *Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation* », JCP E, p. 1402.

¹⁸⁰⁰ « En présence d'une clause de non-concurrence, il n'est plus possible, pour l'ancien franchisé, de continuer la même activité ; tout au moins, ce n'est plus possible au même endroit » (ASSEMBLEE NATIONALE, *Commerce et artisanat (franchises – rapports entre franchiseurs et franchisés)*, question n°10359, publication au JO du 10 mars 2003). La validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réaffirmée par la Cour de cassation (Cass. com., 24 novembre 2009, Bull. n°08-17650). Confer art. L. 341-2, II du Code de commerce. v. notamment, M. CELAYA, « *Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoisement* », Revue Lamy Droit des affaires, 2012, n° 4181 ; A. RIERA, « *Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise* », Revue Lamy de la concurrence, 1^{er} avril 2010, n° 23 ; FRISON-ROCHE M.-A. ET BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, op. cit., pp. 325-334. ; M. MARCINKOWSKI, « *La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise* », AJCA, janvier 2016, pp. 16-20.

l'enseigne, les documents et papiers commerciaux sur lesquels figurent les signes distinctifs du franchiseur¹⁸⁰¹. Il peut aussi être insérée une clause de non reprise des stocks¹⁸⁰².

La violation par le franchisé de ces clauses entraîne de nombreux effets potentiels parmi lesquels la résolution du contrat à ses torts ou son exécution forcée. C'est aussi l'ombre menaçante de ces effets qui le fait dépendre économiquement.

On déduit deux causes de dépendance économique. L'une intentionnelle. GERARD FARJAT attirait l'attention sur l'importance de la fin que peut poursuivre le franchiseur. Elle se décline, selon lui, en trois pôles différents : la coopération, le profit, l'intégration¹⁸⁰³. L'autre non-intentionnelle. La dépendance économique peut être constituée distinctement de la volonté du franchiseur en vertu de la simple rationalité juridique¹⁸⁰⁴.

265. Une impression d'horizontalité : des mesures correctives. Conclues *intuitu personae*¹⁸⁰⁵, les contrats de franchise créent des liens presque filiaux entre franchiseur et franchisé caractérisés par le contrôle¹⁸⁰⁶ de ce dernier. Pour autant, le franchiseur n'apparaît pas complètement immunisé. On assiste à la conjuration, jugulée, de l'unilatéralité du rapport franchiseur-franchisé. En premier lieu, au travers de l'application des principes du droit des contrats tels que la force obligatoire du contrat¹⁸⁰⁷, l'obligation bilatérale de bonne foi dans les négociation

¹⁸⁰¹ AL SURAIHY, Y., *La fin du contrat de franchise*, Thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 2008, p. 353.

¹⁸⁰² Après un revirement de jurisprudence, la Cour d'appel de Paris a estimé que « (...) l'équilibre des obligations voulu par les parties serait rompu si l'on supprimait le risque sciemment accepté par le revendeur de se trouver en fin de contrat avec un stock qu'il lui serait désormais plus difficile d'écouler ». Le franchiseur a alors toute latitude pour refuser la reprise des stocks (Cour d'appel de Paris 19 novembre 1969, JCP. 1970, II, n° 87387).

¹⁸⁰³ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 104. V. notamment, M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Les obstacles à la sortie du franchisé* », Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} juillet 2012, n° 73.

¹⁸⁰⁴ L'article 3 §1 de l'ancien Règlement (CEE) n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, précité, disposait : « *(Les clauses) sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau* ». Parenthèses ajoutées. V. *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, op. cit., § 45.

¹⁸⁰⁵ Henri De Page définissait le contrat *intuitu personae* comme le contrat dans lequel « la considération de la personne de l'un des contractants est, pour l'autre partie, l'élément déterminant de la conclusion du contrat » DE PAGE, H., *Traité élémentaire*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 460 bis, p. 431. Il emporte de nombreuses conséquences parmi lesquelles l'exécution personnelle par le contractant, l'extinction du contrat en cas de survenance du décès, d'incapacité du contractant notamment, il ne peut être cédé, l'erreur sur la personne entraîne sa nullité. Une fois le contrat de franchise formé tout changement en la personne de l'un des cocontractants est suffisamment légitime pour s'opposer à sa poursuite : c'est le cas d'une transmission à cause de mort (Cour d'appel de Poitiers, 17 juin 1981, JCP G 1984, II, n° 20184) ; d'un changement dans le contrôle du franchisé (Cour d'appel de Paris, 3 juillet 1998, *Société ITM Entreprises*, LPA 2000, n° 7, p. 10. ; voire le redressement judiciaire du franchiseur (Cour d'appel de Paris, 15 décembre 1992, LPA 1993, n° 152, p. 16)

¹⁸⁰⁶ « (...) (Le contrôle) découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise (...) » (Art. L.430-1 du Code de commerce).

¹⁸⁰⁷ Art. 1103 du Code civil.

et exécution du contrat¹⁸⁰⁸, l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur¹⁸⁰⁹, de l'expression d'un consentement exempt de vices¹⁸¹⁰ notamment. En deuxième lieu, au travers des droits au profit du franchisé susceptibles d'entraîner, en cas de violation, défaillance ou immixtion sévère, l'engagement de la responsabilité économique du franchiseur¹⁸¹¹. Ils tiennent notamment à la mise à disposition d'un signe distinctif¹⁸¹², à l'interdiction des prix de vente imposés¹⁸¹³, l'interdiction de pratiques commerciales trompeuses¹⁸¹⁴, au droit d'être assisté tout au long du contrat¹⁸¹⁵, au droit à l'indépendance juridique, au droit à une réitération effective de la réussite du franchiseur par la transmission d'un savoir-faire original, éprouvé et consistant. Cependant, si ces droits ont vocation au rééquilibrage du lien contractuel – le contrat de franchisage est un contrat d'intérêts convergents¹⁸¹⁶ –, ils ne sauraient ni relativiser le pouvoir de contrôle du franchiseur ni équivaloir aux siens. Ils ne sont, somme toute, que garants de l'exécution normale des obligations de ce dernier, lequel, agissant en « bon marchand »¹⁸¹⁷, conserverait la plénitude de son pouvoir.

Dans le contrat de franchisage, le verrouillage de la relation contractuelle naît de la jouissance de son pouvoir par la partie forte du contrat. Si, ce mode d'expression de la dépendance économique ne saurait, on le verra, faire l'objet d'une généralisation, il semble constituer un modèle

¹⁸⁰⁸ Art. 1104, al. 1^{er} du Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». B. CRESSARD, « *Contrat de franchise et bonne foi - Repères et perspectives* », AJ Contrat, Avril 2017, pp. 163-168.

¹⁸⁰⁹ Art. L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce. Sur ce point, v. notamment, G. VIRASSAMY, « *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1999 (art. 1^{er})* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 1990, n° 25.

¹⁸¹⁰ Art. 1130 et s. du Code civil.

¹⁸¹¹ O. DESCHAMPS ET J.-L. FOURGOUX, « *La responsabilité du franchiseur vis-à-vis des franchisés : Revue pratique de la jurisprudence récente* », AJCA, mai 2014, pp. 56-60 ; N. DISSAUX, « *La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé* », AJCA, mai 2014, pp. 60-65 ; F. REILLE, « *La responsabilité du franchiseur dans le cadre de la procédure collective du franchisé* », AJCA, mai 2014, pp. 65-68 ; LEBRETON, S. *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : contribution à la théorie de l'abus dans l'exercice des droits, au regard des contrats de distribution*, Paris, L.G.D.J., 1998, 750 p.

¹⁸¹² Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, § 189. v. PH. MOZAS, « *La licence de marque dans le contrat de franchise* », in Saintourens, B. et Zennaki, D., *Les contrats de distribution*, Presses universitaires de Bordeaux, 2011, p. 119.

¹⁸¹³ En matière d'imposition de prix minimal, *confer* l'article L. 442-5 du Code de commerce. En outre, une telle méthode peut être sanctionnée en vertu de l'article L. 420-1 dudit code interdisant les pratiques concertées.

¹⁸¹⁴ Art. L. 121-2 et s. du Code de la consommation. v. notamment, Cass. crim., 16 avril 1992, n° 91-81578, inédit.

¹⁸¹⁵ « Outre une licence de droits de propriété intellectuels, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée » Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, § 189.

¹⁸¹⁶ PH. BRIAND, « *Libres enfants de la franchise* », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, *op. cit.*, pp. 163-175, spéc. pp. 171-173. L'auteur postule le contrat de franchisage en contrat de liberté, laquelle liberté connaît des degrés d'expression.

¹⁸¹⁷ Une expression désignant le comportement diligent qu'aurait un opérateur économique abstrait dans une situation donnée.

référentiel d'organisation des rapports, y compris lorsque les intérêts des parties au contrat sont divergents à la source comme l'illustre particulièrement la distribution sélective.

II. Un contrôle minimum exercé par le fournisseur dans le cadre de la distribution sélective

266. La légalité de la distribution sélective en outre-mer. La distribution exclusive¹⁸¹⁸ apparaît inopérante en Outre-mer en raison de sa nature immodérément restrictive de concurrence¹⁸¹⁹ – bien qu'il existe notamment des exclusivités de fait ne nécessitant pas l'existence d'un accord pour être matérielles. Il reste le contrat cadre¹⁸²⁰ – assorti de contrats d'application fixant les modalités d'exécution de l'opération économique –, licite¹⁸²¹, de distribution sélective.

¹⁸¹⁸ Il s'agit d'un contrat-cadre par lequel « un commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou d'un industriel, appelé concédant, pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, la distribution de produits dont le monopole de revente lui est concédé » C. CHAMPAUD, « *La concession commerciale* », RTD com., 1963, p. 451 et s., n° 24. V. également, CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 358. VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, op. cit., pp. 245-430.

¹⁸¹⁹ Depuis 2012 – trois ans après les manifestations contre la vie chère ayant paralysé l'outre-mer –, « sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées (« les accords et pratiques concertées concernent les conditions dans lesquelles les parties à l'accord, à savoir le fournisseur et l'acheteur, « peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services » Lignes directrices sur les restrictions verticales, op. cit., pt. 25, d) ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises » Art. L. 420-2-1 du Code de commerce. A moins qu'il soit justifié « qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte » (Art. L. 420-4, III, al. 1^{er} du Code du commerce). Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, précité, pt. 135. V. notamment, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-14 du 10 septembre 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Bolton Solitaire SAS, Danone SA, Johnson & Johnson Santé et Beauté France SAS et Pernod-Ricard SA dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outremer ; n° 16-D-15 du 6 juillet 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer ; n° 17-D-14 du 27 juillet 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer ; n° 18-D-03 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de pièges à termites à base de biocides à La Réunion, aux Antilles et en Guyane. Sur ce point, v. notamment, N. ERESEO, « *L'encadrement juridique des droits exclusifs d'importation consentis outre-mer* », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B. (Dir.), *La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012*, op. cit., pp. 39-56.

¹⁸²⁰ Art. 1111 du Code civil. v. GATSI, J., *Le contrat cadre*, Paris, L.G.D.J., 1996 ; J. GHESTIN, « *La notion de contrat cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent* », JCP, cahier de droit de l'entreprise, 1997, p. 7. F. POLLAUD-DULIAN ET A. RONZANO, « *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes* », RTD com., 1996, p. 180.

¹⁸²¹ Voir *supra* note n° 1765. On invoque, en cas d'inéligibilité au dispositif relatif à la règle de raison, ou encore celui relatif à l'exemption catégorielle, la possibilité d'une exemption dite individuelle au titre de l'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce à laquelle répondent les produits du luxe (Cass. com., 4 mai 1999, n° 97-13402, inédit).

267. **Cadrage.** Le contrat de distribution sélective est un contrat qui vise généralement les produits du luxe – vêtements, sacs, montres, parfums, produits de maquillage notamment –¹⁸²², de haute technicité – outils multimédia notamment – pour lesquels une distribution de masse aurait pour conséquence fâcheuse de les abâtardir car faiblement substituables. Du point de vue du droit, il est le contrat par lequel « (...) le fournisseur s’engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu’à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s’engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l’opération de ce système »¹⁸²³. Il peut s’agir d’un contrat en contrôle direct – le contrat lie le fournisseur directement à ses distributeurs agréés – ou en contrôle intermédié – le contrat lie le fournisseur à un distributeur principal (grossiste) lui-même lié à un distributeur secondaire (détaillant). Dans ce dernier cas, il incombera au distributeur principal d’habiliter le distributeur secondaire conformément aux obligations découlant du contrat cadre. Partant, il est, formellement, le terrain d’un conflit d’intérêts. Le contrat de distribution sélective est une « mise en balance (*de*) la liberté de l’industrie : liberté pour le fournisseur de définir les conditions de commercialisation de ses produits, et la liberté du commerce : liberté pour le distributeur de commercialiser les produits qu’il veut »¹⁸²⁴. Il confine au déséquilibre économique, certain ou probable puisqu’il est, aussi, substantiellement, un contrat d’adhésion¹⁸²⁵ en ce qu’il est hostile à toute forme de négociation. Les indices de la dépendance économique sont, ici, éclatants. La Haute autorité de la concurrence identifie « (...) quatre critères (*qui*) doivent être cumulativement remplis pour établir qu’un distributeur se

¹⁸²² Sur la justification du recours à la distribution sélective de produits de luxe, Cour d’appel de Paris, Ch. 5 section B, 15 septembre 1995, *Société Parfumerie Ozone/Société Kenzo*, JurisData n° 1995-023537. Sur cette question, v. notamment, LEBEL, C. CASALONGA, A. ET MENAGE, C. *La distribution des produits de luxe*, Paris, L.G.D.J., 1990 ; SELOSSE, PH. *Le régime juridique du produit de luxe*, Thèse de doctorat, droit, Université du Droit et de la Santé Lille II, 2017, pp. 411-514 ; M. COIQUAUD ET M. DANY, « *La distribution sélective des produits de luxe* », *Revue Lamy de Droit des affaires*, 2004, n° 71, p. 17 ; Y. KERLAU ET G. VILMART, « *Les critères de sélection des produits de luxe* », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 1991, n° 1, p. 1 ; R. KLOTZ, « *La distribution sélective des produits de luxe en Europe sous l’influence du droit communautaire* », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 1993 n° 1, p. 1 ; R. KOVAR, « *Les produits de luxe et la distribution sélective, « là tout n’est pas qu’ordre et beauté, luxe, calme et volupté »* », in *Mélanges en l’honneur de Christian Gavaldà*, propos impertinents de droit des affaires, Paris, Dalloz 2001, p. 187 ; M. SCHAFFNER ET A. ABELLO, « *Marques de luxe, contrats de licences et réseaux de distribution* », *Revue Lamy de droit de l’immatériel*, 2010, n° 1901 ; G. VILMART ET J.-M. MOUSSERON, « *Parfum de luxe* », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 1997, n° 5, p. 5.

¹⁸²³ Art. 1^{er} §1, e) du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l’application de l’article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées, précité. **Nota bene** : un marché exempt de distribution sélective est un marché où la vente ou la revente de produits contractuels à un distributeur non agréé est possible. v. également, *Cass. com.*, 3 octobre 2006, n° 04-20640, inédit ; Arrêt *Metro*, précité, pt. 20. v. CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 358.

¹⁸²⁴ D. FERRIER, « *La distribution sélective dans le cadre du nouveau Règlement n° 330-2010* », *La Semaine Juridique – Entreprise et affaires*, n° 3, 2011, Etude dossier 1029, p. 42.

¹⁸²⁵ Voir *supra* note n° 1758.

trouve sous la dépendance de son fournisseur : la part du produit dans le chiffre d'affaires du revendeur, la notoriété de la marque du fournisseur, la part de marché du fournisseur et l'impossibilité pour un revendeur de trouver une solution alternative »¹⁸²⁶.

268. Typologie de la dépendance économique du distributeur. L'opération de distribution sélective organise une collaboration poursuivant l'objectif de la commercialisation optimale d'un produit – vendre en quantité et durablement tout en préservant son image de marque¹⁸²⁷ – sans pour autant confiner à la transmission d'un savoir-faire ou d'une assistance par le fournisseur au profit du distributeur à l'image de la franchise. Le fournisseur se présente comme un propriétaire économique par son aptitude à contrôler le réseau de distribution. *Durant la phase contractuelle.* Il dispose d'un pouvoir d'agrément – la liberté de sélectionner par le jeu de critères qualitatifs¹⁸²⁸ et/ou quantitatifs¹⁸²⁹ préalablement définis. Il dispose également d'un pouvoir d'organiser le réseau de distribution conformément à ses intérêts ce qui se traduit par un arbitraire dans le non renouvellement d'un distributeur¹⁸³⁰, l'exigence de communication de facture, la fixation d'objectifs de vente, l'appréciation de la localisation d'un point de vente et l'aménagement de ses vitrines¹⁸³¹, la relation clientèle, les offres promotionnelles, les publicités notamment¹⁸³². Il en va également d'un pouvoir de modification unilatéral des obligations contractuelles. Somme toute, un pouvoir dont les manifestations doivent conserver un caractère normal au risque d'une requalification de la relation contractuelle en contrat de travail. *Durant la phase post-contractuelle,* il dispose notamment, comme c'est le cas dans le cas de la franchise, d'un droit à la restitution des

¹⁸²⁶ Décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-42 du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, pt. 46. Italiques ajoutés.

¹⁸²⁷ P. PIGASSOU, « *La distribution intégrée* », RTD com., 1980, p. 473.

¹⁸²⁸ « (...) les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire (...) » Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, pt. 175. Cour d'appel de Paris, pôle 5, Ch. 5-7, 31 janvier 2013, JurisData n° 2008/23812 ; Décision du Conseil de la concurrence n° 96-D-57 du 1^{er} octobre 1996 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

¹⁸²⁹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, pt. 175. Il en va ainsi de la fixation par le fournisseur de seuils en termes notamment de chiffre d'affaires ou encore de stock. Sur la nature des critères de la distribution sélective quantitative, v. CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24 S.A.R.L.*, Aff. n° C-158/11, *Rec. numérique*, pt. 40 (spéc. pts. 30 et 32) (Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-12734, *Bull.*). Sur ce point, v. D. FERRIER, *Distribution sélective quantitative : quels critères ?*, D. 2012, p. 2156 ; A. RONZANO, « *Distribution sélective quantitative : La Cour de justice de l'Union laisse les coudées franches aux constructeurs automobiles pour pratiquer la distribution sélective quantitative (Auto 24 / Jaguar Land Rover)* », *Revue Concurrences*, n° 3-2012, art. n° 56231.

¹⁸³⁰ Si, autrefois, le refus non motivé du fournisseur était jugé fautif, par une stricte application du principe de liberté contractuelle (Cass. com., 27 avril 1993, n° 91-10203, *Bull.*), il ne l'est désormais plus (Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28355, inédit ; Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10438, inédit).

¹⁸³¹ Cour d'appel de Paris, Ch. 5, section B, 29 juin 2000, *SA Sentor/SNC Lancôme France*, JurisData n° 2000-128967.

¹⁸³² Cass. com., 15 janvier 2013, n° 10-12734, *Bull.*

signes distinctifs, du droit de soumettre l'ancien distributeur sélectionné à des obligations de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelles initialement prévues au contrat.

269. L'opposabilité relative des pouvoirs du distributeur. La propriété économique du fournisseur est opposable au distributeur sélectionné agréé bien qu'il lui soit octroyé les conditions d'une jouissance paisible du produit contractuel portant erronément à croire en la sortie de sa vassalisation. Outre l'indépendance juridique du distributeur caractérisée notamment par son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la réalisation d'actes de commerce pour son propre compte et à son seul nom – ce qui inclut le transfert de propriété lié à l'achat de produits au fournisseur –, l'endossement seul des risques liés à son activité, surgissent plusieurs obligations parmi lesquelles l'obligation de mise à disposition de la marque, l'obligation de conformité des produits à l'objet du contrat, l'obligation de délivrance de la chose dans un délai raisonnable, l'obligation de proportionnalité des critères définis¹⁸³³, l'obligation d'identité de traitement¹⁸³⁴, l'affirmation de sa liberté commerciale¹⁸³⁵, l'obligation de motivation d'un refus d'agrément du fournisseur¹⁸³⁶, l'obligation de loyauté réciproque, l'obligation d'assistance technique ou encore l'interdiction légale de rupture brutale des relations contractuelles par les parties au contrat¹⁸³⁷. Tout

¹⁸³³ « (...) critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire » Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, pt. 175. Le fournisseur ne pourra que dans une certaine mesure imposer des méthodes mises en œuvre pour leur distribution (sur l'interdiction faite au fournisseur Rolex de conditionner le rapport contractuel avec son distributeur à la spécialisation de l'activité de ce dernier en horlogerie-bijouterie, v. Décision du Conseil de la concurrence n° 96-D-72 du 19 novembre 1996 relative aux pratiques constatées dans la distribution des montres Rolex ; sur l'interdiction de principe faite à un fournisseur d'empêcher le recours à internet de ses distributeurs pour la vente de ses produits, v. Décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, pts. 27 et 28). V. notamment, J. J. BURST ET R. KOVAR, « *La distribution sélective et le droit communautaire de la concurrence* », RTD eur., 1978, p. 475.

¹⁸³⁴ Décision n° 98-D-67 du 27 octobre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de prêt-à-porter féminin. Revêt ainsi, notamment, un caractère discriminatoire le fait d'imposer à une catégorie de distributeurs le respect de conditions particulières (Cour d'appel de Paris, Ch. 1, section G, 22 septembre 1999, *SA Gephav/Société Biotherm Distribution et compagnie*, JurisData n° 1999-024259).

¹⁸³⁵ Il en va ainsi de la **liberté de distribution de produits susceptibles d'entrer en concurrence avec ceux du promoteur tête de réseau** (Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, pt. 182). Il en va également de la **libre fixation des prix par les distributeurs** (Cass. com., 27 octobre 1992, n° 90-18943, *Bull.*). V. également, la décision du Conseil de la Concurrence n° 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise. Ainsi, les prix ne sauraient être imposés au risque de violation de l'article L. 420-1 du Code de commerce (S. TREARD, « *Prix imposés dans le cadre des réseaux de distribution sélective* », Bulletin rapide de droit des affaires, n° 12, 2013, p. 16, n° 24) à moins que les distributeurs y consentent (Décision du Conseil de la Concurrence n° 06-D-04 bis du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, pt. 488 et s).

¹⁸³⁶ Cass. com., 23 février 1993, n° 90-19953, *Bull.* P. WILHELM ET E. DUMUR, « *Le refus d'agrément au réseau de distribution sélective* », JCP E 2017, p. 1007.

¹⁸³⁷ Art. L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Cass. com., 6 février 2007, n° 04-13178, *Bull.* Un préavis raisonnable est exigé (Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Ch. 11, 19 septembre 2014, *Sarl Guyapat/Sas Rolex France*, JurisData n° 2014-023574).

compte fait, on l'a vu avec le contrat de franchise, le pouvoir du distributeur est consubstantiel de la matérialité d'une défaillance du fournisseur et ne saurait, à ce titre, le concurrencer qu'en cas de réalisation de cette dernière.

Quoique éloignés de l'équivalence des pouvoirs, les contrats de distribution témoignent d'un effet de concentration du pouvoir économique. Ils tiennent au protectionnisme de la partie faible sans que soit remis en cause le « pouvoir de direction » de l'économiquement puissant. Sans pour autant constituer un abus, cette forme de dépendance économique résulte d'une localisation très précise du pouvoir. Mais, il arrive que la dépendance économique sourde de la fragmentation de ce dernier. Quoique la verticalité primitive des rapports soit préservée, elle confine à une forme atténuée par une délocalisation partielle, voulue, du pouvoir.

Section 2. La déconcentration du pouvoir économique dans le contrat : l'exemple des contrats de répartition des moyens de production et services.

270. La dilution du déséquilibre.

« Il faut (...) (*parfois*) se résoudre à chercher le pouvoir là où il n'est pas annoncé »¹⁸³⁸.

La dépendance économique n'a pas vocation à déboucher systématiquement sur une exclusivité de puissance, de droits. Il arrive qu'elle soit diluée sans pour autant craindre sa complète évanescence ou sa requalification en interdépendance. Les circuits de la dépendance économique apparaissent mouvementés. Ainsi, la succursale française délocalisée à l'étranger présenterait, par exception, les signes d'un affranchissement, mesuré, de l'« autorité » de sa maison-mère (II). Le caractère déconcentré de la dépendance est essentiellement le fait de la présence d'un élément d'extranéité à défaut duquel l'effet de concentration serait difficilement discutable. Mais, cette déconcentration peut aussi résulter de la nature même du contrat. C'est l'exemple du contrat de sous-traitance – *lato sensu*. Le sous-traitant de marché, subordonné de naissance, disposerait de moyens par affectation suffisamment débilisant pour détitiser, dans une certaine mesure, la prédiction d'un déséquilibre. Il

¹⁸³⁸ M. M. SALAH, « *Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois* », *art. cit.*, p. 479. Italiques ajoutés.

en va également de la situation de l'outsourcer, partie originellement forte du contrat, qui se voit partiellement dépouillé de son pouvoir de contrôle par l'octroi de droits quasi-équivalents à son fournisseur, sous-traitant formel (I).

I. L'émancipation de la partie faible

271. Un méta-contrat d'investissement international. Le contrat de sous-traitance apparaît, dans sa version pure – la sous-traitance de marché –, éloigné de la définition du contrat d'investissement étranger – l'action du sous-traitant est insuffisamment durable et les risques encourus insuffisamment partagés notamment. Nous évoquions à ce propos la réalité d'une simple possession économique¹⁸³⁹. Pour autant, il est un contrat de « masse » d'intégration¹⁸⁴⁰ ou, on le verra, de désintégration (l'*outsourcing*), dont la probable réitération, certes erratique car consubstantielle de l'initiative privée, se révèle propice à l'intégration régionale. C'est un méta-contrat d'investissement international :

« la sous-traitance constituerait un facteur de développement équilibré : elle favoriserait d'une part une répartition judicieuse des moyens de production et, partant, l'amélioration de leur rentabilité et l'accélération de leur renouvellement ; d'autre part, elle contribuerait à un meilleur équilibre économique entre les régions, en intensifiant les courants d'échanges entre régions en expansions et régions de sous-emploi »¹⁸⁴¹.

272. Une approche duale du contrat de sous-traitance. Dans les contrats de sous-traitance, il est une partie résolument faible et une partie résolument forte. Le sous-traitant est présenté comme un exécutant relativement libre. Une condition d'ailleurs confessée par la nature même de la sous-traitance et la terminologie employée. Mais, il apparaît moins faible qu'il n'y semble. Selon la nature du contrat, il endossera tantôt les atours du faible émancipé puisqu'en France, il lui est octroyé la faculté de contrepeser mesurément et circonstanciellement sa dépendance ce qui suppose son habilitation (A). Tantôt, il endossera ceux du fort au motif qu'à

¹⁸³⁹ Voir *supra* paragraphe n° 257.

¹⁸⁴⁰ « Il y a intégration dans les situations où une entreprise fonctionne comme la pièce d'un ensemble économique plus vaste, alors qu'elle a perdu son pouvoir de décision autonome et qu'elle est coupée du marché » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁴¹ TAFOTIE YOUSMI, N. R. *L'encadrement contractuel des investissements (Grands projets)*, Mémoire de DEA, Université Libre de Bruxelles, 2005 (in « La sous-traitance : facteur de développement »).

l'inverse, dans sa version impure – l'*outsourcing* –, le « sous-traitant » devient la partie résolument forte du rapport contractuel. Sa force sourd du transfert, pour une durée plus ou moins longue, d'une fraction des moyens de production du donneur d'ordre (outsourcer) à son profit, soit un transfert de contrôle. Ici, la sous-traitance serait substantiellement un contrat d'investissement étranger (B).

A – L'habilitation du sous-traitant

273. L'évacuation de la sous-traitance industrielle. Nous n'étudierons pas la sous-traitance industrielle¹⁸⁴² relevant globalement du même régime que celui de la sous-traitance de marché¹⁸⁴³ à condition que le sous-traitant industriel réalise un « travail spécifique en vertu d'indications particulières »¹⁸⁴⁴ et l'exécute sous la responsabilité de l'entrepreneur principal¹⁸⁴⁵. Autrement dit, selon que l'entrepreneur aura la « maîtrise » de la production¹⁸⁴⁶ – corporelle ou incorporelle –, la sous-traitance industrielle emportera la qualification de contrat d'entreprise ou, dans l'éventualité d'un cas contraire – le sous-traitant en maître de la production –, recevra la qualification de contrat de vente¹⁸⁴⁷ échappant ainsi à ce qui suit.

274. Illustration. C'est l'exemple de la société d'assurance trinitadienne – la *Guadian Holding Limited* – qui, pour la construction d'un ouvrage aux Antilles françaises – le centre d'affaires de la Pointe Simon en Martinique comprenant un immeuble de grande hauteur (IGH) ainsi qu'un hôtel d'affaires quatre étoiles et des commerces – « employa », par l'intermédiaire d'un entrepreneur pour

¹⁸⁴² « (...) un fabricant confie à une autre entreprise la production d'une pièce ou d'un sous-ensemble d'un produit final, qui lui sont nécessaires dans son activité personnelle » LE TOURNEAU, P., GUETTIER, C., BLOCH, C., GIUDICELLI, A., JULIEN, J., KRAJESKI, D. ET POUMAREDE, M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, op. cit.*, n° 3312.351, p. 1545.

¹⁸⁴³ L'article 186 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a étendu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 à la sous-traitance industrielle. Il est inséré à l'article 14-1 : « *les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle* ». Un rapport du Sénat est venu préciser que « cet article a pour objet de compléter l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 afin d'étendre les obligations pesant sur le maître d'ouvrage aux contrats de sous-traitance industrielle, ces derniers ne faisant toutefois l'objet d'aucune définition légale » ; une extension réaffirmée par la Cour de cassation dans son arrêt Cass. com., 5 novembre 2013, n° 12-14645, *Bull.*

¹⁸⁴⁴ Cass. civ., 3^e, 5 février 1985, n° 83-16675, *Bull.* ; v. notamment, Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-17997, *Bull.*

¹⁸⁴⁵ V. notamment, Cass. com., 3 décembre 2013, n°12-15445, 12-19594, 12-21789, 12-22261, 12-23868, 12-24759, 12-26291 et 12-27161 inédit et Cass. com., 7 janvier 2014, n°12-24468 inédit.

¹⁸⁴⁶ La Cour de cassation a retenu la qualification de contrat d'entreprise au motif d'une absence de stock, Cass. civ., 3^e, 17 mars 2010, n° 09-12208, inédit.

¹⁸⁴⁷ Art. 1582 et s. du Code civil.

l'exécution du contrat d'entreprise, un certain nombre de sociétés aux nationalités et activités variées.

275. Définition de la sous-traitance de marché. L'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975¹⁸⁴⁸ définit la sous-traitance comme : « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage ». Les rapports y sont alors tripartites : un maître d'ouvrage, un entrepreneur principal et un sous-traitant. Cette relation à trois débouche sur des effets de droit.

276. Un caractère intégratif. Quoique jouissant d'une indépendance juridique primitive, le sous-traitant met en location une compétence concurrentielle qu'il a acquise. Dès lors, il ne saurait être franc de tout rapport de subordination au sens du droit du travail. Par la conclusion d'un sous-traité, l'entrepreneur intègre le sous-traitant à l'opération principale et dispose de ce fait d'un pouvoir de direction sur lui à fin de réalisation de l'objet contractuel. Il n'est pas rare que le contrat de sous-traitance emporte la qualification de contrat intégré – épithète révélatrice de rapports de dépendance explicites ou non. C'est un contrat d'entreprise¹⁸⁴⁹ secondaire, consubstantiel du contrat primaire – celui liant le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal –, somme toute, un « sous-contrat »¹⁸⁵⁰ – le sous-traité – ; une partie d'un tout contractuel¹⁸⁵¹.

277. Une dépendance vis-à-vis du maître d'ouvrage. C'est ainsi que le sous-traitant est apparu dépendant du maître de l'ouvrage véritable dépositaire du pouvoir économique lequel a tout loisir d'imposer des normes à toute la chaîne contractuelle à l'image de l'insertion d'obligations environnementales au contrat d'entreprise qui irradieront le sous-traité. En cas de résiliation du contrat originaire, le sous-traité n'a plus de raison d'être. Le sous-traitant est dédommagé à hauteur des prestations effectuées. Le contrat liant le maître d'ouvrage à l'entrepreneur principal étant conclu *intuitu personae*¹⁸⁵², cette caractéristique se voit élargie à toute la chaîne contractuelle¹⁸⁵³. Il en ressort une obligation d'agrément par le maître de l'ouvrage qui dispose d'un droit de *veto*¹⁸⁵⁴ :

¹⁸⁴⁸ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *JORF* du 3 janvier 1976, p. 148.

¹⁸⁴⁹ Le contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage est défini à l'article 1710 du Code civil : « (...) un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

¹⁸⁵⁰ NERET, J., *Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979, 388 p.

¹⁸⁵¹ TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, 328 p.

¹⁸⁵² DE PAGE H., *Traité élémentaire*, *op. cit.* p. 431, n° 460 *bis*.

¹⁸⁵³ B. BOUBLI, « *Le maître d'œuvre doit informer le maître de l'ouvrage en cas de sous-traitance* », *RDI*, 2015, p. 127.

¹⁸⁵⁴ « (...) le maître de l'ouvrage (*n'est*) pas tenu d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement du contrat (...) » Cass. civ., 3^e, 25 septembre 2002, *Bull.* n° 00-18163. Italiques ajoutés.

« l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage (...) »¹⁸⁵⁵. Le sous-traitant agréé dispose, en revanche, en France, d'une excellente garantie de paiement¹⁸⁵⁶ sur laquelle nous reviendrons.

278. Une dépendance vis-à-vis de l'entrepreneur principal. Le sous-traitant est apparu économiquement dépendant de l'entrepreneur principal. Un certain nombre de clauses organisent sa dépendance parmi lesquelles la clause de « si et quand » – *if and when*. Le sous-traitant ne sera payé que « si » et « quand » l'entrepreneur principal aura lui-même été payé. Les clauses de loyauté¹⁸⁵⁷ et non-concurrence, pour peu que l'activité interdite soit circonscrite avec précision¹⁸⁵⁸ ou encore la clause de respect des attentes du contractant. Aussi, les sous-traitants ont une obligation de résultat dont ils ne peuvent s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère¹⁸⁵⁹. Ils répondent de son inexécution devant l'entrepreneur principal, lequel répond d'eux devant le maître d'ouvrage¹⁸⁶⁰. Leur survie économique dépend également de la pleine satisfaction de l'entrepreneur principal au dispositif de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, alinéa 1^{er} : « à peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. (...) »¹⁸⁶¹. En

¹⁸⁵⁵ Art. 3 de la loi du 31 décembre 1975 ; Il faut un « (...) acte manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter les sous-traitants (...) » Cass. civ., 3^e, 7 octobre 1998, *Bull.* n° 96-20514. Ainsi, « (...) la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit pas à caractériser son acceptation ni l'agrément des conditions de paiement du sous-traité » Cass. civ., 3^e, 13 septembre 2005, *Bull.* n° 01-17221. Cependant, le défaut d'agrément n'est pas une cause de nullité et ne dispense pas le sous-traitant de la fourniture d'un ouvrage non vicié : « (...) le maître de l'ouvrage n'a pas accepté le sous-traitant, ni agréé les conditions de paiement, ce dernier demeure cependant tenu, envers l'entrepreneur principal, de l'obligation contractuelle de livrer exempts de vices les ouvrages dont il a reçu ou dont il réclame paiement (...) » Cass. civ., 3^e, 13 avril 1988, *Bull.* n° 87-11036.

¹⁸⁵⁶ S. ABBATUCCI, « *Les garanties de paiement des sous-traitants* », RDI, 2013, p. 41 ; P. GAREAU, « *Le maître d'ouvrage et la garantie de paiement des sous-traitants* », AJDI, 2004, p. 271.

¹⁸⁵⁷ D. MAZEAUD, « *Loyauté, égalité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle* », L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603.

¹⁸⁵⁸ Une clause par laquelle le sous-traitant s'engage « à ne pas travailler directement ou indirectement pour aucun des concurrents en question » est réputée nulle en raison de sa généralité (Cour d'appel de Paris, 5^e ch., 7 février 2001, D. 2002, p. 1266).

¹⁸⁵⁹ Art. 1231-1 du Code civil. « (...) le sous-traitant est tenu envers l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat » Cass. civ., 3^e, 2 février 2017, n° 15-29420, *Bull.* ; Cass. civ., 3^e, 22 juin 2010, n° 09-16199 inédit ; v. également, Cass. civ., 22 janvier 2008, n° 06-20302 inédit ; Cass. civ., 3^e, 10 décembre 2003, n° 02-14320, *Bull.*, y compris dans le cas d'une chaîne de sous-traitants Cass. civ., 3^e, 15 janvier 1992, n° 90-16081, *Bull.*

¹⁸⁶⁰ « (...) l'entrepreneur principal est responsable à l'égard du maître de l'ouvrage ou des propriétaires successifs de l'ouvrage des fautes de ses sous-traitants à l'origine des désordres » Cass. civ., 3^e, 12 juin 2013, n° 11-12283 inédit.

¹⁸⁶¹ Cass. civ., 3^e, 7 février 2001, n° 98-19937, *Bull.* ; La nullité est prononcée quand bien même la situation serait régularisée *a posteriori* (Cass. civ., 3^e, 12 juillet 1996, *Bull.* n° 94-15035).

effet, dans le contrat de sous-traitance, c'est l'entrepreneur principal ou sa caution qui, en principe, rémunère le sous-traitant.

279. La fonction habilitatrice de l'agrément. Il compte parmi les « nombreuses expressions liées à l'idée d'habilitation »¹⁸⁶². « Agréer » serait la traduction de « *authorizing* », « *power-conferring* » ou encore « *empowering* » en langue anglaise. Autrement dit, investir de suffisamment de pouvoir et d'autorité. Si le contrat de sous-traitance – pas toujours écrit – n'a d'existence matérielle qu'au travers du contrat originaire et ses corollaires, il est octroyé au sous-traitant une véritable capacité au contrebalancement d'une situation originairement déficitaire en équilibre notamment dans le cadre d'un défaut de paiement. L'agrément du sous-traitant emprunte les parures du salariat – la déclaration préalable à l'embauche¹⁸⁶³, l'édition d'un bulletin de paie¹⁸⁶⁴, la vérification des déclarations et des paiements auprès de l'Urssaf¹⁸⁶⁵, de l'administration fiscale¹⁸⁶⁶, l'état de subordination notamment. A ce titre, il dispose de pouvoir sur son « employeur ». Rappelons notre assertion selon laquelle le « peuple économique », dont font partie les salariés, est un dépositaire de force économique¹⁸⁶⁷. En effet, l'agrément constitue le point de départ d'une sortie minimale de l'inféodation. En outre de la caution susvisée, le sous-traitant agréé dispose, dans une certaine mesure¹⁸⁶⁸, d'un pouvoir d'action récusatoire, par délégation, contre le maître d'ouvrage confinant à la mutualisation du risque de non-paiement.

« Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur »¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶² « Il s'agit des énoncés juridiques en vertu desquels un acteur (*constituants, législateurs, autorités administratives, juges*) dispose de la faculté de produire une norme » TUSSEAU, G. *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, p. 2. Italiques ajoutés. KELSEN, H. *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁶³ Art. L. 1221-10 du Code du travail.

¹⁸⁶⁴ Art. L. 3243-2 du Code du travail.

¹⁸⁶⁵ Art. L. 243-15 du Code de la sécurité sociale : « *Toute personne vérifie, lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant minimal en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, et périodiquement jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, que son cocontractant est à jour de ses obligations de déclaration et de paiement auprès des organismes de recouvrement mentionnés aux articles L. 213-1, L. 611-8 et L. 752-1 du présent code et L. 723-3 du code rural et de la pêche maritime* ».

¹⁸⁶⁶ Art. L. 8221-3, 2° et L. 8221-5, 3° du Code du travail.

¹⁸⁶⁷ Voir *supra* §1. Un droit subjectif au travail.

¹⁸⁶⁸ Art. 14 al. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 : « (...) *Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant* ».

¹⁸⁶⁹ Art. 1338 al. 1^{er} du Code civil.

En réalité, il s'agit d'une délégation imparfaite¹⁸⁷⁰ par laquelle le délégant – l'entrepreneur principal – demande au délégué – le maître de l'ouvrage – de s'engager envers le délégataire – le sous-traitant. L'avantage de la délégation imparfaite est que l'obligation entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant ne s'éteint pas contrairement à la délégation parfaite dans laquelle l'obligation de paiement par le maître d'ouvrage au sous-traitant se substituerait à l'obligation originelle – l'obligation de paiement de l'entrepreneur principal qui disparaîtrait –¹⁸⁷¹. Ainsi, le sous-traitant agréé disposera d'une double action en paiement de sa créance assortie de garanties. C'est « la rançon de l'agrément »¹⁸⁷².

280. Une habilitation liée au choix ou à la compétence de la loi française. Pour que ce dispositif puisse profiter au sous-traitant, encore faudrait-il que la loi française soit applicable au contrat. A l'instar des situations juridiques abordées dans les précédents développements de ce chapitre, le contrat de sous-traitance présente ici un élément d'extranéité. Les parties aux contrats, dans le cas de la Tour Lumina en Martinique, n'ont pas la même nationalité. Rappelons que, sous réserve d'exception d'ordre public international ou de loi de police¹⁸⁷³ – lesquelles ont vocation à écarter la loi étrangère désignée préalablement par les parties ou par la règle de conflit –, le principe est que les parties choisissent librement le régime juridique du contrat¹⁸⁷⁴. Trivialement, n'importe

¹⁸⁷⁰ V. à ce propos, L. AYNES, « *Validité de la délégation imparfaite* », D. 1995, p. 91 ; M. CABRILLAC ET B. TEYSSIE, « *Garantie autonome. Délégation imparfaite* », RTD com., 1992, p. 845 ; D. HOUTCIEFF, « *Le sort de la créance du délégant sur le délégué dans la délégation imparfaite* », D. 2002, p. 2673 ; J.-D. PELLIER, « *La nature de la délégation imparfaite* », D. 2014, p. 92.

¹⁸⁷¹ En vertu de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, précitée : « le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite. Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites. (...) ». J. GASTI, « L'action directe du sous-traitant dans le cadre de la procédure collective de l'entrepreneur principal », JCP E 2000, p. 308 ; Cass. civ., 3^e, 15 septembre 2016 – le caractère subsidiaire de l'action directe, n° 15-22592, FS-P+B, Dalloz actualité, 13 octobre 2016, obs. F. Garcia.

¹⁸⁷² LE TOURNEAU, P., GUETTIER, C., BLOCH, C., GIUDICELLI, A., JULIEN, J., KRAJESKI, D. ET POUMAREDE, M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, op. cit., p. 1544, n° 3312.412.

¹⁸⁷³ L'ordre public se définit comme les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP, 1949, p. 89 ; Quant à la définition de la loi de police *confer* l'arrêt *Arblade*, pt. 30 précité ; Pour aller plus loin, v. A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1979 ; P. FRANCESCAKIS, « *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?* », Travaux du comité français de droit international privé, 1966-1969, p. 149 ; K. NEUMAYER, « *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé* », art. cit. ; J.-B. RACINE, « *Droit économique et lois de police* », RIDE, 2010, t. XXIV, n°1, pp. 61-79 ; NORD, N., *Ordre public et lois de police*, Thèse de doctorat, droit, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003 ; REMY, B. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2006, 466 p.

¹⁸⁷⁴ Article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

quelle loi de n'importe quel Etat peut être choisie par les parties contractantes. A défaut de choix, il convient de se référer aux termes de l'article 4 de la *Convention de Rome*¹⁸⁷⁵.

281. L'arrêt Campenon-Bernard¹⁸⁷⁶. Un contrat avait été conclu entre un maître d'ouvrage français (la société Basell) et un entrepreneur principal allemand (la société SAB) lequel a fait appel à un sous-traitant français (la société Agintis) pour des travaux de tuyauterie. Par application d'une clause *electio juris*, les parties ont choisi de soumettre à leur contrat la loi allemande. Par suite, l'entrepreneur a fait l'objet d'une procédure collective. Le sous-traitant français s'est alors retourné contre le maître d'ouvrage et a intenté une action directe sur fondement de l'article 12 de la loi française du 31 décembre 1975 précitée postulant qu'il s'agissait d'une loi de police. La Cour de Cassation, entérinée par la doctrine¹⁸⁷⁷, pour récuser l'applicabilité de la loi française de 1975, a refusé sa requalification en loi de police, quand bien même l'une des parties avait intérêt à son application, et, a, de ce fait, fait prévaloir la loi du contrat principal (la loi allemande méconnaissant l'action directe) – entre le maître d'ouvrage français et l'entrepreneur allemand – sur la loi française (reconnaissant l'action directe). Mais, c'est sans compter son revirement jurisprudentiel quelques mois plus tard :

« La loi du 31 décembre 1975 est une loi de police dans l'ordre international »¹⁸⁷⁸.

« L'impérativité ainsi visée est une impérativité *internationale* et non simplement interne, c'est-à-dire une volonté d'application qui ne cède pas devant le caractère international du contrat »¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁵ V. à ce propos, P. LAGARDE, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Gavaldà, C. (Dir.), *La sous-traitance de marché de travaux et de services*, Paris, Economica, 1978, pp. 18 et s. ; Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading*, *Revue de droit international*, 1911, p. 395.

¹⁸⁷⁶ Cass. civ., 1^{re}, 23 janvier 2007, *Campenon-Bernard*, *Bull.* n° 04-10897.

¹⁸⁷⁷ Sur la loi du 31 décembre 1975, « (...) qualifiée d'ordre public sur le plan interne (...) cette qualification n'est pas transposable sans nuance lorsque intervient (l')un (des) facteur(s) d'internationalité (...). Le système de protection du sous-traitant passe par un régime juridique qui dépasse le contrat conclu avec l'entrepreneur et qui implique fondamentalement le maître d'ouvrage dans sa relation contractuelle avec l'entrepreneur (...) quel (le) que soit la liberté que l'on pourrait reconnaître aux parties au contrat de sous-traitance, notamment dans le choix de la loi qui la régit, cette liberté est limitée par les effets de la loi régissant le contrat principal » M. le professeur Mousseron cité in C. ROTH ET A. BRÜNING, « *La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975* », *Les Annonces de la Seine*, 23 juillet 2007, n° 51, p. 5. Le professeur Heuzé a également estimé que « la loi du contrat conclu par le défendeur est la seule à mériter d'être déclarée applicable, à l'action directe en paiement du sous-traitant, par la règle de droit international privé » V. HEUZE, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale* », *RCDIP*, 1996, p. 258. V. également, J.-C. BETTO, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975 ?* », *Revue de droit des affaires internationales*, 1999, p. 411.

¹⁸⁷⁸ Cass. ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14006, P+B+R ; v. notamment, C. NOURISSAT ET C. PELLEGRINI, « *Sous-traitance internationale et loi de police* », *Revue Lamy droit des affaires*, 1er janvier 2008, n° 23.

¹⁸⁷⁹ AUDIT, B., *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 703.

Mais, pour invoquer la loi de police française, il faut que le contrat de sous-traitance ait été exécuté en France. La loi de police est exclusivement territoriale¹⁸⁸⁰. Ainsi, dans le cas d'espèce qui nous concerne – le centre d'affaires de la Pointe Simon –, la loi française de 1975 avait vocation à s'appliquer et ainsi à écarter tout choix ou applicabilité d'une loi étrangère. Alors, un sous-traitant même étranger pouvait s'en prévaloir.

Le contrat de sous-traitance est un contrat habilitant. Ces contrats qui dotent l'une des parties d'une force suffisamment contraignante pour diluer la puissance de l'autre partie ou, tout simplement, l'augmenter. L'habilitation est un vecteur d'émancipation de la partie faible. Mais, cette forme d'émancipation a ses limites – l'état de subordination du sous-traitant. Il arrive que l'émancipation de la partie faible n'ait pas à être fonction des circonstances et soit inhérente à la nature même du contrat. La dépendance économique sourd de l'appropriation économique, quoique partielle et limitée dans le temps, des moyens de production par la partie théoriquement faible du contrat.

B – L'appropriation du pouvoir par le fournisseur dans l'*outsourcing*

282. Cadrage.

« La notion d'*outsourcing* (doit) être réservée à des opérations par lesquelles une entreprise confie à un tiers fournisseur, en dehors d'un lien de subordination, la prise en charge d'une de ses activités internes, qu'elle considère comme ne relevant pas de son « *core business* » (*cœur de métier*). Par activité interne, on entend en principe un ensemble de services rendus à l'entreprise elle-même, par opposition à l'exécution des prestations dues à la clientèle. Une telle mission relève en principe du contrat de louage d'ouvrage défini à l'article 1710 du Code civil, donc du contrat d'entreprise au sens large »¹⁸⁸¹.

¹⁸⁸⁰ « Une loi de police donnée est d'application territoriale en ce sens que son application n'est assurée que de la part des autorités de l'État qui l'édicte (...) » *id.*, p. 105.

¹⁸⁸¹ FONTAINE, M., PHILIPPE, D. ET DELFORGE, C. (DIR.), *Les aspects juridiques de l'« outsourcing » : actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 22 février 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 17. (**Nota bene** : si l'article 1710, ci-haut mentionné, fait précisément référence au Code civil belge, la numérotation demeure la même dans le Code civil français. Les codes civils belge et français partagent de nombreuses similarités, y compris, fréquemment, la numérotation. Pour aller plus loin, v. J. GILISSEN, « *Codification et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1914)* », *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis-RBHC*, 14, 1983, 1-2, pp. 203-285).

L'opération d'*outsourcing* est fréquemment employée en matière de systèmes d'information et de communication¹⁸⁸². Compte tenu de l'évolution technologique permanente, les entreprises préfèrent confier cette compétence à des sociétés spécialisées. Mais, en réalité, son usage s'étend à de nombreux domaines – le marketing, les ressources humaines, l'entretien¹⁸⁸³ notamment – et revêt de nombreuses formes parmi lesquelles une plus grande flexibilité en matière de localisation, la connaissance spécialisée du prestataire¹⁸⁸⁴. On lui préfère le terme d'externalisation¹⁸⁸⁵. Dans le tourisme, c'est l'exemple d'un voyageur ou tour-opérateur qui confie préférentiellement la gestion de ses réservations à un plateau extérieur – ce qui en fait un contrat particulièrement marqué par l'*intuitus personae*. L'opération s'étend au suivi de dossiers, au service après-vente ou encore au démarchage de clients. C'est, substantiellement, un contrat de fourniture ou d'approvisionnement exclusif – tout dépendant de la focalisation de départ¹⁸⁸⁶. La tentation d'en user est forte en particulier dans un contexte – la Caraïbe – où la main d'œuvre est moins chère, anglophone, où la majorité des territoires emporte la qualification de paradis fiscal ou encore de paradis juridico-administratif.

283. Une sous-traitance formelle. L'assimilation de l'*outsourcing* au terme « sous-traitance » serait substantiellement impropre. Il consiste en l'externalisation d'une fonction indétachable du fonctionnement interne de l'entreprise. Pour autant, l'*outsourcing* en présente au moins les qualités formelles. Poursuivant un objectif économique¹⁸⁸⁷ – moindre coût, qualité notamment – l'entreprise cherchera, par le jeu du contrat, à déléguer et, se recentrer sur ce qu'elle sait faire le mieux.

¹⁸⁸² F. CASAROSA, « *Les nouvelles technologies de l'information et des télécommunications comme outils dans la restructuration des réseaux d'entreprises* », RIDE, t. XXII, n°4, pp. 435-458 ; RIVARD, S. ET AUBERT, B.A., *Information technology outsourcing*, Armonk, New York, M.E. Sharpe, 2008, 352 p.

¹⁸⁸³ J.-PH. LHERNOULD, « *Externalisation de l'activité de nettoyage d'un hôtel* », Sem. soc. Lamy, 2007, n° 1314.

¹⁸⁸⁴ COSTES, L. (DIR.), MARCELIN, S., AUROUX, J.-B., PERRAY, R. ET SALEN, P., *Le Lamy droit du numérique - Guide. Solutions et applications. Pratique contractuelle*, Paris, Lamy, 2016, n° 3427 et 3428

¹⁸⁸⁵ L'article 313-73 de l'Arrêté du 12 novembre 2004 portant homologation des livres II à VI du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (RGAMF) en propose une définition somme toute pertinente quoique cantonnée à un champ particulier : « *L'externalisation consiste en tout accord, quelle que soit sa forme, entre la société de gestion de portefeuille et un prestataire de services en vertu duquel ce prestataire prend en charge un processus, un service ou une activité qui aurait autrement été du ressort de la société de gestion de portefeuille elle-même* »

¹⁸⁸⁶ Le choix du libellé contractuel, et donc de la définition, varie selon la nature de l'obligé. Lorsqu'il est fournisseur : il s'agit d'un « *contrat (de fourniture) par lequel (ce dernier) s'engage à approvisionner pendant un certain temps de manière continue ou périodique, en marchandises ou en services, une autre personne appelée fourni* ». Lorsqu'il est acheteur : il s'agit d'un « *contrat (d'approvisionnement exclusif) en vertu duquel un revendeur s'engage envers un fournisseur à n'acheter qu'à lui certains produits (ou services) (...) moyennant en contrepartie certains avantages tarifaires (...)* » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 476 et p. 77. Parenthèses ajoutées. Dans tous les cas, il s'établit sous la forme d'un contrat-cadre fixant les bases de la relation contractuelle assorti de contrats d'application pour son exécution. V. notamment, VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, op. cit., pp. 225-244 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, op. cit., pt. 192 à 202.

¹⁸⁸⁷ Q. BERTRAND, « *L'outsourcing : une approche par la théorie des coûts de transaction* », Réseaux, vol. 15, n°84, 1997, pp. 67-92.

Cependant, cette délégation, par sa forme singulière, débouche sur la neutralisation d'un phénomène de dépendance pourtant annoncé – le destin du fournisseur étroitement lié au bon vouloir de l'outsourcer.

284. Une hiérarchie de clauses. Puisque la fonction externalisée est une fonction nécessaire, démembrée de l'entreprise, cette dernière aurait dû en avoir la maîtrise totale pendant et après contrat. Mais, les différentes clauses à son profit – notamment les clauses de confidentialité¹⁸⁸⁸, d'obligations d'assurance certes à la charge du fournisseur, d'offre concurrente¹⁸⁸⁹, pénale¹⁸⁹⁰, d'indemnité de rupture anticipée, de suivi (tableau de bord, la remise régulière de rapports, la tenue de réunions) – n'auront pas suffi à perpétuer son pouvoir. Ce sont pour la plupart des clauses molles et/ou d'exception. Le fournisseur est apparu en capacité de faire contrepoids, sans pour autant produire d'effet restrictif de concurrence notamment au travers de clauses dures et de principes.

285. Le pouvoir du fournisseur. L'outsourcer éprouve l'érosion de son contrôle pourtant naturel, détenteur essentiel de la maîtrise des biens de production, au profit d'une dépendance, non annoncée. Des clauses d'exclusivité assorties, le cas échéant, d'une obligation précontractuelle d'information¹⁸⁹¹, peuvent lui être accordées pendant toute la durée de la période contractuelle. Il s'agira alors d'un contrat d'approvisionnement exclusif. Etant amené à communiquer son industrie, des clauses de non-concurrence peuvent aussi être insérées à son profit au contrat. Il en va également des clauses limitatives de responsabilité et exonératoires de responsabilité. Contrairement au traditionnel sous-traitant, c'est une obligation de moyens¹⁸⁹² qui, naturellement, pèse sur lui. Ainsi, le prestataire publicitaire n'a pas à s'engager à obtenir le succès escompté de sa

¹⁸⁸⁸ M. FONTAINE, « *Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux* », Revue de droit des affaires internationales, 1991, pp. 3-94.

¹⁸⁸⁹ Une clause d'exception octroyant à l'outsourcer la capacité à solliciter les concurrents du fournisseur lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation.

¹⁸⁹⁰ « Clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en générale très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier (et appelée peine stipulée) – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire » (CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 751). (confer Art. 1231-5 du Code civil)

¹⁸⁹¹ Art. L. 330-3 du Code de commerce : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». En l'espèce, il s'agira de la mise à disposition d'une compétence par le fournisseur.

¹⁸⁹² Art. 1197 du Code civil : « L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable ».

prestation et, réciproquement, l'outsourcer n'a pas à lui en exiger un résultat à défaut duquel le prestataire n'aurait pu s'en soustraire que par la preuve d'une cause étrangère. Il fixe unilatéralement et librement le prix sous réserve de proportion¹⁸⁹³. Le contrat d'*outsourcing* emporte un véritable transfert de droits de propriétés – au sens économique du terme, qui consiste en un transfert de maîtrise, de pouvoir¹⁸⁹⁴ – de l'outsourcer à destination du fournisseur¹⁸⁹⁵. Une maîtrise qui, d'ailleurs, ne se limite pas aux biens – corporels ou incorporels. Dans certains cas¹⁸⁹⁶, l'*outsourcing* s'accompagne d'un transfert des contrats de travail¹⁸⁹⁷, l'activité outsourcée n'étant pas détachable de ses ressources humaines.

« (...) est considéré comme transfert (...) celui d'une entité économique maintenant son *identité*, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire »¹⁸⁹⁸.

Pour que ce transfert soit licite, la jurisprudence a dégagé le critère de l'« entité économique autonome »¹⁸⁹⁹. Ainsi, la partie outsourcée de l'entreprise doit conserver le même matériel, le même

¹⁸⁹³ Cass. Plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-15578, *Bull.* ; Cass. com., 4 novembre 2014, n° 11-14026.

¹⁸⁹⁴ H. LEPAGE, « *L'analyse et la théorie du droit de propriété* », *art. cit.*

¹⁸⁹⁵ L'*outsourcing* « (...) concède au tiers un droit d'ingérence dans ses propres activités tout en lui préservant une large marge d'autonomie » FONTAINE, M., PHILIPPE, D. ET DELFORGE, C. (DIR.), *Les aspects juridiques de l'« outsourcing »*, *op. cit.*, pp. 55-56. « Comme le relève H. Houser, l'externalisation génère d'importantes répercussions sociales, mais aussi un sentiment de dépendance dans le chef du client qui ne garde nécessairement plus la pleine maîtrise d'un de ses secteurs d'activité et éprouvera dès lors de plus grandes difficultés à surmonter seul une éventuelle rupture de relation nouée. Enfin, la perte de contrôle du donneur d'ordres peut engendrer une perte de son identité, mais aussi de son savoir-faire. (...) » *Id.*, note n°10.

¹⁸⁹⁶ « (...) en droit, on ne peut voir un synchronisme automatique entre une opération d'externalisation et la mise en œuvre d'un transfert de salariés par le jeu de l'article L. 122-12 du Code du travail (*dont l'essence est reprise dans l'article 1224-1 du Code du travail*) » P. WAQUET, « *Libres propos sur l'externalisation* », *Semaine Sociale Lamy*, 16 octobre 2000, n° 999.

¹⁸⁹⁷ Dans le cadre des aspects sociaux du transfert international d'entreprise, objet de l'opération d'*outsourcing*, en l'absence de loi de police ou d'exception d'ordre public international, la règle de rattachement est celle émanant du dispositif de l'article 6 de la Convention de Rome précitée. A moins que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays. Néanmoins, rappelons qu'en France, le dispositif encadrant le contrat de travail a force de loi de police. Ainsi, la seule prestation accomplie sur le territoire français tombe sous l'empire de ladite loi de police puisqu'elle est strictement territoriale. **Nota bene** : L'*outsourcing* n'entraîne pas nécessairement un transfert physique des salariés. Ce procédé comporte notamment le risque d'une requalification en prêt de main d'œuvre lequel est interdit (Art. L. 8241-1 du Code du travail).

¹⁸⁹⁸ Art. 1^{er} §1 b) de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE* n° L. 082 du 22 mars 2001, pp. 16-20. « La directive est applicable dès lors qu'il y a changement (...) de la personne physique ou morale, responsable de l'exploitation de l'entreprise et qui, de ce fait, contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des salariés travaillant dans l'entreprise » CJCE, 27 décembre 1987, *Ny Mølle Kro*, Aff. C-287/86, *Rec.* p. 2465 ; M. CARLES, « *Qu'est-ce qu'un transfert d'entreprise ?* », *RPDS*, 1999, p. 385.

¹⁸⁹⁹ Cass. soc., 18 juillet 2000, *Perrier Vittel*, n° 99-13976, inédit ; « (...) un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » Cass. soc., 7 juillet 1998, *MGEN*, n° 96-21451, *Bull.* Constitue une entité économique : un cabinet d'avocat (Cass. soc., 25 septembre 2007, n° 06-41892 inédit ; Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-46090 inédit) ; une branche d'activité (Cass.

personnel notamment, au risque de se voir éventuellement absorbée par le fournisseur et donc, perdre son identité. Mais, durant la durée du contrat, ce maintien de l'identité apparaît comme portion congrue puisqu'en cas de transfert réussi, un lien de subordination entre le fournisseur et le personnel de l'outsourcer affecté naît.

On ne peut que constater le « (...) camouflage de l'employeur derrière les écrans de la personnalité morale ou des contrats spéciaux »¹⁹⁰⁰.

Le prestataire, nouvel employeur, disposera d'un pouvoir directif capable d'assujettir le personnel de l'entreprise originaire¹⁹⁰¹. Ledit personnel, dont la situation demeure inchangée¹⁹⁰², agira sous sa responsabilité, notamment civile¹⁹⁰³, les conditions de travail telles que la durée du temps de travail seront également fixées par lui.

L'émancipation économique vise, ici, la soustraction temporaire de la partie traditionnellement faible à l'irréremédiable « joug » du fort économique. Mais, elle ne doit pas se confondre avec les formes d'indépendance économique, somme toute, plus durables et éclatantes. Jusque-là, l'émancipation est le produit d'un jeu intracontractuel, circonscrit aux frontières contractuelles. Mais, il arrive qu'elle soit acquise du fait de circonstances extérieures au contrat.

soc., 14 décembre 2005, n° 03-48404 inédit ; le portefeuille d'une agence immobilière comprenant des mandats de gestion d'appartements et de copropriétés (Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 91-40313, *Bull.*) ; Constitue une entité autonome, l'entité dont l'effectif est réduit à un seul salarié dès lors qu'il lui est exclusivement affecté (Cass. soc., 9 février 1994, n° 92-40146, inédit) ; M. CARLES, « *Limites aux externalisations : l'affaire Perrier* », RPDS, octobre 2000, n° 666 ; J. SAVATIER, « *Art. L. 122-12 al. 2. Non application à une externalisation de services ne constituant pas une entité économique autonome* », Droit social, 2001, p. 93.

¹⁹⁰⁰ Y. AUBREE, « *L'exercice du pouvoir disciplinaire à l'égard des salariés transférés, conformément à l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail* », BS Lefebvre 6/98, étude, p. 285 ; S. COULIBALY, « *L'identification de l'employeur* », RIDE, 2015, t. XXIX, n°3, p. 288.

¹⁹⁰¹ A. PERULLI, « *Travail économiquement dépendant/para-subordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques* », étude réalisée par la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen et la Direction générale Emploi et affaires sociales, 19 juin 2003, p. 14.

¹⁹⁰² Art. 1224-1 du code du travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Art. 1224-2 al. 1^{er} du Code du travail : « *Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification (...)* » ; B. BOUBLI, « *Modification dans la situation juridique de l'employeur et maintien des contrats de travail* », Sem. soc. Lamy, suppl. au n° 336, 24 novembre 1986 ; Y. CHAGNY, « *La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services* », RDT, 2007, Etude 78 ; M. COHEN, « *Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur* », Revue Droit social, 1997, p. 263 ; J. SAVATIER, « *Les obligations respectives d'employeurs successifs (Code du travail, art. L. 122-12)* », Revue Droit social, 1984, p. 271.

¹⁹⁰³ Art. 1242 al. 5 du Code civil : « *Les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

II. Une discontinuité dans la dépendance de la succursale du fait de la loi applicable

286. Une exception d'autonomie. Le succursalisme, fréquemment employé dans les contextes de l'hôtellerie, la restauration, les voyages mais aussi les banques, les assurances, les télécommunications, peut s'avérer utile à l'entreprise qui souhaite à la fois, essayer et/ou conquérir un nouveau marché puisqu'il ne requiert que de faibles investissements, coûts, voire formalisme¹⁹⁰⁴ ou encore échapper, en partie, aux aléas de la réglementation. Et, pour cause ! Bien que partageant une identité juridique traditionnelle avec sa maison mère, lorsque la loi applicable à l'opération est française, l'entreprise ramifiée, dite « *branch* » en langue anglaise, s'incorpore pleinement à son territoire d'implantation – imposition, droit du travail notamment. Il est loisible d'y observer une exception d'autonomie.

287. D'une dépendance continue... Dans l'arrêt *Somafer*, la Cour de justice de l'Union européenne définit la succursale à l'étranger :

« un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement »¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰⁴ E. HEURTEL, « *Création de succursale par une société française ou par une société étrangère* », JurisClasseur Sociétés Formulaire, Fasc. C-57 : Droit général des sociétés, 2016, n° 13-17

¹⁹⁰⁵ CJCE, 22 novembre 1978, *Somafer*, Aff. n° 33/78, *Rec.*, 1978, p. 2183 ; v. notamment, CJCE, 6 octobre 1976, *De Bloos*, Aff. n° 14/76, p. 1497 ; CJCE, 18 mars 1981, *Blanckaert et Willems*, Aff. n° 139/80, *Rec.*, 1981, p. 819 ; CJCE, 9 décembre 1987, *SAR Schotte c/ Parfums Rotschild*, Aff. n° 218/86, *Rec.*, 1987, p. 4905.

Somme toute, une « décentralisation de la maison mère »¹⁹⁰⁶ dépourvue de la personnalité juridique¹⁹⁰⁷ et donc d'un patrimoine propre. Elle se confond dans la société mère contrairement à la filiale qui est une société juridiquement indépendante¹⁹⁰⁸ mais économiquement dépendante¹⁹⁰⁹ :

« Par rapport à la maison mère, la succursale ne constitue pas sa fille comme c'est le cas pour une filiale mais une partie de son propre corps »¹⁹¹⁰.

En contractant, la succursale engage l'entreprise principale – personne morale – puisque son activité économique se conforme obligatoirement à l'objet social de la maison mère :

« La personnalité morale en tant qu'être unique ne peut être ni répartie ni divisée. C'est l'idée de patrimoine global selon laquelle l'entreprise forme un tout, et ses dépendances à l'étranger comme les succursales ne sont que ses accessoires »¹⁹¹¹.

Le régime juridique de ce contrôle figure à l'article L. 7321-2 du Code du travail. La gestion de la succursale est assurée par un gérant¹⁹¹² – mandataire faisant fonction de directeur¹⁹¹³ ou salarié¹⁹¹⁴ –, émanation de la société mère, qui doit régulièrement rendre des comptes – gestion, matériel, marchandises – et dont les opérations, certes non mécaniques¹⁹¹⁵, sont contrôlées : « (...) un des

¹⁹⁰⁶ LAGTATI, K., *Les succursales en droit international et européen*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne, 2011, p. 142.

¹⁹⁰⁷ Cass. civ., 1^{re}, 20 février 1979, n° 77-13566, *Bull.* « (...) la SMC société française ayant à Paris son siège social est régie par la loi française et que sa succursale ne pouvait avoir une personnalité morale propre distincte de celle de la société elle-même (...) » ; « (...) la banque, qui a seule la personnalité morale, est dépositaire des fonds détenus dans une succursale située à l'étranger (...) » Cass. civ., 2^e, 14 février 2008, *Bull.* n°05-16167. En son sens dénoté, elle est un « établissement secondaire sans personnalité juridique propre mais doté d'une certaine autonomie de gestion » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 997.

¹⁹⁰⁸ M. PARIENTE, « *Les filiales, même intégrées à un groupe, bénéficient d'une autonomie pleine et entière* », Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 1996 n° 6, p. 505. *Contra* OUASSINI SAHLI, M., *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Dauphine, 2014 (tel-01249559).

¹⁹⁰⁹ L'article L. 233-1 du Code de commerce dispose : « *Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée (...) comme filiale de la première* ». Pour un succinct aperçu des avantages et inconvénients de la succursale par rapport à la filiale (et inversement), v. MESTRE, J. ET VELARDOCCIO, D., *Code Lamy sociétés commerciales*, Paris, Lamy, 2017, n°167.

¹⁹¹⁰ MANDELBAUM, J.-F., *La double imposition des succursales à l'étranger*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 21.

¹⁹¹¹ LAGTATI, K., *Les succursales en droit international et européen*, *op. cit.*, p. 425.

¹⁹¹² Art. L. 7321-2, 1° du Code du travail : *Est gérant de succursale toute personne chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature*. KENFACK, H. *Gérance de fonds de commerce*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, mai 2008, n° 17 - 89 ; v. également, CHALARON, Y. *Gérants de succursales*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, octobre 1997, n° 1 - 91.

¹⁹¹³ Art. L. 7322-1 à L. 7322-6 du Code du travail.

¹⁹¹⁴ Art. L. 7321-3 et L. 7321-4 du Code du travail.

¹⁹¹⁵ « (...) engager la société (mère) ne signifie pas l'accomplissement d'actes en quelque sorte purement mécaniques, dont les conditions sont définies à l'avance par la société » LAGTATI K., *Les succursales en droit international et européen*, *op. cit.*, p. 140.

éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence est la soumission à la direction et au contrôle de la maison mère (...) »¹⁹¹⁶.

L'article L. 7321-2, 2° fixant les conditions de ce contrôle dispose qu'il doit exister un lien d'exclusivité absolu ou relatif entre le gérant et la maison mère¹⁹¹⁷ ; que l'exercice de la profession du gérant doit s'accomplir « dans un local fourni ou agréé par l'entreprise » principale¹⁹¹⁸ ; enfin, que la maison mère fixe les prix et conditions de vente¹⁹¹⁹. C'est ainsi qu'en vertu d'un principe d'universalité en cas d'ouverture de « procédures collectives »¹⁹²⁰ à l'endroit de la société-mère, sa liquidation entraîne, en principe, la liquidation de la succursale. Ce qui n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés en cas d'ouverture de procédures parallèles dans les ressorts respectifs dont relèvent les maison mère et succursale¹⁹²¹.

Quoiqu'il en soit, le statut dont jouit la succursale ne se cantonne pas à un rapport de dépendance pure :

« (...) Pour avoir la qualité de succursale, un établissement, doit, par rapport au siège central, être à mi-chemin entre l'indépendance et l'assujettissement complet »¹⁹²².

Une fois territorialement distincte, sa gestion semble gagner en autonomie.

288. ... à une dépendance discontinue : une relativisation par conflits de lois. Des implications de droit international privé relatives à la détermination de la loi applicable aux succursales à l'étranger sur leurs activités professionnelles et leur environnement juridique s'emploient à relativiser le lien de droit – et donc le contrôle qui en résulte – qui existe entre la succursale et sa maison mère. Ainsi, l'alinéa 1^{er} de l'article 1837 du Code civil dispose :

« Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française »¹⁹²³.

¹⁹¹⁶ Concl. Avocat général La Pergola, 16 juillet 1998 sur CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c/ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Aff. n° C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459, pt. 39 (reprenant la jurisprudence *De Bloos* précitée, pt. 20).

¹⁹¹⁷ Sur l'obligation de fourniture exclusive de gérants auprès d'une société pétrolière pour les produits pétroliers et assimilés (Cass. soc., 12 janvier 1983, n° 80-41288, *Bull.*).

¹⁹¹⁸ Sur la reconnaissance d'un entrepôt de marchandises destinées à l'exercice d'une activité de revente-distribution en « local agréé ou fourni » Cass. com., 7 octobre 1975, n° 73-11526, *Bull.*

¹⁹¹⁹ Des vendeurs de billets de loterie nationale ont été assujettis à la sécurité sociale puisqu'ils exerçaient leur profession « dans un local procure ou agréé par l'entreprise fournissant exclusivement les billets à vendre aux conditions et prix imposés par elle » Cass. soc., 30 mai 1969, n° non renseigné, *Bull.*

¹⁹²⁰ Expression faisant référence aux procédures relatives aux entreprises en difficulté.

¹⁹²¹ LAGTATI, K., *Les succursales en droit international et européen*, op. cit., pp. 329-372 ; Pour aller plus loin, v. *Les conflits de juridiction* in AUDIT, B., *Droit international privé*, 5. éd., Paris, Economica, 2008.

¹⁹²² M. CABRILLAC, « *Limite ou pluralité de la notion de succursale* », in Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 120.

¹⁹²³ Disposition similaire à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 210-3 du Code de commerce.

On pourrait croire que la succursale, par nature décentralisée, échappe à cette disposition ne constituant pas un siège social mais il n'en est rien.

« Dans (*l'arrêt*) *Centros*, la Cour met utilement en évidence le fait qu'en cas de création d'un pseudo-établissement secondaire, c'est-à-dire une succursale qui est en réalité un établissement principal, il importe peu que celle-ci ne soit pas véritablement le siège d'une activité secondaire et qu'elle soit, au contraire, le réceptacle de la réalité des opérations économiques »¹⁹²⁴.

Ainsi, le droit français, lorsqu'il est compétent ou choisi, contribue à discontinuer la dépendance économique d'une succursale vis-à-vis de sa maison mère à l'étranger avec pour conséquence potentielle la requalification du lien contractuel en relation mère-fille notamment. Il suffit pour cela que l'objet litigieux constitue une priorité du droit français. Il en va ainsi de certaines dispositions relatives au statut de gérant de succursale qui ont force de lois de police¹⁹²⁵. Il en va également en matière de contrat de travail¹⁹²⁶, d'imposition¹⁹²⁷, de protection du travail¹⁹²⁸, de salaire¹⁹²⁹ notamment. Tout dépendant de la maison mère qu'il est, le gérant de succursale, selon qu'il sera salarié¹⁹³⁰ ou mandataire¹⁹³¹, gagnera respectivement en sujétion donc en dépendance ou en liberté donc en responsabilité. Dans ce dernier cas, il agit en qualité de chef d'établissement. Par ce biais, il contrôle le destin des ressources humaines¹⁹³², substantiellement, une condition de la dépendance économique, et subroge par là même le chef d'entreprise dans certains de ses droits et obligations. Ainsi en va-t-il *en matière de procédure collective*. En principe, le gérant succursaliste peut être poursuivi pour insuffisance du passif car cette dernière pèse alternativement sur les dirigeants de droit ou de

¹⁹²⁴ A. AUTENNE ET E.-J. NAVEZ, « *Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités* », Cahiers européen, 2009, p. 104. CE, 29 juin 1973, *Compagnie des Wagons-lits*, n° 77982.

¹⁹²⁵ *Confer* arrêt *Arblade*, précité, pt. 30.

¹⁹²⁶ AUDIT, B., *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 102 ; Sur l'obligation de délivrance d'un contrat de travail en langue française lorsque le travail est exécuté, même partiellement, sur le territoire français, Cass. soc., 15 mars 1986, D. 1987, p. 359, note Légier.

¹⁹²⁷ Art. 209, I al. 1^{er} du Code général des impôts.

¹⁹²⁸ Art. L. 111-2-2, 1^o du Code de la sécurité sociale. v. également, art. L.311-2 et L. 311-3 du Code de la sécurité sociale. Ainsi, la Cour de cassation entérine que « (...) la convention franco-algérienne sur la sécurité sociale attribue aux ressortissants algériens travaillant en France les mêmes avantages dans le régime général de sécurité sociale qu'aux ressortissants français (...) » (Cass. soc., 1 mars 1973, n° 71-12241, *Bull.*).

¹⁹²⁹ Sur les salaires, la Cour de cassation a décidé que le gérant doit recevoir une rémunération au moins égale au SMIC, à l'exception d'une faute lourde de sa part (Cass. soc., 20 juillet 1977, n° 75-40107 et 74-15262, *Bull.*).

¹⁹³⁰ Cass. civ., 6 juillet 1931, in « *Grands arrêts de droit du travail (GADT)* », Dalloz, 2004 n° 1. V. notamment, VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, *op. cit.*, pp. 983-995 ; A. SUPLOT, « *Les nouveaux visages de la subordination* », *Revue Droit social*, 2000, p. 131.

¹⁹³¹ Art. L. 146-1 à L. 146-4 du Code de commerce. VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, *op. cit.*, pp. 978-983 ; J.-P. CHAUCHARD, « *Éléments de définition d'un contrat de travail indépendant* », *JCP E*, 2007, p. 1761 ; N. DISSAUX, « *La gérance mandat : une troisième voie* », *D.*, 2010, 667 p. ; P. JUCHS, « *La gérance-mandat* », *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, p. 20.

¹⁹³² Art. L. 7321-3, al. 2 du Code du travail : « (...) ces gérants sont assimilés à des chefs d'établissement ». Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-21942, *Bull.*

fait¹⁹³³. *En matière de responsabilité fiscale.* En principe, elle incombe à la maison mère mais, en réalité, elle dépend, à la fois, de l'étroitesse du lien entre le gérant de la succursale et la société mère et du degré d'implication de ce dernier dans l'inexécution des obligations fiscales. Auquel cas, les juges peuvent les déclarer solidairement responsables¹⁹³⁴. Au surplus, il est estimé que la succursale dispose de sa propre personnalité fiscale¹⁹³⁵. Auquel cas la fiscalité applicable au bénéfice d'une succursale française basée à l'étranger relève du régime d'imposition applicable dans le pays d'accueil¹⁹³⁶. *En matière de responsabilité contractuelle.* Elle est déterminée par le contrat qui lie la succursale à son entreprise principale, à défaut, par la loi du domicile effectif de la succursale¹⁹³⁷. Exception faite de la responsabilité pénale. C'est celle de la maison mère en tant que personne morale qui est engagée¹⁹³⁸.

Les contrats de dépendance économique n'ont pas le monopole de l'intégration régionale. La sortie de la marginalisation régionale peut également émaner de contrats d'interdépendance économique.

¹⁹³³ Art. L. 651-2 al. 1^{er} du Code de commerce : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

¹⁹³⁴ A. BERNUT-POUILLET, « Succursales françaises : réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère », LPA, 28 juillet 2000, n°150, p. 13.

¹⁹³⁵ Art. 209-I du CGI. S. GINESTY, « La succursale, une filiale (presque) comme les autres », Lexbase Hebdo édition fiscale, n° 546, 7 novembre 2013.

¹⁹³⁶ CASTAGNEDE, B., *Précis de fiscalité internationale*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, pp. 507-524.

¹⁹³⁷ Art. 4 de la Convention de Rome, précité.

¹⁹³⁸ Art. 121-2 al. 1^{er} du Code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » ; v. notamment, Cass. crim., 14 décembre 1999, BRDA, n° 4/2000.

Chapitre 2. Du normativisme par l'interdépendance économique dans le contrat

289. Du solidarisme contractuel. L'interdépendance économique au sein du contrat constitue, par nature, une déclinaison du solidarisme contractuel¹⁹³⁹ : « (*un*) lien de dépendance mutuelle existant entre les parties (...) tel qu'il forme un tout se différenciant de ses parties »¹⁹⁴⁰. Tout individualisme dans le contrat est, en principe, réputé nul. Si le solidarisme dans le contrat comporte les avantages de la répartition de la charge de la gestion, des finances, une véritable synergie, il emporte parallèlement une dilution du pouvoir individuel de contrôler. Les parties contractantes s'obligent à la dissolution momentanée d'intérêts individuels dans un intérêt commun et parviennent à l'équilibre dans le contrat. L'équilibre contractuel¹⁹⁴¹ s'atteint en vue de satisfaire à une certaine équité dans le contrat – justice commutative¹⁹⁴². Il arrive que l'interdépendance économique soit le produit de l'intervention de la loi, en son sens matériel, dans le rapport contractuel sous une forme plus ou moins explicite. C'est l'exemple de la bonne foi¹⁹⁴³ étendue à la loyauté¹⁹⁴⁴. Elle se matérialise au « chausse-pieds » et est susceptible de graduation ; le solidarisme est organisé. Il arrive aussi qu'elle soit le produit de la libre contractation sans pour autant confiner à la libre détermination contractuelle – la loi n'a pas entièrement concédé son rôle organisateur. En effet, il est un solidarisme contractuel dissimulé – en ce qu'il ne se présente pas systématiquement

¹⁹³⁹ M. NICOD ET L. GRYNBAUM, Colloque, *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Economique et de Gestion de La Rochelle, les 3 et 4 mai 2002 ; « Dépendance mutuelle, la solidarité suppose, ou assure, la prise en charge, par l'un, de tout ou partie des intérêts de l'autre, et par l'autre de tout ou partie des intérêts de l'un » T. REVET, « *L'éthique des contrats en droit interne* », in *L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Actes du colloque organisé les 4 et 5 juillet 1996, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université « Ethique et déontologie », 1997, n° 14, p. 218. v. également, GENDRE-DEVOIVRE, M., *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Clermont-Ferrand 1, 1981.

¹⁹⁴⁰ Pour une étude d'ensemble, v. COURDIER-CUISINIER, A.-S. *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis Litec, coll. « Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux », 2006, spéc. p. 16, n° 24. Parenthèses ajoutées.

¹⁹⁴¹ Y. AUGUET, « *L'équilibre contractuel dans le Code civil* », art. cit.

¹⁹⁴² Pour une approche cursive, v. B. BILLAUDOT, « *Justice distributive et justice commutative dans la société moderne* », Journées de l'Association Charles Gide « Justice et économie : doctrines anciennes et nouvelles théories », Université Toulouse 1 Capitole, juin 2011, Toulouse (halshs-00644799).

¹⁹⁴³ Art. 1104, al. 1^{er} du Code civil.

¹⁹⁴⁴ « L'intérêt commun contractuel est satisfait lorsque les intérêts des parties sont combinés de façon loyale » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 1161.

comme une évidence¹⁹⁴⁵. Il découle de la convergence de volontés préalablement accordées soit de l'économie interne du contrat¹⁹⁴⁶. Apanage des contrats à long terme, l'interdépendance économique se structure traditionnellement soit autour d'une exigence endogène (**Section 2**), soit autour d'une exigence exogène (**Section 1**) de coopération¹⁹⁴⁷.

Section 1. Une interdépendance économique par détermination primitive de la loi.

290. Une interdépendance économique formelle. Ici, c'est par détermination de la loi, en son sens matériel, que naît globalement l'interdépendance économique. Elle en a l'initiative et couvre, dans une certaine mesure, toute la surface contractuelle. Rappelons que l'interdépendance économique est seulement le fait de la liberté du contrat concédée, orchestrée, garantie par la loi. En effet, « le législateur (...) intervient (...) pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action et pour les surveiller en établissant des limites à leur liberté, au moyen de prohibitions et de nullités »¹⁹⁴⁸. Et, c'est la constitution d'une personne morale qui, outre de constituer la meilleure garantie d'un traitement équitable des parties au sein du contrat, va enserrer l'accord de volontés dans un corpus de règles pré-rédigées. Il en va ainsi du groupement d'intérêt économique au sein duquel la loi amène les parties à se constituer particulièrement solidaires pour la satisfaction de l'objet du contrat (**I**). C'est aussi l'office du groupe de contrats créé de fait – des contrats liés entre eux par leur objet. Ces contrats, individuels à la source, s'agrègent du fait de la loi pour former un ensemble contractuel plus vaste – interdépendance contractuelle (**II**).

¹⁹⁴⁵ Contra F. DIESSE, « *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat* » (article extrait de thèse), in Archives de philosophie du droit, 1999, pp. 259-302 ; Y. GUYON, « *La fraternité dans le droit des sociétés* », Revue des sociétés, 1989, p. 439 ; Y. PICOD, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP E 1987, II, p. 15059.

¹⁹⁴⁶ Voir *supra* note n° 1706.

¹⁹⁴⁷ « Le devoir de collaboration renvoie à l'idée que la bonne foi ne se réduit pas à l'absence de mauvaise foi, mais suppose un comportement actif pouvant aller jusqu'à se préoccuper, du moins en partie, des intérêts du cocontractant. Un tel devoir ne peut, à l'évidence, s'imposer dans tous les contrats. Il a cependant une place légitime au sein de contrats qui s'inscrivent dans le temps et qui font naître un véritable lien contractuel » M. MEKKI, « *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations* », D., 2015, p. 816. D. PHILIPPE, « *Le contrat de joint venture international : construction progressive des termes contractuels et propriété intellectuelle* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche, *op. cit.*, p. 390. Note Q. Urban sous Cass. com., 7 juin 2008, n° 07-10886, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} avril 2009, n° 4, p. 396.

¹⁹⁴⁸ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil t.2*, Paris, L.G.D.J., 1931, n° 807.

I. L'exorbitance dans le groupement d'intérêt économique de droit français

291. Une cohésion forcée. Si le solidarisme des cocontractants est perceptible dans le GIE, il n'y figure pas dans sa version la plus souple. Ce n'est certainement pas par altruisme que s'opère le regroupement autour d'un groupement d'intérêt économique. C'est, en revanche, la somme d'intérêts individuels, qui le demeurent, qui apparaît en capacité de le faire émerger. L'obligation de collaborer, qui s'étend au devoir de solidarité entre collaborateurs, inhérente aux contrats d'interdépendance, y est poussée à son maximum.

292. Le contrat de GIE. Pour sa réalisation, le groupement d'intérêt économique¹⁹⁴⁹ suppose la conclusion d'un contrat. Un contrat nécessairement synallagmatique prévoyant la mise en commun de moyens pour « faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, améliorer ou accroître les résultats de cette activité »¹⁹⁵⁰. Autrement dit, les facilitation et développement de l'activité économique individuelle des membres du GIE vont dépendre du succès de la collectivisation des moyens. Laquelle constitue l'objet même du contrat¹⁹⁵¹. Le contrat de groupement d'intérêt économique est un contrat d'interdépendance économique. Bien qu'il arrive que cette dernière ne soit pas toujours parfaitement lisible notamment à l'image de la faculté de

¹⁹⁴⁹ Le GIE est institué par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, *JORF* du 28 septembre 1967, p. 9537. Son dispositif est contenu dans les articles L. 251-1 à L. 251-23 du Code de commerce. V. notamment, M. CLARET ET J. LATSCHA, « *Esquisse d'un bilan pratique des groupements d'intérêt économique* », *Revue des sociétés*, 1978, p. 46. ; I. GOAZIOU, *Le GIE et la classification des personnes morales de droit privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1, 2000 ; J. GUYENOT, « *Les modalités de la publicité de constitution des groupements d'intérêt économique* », *Gaz. Pal.*, 1983, II, p. 294 ; D. LEPETIER, « *La réforme du groupement d'intérêt économique* », *Bulletin Joly Sociétés*, 1989, n° 12, p. 939 ; MERLE, P. ET FAUCHON, A., *Droit commercial : sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 813-830.

¹⁹⁵⁰ Art. L. 251-1, al. 2 du Code de commerce. J. RICHARD, « *Le GIE et le sort des résultats depuis la loi du 13 juin 1989* », *JCP*, 1990, I, p. 3435 ; GUYON, Y. *Groupement d'intérêt économique*, in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003, n° 27. Sur l'auxiliarité de l'activité du groupement, v. note B. Lecourt sous Cass. com., 13 novembre 2003, n° 01-11072, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} février 2004, n° 2, p. 407. Sur l'intérêt commun, v. note M. Painchaux sous Cass. com., 21 janvier 2003, n° 97-20340, *Petites Affiches*, 20 octobre 2003, n° 209, p. 14.

¹⁹⁵¹ J. GUYENOT, « *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique* », *Gaz. Pal.*, 1981, II, p. 466.

retrait immédiat des membres du GIE lorsque les conditions du retrait ne sont pas prévues par le contrat¹⁹⁵² ou encore de l'exception de dissolution¹⁹⁵³.

293. Une co-dépendance par la stipulation. Les membres d'un GIE de droit français jouissent d'une latitude stipulatoire, dans l'intérêt supérieur du groupement, particulièrement étendue. Ainsi, ils n'hésitent pas à insérer au contrat un certain nombre de clauses. Elles procèdent, pour la plupart, d'un solidarisme d'intensité variable dont l'imprévision au contrat favorise le galop législatif¹⁹⁵⁴. Les obligations de loyauté, d'information, de confidentialité, de non-concurrence¹⁹⁵⁵. Aussi, les conditions d'exclusion ou de retrait¹⁹⁵⁶, d'agrément de nouveaux membres¹⁹⁵⁷, de cession des droits, témoins d'un ancrage de *l'intuitus personae*.

294. Une co-dépendance au titre du recouvrement des dettes. C'est par le truchement de la loi que le contrat de groupement d'intérêt économique fait état d'un solidarisme immodéré :

« Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. (...) Ils sont solidaires (...) »¹⁹⁵⁸.

C'est ainsi que nouveau membre ne saurait être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le GIE que si le contrat le permet¹⁹⁵⁹.

« S'il est vrai que le contrat de société à risque illimité a en commun avec le cautionnement de donner, éventuellement, naissance à une obligation de payer la dette d'autrui, en revanche, il s'en distingue fondamentalement par son effet

¹⁹⁵² Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11097, inédit.

¹⁹⁵³ Art. L. 251-20 du Code de commerce : « Si l'un des membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale, quelle qu'en soit la forme, ou une personne morale de droit privé non commerçante, le groupement est dissous, à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne la décident à l'unanimité ».

¹⁹⁵⁴ E.g. Art. L. 251-10, al. 1^{er} : « Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité ».

¹⁹⁵⁵ Les membres d'un GIE ne sauraient entrer en concurrence avec ledit groupement. L'Autorité de la concurrence (anc. Conseil de la concurrence) a admis sa validité dans les contrats de GIE : lorsqu'elle vise à interdire « formellement (*aux membres*) le droit d'exporter les produits de (*leur*) entreprise soit directement, soit indirectement en dehors du groupement et des réseaux commerciaux (...) à peine de tous dommages et intérêts envers le groupement » Décision du Conseil de la concurrence n° 97-D-01 du 15 janvier 1997 relative à des pratiques du GIE « les Tonnelleries de Bourgogne ».

¹⁹⁵⁶ Art. L. 251-9, al. 2 du Code de commerce : « Tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations » ; note D. Poracchia sous Cass. com., 3 avril 2007, n°06-10526, *Bull. Jolly Sociétés*, 1^{er} novembre 2007, n° 11, p. 1280.

¹⁹⁵⁷ Art. L. 251-9, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁹⁵⁸ Art. L. 251-6, al. 1^{er} du Code de commerce. Tenter, pour un membre mentionné au contrat et au registre du commerce et des sociétés, de s'en exonérer à raison d'inactivité économique voire d'irrégularité d'appartenance est vain (Cass. com., 1^{er} mars 1988, *Revue des sociétés*, 1988, p. 419). J. GUYENOT, « Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers », D., 1972, chron. 13.

¹⁹⁵⁹ Art. L. 251-6, al. 1^{er} du Code de commerce.

spéculatif résultant d'une recherche directe, par la mise en commun de biens ou d'industrie, d'un bénéfice ou d'une économie qui profitera à la communauté et qui justifie que cette dernière en supporte les risques »¹⁹⁶⁰.

C'est, substantiellement, une obligation dirimante puisque aucune clause contractuelle ne permet de s'y soustraire sous peine de nullité¹⁹⁶¹. Ce qui n'est pas sans rappeler les sociétés à risque illimité telles que la société en nom collectif¹⁹⁶², la société en commandite par actions¹⁹⁶³. Mais, la responsabilité des membres du GIE ne s'établit pas au prorata de leurs apports comme c'est le cas pour certaines sociétés¹⁹⁶⁴. Dans un GIE, les apports sont facultatifs et la réalisation de bénéfices accessoire quoique potentielle¹⁹⁶⁵.

Il résulte que cette version du solidarisme contractuel est singulièrement dissuasive quand bien même elle se verrait, par nature, atténuée par la démonstration d'une grande solvabilité. Pour autant, toutes les manifestations d'interdépendance économique par l'effet de la loi n'ont pas vocation à se réduire, en toutes circonstances, à un effet de dissuasion.

II. Liaisons contractuelles¹⁹⁶⁶ dans le financement participatif du tourisme

Afin de faire face à l'insuffisance de capitaux, les sociétés par actions – SA, SAS notamment – ont été autorisées à recourir à un financement extra-social – des investisseurs informés, étrangers

¹⁹⁶⁰ F. BICHERON, « *L'obligation aux dettes sociales de l'associé d'une société à risque illimité et l'article 1415 du code civil* », D., 2006, p. 2660.

¹⁹⁶¹ Art. L. 251-5, al. 1^{er} du Code de commerce : « *La nullité du groupement d'intérêt économique ainsi que des actes ou délibérations de celui-ci ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives du présent chapitre, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ».

¹⁹⁶² Art. L. 221-1, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁹⁶³ Art. L. 226-1, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁹⁶⁴ Sur la société civile. L'article 1857 du Code civil dispose : « *A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements* ». Sur la société en commandite simple. L'article L. 222-1, al. 2 du Code de commerce dispose : « *Les associés commanditaires répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport. (...)* ».

¹⁹⁶⁵ Le GIE, bien qu'il manifeste certains attributs sociaux tels qu'une dénomination, un siège, une nationalité, un patrimoine (Art. L. 251-8 du Code de commerce), des règles de constitution propres aux sociétés (Art. L. 251-4 du Code de commerce), n'est pas une société. Il n'a pas vocation au partage des bénéfices (Art. L. 251-1, al. 2 du Code de commerce) et peut être constitué sans capital (Art. L. 251-3, al. 1^{er} du Code de commerce). « (...) le but du groupement d'intérêt économique n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même (...) » Cass. com., 19 janvier 2016, n° 14-19796, Bull. FS-P+B, Obs. J.-M. Moulin, Gaz. Pal., 6 septembre 2016, n° 30, 77 p., obs. P. Dupichot, Bull. Joly sociétés, 31 décembre 2016, n° 12, 725 p.

¹⁹⁶⁶ Sur la notion, v. CHEDEVILLE, D. *La liaison entre contrats*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1977. Pour une approche théorique de l'interdépendance contractuelle, v. PELLE, S. *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, 572 p.

à la société demanderesse, se muent en apporteurs en numéraire à l'image du *crowdfunding* hôtelier. De cette relation jaillit une forme d'interdépendance économique sous couvert d'interdépendance contractuelle.

295. Définition. Le financement participatif¹⁹⁶⁷ est un contrat à titre onéreux¹⁹⁶⁸ qui vise le financement par la foule (« *crowdfunding* »¹⁹⁶⁹) « de projets par la levée de fonds auprès d'internautes *via* des plates-formes internet dédiées »¹⁹⁷⁰ comme l'illustre *TravelStarter*¹⁹⁷¹ – une plateforme pionnière en matière de *crowdfunding* dans le domaine du tourisme. En contrepartie de l'obtention de ces fonds, essentiellement dans le cas d'une souscription de titres, les associés de la société par actions, dénommés porteurs de projet, vont émettre des droits sociaux au profit de l'internaute-investisseur.

296. L'intermédiation : un multiple de l'interdépendance économique. Outre la réalité d'une dépendance formelle – les porteurs de projet sont dépendants du financement externe privé et, réciproquement, les investisseurs du succès du projet –, est à l'œuvre une dépendance substantielle révélée au travers de l'indirection des rapports densifiant significativement l'interdépendance économique éprouvée. Dans un souci de protection de l'investisseur¹⁹⁷², au détour d'une déresponsabilisation des parties contractantes, le législateur met en place des intermédiaires¹⁹⁷³. Ces derniers vont se substituer aux investisseurs et porteurs de projet dans l'accomplissement de certaines obligations contractuelles traditionnellement dévolues aux parties contractantes. Leurs compétences oscillent selon la nature du financement. Il existe quatre types de financement participatif : le financement participatif par don, par récompense, par prêt et par

¹⁹⁶⁷ Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif, *JORF* n° 0125 du 31 mai 2014, p. 9075, texte n° 14.

¹⁹⁶⁸ Art. 1107, al. 1^{er} : « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* ».

¹⁹⁶⁹ Pour une vue d'ensemble, v. LE FUR, A.-V. (DIR.), *Le cadre juridique du Crowdfunding. Analyses prospectives*, Paris, Société de législation comparée, 2015, 270 p. ; AMF ET ACP, « *Guide du financement participatif (Crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projet* », *Revue des sociétés*, 2013, p. 454 ; P.-H. CONAC, « *Entrée en vigueur du nouveau régime français du financement participatif (crowdfunding)* », *Revue des sociétés*, 2015, p. 60 ; F.-J. CREDOT ET T. SAMIN, « *Financement participatif* », *Revue de droit bancaire et financier*, 2014, n° 5, p. 27 ; A.-V. LE FUR, « *Enfin un cadre juridique pour le crowdfunding, une première étape dans la réglementation* », *D.* 2014, n° 10, p. 1831 ; J.-M. MOULIN, « *Guider l'investisseur dans le paysage (parfois nébuleux) du financement participatif* », *Bulletin Joly Bourse*, octobre 2016, n° 10, p. 434.

¹⁹⁷⁰ L. GODON, « *La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, p. 113.

¹⁹⁷¹ URL : <https://travelmassive.com/travelstarter>

¹⁹⁷² S. SABATHIER, « *Le nouvel investisseur en financement participatif* », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet 2016, n° 4, étude 21.

¹⁹⁷³ T. GRANIER, « *Le statut des plateformes de souscription de titres financiers* », *Bulletin Joly Sociétés*, décembre 2014, n° 12, p. 750 ; P. DIDIER, « *Obligations et responsabilités des plateformes de financement participatif* », *Revue de droit bancaire et financier*, mars 2017, n° 2, dossier 13.

souscription de titres¹⁹⁷⁴. Ce sont précisément les deux derniers types qui retiendront notre attention puisqu'ils sont réalisés à titre onéreux¹⁹⁷⁵.

Sur le *financement intermédié par prêt*. Lorsque le financement résulte d'un prêt¹⁹⁷⁶, la mission de régulation incombe à l'intermédiaire en financement participatif (IFP) dont le dispositif est fixé aux articles L. 548-1 à L. 548-6 du Code monétaire et financier (CMF). Au moyen d'un site internet réglementaire, des plateformes de prêts vont mettre en relation les porteurs de projet et les investisseurs-prêteurs non-professionnels¹⁹⁷⁷. Ces dernières doivent non seulement faire preuve d'une totale transparence quant au rôle qu'elles jouent dans l'opération de financement – mode de sélection des projets, leur rémunération notamment – mais aussi satisfaire à une obligation d'information particulièrement étendue¹⁹⁷⁸. Le risque pour l'investisseur-prêteur non professionnel de méconnaître ses devoirs et entraîner l'inexécution du contrat ou pour le porteur de projet-emprunteur de négliger certains aspects de son projet et vicier le consentement de l'investisseur est augmenté. Le financement est ici similaire au mécanisme traditionnel du prêt. D'ailleurs, l'IFP fournit aux parties un contrat type réglementé permettant de formaliser les conditions du financement¹⁹⁷⁹.

Sur le *financement intermédié par souscription de titres financiers*. Lorsque le financement résulte de la souscription de titres financiers¹⁹⁸⁰, l'intermédiation relève de la compétence des conseillers en

¹⁹⁷⁴ FRANÇOIS, B. *Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, octobre 2016, n° 196.

¹⁹⁷⁵ Cass. civ., 1^{re}, 7 mars 2006, n° 02-20374, *Bull.*

¹⁹⁷⁶ V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « L'encadrement juridique du prêt opéré par le biais d'une plateforme de financement participatif », Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2014, n° 12, p. 756 ; V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Le bonheur est dans le prêt ! Le financement participatif sous forme de prêt et la finance durable », Revue de droit bancaire et financier, juillet 2015, n° 4, p. 45.

¹⁹⁷⁷ Art. L. 511-5, al. 1^{er} du CMF : « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel » ; Art. L. 511-6, al. 2, 7 du CMF : « L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas (...) aux personnes physiques qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre du financement participatif de projets déterminés, conformément aux dispositions de l'article L. 548-1 et dans la limite d'un prêt par projet. (...) ».

¹⁹⁷⁸ Art. L. 548-6, al. 2 du CMF ; v. C. LUCAS DE LAYSSAC, « L'obligation de renseignement dans les contrats », in Loussouarn, Y. et Lagarde, P. L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, L.G.D.J., 1978, p. 305.

¹⁹⁷⁹ Art. L. 548-6, al. 2, 8^o du CMF.

¹⁹⁸⁰ Art. L. 211-1, II du CMF. v. J. ATTARD, « Le financement participatif par souscription de titres », Petites Affiches, 16 janvier 2015, n° 12, p. 4 ; J.-P. BRUN, « Crowdfunding : placement privé ou offre de titres au public ? Un exemple topique d'une réglementation qui bride le développement de l'innovation », RTDF, 2013, n°1, p. 64 ; J.-J. DAIGRE ET B. FRANÇOIS, « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », Revue des sociétés, 2010, p. 111 ; B. FRANÇOIS, « Le financement participatif par souscription de titres : une étude de droit comparé, Le cadre juridique du crowdfunding », Analyses prospectives, SLC éd., février 2015, p. 169 ; D. PORACCHIA ET D. VELARDOCCCHIO, « Le financement participatif par offre de titres financiers », Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2014, n° 12, p. 742.

investissement participatif (CIP)¹⁹⁸¹ dont le dispositif figure aux articles L. 547-1 à L. 547-9 du CMF. Egalement, *via* un site internet, ils assurent une mission de conseil en investissement sur des offres de titres de capital et de titres de créances. A la manière des IFP, les CIP sont soumis à des règles de bonne conduite¹⁹⁸² précisées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers – informer, se comporter avec loyauté, agir avec équité notamment. Les titres émis par le porteur de projet empruntent plusieurs formes. Il peut s'agir d'obligations¹⁹⁸³, de titres de capital¹⁹⁸⁴ ou encore de minibons¹⁹⁸⁵. Quant à la limite de l'investissement, elle se voit repoussée d'un million et cinq cent mille euro passant ainsi d'un million d'euro à deux millions cinq cent mille euro par projet¹⁹⁸⁶.

297. Un agglomérat contractuel. Le contrat de financement participatif n'est pas un simple contrat synallagmatique¹⁹⁸⁷, il résulte d'un phénomène d'agglomération contractuelle¹⁹⁸⁸. Il fait état d'une relation à trois personnes – le porteur de projet, l'intermédiaire et l'investisseur – qui s'obligent, alternativement, entre elles.

298. Les conditions générales d'utilisation (CGU). Chaque fois que l'intermédiaire sera partie au contrat, le cocontractant investisseur-internaute ou porteur de projet aura à accepter, au moyen d'une case à cocher, les conditions générales d'utilisation de la plateforme.

Ce sont « des clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸¹ J.-M. MOULIN, « Régulation du crowdfunding : de l'ombre à la lumière », Bulletin Joly Bourse, juillet 2014, n° 07-08, p. 356.

¹⁹⁸² Art. L. 547-9 du CMF.

¹⁹⁸³ LECOURT, A. *Obligation*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2015, n° 1-675.

¹⁹⁸⁴ P. BISSARA ET J.-P. BOUERE, « Les propositions du CNPF de modernisation du régime des émissions de titres de capital », Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 1994, n° 1, p. 9 ; T. BONNEAU, « Valeurs mobilières composées – Titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance », Revue Droit des sociétés, 2004, chron. 153 ; F. MARTIN LAPRADE, « La modification a posteriori des caractéristiques de valeurs mobilières donnant accès au capital », Option finance, 2013, n° 1212, p. 28 ; A. PIETRANCOSTA, « La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004 », Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 5, p. 373.

¹⁹⁸⁵ Art. L. 223-6 du CMF. v. E. ROGEY, « Minibons : un nouvel instrument de financement participatif sous la supervision de l'Autorité des marchés financiers », Bulletin Joly Bourse, juillet 2016, n° 07-08, p. 310.

¹⁹⁸⁶ Art. 1^{er} du décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 précité.

¹⁹⁸⁷ Art. 1106, al. 1^{er} du Code civil : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

¹⁹⁸⁸ v. notamment, A. QUIQUEREZ, « Les contrats du financement participatif : quelles qualifications juridiques ? », Revue trimestrielle de droit financier, mars 2016, n°1, pp. 7-20.

¹⁹⁸⁹ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in Mélanges Alfred Jauffret, 1974, p. 622 ; v. également, J.-M. BRUGUIERE, « Les conditions générales d'utilisation sur l'Internet. Nouvelles réglementations de droit privé ? », in L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet. Quid novi ?, Paris, Dalloz, 2014, pp. 9-22 pp. ; G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », CCE, juillet-août 2012, n° 7-8 : dans le contexte des réseaux sociaux, ce clic serait une « opération, anodine en apparence, (qui) scelle alors un accord sur un ensemble de stipulations, souvent

Elles emportent la valeur juridique d'un contrat d'adhésion en ligne.

299. Les contrats individuels. Ils surgissent après diverses formalités telles que la vérification du profil de l'investisseur, du projet.

300. Le contrat « porteur de projet-intermédiaire ». Une fois le stade des CGU franchi, le rapport porteur de projet-intermédiaire donne lieu à une seconde période contractuelle. Le porteur de projet – l'exemple d'une société par actions simplifiée – s'engage à fournir tous les renseignements nécessaires à la satisfaction de l'obligation d'information qui incombe à l'intermédiaire vis-à-vis de l'investisseur – description de l'activité, actionnariat, équipe dirigeante notamment – et consent à la rémunération de l'intermédiaire notamment. En contrepartie, l'intermédiaire s'engage notamment à assurer un certain nombre de prestations, à déterminer l'étendue de sa responsabilité.

301. Le contrat « investisseur-intermédiaire ». L'investisseur, après avoir également manifesté son consentement aux CGU, optera pour un type de financement – prêt ou souscription de titres financiers. Naîtra alors un second contrat entre l'intermédiaire et lui qui, comme dans le rapport contractuel précédent, délimitera les obligations des deux parties.

302. Le contrat « investisseur-porteur de projet ». Le site internet prend ici des airs d'office notarial. En cas de d'émission de titres, sous réserve des articles 54, 55 et 60 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, l'intermédiaire est en charge de la rédaction du contrat qui précisera un certain nombre d'éléments tels que l'identité des parties, le montant de l'émission, la forme de l'émission. En cas de prêt, l'intermédiaire fournira aux parties un contrat type¹⁹⁹⁰.

Il résulte que c'est l'addition de petits contrats autonomes, isolément incohérents, qui fait du *crowdfunding* un ensemble contractuel, cohérent, creuset d'une interdépendance économique des parties.

non lues, qui servent les intérêts du média social plus qu'elles ne préservent des droits de l'utilisateur » ; V. SEDALLIAN, « *Les conditions générales d'utilisation ont-elles une valeur juridique ?* », Revue Documentaliste - Science de l'information, vol. 49, mars 2012.

¹⁹⁹⁰ Art. L. 548-6, al. 2, 8° du CMF.

En fin de compte, cette intervention de la loi dans le contrat, outre de faire codépendre les parties, porte l'organisation du projet d'économie sous une forme prédéterminée. Ce qui confine à l'effritement de la conception du pur libéralisme économique. Il arrive toutefois que l'interdépendance économique trouve sa source principale dans la substance du contrat ce qui à charge de réhabiliter, dans une certaine mesure, l'esprit du libéralisme économique.

Section 2. Une interdépendance économique par détermination adventice de la loi.

303. L'office substantiel du contrat. Il y a une propension quasi-systématique à analyser certaines collaborations sous le prisme exclusif de leur matérialisation. En cause, un amalgame éculé entre forme et substance : l'objet du contrat¹⁹⁹¹ n'est pas la société mais ce pourquoi la société s'est formée faisant de cette dernière le siège de l'interdépendance économique. Passé cet amalgame, il n'est aucun déterminisme dans la naissance de l'interdépendance économique. L'interdépendance peut résulter de la seule stipulation contractuelle ; une société n'est pas toujours formée¹⁹⁹². Cela exige soit de descendre dans les méandres du contrat soit de prendre de la hauteur. L'interdépendance économique est substantielle. Elle émanerait notamment de « contrats d'union »¹⁹⁹³ tels que la *joint venture* via la manifestation d'un *animus cooperandi*¹⁹⁹⁴ (II). Pour autant, lorsqu'une société est formée, si sa constitution résulte d'une disposition législative, il arrive que la loi seule soit inapte, parce qu'elle l'aura décidé, à faire surgir l'interdépendance dans le contrat. Il en va ainsi de la société par actions simplifiée (SAS). Formellement rendue flexible et libérale¹⁹⁹⁵,

¹⁹⁹¹ Il se distingue de l'objet des obligations contractuelles : « l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit ; mais cette prestation...absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat » RIPERT, G. ET BOULANGER, J., « *Traité élémentaire de droit civil, t. II* », Paris, L.G.D.J., 1956, n° 241. OVERSTAKE, J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 32.

¹⁹⁹² FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁹³ « Des contrats qui visent à conserver un pouvoir de marché déjà acquis ou à acquérir de nouvelles parts de marché » (in Cours de droit économique général de Laurence Boy du Master 2 Recherche en droit économique (2011) de l'école de droit de l'Université Côte d'Azur (anc. Université Nice Sophia-Antipolis).

¹⁹⁹⁴ La « volonté de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun » Cass. civ., 1^{re} 20 janvier 2010, n° 08-13200, *Bull.* « (...) l'égalité des associés qui sont animés de l'*animus cooperandi* (...) va plus loin que l'*affectio societatis* (censée régner entre tous les associés de n'importe quelle société » FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁹⁵ « Un îlot de liberté dans un océan de réglementation » Y. GUYON, « *Présentation générale de la société par actions simplifiée* », RS 1994, p. 207. « une nouvelle forme spéciale de société (...) dont l'objectif est précisément d'achapper au

elle est, en substance, le terrain d'un déplacement planifié du pouvoir normatif dans le contrat – le verrouillage social est indirectement le fait de la loi – (I).

I. Du libéralisme dans le contrat de société par actions simplifiée

304. Un « véhicule juridique toutes fonctions »¹⁹⁹⁶. La société par actions simplifiée est instituée par la loi du 3 janvier 1994¹⁹⁹⁷. Sa création poursuit, comme l'indique sa dénomination, l'objectif d'une simplification du droit des sociétés. Elle serait une version améliorée, évoluée¹⁹⁹⁸, édulcorée de la société anonyme (SA) réputée rigide¹⁹⁹⁹. Mais, en réalité, « l'adjectif simplifiée ne signifie pas que la nouvelle société est elle-même simple. Bien au contraire, en laissant une large initiative à la volonté des actionnaires, elle oblige ceux-ci à un effort d'imagination plus grand que les structures contraignantes »²⁰⁰⁰. Elle se présente comme la forme sociale idéale²⁰⁰¹.

« (...) la pratique a montré que les utilisations de la SAS auraient pour seule limite l'imagination des praticiens »²⁰⁰².

Une entreprise, quelle que soit sa taille, la nature de son activité économique – l'hébergement touristique, le loisir –, l'intérêt poursuivi – une coopération internationale d'entreprises dans le cadre d'un capital-investissement – peut s'organiser sous la forme d'une SAS.

droit des sociétés pour favoriser la liberté contractuelle » C. HANNOUN, « *La société par actions simplifiée : un essai de prospective juridique* », in mélanges Alain Sayag, Paris, Litec, 1997, p. 283.

¹⁹⁹⁶ VIDAL, D. ET LUCIANO, K., *Cours de droit général des sociétés 2016-2017*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso, 2016, p. 204.

¹⁹⁹⁷ Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, *JORF* n° 2 du 4 janvier 1994, p. 129.

¹⁹⁹⁸ T. MASSART, « *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus* », Bull. Joly 2008, §136, p. 632). Plusieurs évolutions. Parmi lesquelles, la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, *JORF* n°160 du 13 juillet 1999, p. 10396) – qui introduit la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) (Y. GUYON, « *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)* », *Revue des sociétés*, 1999, p. 505), abolit les contraintes de capital pour les personnes morales. La loi du loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée qui consacre l'apport en industrie, supprime le capital social minimum notamment.

¹⁹⁹⁹ « La loi du 24 juillet 1966 (*sur les sociétés commerciales*) est contraignante en matière de SARL et surtout de sociétés anonymes sans que le caractère impératif de beaucoup de ses dispositions soit rationnellement justifié » Y. GUYON, « *Présentation générale de la société par actions simplifiée* », *Revue des sociétés*, 1994, p. 207 ; A. LE FEVRE, « *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée* », *RJ com.*, 1992, p. 89.

²⁰⁰⁰ P. LE CANNU, « *La SAS dans la concurrence des formes de société* », in SAS questions d'actualité, Bull. Joly 2008, n°3, p. 236.

²⁰⁰¹ P. LE CANNU, « *La SAS dans la concurrence des formes de société* », *art cit.*

²⁰⁰² J. SIMON, « *La SAS : histoire d'un succès* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, p. 46.

305. L'éventail du droit de la société par actions simplifiée. L'interdépendance économique trouve ici sa force vive dans le pluralisme normatif applicable aux sociétés. Dans un premier temps, la loi, parce qu'elle n'a pas abandonné le terrain contractuel, au travers du droit des obligations, que nous n'envisagerons pas ici, subséquemment du droit commun des sociétés dont le dispositif est posé notamment aux articles 1832 à 1844-17 du Code civil ainsi que d'un droit spécial modestement normatif. Elle sera l'élément objectif faisant invariablement préexister une forme d'interdépendance économique. Autrement dit, pour s'associer, les aspirants associés auront à remplir certaines conditions fondamentales (A). Dans un deuxième temps, la SAS relève le défi d'un recul des normes légales au profit d'une place très importante laissée à la libre stipulation. Cette dernière sera l'élément subjectif faisant variablement exister l'interdépendance économique (B).

A – Le minimalisme législatif

L'interdépendance économique du contrat de société par actions simplifiée trouve son fondement non seulement dans le giron du droit commun aux sociétés mais également dans celui du régime spécial qui s'applique à la SAS.

306. La contribution du droit commun des sociétés. *Le contrat de société.* Traditionnellement, la société sourd d'un acte de volonté collectif qui se manifeste sous la forme d'un contrat de société²⁰⁰³. C'est, en premier lieu, au travers des éléments constitutifs, invariables, du contrat de société, valide²⁰⁰⁴, que se révèle l'interdépendance économique :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

²⁰⁰³ C. CHAMPAUD, « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », Le droit contemporain des contrats, *Economica*, 1987, p. 125. ; J. HAMEL, « *Quelques réflexions sur le contrat de société* », Mélanges Dabin, Tome II, 1963, p. 649. ; R. LIEBCHABER, « *La société : un contrat spécial ?* », *Prospectives de droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 ; J. MESTRE, « *La société est bien encore un contrat* », in Mélanges Mouly, 1998, p. 131.

²⁰⁰⁴ Art. 1128 du Code civil.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne²⁰⁰⁵. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes »²⁰⁰⁶.

Les apports. Par l'affectation de biens ou leur industrie, les associés reçoivent des droits correspondants²⁰⁰⁷ sous la forme de parts sociales, actions ou titres sociaux. Ces apports, à l'exclusion de l'apport en industrie et de l'apport en jouissance, contribuent à la constitution du capital social. En contrepartie, les associés, à hauteur de leur participation²⁰⁰⁸ sauf stipulation contraire, ont vocation au partage des bénéfices, lesquels revêtent une forme pécuniaire – les dividendes²⁰⁰⁹ – ou matérielle²⁰¹⁰ – marchandises, immeubles etc. C'est la substantifique moelle du contrat de société²⁰¹¹ : « la société commerciale est constituée pour réaliser des profits et les distribuer à ses actionnaires. Elle méconnaîtrait gravement son objet qui est d'incarner l'intérêt commun de ceux-ci en les privant indûment de distribution »²⁰¹².

La contribution aux pertes au prorata des quote-parts. Réciproquement, les associés s'engagent à contribuer aux pertes²⁰¹³. C'est le cas où l'actif social apparaît insuffisant au comblement du passif – l'incapacité au remboursement des apports sociaux, au paiement des créanciers notamment. Ces pertes sociales sont, en général, reportées à l'exercice suivant et n'apparaissent, sauf choix contradictoire des associés, qu'à la dissolution de la société : « il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables 'pertes sociales' auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société »²⁰¹⁴.

²⁰⁰⁵ Dans les cas prévus par la loi, la société peut être instituée par la volonté d'une seule personne. Tel est le cas de l'EURL (art. L.223-1 du Code du commerce), de la SASU (art. L. 227-1 du Code du commerce) et la SELARLU (art. 31 de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* n° 144 du 24 juin 1999, p. 9247).

²⁰⁰⁶ Art. 1832 du Code civil. Cass. civ., 1^{re}, 20 janvier 2010, n°08-13200, *Bull.*

²⁰⁰⁷ Art. 1843-3 al. 3 du Code civil.

²⁰⁰⁸ Art. 1844 al. 1^{er} : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

²⁰⁰⁹ DE BISSA, A., *La notion de dividende, aspects juridiques et fiscaux*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1, 1994 ; VELARDOCCIO, D. *Dividendes*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, août 1996.

²⁰¹⁰ Cass. com., 12 février 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 338.

²⁰¹¹ Cass. com., 19 mai 1954, *Bull. civ.* n° 189.

²⁰¹² P. BISSARA, « L'intérêt social », *Revue des sociétés*, 1999, p. 5 ; Cass. com., 22 avril 1976, *Langlois/Peters*, *Revue des sociétés*, 1976, p. 479 ; v. E. MASSIN, « L'absence abusive de distribution de bénéfices », *RJ com.* avril 1978, p. 197.

²⁰¹³ P. CARCREFF, « La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer », *Gaz. Pal.*, 1973, 2, pp. 569-570 ; F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Revue des sociétés*, 2002, p. 640 ; F. TERRE ET A. VIANDIER, « Théorie des bénéfices et des pertes. La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 17, 1988, n° 3, p. 2.

²⁰¹⁴ Tribunal de commerce de Vannes, 27 avril 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 610.

Cette contribution est, en principe, proportionnelle à la participation au capital social²⁰¹⁵.

L'affectio societatis. Il est l'âme du rapport social. Outre de traduire « la volonté d'union dans un but intéressé et la volonté de courir les mêmes risques »²⁰¹⁶, il préfigure la constitution de la société et est perpétuel²⁰¹⁷. Tout imprévisible qu'il est²⁰¹⁸, il constitue le terreau d'une mutualité de la dépendance. Ainsi, au motif d'un projet commun, les associés manifestent la volonté d'être dépendants les uns des autres. La défaillance de l'un des associés a vocation à discontinuer le lien social.

La neutralisation de l'excès de pouvoir. Des manifestations, certes, moins éclatantes, contribuent, aussi, à asseoir l'interdépendance économique dans le contrat de société. Il en va de la prohibition des clauses léonines²⁰¹⁹, laquelle se pose en garante de l'équilibre social : « (...) la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites »²⁰²⁰. L'équilibre apparaît comme un attribut de l'interdépendance puisque sans proportion l'interdépendance se change en dépendance. L'exigence circonstanciée d'unanimité joue également un rôle. Ainsi, sous réserve de clause contraire, en matière de modification des statuts notamment, les associés ont à se prononcer unanimement. C'est l'exemple des statuts qui « ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés »²⁰²¹. Autrement dit, sans l'accord de tous les associés les statuts ne peuvent faire l'objet de réforme ainsi le *veto* d'un seul des associés a pour conséquence le verrouillage du rapport social. Ce qui peut se révéler particulièrement problématique dans le cadre d'une SAS puisque les statuts y occupent, on le verra, une place cardinale.

²⁰¹⁵ Art. 1844-1, al. 1^{er} du Code civil.

²⁰¹⁶ J. HAMEL, « *L'affectio societatis* », RTD civ., 1925, p. 627 ; J.-F. BARBIERE, « *Retour sur l'affectio societatis, une intention mal aimée* », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, op. cit.*, pp. 285-296. « une volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une société commune » (Cass. civ., 1^{re}, 18 juillet 1995, n° 93-19449, *Bull.*).

²⁰¹⁷ Il est « une disposition psychologique nécessaire aussi bien à l'établissement de la relation contractuelle entre les associés que pour son maintien dans la durée » CUISINIER, V. *L'affectio societatis*, Paris, Litec, Coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2008, p. 13.

²⁰¹⁸ « De tous les éléments du contrat de société, *l'affectio societatis* est sans doute celui qui donne lieu aux difficultés les plus nombreuses et les plus graves » Y. GUYON, « *Affectio societatis* », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 20-10 ; N. REBOUL, « *Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis* », *Revue des sociétés*, 2000, p. 425 ; P. SERLOOTEN, « *L'affectio societatis, une notion à revisiter* », in *Mélanges Y. Guyon*, 2003, Dalloz, p. 1007.

²⁰¹⁹ H. LE NABASQUE ET M. BARBIER, « *Les clauses léonines* », *Revue Droit des sociétés*, Actes pratiques, n° 29/1996 ; MARTEL, E., *Les clauses de répartition inégale des résultats sociaux*, Thèse de doctorat, droit, Rennes, 2000 ; SECNAZI, R., *Le contrat léonin*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2000.

²⁰²⁰ Art. 1844-1, al. 2 du Code civil ; Cass. com., 10 janvier 1989, n° 87-12155, *Bull.*

²⁰²¹ Art. 1836 al. 1^{er} du Code civil.

307. La contribution du droit spécial de la société par actions simplifiée. A l'inverse des statuts, la loi ne se présente pas en pourvoyeur d'interdépendance économique²⁰²². Et pour cause, législativement, le « squelette sociétaire »²⁰²³ de la SAS apparaît faiblement pourvu²⁰²⁴. Alors que dans les autres types de sociétés la loi conserve son pouvoir répartiteur, dans la SAS, il est réduit au strict minimum. Ainsi, sous réserve de compatibilité, certaines règles du dispositif encadrant la société anonyme trouveront à s'appliquer à la SAS²⁰²⁵. On assiste également à la délégation de pouvoirs par la loi aux rédacteurs statutaires :

« Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »²⁰²⁶.

« Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient »²⁰²⁷.

Il subsiste, toutefois, une partie légale immergée qui, sans ôter le caractère supplétif de la loi, complexifie le régime de la SAS. La structure légale du contrat de société par actions simplifiée est condamnée à demeurer composite, victime d'un éclatement de ses sources²⁰²⁸ – le droit commun des contrats, des sociétés commerciales, des sociétés par actions, des sociétés anonymes notamment. Aussi, la loi ne se révèle pas complètement incompétente quant à garantir l'interdépendance économique dans la SAS. L'article L. 227-9 du Code de commerce, et c'est sans doute l'une des rares manifestations législatives, en son quatrième alinéa, sanctionne par la nullité toute violation des dispositions de l'article²⁰²⁹, en particulier l'alinéa premier appelant la collectivité décisionnelle²⁰³⁰.

²⁰²² P. LE CANNU, « *Un cadre légal minimal* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 71-73. Le dispositif est fixé aux articles L. 227-1 à L. 227-20 du Code de commerce.

²⁰²³ FRISON-ROCHE M.-A. ET BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, op. cit., p. 288.

²⁰²⁴ Art. L. 227-1 à L. 227-20 du Code de commerce.

²⁰²⁵ Art. L. 227-1, al. 3 du Code de commerce : « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée* » ; Réponse ministérielle Arlette Grosskost, 4 mai 2004, n° 34814, JO Assemblée Nationale Questions, n°18, p. 3346 : « (...) ces règles ne s'appliquent que dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles spécifiques de la SAS ».

²⁰²⁶ Art. L. 227-5 du Code de commerce.

²⁰²⁷ Art. L. 227-9, al. 1^{er} du Code de commerce.

²⁰²⁸ « Un îlot de liberté dans un océan de réglementation » P.-H. CONAC, « *La société par actions simplifiée : une révolution démocratique* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, p. 32 ; v. sur ce point, J. PAILLUSSEAU, « *La nouvelle société par actions simplifiée, Le big-bang du droit des sociétés (suite) !* », *Revue Droit des affaires*, 1999, pp. 1385-1394.

²⁰²⁹ Sur le régime des nullités, *confer* H. LE NABASQUE, « *La flexibilité contractuelle dans la SAS* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 87-89.

²⁰³⁰ *Confer* « La plasticité du domaine des décisions collectives » in I. URBAIN-PARLEANI, « *Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée. Intervention au colloque du 24 janvier 2014 : "Les 20 ans de la SAS"* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 101-104.

Seul, l'arsenal législatif positif est inapte à la pleine manifestation de l'interdépendance économique au sein de la société. Il convient d'y agréger la loi statutaire alors dépositaire du pouvoir d'organisation sociale.

B – Le maximalisme statutaire

308. Les règles de l'art stipulatoire. Par le primat de la stipulation statutaire sur la loi, la société par actions simplifiée est encartée en société ultra-libérale. C'est donc dans les statuts qu'il conviendra de rechercher les indices de l'interdépendance économique.

309. Une réelle liberté de contracter : la loi des statuts. Les statuts sont un contrat²⁰³¹ : « (...) les liens existants entre les actionnaires d'une société sont comparables à ceux qui existent entre les parties à un contrat. La constitution d'une société traduit en effet l'existence d'une communauté d'intérêts entre les actionnaires dans la poursuite d'un objectif commun. Afin de réaliser cet objectif, chaque actionnaire est investi, vis-à-vis des autres actionnaires et des organes de la société, de droits et d'obligations qui trouvent leur expression dans les statuts de la société. Il s'ensuit que (...) les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre les actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent »²⁰³². Ils revêtent, par là même, une force obligatoire²⁰³³ et n'ont, en principe, d'effet qu'entre les actionnaires et, éventuellement, la société créée²⁰³⁴. Si, traditionnellement, le droit octroie aux sociétés une grande liberté stipulatoire²⁰³⁵, elle prend une toute autre dimension dans la SAS²⁰³⁶.

²⁰³¹ LECOURT, A. *Statuts et actes annexes*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juillet 2015, n° 1. V. également, T. BONNEAU, « *Le règlement intérieur de la société* », Revue Droit des sociétés, février 1994, p. 1 ; Y. CHAPUT, « *La liberté et les statuts* », Revue des sociétés, 1989, p. 361 ; J.-P. LEGROS, « *La violation des statuts est-elle une cause de nullité ?* », JCP E 1991, I, p. 195.

²⁰³² CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc c/ Wolfgang Petereit*, Aff. C-214/89, *Rec*, 1992, p. I-01745, pt. 16.

²⁰³³ Art. 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

²⁰³⁴ Art. 1199 du Code civil. **Nota bene** : les statuts ne sont pas opposables aux tiers mais les tiers peuvent les opposer à la société Cass. soc., 11 juin 1997, *Bull.* n° 94-43822, inédit.

²⁰³⁵ GUYON, Y. ET GHESTIN, J., *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2002, 462 p. ; B. SAINTOURENS, « *La flexibilité du droit des sociétés* », RTD com., 1987, p. 457.

²⁰³⁶ H. LE NABASQUE, « *La flexibilité contractuelle dans la SAS* », *art cit.*

« La SAS est l'expression la plus finie du mouvement de contractualisation du droit des sociétés, puisque l'autonomie de la volonté n'a plus à emprunter le détour de pactes extra-statutaires mais prend directement prise sur les statuts »²⁰³⁷.

Sans pour autant être absolue, dans la SAS, la loi statutaire, formellement « droit mou »²⁰³⁸, a compétence en matière de détermination et de circonscription du pouvoir de direction social, du nombre d'organes, du mode de fonctionnement, des lieux d'intervention notamment²⁰³⁹. Ce qui permet de s'affranchir d'une réglementation ô combien contraignante.

Néanmoins, les fruits de cette liberté contractuelle s'arrêtent là où commence la complexité de sa mise en œuvre : le danger de la « page blanche »²⁰⁴⁰.

« Le plus grand danger auquel une SAS peut se trouver confrontée tient au silence de ses statuts. Dans certains cas, la SAS fonctionnera « sans filet ». Dans d'autres, elle se trouvera soumise à des dispositions que les associés auraient pu écarter s'ils y avaient seulement songé »²⁰⁴¹.

Ainsi, pour jouir pleinement de l'offre institutionnelle d'une SAS et faire naître l'interdépendance, ses constituants devront impérativement la faire reposer sur un socle juridique solide ce qui renvoie à la nécessité de compétence dans la rédaction des clauses statutaires²⁰⁴².

310. Une dépendance réciproque par les clauses : le verrouillage social. La préservation de l'*intuitus personae*²⁰⁴³ – la prise en considération de la personne des associés – est une condition fondamentale de la manifestation de l'interdépendance économique puisque la SAS est « une société laissée à la puissance contractuelle des associés »²⁰⁴⁴. Ainsi, si, en principe, les droits sociaux sont librement cessibles²⁰⁴⁵, par voie d'exception, les associés d'une société par actions

²⁰³⁷ FRISON-ROCHE M.-A. ET BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, op. cit., p. 288.

²⁰³⁸ P. LE CANNU, « Un cadre légal minimal », art cit., p. 72.

²⁰³⁹ Art. L. 227-5 du Code de commerce : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Une disposition entérinée par la Cour de cassation : « seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » Cass. com., 25 janvier 2017, n° 14-28792, FS-P+B+R+I, obs. X. Delpéch (Monopole des statuts pour fixer les modalités de direction d'une SAS), Dalloz actualité, 14 février 2017 et T. Bonneau (SAS : les statuts, rien que les statuts), Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} mars 2017, n° 124.

²⁰⁴⁰ GERMAIN, M. ET PERIN, P.-L., *SAS - La société par actions simplifiée*, Issy-les-Moulineaux, Joly éditions, 2013, n° 149.

²⁰⁴¹ H. LE NABASQUE, « La flexibilité contractuelle dans la SAS », art cit., p. 75.

²⁰⁴² Pour un modèle-type de rédaction statutaire d'une SAS *confer* Formules pour la constitution d'une SAS, « Statuts et Annexe aux statuts (état des actes accomplis avant la signature des statuts) » (F105-55 à F105-58) in DEMAISON, J., *Formulaire Sociétés commerciales – SAS*, Paris, Collection Lamy ProActa, 2012.

²⁰⁴³ CACHIA, M., *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions*, Études Kayser, t.1, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1979, p. 213. ; S. HELOT, « La place de l'*intuitus personae* dans la société de capitaux », D. 1991, chron. 143 p. ; M. MORIN, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », RTD com., 2000, p. 299 ; I. PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », RTD com., 1998, p. 273.

²⁰⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », Le Monde, 19 octobre 1999.

²⁰⁴⁵ LECOURT, B. *Cession de droits sociaux*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, novembre 2007, n° 1-244. ; J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », RTD com., 1989, p. 187.

simplifiée peuvent y déroger. Afin de protéger l'actionnariat, ceux-là sont amenés à prévoir une clause d'inaliénabilité dont la durée ne peut excéder dix ans²⁰⁴⁶. Hormis une volonté unanime²⁰⁴⁷, cette clause, au même titre que les clauses relatives à la composition du capital et son évolution, ne saurait être écartée. Elle aurait d'ailleurs vocation à se poursuivre pendant la période qui suivra le décès de l'un des associés ou la survenance d'une incapacité physique ou juridique. Seule sa durée semble réellement constitutive de relativisation. L'*abusus*, condition essentielle du droit de propriété dont dispose chaque associé, est confisqué. De même, la clause d'agrément, identifiable principalement par la réalisation d'un contrôle à l'entrée d'associés dans la société²⁰⁴⁸ et, plus largement, aux cessions d'actions²⁰⁴⁹, participe de ce verrouillage social. C'est également le cas avec la clause d'exclusion²⁰⁵⁰. Elle comporte un effet dissuasif et coercitif à la fois afin de prévenir et écarter tout comportement de l'associé contrevenant à l'équilibre social. Plusieurs autres clauses statutaires contribuent à la permanence d'une interdépendance économique au sein de la SAS. Parmi lesquelles, la clause d'égalisation qui fige un niveau de participation au capital pour chaque associé. La clause de préemption qui permet aux associés de se réserver l'exclusivité du rachat des droits sociaux. Les clauses de retrait et de rachat²⁰⁵¹, alternative à la dissolution, sous réserve de respect des dispositions impératives du droit des sociétés, se présentent comme une solution à l'érosion de l'*affectio societatis*. Des actionnaires qui ne souhaitent plus faire société disposeront de la faculté de se retirer sous conditions. Ainsi, ils peuvent insérer une clause de sortie conjointe²⁰⁵².

²⁰⁴⁶ Art. L. 227-13 du Code de commerce. Elle est « la technique juridique qui, grevant un bien ou un droit, interdit à son propriétaire ou à son titulaire d'en disposer (à titre gratuit ou onéreux), afin d'assurer la protection d'intérêts particuliers ou généraux » H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », Dufrénois, 1979, p. 1377 ; v. également, J.-F. BARBIERI, « L'inaliénabilité affectant les droits sociaux », Bull. Joly 2008, n° 96, p. 450.

²⁰⁴⁷ Art. L. 227-19, al. 1^{er} du Code de commerce : « Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ».

²⁰⁴⁸ R. ROBLOT, « L'agrément des nouveaux actionnaires », Mélanges Bastian, t.1, Librairies techniques, 1974, p. 283.

²⁰⁴⁹ Art. L. 227-14 du Code de commerce : « Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société » ; Cass. com., 27 juin 1989, *Barilla*, n° 88-17654, *Bull.* ; v. J. BARDOUL, « Les clauses d'agrément et les cessions entre actionnaires », D. 1973, chron. p. 137.

²⁰⁵⁰ « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession » Art. L. 227-16 du Code de commerce. Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-16537, *Bull. S. DARIOSECQ ET N. METAIS*, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly* 1998, §286, p. 908 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly* 2010, n° 222, p. 1016 ; D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque de Deauville, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spécial novembre 1990, p. 94 ; A. RABREAU, « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly* 2011, p. 740.

²⁰⁵¹ SCHILLER, S. *Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, février 2009, n° 1-173, n° 21 et 84 ; Art. L. 227-18, al. 2 du Code de commerce : « Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler ».

²⁰⁵² H. LE NABASQUE, P. DUNAUD ET P. ELSSEN, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Actes pratiques*, 1992, n° 5, p. 5 et s. ; X. VAMPARYS, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly* 2005, p. 821.

Cette dernière n'autorise la cession des droits sociaux que si la partie désireuse ne se voit pas opposer la résistance de l'autre partie. Aussi, elle force la cession des droits d'une partie dès lors que l'autre serait susceptible de céder les siens etc. Les montages sont multiples.

Dans le contrat de SAS, l'action sociale n'est jamais discrétionnaire, elle procède d'un consensualisme garanti par la nature collectiviste du contrat de laquelle peut surgir l'interdépendance économique. Il en va également, différemment, du cadre collaboratif de la *joint venture*.

II. L'*animus cooperandi* dans le contrat innommé de *joint venture*

311. Illustration. Par la diminution en temps, en risque, en coût²⁰⁵³, qu'elle presse, la *joint venture* semble particulièrement adaptée au tourisme ainsi qu'à sa régionalisation. Il n'est d'ailleurs pas rare de rencontrer des *joint ventures*, d'investissement notamment, à portée touristique dans la Caraïbe²⁰⁵⁴. Les Antilles françaises ont été le théâtre de plusieurs *joint ventures*, essentiellement de réseau et francocentrées²⁰⁵⁵ ce qui révéla, par ailleurs, dès l'origine, une incapacité à l'attraction internationale. Cette forme de structure des relations se fait aujourd'hui plus rare. Il est, en revanche, encore plus rare de rencontrer des *joint ventures* régionalement polarisées comme ce fut récemment le cas de la *joint venture* aérienne (Caribsky²⁰⁵⁶) entre la LIAT – compagnie aérienne de la *Caribbean community* (Caricom) basée à la Barbade –, Winair – compagnie aérienne basée à *Sint Maarten* – et Air Antilles Express – compagnie aérienne basée en Guadeloupe – réalisée à fin de stimulation du trafic régional.

²⁰⁵³ « Un projet de société *joint venture* n'est pas autre chose qu'une équation linéaire (...) dans laquelle le nombre d'inconnues est élevé, mais dans laquelle une seule inconnue nous intéresse véritablement : le taux de rentabilité » GALETTI, C., *Joint ventures. De la conception à la réalisation*, Paris, Les éd. de l'organisation, 1991, p. 77.

²⁰⁵⁴ *Exempli gratia* A Cuba, l'hôtel Las Palmas, une *joint venture* entre Cubanacán et le conglomérat espagnol Grupo Sol, l'hôtel Harmony cove – hôtel de luxe en Jamaïque –, une *joint venture* entre Harmonisation Limited et the Tavistock group, ou encore le Resorts World Bimini Bay Casino aux Bahamas, une *joint venture* entre RAV Bahamas Limited et Genting Malaysia Berhad.

²⁰⁵⁵ *Exempli gratia* Jet Tour (voyages et organisation de circuits), Air France (transport aérien) et la firme méridien (hébergement hôtelier) ou encore Frantel, la Compagnie Internationale des Wagons lits, la Compagnie générale Transatlantique, Havas, la Fédération Nationale de l'Industrie Hôtelière et le Touring Club de France.

²⁰⁵⁶ URL : <http://www.caribsky.com/>

312. Une définition juridique déductive. Ce creuset de décideurs de l'économie, lorsqu'en outre il poursuit l'objectif d'une allocation de ressources spécifiques autour de la réalisation d'un intérêt commun, présente les caractéristiques d'une *joint venture*²⁰⁵⁷. La doctrine a proposé une définition voire une traduction, fatalement tronquées²⁰⁵⁸, méconnaissant quasi-systématiquement un ou plusieurs de ses éléments constitutifs. Elle serait une entreprise conjointe²⁰⁵⁹, une filiale commune²⁰⁶⁰, une entreprise commune²⁰⁶¹. En réalité, aucune traduction ne serait suffisamment annexante pour la définir : « il n'y a pas d'unité dans la notion de *joint venture* »²⁰⁶². Forcer l'assimilation fait courir le risque de faux-positifs. Dans ce cas, le montage ne présente que des signes extérieurs de *joint venture* tel est le cas de la filiale commune (« *concentrative joint venture* ») qui n'admet que des sociétés privées au contrat, là où la *joint venture* admet également des personnes physiques ou publiques. Ou encore le risque de faux-négatifs. Dans ce cas, le montage présente des signes intérieurs de *joint venture* comme l'illustrent certains réseaux intégrés.

En revanche, nous pouvons tenter de la circonscrire en rappelant brièvement ce qu'elle n'est pas.

La *joint venture* n'est pas un *partnership* : « on estime de même parfois que l'une des particularités de la *joint venture* est à rechercher dans le caractère limité de son objet ou de sa durée. Ce serait même un des critères essentiels permettant de distinguer *joint venture* et *partnership* »²⁰⁶³.

²⁰⁵⁷ J. CALVO, « *La pratique internationale des joint ventures* », Petites Affiches, 16 mars 1990, p. 17 ; L. DABIN, « *Accords de coopération inter-entreprises pour la réalisation des marchés internationaux* », Revue Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 345 ; J.-A. DOBKIN, « *Transational Joint Ventures : a Legal and Practical Overview, Introduction to International Business Law : Legal Transactions* », in Seer, G. and Smolka-Day, M. (Dir.), *a Global Economy*, New York, Ocean Publications, Inc., 1996, p. 1 ; LANGEFELD-WIRTH, K. *Les Joint Ventures internationales, op. cit.* ; C. REYMOND, « *Réflexions sur la nature juridique du contrat de joint venture* », in Journal des Tribunaux de Lausanne, 1975, p. 489 et s. ; SAYAGH, Y., *Le contrat de joint venture : une approche de droit comparé (Etats-Unis, Union européenne, France)*, Thèse de doctorat, droit, Université Nice Sophia-Antipolis, 1997 ; O. SERVAIS, « *Coopération d'entreprises aux Etats-Unis : la joint venture corporation, une variété de close corporation* », Revue Droit et pratique du commerce international, t. 9, n° 1, 1983, pp. 57-88 ; SIZES, D., *Les contrats de coopération internationale*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1987.

²⁰⁵⁸ « L'origine anglo-saxonne de l'opération, l'influence de la pratique américaine, l'absence de réglementations nationales propres font qu'aucune traduction de l'expression *joint venture* n'a pu s'imposer » A. MARTIN-SERF, « *La modélisation des instruments juridiques* », in Loquin, E. et Kessejian, C. (Dir.), *La Mondialisation du droit, op. cit.*, note 47, p. 196.

²⁰⁵⁹ N. DAVID, « *Les entreprises conjointes, quelques problèmes pratiques* », JDI, 1988, p. 37.

²⁰⁶⁰ BRILL, J.-P., *La filiale commune*, Thèse de doctorat, droit, Université Strasbourg III, 1975 ; JEANTIN, M., *La filiale commune*, Thèse de doctorat, droit, Université de Tours, 1975.

²⁰⁶¹ S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Entreprises communes* », J.-CL. Europe, 1994, Fasc. 1461.

²⁰⁶² PIRONON, V., *Les joint ventures, op. cit.*, p. 9.

²⁰⁶³ DARMON, G., *Le contrat de coopération inter-entreprises*, Thèse de doctorat, droit, Université Aix-Marseille III, 1998, n° 388 ; E. E. FRANCK, « *Le joint venture ou partenariat entre sociétés, applications et fonctionnement* », Revue Administrer, 1^{er} avril 1993, p. 2.

La *joint venture* n'est pas une opération de concentration²⁰⁶⁴. A l'issue de la fusion de sociétés²⁰⁶⁵ notamment, la société nouvellement constituée devient un tout indivisible. L'indépendance de la société absorbée est dissoute. Toute faculté de retrait, alors éventuelle dans le cadre d'une *joint venture*, devient impossible.

La *joint venture* n'est pas obligatoirement constituée sous la forme d'une société – une caractéristique des contrats de *consortium*²⁰⁶⁶ – même s'il existe une certaine homologie quant à leurs effets – *affectio societatis*²⁰⁶⁷, partage des résultats, partage des risques notamment. La *joint venture* est un montage composite qui « emprunte les schémas des groupes de contrats mais aussi du droit des sociétés »²⁰⁶⁸ ; elle « ne saurait être ou ne pas être une société »²⁰⁶⁹.

313. Le contrat, ce serviteur. Ce qui est certain, c'est que la *joint venture* résulte d'un contrat. Elle est « une association de caractère contractuel, à objet limité, comportant la mise en commun de moyens et de risques et un égal accès des participants à la prise de décision »²⁰⁷⁰. Un contrat d'interdépendance économique, aussi bien sur la forme que dans le fond.

Sur la forme du contrat. Il présente les caractéristiques d'un contrat cadre²⁰⁷¹. Mais, le contrat de *joint venture*, essentiellement complexe, n'a pas vocation à couvrir toutes les situations contractuelles ultérieures²⁰⁷². Il ne fixe que leurs conditions générales. « (...) des contrats d'application en précisent

²⁰⁶⁴ Un « ensemble d'opérations ayant pour objet l'accroissement de la dimension des entreprises et de leur puissance économique par la diminution de leur nombre » CORNU G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 220.

²⁰⁶⁵ « Opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leur patrimoine pour ne former qu'une seule société » *Id.*, p. 482 ; v. J.-V. PREVOST, « La *joint venture*, une alternative aux fusions-acquisitions », *Option finance*, 8 avril 2002, p. 31.

²⁰⁶⁶ CHENUT, C.-H. *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003.

²⁰⁶⁷ « la relation juridique entre les participants à une telle opération spécifiée dans le protocole d'accord n'a pas seulement une nature simple et synallagmatique, mais se rapproche d'un rapport entre associés, ou selon les termes de Y. Loussouarn le contrat de *joint venture* est incontestablement un contrat d'intérêt commun qui suppose de la part des contractants un sentiment très proche de l'*affectio societatis* (...). Les partenaires sont tenus de sauvegarder les intérêts de l'autre partie et de manifester ce qu'on appelle l'*affectio societatis* (...). Ils doivent s'abstenir de toute activité qui pourrait mettre en danger le but commun et l'intérêt des autres associés dans une telle opération » Sentence de la CCI, 1984, Aff. n° 4095 : inédite.

²⁰⁶⁸ Yves Guyon cité in CHAHINE, G., *La joint venture sociétaire internationale, modélisation et contraintes*, Thèse de doctorat, droit, Université Montpellier I, 2004, n° 41, p. 21 ; Le contrat de *joint venture* « contient (...) d'importants éléments à caractère synallagmatique dont la combinaison avec ses aspects sociétaires justifie la qualification de contrat innommé » C. REYMOND, « *Le contrat de joint venture* », *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag Von Walter R. Schulep*, Zurich 1988, p. 383.

²⁰⁶⁹ PIRONON, V., *Les joint ventures, op. cit.*, p. 31. D'autant que la collaboration mise en œuvre dans la société – élément socle de la *joint venture* – est particulièrement réduite.

²⁰⁷⁰ BAPTISTA, L.O. ET DURAND-BARTHEZ, P., *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 56.

²⁰⁷¹ Voir *supra* note n° 1820.

²⁰⁷² E.g. le bail, le prêt, la sous-traitance, la fourniture, la technologie, les prestations de services notamment.

les modalités d'exécution»²⁰⁷³. Ceux-là, supplétifs, tout spécifiques qu'ils sont²⁰⁷⁴, sont rigoureusement dépendants du contrat cadre – et le contrat cadre d'eux pour la réalisation de l'objectif de la *joint venture*. Ils stipulent ce qui fait la substance de la *joint venture*. Pour désigner ce phénomène d'enflure contractuelle, VALERIE PIRONON évoque un « complexe contractuel »²⁰⁷⁵.

Sur la matière du contrat. L'interdépendance économique naît directement de l'objet²⁰⁷⁶ du contrat de *joint venture*. La *joint venture* a pour objet la coopération²⁰⁷⁷ – R&D, investissement, achat, réseau notamment – de personnes – morales et/ou physiques – à fins d'économie dans un domaine particulier :

Les partenaires ne sauraient adopter un « comportement incompatible avec le devoir de coopération qui doit animer toute partie à un contrat de *joint venture* »²⁰⁷⁸.

En contractant, après une longue période de négociations²⁰⁷⁹, les parties, improprement dénommées partenaires, manifestent leur désir de collaborer autour d'un intérêt commun. Cette collaboration se doit d'être mutuelle et équilibrée.

314. La poursuite d'une justice contractuelle. La forme de cette coopération n'est pas libre. Elle se doit d'être égalitaire. Les parties « agissent sur un pied d'égalité juridique, sans aucune soumission à l'une d'entre elles, en vertu de la confiance réciproque et mutuelle qui les anime ; chaque partie fonde sa participation sur l'*intuitu personae* et le *jus fraternitatis* ; elle apparaît ainsi à l'autre comme un allié, non comme un antagoniste »²⁰⁸⁰. Les parties, tout en conservant respectivement leur indépendance²⁰⁸¹, doivent satisfaire à un certain nombre d'obligations. Parmi lesquelles, l'obligation – de moyen – de contribuer à la *joint venture* par le jeu d'apports pluriels, alternatifs – matériels, techniques, humains, financiers – notamment. Si la détention de la majorité

²⁰⁷³ Art. 1111 du Code civil.

²⁰⁷⁴ « Chaque contrat (...) a une vie propre, alors que c'est le fonctionnement de l'ensemble qui caractérise la volonté des parties » LANGEFELD-WIRTH, K. *Les Joint Ventures internationales, op. cit.*, n° 68, p. 74.

²⁰⁷⁵ PIRONON, V., *Les joint ventures, op. cit.*, p. 43.

²⁰⁷⁶ « (...) l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître » CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 698.

²⁰⁷⁷ DEIS, L., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002 ; G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *Revue Droit et pratique du commerce international*, t. 6, 1980, p. 6.

²⁰⁷⁸ Sentence de la CCI, 2000, Aff. n° 10508 : inédite

²⁰⁷⁹ J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD Com.*, 1985, p. 265 ; J.-Y. TROCHON, « La phase des pourparlers dans les contrats internationaux », *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, p. 3.

²⁰⁸⁰ DUBISSON, M. *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy, 1989, p. 19.

²⁰⁸¹ « L'économie du contrat reste fondée sur la poursuite par les parties d'objectifs indépendants et d'intérêts individuels » KAHN, P. « *Les contrats internationaux de coopération industrielle et le nouvel ordre économique international* », Colloque de Nice, juin 1979 (introduction aux travaux de la 1^{re} commission « Equivalence des prestations »).

dans le capital témoigne d'une « majorité décisive »²⁰⁸², il n'en demeure pas moins que le contrôle de la *joint venture* doit être conjoint²⁰⁸³. D'ailleurs, chacun des partenaires dispose en particulier de la faculté de bloquer les décisions²⁰⁸⁴. Le caractère d'associé consiste en le meurtre dans l'œuf de tout pouvoir autocratique ou oligarchique au sein de la *joint venture*. Cela n'empêche pas, en cas d'impasse, d'accorder une voix prépondérante à l'une des parties ou de déterminer une méthode de résolution des conflits en amont telle qu'une procédure de conciliation ou d'arbitrage des conflits²⁰⁸⁵. Le contrôle étant traditionnellement lié à l'exclusivité qui, généralement, en découle²⁰⁸⁶. Le contrat de *joint venture* doit demeurer stable. Même s'il n'est pas systématiquement redevable de la prégnance d'un *intuitus personae* – le cas des contrats de *joint ventures* impersonnelles où les niveaux d'interdépendance sont moins élevés en raison de l'interchangeabilité des parties –, il est généralement conclu *intuitu personae*.

« Comme la confiance est une croyance réciproque qui, contrairement à la réputation, n'a de valeur qu'au sein de la relation bilatérale, si la personnalité d'une des parties est altérée (par exemple par une prise de contrôle par un tiers) le principe de l'alliance est remis en cause »²⁰⁸⁷.

Alors, il est stipulé un certain nombre de clauses faisant dépendre, dans un sens conforme à leurs intérêts, les partenaires les uns des autres. Cela témoigne par ailleurs d'une grande liberté contractuelle dans la *joint venture* traduite, entre autres, par la satisfaction aux normes de flexibilité, de planification contractuelle et de coopération²⁰⁸⁸. Ainsi en va-t-il de la clause d'*equal opportunity*. Selon cette dernière, aucun des partenaires ne peut démarrer une activité liée à celle de la *joint venture* sans avoir préalablement proposé aux autres partenaires de constituer une nouvelle *joint venture*. Il en va également de la clause de garantie qui consiste en l'assurance réciproque d'une information

²⁰⁸² LANGEFELD-WIRTH, K. *Les Joint Ventures internationales*, *op. cit.*, n° 36, p. 39.

²⁰⁸³ Art. L. 233-16, III du Code de commerce : « Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord ».

²⁰⁸⁴ P. ROUX, « Prévenir et gérer les conflits entre partenaires d'une joint venture », *Droit et patrimoine*, mai 1997, p. 34.

²⁰⁸⁵ D. PHILIPPE, « Le contrat de joint venture », *Revue internationale du droit des Affaires internationales (D.A.-O.R.)*, 1994, pp. 9-42.

²⁰⁸⁶ Art. L. 233-16, II du Code de commerce.

²⁰⁸⁷ E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in Ravix, J.L. (Dir.), *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Editions du CNRS, Collection Recherche et Entreprise, Paris, 1995, p. 23.

²⁰⁸⁸ D. PHILIPPE, « Le contrat de joint venture international : construction progressive des termes contractuels et propriété intellectuelle », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs*, *op. cit.*, p. 391.

sans vices. Des clauses de *hardship*²⁰⁸⁹ et de force majeure²⁰⁹⁰. Une clause de survie est également prévue au contrat. Par cette clause, le contrat de *joint venture* s'étend à la période post-contractuelle²⁰⁹¹ :

« (...) le but essentiel du protocole d'accord consistait à permettre à la société d'atteindre son but (...). Le Tribunal arbitral est d'avis que les relations juridiques entre les deux parties, basées sur le protocole d'accord, subsistent pendant toute la durée de l'activité de la société A et incluent la période de sa liquidation (...) »²⁰⁹².

Aussi, la *joint venture* constituée sous la forme d'une société insérera presque naturellement les traditionnelles clauses du contrat de société. C'est l'effet de moule social. Il en va de la clause d'inaliénabilité (« *honeymoon clause* »), la clause d'agrément, la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité, la clause de préemption, des clauses de sortie²⁰⁹³. Sur ces dernières, en fonction des motifs de la sortie – la querelle, la contravention à l'objet de la *joint venture*, l'inexécution d'obligation, la rentabilité insuffisante notamment –, elles revêtiront différentes formes. Une forme consensuelle – le retrait –, une forme coercitive – l'exclusion –, une forme unilatérale – la résiliation. Et de nombreuses autres clauses issues de l'encadrement par la loi telles que les clauses de fidélité, de loyauté²⁰⁹⁴, de bonne foi²⁰⁹⁵. Le contrat de *joint venture* fait converger la force de ses parties au point qu'elles co-dépendent.

²⁰⁸⁹ La clause de *hardship* est « celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (*hardship*) injuste » B. OPPETIT, « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship* », JDI, 1974, p. 797. ; v. également, M. FONTAINE, « *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme* », Revue Droit et pratique du commerce international, t. 2, 1976, p. 7. ; H. ULLMANN, « *Droit et pratique de la clause de hardship dans le système juridique américain* », Revue de droit des affaires internationales, 1988, p. 889.

²⁰⁹⁰ La clause de force majeure est celle qui prévoit qu'un « événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince) le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité » CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 469 ; M. FONTAINE, « *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux* », Revue Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 469 ; D. PHILIPPE, « *La force majeure et le hardship, Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (ED. 2010) et l'arbitrage* », Actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011, Bruylant, 2011, pp. 97-124.

²⁰⁹¹ C. LE STANC, « *Existe-t-il une responsabilité post-contractuelle ?* », JCP E, 1978, II, p. 12735.

²⁰⁹² Sentence de la CCI, 1984, Aff. n° 4095 précitée.

²⁰⁹³ P. DE LY, « *Les clauses de divorce dans les contrats de groupements d'entreprises internationales* », Revue de droit des affaires internationales, 1995, p. 279.

²⁰⁹⁴ L. AYNES, « *L'obligation de loyauté* », in Archives de philosophie du droit, 2000, pp. 195-204 ; D. MAZEAUD, « *Loyauté, égalité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle* », art. cit. ; Y. PICOD, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », JCP, 1988, I, p. 3318.

²⁰⁹⁵ « Les parties coopéreront pour mettre en œuvre les objectifs de l'accord, en vue de résoudre de bonne foi tous les problèmes pratiques. Elles s'efforceront, de bonne foi, d'assurer une mise en œuvre équitable pour tous et de s'accorder sur tout changement au contrat qui pourrait être nécessaire à cet effet » LANGEFELD-WIRTH, K. *Les Joint Ventures internationales*, op. cit., n° 70, p. 77. Art. 1104, al. 1^{er} du Code civil. CIRDI, 21 octobre 1983, *Klöckner*, JDI, 1984, pp. 409-454 ; v. DESGORGES, R., *La bonne foi dans le contrat : rôle actuel et perspectives*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1992 ; JALUZOT, B. *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, 605 p. ; S. JARVIN, « *L'obligation de coopérer de bonne foi ; exemples*

CONCLUSION DU TITRE I

315. La loi du contrat. Cette approche de l'intégration régionale des Antilles françaises est, somme toute, une intégration par procuration tacite étant l'apanage de l'initiative privée. Mais, il ne suffit pas d'agiter le tout-venant contractuel pour espérer aboutir. Ce doit être l'affaire de contrats organisateurs de l'économie – *les contrats servant à l'organisation complexe de la production, les contrats servant à l'organisation de la force de travail, les contrats servant à l'organisation de la consommation*²⁰⁹⁶ –, avéremment solides, durables, internationalement transposables. Ils sont de type vertical – les contrats de dépendance économique – et de type horizontal – les contrats d'interdépendance économique. Nous devons tout de même faire preuve de prudence. Le contrat ne saurait être érigé en panacée ; il est faillible. Si nous ne saurions ignorer le phénomène de consentement aux dépendance et interdépendance économiques, il semble revêtir, dans une certaine mesure, un caractère superfétatoire. D'ailleurs, à propos des membres du groupe de société, Laurence Boy soulignait que « ce qui va lier les membres du groupe, ce n'est pas leur accord personnel, mais leur "participation à une procédure" »²⁰⁹⁷. La loi du contrat est impitoyable, éminemment dans les relations contractuelles disproportionnées assimilables à des contrats d'adhésion puisque « les pôles intégrateurs se réservent la maîtrise unilatérale de la durée des contrats ; ils peuvent jeter le citron après l'avoir pressé »²⁰⁹⁸. Elle l'est même dans les relations de proportion où le contrat est réputé plus humanisé. C'est l'exemple de la clause de retrait anticipé qui résout l'impossibilité de retenir le cocontractant démissionnaire contre sa volonté à plus forte raison dans un contrat de coopération où la collaboration, reposant sur le volontarisme, ne peut être forcée lorsque cesse la volonté de collaborer. Ainsi, après exécution d'un certain nombre d'obligations, le partenaire

d'application au plan de l'arbitrage international », in L'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Publ. CCI Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 157 p. et s. ; G. LYON-CAEN, « *De l'évolution de la notion de bonne foi* », RTD civ., 1946, p. 75 ; J. MESTRE, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », RTD civ., 1986, p. 100 ; VOUIN, R., « *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français* », Paris, L.G.D.J., 1939.

²⁰⁹⁶ L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », *op. cit.*

²⁰⁹⁷ *Id.*

²⁰⁹⁸ FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 97. « La raison du plus fort est toujours la meilleure » (J. DE LA FONTAINE, « *Le Loup et l'Agneau* », Livre I, Fable X). *Confer* BOURRIER, C., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Dijon, 2001.

retraitant est libre de s'en aller ; départ qui expose la coopération à la dissolution pour peu qu'elle soit fortement personnalisée (*l'intuitus personae*). GEORGES RIPERT affirmait :

« Les plus faibles dans le jeu contractuel sont les plus forts dans le jeu politique. Contre la souveraineté du contrat ils n'ont qu'à dresser la souveraineté de la loi »²⁰⁹⁹.

En réalité, cette thèse ne peut être soutenue que dans les cas où la loi n'est pas elle-même l'artisan de la souveraineté contractuelle – l'exemple de la société par actions simplifiée notamment – et dans ceux où elle n'est pas silencieuse – l'exemple de la *joint venture*, contrat innommé. Dans le cas contraire, les vides législatifs – intentionnels ou non intentionnels – forcent le retour à la loi du contrat sans que l'on puisse lui opposer de résistance.

²⁰⁹⁹ RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J, 1936, n° 96.

TITRE II. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DES METHODES DU DROIT CONVENTIONNEL REGIONAL : PLAIDOYER POUR UN TROISIEME NIVEAU D'INTEGRATION JURIDIQUE DES ANTILLES FRANÇAISES

316. Les utilités de l'intégration régionale classique. A l'échelon international, l'intégration régionale favoriserait l'existence mondiale de petites économies impuissantes par le renforcement de leurs capacités productives, de leur poids dans les négociations commerciales notamment. A l'échelon régional, elle aurait vocation à la polarisation d'échanges de biens beaucoup trop diffus et nuisibles à l'environnement, à la réduction des écarts de développement et des disparités de croissance par la mise en œuvre de politiques communes nivelées. Il en va ainsi en matière de développement économique, de santé, de coopération judiciaire, de commerce extérieur, de migration, de sécurité, de transport, d'environnement, de tourisme primaire, de pêche. Elle aurait également vocation à la réalisation d'économies d'échelle, de gamme, à la circulation des personnes, à l'harmonisation du droit – les droits de douane, la protection contre les pratiques anticoncurrentielles²¹⁰⁰ notamment. A l'évidence, le tourisme ne saurait se limiter à la seule activité touristique primaire – plaisance, hébergement, croisière, jeu notamment –, il s'étend également à une activité secondaire contribuant à l'épanouissement de la première. Concrètement, la réduction des distances issue d'une introversion régionale des échanges de biens aurait pour effet de contribuer à une diminution du prix des produits de consommation courante²¹⁰¹, aujourd'hui jugés excessivement hauts²¹⁰², grevant inévitablement le budget du touriste de séjour notamment. Pour autant, si l'intégration régionale apparaîtrait « d'impérieuse nécessité »²¹⁰³, elle ne saurait s'établir en panacée au vu la systématisation de nombreux obstacles comme l'illustrent l'hétérogénéité des niveaux de développement, les disparités économique, géographique et démographique, les

²¹⁰⁰ V. notamment l'énumération des critères d'une intégration régionale réussie selon Viktor Sukup, SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, op. cit., pp. 237-238.

²¹⁰¹ En Martinique et en Guadeloupe, plus de 90 % des produits (hors produits pétroliers) font l'objet d'importations ce qui se répercute, en outre d'autres facteurs, inexorablement sur le prix (Source IEDOM). Voir *supra* B – Un « ordre public régulateur » : le cas de la régulation du prix dans le commerce de masse en outre-mer.

²¹⁰² En 2016, un panier « métropolitain » de produits alimentaires acheté en Martinique s'avère plus cher de 47,9 % (Source Insee URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1908423>).

²¹⁰³ DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, op. cit., p. 248 et s. E. DUBESSET, « Penser autrement l'identité régionale caribéenne », *Études caribéennes*, 24 mai 2013, n° 21, §64 (URL : <https://journals.openedition.org/etudescaribeennes/5739>).

hyperinsularité et hypersilolationnisme, la faiblesse du transport en termes de coût, couverture, capacité, les difficultés relatives à la circulation des biens, des services, des personnes ou encore la prégnance d'un clanisme territorial, linguistique notamment²¹⁰⁴.

317. Une approche *ab initio*. Il est sémantiquement coutumier d'opérer une assimilation terminologique, non sans conséquence sur le terrain du droit, entre coopération et intégration caribéenne. En réalité, si l'intégration force naturellement la coopération, l'inverse est inconsistant. Bien que la coopération ait, en apparence, les attributs de l'intégration²¹⁰⁵, parmi lesquels l'adhésion à un espace exclusif, elle n'en revêt pas les qualités substantielles. La pratique est révélatrice d'un entretien de relations de bon voisinage, somme toute transitoires, dont la subsistance tient à la chronicité du rapport économique ou extra-économique²¹⁰⁶. Il est, en outre, globalement – scientifiquement, politiquement voire médiatiquement – assez courant de brandir le concept d'intégration régionale sans en saisir toute la charge. Le terme « intégration » est un concentré de moyens. Cette dernière « pourrait être définie, soit comme le processus, soit comme le résultat d'une opération par laquelle une diversité de normes, de règles substantielles sont incorporées dans un ensemble unique en vue d'alléger ou de supprimer les différences qui existaient entre elles »²¹⁰⁷. Il est aussi un concentré de fins multiples : la culture, l'économie, la politique... le droit²¹⁰⁸. Le terme « région »²¹⁰⁹ désigne un ensemble de pays plus ou moins éloignés liés entre eux par des accords régionaux. Combinés, ils ne sauraient être réduits à la simple coopération de territoires.

²¹⁰⁴ C. BEAUBOEUF, « *Obstacles particuliers au processus d'intégration caribéen* », *op. cit.*, pp. 305-325. Sur l'obstacle linguistique, v. également, M. V. NUÑEZ FIDALGO, « *El reto lingüístico en la integración del Caribe y el modelo europeo* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, *op. cit.*, pp. 241-251.

²¹⁰⁵ « La coopération régionale s'inscrit dans une logique de régionalisation des économies » RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 286. V. notamment, N. BERNARDIE-TAHIR ET F. TAGLIONI, « *La coopération régionale insulaire en question : une approche des mots et des choses* », in Bernardie, N. et Taglioni, F. (dir.), *Les dynamiques contemporaines des petits espaces insulaires. De l'île-relais aux réseaux insulaires*, Karthala, Paris, 2005, pp. 407-429 ; A. JACQUEMET-GAUCHE, « *La coopération régionale en outre-mer* », *AJDA*, 2011, p. 722.

²¹⁰⁶ « La coopération régionale est un terme très général qui désigne une mise en commun, par le biais d'organisations régionales à différentes échelles, de ressources humaines et/ou financières pour résoudre des problèmes similaires dans une région issue du processus de la régionalisation » V. FABRY, « *L'outre-mer dans les ensembles régionaux* », *Pouvoirs*, 2005, vol. 113, n° 2, p. 160.

²¹⁰⁷ I. FETZE KAMDEM, « *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours sur affiné sur les moyens d'intégration juridique* », *Revue juridique Thémis*, n° 43, 2009, p. 613. Italiques ajoutés. « (...) Le concept d'intégration décrit une réalité qui peut être à la fois statique et dynamique (état achevé ou processus en cours) » V. FABRY, « *L'outre-mer dans les ensembles régionaux* », *Pouvoirs*, 2005, vol. 113, n° 2, p. 160. V. notamment, GANA, A. ET RICHARD, Y., *La régionalisation du monde : construction territoriale et articulation global-local*, Paris, Tunis, Karthala ; IRMC, 2014, (spéc. Introduction : « *Pourquoi parler de l'intégration régionale dans le monde aujourd'hui ?* », pp. 11-23).

²¹⁰⁸ Y. RICHARD, « *Integração regional, regionalização, regionalismo : as palavras e as coisas* », *art. cit.*, p. 16. (URL : <http://confins.revues.org/8939>) (version française).

²¹⁰⁹ « La région est assimilée à un système, quelle que soit sa taille, et se donne à voir dans l'existence d'interactions fortes entre des éléments voisins, alors que les relations sont moins fortes avec des éléments externes » *Id.*, p. 10.

L'intégration régionale ne saurait surgir ni d'accords informels révélés par l'existence d'une coopération régionale ni de la seule formule contractuelle – le traité, la convention, l'accord notamment –²¹¹⁰ encore moins des seules figures contractuelles – les chartes, les programmes notamment. Un groupement – *centre d'intérêts* –, pourvu de la personnalité morale²¹¹¹, est obligatoirement formé²¹¹². Ainsi, l'archipel caribéen s'organise autour d'ensembles régionaux et subrégionaux, à portée variablement intégrationniste, témoins d'une volonté de solidarité²¹¹³ quoique, parfois, imparfaitement lisible²¹¹⁴. On distingue les organisations internationales²¹¹⁵ formellement « d'intégration » caractérisées par de simples rapports de coopération – l'ALBA²¹¹⁶, l'AEC²¹¹⁷, la CEPALC²¹¹⁸ notamment –, des organisations internationales substantiellement « d'intégration »²¹¹⁹. Ces dernières sont libérales par nature, en raison de l'objet autour duquel elles

²¹¹⁰ R. MONACO, « *Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales* », in Mélanges Rousseau, Paris, Pédone, 1974, pp. 153-172 ; M. VIRALLY, « *Sur la notion d'accord* », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 135-145. Les traités « constituent un moule dans lequel on peut coller des stipulations qui présentent des caractères très différents » REUTEUR, P. *Introduction au droit des Traités*, Paris, PUF, 1995, pp. 23-24.

²¹¹¹ L'exemple de la CARICOM (Art. 228 du TRC) ; l'exemple de l'OECD (Art. 21 §1 à 21 §3 du TRB).

²¹¹² « C'est par la *constitution d'une personne morale* que se formaliseront le plus souvent les collaborations destinées à durer et impliquant des rapports suivis et importants avec les tiers » FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 101.

²¹¹³ « Au sein de la société internationale universelle ou œcuménique, il se forme des groupements de peuples ou d'Etats rapprochés par des phénomènes de solidarité plus étroits tenant à la communauté d'origine ou de race, à la contiguïté géographique et surtout à l'intensité des échanges (...) » SCHELLE, G. *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, p. 20.

²¹¹⁴ « (...) des niveaux d'identification et une multiplicité d'allégeances rendant aléatoire la réalisation des objectifs affichés en matière d'intégration et de coopération régionale » J. DANIEL, « *Signification et portée de l'impératif régionaliste dans la Caraïbe* », *art. cit.*, p. 128.

²¹¹⁵ « une association d'Etats, établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes, chargés de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêts communs par une coopération entre eux » ABI-SAAB, G., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, Unesco, 1980, p. 52. WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 237, 1992-VI, Nijhoff, La Haye, 1996, pp. 101-110 (URL : <http://euglobe.ru/wp-content/uploads/2017/01/Prosper-WEIL.-Cours-g%C3%A9n%C3%A9ral-de-droit-international-public.pdf>).

²¹¹⁶ ALBA (Alliance bolivarienne pour les peuples d'Amérique – *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América*). Elle est créée le 14 décembre 2004 afin de favoriser l'intégration des pays d'Amérique latine tout en constituant une alternative au libre-échange. K. GALY, « *L'alliance bolivarienne pour les peuples d'Amérique et de la Caraïbe (l'alba) : vers l'émergence de nouvelles stratégies de développement dans les Amériques ?* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2011, t3, p. 176.

²¹¹⁷ AEC (Association des Etats de la Caraïbe ou ACS - *Association of Caribbean States*). Cette association-organisation a été mise en place le 24 juillet 1994, elle vise notamment le *renforcement du processus régional de coopération et d'intégration afin de créer un espace économique élargi dans la région* et compte 25 Etats Membres et sept Membres Associés. (Source URL : <http://www.acs-aec.org/>). **Nota bene** : La Martinique et la Guadeloupe y ont adhéré en avril 2014.

²¹¹⁸ CEPALC (Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes ou UNECLAC - *United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean*). Il s'agit d'une institution satellite de l'Organisation des Nations Unies dans la Caraïbe. Elle a été fondée le 25 février 1948 par la résolution 106 (VI) du Conseil économique et social. Elle vise le développement de l'Amérique latine et des Caraïbes. Elle compte 44 Etats membres et 10 Etats associés. (Source URL : <http://www.cepal.org/>). **Nota bene** : La Martinique et la Guadeloupe y ont adhéré en août 2012.

²¹¹⁹ « les organisations de coopération laissent intacte la structure fondamentale de la société internationale contemporaine composée d'Etats souverains. (...) Les organisations d'intégration, au contraire, ont pour mission de rapprocher les Etats qui les composent, en reprenant à leur compte certaines de leurs fonctions, jusqu'à les fonder

sont constituées, et par destination, en raison de la nature libérale de leurs membres de tradition *common law* en corps. Elles sont des constructions juridiques régionales à vocation normative s'inscrivant dans un véritable processus d'intégration économique et politique visant notamment à favoriser les progrès économique et social. Il en va ainsi de la CARICOM²¹²⁰ et de l'OECS²¹²¹. Il devrait en résulter un intégrationnisme poussé caractérisé par la réalisation d'un droit régional stato-centré. Nous avons alors deux questions à nous faire : quel droit régional caribéen ? (**Chapitre 1**). Quelle intégration régionale des Antilles françaises ? (**Chapitre 2**). Il s'agira, dans un premier temps, d'adopter une approche technique visant à disséquer la lettre des traités caribéens afin d'en extraire la méthode d'organisation de l'intégration régionale caribéenne puis, dans un deuxième temps, d'y confronter la réalité des Antilles françaises.

dans une unité englobante dans le secteur où se développe leur activité, c'est-à-dire dans le domaine de leur compétence » VIRALLY, M. *Définitions et classification. Approche juridique*, in Abi-Saab, G. (Dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, Unesco, 1980, p. 65.

²¹²⁰ La Communauté caribéenne (CARICOM) établie par le *Traité de Chaguaramas* de 1973. Elle est l'organisation la plus ancienne de la Caraïbe. Après plusieurs élargissements, elle compte désormais quinze membres de plein droit, cinq membres associés et huit pays observateurs. Poursuivant de nombreux objectifs tels que l'amélioration des niveaux de vie, les développement et convergence économiques, le renforcement des relations commerciales. L'organisation se dote de multiples institutions telles que la *Caribbean Court of Justice* (CCJ) – institution de règlement des différends quant à l'interprétation et l'application du traité révisé de Chaguaramas, elle constitue également un second degré de juridiction pour les litiges, en matières civile et pénale, nés dans les Etats membres de la communauté –, la *Caribbean Disaster Emergency Management Agency* (CDEMA), la *Caribbean Telecommunications Union* (CTU), le *CARICOM Single Market and Economy* (CSME) qui institue le marché unique.

²¹²¹ Voir *supra* note n° 127. Texte du *Traité révisé de Basseterre* (traduction française).

Chapitre 1. Les moyens d'un droit régional d'intégration

318. Propédeutique.

« Depuis le début du siècle, des juristes, tenants du pluralisme juridique, ont défendu l'idée de l'existence de systèmes juridiques distincts et indépendants de l'Etat mais liés au système juridique étatique d'une multitude de manières n'impliquant pas nécessairement la dépendance. Certains ont d'abord privilégié le droit informel, d'autres se sont penchés sur l'idée que les types d'organisations formelles, de celles d'envergure internationale à celles privées, peuvent engendrer leur propre ordre juridique qui interagit avec celui de l'Etat »²¹²².

L'organisation de la Caraïbe autour d'organismes d'intégration à portée régionale – la CARICOM – et subrégionale – l'OECS – s'explique par un besoin représentatif des intérêts des pays de la région « impuissants à penser et organiser isolément une économie devenue mondiale »²¹²³. Ils s'arment d'institutions et de méthodes, à première vue, en de nombreux points, semblables au modèle européen²¹²⁴, bien qu'il ne s'agisse pas d'une reproduction à l'identique, donnant naissance à un droit de l'intégration (**Section 1**) fondé sur une vision hétérogène de l'idée de communauté (**Section 2**).

Section 1. L'ordre juridique caribéen.

319. L'autonomie du système juridique caribéen. Il est un ordre juridique²¹²⁵ régional distinct du droit international ainsi que du droit interne des pays membres des organisations-

²¹²² T. DAINITH, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ?, *op. cit.*, p. 370.

²¹²³ DUSSART, M.-L., *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 281. Parenthèses ajoutées

²¹²⁴ « There are, for example, clear similarities in the texts of the EU and Caribbean treaties. In some cases the wordings of the treaty articles are almost, or are, identical. This is no accident. Caribbean legal drafters did not reinvent the wheel. Rather the carefully selected and incorporated into their own treaties useful phrases and concepts which have evolved in the EU system » BERRY, D. S. *Caribbean Integration Law*, *op. cit.*, p. 4.

²¹²⁵ « l'ensemble des règles de conduite obligatoires qui régissent les rapports sociaux dans un milieu déterminé et qui sont habituellement sanctionnées en vue d'ordonner et de maintenir dans ce milieu l'indispensable cohésion » ROUSSEAU, C. *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, p. 24.

hôtes²¹²⁶. La multiplicité des situations de droit – le droit applicable, la juridiction compétente, l'exécution en interne d'une décision rendue à l'étranger – nées notamment de l'intensification régionale des échanges de biens, de services, des mouvements de capitaux, de personnes ordonnées par le phénomène de mondialisation et susceptibles de litiges, a nécessité une intervention extérieure et impartiale sur de nombreuses matières relevant du droit privé et/ou du droit public. Résultant d'un phénomène de décentration – le consentement d'Etats à un transfert de souveraineté vers un centre d'intérêts communs –, il octroie des droits et oblige les pays membres ainsi que leurs ressortissants – personnes physiques ou morales ; sujets du droit. Il dispose de ses propres sources, de ses propres organes, de son propre mode de règlement des différends – particulièrement en sa version juridictionnelle – (I). Aussi, il s'incorpore au système juridique des pays membres par ses propres moyens comme l'illustrent la primauté du droit communautaire, l'effet direct, l'opposabilité en droit interne des arrêts d'une cour supranationale (II).

I. Le pluralisme des sources du droit régional caribéen

320. Une hétérogénéité. L'ordre juridique caribéen²¹²⁷ résulte d'un ensemble variablement organisé de normes²¹²⁸ ayant pour substrat les traités institutifs. A l'intérieur de ce complexe normatif rendu hiérarchisé²¹²⁹, toutes les normes communautaires ne disposent pas d'une valeur juridique équivalente et uniforme (A). Une attention particulière sera portée sur les producteurs du

²¹²⁶ Pour reprendre la formule de l'arrêt *Costa c/ENEL* à propos de l'ordre juridique européen, « un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres » CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, Aff. n° 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141.

²¹²⁷ “By signing and ratifying the Revised Treaty and thereby conferring on this Court *ipso facto* a compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of the Revised Treaty, the Member States transformed the erstwhile voluntary arrangements in CARICOM into a rule-based system, thus creating and accepting a regional system under the rule of law. A challenge by a private party to decisions of the Community is therefore not only not precluded, but is a manifestation of such a system... The rule of law brings with it legal certainty and protection of rights of states and individuals alike, but at the same time of necessity it creates legal accountability” (*TCL v. Caribbean Community*, 2 CCJ 2 (OJ), 2009, pt. 32).

²¹²⁸ Le terme de norme désigne « un concept plus général que celui de “règle” ou de “loi”, couvrant toutes les variétés d'obligations de permissions d'édicitions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation » PFERSMANN, O., ALLAND, D. ET RIALS, S. *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1079.

²¹²⁹ « tout ordre juridique se caractérise par des normes générales et individuelles qui le constituent et par le caractère ordonné de cet ensemble et par une plénitude plus ou moins marquée » REUTER, P. *Droit international public*, Paris, Thémis, 1976, p. 35. **Nota bene** : même si une telle hiérarchie n'est pas clairement établie, il faut se retrancher derrière son homologue européen, dont il est l'épigone, qui établit une hiérarchie des sources. RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 231-252.

droit secondaire. Ces derniers n'apparaissent pas, dans l'ordre juridique caribéen²¹³⁰, systématiquement grevés de la même charge qu'en droit de l'UE²¹³¹ (B).

A – Un normativisme

321. Des sources écrites. Elles se scindent en droit primaire et en droit dérivé. Le premier étant la résultante de l'accord des Etats membres et la constituante du second.

Sur le droit primaire. Il comprend les Traités révisés, leurs annexes, leurs protocoles, les accords et autres chartes supplantant toutes les autres normes. Il en va ainsi pour la CARICOM du Traité révisé de Chaguaramas instituant la Communauté des Caraïbes, y compris le Marché unique de la CARICOM du 5 juillet 2001. Il intègre non seulement le Traité de Chaguaramas et son annexe instituant le Marché commun caribéen (*The Caribbean Common Market*) du 4 juillet 1973 mais aussi les neuf protocoles d'amendement subséquents²¹³², soutenu par les Protocoles sur la révision du Traité de Chaguaramas, l'application prévisionnelle du Traité révisé de Chaguaramas du 4 février 2002 ainsi que le Programme de suppression des restrictions à la circulation du capital du 28 février 2002. A ces textes, il convient d'ajouter les protocoles anciens encore en vigueur tels que le Protocole sur les privilèges et les immunités du 14 janvier 1985²¹³³ notamment, les nombreux accords *ante* – l'Accord établissant la Cour caribéenne de justice du 14 février 2001 – ou *post* – l'Accord établissant l'Organisation relative aux standards et à la qualité du 4 février 2002 – Traité révisé. Il en va également pour l'OECS du Traité révisé de Basseterre portant création de l'Organisation de l'Union économique des Etats des Caraïbes orientales du 18 juin 2010, de son annexe portant règlement des différends et de son Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. Le caractère primaire du droit s'étend également aux accords conclus par les ensembles

²¹³⁰ Art. 7 §1 du TRB et Art. 10 §3 et §4 du TRC

²¹³¹ « Une intégration communautaire par le droit signifie que des facultés d'intervention et des moyens de contrainte sont conférés par les Etats européens et leurs peuples à des organes autonomes (...) » L. AZOULAI, « *Le marché intérieur* », in Dehousse, R. (Dir.), *Politiques européennes, op. cit.*, p. 114.

²¹³² Le Protocole I de Chaguaramas du 19 février 1997 ; le Protocole II « Etablissement, services et capital » du 1^{er} juillet 1997 ; le Protocole III « Politique industrielle » du 30 juin 1998 ; le Protocole IV « Politique commerciale » des 4-7 juillet 1999 ; le Protocole V « Politique agricole » du 13 juin 1998 ; le Protocole VI « Politique de transport » des 4-7 juillet 1999 ; le Protocole VII « Pays, régions et secteurs défavorisés » des 4-7 juillet 1999 ; le Protocole VIII « Politique de concurrence, protection du consommateur, *dumping* et subventions » des 13-14 mars 2000 ; le Protocole IX « Règlement des différends » des 13-14 mars 2000. (Source Secrétariat de la CARICOM). Notre traduction.

²¹³³ Art. 229 §2 du TRC.

régionaux dotés de la personnalité internationale²¹³⁴ comme l'illustrent l'Accord de libre échange entre la CARICOM et la République dominicaine du 21 octobre 1996, l'Accord de partenariat économique (APE) entre les Etats du Cariforum et la Communauté européenne (CE) et ses Etats membres du 15 octobre 2008. Il s'étend aussi aux accords conclus entre les Etats membres et les pays tiers – l'Accord-cadre partiel entre Trinidad et Tobago, membre de la CARICOM, et le Guatemala du 6 février 2015 – qui ont pour effet de lier la Communauté, les accords conclus entre Etats membres – le programme d'échange pour la jeunesse entre Sainte-Lucie et la Jamaïque du 25 avril 2018 – bien qu'ayant une valeur inférieure aux Traités constitutifs. Au-delà, il intègre des principes socles du droit international : la non-discrimination²¹³⁵, le traitement de la nation la plus favorisée²¹³⁶ notamment.

Sur le droit dérivé. En l'état, le droit primaire est une expression brute du droit des communautés. Il doit alors être aménagé, ajusté, explicité, mis en oeuvre. C'est l'affaire des institutions communautaires habilitées par les Traités à la mise en oeuvre les engagements communautaires. Ce droit secondaire est une source du droit régional. Dans les Traités révisés de Basseterre et de Chaguaramas, on distingue les actes fondamentaux des actes subsidiaires. *S'agissant des actes fondamentaux.* Ils apparaissent désordonnés inversement proportionnellement à l'Union européenne où il figure dans la lettre du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne une stipulation définissant la nature juridique permanente de chacun de ces actes²¹³⁷. Dans cet inventaire à la Prévert, on distingue les « Actes, Règlements et Décrets », exclusifs au Traité révisé de Basseterre et apanage du Conseil des ministres. Ils sont de portée générale, de force obligatoire et d'effet direct²¹³⁸. Ainsi, les citoyens des Etats membres de l'OECD pourront s'en prévaloir puisqu'il crée

²¹³⁴ Art. 21 §1 à 21 §3 du TRB ; Art. 228 du TRC.

²¹³⁵ Art. 7 du TRC : « Dans les limites du champ d'application du présent traité, et sans préjudice de toute disposition spéciale prévue par celui-ci, toute discrimination fondée sur la nationalité est prohibée. Le Conseil de la Communauté, après consultation avec les organes compétents, établit des règles visant à prohiber toute discrimination de ce type ». Art. 12 §2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales (stipulation limitée aux Etats membres parties au Protocole) : « Cette libre circulation implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les ressortissants des Etats membres du Protocole, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et d'emploi ». (Confer Art. 18 TFUE).

²¹³⁶ Art. 8 du TRC : « Aux termes des dispositions du présent traité, chaque Etat membre, en ce qui concerne les droits visés par le présent traité, accorde à un autre Etat membre un traitement non moins favorable que celui accordé : a) à un autre Etat membre ; ou b) à des Etats tiers ». Une illustration de cette stipulation figure à l'article 5 § 3 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales circonscrites aux Etats membres parties à ce Protocole et à la matière douanière.

²¹³⁷ Art. 288 TFUE : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre. La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas ».

²¹³⁸ E.g. Art. 5 §3, a), II du TRB : « Sans préjudice du caractère général de ce qui précède un Etat membre à part entière qui est indépendant s'engage à adopter la législation nécessaire en vue de recevoir de l'Organisation des actes de l'Organisation émanant de l'Autorité de l'OECD, et des règlements et décrets pris par le Conseil des ministres, dans les domaines de compétence de l'Organisation définis à

non seulement des obligations auxquelles devront satisfaire les Etats mais aussi des droits au profits de leurs ressortissants. La « Directive », commune aux deux Traités révisés et apanage des Autorité et Conférence des chefs de gouvernement²¹³⁹, s'appréhende de façon homogène – elle est de portée générale (*contra* UE) ou individuelle et de force obligatoire²¹⁴⁰. La « Décision » est un acte juridique massifié que la plupart des organes principaux des Communautés peuvent émettre et dont la portée peut présenter un caractère général et individuel. Mais, à la différence du Traité révisé de Chaguaramas où tous les organes principaux peuvent émettre des Décisions à force contraignante²¹⁴¹, dans le Traité révisé de Basseterre, la force contraignante de la Décision est consubstantielle d'un critère organique. Autrement dit, selon l'organe qui l'émettra, elle présentera ou non une force obligatoire²¹⁴². La « Recommandation », même massifiée et à portée individuelle, ne revêt pas de caractère obligatoire selon le Traité révisé de Chaguaramas²¹⁴³ et ne saurait être appréhendée comme une source du droit. Inversement, sa valeur juridique n'est pas expressément formulée dans le Traité révisé de Basseterre ce qui, même en présence d'un assentiment général en faveur de sa force non contraignante, ouvrant la voie à l'interprétation, s'incrit en marge d'une simplification du droit. Il s'agit de livrer la valeur juridique de ces actes au bon gré des stipulations, de leur intention, des formules employées, des procédures de vote ce qui génère une criarde insécurité juridique caractérisée par une imprévisibilité du droit. *S'agissant des actes subsidiaires*. Ils sont symptomatiques d'un droit relativement mou en ce qu'il présente un caractère contraignant sans toutefois équivaloir la valeur juridique desdits actes fondamentaux. On trouve le « Règlement intérieur » des institutions²¹⁴⁴ – il détermine le fonctionnement et

l'article 14 dans le but que ces actes, règlements et décrets aient un effet direct sur la législation de cet Etat membre » ; Art. 9 §5 du TRB : « Les règlements pris par le Conseil des ministres ont la même force contraignante que les actes de l'Organisation qui les autorisent, sous réserve que la question de savoir si les règlements ainsi pris seront ainsi autorisés sera soumise à un contrôle juridictionnel ».

²¹³⁹ **Nota bene** : le Conseil des ministres de la CARICOM peut, par délégation, en émettre (Art. 13 §4, h) du TRC).

²¹⁴⁰ Art. 12 §7 du TRC : « La Conférence peut donner aux autres organes et institutions de la Communauté des directives de nature générale ou spéciale concernant les politiques à suivre pour la réalisation des objectifs communautaires. Ces directives doivent être suivies d'effet ». Art. 8 §11 du TRB : « L'Autorité de l'OECO peut faire toutes recommandations et donner toutes directives qu'elle estime nécessaires pour la réalisation des objectifs de l'Organisation et pour assurer le bon fonctionnement des organes de l'Organisation. L'Autorité de l'OECO peut en particulier donner des directives à un autre organe ou à tout fonctionnaire de l'Organisation et infirmer toute décision de celui-ci, sans préjudice des droits pouvant être acquis avant de donner ces directives ou d'infirmer cette décision ».

²¹⁴¹ Art. 28 §1 du TRC : « (...) la Conférence prend des décisions par un vote affirmatif de tous ses membres, et ces décisions sont contraignantes » ; Art. 29 §1 du TRC : « (...) les Conseils ministériels prennent des décisions par un vote à la majorité qualifiée, et leurs décisions sont contraignantes ».

²¹⁴² Art. 8 §8 du TRB : « Les décisions prises par l'Autorité de l'OECO au titre des paragraphes précédents sont réputées contraignantes pour tous les Etats membres et toutes les institutions de l'Organisation » ; Art. 8 §3 du TRB : « (...) le Conseil des affaires économiques peut, avec l'accord de l'Autorité de l'OECO, prendre des décisions ayant force obligatoire pour tous les Etats membres du Protocole (...) ».

²¹⁴³ Art. 27 §6 du TRC.

²¹⁴⁴ *Exempli gratia* le règlement intérieur de l'Autorité (Art. 8 §15 du TRB) ; le règlement intérieur du Conseil des ministres (Art. 9 §10 du TRB) ; le règlement intérieur de la Conférence (Art. 12 §10 du TRC).

l'organisation relatifs à chacune d'elles. Le « Code de conduite judiciaire » dans le Traité révisé de Chaguaramas²¹⁴⁵ – il régit le comportement des juges de la Cour de Justice et consitue la base sur laquelle officieront les arbitres dans le cadre d'un règlement alternatif des différends. Les communications²¹⁴⁶, les programmes²¹⁴⁷, les orientations²¹⁴⁸ privés d'efficacité juridique.

Les principes généraux tirés du droit communautaire écrit. Les droits fondamentaux – le principe de non-discrimination entre les travailleurs²¹⁴⁹, le droit à l'environnement²¹⁵⁰, la liberté d'entreprise et le droit à la consommation²¹⁵¹, le droit de propriété intellectuelle²¹⁵², le droit à la vie privée²¹⁵³ notamment.

322. Les sources non écrites et les sources externes. La jurisprudence de la Cour caribéenne de Justice (CCJ), circonscrite à la CARICOM, laquelle est, dans la Caraïbe, l'un des visages de l'intégration régionale. La CCJ dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'interprétation et à l'application du Traité et ses décisions ont force contraignante²¹⁵⁴ et sont définitives²¹⁵⁵ – composantes d'un pouvoir normatif. Dans une moindre mesure, les arrêts de la Cour d'appel des Caraïbes orientales²¹⁵⁶ présentée comme une juridiction par défaut²¹⁵⁷. Les

²¹⁴⁵ Art. 205 §1, c) du TRC.

²¹⁴⁶ Art. 92 §5 du TRC ; Art. 132 §2 du TRC.

²¹⁴⁷ *Exempli gratia* Art. 20, 22, 23 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. Art. 61, 63, 67, 73, 85, 89, 93 du TRC. V. notamment, M. VIRALLY, « La notion de programme – un instrument de la coopération technique multilatérale », Annuaire français de droit international, vol. 14, 1968, pp. 530-553.

²¹⁴⁸ Art. 10 §14 du TRC : « L'Autorité de l'OECD émet des orientations concernant la réunion de l'Assemblée de l'OECD et d'autres aspects de la procédure de l'Assemblée de l'OECD que l'Autorité de l'OECD estime opportunes. Sous réserve de telles orientations, l'Assemblée de l'OECD peut définir sa propre procédure ».

²¹⁴⁹ Art. 73, b) du TRC.

²¹⁵⁰ Art. 65 du TRC.

²¹⁵¹ Art. 168 et s. du TRC.

²¹⁵² Art. 66 du TRC.

²¹⁵³ Art. 226 §1, k), II du TRC.

²¹⁵⁴ Art. 211 du TRC : « Sous réserve du présent traité, la Cour aura la compétence obligatoire et exclusive d'entendre et de trancher les différends concernant l'interprétation et l'application du Traité, y compris : a) les différends entre les Etats membres parties à l'Accord ; b) les différends entre les Etats membres parties à l'Accord et la Communauté ; c) les renvois aux tribunaux nationaux des Etats membres parties à l'Accord ; d) les demandes présentées par des personnes conformément à l'article 222, concernant l'interprétation et l'application du présent traité ». Art. 215 du TRC : « Les Etats membres, les organes et institutions de la Communauté, les entités ou les personnes auxquels une décision de la Cour s'applique se conformeront à cette décision dans les moindres délais ». Art. 216 du TRC : « Les Etats membres conviennent qu'ils reconnaissent comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale la compétence de première instance de la Cour telle qu'elle est prévue à l'article 211. Tout différend sur la compétence de la Cour sera tranché par décision de la Cour ».

²¹⁵⁵ Art. 221 du TRC : « Les décisions rendues par la Cour constitueront des précédents qui lieront les parties à la procédure devant la Cour à moins que les décisions ne soient révisées conformément à l'article 219 ». Le précédent est « une décision juridictionnelle qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, valeur d'exemple, autorité de fait ou caractère obligatoire » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 785. v. notamment, L. M. JACKSON, « *Fi We Law : The emergence of Caribbean Jurisprudence and the Doctrine of Precedent* », in *Transitions in Caribbean Law. Law-Making, Constitutionalism, and the Convergence of National and International Law*, Kingston, Ian Randle Publishers, pp. 3-32.

²¹⁵⁶ Art. 18 du TRB.

²¹⁵⁷ Paragraphe 1^{er} de l'Annexe relative au Règlement des différends du TRB : « Les différends visés à l'article 18 §1 du présent Traité sont réglés : a) si toutes les parties admissibles visées à l'article 18.5 y consentent et sous réserve de l'article 30 du Protocole sur l'Union économique, en recourant à l'un des modes de règlement des différends ci-après, à savoir les bons offices, la consultation, la

principes du droit international public²¹⁵⁸ codifiés notamment dans la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969 tels que le *Pacta sunt servanda*²¹⁵⁹ – la force obligatoire des Traités. Les rapports du droit international génèrent des conflits potentiels qui ne sont pas toujours prévus dans les engagements internationaux – l'exemple du retrait d'un Etat membre de la CARICOM n'étant pas prévu par le TRC qui exhorte à se retrancher derrière ladite Convention²¹⁶⁰.

B – Typologie des producteurs du droit secondaire

323. L'efficacité variable de la méthode communautaire. Si les organisations restent libres de se doter des institutions qu'elles souhaitent, il est un seuil de cohérence nécessaire à leur bonne marche en raison d'un impératif d'efficacité. Il est ici fait le choix d'une formule organisationnelle relativement allégée, portant, par endroits, l'imbrication ou l'insuffisance de compétences. Il en va ainsi de la dimension institutionnelle des Communautés. Soit que leurs organes orientent, administrent soit qu'ils coordonnent, conseillent, assurent le développement économique notamment. Ils disposent alors d'une force exorbitante ou beaucoup trop molle (§1). Il en va également de la dimension juridictionnelle des Communautés essentielle au règlement des différends sans pour autant en constituer l'horizon indépassable. Droit dérivé assimilé, la jurisprudence dite « communautaire » – l'exemple des décisions émanant de la Cour caribéenne de Justice – aurait dû jouer un rôle déterminant dans la construction de la communauté à l'instar du modèle européen. Mais, elle donne à voir un office diffus – aux côtés d'un rôle d'interprétation et d'application des traités coexiste un rôle prépondérant dans la procédure judiciaire (le double degré de juridiction) – et incomplet quant aux instruments qui l'accompagnent (§2).

conciliation, l'arbitrage et le règlement judiciaire ; b) faute d'un tel consentement, par jugement de la Cour d'appel de la Cour suprême des Caraïbes orientales à la demande de cette partie admissible ».

²¹⁵⁸ Paragraphe 9 de l'Annexe relative au Règlement des différends du TRB : « *Le droit applicable au règlement des différends et dans toute juridiction de la Cour d'appel des Caraïbes orientales en vertu du présent Traité est le droit public international, notamment les principes du droit international public régissant l'application et l'interprétation des traités* ».

²¹⁵⁹ Art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, 23 mai 1969, Recueil des Traités 1980, vol. 1155, I-18232, pp. 353-512. V. Sur ce point, BRAMBAN, B. *Le principe de pacta sunt servanda en droit du commerce international. Etude critique d'un principe de droit transnational*, Thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2013.

²¹⁶⁰ Art. 56, 60-62 de la Convention de Vienne, *ibid*.

§1. Une originalité institutionnelle

324. Le pouvoir discrétionnaire des *Conférence* et *Autorité* des Chefs de gouvernement.

Un organe moteur. La « Conférence » – pour la CARICOM – et l'« Autorité » – pour l'OECD – , composées de Chefs de gouvernement, ou leurs délégués plénipotentiaires, des Etats membres²¹⁶¹, sont l'*organe suprême* de leur organisation respective²¹⁶². A ce titre, elles disposent, sous réserve de la satisfaction à un *quorum*, d'une kyrielle de pouvoirs et de méthodes ordonnés.

Sur les pouvoirs. Un pouvoir de création à l'image de la création d'organes ou institutions principaux²¹⁶³ ou subsidiaires²¹⁶⁴. Il en va également d'un pouvoir juridictionnel traduit notamment par le règlement des différends entre Etats membres²¹⁶⁵ ; d'un pouvoir budgétaire caractérisé notamment par l'approbation du budget²¹⁶⁶ ; d'un pouvoir de sanction comme l'illustrent la validation d'amendements²¹⁶⁷, l'annulation de décisions d'organes de l'Organisation²¹⁶⁸. Leurs pouvoirs s'étendent enfin aux capacités d'orientation – la détermination du règlement intérieur²¹⁶⁹ – et d'habilitation – la modification du statut d'un Etat membre²¹⁷⁰, l'exonération d'obligations d'un Etat membre²¹⁷¹, la détermination de droits et obligations de membres associés²¹⁷².

Sur les méthodes. Dans l'exercice de leur compétence et en application du droit émanant des Traités, il leur est octroyé la faculté d'émettre différents types d'actes juridiques – somme toute du droit dérivé. Parmi les principaux, on note les *décisions* – elles ont généralement force obligatoire pour les deux organes²¹⁷³ – ; les *directives* – elles n'ont expressément de force obligatoire que lorsqu'elles sont émises par la Conférence²¹⁷⁴ – ; les recommandations – elles sont appréhendées, explicitement dans le cas de la Conférence²¹⁷⁵ et implicitement dans le cas de l'Autorité²¹⁷⁶, comme

²¹⁶¹ Art. 11 du TRC et Art. 8 §1 et §2 du TRB.

²¹⁶² Art. 12 §1 du TRC et Art. 8 §4 du TRB.

²¹⁶³ Art. 12 §6 du TRC et Art. 8 §12 du TRB.

²¹⁶⁴ Art. 7 §2 du TRB.

²¹⁶⁵ Art. 12 §8 du TRC.

²¹⁶⁶ Art. 17 §5 du TRB.

²¹⁶⁷ Art. 29 §2 du TRB.

²¹⁶⁸ Art. 8 §11 du TRB.

²¹⁶⁹ Art. 8 §15 du TRB.

²¹⁷⁰ Art. 5 du TRC.

²¹⁷¹ Art. 27 §4 du TRC.

²¹⁷² Art. 3 §3 du TRB.

²¹⁷³ Art. 28 §1 du TRC et Art. 8 §8 du TRB.

²¹⁷⁴ Art. 12 §7 du TRC et Art. 8 §11 du TRB.

²¹⁷⁵ Art. 27 §6 du TRC.

²¹⁷⁶ Art. 8 §11 du TRB.

n'étant pas contraignantes. Rappelons les risques de la non-détermination expresse ou, à tout le moins, implicitement aisément déductible, de la valeur juridique de certains de ces actes par le Traité révisé de Basseterre²¹⁷⁷.

Rapprochement avec l'UE. Si l'on se hasardait à tenter le rapprochement des Conférence et Autorité de l'une des institutions de l'Union européenne, ce serait du Conseil européen qu'elles se rapprocheraient le plus²¹⁷⁸. Aux différences que le Conseil européen n'exerce pas de fonction législative²¹⁷⁹ ; qu'il exerce une fonction représentative en matière de politique extérieure incarnée par le président du Conseil européen²¹⁸⁰. Les compétences dévolues à ses homologues institutionnels de la Caraïbe apparaissent toutefois plus larges.

Différences entre TRB et TRC. A la lumière de ce qui vient d'être exposé, la Conférence et l'Autorité sont des institutions faussement jumelles dont le passage en revue conjoint aura aidé à en saisir quelques aspérités à l'image de la compétence budgétaire, restreinte dans le cas de la Conférence²¹⁸¹, large dans le cas de l'Autorité²¹⁸² ; l'action assistée de la Conférence²¹⁸³, solitaire dans le cas de l'Autorité. Leurs stipulations apparaissent complémentaires même si les litiges émanant de l'une ne sauraient être résolus par l'autre. C'est l'exemple de la définition des questions procédurales. Là où le TRC ne définit pas ce qu'est une « question procédurale » générant un effet potentiellement intégratif indésirable²¹⁸⁴, le TRB y apporte un éclairage²¹⁸⁵. D'ailleurs, cette liaison n'est pas en soi une aberration. Gageons de nous souvenir que la CARICOM n'est en réalité qu'un multiple de l'OECD.

325. L'hétérogénéité des pouvoirs des Conseils des ministres. Il est éponymement composé de ministres de gouvernement désignés par les Etats membres²¹⁸⁶. Selon son affiliation – la CARICOM ou l'OECD –, la nature et le champ de ses pouvoirs oscilleront.

²¹⁷⁷ Voir *supra* A – Un normativisme.

²¹⁷⁸ Art. 13 et 15 TUE.

²¹⁷⁹ Art. 15 §1 TUE *contra* Art. 8 §10 du TRB : « L'Autorité de l'OECD peut adopter des actes de l'Organisation dans le champ de la compétence législative de l'Organisation au titre de l'article 14 après avoir saisi l'Assemblée de l'OECD, pour qu'elle en fasse état dans son rapport, sur toute proposition à cet effet ».

²¹⁸⁰ Art. 15 §6, d), al. 2 TUE.

²¹⁸¹ Art. 13 §4, a) du TRC.

²¹⁸² Art. 8 §14 du TRB, Art. 17 §2 du TRB et Art. 17 §5 du TRB.

²¹⁸³ La Conférence s'adjoit d'un assistant – *The Bureau* (Art. 12 §11 du TRC). Il assure la cohérence de l'action de la Conférence ; se dote d'un pouvoir d'incitation (Art. 12 §11, c) du TRC) et d'initiative (Art. 12 §11, d) du TRC).

²¹⁸⁴ Art. 27 §3 du TRC.

²¹⁸⁵ Art. 8 §7 du TRB.

²¹⁸⁶ Art. 13 §1 du TRC et Art. 9 §1 du TRB.

Lorsqu'il est affilié à l'OEEO – il relève alors de l'Autorité de l'OEEO²¹⁸⁷ –, le Conseil des ministres, dans ses fonctions essentielles, est, en corps, un examinateur²¹⁸⁸. Dans l'exercice de ses fonctions, il dispose d'un pouvoir normatif caractérisé par la capacité de faire des recommandations²¹⁸⁹, de prendre des décisions²¹⁹⁰ à caractère obligatoire²¹⁹¹, de transposer des instruments juridiques²¹⁹², d'édicter des règlements ayant force contraignante²¹⁹³ mais dont la procédure de vote pour leur adoption est ignorée du Traité.

Lorsqu'il est affilié à la CARICOM – il relève alors de la Conférence²¹⁹⁴ –, le Conseil des ministres, dans ses fonctions essentielles, est l'organe régulateur²¹⁹⁵. Dans l'exercice de ses fonctions, il dispose d'un *pouvoir de décision* – l'approbation de programmes²¹⁹⁶, la modification de propositions²¹⁹⁷ dans une certaine limite²¹⁹⁸, l'allocation de ressources²¹⁹⁹ – ; d'un *pouvoir budgétaire*²²⁰⁰ ; d'un *pouvoir judiciaire* – la résolution des différends entre Etats membres²²⁰¹ – ; ainsi que d'un *pouvoir normatif délégué* – l'édiction de directives²²⁰² dont la valeur juridique n'est pas expressément formulée. On les imagine de force contraignante puisque le Conseil des ministres agit ici *selon les instructions de la Conférence*. Il assure la cohérence régionale par un pouvoir de police notamment²²⁰³, l'institution de méthodes d'organisation – la création d'un système de consultations régionales et nationales²²⁰⁴, la création d'un service régional d'assistance technique²²⁰⁵. Il assure enfin une mission de secrétariat²²⁰⁶. Le Conseil des ministres s'adjoit quatre autres conseils à la composition similaire : le Conseil des finances et de la planification (COFAP)²²⁰⁷ qui *a pour*

²¹⁸⁷ Art. 9 §2 du TRB.

²¹⁸⁸ Art. 9 §3 du TRB : « Le Conseil des ministres est chargé d'examiner les recommandations de la Commission de l'OEEO en vue de prendre des actes de l'Organisation et en faire rapport à l'Autorité de l'OEEO ; d'examiner et de transposer dans la législation de l'Organisation des règlements et d'autres instruments d'application afin de donner effet aux actes de l'Organisation adoptés par l'Autorité de l'OEEO ».

²¹⁸⁹ *Id.*

²¹⁹⁰ Art. 9 §6 du TRB.

²¹⁹¹ Art. 9 §8 du TRB.

²¹⁹² Art. 9 §3, b) du TRB.

²¹⁹³ Art. 9 §5 du TRB.

²¹⁹⁴ Art. 13 §2 du TRC.

²¹⁹⁵ « (Il) a pour responsabilité première d'élaborer la planification stratégique et la coordination de la Communauté dans les domaines de l'intégration économique, de la coopération fonctionnelle et des relations extérieures » *Id.* Parenthèses ajoutées.

²¹⁹⁶ Art. 13 §3, al. 1^{er}, a) du TRC.

²¹⁹⁷ Art. 13 §3, al. 1^{er}, b) du TRC.

²¹⁹⁸ Art. 20 §5 du TRC.

²¹⁹⁹ Art. 13, §4, b) du TRC.

²²⁰⁰ Art. 13 §4, a) du TRC.

²²⁰¹ Art. 13 §4, g) du TRC.

²²⁰² Art. 13 §4, h) du TRC.

²²⁰³ Art. 13 §3, al. 2 du TRC ; Art. 13 §4, f) du TRC.

²²⁰⁴ Art. 13 §4, c) du TRC.

²²⁰⁵ Art. 13 §4, d) du TRC.

²²⁰⁶ Art. 13 §4, e) du TRC.

²²⁰⁷ Art. 14 du TRC.

responsabilité première la coordination de la politique économique et l'intégration financière et monétaire des États membres²²⁰⁸ ; le Conseil du développement économique et commercial (COTED)²²⁰⁹ qui est chargé de la promotion du développement économique et commercial de la Communauté²²¹⁰ ; le Conseil des relations avec l'étranger et la Communauté (COFCOR)²²¹¹ qui est chargé de définir les relations entre la Communauté et les organisations internationales et les États tiers²²¹² ; et le Conseil du développement humain et social (COHSOD)²²¹³ qui a pour responsabilité la promotion du développement humain et sociale dans la Communauté²²¹⁴. Une telle configuration, l'assimile naturellement au Conseil de l'Union européenne, dénommé « le Conseil »²²¹⁵ en vertu d'une composition similaire²²¹⁶ des fonctions législative, budgétaire, de définition des politiques et de coordination²²¹⁷, d'un vote des décisions à la majorité qualifiée²²¹⁸ et simple sur les questions de procédures notamment²²¹⁹. Enfin, il se démultiplie en Conseil des affaires générales et en Conseil des affaires étrangères²²²⁰.

326. L'impuissance de l'organe commissionnaire.

La Commission : une institution hybride à l'image de la Commission européenne quoique modestement investie. Elle serait, à première vue, un apanage de l'OECO²²²¹ – organisation sub-régionale – et ferait figure de proue dans la région. Elle s'occupe de procédures et de rouages, sensiblement, similaires à ceux de la Commission européenne²²²² : un président – dénommé « directeur général » dans l'OECO – désigné par un Conseil des chefs d'Etat ou de gouvernement²²²³ – dénommé « Autorité de l'OECO »²²²⁴ – ; un fonctionnement en collège – organe politique – : *un commissionnaire ayant le rang d'ambassadeur (est)*

²²⁰⁸ Art. 14 §2 du TRC.

²²⁰⁹ Art. 15 du TRC.

²²¹⁰ Art. 15 §2 du TRC.

²²¹¹ Art. 16 du TRC.

²²¹² Art. 16 §2 et §3 du TRC.

²²¹³ Art. 17 du TRC.

²²¹⁴ Art. 17 §2 du TRC.

²²¹⁵ Art. 16 TUE et 237 à 243 TFUE.

²²¹⁶ Art. 16 §2 TUE.

²²¹⁷ Art. 16 §1 TUE.

²²¹⁸ Art. 16 §3 TUE ; Art. 29 du TRC.

²²¹⁹ Art. 27 §3 du TRC ; Art. 240 §3 TFUE.

²²²⁰ Art. 16 §6 du TUE.

²²²¹ Art. 12 du TRB. **Nota bene** : La CARICOM dispose d'une « Commission » dénommée « la Commission de la concurrence », qui, éponymement, se limite aux affaires concurrentielles (Art. 171 à 174 du TRC).

²²²² Art. 17 TUE ; Art. 244 à 250 TFUE. CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A. ET RAMBAUD, P., *L'Union européenne, op. cit.*, pp. 168-185.

²²²³ Art. 13 §1 du TRB.

²²²⁴ Les termes « Autorité de l'OECO » désignent l'Autorité de Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres de l'Organisation instituée par le paragraphe 1 alinéa a) de l'article 7 » (Art. 1^{er} du TRB).

nommé par chaque Etat membre²²²⁵. Les décisions sont prises à la majorité simple²²²⁶ au cours d'un mandat de quatre ans²²²⁷ – cinq ans pour l'UE²²²⁸. Il s'agit d'un organe principalement administratif – elle est « le principal organe responsable de l'administration générale de l'Organisation »²²²⁹ ; « le principal organe administratif de l'Union économique »²²³⁰. Somme toute, un secrétariat en substance doté d'un important pouvoir organisationnel²²³¹. Elle est un organe doté d'un pouvoir d'initiative – les recommandations²²³² dont la force contraignante, quoique indéterminée par les textes, devrait demeurer faible au regard de la chétivité de l'organe²²³³ et des organes, supérieurs dans l'organigramme, auxquels elles sont destinées²²³⁴. Elle est aussi dépositaire d'une fonction « juridictionnelle » qui se limite au contrôle (de) la mise en oeuvre des actes et règlements de l'Organisation²²³⁵ ; une fonction budgétaire²²³⁶ ; une fonction représentative – la Commission, par assimilation au Directeur général, joue un rôle dans la coordination et l'harmonisation de la politique étrangère caractérisé par un pouvoir exceptionnel de subrogation²²³⁷ généralement chasse gardée des Etats.

²²²⁵ Art. 12 §2 du TRB.

²²²⁶ Art. 12 §3 du TRB.

²²²⁷ Art. 13 §1 du TRB.

²²²⁸ Art. 17 §3, al. 1^{er} TUE.

²²²⁹ Art. 12 §1 du TRB.

²²³⁰ Art. 29 §1 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²³¹ Art. 12 §4 du TRB : « Les fonctions de la Commission de l'OEEO comprennent la fourniture de services de secrétariat aux organes de l'Organisation, notamment : a) assurer le service des réunions des organes de l'Organisation ; et b) prendre toutes mesures appropriées pour donner suite aux décisions, recommandations ou directives adoptées lors de ces réunions ». Art. 12 §5 du TRB : « La Commission de l'OEEO : a) établit des rapports d'activités et un rapport annuel de l'Autorité de l'OEEO sur les travaux de la Commission ; b) suit en permanence le fonctionnement de l'Organisation et rend compte de ses constatations aux organes compétents ; c) supervise la préparation du projet d'ordre du jour pour les réunions de l'Autorité de l'OEEO et soumet le projet d'ordre du jour à l'Autorité de l'OEEO pour approbation ; et d) entreprend d'autres travaux et études et assure tous services liés aux fonctions de l'Organisation comme peut l'exiger périodiquement le présent Traité ainsi que l'Autorité de l'OEEO ou toute autre institution, et fait également à ce sujet des propositions susceptibles de contribuer au fonctionnement et au développement harmonieux et efficaces de l'Organisation ». Art. 29 §2, b) al. 2 du TRB : « Le directeur général communique promptement le texte de tout amendement à la Commission de l'OEEO qui en transmet de copies certifiées conformes à tous les signataires du présent Traité et les informe également de la date d'entrée en vigueur dudit amendement ». Conf. Art. 29 §2 du Protocole sur l'Union des Caraïbes orientales.

²²³² Art. 12 §5, c) du TRB : « La Commission de l'OEEO fait des recommandations à l'Autorité de l'OEEO et au Conseil des ministres pour l'adoption d'actes et de règlements de l'Organisation et fournit les projets de tels actes et règlements devant être examinés en vue de leur adoption ».

²²³³ Art. 13 §2 du TRB.

²²³⁴ Art. 12 §5, c) du TRB.

²²³⁵ Art. 12 §5, d) du TRB.

²²³⁶ Art. 17 §5 du TRB : « Un projet de budget pour chaque exercice financier est préparé par le directeur général pour approbation de l'Autorité de l'OEEO et transmis à celle-ci par la Commission de l'OEEO ». Conf. Art. 314 §2 TFUE.

²²³⁷ Art. 15 §1 du TRB : « En l'absence d'objection de la part des Etats d'accueil ou des organisations et conférences internationales concernées, les Etats membres peuvent conclure et maintenir des accords de représentation diplomatique conjointe ou autre à l'étranger y compris, le cas échéant, l'accréditation d'un représentant auprès d'un ou de plusieurs Etats, d'organisations ou de conférences internationales » ; Art. 15 §2 du TRB : « Lorsqu'une organisation ou conférence internationale émet l'objection mentionnée dans le paragraphe précédent en vertu de son acte constitutif ou de son règlement intérieur ou pour toute autre raison, et lorsque les Etats membres sont membres de cette organisation ou conférence, le directeur général prend toutes les mesures appropriées, compatibles avec l'acte constitutif ou le règlement intérieur de l'organisation ou de la conférence concernée pour faire en sorte qu'ils bénéficient au maximum des avantages que leur confère leur qualité de membre de l'organisation ou de la conférence en question ». Nous soulignons. Contra UE. Le pouvoir de représentation de la Commission européenne se limite à la simple représentation extérieure de l'Union (Art. 17 §1 TFUE). Pour les matières concernant la politique étrangère, la compétence est confiée au Haut représentant de l'Union

En revanche, elle ne dispose d'aucun pouvoir normatif ni de sanction équivalant ou s'apparentant à ceux de la Commission européenne dans le cadre du droit de la concurrence notamment²²³⁸ – pouvoirs dont se pare la Commission de la concurrence dans la CARICOM.

Une institution éminemment partielle. Tant du point de vue de la qualité de ses membres que de celui de sa marge d'actions. Il n'est aucune référence à l'indépendance de l'institution dans la lettre du traité pourtant fondamentale à l'égard d'intérêts égoïstes privé ou public à l'inverse de l'Union européenne²²³⁹. Il en va ainsi en matière de nomination des membres de la Commission abandonnée au potentiel conflit d'intérêts²²⁴⁰. Pire, un aveu de dépendance : « *dans l'accomplissement de leurs tâches, le directeur général et les autres membres de la Commission de l'OECD ne doivent ni solliciter ni recevoir d'instructions d'aucun gouvernement ou d'aucune autre autorité extérieure à l'Organisation* »²²⁴¹. Une telle rédaction achève de légitimer l'opération inverse – *recevoir des instructions de gouvernements ou autorités parties à l'Organisation*. La Commission relèverait des Etats membres de l'Organisation ce qui est de nature à fragiliser la légitimité des décisions prises et en diminue inexorablement la responsabilité politique. Nous en avons d'ailleurs la confirmation dans la rédaction de l'article 13 §2 du TRB qui place le directeur général sous l'autorité du Conseil des ministres et du Conseil des affaires économiques notamment²²⁴² – composés de ministres de gouvernement²²⁴³. L'Union européenne donne à voir un montage notablement différent : « (...) le rôle d'impulsion de la Commission est d'une nature complètement différente de celui que joue traditionnellement le secrétariat d'une organisation internationale. A travers ses propositions, elle doit conduire les autres institutions à

pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (Art. 18 & 27 TUE) nommé par le Conseil européen avec l'accord du président de la Commission (Art. 18 §1 TUE), éventuellement désigné par le Conseil pour la conduite des affaires (Art. 218 §2, §3 TFUE).

²²³⁸ Art. 105 §1 TFUE : « (...) la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 101 (relatif à la prohibition des accords entre entreprises) et 102 (relatif à la prohibition des positions abusivement dominantes) ». Parenthèses ajoutées.

²²³⁹ Art. 17 §3, al. 2 TUE : « La Commission exerce ses responsabilités en pleine indépendance. Sans préjudice de l'article 18, paragraphe 2, les membres de la Commission ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement, institution, organe ou organisme. Ils s'abstiennent de tout acte incompatible avec leurs fonctions ou l'exécution de leurs tâches ».

²²⁴⁰ Art. 13 §4 du TRB : « Sous réserve des dispositions du présent paragraphe, le directeur général a toute latitude pour recruter le personnel de la Commission de l'OECD, étant entendu que les directeurs sont nommés avec l'approbation préalable de la Commission de l'OECD. Lors de la nomination des fonctionnaires aux postes de membres de la Commission de l'OECD, il est dûment tenu compte, sous réserve de respecter la considération dominante qui est de s'assurer les services de personnes qui possèdent les plus hautes qualités d'efficacité, de compétence et d'intégrité, du fait qu'il est souhaitable de maintenir une répartition équitable entre les citoyens et les ressortissants des Etats membres ». Nous soulignons. *Contra* Art. 17 §3, al. 1^{er} TUE : « Les membres de la Commission sont choisis en raison de leur compétence générale et de leur engagement européen et parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance ».

²²⁴¹ Art. 13 §6 du TRB.

²²⁴² « Le directeur général, dans l'exercice de ses fonctions, relève de l'Autorité de l'OECD, de la Commission de l'OECD et, par l'intermédiaire de la Commission de l'OECD, du Conseil des ministres et du Conseil des affaires économiques. (...) (il) relève également, par l'intermédiaire de la Commission de l'OECD, de tout organe créé par l'Autorité de l'OECD en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 du présent Traité » (Art. 13 §2 du TRB). Parenthèses ajoutées. Nous soulignons.

²²⁴³ Art. 9 et 11 du TRB.

atteindre les objectifs définis par les traités »²²⁴⁴. Elle dispose d'une compétence exclusive en matière d'initiative législative et la modification de ses propositions exige, en principe, une unanimité de voix²²⁴⁵. En outre, hormis la Cour de justice de l'Union²²⁴⁶, la Commission ne saurait être enjointe par aucune autre institution de l'Union européenne en vertu de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire²²⁴⁷.

Le Secrétariat de la CARICOM, une Commission en substance. On pourrait s'aventurer à croire en l'exclusivité de l'estampille « Commission » dans la Caraïbe. Mais, il suffit de s'intéresser au « dispositif » de l'article 23 et suivants du TRC – et, dans une moindre mesure, au « dispositif » définissant les compétences du Bureau de la Conférence de la CARICOM²²⁴⁸ – pour y retrouver des stipulations analogiquement formulées fixant les pouvoirs d'organisation, d'initiative, budgétaire du Secrétariat ainsi que les mêmes difficultés à en garantir l'indépendance. Pour autant, cette modalité de répartition des pouvoirs ne devrait pas être de nature à surprendre quand l'on se souvient des origines récentes de la Commission de l'OECD – anciennement dénommée « *The Central Secretariat* » dépositaires de pouvoirs identiques à ceux du Secrétariat de la CARICOM²²⁴⁹.

327. La fonction consultative de l'Assemblée de l'OECD. Il est, dans le Traité révisé de Basseterre, un long « dispositif » consacré à l'Assemblée de l'OECD. Dans son immense majorité, il s'intéresse à des modalités purement électives que nous ne développerons pas. A l'inverse des autres institutions principales, on en apprend très peu sur les fonctions qui lui sont allouées hormis qu'elle *examine toute proposition d'adoption d'un acte de l'Organisation*²²⁵⁰, *toute question qui lui est soumise par*

²²⁴⁴ R. DEHOUSSE, « *La méthode communautaire* », in Dehousse, R. (Dir.), *Politiques européennes*, *op. cit.*, 16 p. v. notamment, J.-C. PIRIS, « *La comitologie : vers l'épilogue d'une longue saga ?* », in *Chemins d'Europe*, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 547-558.

²²⁴⁵ Art. 293 §1 TFUE : « *Lorsque, en vertu des traités, le Conseil statue sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut amender la proposition que statuant à l'unanimité, sauf dans les cas visés à l'article 294, paragraphes 10 et 13, aux articles 310, 312, 314 et à l'article 315, deuxième alinéa* » ; Art. 294 §2 TFUE : « *La Commission présente une proposition au Parlement européen et au Conseil* ».

²²⁴⁶ Art. 17 §1 TFUE.

²²⁴⁷ « *La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et veille à l'application des traités. En tant que gardienne des traités, elle a le devoir de surveiller les actions entreprises par les États membres pour mettre en œuvre le droit de l'UE et de s'assurer que leur législation et leurs pratiques sont conformes à celui-ci, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'exercice de ce rôle, la Commission jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider d'entamer ou non, et à quel moment, une procédure d'infraction et de porter ou non, et à quel moment, une affaire devant la Cour* » Communication de la Commission n° C-2016/8600, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, JOUE n° C-18 du 19 janvier 2017, pp. 10-20. *Confer* Art. 225 TFUE (sur la demande de proposition faite par le Parlement européen) et Art. 241 TFUE (sur la demande de proposition faite par le Conseil).

²²⁴⁸ Art. 12 §11 du TRC.

²²⁴⁹ Art. 10 du Traité de Basseterre de 1981.

²²⁵⁰ Art. 10 §13, a), I du TRB.

*l'Autorité*²²⁵¹ et que ses rapports n'ont pas force contraignante²²⁵². Nous pouvons tout de même en extraire quelques éléments. Le mode électif de ses membres – le suffrage universel indirect²²⁵³ – nous éclaire sur son niveau de légitimité. Elle est l'organe le plus légitime de l'OEEO :

« Il n'est de pouvoir qu'élus, telle autorité n'est pas élue, donc elle n'est pas un pouvoir » ; « Il n'est de pouvoir légitime qu'élus, tel pouvoir n'est pas élu, donc il n'est pas légitime »²²⁵⁴.

Ce qui pourra justifier par la suite un élargissement de ses pouvoirs. Sa constitution étant analogue à celle de l'ancêtre de l'actuel Parlement européen²²⁵⁵ jadis privé de tout pouvoir normatif²²⁵⁶ – disposant d'une fonction essentiellement consultative (les pouvoirs d'initiative étant confiés à la Commission de l'OEEO) – force la prospective. Désormais, à défaut de lui octroyer un pouvoir d'initiative législative, le Traité de Lisbonne instaure une véritable procédure législative. Les prérogatives du Parlement européen s'étendent de sa consultation obligatoire²²⁵⁷, qui connaît une extension importante – en matière d'accords internationaux notamment –, à la procédure législative ordinaire²²⁵⁸ en passant par son approbation – elle lui confère un véritable droit de *veto*²²⁵⁹. Soit, une préfiguration de potentielles futures fonctions de l'Assemblée de l'OEEO.

328. Le Conseil des affaires économiques de l'OEEO, garant de l'Union économique et monétaire (UEM). Il est loisible de croire, à tort, que le décret de compétences du Conseil des affaires économiques tel que décliné dans son « dispositif » aux articles 11 du TRB et 28 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales est matériellement dépourvu. En réalité, sa mission est substantiellement dense²²⁶⁰ ce qui se traduit par le contrôle de l'effectivité des mesures

²²⁵¹ Art. 10 §13, a), II du TRB.

²²⁵² Art. 8 §10 du TRB.

²²⁵³ Art. 10 §2 du TRB.

²²⁵⁴ Bruno Daugeron offre une série de *propositions syllogistiques* in DAUGERON, B. *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, p. 37.

²²⁵⁵ Art. 14 TUE et Art. 223 à 235 TFUE.

²²⁵⁶ F. MASSART-PIERARD, « *Le Parlement européen : l'irrésistible mouvement de conquête des pouvoirs* », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 16, n° 4, 2009, pp. 545-557.

²²⁵⁷ « La consultation prévue par l'article 43, paragraphe 2, alinéa 3, comme par d'autres dispositions parallèles du Traité, est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. Cette compétence représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le Traité. Elle est le reflet, bien que limité, au niveau de la communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative. La consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le Traité constitue dès lors une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné » CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes*, Aff. n° 138/79, *Rec.*, 1980, p. 03333, pt. 33.

²²⁵⁸ Art. 294 TFUE.

²²⁵⁹ Art. 7 UE.

²²⁶⁰ Art. 2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

correctives apportées par les Etats membres²²⁶¹. Composé de ministres de gouvernement²²⁶², il est *l'organe principal de l'Union économique*²²⁶³. Il dispose à ce titre d'un pouvoir de contrôle et de veille institutionnelle dirigé dans l'intérêt supérieur de l'Union économique²²⁶⁴. Il dispose également d'un pouvoir délégué d'orientation – la mise en oeuvre de l'Union économique²²⁶⁵ – matérialisé par une capacité importante d'initiative telle que prendre des décisions qui ont force contraignante²²⁶⁶, votées en principe à l'unanimité²²⁶⁷, faire des recommandations²²⁶⁸, présumées non contraignantes²²⁶⁹. Enfin, il joue un rôle dans le règlement des différends²²⁷⁰.

§2. L'itinéraire du contentieux communautaire

329. Un système mixte. Le règlement des différends constitue traditionnellement un acte de souveraineté. Mais, la multiplication avérée ou potentielle – causée par l'interdépendance économique, environnementale, sociale, le mouvement accru des personnes, des biens, des services, des capitaux notamment – des litiges régionaux relatifs à la détermination du droit applicable, du tribunal compétent notamment, a fini par rendre l'étatisation du contentieux particulièrement insoutenable. C'est ainsi qu'à l'échelon régional, le contentieux se révèle partagé entre les organes juridictionnels communautaire et internes. Ces derniers sont les « juges naturels » des litiges liés à l'application du droit régional. S'il arrive que le règlement des différends s'engage volontiers dans la voie judiciaire (a), elle ne s'emprunte qu'après épuisement des voies

²²⁶¹ Art. 3 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²⁶² Art. 11 §1 du TRB.

²²⁶³ Art. 28 §1, al.1^{er} du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²⁶⁴ Art. 28 §1, b), c) du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²⁶⁵ Art. 28 §2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²⁶⁶ Art. 11 §5 du TRB et 28 §3 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²²⁶⁷ Art. 28 §4 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. Les décisions peuvent être prises à la majorité simple (Art. 28 §5, a) et 29 §1 dudit Protocole).

²²⁶⁸ *Id.*

²²⁶⁹ *Confer* discussion sur les risques des aléas textuels in *supra* A – Un normativisme.

²²⁷⁰ Art. 30 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

extrajudiciaires du règlement des différends²²⁷¹ (b). Le plus difficile restant à retracer idoinement l'itinéraire du règlement des différends²²⁷².

a- La dimension juridictionnelle du règlement des différends : l'exemple de la Cour caribéenne de Justice

Nous n'aborderons ni la genèse, ni les questions constitutionnelles, ni l'office de double degré de juridiction de la Cour²²⁷³.

330. Les contours du pouvoir. La Cour caribéenne de Justice, dont les forme et fond sont directement inspirés de son homologue européen²²⁷⁴, joue un rôle particulièrement prépondérant dans l'intégration régionale. En effet, elle porte, s'agissant de l'interprétation et l'application des traités²²⁷⁵, le renforcement de la protection juridictionnelle des personnes assurant une certaine homogénéité dans l'intégration du droit communautaire²²⁷⁶. A cette fin, elle dispose, au contentieux, d'une compétence obligatoire et exclusive dans le règlement des différends – entre Etats membres, entre Etats membres et la Communauté, les renvois des tribunaux nationaux, les requêtes individuelles provenant de personnes physiques ou morales de droit privé –²²⁷⁷ en matière

²²⁷¹ §1 de l'Annexe relative au règlement des différends du TRB : « Les différends visés à l'article 18.1 du présent Traité sont réglés : a) si toutes les parties admissibles au différend visées à l'article 18.5 y consentent et sous réserve de l'article 30 du Protocole sur l'Union économique, en recourant à l'un des modes de règlement des différends ci-après, à savoir les bons offices, la consultation, la conciliation, l'arbitrage et le règlement judiciaire ; b) faute d'un tel consentement, par jugement de la Cour d'appel de la Cour suprême des Caraïbes orientales à la demande de cette partie admissible ».

²²⁷² Voir notre schématisation de l'itinéraire du règlement caribéen des différends aux **Annexe 6**. L'itinéraire du règlement des différends dans l'OECD et **Annexe 7**. L'itinéraire du règlement des différends dans la CARICOM.

²²⁷³ Sur ces points, v. POLLARD, D. E. *The Caribbean Court of Justice : Closing the Circle of Independence*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, 382 p.

²²⁷⁴ RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 161-175.

²²⁷⁵ D. POLLARD, « *The Caribbean Court of Justice : Challenge and Response* », in Hall, K. O. (ed), *The Caribbean Community. Beyond Survival*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2001, pp. 277-293, spéc. p. 284 et s.

²²⁷⁶ McDONALD, S. *The Caribbean Court of Justice. Enhancing the Law of International Organizations*, Kingston, The Caribbean Law Publishing, 2005, 88 p.

²²⁷⁷ Art. 211 §1 du TRC ; Art. 216 du TRC. *Contra* Art. 267 TFUE. Selon cet article, la saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne pour l'interprétation et/ou l'application des traités n'est pas une voie systématiquement obligatoire. Non seulement en ce que la question soulevée doit revêtir une certaine pertinence (Art. 267 al. 4 TFUE ; ce que préconise également l'art. 214 du TRC) mais aussi par la seule effectivité d'un double degré de juridiction : « *Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour* ». Autrement dit, par défalcation, lorsque les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel de droit interne, la juridiction nationale n'est pas tenue de saisir la Cour.

d'interprétation et d'application du Traité²²⁷⁸. Notons que les tiers – Etats, personnes, Communauté – sont admissibles au litige en cours²²⁷⁹. Ses décisions ont force exécutoire²²⁸⁰ et sont définitives sous réserve de révision²²⁸¹. Sa fonction ne se limite pas à un itinéraire contentieux puisque la Cour dispose d'une compétence exclusive dans l'émission d'avis consultatifs concernant l'interprétation et l'application du Traité²²⁸².

331. Limites. Les requêtes individuelles²²⁸³ – sous réserve de *locus standi*²²⁸⁴ – apparaissent dépouillées. Outre leur non-automaticité²²⁸⁵, elles sont contenues dans un cumul de conditions essentielles à leur recevabilité : il faut qu'*un droit ou un avantage conféré par ou en vertu du traité à un Etat membre soit censé s'appliquer directement au profit de ses ressortissants*²²⁸⁶ *et qu'ils aient établi qu'il a été porté atteinte à la jouissance de ce droit ou cet avantage et que l'Etat membre habilité à endosser la réclamation devant la Cour ait soit omis ou refusé d'agir, soit ait expressément convenu que les personnes concernées pourront se substituer à lui et que la Cour estime que ces dernières doivent être autorisées à endosser la réclamation au nom de la garantie des droits*²²⁸⁷. Ce « dispositif » ignore tout un panel de recours offerts aux personnes les privant ainsi

²²⁷⁸ Art. 187 du TRC : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliqueront au règlement des différends concernant l'interprétation et l'application du Traité, y compris : a) les allégations selon lesquelles une mesure adoptée ou envisagée par un autre Etat membre est, ou serait, incompatible avec les objectifs de la Communauté ; b) les allégations de dommage, ou de préjudice grave subi ou qui sera vraisemblablement subi, d'annulation ou de réduction des avantages attendus de la création et du fonctionnement du CSME ; c) les allégations selon lesquelles un organisme ou une institution de la Communauté a excédé ses pouvoirs ; d) les allégations selon lesquelles le but ou l'objet du Traité se trouve contrecarré ou compromis* ».

²²⁷⁹ Art. XVIII §1 et §3 de l'Accord établissant la Cour caribéenne de justice (2001) : « *Lorsqu'un Etat membre, la Communauté ou toute autre personne a des raisons de considérer qu'il a un intérêt substantiel d'ordre juridique susceptible d'être affecté par une décision de la Cour dans l'exercice de ses compétences, il peut la saisir afin d'intervenir dans la procédure ; il reviendra à la Cour de décider de la recevabilité de sa demande. Chaque Etat ou personne autorisé(e) a le droit d'intervenir dans la procédure ; mais lorsque ce droit est exercé, la conclusion offerte par le jugement sera équitablement contraignante pour toutes les parties* ». Notre traduction.

²²⁸⁰ Art. 215 du TRC.

²²⁸¹ Art. 219 et 221 du TRC.

²²⁸² Art. 212 §1 du TRC.

²²⁸³ Art. 211 §1, d) du TRC.

²²⁸⁴ L'intérêt à agir.

²²⁸⁵ Art. 222, al. 1^{er} du TRC : « *Les personnes, physiques ou morales, d'une Partie contractante pourront, avec la permission spéciale de la Cour, être autorisées à agir devant la Cour en qualité de parties (...)* ».

²²⁸⁶ La capacité d'un ressortissant – personne physique ou morale – à se prévaloir d'un droit ou avantage étant consubstantielle des droits ou avantages conférés par le traité aux Etats membres de la Communauté, l'inexistence d'un principe d'applicabilité directe du droit originaire aurait été de nature à générer une situation d'insécurité juridique – e.g. la qualification ou la disqualification par la Cour de la valeur juridique de l'acte communautaire incriminé au gré des litiges. A l'occasion de nos développements sur « l'intégration des normes communautaires dans l'ordre juridique interne », nous en avons conclu à une effectivité du droit communautaire caribéen semblable à celle du droit de l'Union européenne – effet direct, applicabilité immédiate, primauté. Pour une appréhension plus large, quant à la valeur juridique des actes émanant des institutions communautaires caribéennes, voir *supra* A – Un normativisme.

²²⁸⁷ Art. 222 du TRC.

d'une protection juridictionnelle optimale. Il en va ainsi des recours en carence²²⁸⁸, en annulation²²⁸⁹ ayant pour objet un contrôle de la validité des actes émanant des institutions communautaires et du respect de leurs obligations par les autorités :

« (...) la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage »²²⁹⁰.

En outre, l'exclusivité de compétence de la Cour de justice est mise à mal par l'octroi d'un pouvoir d'appréciation au juge national en matière de renvoi notamment²²⁹¹. Sans directement faire référence à la procédure du renvoi préjudiciel en droit de l'Union²²⁹², l'article 214 du TRC couvre toutefois un itinéraire similaire : l'incompétence du juge national sur un point de droit déterminant portant sur l'application et/ou l'interprétation du droit communautaire sans restriction apparente²²⁹³ pour la résolution d'un litige au fond qui transmet par renvoi la question au juge communautaire lequel aura à charge d'y répondre sans pour autant trancher au fond.

En faisant le choix de n'envisager que la seule CCJ nous n'ignorons pas les moyens prometteurs de la Cour Suprême des Caraïbes orientales (ECSC). Elle dispose d'une fonction contentieuse²²⁹⁴ par l'exercice de laquelle les décisions ont notamment force contraignante et force de chose jugée²²⁹⁵, une fonction consultative non liante²²⁹⁶, une procédure de révision non suspensive²²⁹⁷. Elle reste pour le moins en état futur d'achèvement comme en témoigne l'inexistence de recours individuels pour un contrôle optimal de la légalité des actes²²⁹⁸, les non-

²²⁸⁸ Art. 265 TFUE : « Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions, ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ».

²²⁸⁹ Art. 263 §4 TFUE : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

²²⁹⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland*, Aff. n° C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-01029, pt. 42.

²²⁹¹ Art. 214 du TRC : « Dans les cas où une cour ou un tribunal national d'un État membre est saisi d'une affaire dont la résolution met en jeu une question concernant l'interprétation ou l'application du présent traité, la cour ou le tribunal concerné, s'il juge qu'une décision sur la question est nécessaire pour lui permettre de rendre un jugement, soumettra par renvoi la question à la Cour avant de rendre un jugement ». Nous soulignons. La notion de « tribunal national » désigne non seulement les institutions propres à chaque État membre mais aussi la Cour suprême des Caraïbes orientales (tribunal supranational) (Art. 211 §2 du TRC). Cette procédure, outre de faciliter l'accès des particuliers au droit communautaire, prémunit contre les dangers d'une interprétation et une application disparates du Traité et force l'harmonisation des droits.

²²⁹² Art. 267 TFUE.

²²⁹³ On se souvient qu'à l'inverse, dans l'Union européenne, le recours contre les manquements de l'Etat est la chasse-gardée de la Commission européenne (Art. 258 TFUE).

²²⁹⁴ §6 de l'Annexe relative au règlement des différends du TRB.

²²⁹⁵ §6.3 de l'Annexe relative au règlement des différends du TRB.

²²⁹⁶ §7 de l'Annexe relative au règlement des différends du TRB.

²²⁹⁷ §6.4 à §6.9 de l'Annexe relative au règlement des différends du TRB.

²²⁹⁸ Art. 18 §1 et 18 §5 du TRB.

exclusivité et non-obligatorité de la compétence de la Cour en matière d'interprétation et d'application du droit communautaire.

Les voies judiciaires de règlement des différends constituent un mode de résolution des litiges communautaires par défaut²²⁹⁹ précédé tout de même de l'échec d'un mode résolutoire alternatif à la justice régionale.

b- La dimension extra-juridictionnelle du règlement des différends

332. Un consensualisme. L'objet des différends admissibles au règlement demeure inchangé²³⁰⁰. Préalable aux procédures contentieuses, la voie extrajudiciaire du règlement des différends est empruntée *ad hoc*²³⁰¹ pour les besoins spécifiques du règlement d'un différend donné – choix des intermédiaires, délimitation du cadre et de la nature du différend notamment. Ce, sous réserve du consentement des parties admissibles au différend et, dans le cas de la CARICOM, sous réserve de la compétence exclusive et obligatoire de la Cour de Justice concernant l'interprétation et l'application du Traité²³⁰². Au sein des voies extrajudiciaires, on distingue une résolution verticale des différends – par les organes communautaires – d'une résolution horizontale des différends – au gré des parties admissibles au différend. Dans la CARICOM, elle comprend les bons offices, la médiation, les consultations, la conciliation, l'arbitrage²³⁰³. L'OECD intègre les mêmes instruments à l'exception de la médiation²³⁰⁴. On les scinde en procédures contraignantes et non contraignantes.

333. Des procédures horizontales non contraignantes. Leur caractère non contraignant s'apprécie en premier lieu par le fait qu'elles soient substituables²³⁰⁵ et, en second lieu, par leur nature même. *Les bons offices*. Les parties consentent à recourir à une tierce personne – physique ou morale – traditionnellement impartiale, indépendante, influente dont les avis sont susceptibles d'être suivis

²²⁹⁹ Art. 188 du TRC.

²³⁰⁰ Art. 187 du TRC.

²³⁰¹ E. PAILLET, « *Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, *op. cit.*, pp. 317-334.

²³⁰² Art. 188 §4 du TRC.

²³⁰³ Art. 188 §1 du TRC.

²³⁰⁴ §1, a) de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³⁰⁵ Art. 188 §2 du TRC.

pour le règlement du différend²³⁰⁶. Ils ne sont pas délimités dans le temps²³⁰⁷. *La médiation*. Elle ne diffère des bons offices²³⁰⁸ qu'en termes de degré d'implication du tiers qui va proposer une solution – dépourvue de caractère obligatoire –²³⁰⁹ et de publicité de la procédure²³¹⁰. *Les consultations* ou négociation – l'action de rechercher en commun un accord –²³¹¹. « Souple(s) et efficace(s) (...) s'accord(ant) parfaitement bien avec la souveraineté »²³¹², elles sont un préalable à tout mode de règlement des différends voire un mode de règlement des différends prises unitairement²³¹³. Là où elles ne sont qu'une simple faculté dans le Traité révisé de Basseterre²³¹⁴, elles sont un véritable complexe d'obligations dans le Traité révisé de Chaguaramas²³¹⁵. Il pèse sur les parties une présomption de volonté d'aboutissement – bonne foi – dont la preuve du contraire pourra être prise en compte au contentieux. Elles sont confidentielles²³¹⁶ et leur exercice est limité dans le temps²³¹⁷. *La conciliation*²³¹⁸. Un mode para-judiciaire de règlement des différends. Son recours est soumis à un formalisme poussé. Il en va ainsi des modalités d'établissement d'une liste de conciliateurs²³¹⁹, de constitution d'une Commission de conciliation²³²⁰. Les parties au différend sont placées sous l'autorité de la Commission de conciliation qui dispose d'un pouvoir d'audition,

²³⁰⁶ Art. 191 §1 du TRC ; §2, a) de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³⁰⁷ Art. 191 §2 du TRC ; §2, b), c) et d) de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³⁰⁸ Art. 192 §1 et §2 du TRC. « Globalement, la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause. Il faut entendre l'expression *lien social* au sens de ce qui fait société, quelle que soit la taille du groupe : la famille, l'entreprise, le voisinage... » GUILLAUME-HOFNUNG, M. *La médiation*, Paris, PUF, 2015, p. 70. En guise d'illustration régionale, v. C. E. GRIFFIN, "Enbancing Regional Conflict Resolution Mechanisms in the Caribbean : CARICOM and the failure of mediation in the St. Kitts and Nevis Conflict", in *Governance, Conflict Analysis & Conflict Resolution*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2007, pp. 72-90.

²³⁰⁹ G. BERTRAND, « *Le rôle de l'ONU dans la médiation des conflits* », 10^e Congrès de l'ASFP, section 32 : Le mouvement des institutions internationales, axe 1, septembre 2009, Grenoble, France (halshs-00511745).

²³¹⁰ Art. 192 §3 du TRC.

²³¹¹ PLANTEY, A. *La négociation internationale : Principes et méthodes*, Paris, CNRS Editions, 1980, 657 p.

²³¹² Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends, Assemblée générale, résolution n° 37/10 du 15 novembre 1982, §10. Parenthèses ajoutées.

²³¹³ Art. 18 §1 du TRB : « *Tout différend susceptible de surgir en ce qui concerne l'interprétation et l'application du présent Traité, si les parties au différend appartiennent à la catégorie des parties admissibles au titre du paragraphe 5 de l'article 18 est, à la demande de l'un d'eux, réglé à l'amiable par consultation* ».

²³¹⁴ §3 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³¹⁵ Art. 193 et 194 du TRC.

²³¹⁶ Art. 193 §6 du TRC.

²³¹⁷ Art. 193 §2, §7, §8 et §9 du TRC.

²³¹⁸ COT, J.-P. *La conciliation internationale*, Paris, Pedone, 1968, 392 p.

²³¹⁹ Art. 196 du TRC ; §4.1 à §4.7 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³²⁰ Art. 197 du TRC.

d'enquête et de prescription²³²¹. Mais, il se heurte au consentement des Etats²³²² et à sa non-obligatorité²³²³.

334. Des procédures horizontales contraignantes. L'arbitrage. Il est une alternative au jugement de cour. Les parties choisissent librement l'arbitre du différend – un choix notamment fondé sur une compétence particulière – et définissent les contours de son intermédiation – le droit applicable au différend. Nonobstant l'obligation qu'il soit consenti et son incapacité à recourir à la force pour l'exécution de ses décisions – des décisions n'étant exécutoires qu'en pratique²³²⁴ –, il n'est pas pour autant dépourvu d'*imperium* – le pouvoir de commander²³²⁵. L'arbitre est, substantiellement, un juge. Un juge privé statuant, pour ce qui nous concerne ici, sur les bases de droit des Traités – *il a une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit, du commerce international ; il est indépendant, impartial ; il observe le code de déontologie judiciaire régissant le comportement des juges de la Cour*²³²⁶. La procédure est contradictoire²³²⁷ et confidentielle²³²⁸. Ses décisions sont définitives. Sur ce dernier point, un recours en révision notamment, semblable à celui offert à la Cour²³²⁹, est toujours possible. L'arbitre n'est pas à l'abri de la commission d'une erreur ou de la violation d'une règle de procédure, d'un excès de pouvoir, d'un manquement. Ses décisions *ont force obligatoire*²³³⁰ – les parties ont l'obligation de se soumettre à la sentence arbitrale et d'employer les moyens nécessaires à sa mise en œuvre. Il peut réparer²³³¹, enjoindre²³³² ainsi que statuer sur un droit de

²³²¹ Art. 199 du TRC : « *La commission entendra les Etats membres parties au différend, examinera leurs prétentions et objections et fera des propositions aux parties afin de les aider à parvenir à un règlement amiable* ». v. également, §4.10 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³²² Art. 200 du TRC : « *A moins que les Etats membres parties au différend n'en conviennent autrement, la commission de conciliation arrêtera elle-même sa procédure. Elle pourra, avec le consentement des parties au différend, inviter tout Etat membre à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. (...) Les Etats membres parties au différend, par un accord applicable à ce seul différend, pourront convenir de déroger à la procédure visée au paragraphe 1* ». v. également, §4.8 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³²³ Art. 201 §2 du TRC : « *Les conclusions ou recommandations de la commission de conciliation ne lieront pas les parties* ». v. également, §4.11 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³²⁴ La pratique démontre que les sentences arbitrales sont majoritairement suivies bien qu'en théorie, il revient aux Etats, souverains, de consentir à leur exécution.

²³²⁵ « (...) l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son oeuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des Etats » D. CHEKROUN, « *L'imperium de l'arbitre* », in *L'arbitrage*, Paris, Dalloz, Coll. « Archives de philosophie du droit », 2009, t. 52, p. 135.

²³²⁶ Art. 205 §1 du TRC.

²³²⁷ Art. 207 §2 du TRC : « *Les règles de procédure garantiront le droit à au moins une audience devant le tribunal arbitral, ainsi que la possibilité de soumettre par écrit des arguments et des réfutations* ».

²³²⁸ Art. 207 §3 du TRC : « *Les audiences, les délibérations et le rapport initial du tribunal arbitral, ainsi que tous les documents et communications qui lui auront été soumis, seront confidentiels* ».

²³²⁹ Art. 219 et 221 du TRC.

²³³⁰ Art. 207 §7 du TRC ; §5.10 de l'Annexe relative au règlement des différends.

²³³¹ §10, a) de l'Annexe relative au règlement des différends : « *Une sentence arbitrale peut accorder une indemnisation financière à un Etat requérant* ».

²³³² §10, b) de l'Annexe relative au règlement des différends : « *Une sentence arbitrale peut ordonner à la partie défenderesse de prendre des mesures pour se conformer à ses obligations en vertu du présent traité* ».

recours²³³³. Les sentences arbitrales interrégionales n'ont pas, en revanche, vocation à constituer un précédent portant sur un différend individualisé – c'est le principe de la relativité de la chose jugée –²³³⁴.

335. Une procédure verticale contraignante ou non contraignante : la résolution des différends par les organes de la Communauté. Il s'agit de regrouper les Etats membres de la Communauté pour la résolution à l'amiable d'une problématique quant à l'interprétation et à l'application du droit communautaire. Selon le Traité révisé de Chaguaramas, deux organes disposent du pouvoir de résoudre les différends : la Conférence, le Conseil des ministres. *Sur la Conférence*. Sa saisine est facultative et son action se limite aux litiges entre Etats membres²³³⁵. *Sur le Conseil des ministres*. Sa saisine est obligatoire et son action apparaît plus étendue. Elle comprend les litiges nés d'allégations de violations d'obligations du droit primaire ce qui inclut les litiges potentiels entre Etats membres et les litiges entre les organes de la Communauté²³³⁶. La force contraignante de leur action est fonction de la valeur juridique accordée aux actes qu'ils émettent pour la résolution du différend²³³⁷. Dans l'OECD, lorsque les Etats membres sont parties au Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales, un organe dispose du pouvoir de résoudre les différends : le Conseil des affaires économiques. Il est saisi par défaut – en cas d'échec de

²³³³ §10, c) de l'Annexe relative au règlement des différends : « Une sentence arbitrale peut statuer sur le droit d'un Etat requérant à exercer tout droit de recours dont il dispose en vertu du droit international ».

²³³⁴ Art. 207 §5 du TRC : « La décision définitive du tribunal arbitral sera limitée à la question qui fait l'objet du différend et sera motivée ». Contra les décisions définitives de la Cour (Art. 221 du TRC).

²³³⁵ Art. 12 §8 du TRC : « Nonobstant toute autre disposition du présent traité, la Conférence peut examiner et résoudre les conflits intervenus entre les Etats membres ». Nous soulignons.

²³³⁶ Art. 13 §4, g) du TRC : « (...) le Conseil de la Communauté reçoit et examine les allégations de violations d'obligations découlant du présent traité, y compris les conflits entre les organes de la Communauté ». Nous soulignons.

²³³⁷ Voir *supra* A – Un normativisme.

négociations –²³³⁸ pour examen de l'affaire²³³⁹. Son action n'est, en principe, pas contraignante – il émet des recommandations²³⁴⁰ susceptibles de recours²³⁴¹.

II. L'articulation d'un droit unique avec le droit interne des pays membres

336. La mise en œuvre du droit régional. Il s'agit d'une question fondamentale en matière de droit régional ; celle de déterminer l'autorité dont il bénéficiera dans l'ordre juridique interne des pays membres. Se dégage une conception moniste des rapports entre l'ordre juridique régional et les ordres juridiques internes variablement paradoxale en ce qu'appartenant, pour la plupart, à la famille des droits *common law*, le mode d'intégration du droit de droit commun applicable est le dualisme – l'incorporation du droit est à la discrétion des autorités étatiques –²³⁴². Pour autant, la pratique est révélatrice d'une difficulté, préjudiciable²³⁴³, du droit régional à pleinement déployer ses effets dans les ordres juridiques internes au motif d'une traditionnelle réserve de souveraineté octroyée soit par les textes institutifs cela dû à une formulation floue soit par arrogation des pays membres. Inspirée du droit régional européen, la mise en œuvre du droit régional caribéen témoigne, en de multiples points, de ses spécificité et autonomie caractérisées par la prévalence du droit régional²³⁴⁴ (A) et la détermination de ses compétences (B).

²³³⁸ Art. 30 §1 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « Si un Etat membre du Protocole estime qu'un avantage que lui confère le présent Protocole ou qu'un objectif de l'Union économique est ou risque d'être compromis, et si aucun règlement satisfaisant n'est trouvé entre les Etats membres du Protocole en cause, chacun de ces Etats membres peut en référer au Conseil des affaires économiques ». Nous soulignons.

²³³⁹ Art. 30 §2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²³⁴⁰ Art. 30 §3 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « Lors de l'examen de l'affaire, le Conseil des affaires économiques vérifie s'il est établi qu'une obligation découlant du présent Protocole n'a pas été remplie et si, et dans quelle mesure, un avantage conféré par l'Accord ou un objectif de l'Union économique est ou risque d'être compromis. A la lumière de cet examen et du rapport de tout comité d'examen qui pourra avoir été constitué, le Conseil peut, à la majorité, adresser à tout Etat membre du Protocole les recommandations qu'il estime appropriées ». Art. 30 §4 dudit Protocole : « Si un Etat membre du Protocole ne se conforme pas ou n'est pas en mesure de se conformer à une recommandation formulée conformément au paragraphe 3 du présent article, et si le Conseil des ministres constate à la majorité qu'une obligation découlant du présent Protocole n'a pas été remplie, le Conseil des affaires économiques peut décider à la majorité d'autoriser tout Etat membre du Protocole à suspendre, à l'égard de l'Etat membre du Protocole qui ne s'est pas conformé à la recommandation, l'application des obligations au titre du présent Protocole dans la mesure qu'il estime appropriée ». Voir *supra* A – .

²³⁴¹ Art. 30 §6 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²³⁴² C. EMANUELLI, « L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law », Revue générale de droit, vol. 37, n° 2, pp. 269-299.

²³⁴³ « L'efficacité du droit de l'Union dépend finalement largement de la qualité des solutions juridiques dégagées dans l'ordre étatique » BLANQUET, M. *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2018, p. 630.

²³⁴⁴ A propos de l'Union européenne, « (...) la construction européenne a fait perdre aux politiques nationales une part de leur contenu. Certes l'Europe n'est pas un Etat mais sa logique d'intégration a absorbé des pans nouveaux :

A – L'intégration des normes communautaires dans l'ordre juridique interne

337. Les conditions de l'intégration de la norme communautaire dans l'ordre juridique interne. L'intégration juridique régionale procède de la combinaison de plusieurs éléments. Le point de départ est assurément la ratification des Traités²³⁴⁵ par laquelle les Etats expriment leur consentement non seulement à se lier²³⁴⁶ mais aussi à se soumettre aux stipulations des Traités qui les concernent²³⁴⁷. Partant, ces dernières acquièrent force obligatoire – *Pacta sunt servanda*²³⁴⁸. Il est désormais interdit aux Etats membres de se soustraire unilatéralement au respect de leurs nouvelles obligations (« *opt out* »). Nous l'avons vu, ce droit primaire constitue le socle d'un nouvel ordre juridique interne renforcé par la consistance d'un droit dérivé – l'ensemble des techniques juridiques de force variable ayant pour objectif la mise en oeuvre du droit primaire. C'est ainsi que les organes principaux des Organisations caribéennes sont apparus plus ou moins dépositaires d'un pouvoir intégrationniste caractérisé par la force contraignante qui accompagne les actes juridiques qu'ils sont compétents à émettre. Il en va ainsi de tous les organes principaux de la CARICOM – la Conférence et les Conseils des ministres –²³⁴⁹ et de trois des cinq organes principaux de l'OECD – l'Autorité, le Conseil des ministres, le Conseil des affaires économiques –²³⁵⁰. Lorsque valident – leur adoption est conforme à la procédure prévue par les textes telle que l'exigence d'un *quorum*, l'unanimité, la majorité qualifiée –, ils intiment, à l'instar du droit originaire,

monnaie, douanes, agriculture, commerce dans lesquels la France a perdu tout pouvoir de décision exclusif. Même en matière de défense et de politique extérieure, attributs traditionnels des nations, notre pays n'a plus qu'une marge de manœuvre limitée. Quant à la stratégie économique et financière, elle ne relève plus d'un seul, elle exige de composer avec l'Union et les grands pôles américain et asiatique de l'équilibre mondial. Il en est de même pour les questions d'environnement » P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », in Bottini, F. L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie, *op. cit.*, pp. 191-192.

²³⁴⁵ Art. 233 du TRC ; Art. 25 §2 du TRB.

²³⁴⁶ « Acte par lequel l'organe compétent d'un Etat (...) confirme la signature apposée sur un traité par un plénipotentiaire et marque ainsi le consentement définitif de l'Etat à être lié par ce traité » CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 850.

²³⁴⁷ CARREAU, D. ET MARRELLA, F. *Droit international*, Paris, A. Pédone, 2012, p. 148 et s.

²³⁴⁸ Art. 26 de la Convention de Vienne, précitée : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ».

²³⁴⁹ Art. 28 §1 et 29 §1 du TRC.

²³⁵⁰ Art. 8 §8, 9 §8 et 11 §5 du TRB.

une obligation de mise en application aux Etats membres – similaire à l'UE²³⁵¹ – imprécise dans le Traité révisé de Chaguaramas :

« Les États membres prennent toutes les mesures appropriées, de caractère général ou particulier, pour faire en sorte que les obligations découlant du présent traité ou résultant de décisions prises par les organes et institutions de la Communauté soient mises en œuvre. Ils facilitent la réalisation des objectifs communautaires. Ils s'abstiennent de prendre des mesures qui pourraient mettre en danger la réalisation des objectifs du présent traité »²³⁵².

Une telle obligation se révèle, en revanche, précise dans le Traité révisé de Basseterre :

« Les Etats membres prennent toutes mesures appropriées, de caractère général ou particulier, pour assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité ou résultant de décisions prises par les institutions de l'Organisation. Ils facilitent la réalisation des objectifs de l'Organisation. En particulier, et sans préjudice du caractère général du paragraphe précédent, chaque membre prend toutes les mesures voulues pour promulguer la législation nécessaire pour donner effet au présent Traité et aux décisions prises à ce titre »²³⁵³.

Ces stipulations nous conduisent à formuler les remarques suivantes :

Concernant, tout d'abord, le Traité révisé de Basseterre. Il est un principe d'effet direct des actes juridiques provenant des institutions communautaires dans l'ordre juridique des Etats membres à part entière – un itinéraire juridique différent est offert aux Etats membres associés – dans les domaines de compétence exclusive de l'Organisation²³⁵⁴. Si la notion d'effet direct est formellement employée dans le traité, il n'y figure toutefois aucune définition. En se rapportant au modèle dont elle s'inspire – l'Union européenne –, l'effet direct y est défini comme un processus de création

²³⁵¹ Art. 4 §3, al. 2 et 3 TUE : « Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». On parle de « l'effet utile » du droit de l'Union européenne. D'extraction jurisprudentielle (CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker c/ Finanzamt Münster-Innenstadt*, Aff. n° 8/81, Rec., 1982, p. 53 pt. 23), « le principe d'effet utile, à savoir que la règle se doit d'être mise en œuvre effectivement, est souvent présenté comme le garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il se projette dans les rapports avec les ordres juridiques nationaux au même titre que l'effet direct et la primauté sont indissociables du devoir de coopération loyale qui s'impose aux Etats membres et aux institutions, en vertu de l'article 4, alinéa 3, du TUE. Il implique notamment que les droits que les citoyens tirent de l'ordre juridique de l'Union doivent être protégés effectivement, le cas échéant par l'intervention des autorités nationales compétentes. Par ailleurs, il s'agit de la nature même de l'ordre juridique de l'Union, en particulier le mécanisme décentralisé d'application juridictionnelle qui la caractérise, qui lui confère au principe d'effet utile son importance singulière et lui réserve un rôle décisif dans la réalisation des missions de l'Union » C. CARUGATI ET B. DEFFAINS, « *Approche économique de l'effectivité du droit européen* », in Bouveresse, A. et Rittleng, D. (Dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 39. v. également, O. DUBOS, « *L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative* », in *id.*, p. 49 p. et s.

²³⁵² Art. 9 du TRC.

²³⁵³ Art. 5 §1, §2 du TRB. Nous soulignons.

²³⁵⁴ Art. 5 §3, a) du TRB.

alternatif de droits individuels consistant en l'imprégnation, par transposition²³⁵⁵, de l'ordre juridique interne d'un ordre juridique externe réputé supérieur²³⁵⁶. Il est loisible d'y observer une divergence définitionnelle. L'effet direct de Basseterre²³⁵⁷ se confond avec l'applicabilité directe des normes communautaires indistinctement – la situation où l'intégration d'une norme juridique communautaire dans l'ordre juridique interne des Etats membres ne requiert aucun acte juridique d'application émanant des autorités législatives ou exécutives²³⁵⁸. Puisque la législation que s'engagent à adopter les Etats membres à part entière dans la lettre du traité n'est, en réalité, qu'attributive de compétences et facilitatrice d'intégration de la norme²³⁵⁹.

Concernant, ensuite, le Traité révisé de Chaguaramas. Inversement, il n'est aucune occurrence de l'effet direct bien qu'il soit expressément reconnu que *pour s'acquitter des obligations résultant du traité ou des décisions prises par les organes et organismes de la Communauté, des mesures, qu'elles soient générales ou particulières, devront être prises* pour que celles-là – les obligations – soient amenées à produire des effets de droit²³⁶⁰. Nos pérégrinations à travers les stipulations du Traité nous ont amené à l'article 240 où un principe d'« applicabilité directe » du droit communautaire est implicitement énoncé. Même si, en première lecture, l'article 240, semble exposer la force obligatoire du traité à un écran

²³⁵⁵ « La transposition est l'adoption, par les autorités compétentes des Etats membres, des mesures nationales nécessaires à l'application, dans l'ordre juridique interne, des normes établies par une directive ou une décision-cadre. (...) L'obligation de transposition signifie que les Etats membres sont tenus d'abroger ou de modifier, s'il y a lieu, toute disposition nationale contraire (à l'acte) et d'adopter les dispositions nécessaires à la réalisation de l'objectif fixé par (celui-ci) » D. SIRITZKY, « Transposition », in Bertocini, Y., Chopin, T., Dulphy, A., Kahn, S. et Manigand, C. (Dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Paris, Colin, 2008, p. 438.

²³⁵⁶ Sur la notion d'« effet direct » telle qu'appréhendée par l'Union européenne, v. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. n° 26/62, *Rec.*, 1963, pts. 23 et 25. Sur le droit dérivé, v. notamment, CJCE, 14 décembre 1971, *Politi S.A.S. c/ Ministère des finances de la République italienne*, Aff. n° 43-71, *Rec.*, 1971, p. 1039 (en matière de Règlement même si ce dernier ne requiert l'intermédiation d'un acte juridique national pour être appliqué au sein d'un Etat membre) ; CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad c/Finanzamt Traunstein*, Aff. n° 9-70, *Rec.*, 1970, p. 825 (en matière de Décision laquelle à l'instar du Règlement ne requiert aucun l'intervention d'aucune règle nationale pour être applicable) ; CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c/ Home Office*, Aff. n° 41-74, *Rec.*, 1974, p. 1337 (en matière de Directive).

²³⁵⁷ Art. 5 §1 et s. du TRB.

²³⁵⁸ Telle qu'appréhendée par l'UE : « L'applicabilité directe (...) signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité (...) que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » CJCE, 9 mars 1978, *Simmethal*, Aff. n° 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, pts. 14 à 16.

²³⁵⁹ Art. 5 §3, a du TRB : « (...) un Etat membre à part entière qui est indépendant s'engage à adopter la législation nécessaire en vue de : (i) déléguer à l'Organisation le pouvoir dudit Etat membre de légiférer dans les domaines de compétence de l'Organisation définis à l'article 14 ; ou (ii) recevoir de l'Organisation des actes de l'Organisation émanant de l'Autorité de l'OECD, et des règlements et décrets pris par le Conseil des ministres, dans les domaines de compétence de l'Organisation définis à l'article 14 ; dans le but que ces actes, règlements et décrets aient un effet direct sur la législation de cet Etat membre ». Nous soulignons.

²³⁶⁰ Art. 9 du TRC.

constitutionnel potentiel²³⁶¹ – une telle appréhension aurait été de nature à contrevenir aux stipulations de la Convention de Vienne²³⁶². En réalité, seules les *décisions des organes compétents* – soit le seul droit dérivé – sont ici visées. Ce qui signifie que la lettre du traité – soit le droit originaire – demeure globalement impérative et exécutoire sans se heurter aux éventuelles tolérances nationales – indépendamment de leur conception (dualiste ou moniste) de l'intégration du droit. Enfin, dans les deux versions caribéennes de droit originaire, on note une constante réserve de souveraineté allouée aux Etats membres qui entraîne une remise en cause même systématique de sa primauté²³⁶³. Pourtant, « (...) il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants »²³⁶⁴. Le principe de primauté²³⁶⁵ subsume les modes d'intégration du droit communautaire – effet direct ou applicabilité immédiate. Trivialement, c'est parce qu'il y a une prévalence du droit communautaire qu'il est directement ou indirectement applicable. Une primauté qui aurait dû s'imposer à toutes les normes de droit interne – Constitutions, lois, règlements.

338. Obstacles. L'effectivité du droit communautaire semble toutefois contrariée, cela relativisant notamment la protection juridictionnelle des particuliers. *Sur le fond*. Dans les deux cas de droit originaire, le principe de primauté, sans pour autant constituer un objectif ni indépassable²³⁶⁶, ni autosuffisant²³⁶⁷, doit encore être déduit. Ce qui aurait vocation à renforcer les tendances préexistantes en interne à ne reconnaître que circonstancielle la supériorité du droit

²³⁶¹ Art. 240 §1 du TRC : « Les décisions des organes compétents prises au titre du présent traité seront soumises aux procédures constitutionnelles pertinentes des États membres avant de créer des droits et des obligations juridiquement contraignants pour les ressortissants de ces États ».

²³⁶² Art. 27 de la Convention de Vienne, précitée : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46 ».

²³⁶³ E.g. Art. 5 §4 du TRB : « Aucune disposition du présent Traité ne requiert d'un Etat membre qu'il apporte des amendements à sa Constitution, et ses obligations en matière de mise en œuvre sont limitées en conséquence ».

²³⁶⁴ Arrêt *Van Gend en Loos*, précité, 23 p.

²³⁶⁵ « Le droit né du traité issu d'une source autonome ne (*peut*), en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même » CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, Aff. n° 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141. Italiques ajoutés.

²³⁶⁶ v. également, H. GAUDIN, « Primauté absolue ou primauté relative ? », in *ibid.*, pp. 97-120.

²³⁶⁷ Aude Bouveresse à propos de la reconnaissance du principe de primauté dans l'arrêt *Costa c/ENEL* : « (...) la primauté ne peut se suffire à elle-même, pour deux raisons principales expliquant que la Cour ait eu besoin de s'appuyer sur l'effectivité du droit de l'Union pour asseoir son autorité. D'une part, la primauté restait dépourvue de base légale, d'autre part, l'Union n'a pas la maîtrise de son respect qui dépend, dans une large mesure, des autorités nationales » A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in Bouveresse, A. et Ritleng, D. (Dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 66.

communautaire²³⁶⁸. *Quid* de sa consécration ?²³⁶⁹. En outre, dans le Traité révisé de Basseterre, bien que les Règlement et Décision fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel²³⁷⁰, les directives, dotées d'un pouvoir de nuisance équivalent pouvant être frappées d'illégalité ou d'excès de pouvoir, ne sont soumises à aucun contrôle juridictionnel. Au surplus, la capacité à agir devant les juridictions nationales, dotées d'une compétence d'attribution quant à l'application du droit communautaire, pour les particuliers – produit de l'effet direct – aurait dû entraîner une capacité d'action proportionnelle devant les juridictions communautaires. Mais, cette capacité est réservée aux Etats membres²³⁷¹ – « Les Etats se montrent particulièrement soucieux de conserver le monopole de l'action en justice »²³⁷² ; « l'individu n'a de place que dans l'étroite dépendance de l'Etat »²³⁷³. Cependant, « si le droit communautaire a réussi à s'implanter aussi profondément dans la réalité juridique des Etats membres, c'est parce qu'il a été conçu, interprété et appliqué par les ressortissants, les administrations et les juridictions de tous les Etats membres, les particuliers 'étant chargés eux-mêmes de l'invoquer devant leurs juges nationaux »²³⁷⁴. A l'inverse, dans le Traité révisé de Chaguaramas, la protection juridictionnelle des particuliers est manifeste : les particuliers ont toute qualité pour agir directement sous certaines conditions cumulatives²³⁷⁵. Il figure, à l'article

²³⁶⁸ Cass. c. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13556, *Bull.* ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

²³⁶⁹ « Sur le plan juridique, le droit constitutionnel constitue un obstacle majeur à cette supériorité autoproclamée du droit communautaire. Certains Etats membres sont en effet dotés d'une Constitution dont l'application effective est assurée par des juridictions, souvent une Cour constitutionnelle. Le droit constitutionnel 'jurisprudentiel' qui en découle, cette conception 'normative' de la Constitution qui s'affirme, représente aujourd'hui la principale opposition à l'application uniforme et autonome de ce droit supranational » O. DORD, « *Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire découle de la Constitution* », in Gaudin, H. (Dir.), *Droit constitutionnel – droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, pp. 121-140, spéc. p. 121. V. notamment, C. J. BERR, « *L'indiscipline des Etats membres : l'exemple de la mise en place du marché intérieur* », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle, Hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La documentation française, 2004, pp. 99-111 ; J.-V. LOUIS, « *La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ?* », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, *op. cit.*, pp. 443-461 ; D. RITLÉNG, « *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union* », *RTD eur.*, 2009, p. 677.

²³⁷⁰ Art. 9 §5 du TRB : « *Les règlements pris par le Conseil des ministres ont la même force contraignante que les actes de l'Organisation qui les autorisent, sous réserve que la question de savoir si les règlements ainsi pris seront ainsi autorisés sera soumise à un contrôle juridictionnel* » ; Art. 11 §5 du TRB : « *Les décisions du Conseil ont la même force contraignante que les dispositions qui les autorisent au titre du présent Traité et du Protocole sur l'Union économique, sous réserve que la question de savoir si les décisions ainsi prises sont ainsi autorisées sera soumise à un contrôle juridictionnel* ».

²³⁷¹ Art. 18 §1 du TRB : « *Tout différend susceptible de surgir en ce qui concerne l'interprétation et l'application du présent Traité, si les parties au différend appartiennent à la catégorie des parties admissibles au titre du paragraphe 5 de l'article 18 est, à la demande de l'un d'eux, réglé à l'amiable par consultation* » ; Art. 18 §5 du TRB : « *Les parties admissibles aux fins du paragraphe 1 de l'article 18 comprennent les Etats membres à part entière, les Etats membres associés et l'Organisation* ».

²³⁷² DILLIER, P. ET PELLET, A. *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, note 80, p. 696.

²³⁷³ P.-M. DUPUY, « *L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international)* », in *Le droit international*, Paris, Dalloz, Coll. « Archives de philosophie du droit », 1987, p. 119.

²³⁷⁴ Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, §4, p. 678.

²³⁷⁵ Art. 222 du TRC : « *Les personnes, physiques ou juridiques, d'une Partie contractante pourront, avec la permission spéciale de la Cour, être autorisées à agir devant la Cour en qualité de parties dans les cas où : a) la Cour aura déterminé, dans un cas particulier, qu'un droit ou un avantage conféré par le présent traité à une Partie contractante était censé s'appliquer directement à leur profit ; et b) elles*

214²³⁷⁶, une procédure de renvoi préjudiciel concourant à l'unité du droit²³⁷⁷ ; l'individu est conçu comme un sujet du droit communautaire. De plus, la rédaction des articles 5 du TRB et 9 du TRC livre l'application des textes aux particularismes juridiques nationaux – la garantie des droits est soumise aux aléas formels de l'intégration du droit. Il ne s'agit pas d'une intégration juridique par tous les moyens mais d'une intégration juridique par tous les moyens uniformes. Aussi, parmi les textes originaires seul le Traité révisé de Chagaramas dispose des moyens de contrainte juridique des Etats membres tels que le recours individuel contre les manquements de l'Etat²³⁷⁸. Notons le caractère habilitant de ce « dispositif » faisant de la Cour l'institution obligatoire y compris dans les litiges nés de la violation par un Etat membre de la Communauté des droits d'un opérateur extra-communautaire notamment²³⁷⁹. Pour autant, la Cour caribéenne de justice (CCJ) a, en avant-garde, consacré un principe de responsabilité des Etats membres²³⁸⁰ ; il constitue désormais un précédent

auront établi qu'il a été porté atteinte à la jouissance du droit ou de l'avantage visé à l'alinéa a) du présent article ; et c) la Partie contractante habilitée à endosser la revendication dans une procédure devant la Cour : i) a mois ou refusé d'endosser la revendication, ou ii) est convenue expressément que les personnes concernées pourront endosser la revendication à sa place ; et d) la Cour a constaté que la justice exige qu'elles soient autorisées à endosser la revendication ».

²³⁷⁶ « Dans les cas où une cour ou un tribunal national d'un Etat membre est saisi d'une affaire dont la résolution met en jeu une question concernant l'interprétation ou l'application du présent traité, la cour ou le tribunal concerné, s'il juge qu'une décision sur la question est nécessaire pour lui permettre de rendre un jugement, soumettra par renvoi la question à la Cour avant de rendre un jugement ». Confer Art. 267 TFUE.

²³⁷⁷ « plus que les autres voies de droit, la coopération juridictionnelle a permis d'assurer l'uniformité d'interprétation et d'application du droit communautaire » F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in Auvret-Finck (Dir.), L'Union européenne, carrefour de coopérations, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 203.

²³⁷⁸ Art. 222 du TRC. Un tel recours est, en réalité, inexistant en droit de l'UE où seule la Commission peut exercer le recours. Confer Art. 258 TFUE : « Si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations. Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

²³⁷⁹ Art. 216 du TRC.

²³⁸⁰ Dans le cas de la CARICOM notamment : « Le TRC ne contient aucun "dispositif" spécifique établissant les sanctions pour violation de ses dispositions. L'Union européenne fait montre d'une situation similaire. Dans les affaires C-6 et 9/90 Francovich c/ Italie, les demandeurs ont introduit une action contre l'Etat italien pour manquement à la mise en oeuvre d'une directive visant à protéger les employés contre l'insolvabilité potentielle de leur employeur. La Cour de Justice de l'Union a décidé que le principe de responsabilité de l'Etat était inhérent au nouveau système juridique créé par le TFUE. Elle s'est fondée sur deux points essentiels : le principe d'efficacité et l'article 4 §3 TUE (équivalent à l'article 9 du TRC). Le principe d'efficacité a été présenté par la Cour dans les termes suivants : « il y a lieu de constater que la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre. La possibilité de réparation à charge de l'Etat membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire. Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité » (pts. 33, 34, 35). Sur le deuxième point essentiel, l'article 4 §3 TUE exigea des Etats membres « de prendre toutes les mesures nécessaires » pour s'assurer de l'exécution des obligations du Traité, l'une étant d'invalider les conséquences illicites issues de la violation du droit communautaire. (...) Cette Cour retient l'existence d'un principe similaire dans le TRC et que le nouveau Marché unique fondé sur la primauté du droit sous-entend que l'indemnisation en tant que moyen de réparation est conditionnée à la transgression par un Etat membre des droits garantis aux individus et entités privées par le Traité. Mais, la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés n'est pas automatique. Le demandeur devra démontrer que le texte prétendument violé était susceptible de lui procurer un avantage, que cette

jurisprudentiel²³⁸¹. L'OECD ignore, pour l'heure, un tel principe. *Sur la forme*. Selon les territoires, l'accès au droit régional pour les particuliers est réputé difficile en raison d'une tradition de la confidentialité généralisée dans la région²³⁸². Cela est de nature à menacer leur sécurité juridique à plus forte raison dans des systèmes où la codification du droit se présente comme marginale. En dehors des textes constitutifs des ensembles régionaux, il continue d'être ardu d'avoir accès aux décisions de justice, au droit dérivé, au droit primaire secondaire – les Accords conclus entre Etats membres, entre les Communautés et les pays tiers notamment. Pourtant, les textes et décisions prolifèrent. Il devient impérieux d'y remédier par une « codification » globale, unique, *via* l'outil informatique, des textes et éléments jurisprudentiels dans les langues parlées par les membres, quels que soient leur degré d'intégration, composant les Communautés.

Les relations entre les droits communautaires et les droits internes établies, il reste à déterminer dans quelles matières les communautés sont amenées à intervenir.

B – La répartition des compétences entre les Communautés et les pays membres

339. L'office des Communautés, fonction d'un transfert de pouvoirs²³⁸³. *Sur le Traité révisé de Basseterre*. Le Traité révisé de Basseterre délimite, en vertu d'un principe d'attribution²³⁸⁴, un champ de compétence dite « législative »²³⁸⁵ –, de l'Organisation qu'il fonde – l'OECD – et, par

violation est significative, qu'elle s'accompagne d'une perte substantielle et, enfin, qu'il existe un lien de causalité entre la violation par l'Etat membre et la perte ou le dommage qu'il a subi » Caribbean Court of Justice, 20 août 2009, *Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated c/ The Co-operative Republic of Guyana*, n° OA 2, pts. 24, 25 et 27. Notre traduction en italiques (les articles, textes et institutions ont été actualisés).

²³⁸¹ Art. 221 du TRC.

²³⁸² BERRY, D. S. *Caribbean Integration Law*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²³⁸³ M. VIRALLY, « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 50-67, spéc. p. 55.

²³⁸⁴ Art. 7 §2 du TRB : « Les organes de l'Organisation s'acquittent de leurs fonctions et agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent Traité ou en vertu de celui-ci et par l'annexe relative au règlement des différends et le Protocole sur l'Union économique ». Confer Art. 5 §2 TUE : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent ».

²³⁸⁵ Il se révèle assimilable aux compétences exclusive et partagée de l'UE. Art. 2 §1 TFUE : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union » ; Art. 2 §2 TFUE : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». Confer Art. 2 à 4 TFUE.

défalcation, un champ de compétences réservé aux Etats membres – tous les domaines exclus du texte²³⁸⁶. Ainsi, les Etats membres renoncent totalement à leur souveraineté, au profit de l'OECE, en matière de marché commun comprenant l'union douanière, politique monétaire, politique commerciale, juridiction maritime et frontières maritime et aviation civile²³⁸⁷. Ils consentent à une souveraineté partagée en matière de politique commerciale commune, politique environnementale, politique migratoire puisqu'ils *se réservent le droit de légiférer, en ce qui concerne ces questions, sur des aspects de ces politiques qui n'ont pas encore été traités par ou sous l'autorité d'un acte de l'Organisation*²³⁸⁸. Cette compétence partagée constitue le siège de la manifestation du principe de subsidiarité²³⁸⁹ faisant du niveau communautaire le niveau le plus pertinent lorsque les Etats échouent à mettre en oeuvre de façon suffisante les objectifs visés.

Sur le Traité révisé de Chaguaramas. A l'inverse, dans le Traité révisé de Chaguaramas, le pouvoir de la Communauté se déduit du fil des stipulations dotées d'une force contraignante – il n'est aucune consécration expresse d'une compétence communautaire exclusive. On peut y voir une volonté de ne pas circonscrire de trop les pouvoirs de la Communauté afin qu'elle soit en mesure de s'adapter au mieux aux perpétuels nouveaux enjeux et difficultés non initialement prévus²³⁹⁰. Il est alternativement fait de la Communauté le niveau le plus pertinent dans les matières expressément visées. Cette assertion est d'autant vraie lorsque la force contraignante de la Communauté est impalpable comme c'est le cas en matière de politiques de développement²³⁹¹. Cela est de nature à reconnaître l'existence d'un champ important de compétences réservées aux Etats membres – il en va ainsi notamment en matière de politique monétaire, environnementale, fiscale – bien qu'en réalité, l'influence communautaire traverse l'écran de la souveraineté²³⁹².

²³⁸⁶ Art. 5 §2 TUE : « Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ». Les compétences attribuées aux Communautés aux domaines d'action variés – le tourisme, le transport, les services, l'agriculture, la fiscalité notamment – n'ont pas vocation à annihiler les compétences propres des Etats membres.

²³⁸⁷ Art. 14 §1 du TRB.

²³⁸⁸ Art. 14 §2 du TRB.

²³⁸⁹ Art. 5 §3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

²³⁹⁰ PH. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in Manuel sur les organisations internationales, Dordrecht, Nijhoff, 1998, pp. 377-397, spéc. p. 385.

²³⁹¹ Art. 51 à 77 du TRC.

²³⁹² K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des Etats membres », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, *op. cit.*, pp. 421-442.

340. Obstacles. Cette répartition des compétences trouve, en premier lieu, sa limite dans la tradition régionale de sauvegarde d'une réserve de souveraineté²³⁹³ entérinée notamment par l'incapacité à la sanction de l'Etat défaillant. Une telle procédure aurait été de nature à permettre « d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées et futures »²³⁹⁴. Une réserve de souveraineté entérinée également par la possibilité octroyée aux Etats membres de se soustraire circonstanciellement aux termes de l'accord. En second lieu, il n'est aucune mesure précontentieuse protectrice des Etats membres contre une éventuelle disproportion de l'action des Communautés – le droit de l'UE prévient ce risque par l'affirmation d'une exigence de proportionnalité²³⁹⁵ de l'action communautaire qu'elle soit exclusive ou partagée.

Section 2. Une approche caribéenne duale de l'intégration régionale.

341. Des niveaux d'intégration. L'intégration économique régionale vise à l'édification d'un espace économique unique par la convergence d'économies distinctes. Mais, elle est susceptible de niveaux. Les organismes d'intégration caribéens donnent à voir deux niveaux progressifs, en ce qu'ils capitalisent les acquis des précédents niveaux d'intégration, de l'intégration économique régionale suivant la classification de Bela Balassa²³⁹⁶. Un marché unique – *common or single market* – dans le cadre de la CARICOM (I) qui vise la suppression des barrières à l'échange entre membres, l'adoption d'une politique commerciale extérieure commune, la liberté de circulation des personnes, biens, services et capitaux. Une union économique et monétaire dans le cadre de l'OECS (II) qui dispose non seulement des attributs du marché unique mais aussi s'étend à l'adoption d'une monnaie commune en faisant ainsi de l'OECS, l'organisation la plus intégrationniste de la région.

²³⁹³ Pour une étude d'ensemble, v. GILBERT-ROBERTS, T.-A. *The Politics of Integration. Caribbean Sovereignty Revisited*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2013, 342 p.

²³⁹⁴ CJCE, 12 juillet 1973, *Commission c/ Allemagne*, Aff. n° 70/72, *Rec.*, p. 813, pt. 13.

²³⁹⁵ Art. 5 §4, al. 1^{er} TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

²³⁹⁶ BALASSA, B., *The theory of economic integration*, London, George Allen and Unwin Ltd, 1961, rééd. Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon-on-Thames, 2011, 304 p. C'est la théorie fondatrice de l'Union européenne. Voir *infra* paragraphe n° 372.

I. Une intégration régionale par le marché unique dans la CARICOM

342. Une construction. La *Caribbean Community and Common Market* (CARICOM) est le successeur de l'Association de libre-échange des Caraïbes (CARIFTA). Elle est instituée par le Traité de Chaguaramas, signé le 4 juillet 1973 et entré en vigueur le 1^{er} août 1973. Elle poursuit de nombreux objectifs parmi lesquels : constituer un pont entre les Etats de la Caraïbe en facilitant les échanges commerciaux et économiques, améliorer la compétitivité internationale, augmenter la production de biens et de services, améliorer le niveau de vie des populations. Elle s'agrège au *Caribbean single market and economy* (CSME), marché unique des Caraïbes²³⁹⁷ :

« Le marché commun est plus qu'une zone de libre échange ou une union douanière (...), (*ce dernier*) qui comprend l'union douanière, va plus loin en exigeant une harmonisation des politiques économiques, financières et sociales des pays membres »²³⁹⁸.

Lequel marché s'étire à la constitution d'un modèle économique passant par une circonscription des comportements (A) et à l'unification des politiques communes à la texture molle (B).

A – Du droit contraignant

343. A l'échelle de la région, sans être un apanage du marché unique, la libre circulation en est la clé de voûte (§1). Agrégée aux « petit » et « grand » droit de la concurrence²³⁹⁹ (§2), elle parvient à légitimer l'exercice d'une force contraignante – critère de l'intégrationnisme – au niveau de la région.

²³⁹⁷ Pour aller plus loin, v. notamment, UWI-CARICOM PROJECT, *Caricom single market and economy: challenges, benefits and prospects*, Kingston, Jamaica, Ian Randle, 2007.

²³⁹⁸ LEBOUTTE, R., *Histoire économique et sociale de la construction européenne*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2008, pp. 137-138. (Italiques ajoutés). v. notamment BERTAUD, C., *Le Marché Commun*, Paris, Masson, 1986 et un article très intéressant de P. PESCATORE, « *La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes* », in En Hommage à Victor Gother, faculté de droit de l'Université de Liège, Liège, 1962, pp. 497-546.

²³⁹⁹ « L'économie de marché est avant tout un ordre concurrentiel et les tables de la loi de la concurrence peuvent être regardées comme "le droit constitutionnel" d'un marché transcendant les frontières nationales » A. PIROVANO, « *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne* », in Charvin, R. et Guesmi, A. (Dir.), *L'Algérie en mutation*, Paris, L'Harmattan, 2001, 19 p. v. également, FARJAT, G., *Pour un droit économique, op. cit.*, pp. 121-146.

§1. La liberté économique régionale de circuler²⁴⁰⁰

344. Un principe. La liberté de circulation consiste en une suppression des barrières à la circulation fluidifiant ainsi les rapports économiques sans nécessairement les concilier. En effet, « créer un marché commun, c'est donner aux producteurs nationaux l'opportunité d'exporter et d'importer librement sur le territoire des Etats membres (...), aux entreprises le droit de s'y établir et d'exercer leurs activités sur le plan transnational, aux travailleurs le droit de s'y déplacer et d'y exercer un emploi, aux investisseurs l'opportunité d'y placer des capitaux et au consommateurs la possibilité d'accéder pratiquement aux produits en provenance des autres Etats membres dans les mêmes conditions que pour les produits nationaux »²⁴⁰¹. Elle est une condition d'accès aux sols. Nous entendons le sol en tant qu'allégorie de l'implantation professionnelle, commerciale notamment pour partie fondamental dans la réalisation du secteur touristique. S'aggrégeant aux acquis précédents – l'élimination des droits de douanes et des restrictions quantitatives entre Etats membres (zone de libre-échange) qui débouche sur l'adoption d'une politique commerciale extérieure commune (union douanière)²⁴⁰² –, elle constitue une étape déterminante dans le processus d'intégration économique. En effet, elle réalise « la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur »²⁴⁰³. Dans la CARICOM, elle est un principe généralisé entre les pays qui en sont les membres sans préjudice, toutefois, des intérêts nationaux proportionnels et, selon les cas éphémères, systématiquement prévalents²⁴⁰⁴. Il reste à la rendre opposable à au droit interne des Etats membres pour une sécurité juridique optimale de leurs ressortissants. L'effort est normatif (en interne) et jurisprudentiel.

²⁴⁰⁰ Voir *infra* paragraphes n° 360 et suivants.

²⁴⁰¹ L. AZOULAI, « *Le marché intérieur* », in Dehousse, R. (Dir.), *Politiques européennes*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2009, p. 109. Italiques ajoutés.

²⁴⁰² L'Union douanière est la cause logique de l'établissement d'une politique commerciale commune caractérisée notamment par l'adoption d'un tarif extérieur commun (Art. 82 du TRC ; v. également, Art. 83 sur le fonctionnement du tarif extérieur commun). Il instaure une différenciation entre les produits d'origine intra-communautaire de ceux d'origine extra-communautaire (Art. 84 §1 du TRC) sous réserve de ristournes de droit de douane (Art. 89 du TRC).

²⁴⁰³ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, Aff. n° 15/81, *Rec.*, p. 1409, pt. 33.

²⁴⁰⁴ *Exempli gratia* Art. 43 §1, §2 et §3 du TRC. v. également le « dispositif » de l'article 47 du TRC tolérant les restrictions aux libertés économiques de circulation. V. plus généralement, le « dispositif » de l'article 226 du TRC.

345. Les personnes. Il est un principe de libre circulation des ressortissants des Etats membres²⁴⁰⁵ et de leurs activités sur le territoire des Etats parties au Traité constitutif. Il est, en outre, caractérisé par l'interdiction²⁴⁰⁶ ou la suppression²⁴⁰⁷ de restrictions au droit d'établissement²⁴⁰⁸. Il demeure tout de même admissible qu'une telle liberté économique ne saurait être absolue. Elle fait, parfois, l'objet d'un interventionnisme de l'Etat aux motifs de la satisfaction d'un intérêt public supérieur²⁴⁰⁹ notamment. Il en va ainsi de *graves difficultés ou menaces de graves difficultés affectant la balance des paiements et la situation financière extérieure*²⁴¹⁰. Elle « demeure un processus ouvert à des lieux du parachèvement »²⁴¹¹.²⁴¹²

346. Les capitaux. La libre circulation des capitaux est aussi garantie au sein de la CARICOM. Sont ainsi, en principe, prohibées²⁴¹³ ou, lorsqu'elles existent à la source, supprimées²⁴¹⁴, les restrictions aux mouvements financiers²⁴¹⁵. Pour autant, ces derniers font l'objet

²⁴⁰⁵ Art. 45 du TRC : « Les Etats membres s'engagent à réaliser l'objectif de la libre circulation de leurs ressortissants au sein de la Communauté ». v. CCJ, 4 octobre 2012, *Shanique Myrie c/ The State of Barbados*, pt. 67 : « Le refus par un Etat membre de laisser les ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté d'entrer sur sol de son territoire aux motifs qu'ils sont soit *persona non grata* ou qu'il est évident qu'ils deviendront une charge publique, doit être observé comme constituant une exception au, ou une restriction au, droit d'entrée. L'effet de cette description est double. Premièrement, car constituant une exception au principe fondamental de libre circulation, le cadre du refus et, en particulier, les fondements sur lesquels il est basé doivent être interprétés étroitement et strictement afin d'éviter une dilution injustifiée de l'importance du droit qu'il cherche à limiter. Deuxièmement, constituant une exception à ce principe fondamental, la charge de la preuve incombe à l'Etat membre qui cherche à invoquer le sol comme motif du refus d'entrer ». Notre traduction. (v. également Art. 46 du TRC sur les ressortissants qualifiés). Sur la qualité de ressortissant d'un Etat membre, v. Art. 32 §5, a) du TRC. Sur la définition de « société ou autre entité juridique », v. Art. 32 §5, c) du TRC. V. notamment, SECRETARIAT DE LA COMMUNAUTE CARIBEENNE, *Le marché unique et l'économie de la Communauté caribéenne. Libre circulation – Voyage et Travail*, Greater Georgetown, 2015 (URL : http://www.criti.info/wp-content/uploads/2015/12/fr_maeche-unique-economie.pdf).

²⁴⁰⁶ Art. 32 §1 du TRC.

²⁴⁰⁷ Art. 33 du TRC.

²⁴⁰⁸ Art. 32 §3 du TRC : « 1) Le droit d'établissement au sens du présent chapitre comprend le droit : a) d'entreprendre des activités non salariées de nature commerciale, industrielle, agricole, professionnelle ou artisanale ; b) de créer et de gérer des entreprises économiques mentionnées au paragraphe 5) b) du présent article. 2) Aux fins du présent chapitre, on entend par "activités non salariées" des activités exercées par des travailleurs indépendants ».

²⁴⁰⁹ Art. 31 §1 du TRC.

²⁴¹⁰ Art. 43 du TRC.

²⁴¹¹ J. HAYNES, « *The right to free movement of persons in Caribbean community (CARICOM) law : towards 'juridication'?* », *Journal of Human Rights in the Commonwealth*, Vol. 2, Issue 2, 2016, p. 66. (Notre traduction). « (...) in the Caribbean region the cost of moving people and goods between mainly island-based territories is significant and discourages intra-regional trade » BERRY, D. S. *Caribbean Integration Law*, *op. cit.*, p. 16.

²⁴¹²

²⁴¹³ Art. 39 du TRC.

²⁴¹⁴ Art. 40 §1 du TRC.

²⁴¹⁵ Art. 40 §3 du TRC.

d'un contrôle étatique important²⁴¹⁶. De plus, les Etats membres entreprennent des efforts de coordination visant à fluidifier leurs rapports avec l'extérieur²⁴¹⁷.

347. Les biens et les services. Il figure enfin, au sein de la Communauté, un principe de libre circulation des biens et des services²⁴¹⁸. *Sur les services.* Il consiste essentiellement en l'interdiction²⁴¹⁹ ou la suppression²⁴²⁰ de restrictions à la fourniture de services²⁴²¹. *Sur les biens.* Il consiste en l'établissement d'une union douanière. Il s'agira d'intégrer les marchés nationaux à un marché unifié favorisant ainsi des rapports économiques viables non seulement entre Etats membres mais aussi entre ceux-là et les Etats tiers ou groupes d'Etats tiers²⁴²². Elle s'apprécie ensuite par la prohibition des droits d'importation²⁴²³ et d'exportation²⁴²⁴ ou taxes d'effet équivalent²⁴²⁵. Elle s'apprécie aussi par la prohibition des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ou toute mesure d'effet équivalent appliqués aux biens d'origine communautaire²⁴²⁶. La libre circulation se caractérise, entre autres, par la coopération douanière entre Etats membres²⁴²⁷ ou encore la liberté de transit²⁴²⁸ – un transit²⁴²⁹ franc de *retard ou restriction*

²⁴¹⁶ Art. 41 §1 du TRC : « Les Etats membres, si nécessaire et sous réserve du paragraphe 2 du présent article, accordent les autorisations prescrites pour les pèlerinages de capiteaux mentionnés à l'article 40 sur une base non discriminatoire ».

²⁴¹⁷ Art. 42 du TRC.

²⁴¹⁸ Art. 79 §1 du TRC : « Les Etats membres créeront et appliqueront un régime de libre circulation des biens et des services au sein du CSME. Aucun Etat membre n'adoptera de politiques et de pratiques commerciales dont l'objectif ou l'effet est de perturber la concurrence, d'entraver la libre circulation des biens et des services ou d'annuler ou de compromettre les avantages auxquels les autres Etats membres ont droit au titre du présent traité. Les Etats membres n'adopteront aucune nouvelle restriction à l'importation ou à l'exportation de marchandises d'origine communautaire, sauf dispositions contraires du présent traité ».

²⁴¹⁹ Art. 36 §1 du TRC.

²⁴²⁰ Art. 37 du TRC.

²⁴²¹ Art. 36 §4 du TRC : « Aux fins du présent chapitre, on entend par "services" les services fournis contre une rémunération autre qu'un salaire dans tout secteur agréé, et par "fourniture de services", la fourniture de services : a) du territoire d'un Etat membre vers le territoire d'un autre Etat membre ; b) sur le territoire d'un Etat membre au consommateur de services d'un autre Etat membre ; c) par un fournisseur de services d'un Etat membre au moyen d'une présence commerciale sur le territoire d'un autre Etat membre ; et d) par un fournisseur de services d'un Etat membre grâce à la présence de personnes physiques d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre ».

²⁴²² Art. 78 §1 du TRC. (v. Art. 78 §2 et §3 du TRC sur les moyens employés par parvenir à réaliser ces objectifs et Art. 80 du TRC sur la coordination de la politique commerciale extérieure).

²⁴²³ Art. 87 du TRC.

²⁴²⁴ Art. 88 du TRC.

²⁴²⁵ Art. 90 du TRC. *Conférer* Art. 110 TFUE.

²⁴²⁶ Art. 91 §4 du TRC : « On entend par "restrictions quantitatives", les prohibitions ou les restrictions à l'importation dans tout Etat membre ou à l'exportation en provenance de tout autre Etat membre, selon le cas, qu'elles soient appliquées au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'autres mesures ayant un effet équivalent, y compris des mesures administratives et des prescriptions limitant les importations ou les exportations ».

²⁴²⁷ Art. 95 du TRC.

²⁴²⁸ Art. 86 §1 du TRC : « Les Etats membres accorderont la liberté de transit au sein de la Communauté aux marchandises et aux navires et autres véhicules transportant ces marchandises ».

²⁴²⁹ « (...) on entend par "transit" le passage de marchandises et de navires, d'aéronefs et de véhicules transportant ces marchandises : a) par la frontière d'un Etat membre ; b) avec ou sans transbordement, entreposage, rupture de charge ou changement dans le mode de transport, dans les cas où le passage n'est qu'une partie d'un voyage commençant et se terminant au-delà de sa frontière » (Art. 86 §2 du TRC).

non nécessaire, de droits visant le transport, la manutention et autres services, de discrimination fondée sur l'inégalité de traitement entre Etats membres quant aux formalités requises, aux taxes et autres frais d'administration, ou encore de discrimination fondée sur le pavillon des navires, le lieu d'origine, les points de départ, d'entrée ou de sortie notamment.

En faisant de la liberté de circuler un principe régional, les rédacteurs du traité ont entendu consacrer l'ambition d'un marché unique au sein de la CARICOM. Lequel a vocation, par ses caractéristiques essentielles, à l'approfondissement du projet d'intégration régionale. Mais, il appelle la réalisation d'instruments complémentaires, parmi lesquels « un droit général applicable à tous les secteurs de l'économie »²⁴³⁰, pour être pleinement efficace.

§2. Un droit régional de la concurrence

348. Un outil nécessaire. Si, dans le cadre de l'OECD, il est une volonté juridique manifeste d'instauration d'un droit de la concurrence²⁴³¹, elle n'est en rien équivalente au dispositif proposé par le Traité révisé de Chaguaramas. Ainsi, poursuivant des objectifs d'intégration régionale, de développement économique, d'efficacité économique, d'attraction de l'investissement, d'élasticité de l'offre, de réduction des coûts, somme toute de concrétisation d'un véritable marché unique, la CARICOM a dû se doter d'un véritable droit de la concurrence. Mais son application par les Etats membres de la Communauté est demeurée irrégulière en raison de la systématisation de fortes disparités entre eux – pauvres, riches, densément peuplés, faiblement peuplés, des droits plus ou moins sophistiqués.

349. Une méthode. A l'inverse des politiques de développement, la politique commune de concurrence²⁴³² dont la mise en oeuvre passe par un cadre juridique et institutionnel déterminé a force obligatoire aussi bien pour les opérateurs économiques privés, que pour les Etats membres et les institutions communautaires. Elle consiste en « *la promotion et le maintien de la concurrence et le renforcement de l'efficacité économique sur le plan de la production, des échanges et du commerce ; l'interdiction de*

²⁴³⁰ *Id.*, p. 271. v. L. BOY, « *Réflexions sur le « droit de la régulation » (à propos du texte de M.A. Frison-Roche)* », *art. cit.*

²⁴³¹ Art. 3, l) du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. v. également, art. 4 §2, k) du TRB.

²⁴³² La politique communautaire de la concurrence poursuit l'objectif « *de garantir que les avantages attendus de la création du CSME ne soient pas compromis par des comportements anticoncurrentiels* » (Art. 169 §1 du TRC).

comportements anticoncurrentiels qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence ou qui constituent l'abus d'une position dominante ; la promotion du bien-être des consommateurs et la protection des intérêts des consommateurs»²⁴³³. A cet effet, il pèse sur la Communauté une obligation de régulation²⁴³⁴ et une obligation d'information aux entreprises et aux consommateurs²⁴³⁵. Il pèse sur les Etats membres une obligation conjointe de juridification et de judiciarisation de la concurrence²⁴³⁶, une obligation d'information²⁴³⁷, une obligation d'institutionnalisation – par voie administrative pure²⁴³⁸, par voie administrative impure²⁴³⁹ – ainsi qu'une obligation de faciliter l'accès au droit et au juge²⁴⁴⁰.

350. Un ordre juridique. A fins de mise en oeuvre du droit de la concurrence, la Communauté se dote d'une Commission de la concurrence²⁴⁴¹ dont les fonctions consistent notamment en l'application des règles de la concurrence en matière de comportements anticoncurrentiels transfrontaliers, en la facilitation, la protection et la coordination de la politique communautaire de concurrence²⁴⁴². L'application du droit de la concurrence est une compétence partagée entre la Communauté et ses Etats membres. Le transfert de souveraineté vers la région est partiel. Quoique responsabilisant dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il pourrait s'avérer défavorable à la pleine uniformité des règles en la matière à plus forte raison dans des territoires à forces et moyens hétérogènes. En outre, la Commission de la concurrence dispose

²⁴³³ Art. 169 §2 du TRC.

²⁴³⁴ Art. 170 §1, a), i) du TRC : « *La Communauté (...) établira des normes et des arrangements institutionnels appropriés interdisant et sanctionnant les comportements anticoncurrentiels* ».

²⁴³⁵ Art. 170 §1, a), ii) du TRC : « *La Communauté établira et gèrera des systèmes d'information permettant aux entreprises et aux consommateurs d'être tenus au courant du fonctionnement des marchés du CSME* ».

²⁴³⁶ Art. 170 §1, b), i) du TRC : « *Les Etats membres adopteront les dispositions législatives nécessaires pour assurer la cohérence et le respect des règles de la concurrence et prévoir des peines contre les comportements anticoncurrentiels* ».

²⁴³⁷ Art. 170 §1, b), ii) du TRC : « *Les Etats membres assureront la diffusion d'informations pertinentes destinées à faciliter les choix des consommateurs* ».

²⁴³⁸ Art. 170 §1, b), iii) du TRC : « *Les Etats membres mettront en place et appliqueront des arrangements institutionnels et des procédures administratives pour faire respecter les lois sur la concurrence* ».

²⁴³⁹ Art. 170 §2 du TRC : « *Chaque Etat membre instituera et assurera le fonctionnement d'une autorité nationale de la concurrence dans le but de faciliter la mise en oeuvre des règles de la concurrence* ». Art. 170 §3 du TRC : « *Chaque Etat membre prescrira à son autorité nationale de : a) coopérer avec la Commission en vue de faire respecter les règles de concurrence ; b) mener une enquête sur toutes les allégations de comportements anticoncurrentiels dont la Commission ou un autre Etat membre aura saisi l'autorité ; c) coopérer avec les autorités nationales de la concurrence à la détection et la prévention des comportements anticoncurrentiels et à l'échange d'informations relatives à de tels comportements* ». **Nota bene** : En l'état, 11 pays de la CARICOM se sont dotés d'une instance de régulation nationale de la concurrence : à titre individuel (Trinidad-et-Tobago (inactive), Les Bahamas, la Barbade, le Guyana, la Jamaïque) ; à titre collectif via une instance de régulation supranationale de la concurrence (les pays de l'OECD : la Dominique, Grenade, Montserrat, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie et Saint-Vincent-et-les-grenadines). Le Belize est en cours d'institutionnalisation. Le Suriname et Haïti en attente de décision. Source : site de la Commission de la concurrence de la CARICOM.

²⁴⁴⁰ Art. 170 §1, b), iv) du TRC : « *Les Etats membres prendront des mesures efficaces pour permettre aux ressortissants des autres Etats membres d'avoir un accès équitable, transparent et non discriminatoire aux autorités compétentes chargées de l'application des lois, y compris aux tribunaux* ».

²⁴⁴¹ Art. 171 à 174 du TRC.

²⁴⁴² Art. 173 §1 et s. du TRC.

d'un pouvoir juridictionnel traduit par son pouvoir d'enquête²⁴⁴³, d'injonction²⁴⁴⁴, de sanction²⁴⁴⁵ dont la faible tradition empêche la vision large. Le Traité révisé de Chaguaramas fait état de deux procédures devant la Commission permettant la détermination de l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Il s'agit de la procédure engagée à la suite d'une demande formulée par les Etats membres ou le COTED²⁴⁴⁶ et de la procédure engagée aux suites d'une autosaisine²⁴⁴⁷. Notons qu'à l'instar du TFUE, le Traité révisé de Chaguaramas ne sanctionne que les pratiques anticoncurrentielles²⁴⁴⁸. Constituent des comportements anticoncurrentiels et se voient de ce fait interdits « *les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans la Communauté ; les actions par lesquelles une entreprise abuse de sa position dominante dans la Communauté ; tout autre comportement similaire des entreprises dont l'objet ou l'effet est de compromettre les avantages attendus de la création du CSME* »²⁴⁴⁹ sous réserve de leur contribution à l'économie ainsi que de leur faible nuisance concurrentielle²⁴⁵⁰ – règle de raison. Les rédacteurs du Traité ont tenu à détacher, tout en réaffirmant son caractère anticoncurrentiel²⁴⁵¹, le « dispositif » de l'abus de position dominante²⁴⁵², ce, pour mieux le différencier de son pendant légal – la position dominante²⁴⁵³ – qui devrait s'apprécier au regard de la détermination du « marché pertinent »²⁴⁵⁴. Un « dispositif » relatif aux

²⁴⁴³ Art. 174 §2 du TRC : « Dans la conduite de ses enquêtes, le Commission pourra, conformément aux lois nationales applicables : a) faire comparaître toute personne devant elle pour qu'elle apporte des éléments de preuve ; b) exiger la communication ou la production de tout document ou partie de document ; et c) prendre les autres dispositions nécessaires aux fins de l'enquête ».

²⁴⁴⁴ Art. 174 §4, a), b) et c) du TRC : « La Commission ordonnera l'abrogation ou l'annulation, selon le cas, des ententes, conduites, activités ou décisions prohibées par l'article 170 » ; « La Commission enjoindra à l'entreprise de cesser et de s'abstenir de se comporter de manière anticoncurrentielle et de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux effets de l'abus de sa position dominante sur le marché ou de tout autre comportement incompatible avec les principes de la concurrence loyale énoncés dans le présent chapitre » ; « La Commission ordonnera le paiement d'une indemnité aux personnes affectées ».

²⁴⁴⁵ Art. 174 §4, d) du TRC : « La Commission imposera des amendes pour les violations des règles de la concurrence ».

²⁴⁴⁶ Art. 175 du TRC.

²⁴⁴⁷ Art. 176 du TRC.

²⁴⁴⁸ Le droit interne français sanction, outre les pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence (dit « petit droit de la concurrence ») dont le dispositif figure au sein du titre IV livre IV du Code de commerce.

²⁴⁴⁹ Art. 177 §1 du TRC. Sur la définition du « comportement anticoncurrentiel », v. Art. 177 §2 du TRC.

²⁴⁵⁰ Art. 177 §4 du TRC.

²⁴⁵¹ Art. 177 §1, b) du TRC.

²⁴⁵² Art. 179 du TRC.

²⁴⁵³ Art. 178 du TRC : « (...) a) une entreprise détient une position dominante sur un marché si, individuellement ou conjointement avec une entreprise liée, elle se trouve dans une position de force économique qui lui permet de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents ou de ses concurrents potentiels ; b) deux entreprises seront réputées être des entreprises liées si l'une d'entre elles est une filiale de l'autre ou si elles sont toutes deux des filiales de la même société mère ».

²⁴⁵⁴ « L'application de l'article L. 420-2, premier alinéa, du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, de même que celle de l'article 102 du TFUE, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel » in *Pratique de l'Autorité de la concurrence*, p. 238. « Le

aides d'Etat, « complément indispensable à tout droit régional de la concurrence »²⁴⁵⁵, diffus vient compléter le dispositif²⁴⁵⁶. Il comprend des mesures prohibitives et rétorsives portant principalement sur les livraisons de biens²⁴⁵⁷ ainsi que des tolérances lorsque l'aide d'Etat est allouée à la recherche, au développement économique de territoires défavorisés, au nivellement normatif – en matière environnementale notamment – ou encore à la formation professionnelle²⁴⁵⁸. On note, enfin, l'absence de séparation franche entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des consommateurs²⁴⁵⁹, salutaire selon LAURENCE BOY aux entités territoriales accusant un retard de développement²⁴⁶⁰.

Dans les politiques communautaires du Traité révisé de Chaguaramas, il existe des degrés fonction de l'étendue et l'appréciation des compétences communautaires. On distingue nettement les politiques communes de développement – dépourvues de force obligatoire – des politiques commerciale et de concurrence.

marché (*pertinent*) est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'obtenant rarement, sont considérés comme substituables et, par conséquent comme se situant sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande » Décision n° 10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre par le GIE « groupement des taxis amiénois et de la métropole », pt. 141. Italiques ajoutés.

²⁴⁵⁵ L. BOY, « *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?* », RIDE, 2011/3, t. XXV, p. 269. « Autre tâche extrêmement complexe dans le domaine de la concurrence, il faut aussi trouver un moyen d'assurer que les multiples aides d'Etat comme les diverses subventions et des mesures fiscales en tout genre servent effectivement à compenser des handicaps réels, par exemple des régions défavorisées, et non à obtenir pour certaines entreprises des avantages pouvant être considérés comme non légitimes » SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, op. cit., p. 231.

²⁴⁵⁶ Art. 96 à 116 du TRC. *Confer* Art. 107 et s. TFUE.

²⁴⁵⁷ Art. 93 du TRC ; Art. 99 du TRC ; Art. 105 du TRC.

²⁴⁵⁸ Art. 111 du TRC.

²⁴⁵⁹ Art. 169 du TRC : « 1. *Le but de la politique communautaire de la concurrence sera de garantir que les avantages attendus de la création du CSME ne soient pas compromis par des comportements anticoncurrentiels.* 2. *En vue de la réalisation du but énoncé au paragraphe 1 du présent article, la Communauté aura pour objectifs : a) la promotion et le maintien de la concurrence et le renforcement de l'efficacité économique sur le plan de la production, des échanges et du commerce ; b) sous réserve du présent traité, l'interdiction de comportements anticoncurrentiels qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence ou qui constituent l'abus d'une position dominante sur le marché ; et c) la promotion du bien-être des consommateurs et la protection des intérêts des consommateurs* ». Nous soulignons.

²⁴⁶⁰ « (...) contrairement aux droits américains et européens de la concurrence, les droits africains se développent dans des espaces juridiques ignorant la consécration d'un droit de la consommation formellement séparé des autres branches du droit, notamment du droit de la concurrence, au sens ici du droit des seules entreprises, même si théoriquement et *in fine* il a pour objet l'efficacité et le « bien-être » du consommateur (cet ectoplasme). Ce qui pourrait sembler comme un « retard conceptuel » nous paraît, au contraire, comme un atout pour un véritable droit de la concurrence. Les concepts de faiblesse, de dépendance intellectuelle ou économique, de déséquilibre économique du consommateur face aux professionnels, fondements des droits de la consommation des pays dits développés ne se voient en effet plus cantonnés à une branche du droit qui, par définition, n'existe pas mais ils peuvent être utilisés largement, notamment en droit de la concurrence *via* le droit des contrats » L. BOY, « *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?* », *ibid.*, p. 278.

B – Du droit programmatoire

351. Les politiques communes de développement. *La politique industrielle.* Une politique défensive et horizontale visant « *la production durable, déterminée par le marché et compétitive au niveau international, de marchandises et de services en vue de promouvoir le développement économique et social de la région* »²⁴⁶¹. Ainsi, pallier la carence de l'initiative privée, protéger les acteurs économiques régionaux, favoriser l'emploi afin d'encourager, d'intégrer, d'adapter la recherche de développement, la production, l'innovation notamment. Pour sa matérialisation, elle requerrait le concours de plusieurs facteurs tels que l'utilisation transfrontalières de ressources naturelles, humaines, de capitaux, de technologie, l'établissement de liens sectoriels et entrepreneuriaux²⁴⁶². Il s'agirait moins d'une exigence de dissolution de la politique industrielle interne des Etats membres que d'une invitation à l'harmonisation des pratiques²⁴⁶³. Plus spécifiquement, elle s'étendrait à l'aide au développement de petites entreprises²⁴⁶⁴, des services²⁴⁶⁵, du tourisme²⁴⁶⁶. *La politique agricole.* Elle a pour ambition de moderniser, développer l'agriculture dans toutes ses dimensions et ainsi parvenir aux qualité et quantité ainsi qu'à l'équilibre des prix²⁴⁶⁷. A cette fin, elle nécessiterait la mise en place de méthodes de production, diversification, transformation, commercialisation des produits agricoles, de financement de l'agriculture, de détermination de régimes fonciers appropriés notamment²⁴⁶⁸. Des stipulations spécifiques relatives à la gestion des ressources naturelles²⁴⁶⁹, la commercialisation des produits agricoles²⁴⁷⁰, à la gestion et au développement de la pêche²⁴⁷¹, des forêts²⁴⁷² viennent compléter le « dispositif ». *Des politiques diverses.* A la manière d'un inventaire à la Prévert, il figure dans le Traité révisé de Chaguaramas plusieurs politiques communes secondaires de support à l'image notamment de la protection de l'environnement²⁴⁷³, la protection des droits de la propriété intellectuelle²⁴⁷⁴, l'harmonisation des mesures d'incitation à l'investissement²⁴⁷⁵, le

²⁴⁶¹ Art. 51 §1 du TRC.

²⁴⁶² Art. 51 §2 du TRC.

²⁴⁶³ Art. 52 §1 du TRC.

²⁴⁶⁴ Art. 53 du TRC.

²⁴⁶⁵ Art. 54 du TRC.

²⁴⁶⁶ Art. 55 du TRC.

²⁴⁶⁷ Art. 56 du TRC.

²⁴⁶⁸ Art. 57 §1 du TRC.

²⁴⁶⁹ Art. 58 du TRC.

²⁴⁷⁰ Art. 59 du TRC.

²⁴⁷¹ Art. 60 du TRC.

²⁴⁷² Art. 61 du TRC.

²⁴⁷³ Art. 65 du TRC.

²⁴⁷⁴ Art. 66 du TRC.

²⁴⁷⁵ Art. 69 du TRC.

développement des relations industrielles²⁴⁷⁶, de l'infrastructure financière²⁴⁷⁷, de l'infrastructure sociale²⁴⁷⁸, de l'infrastructure légale²⁴⁷⁹. *La politique de transport*. Si la politique de transport ne figure pas formellement dans les politiques de développement dans la lettre du Traité, elle s'y rattache *de jure* – de droit souple nous entendons. Dans un contexte archipélagique, où la circulation des personnes, des biens, des services est entravée par la systématisation de l'éclatement territorial rognant de fait sur l'intermodalité, l'efficacité des stratégies de transport est un enjeu déterminant. Dans la CARICOM, « *le but de la politique communautaire des transports sera d'assurer la prestation de services de transport adéquats, sécuritaires et compétitifs sur le plan international aux fins du développement et du renforcement du CSME* »²⁴⁸⁰. Pour ce faire, la Communauté aura notamment à charge d'organiser des services de transport efficaces, fiables et abordables, renforcer et étendre les capacités de transport aérien et maritime, promouvoir des arrangements coopératifs concernant la prestation de services de transport²⁴⁸¹. Elle devra en outre s'assurer de la coordination des politiques nationales des transports des Etats membres, de la mise en oeuvre de réglementations et de procédures uniformes, du développement du cadre institutionnel, juridique, technique, financier et administratif nécessaire au développement durable et équilibré du secteur des transports²⁴⁸². Le « dispositif » est complété par des stipulations spécifiques relatives aux opérations de recherche et de sauvetage²⁴⁸³, aux prestations de services de transport intracommunautaire²⁴⁸⁴, au développement de la fourniture de services de transport aérien²⁴⁸⁵, de transport maritime²⁴⁸⁶, à la qualité des investigations en cas d'accidents ou d'incidents d'aviation²⁴⁸⁷.

352. Des « énoncés programmatiques » ou « droit programmatoire »²⁴⁸⁸. Ils procèdent d'un besoin de saisie des situations dans leur globalité. Outre leur dimension pour partie irréaliste²⁴⁸⁹, ils se caractérisent par une absence significative de force normative. L'application des

²⁴⁷⁶ Art. 73 du TRC.

²⁴⁷⁷ Art. 71 du TRC.

²⁴⁷⁸ Art. 75 du TRC.

²⁴⁷⁹ Art. 74 du TRC.

²⁴⁸⁰ Art. 134 §1 du TRC.

²⁴⁸¹ Art. 134 §2 du TRC.

²⁴⁸² Art. 135 §1 du TRC.

²⁴⁸³ Art. 136 du TRC.

²⁴⁸⁴ Art. 137 du TRC.

²⁴⁸⁵ Art. 138 du TRC.

²⁴⁸⁶ Art. 140 du TRC.

²⁴⁸⁷ Art. 139 du TRC.

²⁴⁸⁸ P. WEIL, « *Vers une normativité relative en droit international ?* », Revue générale de droit international public, janvier-mars 1982, n° 1, pp. 8-9.

²⁴⁸⁹ E.g. **En matière de politique industrielle**. On ne saurait ignorer les intérêts égoïstes des Etats membres dont les industries concurrentes sont en marge d'une pure vision communautaire ou encore l'hétérogénéité de leurs structures productives : « à l'échelle communautaire, les problèmes sont plus grands encore puisque rien ne dit que la

politiques communes de développement est laissée à la discrétion des Etats membres, lesquels sont supposés « s’engager à », « oeuvrer à », « convenir de », « promouvoir ». Ils se caractérisent également par l’inexistence de méthodes coercitives, l’inexistence ou la faiblesse de mécanismes de contrôle. Leur efficacité est consubstantielle du consentement des Etats. Un consentement illustratif de la sauvegarde d’une portion de souveraineté, révélé par la non-adoption nécessaire d’actes juridiques portant réalisation du droit programmatoire. Pour autant, ces dernières ne sont pas totalement dépouillées de toute force juridique étant un terrain d’épanouissement d’un droit hybride par culture²⁴⁹⁰. Somme toute, un droit mou par destination préjudiciable aux aspirations communautaires d’autant qu’il s’agrège à la profonde asymétrie des systèmes caribéens – puissance-faiblesse, richesse-pauvreté, dépendance-indépendance économiques, propension internationale-propension nationale.

Il est loisible de considérer, en théorie, le marché unique au sein de la CARICOM comme achevé en ce qu’il constitue un « *espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* »²⁴⁹¹ même s’il apparaît, sur la pièce, en

structure productive – ou la spécialisation – optimale pour la Communauté considérée dans son ensemble soit la somme des structures productives optimales de chacun des pays membres : si l’industrie électronique est considérée comme une activité stratégique, doit-elle être localisée dans un grand nombre de pays de la (*communauté*) – mais alors exploite-t-on bien les atouts que donnent la spécialisation, la dimension communautaire avec les possibilités d’économies d’échelle – ou, au contraire, dans un petit nombre (les autres pouvant alors considérer qu’ils perdent au jeu de la division intracommunautaire du travail) ; sur quels critères effectuer ces choix de localisation entre les différents pays ? » ROLLET, PH. ET HUART, F. *Du grand marché à l’union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, Paris, Editions cujas, 1995, p. 184. Italiques ajoutés.

²⁴⁹⁰ « Si le critère d’identification du *soft law* est l’absence de caractère obligatoire, il est nécessaire de préciser le sens de cette expression. L’effet premier de la règle de “droit dur” (*hard law*) est d’exprimer un commandement, une habilitation ou une interdiction pour son destinataire. Un énoncé *soft law* serait dépourvu de cette qualité. Mais est-ce à dire qu’il sera privé d’un quelconque effet juridique ? Si la réponse à cette question est évidemment et universellement reconnue comme négative, il n’en demeure pas moins complexe de déterminer ce que peuvent être les effets de l’énoncé *soft law*. Or, c’est à raison de ses effets que la catégorie existe. C’est bien parce qu’il ne s’agit ni vraiment de droit ni vraiment de non-droit mais d’une catégorie frontière, mouvante et étrangère à une classification binaire rigide que l’expression *soft law* a été façonnée » J. CAZALA, « *Le Soft Law international entre inspiration et aspiration* », Revue interdisciplinaire d’études juridiques, vol. 66, n° 1, 2011, pp. 41-84, spéc. p. 45. v. également, SENDEN, L. *Soft law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004 ; WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité, op. cit.*, pp. 215-219. ; P. BRUNET, « *Soft Law or Law in progress ? Relecture d’articles classiques (P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)* », in Deumier, P. et Sorel, J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 209-223 ; J. DELLAUX, « *Contribution pour une (re)définition du concept de normativité en droit international. Questionnements autour d’instruments de soft law : les décisions des conférences des parties* », in Revue québécoise de droit international, mars 2016, Hors-série, pp. 135-157 ; R.-J. DUPUY, « *Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la “soft law”* », in Société française pour le droit international, L’élaboration du droit international public, colloque de Toulouse, Paris, Pédone, 1975, pp. 132-148 (URL : <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/SFDIDRoit%C3%A9A9claratoire.pdf>) ; A. PELLET, « *Les raisons du développement du soft law en droit international : choix ou nécessité ?* », in Deumier, P. et Sorel, J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, ibid.*, pp. 177-192.

²⁴⁹¹ Art. 13 de l’Acte unique européen (1986).

l'état futur d'achèvement. Il reste qu'il ne constitue pas l'horizon indépassable de l'intégrationnisme caribéen. L'OECE, pourtant organisation subrégionale, se présente comme l'organisme caribéen le plus intégrationniste.

II. Une intégration régionale par l'Union économique et monétaire dans l'OECE

L'Union économique et monétaire (UEM) constitue le niveau d'intégration économique le plus complet bénéficiant des avantages du marché commun et de ceux de l'unité monétaire.

353. Une union économique. L'union économique se caractérise non seulement par la fluidité des rapports d'économie intra-communautaires mais également par la coordination par le groupe de politiques économiques ainsi que par la solidarité des Etats membres de l'Organisation dans les rapports extra-communautaires sous réserve d'impérativité des intérêts nationaux²⁴⁹². Elle se caractérise par :

*Une union douanière*²⁴⁹³. Elle consiste, en l'élimination des droits de douanes et taxes d'effet équivalent, des obstacles tarifaires et quantitatifs²⁴⁹⁴, en l'adoption d'un tarif extérieur commun – le « dispositif » relatif au tarif extérieur commun du Traité révisé de Chaguaramas s'applique à l'OECE²⁴⁹⁵.

²⁴⁹² Art. 32 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. Sur le principe de la liberté de circulation. Art. 12 §5 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « *Nonobstant toute disposition du présent article, un Etat membre du Protocole peut, sous réserve de l'approbation de l'Autorité de l'OECE, réglementer la circulation desdits ressortissants* ».

²⁴⁹³ Art. 4 §1 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « *L'Union économique constitue une union douanière couvrant tous les échanges de marchandises éligibles au traitement douanier de l'Union économique conformément à l'article 5 (...)* ».

²⁴⁹⁴ Art. 7 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales ; Art. 3, a) et 9 §2 dudit (un « dispositif » particulièrement dépouillé en comparaison à celui du Traité révisé de Chaguaramas (Art. 91 §4 du TRC).

²⁴⁹⁵ Art. 6 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « *Le tarif douanier commun est établi par ou sous l'autorité d'un acte de l'Organisation en vertu de l'article 14.1 a) du présent Traité, sous réserve que, pour toute période durant laquelle ce tarif n'est pas fixé, le tarif extérieur commun au titre du Traité de Chaguaramas révisé sera le tarif douanier commun. Les Etats membres du Protocole ne peuvent imposer des tarifs supérieurs au tarif douanier commun* ». v. également, art. 3, b) et 5 dudit Protocole.

*Une liberté économique de circulation*²⁴⁹⁶. Elle s'applique aux personnes²⁴⁹⁷, aux biens²⁴⁹⁸, aux capitaux. Hormis l'article 3 §1, c) du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales disposant l'abolition des obstacles à la libre circulation des capitaux notamment, il ne figure dans les textes constitutifs de l'OECD aucun dispositif spécial s'y attachant comme c'est le cas dans le Traité révisé de Chaguaramas.

Une politique économique. L'article 13 dudit Protocole établit cinq objectifs principaux autour desquels gravite l'action communautaire pour le développement – la réforme économique, la croissance, l'emploi, la réduction de la pauvreté, l'atteinte des niveaux appropriés mesurés par les indices de développement humain²⁴⁹⁹. Leur satisfaction passe notamment par l'harmonisation de la fiscalité²⁵⁰⁰, de la politique monétaire²⁵⁰¹, de la politique commerciale²⁵⁰², des relations économiques internationales²⁵⁰³, des revenus²⁵⁰⁴, de la politique environnementale²⁵⁰⁵, des autres secteurs programmatiques identifiés par l'Autorité de l'OECD²⁵⁰⁶ tels que le transport²⁵⁰⁷. Il en va également du développement du tourisme²⁵⁰⁸, des services²⁵⁰⁹, de la construction, des technologies de l'information et des communications²⁵¹⁰, de la santé.

354. Une union monétaire. C'est le stade ultime de l'intégration économique bien que limité à un faible nombre de pays – huit²⁵¹¹. Elle est consacrée par l'Accord instituant la Banque centrale

²⁴⁹⁶ Art. Art. 3, c) du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²⁴⁹⁷ Le principe de libre circulation des personnes est apparu mieux défini dans l'OECD introduisant notamment les questions liées à l'emploi : « *La libre circulation des ressortissants des Etats membres du Protocole est assurée au sein de la zone de l'Union économique. Cette libre circulation implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les ressortissants des Etats membres du Protocole, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et d'emploi. Les ressortissants des Etats membres du Protocole jouissent, au sein de la zone de l'Union économique, des droits liés au droit de libre circulation convenus par les Etats membres du Protocole* » (Art. 12 §1, §2 et §3 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales). Il consiste également en la suppression des restrictions au droit d'établissement (27 §1 dudit Protocole) ; des restrictions à la fourniture de services (Art. 27 §2 dudit Protocole).

²⁴⁹⁸ Art. 4 et 5 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²⁴⁹⁹ Art. 13 §2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales. Art. 23 §1 du Protocole : « *Chaque Etat membre du Protocole promeut un développement social et culturel viable assurant des sociétés stables, sûres et justes fondées sur la promotion et la protection des droits de l'homme, la non-discrimination, le respect de la diversité, l'égalité des chances, la solidarité, la sécurité et la participation de tous* ».

²⁵⁰⁰ Art. 15 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales.

²⁵⁰¹ Art. 14 dudit Protocole.

²⁵⁰² Art. 18 dudit Protocole.

²⁵⁰³ Art. 17 dudit Protocole.

²⁵⁰⁴ Art. 16 du Protocole.

²⁵⁰⁵ Art. 24 dudit Protocole.

²⁵⁰⁶ Art. 13 §3 dudit Protocole.

²⁵⁰⁷ Art. 19 §2 à §8 dudit Protocole.

²⁵⁰⁸ Art. 21 §1 et §2 dudit Protocole.

²⁵⁰⁹ Art. 26 dudit Protocole.

²⁵¹⁰ Art. 25 dudit Protocole.

²⁵¹¹ URL : <https://www/oecs.org/>

de la Caraïbe orientale – *Eastern Caribbean Central Bank (ECCB)* – (1983)²⁵¹². Elle vise la régulation de l'accès aux fonds et au crédit, la promotion et le maintien de la stabilité des prix, la promotion des conditions de crédit et de change conduisant à une croissance de la balance des paiements et au développement des économies des territoires des Etats participants notamment²⁵¹³. Plus spécifiquement, elle vise aussi la mise en circulation d'une monnaie unique – le Dollar de la Caraïbe orientale (*East Caribbean dollar (EC dollar)*). Des Etats intégrés à une communauté renoncent à leur souveraineté monétaire au profit d'une politique monétaire commune. Elle porte la réduction du risque de change – « le risque de change est le risque de perte lié aux fluctuations des cours de monnaies »²⁵¹⁴ – pour une meilleure allocation des ressources économiques – rares. Elle porte également la baisse des taux d'intérêt, la fluidification des échanges, la facilitation des arbitrages financiers²⁵¹⁵ et des investissements, l'intégration de marchés plus vastes – l'exemple étasunien – dont est tributaire la région caribéenne. Sa pleine effectivité réside dans la coordination des politiques économiques nationales, budgétaires notamment. Cependant, le contrôle de la politique budgétaire individuelle est absent des « dispositions » de droit primaire et de droit dérivé ce qui menacerait directement la monnaie unique en cas de gestion divergente d'un pays membre²⁵¹⁶.

²⁵¹² URL : http://eccb.slu.lc/files/documents/legal_regulatory/bank_agreement1983.pdf

²⁵¹³ Art. 4 de l'Accord instituant la Banque centrale de la Caraïbe orientale.

²⁵¹⁴ COLLOMB, J.-A. *Finance de marché*, Paris, Editions Eska, 2000, p. 106.

²⁵¹⁵ L'UEM du point de vue de l'économie, v. notamment ROLLET, PH. ET HUART, F. *Du grand marché à l'union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, *op. cit.*, pp. 89-158.

²⁵¹⁶ R. CHEMAIN, « Monnaie et intégration régionale dans la Caraïbe », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, p. 93 et s. **Contra** UE. Art. 3 §1 du Règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques : « Chaque Etat membre participant présente au Conseil et à la Commission les informations nécessaires à l'exercice périodique de la surveillance multilatérale visée à l'article 103 du traité sous la forme d'un programme de stabilité qui fournit une base essentielle à la stabilité des prix et à une croissance forte et durable génératrice d'emploi », JOCE n° L. 209 du 2 août 1997, pp. 1-5. v. notamment, M. DEVOLUY, « Convergences et divergences des politiques économiques nationales », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle, Hommage à Jacques Bourrinet*, *op. cit.*, pp. 175-189.

Chapitre 2. L'intégration régionale des Antilles françaises, une gageure

355. Une intégration régionale de fait. Les Antilles françaises ne peuvent se soustraire à d'intenses interactions avec leur environnement immédiat sans opérer un repli sur soi constitutif de la *perte d'une chance* de se réaliser du point de vue économique notamment préjudiciable à un tourisme en bonne santé. Le regroupement au sein d'organismes régionaux (d'intégration) réunissant des entités territoriales similaires confrontées, pour la plupart, à des problématiques identiques apparaît comme une méthode d'organisation particulièrement utile et salutaire en matière de transport, d'environnement, de culture, de facilitation du commerce²⁵¹⁷ notamment. C'est ainsi que les Antilles françaises se sont engagées, au cours de la dernière décennie, dans un processus d'insertion régionale modestement pertinent – quant à favoriser l'intégration régional. Il a fallu attendre l'adhésion de la Martinique (2015) et de la Guadeloupe (2019) à l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OEEO) afin que ledit processus emprunte les sentiers de l'effectivité. L'OEEO s'appréhende comme un organisme sub-régional d'intégration – un modèle organisationnel disposant d'amples moyens d'intensification des rapports régionaux. Elle se distingue de l'Association des Etats de la Caraïbe (AEC) notamment puisqu'elle est un « *organisme de consultation, de concertation et de coopération* »²⁵¹⁸ auquel ont adhéré la Martinique et la Guadeloupe en

²⁵¹⁷ En l'état actuel, les échanges commerciaux entre les Antilles françaises et la Caraïbe sont résiduels assortis de quelques menues opérations de coopération ponctuelles. L'exemple guadeloupéen en matière d'échanges extérieurs. En 2016, 60,6% des importations de biens proviennent de la France hexagonale, 13 % des autres pays de l'Union européenne, 6,8% d'Asie, 6,1% de l'Amérique du Nord, 3,3 % de la Martinique. Les chiffres de l'année 2016 pour l'Amérique du Sud et la Caraïbe ne sont pas disponibles. En 2014, ils s'établissaient à 2,5% pour l'Amérique du Sud et 1,9% pour la Caraïbe (IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2015, p. 52). Sur les exportations de biens. 44% des exportations de biens se destinent à la France hexagonale, 17,7% à la Martinique, 12% à l'Union européenne, 11,7% aux autres DFA, 7% à la Caraïbe et 5,6% à l'Amérique du Nord. Source : IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2017, pp. 51-54. V. notamment, K. LOGOSSAH, « *Spécialisation et complémentarité : les DFA peuvent-ils accroître leurs échanges avec les pays de la communauté Caribéenne ?* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, t.1, 2008, pp. 55-66.

²⁵¹⁸ Art. III §1 de la *Convention créant l'Association des Etats de la Caraïbe*. V. notamment, E. JOS, « *L'association des Etats de la Caraïbe : de la fragmentation à l'union pour faire face à la mondialisation* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 55-83 ; F. TAGLIONI, « *L'Association des Etats de la Caraïbe dans les processus d'intégration régionale. Quelle insertion pour les Départements Français d'Amérique ? Annales d'Amérique latine et des Caraïbes* », Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence/CREALC, 1997, pp. 14-15 et 147-167.

avril 2014²⁵¹⁹. Mais, ne pouvant, en réalité, bénéficier d'un « sauf-conduit » régional et interne plein, les Antilles françaises ne s'avèrent, dans une certaine mesure, qu'admissibles à l'intégration régionale. Outre l'irrésolution des difficultés matérielles, à la source, de l'intégrationnisme caribéen, leur extraction juridique française et européenne fait écran (**Section 1**). D'autant que s'il n'est aucun principe dans l'ordre juridique interne qui s'opposerait à la multiplicité d'allégeances, l'intégration régionale suppose non seulement, la miscibilité des droits, la production de réels effets économiques mais aussi, surtout, le « transfert de compétences étatiques d'un Etat à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales »²⁵²⁰. Cependant, l'Etat français, parent, n'abdique aucune parcelle de sa puissance aux organisations régionales auxquelles elles adhèrent ; il conserve sa pleine souveraineté. Il serait, à ce titre, abscons de viser l'absoluité des rapports régionaux d'autant que, dès l'origine, ils sont le terrain de la relativisation²⁵²¹. La réalité semble se confiner à la simple *intégration de fait* insuffisante devant le défi d'une inscription des rapports dans le cadre d'une véritable construction. Tenues, les Antilles françaises ne sauront être parties à toutes les institutions, organes et actions des organisations régionales. Mais, on apprend que cela ne constitue nullement un préalable à leur intégration régionale comme l'illustre l'intégration partielle de Montserrat – pleinement membre de la CARICOM quoique exclue du marché unique. Il n'est ainsi aucun déterminisme dans l'inintégration régionale des Antilles françaises. Il s'agira alors de réunir les conditions d'un découpage de la démarche d'intégration qui satisfasse, à la fois, à l'assimilation de droit des Antilles françaises à la République française ainsi qu'à concrétiser leurs ambitions intégrationnistes (**Section 2**).

²⁵¹⁹ Décret n° 2016-459 du 13 avril 2016 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Association des Etats de la Caraïbe définissant les modalités de participation de la région Martinique à l'Association des Etats de la Caraïbe, en tant que membre associé, signé à Carbet, Martinique, le 11 avril 2014, de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Association des Etats de la Caraïbe définissant les modalités de participation de la région Guadeloupe à l'Association des Etats de la Caraïbe, en tant que membre associé, signé à Basse-Terre, Guadeloupe, le 14 avril 2014, du protocole modifiant l'accord signé à Mexico le 24 mai 1996 entre le Gouvernement de la République française et l'Association des Etats de la Caraïbe définissant les modalités de la participation de la République française à l'Association des Etats de la Caraïbe en tant que membre associé au titre de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique, signé à Port-d'Espagne, République de Trinité-et-Tobago, le 16 avril 2014, *JORF* n°0089 du 15 avril 2016, texte n°3.

²⁵²⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 558.

²⁵²¹ « (...) le protectionnisme, le problème des transports, le faible pouvoir d'achat des populations, les barrières linguistiques et la difficulté d'accès aux circuits de distribution » Elina Devoué et Emmanuel Jos cités in K. GALY, « *La coopération régionale entre les départements-régions français d'Amérique et la Caraïbe : une lente structuration* », *art. cit.*, p. 87.

Section 1. La divergence naturelle des systèmes.

356. Un ostracisme. Les Antilles françaises manifestent un besoin d'intégration à leur environnement géographique. C'est d'ailleurs le marasme économique, touristique pour ce qui nous concerne, qui le commande. Mais, il est des principes juridiques, produits d'allégeances historiques, qui s'y opposent, parfois âprement, au point qu'elles sont, en concept, arrachées à leur espace géographique d'appartenance. Venant d'en dedans, l'intégration régionale suppose, en droit, le fractionnement de la souveraineté de celui qui s'intègre mais aucune des expériences de rapprochement régional n'aura favorisé l'effritement de la souveraineté de l'Etat français auquel sont assimilées les Antilles françaises. Le fossé qui sépare ces dernières de leur espace régional se révèle accentué par l'ombre menaçante de l'Union européenne (UE). Les Antilles françaises, par leur nationalité politique d'identification, sont territoires de l'UE. De ce fait, le droit de l'Union européenne s'y applique de plein droit ; entretenir des liens, commerciaux notamment, avec le bassin caribéen s'avère sous certains aspects difficiles – (I). Venant d'en dehors, il nous est loisible d'évoquer une fiction, nuisible à l'intégration régionale des Antilles françaises, entérinée non seulement par le droit, en ce qu'à l'échelon régional, par essence ou par existence, il peinerait à former un tout harmonieux, mais aussi par le fait (économique), résiduaire, pourtant poutre maîtresse de l'intégration régionale caribéenne, virtualisant l'idée même d'intégration régionale (II).

I. Une endogénéité : le coût d'opportunité²⁵²² de la double allégeance des Antilles françaises

357. L'écran « législatif »²⁵²³. L'invocation de l'extraction juridique des Antilles françaises suffit à écarter la thèse de leur intégration régionale. Les Antilles françaises apparaissent

²⁵²² Le « coût d'opportunité » est un terme emprunté à la doctrine économique. « (il) correspond au gain que l'agent économique étudié aurait pu obtenir dans le meilleur emploi alternatif de ses ressources. Dans le cas de l'acquisition d'un bien ou d'un service, il correspond à la contrepartie à laquelle l'agent économique est prêt à renoncer pour l'acquiescer » BOTTI, L., PEYPOCH, N. ET SOLONANDRASANA, B., *Économie du tourisme*, Paris, Dunod, 2013, p. 17. Italiques ajoutés.

²⁵²³ L'expression « loi » ne se limite ici pas à sa catégorisation formelle. Elle s'entend au sens matériel désignant « toute norme ou système d'ordre juridique (...) » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 623.

doublement éloignées de leur liberté de décision au motif de leur assimilation juridique pluridécennale à la France continentale (A) étendue à un niveau régional – l'Union européenne – (B).

A – L'intégration française des Antilles françaises : l'exemple de la circulation des étrangers sur le territoire

358. La préservation de l'identité juridique des Antilles françaises.

« Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. (...) »²⁵²⁴.

Depuis la loi du 19 mars 1946, en son article premier²⁵²⁵, il est, sous réserve d'habilitation à différenciation juridique²⁵²⁶, une identité de droits entre les Antilles françaises et la France continentale. Autrement dit, une assimilation hybride – législative et institutionnelle²⁵²⁷ – circonscrivant *de jure* leurs ambitions intégrationnistes²⁵²⁸. Ainsi, les Antilles françaises ne sauraient accéder à la « citoyenneté caribéenne »²⁵²⁹ pourtant salutaire dans un processus de développement

²⁵²⁴ Article 73 al.1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁵²⁵ Art. 1^{er} de la loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française : « *Les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et la Guyane française sont érigées en départements français* », JORF du 20 mars 1946, p. 2294.

²⁵²⁶ Voir *infra* A – L'habilitation à la différenciation juridique.

²⁵²⁷ « L'assimilation législative implique que le droit applicable en métropole l'est automatiquement (*en*) outre-mer. L'assimilation institutionnelle entraîne le respect de l'ensemble des structures administratives, politiques et sociales qui prévalent en métropole » RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, *op. cit.*, pp. 23-34, spéc., p. 23. Italiques ajoutés.

²⁵²⁸ Pour une étude d'ensemble, v. T. MICHALON, « *Les départements français d'Amérique entre rêve Caraïbe et attaches européennes* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, *op. cit.*, pp. 149-165.

²⁵²⁹ Une citoyenneté de juxtaposition qui, dans la CARICOM, s'agrègeant à la citoyenneté nationale d'origine telle que respectivement définie par les États membres, est caractérisée par l'adoption d'un passeport formellement commun fluidifiant la circulation intra-régionale et renforçant le sentiment d'une identité commune, par notamment l'octroi de droits de vote préférentiels – les pays de la Caraïbe insulaire sont majoritairement parties au *Commonwealth* et, à ce titre, il est fréquent qu'ils accordent aux ressortissants d'autres pays du *Commonwealth* des droits de vote équivalant à ceux dont jouissent leurs propres ressortissants comme l'illustre la Barbade. *Confer* l'affaire *Chief Electoral Officer v. Eddy D. Ventose* (Supreme Court of Barbados in the High Court of Justice, case n° CV 27/2018). Dans cette affaire, le demandeur, monsieur le professeur Eddy Ventose, ressortissant Lucien (donc ressortissant caricomien) résidant depuis plusieurs années à la Barbade, aspirait à figurer sur les listes électorales barbadiennes. Mais, sa demande a été refusée par le chef du bureau de vote aux motifs que « le ressortissant caricomien qualifié titulaire d'un permis de séjour et de travail à la Barbade (*n'est pas*) autorisé à figurer sur les listes électorales barbadiennes. (...) les seules personnes autorisées à voter sont les citoyens barbadiens ou les résidents permanents » (pt. 34). La Cour a reçu favorablement la requête du demandeur aux motifs notamment que l'exigence de critères supplémentaires était non seulement dépourvue de base légale mais aussi revêtait un caractère discrétionnaire (pt. 42, pts. 96 à 98) et qu'un « ressortissant caricomien peut résider et travailler indéfiniment à la Barbade » (pt. 100) ce qui est de nature à lui octroyer des droits de vote notamment équivalant à ceux des citoyens barbadiens. (Notre traduction).

de l'économie touristique. Ainsi, le rapprochement des Antilles françaises tel qu'engagé²⁵³⁰ dans la Caraïbe fait obligatoirement l'objet d'un découpage. D'un côté, les institutions auxquelles la Martinique et la Guadeloupe peuvent participer et, de l'autre, celles desquelles elles sont exclues²⁵³¹. Alors, toutes les normes émanant des ensembles régionaux ne sauraient intégrer de plein droit l'ordre juridique interne des Antilles françaises. Il en va ainsi de l'incapacité de la Martinique à participer pleinement à l'Union économique et monétaire de l'OECS : « (...) *En particulier, le Protocole sur l'Union économique de l'OECS ne s'applique pas à la Martinique* »²⁵³² ; « *la monnaie de la France est l'euro* »²⁵³³. Même dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir normatif dérogatoire du droit commun, la Martinique et la Guadeloupe ne sauraient être habilitées ni à fixer elles-mêmes des règles portant sur la monnaie ni à attribuer cette compétence législative à une entité distincte. La monnaie relevant du domaine régalien²⁵³⁴. Il en va aussi de domaines spécifiques, pourtant non régaliens, tels que la pêche, l'environnement où il existe des accords internationaux conclus par la France qui doivent, en toutes circonstances, être respectés au risque qu'il soit susceptible d'engager la responsabilité internationale et/ou interne de la France. Ici, soit les objectifs communautaires caribéens s'inscrivent dans le sens des engagements internationaux de la France auquel cas l'adhésion par les Antilles françaises à la politique communautaire liée ne pose aucune difficulté. Soit, les objectifs communautaires caribéens sont divergents auquel cas aucune adhésion à la politique communautaire par ces dernières n'est possible. Il en va également, en l'état actuel du droit, de la compétence exclusive de l'Etat français en matière de régulation du droit d'entrée des ressortissants caribéens sur le territoire français sur laquelle nous nous apesantirons en guise d'illustration.

²⁵³⁰ Les adhésions historiques de la Martinique, en février 2015, et de la Guadeloupe, en mars 2019, à l'OECS (Organisation des États de la Caraïbe Orientale ou OECS – *Organization of Eastern Caribbean States*). Confer Décret n° 2016-1052 du 1^{er} août 2016 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation des États de la Caraïbe orientale (OECS) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des États de la Caraïbe orientale ensemble le Traité révisé de Basseterre, JORF n° 0179 du 3 août 2016, texte n° 3.

²⁵³¹ A l'exclusion de l'union économique s'ajoute l'exclusion d'autres institutions de l'organisation. Ainsi, l'article 5 de l'accord précité dispose : « *La Martinique n'a pas le statut de membre des institutions de l'Organisation visées à l'article 6.1 du Traité révisé de Basseterre, à savoir la Cour Suprême de la Caraïbe Orientale, la Banque Centrale de la Caraïbe Orientale et l'Autorité de l'Aviation Civile de la Caraïbe Orientale (...)* ».

²⁵³² Article 3 de l'accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des États de la Caraïbe Orientale (OECS) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des États de la Caraïbe Orientale (OECS), in, précité.

²⁵³³ Article L. 111-1 du CMF.

²⁵³⁴ Art. 73, al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

359. L'étranger caribéen. Les ressortissants caribéens seraient, somme toute, des ressortissants étrangers. Du point de vue des Antilles françaises, l'étranger²⁵³⁵ est le ressortissant, personne physique ou morale d'un pays et territoire d'outre-mer (PTOM)²⁵³⁶ d'obédience extra-française²⁵³⁷ ou encore le ressortissant, personne physique ou morale, d'Etats autres que les Etats membres de l'Union européenne – sous réserve d'accord limitant les obstacles à la libre circulation²⁵³⁸ – et, plus largement, de l'Espace économique européen²⁵³⁹.

360. L'inexistence d'un « droit d'entrée » des étrangers aux Antilles françaises. Compétence exclusive de l'Etat français, l'entrée sur le territoire français²⁵⁴⁰ est subordonnée à la détention de plusieurs documents variables selon les conventions internationales conclues entre la France et l'Etat d'extraction de la personne étrangère les exceptant et les règlements en vigueur²⁵⁴¹. Premièrement, un *passport assorti ou non d'un visa*²⁵⁴² fourni par les autorités françaises à moins, notamment, de la détention d'un *titre de séjour* ou d'un *visa long séjour* en cours de validité délivré par

²⁵³⁵ « Toute personne (ou entité) qui, au regard d'un Etat, n'a pas la nationalité de cet Etat, qu'elle possède ou non une nationalité étrangère » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 422.

²⁵³⁶ Art. 198 à 204 TFUE. La liste des pays et territoires d'Outre-mer, caribéens notamment, figure à l'annexe II du TFUE : Aruba, Anguilla, les Antilles néerlandaises, les Bermudes, Bonaire, Curaçao, les îles Caymans, les îles Turks et Caicos, les îles Vierges britanniques, Monserrat, Saba, *Sint Eustatius*, *Sint Marteen*, JOUE n° C-326 du 26 octobre 2012, pp. 1-390.

²⁵³⁷ Nous rappelons que si Saint-Barthélemy, Saint-Martin, la Polynésie française notamment s'inscrivent dans la catégorie des Pays et territoires d'outre-mer, ils ne sauraient faire l'objet de discrimination à la circulation au sein même de la République française : « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* » (Art. 72-3, al. 1^{er} de la Constitution).

²⁵³⁸ E.g. Décret n° 2006-432 du 12 avril 2006 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie visant à faciliter la circulation des ressortissants saint-luciens dans les départements français d'Amérique, signé à Castries le 23 avril 2005, JORF n° 89 du 14 avril 2006, p. 5596, texte n° 35.

²⁵³⁹ Art. 1^{er} de la décision 94/1/CE, CECA du Conseil et de la Commission du 13 décembre 1993 relative à la conclusion de l'accord sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, JOCE n° L.1 du 3 janvier 1994, p. 1.

²⁵⁴⁰ Art. L. 111-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) : « *Au sens des dispositions du présent code, l'expression "en France" s'entend de la France métropolitaine, de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de Mayotte, de La Réunion, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin* ».

²⁵⁴¹ Art. L. 211-1 et s. du CESEDA. L'annexe II §1 de l'arrêté du 26 juillet 2011 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et de la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon établit la liste des pays ou entités administratives dont les titulaires de passeport sont dispensés partiellement ou totalement de visa pour entrer sur les territoires français de la Martinique et la Guadeloupe notamment. Cette dispense concerne exclusivement les séjours dont la durée n'excède pas trois mois par période de six mois. **Parmi les dispenses de visa partielles** s'agissant de la Caraïbe insulaire : les ressortissants de Dominique, de République dominicaine, de Sainte-Lucie. **Parmi les dispenses de visa totales** s'agissant de la Caraïbe insulaire : les ressortissants des Bahamas, de Anguilla, des Bermudes, des Îles Vierges britanniques, des Îles Caïmans, des Îles Turques et Caïques, de Montserrat, de Grenade, de la Barbade, d'Antigua-et-Barbuda, de Saint-Christophe-et-Nièves, de Saint-Vincent et les Grenadines, Trinité-et-Tobago, JORF n°0173 du 28 juillet 2011, p. 12861, texte n° 20.

²⁵⁴² Art. 1§1 de l'arrêté du 26 juillet 2011, précité. Le visa est une « formalité destinée à autoriser un étranger à pénétrer sur le territoire national, soit pour le traverser, soit pour y séjourner temporairement et matérialisé par l'apposition sur le passeport d'une mention à cet effet (visa de court, de long séjour) » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1077.

la France pour des séjours n'excédant pas trois mois par période de six mois²⁵⁴³. Deuxièmement, des justificatifs tenant à l'objet et aux conditions de séjour et, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence, à la prise en charge par un opérateur d'assurance agréé des dépenses médicales et hospitalières, y compris d'aide sociale, résultant de soins qu'il pourrait engager en France, ainsi qu'aux garanties de son rapatriement. Troisièmement, des documents nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle s'il se propose d'en exercer une. Dans tous les cas, l'Etat se réserve la faculté, tout en la motivant²⁵⁴⁴, de refuser l'admission d'un étranger sur son sol²⁵⁴⁵.

361. Le conditionnement du séjour des étrangers aux Antilles françaises au-delà des trois mois de carence²⁵⁴⁶. La libre circulation des étrangers sur le territoire français des Antilles et leurs déplacements à l'étranger supposent l'obtention d'un titre de séjour²⁵⁴⁷. Il concerne tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois. Selon les cas, il prendra la forme d'une *carte de séjour temporaire*²⁵⁴⁸ dont l'octroi, renouvelable²⁵⁴⁹, ne saurait excéder un an²⁵⁵⁰. Elle est accessible aux étrangers à temps de présence en France limités tels que les visiteurs, travailleurs saisonniers ou encore stagiaires notamment. Le

²⁵⁴³ L'Annexe II §2, a) de l'arrêté du 26 juillet 2011, précité.

²⁵⁴⁴ Art. L. 213-2 du CESEDA.

²⁵⁴⁵ Des éléments objectifs viennent fonder cet acte régalien : lorsque l'étranger n'est pas en capacité de produire les documents exigés ; lorsqu'il constitue *une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion, soit d'une interdiction de retour sur le territoire français, soit d'une interdiction de circulation sur le territoire français, soit d'une interdiction administrative du territoire* (Art. L. 213-1 du CESEDA) notamment.

²⁵⁴⁶ En principe, pour un séjour d'une durée inférieure à trois mois, les ressortissants de certains Etats sont exemptés de la fourniture d'un visa ou d'un titre de séjour. *Conférez* Annexe II §1 de l'arrêté du 26 juillet 2011 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et de la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon, précité.

²⁵⁴⁷ Art. L. 311-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. « (...) le titre de séjour en cours de validité suffit pour circuler sur l'ensemble du territoire national sans que soit exigé, en plus, un quelconque « saufconduit » (...) » (TA Basseterre, 6 juin 2007, n° 0700473).

²⁵⁴⁸ La carte de séjour temporaire se décline en plusieurs catégories distinguibles selon la mention qu'elles porteront : « **visiteur** » – « *La carte de séjour temporaire délivrée à l'étranger qui apporte la preuve qu'il peut vivre de ses seules ressources et qui prend l'engagement de n'exercer en France aucune activité professionnelle porte la mention "visiteur" »* (Art. L. 313-6 du CESEDA) ; « **étudiant** » – « *La carte de séjour temporaire accordée à l'étranger qui établit qu'il suit en France un enseignement ou qu'il y fait des études et qui justifie qu'il dispose de moyens d'existence suffisants porte la mention "étudiant" »* (Art. L. 313-7 du CESEDA) ; « **stagiaire** » – « *La carte de séjour temporaire accordée à l'étranger qui établit qu'il suit en France un stage dans le cadre d'une convention de stage visée par l'autorité administrative compétente et qu'il dispose de moyens d'existence suffisants porte la mention "stagiaire" »* (Art. L. 313-7-1 du CESEDA) ; « **salarié** » – « *Pour l'exercice d'une activité salariée sous contrat de travail à durée indéterminée, dans les conditions prévues à l'article L. 5221-2 du code du travail. Elle porte la mention "salarié" »* (Art. L. 313-10, 1^{er} du CESEDA) ; « **travailleur temporaire** » – « *Pour l'exercice d'une activité salariée sous contrat de travail à durée déterminée ou dans les cas prévus aux articles L. 1262-1 et L. 1262-2 du même code, dans les conditions prévues à l'article L. 5221-2 dudit code. Cette carte est délivrée pour une durée identique à celle du contrat de travail ou du détachement, dans la limite d'un an. Elle est renouvelée pour une durée identique à celle du contrat de travail ou du détachement. Elle porte la mention "travailleur temporaire" »* (Art. L. 313-10, 2^o CESEDA) ; « **entrepreneur/profession libérale** » – « *Pour l'exercice d'une activité non salariée, économiquement viable et dont il tire des moyens d'existence suffisants, dans le respect de la législation en vigueur. Elle porte la mention "entrepreneur/profession libérale" »* (Art. L.313-10, 3^o du CESEDA) ; « *vie privée et familiale* » (Art. L. 313-11 et s. du CESEDA).

²⁵⁴⁹ Art. L. 313-1, al. 3 du CESEDA.

²⁵⁵⁰ Art. L. 313-1, al. 1^{er} du CESEDA.

titre de séjour peut aussi prendre la forme d'une carte de séjour pluriannuelle généralement délivrée sous conditions après l'obtention d'un premier titre de séjour²⁵⁵¹ ou d'une carte de résident²⁵⁵² conférant notamment la liberté d'exercice de la profession de son choix²⁵⁵³. Leurs délivrance et renouvellement font l'objet d'une taxation²⁵⁵⁴.

362. Des restrictions à l'emploi : la perte variable d'une chance de croissance du marché du travail lié au tourisme. L'embauche de travailleurs étrangers qualifiés présente un certain nombre d'avantages. Les opérateurs économiques des Antilles françaises donnent à voir un important amateurisme en matière de tourisme non seulement quant aux ressources humaines mais aussi quant aux perspectives de développement. En outre de favoriser l'ouverture à l'international, le travailleur étranger qualifié dispose d'une expertise dans des domaines particuliers compensant ainsi les déficits en main d'œuvre qualifiée, mouvementant par là même la productivité et les conditions de travail notamment au sein de l'entreprise. L'exercice d'une activité salariée suppose l'obtention d'une autorisation de travail²⁵⁵⁵, éventuellement renouvelable²⁵⁵⁶ – *la délivrance d'un titre de séjour ouvre droit à l'exercice d'une activité professionnelle salariée*²⁵⁵⁷. Ainsi, comme précédemment indiqué, cette exigence ne pose pas de difficulté en matière de carte de résident, laquelle vaut autorisation de travail. En revanche, les cartes de séjour temporaire devront obligatoirement porter une mention spécifique – « travailleur temporaire » ; « salarié » ; « étudiant » notamment²⁵⁵⁸ à partir

²⁵⁵¹ Art. L. 313-17 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

²⁵⁵² Art. L. 314-1 et s. du CESEDA. La carte de résident peut être délivrée à durée déterminée ou à durée indéterminée. A durée déterminée, il s'agit, pour l'étranger, du droit de séjourner en France pour une durée de dix ans renouvelables sous réserve de bonnes mœurs et d'un temps relativement court passé hors de France (Art. L. 314-1 du CESEDA). Sa délivrance est conditionnée à *l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française* (Art. L. 314-2 du CESEDA), à une *résidence régulière ininterrompue d'au moins cinq ans en France au titre de l'une des cartes de séjour temporaires ou pluriannuelles ou de l'une des cartes de résident prévues au présent code* (Art. L. 314-8, 1^o du CESEDA). A durée indéterminée, on parle alors de carte de résident permanent, elle constitue le prolongement de la première délivrance de carte de résident à l'étranger qui en fait la demande sous réserve que sa présence constitue une menace pour l'ordre public et d'assimilation (Art. L. 314-14 du CESEDA).

²⁵⁵³ Art. L. 314-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

²⁵⁵⁴ Art. L. 311-13 du CESEDA. « L'instruction des demandes de visas de court séjour par les services consulaires est une « activité productive et rentable de notre administration à l'étranger ». Son produit, qui est de 160 millions d'euros en 2014, peut être estimé à 250 millions d'euros en 2018 si la tendance de progression du nombre d'arrivées internationales se poursuit » E. ROYER, « *Visas de court séjour. Plaidoyer pour une procédure plus rapide* », JT n^o 181/2015, p. 11.

²⁵⁵⁵ Art. L. 5221-2 du Code du travail : « Pour entrer en France en vue d'y exercer une profession salariée, l'étranger présente : 1^o Les documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur ; 2^o Un contrat de travail visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail ». Art. L. 5221-5, al. 1^{er} du Code du travail : « Un étranger autorisé à séjourner en France ne peut exercer une activité professionnelle salariée en France sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de travail mentionnée au 2^o de l'article L. 5221-2 ». Art. L. 8251-1 du Code du travail : « Nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».

²⁵⁵⁶ Art. R. 5221-32 et s. du Code du travail.

²⁵⁵⁷ Art. L. 5221-6 du Code du travail.

²⁵⁵⁸ Art. R. 5221-3 du Code du travail.

de laquelle le type d'activité autorisé et sa latitude géographique seront déterminés²⁵⁵⁹. Le parcours pour l'obtention de l'autorisation de travail s'accompagne d'embûches. Elle est soumise à un certain formalisme à la charge de l'employeur²⁵⁶⁰. Elle est géographiquement et matériellement délimitée²⁵⁶¹ et peut être retirée si l'étranger ne s'est pas fait délivrer un certificat médical dans les trois mois suivant la délivrance de cette autorisation²⁵⁶². En matière d'activités non salariées, l'autorisation à l'exercice d'une profession au titulaire d'une carte de résident sera fonction de la mention « entrepreneur/profession libérale »²⁵⁶³ qui devra obligatoirement y figurer.

363. Le cas particulier des PTOM²⁵⁶⁴. Si, en matière d'activités non salariées – concernant la liberté d'établissement –, il n'est pas, en principe, de restriction à la libre circulation des personnes – physiques ou morales –²⁵⁶⁵, en matière d'activités salariées, il subsiste des obstacles. Le droit des travailleurs salariés ressortissants de PTOM extranationaux de travailler en France, en particulier aux Antilles françaises, relèvera du régime général applicable aux ressortissants étrangers abordé ci-haut²⁵⁶⁶. En outre, ils relèvent non seulement des « intérêts essentiels de l'Etat »²⁵⁶⁷ – santé publique, sécurité publique, ordre public –, mais aussi du gré du Conseil, lequel doit obligatoirement adopter un acte en la matière²⁵⁶⁸. Enfin, nous ne saurions aborder le cas des PTOM caribéens particulièrement, sans envisager les corollaires potentiels du « *British Exit* »²⁵⁶⁹. La question relative à l'accès à l'emploi salariée étant résolue, qu'en sera-t-il de la liberté d'établissement voire de la

²⁵⁵⁹ Art. L. 5221-7, al. 1^{er} du Code du travail : « L'autorisation de travail peut être limitée à certaines activités professionnelles ou zones géographiques ».

²⁵⁶⁰ Art. R. 5221-11 et s. du Code du travail.

²⁵⁶¹ Art. L. 5221-8 à L. 5221-9 du Code du travail.

²⁵⁶² Art. L. 5221-5, al. 3 du Code du travail.

²⁵⁶³ Art. L. 313-10, 3^o du CESEDA.

²⁵⁶⁴ Dans la Caraïbe, la catégorie des « Pays et territoires d'outre-mer » vise pour le Royaume des Pays-Bas : les îles d'Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Saint-Eustache, *Sint Maarten* et pour le Royaume-Uni : Anguilla, les Bermudes, les îles Caïmans, Montserrat, les îles Turques-et-Caïques et les îles Vierges britanniques.

²⁵⁶⁵ Art. 199 §5 TFUE : « Dans les relations entre les États membres et les pays et territoires, le droit d'établissement des ressortissants et sociétés est réglé conformément aux dispositions et par application des procédures prévues au chapitre relatif au droit d'établissement et sur une base non discriminatoire, sous réserve des dispositions particulières prises en vertu de l'article 203 ».

²⁵⁶⁶ CJCE, 12 décembre 1990, *Kaefer et Procacci*, Aff. n^oC-100/89 et C-101/89, *Rec.*, p. I-4647.

²⁵⁶⁷ CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, Aff. n^o 7/ 78, *Rec.*, 1978, p. 2247, pt. 34.

²⁵⁶⁸ Art. 202 et 203 TFUE. Seulement, « (...) aucun acte de ce type n'a jusqu'à présent été adopté par le Conseil. (...) La décision d'association outre-mer actuellement en vigueur ne contient pas de dispositions régissant la liberté de circulation des travailleurs. (...) Étant donné que l'article 202 du TFUE demande explicitement que la libre circulation des travailleurs en relation avec les PTOM soit régie par des actes adoptés par le Conseil, il est impossible de remplacer cette obligation en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions d'un acte du Conseil existant concernant l'association entre les PTOM et l'UE, car celui-ci a une base juridique différente. Sur la base de ce qui précède, le droit des citoyens de l'Union européenne de travailler dans les PTOM est uniquement régi par le droit territorial propre à chaque PTOM. (...) » Réponse à une question parlementaire donnée par A. Piebalgs au nom de la Commission européenne, 20 février 2013, JO n^o C-340 E du 21 novembre 2013.

²⁵⁶⁹ Plus communément appelé « *Brexit* », il désigne la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Aux suites du référendum du 23 juin 2016 à l'issue duquel une courte majorité du peuple britannique a levé l'option de la sortie de l'Union européenne – officialisée le 1^{er} février 2020 – conformément à l'article 50 TUE.

simple circulation sur le territoire français ? Nous l'avons vu, les citoyens anglais d'outre-mer (*British Overseas Territories citizens*), bien que n'étant pas intégrés à l'UE, disposent d'une liberté de circuler sur le territoire de l'Union en raison des liens de droit particuliers qui les unissent à leur pôle intégrateur. Cependant, il apparaît difficile de concevoir comment ces avantages pourraient se maintenir post-sécession. Il faut craindre la résurgence des restrictions nationales traditionnelles à l'établissement des entreprises étrangères à plus forte raison au regard de la politique défensive du Royaume-Uni à l'image de la sélection immigratoire²⁵⁷⁰ qui ne pourra aboutir qu'à des mesures rétorsives de la part de ses homologues.

Il est un magma d'obstacles internes à la volonté d'intégration régionale des Antilles françaises qui jalonne d'autant les rapports régionaux. Il s'agrège à un second degré d'obstacles aux effets similaires formant ainsi ce que l'on pourrait considérer comme étant une barrière auto-régénérante à couches.

B – L'intégration européenne des Antilles françaises

364. Un éloignement durable des Antilles françaises de la Caraïbe. Les Antilles françaises sont assimilées en droit à l'Union européenne (UE) au motif du lien de filiation qui existe entre elles et l'Etat français²⁵⁷¹. « *(Ce dernier) constitue une interface d'imputation incontournable entre l'Union et les collectivités locales* »²⁵⁷² sans pour autant faire écran entre elles²⁵⁷³. Cette double

²⁵⁷⁰ E. ALBERT, « *Après le Brexit, le Royaume-Uni durcit sa politique migratoire* », Le Monde, 20 février 2020.

²⁵⁷¹ Art. 52 §1 du Traité sur l'Union européenne (TUE) dispose : « *Les traités (TUE et TFUE) s'appliquent (...) à la République française (...)* ». L'article 355 §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose : « *Les dispositions des traités sont applicables à la Guadeloupe, à la Guyane française, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries (...)* ». « Il résulte de l'(ex)article 227§1 que le statut des DOM dans la communauté est défini, en première ligne, par la référence à la Constitution française, aux termes de laquelle, ainsi qu'il a été exposé par le gouvernement français, des DOM font partie intégrante de la République » (CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen*, Aff. n° 178/77, *Rec.*, 1978, p. 1787, pt. 9). VESTRIS, I, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 79-89.

²⁵⁷² G. GODIVEAU, « *Les collectivités territoriales face au droit européen des aides d'Etat : Des sujets par procuration en voie d'émancipation* », in *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 224. (Italiques ajoutés).

²⁵⁷³ Y. GALMOT ET J.-C. BONICHOT, « *La CJCE et la transposition des directives en droit national* », RFDA, 1988, p. 20. On le voit notamment à travers l'extension de la politique monétaire européenne. Les Antilles françaises font partie intégrante de la zone euro. Par ce biais, elles sont directement concernées par l'espace unique de paiement en euro (SEPA). E. WERY, « *Parlez-vous "SEPA" ?* », JT n° 92/2007, pp. 21-24.

intégration juridique complexifie et réduit doublement leurs rapports à leur espace régional d'implantation.

365. Délimitation notionnelle. L'Union européenne²⁵⁷⁴ est le produit d'une volonté multilatérale d'Etats européens souverains, solidairement désireux de construire une communauté autour d'axes structurants et fédérateurs à la fois : « (...) *approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions (...) renforcer le caractère démocratique et l'efficacité du fonctionnement des institutions (...) renforcer leurs économies (...) promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples (...) mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune (...) faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples, en établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice (...)* »²⁵⁷⁵. Cette notion est pour le moins détachable de celle d'Europe qui n'est autre que l'espace géographique d'appartenance d'un nombre certain d'Etats – cinquante-et-un – dont la France. En concept et matériellement à la fois, ce groupement s'éloigne d'entités telles que la *fédération*, la *confédération* et les *organisations internationales*. L'Union européenne n'est pas une formation souveraine contrairement à l'Etat fédéral et les Etats fédérés, tout autonomes qu'ils sont, ne sont pas souverains contrairement aux Etats membres de l'Union²⁵⁷⁶. Quoique association d'Etats souverains, la confédération n'est pas souveraine au regard du droit international. Elle dispose, en outre, d'une capacité limitée dans la conduite de relations internationales et édicte des actes qui ne sont pas directement applicables dans les Etats membres²⁵⁷⁷. Enfin, les organisations internationales, également une association d'Etats, peuvent, à bonne distance, être confondues avec l'UE puisque cette dernière dispose de la personnalité juridique²⁵⁷⁸, elle lie des Etats souverains et les normes qui en émanent s'imposent à eux. Cependant, ils divergent en ce que ces dernières se

²⁵⁷⁴ RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, op. cit. Sur le *Brexit*, v. notamment Y. BERTONCINI, « *Le Brexit entre europhobie britannique et euroscepticismes continentaux* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 524 ; F. CHALTIEL, « *Les perspectives du Brexit* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 513 ; S. GOULARD, « *Brexit, pour la défense de la souveraineté européenne* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 520 ; D. ROUSSEAU, « *Le Brexit ou le moment constituant européen* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 564 ; S. TORCOL ET C. MAUBERNARD, « *Le Brexit ou l'Europe politique à la croisée des chemins* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 516 ; L. VAN MIDDELAAR, « *Sept thèses sur le Brexit* », RTD eur., 2016, p. 705.

²⁵⁷⁵ *Confer* Préambule du *Traité sur l'Union européenne*, JO n° C 326 du 26 octobre 2012, pp. 1-390.

²⁵⁷⁶ Le concept de souveraineté n'a pas « du tout de sens dans une fédération, et il faut en faire abstraction si l'on veut tout simplement comprendre l'objet fédératif » O. BEAUD, « *L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter* », Droits, n° 45, 2007, p. 48.

²⁵⁷⁷ « le mot fédération indique d'abord, à son origine historique, l'acte conventionnel (foedus) par lequel deux ou plusieurs groupements politiques constituent une entité politique commune. Cette nouvelle entité est appelée fédération ou Etat fédéral. (...) Au contraire de la confédération, groupement dans lequel les Etats membres gardent (ou obtiennent) leur indépendance et qui relève donc du droit international, le concept de fédération relève du droit constitutionnel » B. DE WITTE, « *Fédération* », in Duhamel, O et Mény, Y (Dir.), Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 2000, p. 435.

²⁵⁷⁸ Art. 47 TUE.

limitent à un simple devoir de coopérer et ignorent notamment, en principe, plusieurs éléments caractéristiques de l'UE tels que le concept de citoyenneté, d'effet direct.

366. Une filiation européenne. Si, partant d'une focalisation externe, il aurait été logique d'exclure les Antilles françaises du champ d'application matériel du droit de l'Union européenne, à l'image de leur exclusion formelle de l'espace Schengen²⁵⁷⁹, car géographiquement extérieures au continent, elles font l'objet d'une véritable intégration au continent²⁵⁸⁰. L'Union européenne a d'ailleurs, progressivement, pris en compte la spécialité des Antilles françaises jusqu'à consacrer expressément leur ultrapériphéricité²⁵⁸¹ – allégorie de leur intégration juridique européenne. Ressortissantes de l'Union, les collectivités territoriales antillaises sont de véritables sujets, par ricochet, du droit de l'Union européenne²⁵⁸². Ce dernier comprend le *droit originaire* caractérisé par

²⁵⁷⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article 138 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes stipule : « *Les dispositions de la présente Convention ne s'appliqueront, pour la République française, qu'au territoire européen de la République française* », JOCE n° L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62. « Ils autorisent la libre circulation des personnes, harmonisent les contrôles aux frontières extérieures de ce qui constitue désormais l'«espace Schengen» et renforcent la coopération policière et judiciaire. Ils font partie, avec leurs protocoles et avec les accords d'adhésion des nouveaux États membres, ainsi qu'avec les différentes mesures de mise en œuvre, de l'«acquis de Schengen» RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, op. cit., p. 820. v. notamment, HREBLAY, V. *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Paris, PUF, 1994.

²⁵⁸⁰ *Exempli gratia* Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union : « *Le territoire douanier de l'Union comprend (...) le territoire de la République française, à l'exception des pays et territoires français d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », précité.

²⁵⁸¹ Art. 349 TFUE. « La reconnaissance d'un statut spécifique établi dans le traité, trouve son fondement dans les principes d'égalité et de proportionnalité permettant de traiter de façon différente la situation distincte de ces régions, afin que les citoyens européens qui y résident bénéficient des mêmes opportunités que les autres citoyens européens, et afin que l'action communautaire puisse être modulée » (Communication de la Commission sur un partenariat renforcé pour les régions ultrapériphériques : bilan et perspectives, COM (2004) 343 du 26 mai 2004, p. 5. (COM/2004/0543 final). LETCHIMY, S., *L'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques*, Paris, Rapport au Premier ministre, 2013. D. CHARLES-LE BIHAN, « *Les RUP : vers une stratégie de prise en compte des catégories territoriales spécifiques* », Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Continuités et changements : journée d'études, 15 janvier 2005, Schoelcher (Martinique), CRPLC, Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe, 2005, pp. 139-152 ; C.-M. GEURTS, « *Les DOM et l'approche globale communautaire des régions ultrapériphériques* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, pp. 375-385 ; P. GUILLAUMIN, « *La dimension ultrapériphérique de l'Union européenne* », in Hache, D. (Dir.), *Quel statut pour les îles d'Europe ?*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 106 ; D. PERROT, « *Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne* », RTD eur., 2009, pp. 717-742 ; D. PRIVAT-TRABLON, « *La gouvernance des RUP. Une notion communautaire ou éminemment interne ?* », in *La gouvernance territoriale dans les régions et départements français d'Amérique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, pp. 133-147. Sur le refus d'adaptation initial du droit de l'Union européenne aux régions ultrapériphériques par la Cour de justice à travers l'exemple de l'octroi de mer, v. notamment, VESTRIS, I, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, op. cit., pp. 109-136). v. également, J. CRUSOL, « *Bilan et perspectives de l'intégration des DOM à la Communauté économique européenne (1957-1992)* », in *Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer ?*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 483-518.

²⁵⁸² Pour une étude d'ensemble, v. notamment, BOULET, M. *Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2012 ; NOUREAU, A. *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse de doctorat, droit, Université de la Rochelle, 2011 (tel-00590966).

les traités fondateurs – le traité CECA du 18 avril 1951, les traités CEE et CEEA du 25 mars 1957 notamment – et les traités dits « composites » tels que le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 ainsi que le *droit dérivé* caractérisé par les actes émanant des institutions de l'Union²⁵⁸³, la jurisprudence et, enfin, les conventions et accords internationaux conclus par l'UE²⁵⁸⁴. Le droit de l'UE s'y applique de plein droit et avec force par application du principe de primauté du droit de l'Union²⁵⁸⁵ sur l'ensemble des règles juridiques nationales et du principe d'effet direct de ce dernier²⁵⁸⁶.

« Il existe une extraterritorialité du droit communautaire : les institutions communautaires peuvent exercer leur compétence normative à l'égard de rapports juridiques établis hors des limites de la Communauté européenne. C'est le cas en matière de concurrence (...) le traité s'applique partout où les Etats membres exercent leur souveraineté ou leur juridiction »²⁵⁸⁷.

Alors, quoique irresponsables²⁵⁸⁸, les collectivités territoriales antillaises, à l'instar des Etats membres de l'UE, n'en demeurent pas moins assujetties au droit de l'Union européenne et sont donc tenues à l'accomplissement de certaines obligations ainsi qu'à la garantie de certains droits²⁵⁸⁹, y compris dans leur rapport au bassin caribéen. La Cour de Justice de l'Union l'a, d'ailleurs, très explicitement affirmé dans l'arrêt *Allemagne c/Commission* : « il incombe à toutes les autorités des Etats membres, qu'il s'agisse d'autorités du pouvoir central, d'autorités d'un Etat fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences »²⁵⁹⁰. Il en va ainsi en matière de liberté de circulation des personnes²⁵⁹¹ notamment.

²⁵⁸³ Art. 288 TFUE.

²⁵⁸⁴ CJCE, 30 avril 1974, R. *c/ V. Haegeman c/Etat belge*, Aff. n° 181-73, Rec. 1974, p. 449.

²⁵⁸⁵ Arrêt *Costa c/ENEL*, précité. v. aussi l'arrêt *Simmenthal*, précité, pt. 21 « l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant appliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire ».

²⁵⁸⁶ Arrêt *Van Gend en Loos*, précité, pts. 23 et 25.

²⁵⁸⁷ RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, op. cit., p. 126.

²⁵⁸⁸ BOULET, M. *Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne*, op. cit., pp. 148-170.

²⁵⁸⁹ BELLARD, E. ET DE SALINS, C., *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, Rapport au Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 2004.

²⁵⁹⁰ CJCE, 12 juin 1990, *Allemagne c/Commission*, Aff. n° C-8/88, Rec., 1990, p. I-2321, pt. 13 ; CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/Royaume de Belgique*, Aff. n° 77/69, Rec., 1970, p. 237, pt. 15.

²⁵⁹¹ Il est un principe de libre circulation des personnes ressortissantes d'Etats membres de l'Union européenne et des membres de leur famille en situation régulière (Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOCE n° L. 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123, pts. 1, 5 et 9). Il s'étend à une dimension économique – l'exercice d'activités salariées (Art. 45 TFUE. v. notamment, le règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JOUE n° L. 141/1 du 27 mai 2011, pp. 1-12) ou non salariées (Art. 49 à 62 TFUE) – et concerne de ce fait l'activité touristique. Le volet

367. La faculté d'empêchement de l'UE. L'Union européenne dispose de compétences qui lui sont exclusivement réservées²⁵⁹² ou partagées avec les Etats membres²⁵⁹³ lesquelles sont en capacité d'avorter les rapports régionaux que les Antilles françaises seraient susceptibles d'entretenir²⁵⁹⁴, y compris dans le cas d'une évolution statutaire modérée²⁵⁹⁵. Il existe ainsi des barrières en matière de *vigilance concurrentielle*²⁵⁹⁶ ou encore de *politique agricole*. Sur ce dernier point, en vertu d'une politique agricole commune²⁵⁹⁷, les produits de l'agriculture bénéficient de subventions et donc d'un avantage comparatif par rapport aux produits agricoles en provenance

« non salarié » s'avère cependant plus emmêlé. Les travailleurs pourront exercer leur activité sous deux formes (*Confer* Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, précitée, pp. 36-68) : l'établissement (Art. 49 TFUE. Sur la notion d'établissement, v. CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard*, Aff. n° C-55/94, *Rec.*, 1995, p. I-4175, pt. 25) – résidence obligatoire – ou la prestation de service (Art. 56 §1 TFUE. La jurisprudence a interprété de manière extensive le principe de libre prestation de services (CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, Aff. n° 286/82 et 26/83, *Rec.*, 1984, p. 377, pt. 1). Dans ce dernier cas, la détermination du droit applicable – celui du lieu de la prestation ou celui du lieu de provenance du prestataire – n'est pas toujours évidente – l'exemple de la détermination du droit applicable au personnel navigant aérien – quoiqu'apparemment simplifiée (directive n° 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE* n° L. 18 du 21 janvier 1997, pp. 1-6). Toutefois, en vertu des articles 45 §3 TFUE, 52 §1 TFUE et 62 TFUE, il demeure admissible que les libertés de circulation des travailleurs, d'établissement et de prestation de services fassent l'objet de restrictions par l'Etat ou, dans les prérogatives qui sont les leurs, par les collectivités territoriales d'outre-mer lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, somme toute par un intérêt général. Portant atteinte au principe de libre circulation des personnes, ces mesures font l'objet d'un encadrement très strict (Art. 27 à 33 de la directive n° 2004/38/CE, précitée ; il subsiste un contre-pouvoir tenant notamment au contrôle par la Commission des décisions de l'autorité à l'origine de la restriction sur fondement des articles 258 à 260 TFUE). Ainsi, sont jugés comme motifs suffisants, les restrictions tenant à la protection de l'environnement (CJCE, 29 novembre 2001, *François De Coster*, Aff. n° C-17/00, *Rec.*, 2001, p. I-9445) ; la protection des consommateurs (CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/France*, Aff. n° 220/83, *Rec.*, p. 3663) ; la protection des travailleurs (CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, Aff. n° 279/80, *Rec.*, p. 3305) notamment. V. notamment, COLLAT, P. *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 560 p. ; ILIOPOULOU, A. *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 796 p. ; D. MARTIN, « *Libre circulation des citoyens de l'Union* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 186, 2017 ; P. RODIERE, « *Libre circulation des personnes et citoyenneté dans la jurisprudence de la Cour de justice*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, vol. 42, n° 1, pp. 163-182.

²⁵⁹² Article 3 TFUE.

²⁵⁹³ Article 4 TFUE.

²⁵⁹⁴ D. PERROT, « *Les départements français de la Caraïbe et la contrainte communautaire dans leurs relations avec les Etats tiers à la Communauté* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, pp. 495-518 ; T. MICHALON, « *Les départements français d'Amérique entre rêve caraïbe et attaches européennes* », in *Le monde caraïbe : défis et dynamiques (Tome 2) - Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, Actes du colloque international de Bordeaux, 3-7 juin 2003, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, pp. 149-165.

²⁵⁹⁵ « (...) pour que les avantages et contraintes du droit communautaire cessent de leur être applicables, il faudrait une modification du traité (...) » J. ZILLER, « *Les possibilités et les limites constitutionnelles et internationales d'évolutions statutaires* », in *La loi d'orientation pour l'outre-mer*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 74.

²⁵⁹⁶ Articles 101 §1 TFUE : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur (...)* » et 102 al. 1^{er} TFUE : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci (...)* ».

²⁵⁹⁷ Art. 38 à 44 TFUE.

de territoires extérieurs notamment ACP²⁵⁹⁸. Il en va également en matière de *politique commerciale*²⁵⁹⁹. La faculté d'empêchement s'illustre par l'infliction de normes particulièrement nombreuses, élevées²⁶⁰⁰, quoique parfois assorties de tolérances, et difficiles à respecter pour de petites économies telles que celles des pays de la Caraïbe²⁶⁰¹ comme l'illustre notamment les normes de commercialisation, d'étiquetage²⁶⁰², les caractéristiques, dimensions, composition, poids, conditionnement des produits, celles relatives à l'information du consommateur, les normes sanitaires et phytosanitaires. Il en va également en matière d'échanges internationaux notamment. La dynamique contemporaine de simplification des échanges à l'image du processus visant à la suppression des *obstacles techniques inutiles* et à la *réduction des différences* entre les pays ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) et les territoires intégrés à l'UE²⁶⁰³, quoiqu'à l'état embryonnaire, n'augure aucunement un assouplissement des exigences européennes.

²⁵⁹⁸ Art. 40 §2, al. 1^{er} TFUE : « L'organisation commune sous une des formes prévues au paragraphe 1 peut comporter toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs définis à l'article 39, notamment des réglementations des prix, des subventions tant à la production qu'à la commercialisation des différents produits, des systèmes de stockage et de report, des mécanismes communs de stabilisation à l'importation ou à l'exportation ». v. notamment, Règlement (UE) n° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) n° 352/78, (CE) n° 165/94, (CE) n° 2799/98, (CE) n° 814/2000, (CE) n° 1200/2005 et n° 485/2008 du Conseil, JOUE n° L. 347 du 20 décembre 2013, pp. 549-607 ; Règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, JOUE n° L. 347 du 20 décembre 2013, pp. 487-548 ; Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche relevant du Cadre stratégique commun, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen et au Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement (CE) n°1083/2006, JOUE n° L. 347 du 20 décembre 2013, pp. 320-469.

²⁵⁹⁹ Art. 3 §1, e) TFUE. « On ne saurait dès lors admettre que, dans un domaine tel que celui réglé par l'arrangement en cause, et qui relève de la politique d'exportation et plus généralement de la politique commerciale commune, il y ait une compétence des Etats membres parallèle à celle de la Communauté, dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international » (CJCE, 11 novembre 1975, avis rendu en vertu de l'article 228 §1, al. 2 du traité CEE, n° 1/75, *Rec.*, 1975, p. 1355).

²⁶⁰⁰ V. notamment, T. BANGUI, « Le droit à la sécurité sanitaire des aliments et l'article 349 TFUE », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n° 547, avril 2011.

²⁶⁰¹ Par l'adoption de techniques spécifiques communes aux Etats membres – il pèse d'ailleurs une présomption de conformité aux normes européennes dans chacun des Etats membres –, l'Union européenne entend proposer une réelle transparence dans la qualité des produits. V. notamment, AUBRY-CAILLAUD, F. *Normes techniques et certifications*, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 560, 2011 ; AUBRY-CAILLAUD, F. *La libre circulation des marchandises – Nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, Pedone, 1998 ; PERALDI-LENEUF, F. *La politique communautaire d'harmonisation technique et de normalisation*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 1996 ; VOINOT, D. *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, Thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1993.

²⁶⁰² F. COMBOT-MADEC, « L'implication difficile des pays en développement dans les démarches volontaires. L'exemple de l'étiquetage » in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 237-255.

²⁶⁰³ Art. 47 et 48 de l'accord de partenariat n° 2000/483/CE entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part (Accord de Cotonou), signé à Cotonou le 23 juin 2000, JO n° L. 317 du 15 décembre 2000, pp. 3-353. L'accord de Cotonou est un accord de coopération multiple signé le 23 juin 2000 entre l'Union européenne et les Etats d'Afrique, des Caraïbes

368. Une simplification formelle des échanges : l'effectivité d'une union douanière.

Nous rappelons l'existence d'une union douanière au sein de l'Union européenne qui s'inscrit dans une perspective de fluidification des échanges de biens²⁶⁰⁴. Par conséquent, les entités territoriales

et du Pacifique dont les objectifs principaux visaient « (...) la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté et l'intégration progressive des États ACP dans l'économie mondiale, tout en respectant les objectifs du développement durable » (Source Eur-Lex). Il succède, tout en la reprenant, à la convention de Lomé signée le 28 février 1975 arrivée à échéance. Pour aller plus loin, v. J. LEBULLENGER, « *Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC* », Revue des affaires européennes, 2001-2002/1, p. 75 ; E. JOS, « *La Communauté Economique Européenne et l'appui à l'ajustement structurel dans les Pays ACP : le défi de la différence* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, pp. 269-279.

²⁶⁰⁴ Par « biens », il faut entendre « marchandises » (sur cette notion, voir CJCE, 10 décembre 1968, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, Aff. n° 7/68, *Rec.*, p. 617, pt. 2). L'Union européenne constitue un territoire douanier exclusif (Art. 28 à 32 TFUE. v. également, l'article 3 §1, a) TFUE fixant la compétence exclusive de l'UE) auquel les Antilles françaises, autrefois exclues (Art. 3 du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire, *JOCE* n° L. 302 du 19 octobre 1992, pp. 1-50), sont désormais intégrées (Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, précité). *Confer* art. 52 §1 TUE et, spéc. art. 355 §1 TFUE) sous réserve d'une mise en œuvre de l'article 349 TFUE portant opportunité d'adaptation de ces territoires. Leurs échanges avec les Etats membres de l'Union européenne et les autres territoires de la République, sont réalisés, en principe, en exemption, de droits de douane et de taxes d'effet équivalent (CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten*, Aff. C-221/06, *Rec.*, 2007, p. I-09643, pt. 27 ; A. RIGAUD, « *Les collectivités territoriales et la libre circulation des marchandises et des personnes* », in *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 154), et, d'impositions intérieures (Art. 110 et 111 TFUE. v. notamment, CJUE, 7 avril 2011, *Ioan Tatu*, Aff. n° C-402/09, *Rec.*, 2011, p. I-02711, pt. 34 ; (CJCE, 17 mai 1983, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, Aff. n° 132/82, *Rec.*, 1983, p. 1649, pts. 8 et 13). Sont également interdites les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent (Art. 34 et 35 TFUE. CJUE, 16 janvier 2014, *UAB « Juvelta »*, Aff. n° C-481/12, *Rec.*, numérique, pt. 16) ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c/ Percy Mickelsson et Joakim Roos*, Aff. n° C-142/05, *Rec.*, 2009, p. I-04273, pt. 24) sous réserve de motifs essentiellement d'intérêt général (Art. 36 TFUE ; on parle des « intérêts essentiels de l'Etat » (Arrêt, *Thompson*, précité, pt. 34). Il en va ainsi notamment en matière de protection de l'environnement urbanistique (arrêt *François De Coster*, précité), des produits culturels (CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Mediennwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, Aff. n° C-531/07, *Rec.*, 2009, p. I-03717). v. notamment, BLUMANN, C. (Dir.) *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2015, 542 p. ; J.-M. GRAVE, « *L'interdiction des taxes d'effet équivalent à un droit de douane : un élément fondateur de l'union douanière au service du marché intérieur et de la politique commerciale commune* », Revue des affaires européennes, 2005/4, pp. 621-635 ; L.-V. MAUBLANG-FERNANDEZ, « *L'extension de la notion de taxe d'effet équivalent à des droits de douane dans la jurisprudence de la Cour* », Revue du Marché commun, 1997, p. 126 ; P. OLIVER, « *La spécificité de la libre circulation des marchandises* », in Dubout, E. et Maitrot de la Motte, A. *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 277-287 ; F. PICOD, « *Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 530, 2017 ; « *Interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 540, 2015 ; C. VIAL, « *Libre circulation des marchandises. Harmonisation des législations* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 551, 2013. **Il est toutefois quelques exceptions ultramarines** : l'octroi de mer et la TVA. **S'agissant de l'octroi de mer**. S'il ne saurait être, aujourd'hui, observé comme étant illicite en vertu de l'article 349 TFUE établissant la spécificité des régions ultrapériphériques (RUP) (Art. 349 TFUE), il continue, néanmoins, de constituer une atteinte portée à l'intégrité et la cohérence de l'ordre juridique de l'Union (Voir *supra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié »). **S'agissant de la TVA**. S'il est constant que les Antilles françaises font partie intégrante du territoire douanier de l'UE, elles sont exclues de son territoire fiscal ; elles sont considérées comme des territoires tiers dit « territoire d'exportation ». A ce propos, on parle de livraisons de biens extracommunautaires ou d'importations et d'exportations (Art. 294 du Code général des impôts sur les livraisons de biens corporels et Art. 259 et s. du CGI sur les livraisons de biens incorporels soumises au régime des prestations de service). BOI-TVA-GEO-20-40, §90 et s. Les exportations sont exonérées de la TVA française (Art. 262, I, 1° du CGI) et les importations y sont soumises (Art. 291, I, 1 du CGI) aux taux en vigueur (Art. 296 du CGI) – y compris entre collectivités territoriales d'outre-mer à l'exclusion des importations entre la Martinique et la Guadeloupe formant un marché unique (BOI-TVA-GEO-20-40, §80). Un tel dispositif dérogatoire du droit commun altère inévitablement la continuité des échanges au sein de l'Union.

incorporées au territoire douanier de l'UE²⁶⁰⁵ adoptent un *tarif douanier commun*²⁶⁰⁶. Il s'agit d'un tarif régional²⁶⁰⁷ applicable aux importations de produits en provenance de pays tiers sur le territoire de l'Union. Il est fixé unilatéralement par l'UE ou multilatéralement dans le cadre notamment de relations privilégiées avec les pays ACP notamment. Lesdites entités adoptent également une *politique commerciale commune*²⁶⁰⁸ relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne. Elle vise notamment à contribuer au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières²⁶⁰⁹. Ce qui induit une communauté d'actions commerciales vis-à-vis de produits ou services en provenance²⁶¹⁰ ou à destination²⁶¹¹ de pays tiers : « (...) des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les

²⁶⁰⁵ Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, précité.

²⁶⁰⁶ Art. 31 TFUE.

²⁶⁰⁷ « (...) les organisations communes des marchés agricoles (...) ne peuvent remplir leur fonction que si les dispositions auxquelles elles donnent lieu sont appliquées de manière uniforme dans tous les Etats membres ; (...) les désignations des marchandises faisant l'objet de ces organisations doivent donc avoir, dans tous les Etats membres, la même portée (...) une telle exigence serait compromise si, en cas de difficulté dans le classement tarifaire d'une marchandise, chaque Etat membre pouvait fixer lui-même cette portée par voie d'interprétation » (CJCE, 18 février 1970, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c/ Firma Paul G. Bollmann*, Aff. n° 40/69, *Rec.*, 1970, p. 69, pts. 8 et 9). *Confer* règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil du 23 juillet 1987 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, *JOCE* n° L. 256 du 7 septembre 1987, p. 1 : « Il établit la base juridique du TARIC, le tarif intégré de l'Union européenne (UE), et introduit un système commun pour le codage et la classification des marchandises, connu sous le nom de nomenclature combinée (NC), qui est essentiel pour le traitement et la publication des statistiques commerciales de l'Union européenne ».

²⁶⁰⁸ Art. 206 et 207 TFUE.

²⁶⁰⁹ Art. 206 TFUE.

²⁶¹⁰ Règlement (UE) n° 2015/478 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux importations, *JOUE* n° L. 83 du 27 mars 2015, pp. 16-33, dont l'article 1^{er} dispose qu'il « (...) s'applique aux importations des produits originaires des pays tiers, à l'exception des produits textiles soumis à des règles d'importation spécifiques en vertu du règlement (CE) n° 517/94 ; des produits originaires de certains pays tiers énumérés dans le règlement (CE) n° 625/2009 du Conseil. L'importation dans l'Union des produits visés au paragraphe 1 est libre et n'est donc soumise à aucune restriction quantitative, sans préjudice des mesures de sauvegarde pouvant être prises en vertu du titre V ». Cette liberté de l'importation, engendrant par là même des effets potentiellement indésirables – *dumping*, subventions notamment (Art. 207 §1 TFUE) –, s'accompagne d'une série de contre-mesures. Ainsi, afin de prévenir ou lutter contre les subventions publiques et *dumping* – « un produit est considéré comme faisant l'objet d'un dumping lorsque son prix à l'exportation vers l'Union est inférieur au prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire dans le pays exportateur » (Art. 1^{er} §2 du règlement (UE) n° 2016/1036, post-cité) –, ont été adoptés, les règlements (UE) n° 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L. 176 du 30 juin 2016, pp. 21-54 ; n° 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L. 176 du 30 juin 2016, pp. 55-91.

²⁶¹¹ Règlement (UE) n° 2015/479 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations, *JOUE* n° L. 83 du 27 mars 2015, pp. 34-40, dont l'article 1^{er} dispose : « Les exportations de l'Union à destination des pays tiers sont libres, c'est-à-dire non soumises à des restrictions quantitatives, à l'exception de celles qui sont appliquées conformément au présent règlement ».

mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. (...) »²⁶¹². Rappelons également que s'agissant des Pays et territoires d'outre-mer (PTOM)²⁶¹³ visant les dépendances ultramarines des Etats membres de l'UE exclues du territoire douanier de l'Union, il n'existe pas, en principe²⁶¹⁴, de restrictions à l'échange de biens entre les membres du territoire douanier de l'Union européenne et les PTOM²⁶¹⁵. Prosaïquement, les produits en provenance de Martinique ou de Guadeloupe ont tout loisir de s'introduire en franchise de droits de douane sur le territoire de l'île d'Aruba et inversement – sous réserve d'octroi de mer (les Antilles françaises) et de nécessités en matière de développement et industrialisation (les PTOM)²⁶¹⁶.

369. Des obstacles de fait dans les relations de l'UE avec les pays tiers : le cas des pays ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique)²⁶¹⁷. Jusqu'à l'accord de partenariat économique²⁶¹⁸, les

²⁶¹² Art. 207 §1 TFUE.

²⁶¹³ Art. 198 à 204 TFUE. Dans la Caraïbe, pour le Royaume des Pays-Bas : les îles d'Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Saint-Eustache, *Sint Maarten* ; pour le Royaume-Uni : Anguilla, les Bermudes, les îles Caïmans, Montserrat, les îles Turques-et-Caïques et les îles Vierges britanniques.

²⁶¹⁴ Nous rappelons que les Antilles françaises appliquent une taxe particulière – l'octroi de mer dont le fait générateur est le franchissement des frontières – à la plupart des produits importés.

²⁶¹⁵ Art. 199 §1 TFUE : « *Les États membres appliquent à leurs échanges commerciaux avec les pays et territoires le régime qu'ils s'accordent entre eux en vertu des traités* » ; Art. 199 §2 TFUE : « *Chaque pays ou territoire applique à ses échanges commerciaux avec les États membres et les autres pays et territoires le régime qu'il applique à l'État européen avec lequel il entretient des relations particulières* » ; Art. 200 §1 TFUE : « *Les importations originaires des pays et territoires bénéficient à leur entrée dans les États membres de l'interdiction des droits de douane qui intervient entre les États membres conformément aux dispositions des traités* » ; Art. 200 §2 TFUE : « *À l'entrée dans chaque pays et territoire, les droits de douane frappant les importations des États membres et des autres pays et territoires sont interdits conformément aux dispositions de l'article 30* ». *Confer* art. 35 à 43 de la décision n° 2001/822/CE du Conseil, du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne, JOCE n° L. 314 du 30 novembre 2001, pp. 1-77. v. notamment, J. BLOT, « *L'application du traité CE aux territoires d'outre-mer* », AJDA, 2003, 1426 p. ; J. ZILLER, « *Les outre-mer de l'Union européenne* », Revue de l'Union européenne, 2017, 408 p.

²⁶¹⁶ Art. 200 §3 TFUE.

²⁶¹⁷ Accord de partenariat n° 2000/483/CE entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres (Accord de Cotonou), d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, précité.

²⁶¹⁸ Est ici visé l'Accord de partenariat économique entre les Etats du Cariforum d'une part, et la Communauté européenne (CE) et ses Etats membres d'autre part, du 15 octobre 2008 entré en vigueur à titre provisoire le 29 décembre 2008. Il est un accord de libre-échange commercial, dont les règles sont compatibles avec l'OMC, entre l'Union européenne (ex-CE) et la zone Caraïbe des pays ACP. Il poursuit notamment l'objectif de promouvoir le développement économique durable d'un point de vue social et environnemental, aider à la réduction des écarts entre les petits Etats de la Caraïbe et la communauté internationale. V. notamment, la résolution du Parlement européen « *L'impact sur le développement des accords de partenariat économique* », n° A6-0053/2006 du 23 mars 2006. J. LEBULLENGER ET S. PERRIN, « *Les accords de partenariat économique - Un nouveau modèle pour les relations commerciales* », RMCUE, 2008, pp. 605-617. (Cet article comprend une discussion intéressante sur le système des préférences généralisées (SPG) ; M. ABBAS, « *La reconexion asymétrique : le cas des accords de partenariat économique entre l'UE et les ACP* », La chronique des Amériques, janvier 2008, n°1, p. 6 ; S. BILAL, « *Les accords APE tremplin ou pierre d'achoppement ?* », Eclairage sur les négociations de Doha à Cotonou, février 2008, n°1, p. 2 ; C. TAUBIRA, « *Les accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays ACP - Et si la Politique se mêlait enfin des affaires du monde ?* », Rapport au Président de la République, 16 juin 2008.

Convention de Lomé et Accord de Cotonou²⁶¹⁹ successif – en vigueur jusqu’en 2020 – se sont révélés insuffisants devant le défi de l’accroissement de la compétitivité des pays de la Caraïbe. L’Accord de Cotonou a pour ambition l’intégration à l’économie mondiale d’entités territoriales en retard de développement. Afin d’y parvenir, il fixe plusieurs axes de coopération compensatoire, parmi lesquels une coopération technique, financière, politique et, bien entendu, économique et commerciale. Ce dernier axe prévoit la conclusion d’accords de partenariat économique (APE) compatibles avec les règles de l’Organisation mondiale du commerce (OMC)²⁶²⁰ – l’exemple de l’APE Cariforum-UE, l’accord de partenariat économique entre les Caraïbes et l’Union européenne²⁶²¹ – qui s’accompagnent d’un droit d’accès privilégié au marché européen. A cette fin, les entraves aux échanges commerciaux entre les deux parties – droits de douane et taxe d’effet équivalent, les restrictions quantitatives et mesures d’effet équivalent – sont réduites²⁶²². Ce qui rompt avec l’esprit des précédentes conventions qui faisait reposer ce volet du programme de développement sur une opportunité à la discrimination – les pays en développement bénéficiaient d’un système de préférences tarifaires qui consistait en la différenciation de traitement des

²⁶¹⁹ Pour aller plus loin, v. notamment, EBALE, R. *L’Union européenne et les pays ACP*, Paris, L’Harmattan, 2015, 124 P.

²⁶²⁰ Art. 36 de l’Accord de Cotonou, précité. Confer GAYMARD, H. ET FRUTEAU, J.-C. *Rapport d’information sur les accords de partenariat économique entre l’union européenne et les pays d’Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, Paris, Assemblée nationale, n° 2133, 2009.

²⁶²¹ Pour une étude d’ensemble, v. K. GALY, « *La nouvelle stratégie union européenne-Caraïbes. Quelle place pour les entités infra-étatiques françaises de la Caraïbe ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l’indifférence à l’interaction*, Paris, L’Harmattan, 2014, pp. 305-327.

²⁶²² Confer Règlement (UE) n° 2016/1076 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016 appliquant aux produits originaires de certains États appartenant au groupe des États d’Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) les régimes prévus dans les accords établissant ou conduisant à établir des accords de partenariats économiques, JOUE n° L 185 du 8 juillet 2016, pp. 1-191. Art. 14 §1 de l’Accord de partenariat économique (APE) entre les États du Cariforum, d’une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d’autre part, précité : « *Les droits de douane à l’exportation ne sont pas applicables aux marchandises originaires des États du Cariforum et importées dans la partie CE et inversement* » ; Art. 15 de l’APE : « *Les marchandises originaires des États du Cariforum sont importées dans la partie CE en franchise de droits de douane, à l’exception des marchandises mentionnées à l’annexe II et dans les conditions qui y sont définies* » ; Art. 16 §1 et 2 de l’APE : « *Les marchandises originaires de la partie CE ne sont pas soumises, lors de leur importation dans les États du Cariforum, à des droits de douane supérieurs à ceux indiqués à l’annexe III* » ; « *Les marchandises originaires de la partie CE sont exonérées, lors de leur importation dans les États du Cariforum, de tous les droits de douane au sens de l’article 11 autres que ceux énumérés à l’annexe III* » ; Art. 18 de l’APE : « *Les parties reconnaissent l’objectif d’une perception unique des droits de douane sur les marchandises originaires importées dans la partie CE ou dans les États signataires du Cariforum (...)* » ; Art. 26 de l’APE : « *Aucune interdiction ou restriction à l’importation ou à l’exportation de marchandises originaires, autre que les droits de douane et taxes et les redevances et autres impositions prévues à l’article 13, prenant la forme de contingents, de licences d’importation ou d’exportation ou d’autres mesures, ne peut être maintenue à compter de l’entrée en vigueur du présent accord. (...)* » ; Art. 27 §1 de l’APE : « *Les importations originaires ne sont pas frappées, directement ou indirectement, de taxes ou d’autres impositions intérieures, de quelque nature qu’elles soient, supérieures à celles appliquées, directement ou indirectement, aux produits nationaux similaires. En outre, les parties et les États signataires du Cariforum n’appliquent pas, par un autre moyen, de taxes ou autres impositions intérieures de manière à protéger les produits nationaux similaires* ». Face au risque d’une telle libéralisation commerciale, des moyens de défense commerciale sont envisagés. Parmi lesquels, les mesures antidumping (Art. 23 de l’APE) ou encore la clause de sauvegarde (Art. 25 de l’APE). V. notamment, L. POTVIN-SOLIS, « *Du système de préférences non réciproques aux accords de partenariat économique* », *Civitas Europa*, 2016/1, n° 36, pp. 111-128.

marchandises²⁶²³. Cela contrevenait au principe de non-discrimination de l'OMC²⁶²⁴. Désormais, en vertu d'une clause de réciprocité, les marchandises, produits de relations commerciales entre l'UE et les pays ACP, font l'objet d'une identité de traitement. Mais, il apparaît que ce principe de réciprocité est lui-même porteur d'atténuations à la libre circulation des marchandises entre les pays ACP et l'UE. Tout d'abord, le risque de perturbation du marché local n'est pas exclu. La Commission européenne a retenu le principe d'une clause de sauvegarde régionalisée consistant en le rétablissement, sous réserve de validation par la Commission, des droits de douanes sur certains produits jugés sensibles pour une durée déterminée²⁶²⁵. Ensuite, les pays ACP se montrent particulièrement réticents aux accords de partenariat économique²⁶²⁶. Tous les Etats caribéens n'ont pas signé voire ratifié l'accord de partenariat économique et, même s'ils l'ont fait, n'ont pas entrepris les démarches nécessaires à l'accomplissement d'une véritable libéralisation des échanges. Les causes de cette résistance sont plurielles. Parmi lesquelles, la prégnance de rivalités intrarégionales, la prégnance du manque à gagner résultant de la suppression des taxes et des restrictions quantitatives, l'inintégration régionale, une – trop ? – profonde dissymétrie dans les rapports. A

²⁶²³ Le régime fiscal et douanier applicable aux Etats ACP apparaissait avantageux en raison de préférences commerciales unilatéralement octroyées à ces derniers par l'UE créant un déséquilibre significatif voulu entre les parties contractantes. Les produits en provenance des pays ACP s'introduisaient en franchise de droits fiscaux, de droits de douane, entre autres, sur le territoire de l'Union, ce qui inclut celui des Antilles françaises (Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union : « *Le territoire douanier de l'Union comprend (...) le territoire de la République française, à l'exception des pays et territoires français d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », précité), sans réciprocité franche sur les produits en provenance de l'Union (BELORGEY, G. (DIR.), « *Outre-mer : le défi des singularités* », Rapport du Commissariat général au Plan pour la préparation du XI^{ème} Plan, La Documentation française, 1992, pp. 62-66. Il nous a été tout de même donné de relativiser cette disproportion contractuelle. En pratique, les pays ACP de la zone Caraïbe ne font pas partie des fournisseurs ou territoires d'exportations privilégiés des Antilles françaises. On rappelle que les échanges extérieurs hors produits pétroliers ne concernent, aujourd'hui, respectivement que 0,8 % des importations de biens et 1,3 % des exportations de biens – chiffres qui témoignent de l'impérieuse nécessité d'un changement de paradigme (Confer IEDOM Martinique, *Rapport annuel, op. cit.*, p. 54).

²⁶²⁴ Le principe de non-discrimination repose sur trois piliers : la clause de la nation la plus favorisée qui stipule que soit accordé un traitement identique aux marchandises à l'importation indépendamment de leur provenance (Art. 1^{er} de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le Commerce (GATT de 1947) ; la clause du traitement national qui stipule une identité de traitement entre les marchandises à l'importation et les marchandises nationales (Art. III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le Commerce) et, par extension, le principe de réciprocité (non formellement repris par l'accord du GATT) qui implique que les parties consentent réciproquement les mêmes concessions tarifaires (Art. II de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le Commerce). V. notamment, M. VIRALLY, « *Le principe de réciprocité dans le droit international* », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967, vol. III, pp. 5-98 ; DECAUX, E. *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit international, t. LXXXII, 1980, 374 p. ; P. PESCATORE, « *La clause de la nation la plus favorisée dans les relations multilatérales* », Annuaire de l'Institut de Droit international, 1969, pp. 1-291 ; CARREAU, D. *Commerce international multilatéral (Droit matériel commun)*, Répertoire de droit international (Dalloz), 2012, n° 7 à 36 ; SAUVIGNON, E. « *La clause de la nation la plus favorisée* », Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, 372 p. ; VINCENT, P. *L'OMC et les pays en développement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 41 p. et s.

²⁶²⁵ Art. 25 de l'Accord de partenariat économique entre les Etats du Cariforum d'une part, et la Communauté européenne (CE) et ses Etats membres d'autre part, du 15 octobre 2008, précité.

²⁶²⁶ I. TREPANT, « *La politique commerciale européenne et les pays en développement* », Courrier hebdomadaire du CRISP, 2012/39, n° 2164-2165, pp. 31-35, spéc. p. 31.

propos de cette dernière, la sortie de la non-réciprocité ne s'est accompagnée ni d'un infléchissement des exigences européennes en termes de normalisation notamment, ni d'une extension de la politique européenne de concurrence pour pallier les risques de distorsion concurrentielle entre produits ACP et produits européens dans la mesure où les seconds sont parfois subventionnés notamment en matière agricole.

370. L'article 349 TFUE. De l'ultrapériphéricité des Antilles françaises consacrée par l'article 349 TFUE, il est loisible d'extraire un principe d'adaptation du droit. Lequel, émanation du régime dérogatoire du droit commun, rétablit les Antilles françaises dans leur citoyenneté européenne : « *(En dotant le Conseil de prérogatives qui lui permettent d'arrêter) des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application de ces traités à ces régions* »²⁶²⁷. Si l'on pouvait y lire l'opportunité d'un rapprochement des Antilles françaises à la Caraïbe, effritant par là même le lien vertical qui les unit à l'Union, c'est avec restriction que s'interpréterait l'article 349 TFUE²⁶²⁸.

Le rattachement du droit applicable aux Antilles françaises achève de rendre improbable leur intégration régionale. C'est ainsi que les Antilles françaises s'éloignent irrésistiblement de leur espace régional d'implantation. Un fossé qui, au regard de l'approche minimaliste de l'intégrationnisme caribéen et de priorités divergentes, sera évidemment difficile à combler.

²⁶²⁷ Alinéa 1^{er} de l'article 349 TFUE (Parenthèses ajoutées). S'il était une source de la différenciation de traitement, elle résiderait « dans les principes d'égalité et de proportionnalité permettant de traiter de façon différente la situation distincte de ces régions. Grâce à ce statut, l'Union européenne permet aux citoyens originaires des régions ultrapériphériques de bénéficier des mêmes opportunités que celles prévalant dans l'ensemble de l'Union en modulant l'action communautaire » (COMMISSION EUROPEENNE, *Un partenariat renforcé pour les RUP*, Communication de la Commission européenne (COM/2004/0543 final).

²⁶²⁸ Art. 349 al. 3 TFUE : « *Le Conseil arrête les mesures visées au premier alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes* ». Nous soulignons. Arrêt *Paul Chevassus-Marche*, précité, pt. 41. La Cour de justice a rappelé que les « institutions communautaires (...) ne peuvent autoriser que les dérogations strictement nécessaires et limitées dans le temps ». v. D. PERROT, « La première interprétation de l'article 349 TFUE par la CJUE - Clarifications et interrogations sur le statut des régions ultrapériphériques », *Revue de l'Union européenne*, janvier 2017, n° 604, pp. 40-52 ; E. JOS, « Statuts communautaires et développement durable des régions ultrapériphériques françaises », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, Harmattan, 2007, p. 156 et s. ; VESTRIS, I, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 167-523. Voir *infra* paragraphe n° 390.

II. Une exogénéité : la disqualification à la source de l'intégrationnisme caribéen

371. Une intégration fictive. Instrument intégratif caribéen de « droit commun », le fait économique régional est le produit d'une construction commune essentiellement réalisée autour du marché. Le point de départ de la construction caribéenne est l'économie même si l'initiative est politique. Il reste à déterminer si, à l'instar du modèle européen, les ensembles caribéens sont parvenus à la création d'un espace économique unique. En théorie, et nous avons partiellement répondu à cette question au chapitre précédent, l'intégration économique est en état futur (variablement éloigné) d'achèvement. Elle le semble d'autant plus en pratique à l'image des échanges entre membres de plein droit des ensembles caribéens dits « d'intégration ». Quoique substrat de l'intégration régionale caribéenne, le recours à l'économique échoue à la matérialiser et apparaît inapte à en masquer l'insuffisance normative (A). D'autres obstacles sont venus renforcer l'abstraction de l'intégration régionale. Ils tiennent notamment à une hétérogénéité dans la saisie du droit à l'origine de profondes distorsions entre les Antilles françaises, d'une part, et la Caraïbe, d'autre part (B).

A – Une communauté d'économie : l'approche monadique de l'intégration régionale caribéenne

372. L'investissement caribéen dans une intégration économique. Une communauté d'économie. Cette dernière expression qualifie le rôle majeur joué par l'économie dans la construction caribéenne. KARINE GALY affirmait que « c'est singulièrement dans le domaine économique que le régionalisme (*d'intégration*) trouve un terrain d'expression »²⁶²⁹. Le critère retenu

²⁶²⁹ « La construction d'une identité caribéenne, de même que l'idée de faire de la zone une aire homogène, constituent le fil conducteur du régionalisme caribéen. Cet objectif se concrétise à travers un régionalisme aux modalités diverses : le régionalisme de coopération, de portée limitée vise la promotion des échanges entre les Etats membres par l'établissement de solidarités, dans le respect des souverainetés. (...) Le régionalisme d'intégration, de portée plus étendue, qui institue des rapports mutuels d'authentiques éléments de fédéralisme. Ici, la souveraineté des membres est limitée » K. GALY, « *La coopération régionale entre les départements-régions français d'Amérique et la Caraïbe : une lente structuration* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la*

est celui d'une intensité des rapports régionaux caractérisée par une introversion de l'économie. Il est considéré que l'économie, ou plutôt le fait économique – élément matériel –, bien que labile²⁶³⁰, procyclique, agrégé à l'*affectio cooperandi* ou *animus cooperandi*²⁶³¹ – élément moral qui atteste de la volonté des partenaires de couler leurs relations dans un moule coopératif durable – apparaît en capacité de la révéler. La classification opérée par BELA BALASSA, économiste hongrois, en 1961, dans *The theory of economic integration*²⁶³² est éclairante. Il y postule que l'intégration économique est qualifiée à la révélation de l'un des *degrés* suivants. Une **zone de libre-échange** (*free trade area*). C'est la situation où les Etats membres suppriment tous les obstacles aux échanges entre eux tout en se réservant la faculté d'appliquer leurs propres règles aux échanges extérieurs. Une **union douanière** (*customs union*). C'est la situation où les Etats membres non seulement suppriment tous les obstacles aux échanges entre eux mais aussi se regroupent autour d'une politique commerciale extérieure commune. Un **marché commun** (*common or single market*). C'est l'état du marché où l'union douanière ainsi que la libre circulation des personnes, capitaux, marchandises et services sont garanties. Une **union économique** (*economic union*). C'est l'état d'un marché commun s'étendant à l'unité monétaire, à l'unification des politiques économiques communes. Enfin, une **union politique** (*political union*). C'est la situation où deux ou plusieurs Etats fusionnent. Comme nous l'avons vu²⁶³³, en dehors de l'union politique, chacun de ces degrés est variablement observable dans les ensembles régionaux caribéens – la marché unique dans la CARICOM et l'union économique et monétaire dans l'OECD.

373. L'impropriété de la notion d'intégration régionale dans la Caraïbe. Il nous faut, en premier lieu, distinguer la notion d'intégration régionale de celles de régionalisation et de régionalisme, souvent employées indistinctement, en ce que leurs effets de droit et, indéniablement, d'économie ne sont pas substituables. Nous nous rallions à la hiérarchisation opérée par monsieur le professeur YANN RICHARD. La régionalisation désignerait la « concentration régionale des échanges », le régionalisme traduirait une « coopération politique renforcée voire une coordination,

connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane, Paris, Publibook, 2008, t.1, pp. 73-93, spéc. p. 73. Parenthèses ajoutées. Nous soulignons.

²⁶³⁰ « (...) les données économiques sont diverses, parfois contradictoires et souvent mystérieuses, de sorte que se serait folie que d'édicter des règles sur la foi de calculs aussi incertains et de prévisions aussi aléatoires », ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, *op. cit.*, n° 106, p. 115.

²⁶³¹ L'*animus cooperandi* est « l'obligation de collaboration égalitaire dans l'intérêt commun (*qui, matériellement, se traduit par*) une information réciproque, une assistance mutuelle (*des partenaires*) et (*les*) décisions (*qu'ils prennent*) ne doivent pas être contraires à l'intérêt commun » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 100. (Italiques ajoutés).

²⁶³² BALASSA, B., *The theory of economic integration*, *op. cit.* C'est la théorie fondatrice de l'Union européenne.

²⁶³³ Voir *supra* Section 2. Une approche caribéenne duale de l'intégration régionale.

éventuellement dans le cadre d'un accord commercial ou politique régional » et l'intégration régionale, « un processus par lequel les interactions entre des territoires contigus croissent à tel point qu'elles finissent par être plus intenses en interne qu'avec les territoires situés à l'extérieur »²⁶³⁴. En deuxième lieu, aucune des expériences de regroupement régional dotée de la force de contraindre – ce qui, nous le rappelons, exclut l'AEC au droit mou – n'a permis la réalisation unanime et systématique de l'intégration régionale²⁶³⁵. Il en va ainsi notamment de l'existence d'une clause de réserve de souveraineté des Etats membres²⁶³⁶ dans le cadre de l'OECD²⁶³⁷ et de la clause de réserve d'adhésion des Etats membres au Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales instituant l'Union économique et monétaire²⁶³⁸. Il en va, également, dans le cas de la CARICOM notamment d'une clause similaire de réserve de souveraineté des Etats membres²⁶³⁹, de l'adhésion marginale des Etats membres de la CARICOM à l'Accord établissant la Cour caribéenne de Justice (CCJ)²⁶⁴⁰. Outre qu'elle soit l'institution juridictionnelle référente en matière d'interprétation et d'application des droits originaire et dérivé, elle est un second degré de juridiction²⁶⁴¹ auquel seule une portion marginale d'Etats de la CARICOM – la Barbade, le Belize, la Dominique et le Guyana – ont adhéré. Au surplus, il existe une discordance traditionnelle entre la ratification du traité et son application matérielle par les

²⁶³⁴ Y. RICHARD, « *Integração regional, regionalização, regionalismo* », art. cit., pp. 14-16. V. notamment, G. GAULIER, S. JEAN ET D. ÜNAL-KESENCI, « *Régionalisation et régionalisme* », in *L'économie mondiale 2006*, Paris, La Découverte, 2005, p. 84 et s.

²⁶³⁵ Des origines coloniales, pourtant communes, qui auraient pu fédérer, ont concouru à renforcer l'attachement de ces territoires à leur souveraineté avortant toute intégration régionale poussée (D. O'BRIEN, « *CARICOM : Regional Integration in a Post-Colonial World* », *European Law Journal*, 2011, pp. 642-660). E. DUBESSET, « *Penser autrement l'identité régionale caribéenne* », art. cit., §64.

²⁶³⁶ Art. 1^{er} du TRB : « *“Etat membre” désigne un Etat membre à part entière ou un Etat membre associé de l'Organisation* ».

²⁶³⁷ Art. 5 §4 du TRB : « *Aucune disposition du présent Traité ne requiert d'un Etat membre qu'il apporte des amendements à sa Constitution, et ses obligations en matière de mise en œuvre sont limitées en conséquence* ».

²⁶³⁸ Art. 24 §2 du TRB : « *Au moment de ratifier le présent Traité ou d'y adhérer : a) un Etat membre qui n'est pas un Etat indépendant ; et b) un Etat membre associé ; qui est partie au Traité de Basseterre de 1981, peut formuler des réserves concernant le Protocole sur l'Union économique* ».

²⁶³⁹ Art. 240 §1 du TRC : « *Les décisions des organes compétents prises au titre du présent traité seront soumises aux procédures constitutionnelles pertinentes des États membres avant de créer des droits et des obligations juridiquement contraignants pour les ressortissants de ces États* ». « *CARICOM is not an integration movement at all, if the term integration is considered to be a process in which countries have to be prepared to accept that the greater national good must predominate over national concerns even to the point when, on occasion, their national interests are damaged. For good or ill, this has never been the case with CARICOM. It has simply not been concerned with integration in that sense ; it is a structure created by national governments to make nationalist policies more effective by pursuing them within a regional framework?* » PAYNE, A. ET SUTTON, P. *Charting Caribbean Development*, Gainesville, University Press of Florida, 2001, p. 174. DEMAS, W., *West Indian Development and the Deepening and Widening of the Caribbean Community*, Jamaica, Ian Randle Publishers and ISER, UWI, 1997, p. 32. J. DANIEL, « *Signification et portée de l'impératif régionaliste dans la Caraïbe* », art. cit., p. 125.

²⁶⁴⁰ Confer URL : http://www.sice.oas.org/Trade/CCME/agreement_CCJ.pdf

²⁶⁴¹ **Nota bene** : l'office de double degré de juridiction incombe majoritairement au *Privy Council*.

Etats membres²⁶⁴². En réalité, les Etats n'ont pas tous adapté leur législation ni mis en œuvre toutes les procédures législatives nécessaires à la matérialisation de l'intégration régionale. En troisième lieu, une véritable intégration produit de réels effets économiques. Parmi lesquels, un effet de création qui se résume à l'augmentation des échanges entre les membres de la coopération et un effet de détournement, posé par le professeur JACOB VINER, qui consiste en l'élimination d'un partenaire extracommunautaire au profit d'un partenaire intracommunautaire quand bien même ce dernier serait moins efficient²⁶⁴³. Des données statistiques émises au cours de la décennie en matière d'échanges intra-régionaux révèlent au contraire « une forte extraversion économique sur les marchés européens et nord-américains »²⁶⁴⁴.

L'inaptitude du marché à s'établir en outil d'intégration suffisant n'a pas pour effet de fermer les voies de l'intégration régionale. L'intégration régionale peut surgir d'une communauté de droits. Une communauté dont les Antilles françaises, en l'état actuel des priorités de systèmes de droit essentiellement divergents, sont, dès l'origine, naturellement exclues.

B – Des préoccupations juridiques diamétrales

374. Les multiples de l'empêchement de l'intégration régionale des Antilles françaises. S'il est constant qu'il ressort de ce qui précède que l'intégration régionale des Antilles françaises est empêchée, elle le semble davantage au regard de l'hétérogénéité préexistante des systèmes de droits (§1) ainsi que de l'inexistence d'une véritable régionalisation des garanties et protection des droits fondamentaux dans la Caraïbe (§2).

²⁶⁴² « (...) la signature d'un accord régional ne se traduit pas nécessairement par l'augmentation des échanges et des interactions entre les unités spatiales qui le composent » Y. RICHARD, « *Integração regional, regionalização, regionalismo* », *art. cit.*, p. 16.

²⁶⁴³ VINER, J., *The customs Union Issue*, New York, Carnegie Endowment for international Peace, 1950, 221 p. P. MORAN, « *Note sur l'effet de détournement* », 1967, vol. 18, p. 637.

²⁶⁴⁴ E. DUBESSET, « *Penser autrement l'identité régionale caribéenne* », *art. cit.*, §58. En 2013, seuls 15,8 % des exportations totales de biens intra-régionales étaient à destination des territoires membres de la communauté contre 16,8 % en 2008 et 12,2 % des importations totales de biens intra-régionales étaient en provenance de territoires membres de la communauté contre 13,6 % en 2008. CARIBBEAN COMMUNITY (CARICOM) SECRETARIAT, *Caricom's Intra-Regional Trade : 2008-2013*, Georgetown, Guyana, 2015, pp. 13 et 15. SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, *op. cit.*, p. 229.

§1. Entre *common law* du *Commonwealth* caribéen et droit civiliste

375. Un concours de droits.

« (...) en dépit des phénomènes d'intégration régionale et de globalisation des économies, persiste une singularité des systèmes juridiques nationaux. Ce qui veut dire que les systèmes anglo-américains de *common law* et ceux de droit codifié n'ont pas perdu leurs caractères propres »²⁶⁴⁵.

Ces caractères propres, témoignant d'une vision systémique du droit et de ses méthodes, sont à l'origine d'un marché du droit²⁶⁴⁶ organisé par les acteurs économiques, dans le cadre de leurs investissements notamment, qui opéreront des arbitrages. C'est ainsi que, du point de vue de la doctrine économique, la *common law*, par les limites à l'interventionnisme économique de l'Etat qu'elle pose et la liberté individuelle qu'elle prône, est apparue plus favorable à la croissance économique que le droit romano-germanique²⁶⁴⁷. Il est alors aisé de concevoir des difficultés à l'intégration régionale des Antilles françaises du seul point de vue du caractère marginal de leur tradition juridique dans la région d'intégration²⁶⁴⁸ indépendamment du cadre lissant de l'application d'un droit régional.

376. Une diversité de systèmes juridiques. Il figure dans l'espace caribéen une diversité des systèmes de droit²⁶⁴⁹. Trois systèmes principaux. Les deux majoritaires sont issus d'un processus de colonisation polymorphe opéré par d'importants empires coloniaux européens : la *Common law* – l'Angleterre – ; le droit romano-germanique – la France, les Pays-Bas, l'Espagne. L'autre, marginal – le droit socialiste –, est issu d'un processus de colonisation des idées – l'ex-URSS. Pour autant,

²⁶⁴⁵ T. KIRAT ET E. SERVERIN, « *Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action* », *art. cit.*, p. 5.

²⁶⁴⁶ M. M. SALAH, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation* », *Revue internationale de droit économique*, t. XV, n° 3, 2001, pp. 263-264.

²⁶⁴⁷ P.-G. MAHONEY, « *The Common Law and Economic Growth : Hayek Might Be Right* », *Journal of Legal Studies* ; vol. 30, n° 2, 2001, pp. 503-525.

²⁶⁴⁸ Nous distinguons la région caribéenne de la région caribéenne d'intégration. La première étant inclusive – tous les territoires caribéens –, la seconde étant exclusive – seuls les territoires membres des organisations régionales et subrégionales d'intégration sont visés.

²⁶⁴⁹ Le système de droit est « "un ensemble" juridique, regroupant des règles assurant la solution des problèmes que peut connaître une société. Un système juridique, c'est le plus souvent le droit qui s'applique dans un Etat déterminé » LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 1. Il faut comprendre que la notion de système juridique n'est pas fonction des limites territoriales d'un Etat. Autrement dit, au sein même d'un Etat peuvent coexister différents systèmes juridiques (*e.g.* l'exemple canadien. Nous avons à charge de garder en mémoire qu'un système, pour fonctionner, a « simplement » besoin « (...) 1 / d'une logique, de concepts, d'un langage ; 2 / d'autorités et de praticiens ; 3 / d'institutions » FARJAT, G. *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 29.

seuls les systèmes civilistes et *common law* retiendront notre attention. Cuba, l'une des rares émanations de la tradition du droit socialiste dans la région²⁶⁵⁰, est exclu du processus d'intégration régionale.

Par défalcation, les pays appartenant au *Commonwealth* sont des pays de tradition *common law* : « (...) lorsqu'un Etat appartient au *Commonwealth*, presque toujours son droit doit beaucoup aux institutions anglaises : des solutions, des techniques juridiques du droit anglais, certaines méthodes des juristes anglais, le concernent encore »²⁶⁵¹. C'est le cas de tous les pays de la CARICOM, à l'exception de Haïti, et donc de l'OECS – tous les pays de l'OECS sont membres de la CARICOM. Mais, existe-t-il, à ce titre, une *common law* du *Commonwealth* caribéen ? Autrement dit, la philosophie de ce droit est-elle détachable du droit continental ? Si la plupart des territoires de la Caraïbe sont indépendants, ils n'ont pas adopté de méthodes ou concepts particuliers en propre, ce qui consacre une identité de méthodes avec le droit anglais. Pour autant, en édifiant une Constitution écrite nationale et en la faisant prévaloir sur le droit applicable, ils prennent le contrepied du principe de souveraineté parlementaire anglaise²⁶⁵² ce qui, constitutif d'une rupture avec le centre, leur octroie une marge créatrice importante. Latéralement, les expressions « droits romano-germaniques » ; « droits civilistes » désigneront notamment Haïti, le Suriname, la Martinique, la Guadeloupe, et, pour partie, le Guyana et Sainte-Lucie. S'il est loisible de regrouper de manière définie les pays caribéens dans des familles de droit en recourant à la tradition du droit appliqué en interne, qui présente certaines limites²⁶⁵³, certains pays font variablement état d'une forme d'hybridité ayant connu pour la plupart plusieurs vagues successives de colonisation ayant

²⁶⁵⁰ G. AJANI, « *La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste* », Revue internationale de droit comparé, vol. 46, n° 4, Octobre-décembre 1994, pp. 1087-1105) ; A. IONASCO, « *Les types et les formes de propriété en droit socialiste* », Revue internationale de droit comparé, vol. 21, n°3, Juillet-septembre 1969, pp. 499-508). Le droit socialiste, d'inspiration marxiste-léniniste (TOUCHARD, J. *Histoire des idées politiques. Du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., pp. 771-786), est caractérisé par la théorie du dépérissement du droit instrument de classes – vu des socialistes, dans les autres traditions juridiques, la classe dominante se sert du droit pour satisfaire ses desseins égoïstes au détriment des autres classes ; un *droit bourgeois* – (R. DAVID, « *Légalité socialiste ou dépérissement du droit ?* », Cahiers du monde russe et soviétique, vol. 2, n°1, Janvier-mars 1961, pp. 56-87). LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 228. Il en va ainsi de Cuba – en dehors de notre champ de discussion ne faisant partie d'aucun ensemble caribéen –, de Grenade autrefois Gouvernement révolutionnaire populaire de la Grenade entre 1979 et 1983 et de la République du Guyana autoproclamée socialiste dans la Constitution (*Constitution of the Co-operative Republic of Guyana Act 1980*) – son adhésion à la CARICOM, organisation libérale, peut alors apparaître contradictoire (« (...) *it is doubtful whether, under the restricted meaning assigned to the term Socialist Legal tradition, that country truly be considered a legitimate part of the tradition (...)* » BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, New York, Routledge-Cavendish, 2008, p. 46).

²⁶⁵¹ LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, ibid.*, p. 128.

²⁶⁵² Pour une étude d'ensemble, v. NGUYEN-DUY, I. *La souveraineté du Parlement britannique*, Paris, L'Harmattan, 2011.

²⁶⁵³ Il est, en réalité, une hétérogénéité d'approche quant à la classification des systèmes de droit, v. sur ce point, LEGEAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, op. cit.*, pp. 107-120.

débouché sur la superposition de couches du droit traditionnel du vainqueur. Autrement dit, le droit ayant acquis une certaine permanence possède les caractéristiques essentielles de deux ou plusieurs systèmes de droit – il en va d'Antigua-et-Barbuda à l'image de son Code de l'urbanisme notamment ou encore de la Barbade et son Code du travail. Si l'on peut y entrevoir des perspectives de rapprochement avec les Antilles françaises, ce caractère composite des droits nationaux de la région est limité par ses variables consistance et fréquence en interne. Pour autant, il est, dans certains territoires, plus manifeste. Il en va ainsi, plus significativement, du droit appliqué au Guyana – pour partie *common law* à l'issue de la colonisation britannique et romano-germanique à l'issue de la colonisation néerlandaise – et, du droit appliqué à Sainte-Lucie alternativement française et anglaise²⁶⁵⁴.

377. Une dualité d'approche. Si, en *common law*, « le droit ne vient pas de l'Etat »²⁶⁵⁵ mais du juge, en droit civiliste, « (...) les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²⁶⁵⁶. La loi y est la source fondamentale du droit au point que l'on lui voue un véritable culte²⁶⁵⁷. On distingue la loi en son sens formel – le texte voté au Parlement – de la loi en son sens matériel – toutes les règles de droit écrit. En France, le pouvoir de légiférer appartient alternativement au Parlement²⁶⁵⁸, au Gouvernement²⁶⁵⁹ et au Président de la République²⁶⁶⁰.

378. La création du droit. La décision de justice occupe, en droit civiliste, une place subsidiaire et circonscrite sans pour autant être accessoire. Elle est un prolongement du droit. Si elle fait autorité²⁶⁶¹, sa place dans la formation du droit réside dans l'agrégat solutionnel obtenu par les réitération – jurisprudence constante – ou non-réitération – le revirement – des positions de la

²⁶⁵⁴ *Id.*, pp. 58-72.

²⁶⁵⁵ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, op. cit., p. 110.

²⁶⁵⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, éditions Garnier, 1777, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

²⁶⁵⁷ Art. 5 de la DDHC : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ; « La loi est l'expression de la volonté générale. (...) Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. (...) » ; Art. 7 de la DDHC : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » ; Art. 8 de la DDHC : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; Art. 10 de la DDHC : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; Art. 11 de la DDHC : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

²⁶⁵⁸ Art. 24 à 31 et 34 et s. de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁶⁵⁹ Art. 34, 38, 49 §3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁶⁶⁰ Art. 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁶⁶¹ L'autorité de la chose jugée qui prohibe la remise en cause d'une décision en dehors des voies de recours garanties à l'issue desquelles cette dernière acquiert force de chose jugée.

justice, soit par l'écoulement du temps judiciaire²⁶⁶², prodromiques de l'absence d'obligation de conformisation du juge aux précédents judiciaires – le juge n'est pas lié par les précédents. Cette variation de la réponse judiciaire ne se retrouve pas, au moins en théorie, en *common law*. La règle du précédent assure une certaine sécurité juridique par l'obligation faite aux juridictions de se conformer aux décisions qu'elles ont elles-mêmes prises ou aux décisions provenant de juridictions de degré supérieur lorsque la chose postérieurement jugée présente des similitudes avec une chose antérieurement jugée²⁶⁶³. Dans une décision non rendue *per incuriam* – l'erreur de droit –, c'est sa *ratio decidendi*²⁶⁶⁴ qui fera office de précédent liant par la suite les juridictions inférieures ou de même niveau – il peut être écartée par une cour supérieure le privant d'effet pour l'avenir. Elle doit, à ce titre, être distinguée des *obiter dicta* – les opinions incidentes non liantes²⁶⁶⁵. Pour autant, c'est de *soft law* dont il s'agit, moins aux motifs de leur non-obligatorité qu'aux motifs de leur origine labile. Le droit positif est le fruit d'un arbitrage d'intérêts.

“The common law does not consist of “rules” in the orthodox sense of the term, say, according to the meaning which civilians attach to the notion. In other words, the common law does not generate canonical texts or formulations. To represent the common law as a set of rules is to inflict an “alien conception” on it. Judicial decisions may, in time, produce what appears like a set of rules; yet “the rules of judge-made law are never authentically promulgated as rules, but are left to be inferred from cases”²⁶⁶⁶.

Il s'oppose à la *hard law* produit d'une codification objective dans le droit romano-germanique. Une telle « codification », révélatrice d'un interventionnisme économique poussé de l'Etat, consiste en l'agglomération de textes juridiques – Constitution, traités, lois, règlements. Somme toute, leur

²⁶⁶² « Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (notamment dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut) (...) » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 589.

²⁶⁶³ BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, *op. cit.*, pp. 117-165 ; FLAUSS-DIEM, J. *Le système du précédent en droit anglais*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 1985.

²⁶⁶⁴ Le motif essentiel ayant permis d'aboutir à une décision duquel se dégage la règle de droit. H. K. LÜCKE, “Ratio Decidendi : Adjudicative Rational and Source of Law”, *Bond Law Review*, vol. 1, 1, article 2, 1989, pp. 36-51. Il est un système de hiérarchie des tribunaux ayant un impact direct sur la force du précédent. Au sommet de cette hiérarchie : le *Judicial Committee of the Privy Council* statuant en dernier ressort – certaines nations de la CARICOM ont voté l'abolition du double degré de juridiction du *Privy Council* au profit de la CCJ (la Barbade, le Belize, la Dominique et le Guyana) – au-dessous duquel se situent les *Courts of appeal*, puis les *Highs Courts* ou *Supreme Courts*, les cours intermédiaires et les cours inférieures. Pour aller plus loin, v. BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, *ibid.*, pp. 287-434. Sur les institutions juridictionnelles du droit civiliste français, v. GUINCHARD, S., VARINARD, A. ET DEBARD, T. *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 2017.

²⁶⁶⁵ L'expression désigne « dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celle de la solution du litige en cause exige de trancher » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 697.

²⁶⁶⁶ P. LEGRAND, “European Legal Systems Are Not Converging”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, 1996, pp. 67-68 (URL : <http://www.pierre-legrand.com/european-legal-systems.pdf>).

organisation. Il s'agit de parer au risque de diffusion du droit²⁶⁶⁷. L'organisation du droit répond à une exigence de lisibilité, d'intelligibilité, de prévisibilité dont ne serait pas moins pourvue la *Common law*²⁶⁶⁸, d'accessibilité, de transparence, de cohérence du droit. Ces derniers sont les éléments de la sécurité juridique. Ces textes revêtent un caractère abstrait, général et impersonnel et sont le terrain d'exercice de méthodes interprétatives du droit émanant directement des autorités qui les émettent – FRANÇOIS TERRE évoque une « correspondance des pouvoirs »²⁶⁶⁹. Ainsi, les juges, titulaires du pouvoir judiciaire²⁶⁷⁰, prennent appui sur un *corpus* de règles qui, outre de constituer la feuille de route de la décision judiciaire, vont la délimiter. Partant, ils disposent d'une marge définitionnelle importante. Ce deuxième temps du droit est inexistant en *common law* où le juge a la charge primordiale de le créer.

Parmi, les autres méthodes de création du droit dans les pays de tradition *common law*, l'*equity*. Ignorée du droit de tradition civiliste, elle est une source larérale de la *common law* n'en n'étant pas la composante naturelle. Elle doit être appréhendée comme une méthode de péréquation du droit par le biais de laquelle le juge procède à une application inclusive du droit²⁶⁷¹. La *coutume*. Elle se présente comme la source originelle qui irrigua de sa substance toute la *common law*²⁶⁷² en sa qualité de « norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire »²⁶⁷³. Pour autant, pour être admise en source du droit, elle ne doit s'appliquer que par exception à la *common law* et être localement

²⁶⁶⁷ « (...) à certains égards (*accessibilité, prévisibilité du droit*), les systèmes de droit codifié présentent une supériorité évidente. (...) l'existence d'un corps de règles supplétives permet aux parties négociant un contrat de réaliser de substantielles économies de temps et de coût, rendant inutile l'élaboration de stipulations contractuelles là où le régime légal préexistant s'avère satisfaisant » M. FONTAINE, « *Droit des contrats, systèmes juridiques et efficacité économique : quelques réflexions* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, *op. cit.*, n° 12, p. 629. Italiques ajoutés.

²⁶⁶⁸ « *English Law gives guidance on almost every issue. Parties (especially commercial parties) can predict, with greater certainty than in many civil law systems, whether a proposed course of action is likely to be lawful or unlawful (...)* » Rapport de 2008 de The Law Society of England and Wales, *England and Wales : The jurisdiction of choice*, 8 p. En réalité, « dans les systèmes non codifiés (...), l'identification des règles de droit applicables à une transaction particulière et aux différents aspects juridiques de son existence (formation, exécution, défaillances, durée, etc.) appelle des recherches dans une jurisprudence abondante, par essence non structurée dans son ensemble » M. FONTAINE, « *Droit des contrats, systèmes juridiques et efficacité économique : quelques réflexions* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, *op. cit.*, n° 7, p. 626.

²⁶⁶⁹ TERRE, F. *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 455-469, spéc. p. 460.

²⁶⁷⁰ Art. 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

²⁶⁷¹ R. S. PASLEY, « *L'équité en droit anglo-américain* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 13, n°2, Avril-juin 1961, pp. 292-299, spéc. p. 299. v. BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, *op. cit.*, pp. 166-176.

²⁶⁷² « *Custom may be viewed as both an historical and legal source of law in the Commonwealth Caribbean since, in one sense, it is the principal source of all English law, as it formed the basis of the common law which has been transplanted to the region* » *Id.*, pp. 177-200, spéc. p. 177. V. également, D. BECK FURNISH, « *Custom as a Source of Law* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1, 1982, pp. 31-50 pp. ; N. DUXBURY, « *Custom as Law in English Law* », *The Cambridge Law Journal*, vol. 76, 2, 2017, pp. 337-359.

²⁶⁷³ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 283.

circonscrite²⁶⁷⁴. Son appréhension diffère du droit romano-germanique en ce que bien qu'elle s'applique, en principe, localement – l'exemple des combats de coqs exceptionnellement autorisés en Outre-mer²⁶⁷⁵ –, il arrive qu'elle s'étende à tout le territoire – en droit commercial, la solidarité entre codébiteurs d'une obligation commerciale²⁶⁷⁶.

Le droit écrit – « *statutory of law* » – fait également partie des méthodes de création de la *common law*²⁶⁷⁷ – la primauté des Traités ou accords internationaux, la loi en son sens formel (émanant du Parlement)²⁶⁷⁸. Mais, la hiérarchie des droits n'est pas aussi franche qu'en droit civiliste. En dehors de l'immuable « bloc de constitutionnalité – l'exemple de *Bill of Rights* (1689) garantissant notamment le droit à la sûreté, les constitutions nationales écrites²⁶⁷⁹ –, s'il est vrai que le recours de plus en plus fréquent à l'édition de lois et aux textes internationaux peut porter atteinte à la marge d'action des juges, il n'a pas pour effet d'accorder au droit écrit une valeur automatiquement et systématiquement supra-jurisprudentielle. Dans la pratique, les lois revêtent souvent un caractère supplétif, elles ne peuvent déroger à un droit protégé par la *common law* que dans les cas où elles en sont expressément habilitées.

379. L'intégration du droit. On distingue traditionnellement une conception moniste, caractéristique du droit romano-germanique, d'une conception dualiste, caractéristique de la *common law*²⁶⁸⁰, dans l'intégration du droit extranational. Dans la conception moniste, l'effectivité d'un instrument du droit international tel que le Traité réside, en principe, dans la seule expression du consentement à être lié – la ratification –²⁶⁸¹. Au contraire, dans la conception dualiste, le consentement de l'Etat à être lié par du droit extranational, soit son effectivité en droit interne,

²⁶⁷⁴ BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, op. cit., p. 178.

²⁶⁷⁵ Art. 521-1, al. 1^{er} et 7 du Code pénal : « *Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* » ; « *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie* ». Nous soulignons.

²⁶⁷⁶ F. DERRIDA, « *De la solidarité commerciale* », RTD Com., 1953, p. 347.

²⁶⁷⁷ BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, op. cit., pp. 204-228.

²⁶⁷⁸ « *Legislation is an important source of law in the Commonwealth Caribbean. In fact, in a modern context, there is a tendency for legislation to become even more important. This is because more codification is taking place in the Commonwealth Caribbean and elsewhere in the common law world* », id., pp. 229-242, spéc. p. 229.

²⁶⁷⁹ Id., pp. 97-116.

²⁶⁸⁰ C. EMANUELLI, « *L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law* », Revue générale de droit, vol. 37, n° 2, pp. 269-299.

²⁶⁸¹ L'exemple haïtien avec l'article 276-2 de la Constitution de la République d'Haïti de 1987 : « *Les Traités ou Accord Internationaux, une fois sanctionnés et ratifiés dans les formes prévues par la Constitution, font partie de la Législation du Pays et abrogent toutes les Lois qui leur sont contraires* » ; l'exemple surinamien (Art. 105 et 106 de la Constitution du Suriname) ; l'exemple français avec l'article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

s'exprime nécessairement par l'adoption d'un instrument juridique – loi, règlement notamment –, laquelle fait écran à son applicabilité immédiate. C'est le principe d'« individualisation » des conventions²⁶⁸². L'Etat dispose du pouvoir discrétionnaire d'incorporer à l'ordre juridique interne un traité régulièrement signé et ratifié.

380. L'appréhension du droit. Elle y est divergente. En cause, des « mentalités » distinctes²⁶⁸³ du point de vue, notamment, on l'a vu, de la nature du raisonnement juridique – l'un « analogique » (collé au fait)²⁶⁸⁴, l'autre « institutionnel » (détaché du fait)²⁶⁸⁵. Du point de vue également de la méthode de droit – l'une systémisée, l'autre pas²⁶⁸⁶ –, ou encore en raison de concepts distincts. Coexistent nombres de concepts juridiques respectivement difficilement transposables tels que la *consideration*²⁶⁸⁷, le *trust*²⁶⁸⁸ en *common law*, inversement la cause en droit civiliste²⁶⁸⁹. Il est, en outre, en droit romano-germanique, une catégorisation systématique du droit, d'un côté le droit public et de l'autre le droit privé – *summa divisio*. L'idée qu'il existe, en dehors des choses privées, une chose publique (*res publica*) propre à tous. Il peut s'agir de biens, d'institutions notamment. Une telle approche est variablement ignorée en *common law*²⁶⁹⁰ où il existe une identité de juridiction. Les

²⁶⁸² GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, 1954, t. 2, p. 28 et s.

²⁶⁸³ “To argue that there is an epistemological difference between the common law and civil law traditions is to assert that these two traditions do not give the same answer to the question “what is it to have knowledge of the law?” or, which is another way of making the same point, to the question “what counts as legal knowledge?” More specifically, one is here concerned with such issues as the nature of legal reasoning, the significance of systematisation, the character of rules, the role of facts and the meaning of rights. One is also preoccupied, perhaps most fundamentally, with the presence of the past. (...) the common law mentalité is not only different, but is actually irreducibly different, from the civil law mentaliti as found in Continental Europe” P. LEGRAND, “European Legal Systems Are Not Converging”, *art. cit.*, pp. 62-63 (URL : <http://www.pierre-legrand.com/european-legal-systems.pdf>).

²⁶⁸⁴ “The isomorphs used by common law lawyers were, and are, too descriptive to function as an abstract system of thought divorced from particular sets of facts” *Id.*, p. 65.

²⁶⁸⁵ “(...) the civil law (...) offers an intellectual scheme that goes beyond the raw classification of case law decisions around salient facts to become a system of institutions capable of transcending disputes by moving away factual immediacies” *id.*

²⁶⁸⁶ “The Englishman is naturally pragmatic, more concerned with result than method, function than shape, effectiveness than style ; he has little talent for producing intellectual order and little interest in the finer points of taxonomy” T. Weir, “The Common Law System”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 11: The Legal Systems of the World : Their Comparison and Unification, Chap.2 : “Structure and the Divisions of the Law” (Rene David (Ed.) n.d.), n° 82, p. 77 cité in *id.*

²⁶⁸⁷ B. S. MARKESINIS, « La notion de considération dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 35, n°4, Octobre-décembre 1983, pp. 735-766.

²⁶⁸⁸ Pour aller plus loin, v. notamment, KODILINYE, G. ET CARMAICHAEL, T. *Commonwealth Caribbean Law of Trust*, *op. cit.* **Nota bene** : A la différence du droit français, illustratif d'une unité de propriété, la *common law* témoigne d'un dualisme de propriété : la propriété juridique (*legal ownership*) appartenant au *trustee* se distingue de la propriété économique (*beneficial ownership*) appartenant au *cestui que trust* – le bénéficiaire. Voir *supra* paragraphe n° 125.

²⁶⁸⁹ **Nota bene** : la notion de cause a été supprimée des conditions de validité du contrats par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précitée (Art. 1128 du Code civil). « l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées » Deuxième objectif de la réforme du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, précitée.

²⁶⁹⁰ « La monarchie anglaise est restée à l'écart de l'évolution qui a mené les monarchies continentales vers l'institutionnalisation de l'Etat. Elle n'a pas développé un concept d'Etat ni sous la forme française de l'Etat conçue comme la chose publique ni sous celle plus germanique de l'Etat personnifié. Par conséquent, le système juridique

juges sont amenés à connaître de tous les litiges qu'ils soient nés entre personnes physiques ou morales de droit privé et/ou personnes physiques ou « morales » de droit public. Une telle catégorisation fait elle-même l'objet d'une sous-catégorisation en droit civiliste. Dans la catégorie des droits privés, on retrouve le droit civil, le droit commercial, le droit international privé, la fiscalité des entreprises, le droit de la concurrence notamment. Dans la catégorie des droits publics, on retrouve le droit administratif, le droit administratif des biens, le droit constitutionnel, le droit de l'urbanisme, le droit de l'environnement, la fiscalité publique, le droit public économique notamment.

§2. L'exigence d'un office de juge régional des droits et libertés fondamentaux dans la Caraïbe : la Cour européenne des droits de l'homme ?

381. L'économicité des droits fondamentaux. Il n'est pas toujours évident d'établir une corrélation entre les droits fondamentaux et l'économique. Lesquels, à première vue, seraient inhérents aux seules personnes physiques dans le cadre exclusif de leurs rapports en société. Mais, les juges régionaux ont adopté une interprétation large des textes. A l'échelon européen, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas été insensibles à la récurrence de l'occurrence optative et inclusive « *tout personne* »²⁶⁹¹ dans la lettre de la Convention européenne des droits de l'homme – ci-après dénommée « la Convention » –²⁶⁹². Alors, outre d'encadrer le rôle des personnes physiques dans la violation des droits fondamentaux, la Convention fonderait, en filigrane, la justiciabilité des personnes morales exerçant, ou non, une activité économique²⁶⁹³ – bien

anglais ne connaît pas de droit public matériel, ni comme droit de la chose publique, ni (et encore moins) comme droit de l'Etat. Il n'y a qu'un seul droit ; l'intérêt public n'appelle pas en principe de règles différentes de celles qui gouvernent les choses privées ; lorsque c'est le cas et que, pour une raison ou pour une autre, la chose publique exige un traitement différencié par rapport à celui qui s'applique aux choses privées, les règles différentes ou les institutions particulières qui répondent à ce besoin sont toujours contenues dans le droit commun et administrées par les juges de droit commun » ZOLLER, E. *Introduction au droit public, op. cit.*, n° 66, p. 71.

²⁶⁹¹ E.g. Art. 1^{er} de la CEDH : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Nous soulignons.

²⁶⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriäinen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 25-70.

²⁶⁹³ On distingue un rôle passif (victime) et un rôle actif (auteur) dans la violation des droits de la personne. E.g. *Sur le rôle passif. Les sociétés jouissent de la liberté d'expression* : « (...) ni le statut juridique de société anonyme, ni le caractère commercial de ses activités ni la nature même de la liberté d'expression ne sauraient priver Autronic AG du bénéfice de l'article 10 (art. 10). Ce dernier (art. 10) vaut pour "toute personne", physique ou morale » CEDH, 22

que le « dispositif » ne sache intégralement s'y rapporter²⁶⁹⁴. Il en va également de l'échelon caribéen. Ainsi, dans l'affaire *Attorney General v. Antigua Times Ltd* (1976)²⁶⁹⁵, le *Privy Council* estime une disposition législative du *Newspaper Act* conditionnant la publication d'un journal à l'acquiescement de frais de licence contraire au droit fondamental de la liberté d'expression garanti par la Constitution d'Antigua et Barbuda. Parmi les droits économiques de l'homme, on retiendra notamment la liberté d'entreprise, le droit de propriété, la liberté d'expression, la liberté professionnelle et le droit de travailler, la non-discrimination, l'égalité de traitement, le droit au procès équitable, le droit à/de l'environnement, la protection de la concurrence, la liberté de circulation et de séjour. L'économicité des droits fondamentaux réside moins dans la nature même du droit que dans la nature de son sujet – la personne morale.

382. La singularité caribéenne de la prise en compte des droits fondamentaux. Il est, dans la Caraïbe indépendante, une approche hétérogène, active et passive à la fois, dans la prise en compte des droits fondamentaux²⁶⁹⁶ préjudiciable à l'intégration régionale. Hormis quelques menues références aux droits fondamentaux à l'image de la non-discrimination basée sur la nationalité²⁶⁹⁷, la liberté économique d'aller et venir, il n'est, dans les traités institutifs de la CARICOM et de l'OECD, aucun souci véritable de leur protection et garantie. Cette construction

mai 1990, *Autronic AG c/Suisse*, req. n° 12726/87, pt. 47. **Les sociétés peuvent être victimes de préjudice moral** : « La Cour ne peut donc exclure, au vu de sa propre jurisprudence et à la lumière de cette pratique, qu'il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire. Il faut également réaffirmer que la Convention doit être interprétée et appliquée de manière à garantir des droits concrets et effectifs. Puisque la principale forme de réparation que la Cour peut octroyer est de nature pécuniaire, l'efficacité du droit garanti par l'article 6 de la Convention exige qu'une réparation pécuniaire puisse être octroyée aussi pour dommage moral, y compris à une société commerciale » CEDH, 6 avril 2000, *Comingersoll S.A. c/Portugal*, req. n° 35382/97, pt. 35. **Les sociétés ont droit à un procès équitable** (Art. 6 de la CEDH) : « le fait que la plaignante en l'espèce fût une grande société multinationale ne devrait pas en principe la priver du droit de se défendre contre des allégations diffamatoires ni relever les requérants de l'obligation de prouver la véracité des déclarations formulées » CEDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c/Royaume-Uni*, n° 68416/01, pt. 94. *Sur le rôle actif*. V. notamment, J. DREXEL, « Le droit de la concurrence internationale », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirinen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, *ibid.*, pp. 335-359 ; P. STEICHEN, « Entreprises et droit de l'environnement : les obligations de l'entreprise liées au droit de l'environnement », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirinen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, *ibid.*, pp. 405-438.

²⁶⁹⁴ Art. 8 de la CEDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Il en va en matière de droit au respect du siège social : « Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels » CEDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas Est et autres c/France*, req. 37971/97, pt. 41.

²⁶⁹⁵ *Attorney General of Antigua v. Antigua Times Ltd* (1975), A. C. p. 16.

²⁶⁹⁶ Cette « sorte d'agrégat hétéroclite de droits et de libertés dont le seul point commun réside dans le fait que celui qui y fait référence les tient pour « fondamentaux », i.e. importants, essentiels, déterminants » J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, *op. cit.*, p. 263.

²⁶⁹⁷ Art. 6 du TRC.

détachée du droit communautaire trouve son explication dans le modèle européen, sur lequel se calque le système institutionnel des organismes d'intégration de la région caribéenne :

« Le caractère fonctionnaliste de la construction européenne fondée sur des réalisations concrètes, la particularité du domaine d'action qui ne devait pas interférer avec les droits civils et politiques, ainsi que la difficulté de s'accorder sur le contenu expliquent le silence des traités fondateurs sur les droits fondamentaux »²⁶⁹⁸.

Et, pour cause ! « Il est vrai que la symétrie n'est qu'apparente entre le marché et les droits de l'homme. L'apparition d'un « droit de la mondialisation » à vocation économique est beaucoup plus rapide et plus efficace que la « mondialisation du droit » qui permettrait le rapprochement des droits nationaux sous l'influence des droits de l'homme »²⁶⁹⁹ – la substitution du terme « mondialisation » par celui de « régionalisation » favorise la saisie de l'analogie. Mais, ils sont l'esprit de l'intégrationnisme²⁷⁰⁰ à défaut duquel il ne peut résulter que divergence, dysmorphophobie²⁷⁰¹ et flou indésirable. Une source de dissymétrie non seulement entre membres originaires des ensembles caribéens d'intégration mais également entre membres originaires et membres aspirants. En qualité de satellites de la prise en compte européenne des droits fondamentaux dans la région, les Antilles françaises, au même titre que les territoires non indépendants, sont les victimes potentielles d'un marché régional du droit puisque la violation des droits fondamentaux y est systématiquement et irrésistiblement sanctionnée à l'inverse des autres pays de la Caraïbe indépendante.

383. Fissures dans l'approche territoriale des droits fondamentaux dans la Caraïbe.

Les territoires caribéens ont pour la plupart intégré à leur Constitution un volet relatif aux droits et libertés fondamentaux²⁷⁰² ainsi que leur prééminence dans l'ordre juridique interne bien que

²⁶⁹⁸ V. VARDABASSO, « *La Convention européenne des droits de l'homme. (Rome, le 4 novembre 1950)* », Relations internationales, vol. 131, n° 3, 2007, p. 74.

²⁶⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, « *Marketing juridique ou pluralisme ordonné* », *op. cit.*, p. 59.

²⁷⁰⁰ « (...) les droits fondamentaux identifient des valeurs communes qui finissent par exercer une action de convergence dans la définition d'un espace commun » V. VARDABASSO, « *La Convention européenne des droits de l'homme. (Rome, le 4 novembre 1950)* », *Ibid.*, 73 p. Art. 6 §3 TUE : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

²⁷⁰¹ « *These countries generally proceed on the basis that their constitutional structures and other legal arrangements provide a sound basis for the protection of human rights in both theory and practice. (...) although Caribbean States generally perceive themselves as strong defenders of basic human rights, the perception held by some countries about Caribbean States is quite the opposite. In contrast to their self-perception as protectors of human rights, Caribbean States have increasingly come to be criticized as insensitive to important human rights developments in this hemisphere* » S. VASCIANNIE, « *Human rights in the Caribbean : Notes on Perception and Reality* », in *The Caribbean Integration Process. A people Centred Approach*, Kingston ; Miami, Kenneth Hall and Myrtle Chuck-A-Sang, 2007, p. 167.

²⁷⁰² Pour aller plus loin, v. notamment, DEMERIEUX, M. *Fundamental Rights in Commonwealth Caribbean Constitutions*, Biddgetown, Faculty of Library, UWI, 1992 ; FIADJOE, A. *Commonwealth Caribbean Public Law*, London & New York, Routledge-Cavendish, 2008, pp. 50-165.

variables par pays – un volet de droits principalement civils et politiques²⁷⁰³ marginalement sociaux et économiques²⁷⁰⁴. Mais, c'est sans compter les clauses de sauvegarde du droit qui coexistent avec les Constitutions nationales caribéennes²⁷⁰⁵, dites « *saving law clauses* », portant une atteinte naturelle au primat des droits fondamentaux :

“Saving law clauses, sometimes called ‘existing law’ clauses, attempt to preserve pre-independence law, often at the expense of human rights provisions in the Constitution, with the result that the Constitution is viewed as merely codifying existing rights and not creating new ones”²⁷⁰⁶.

Ainsi, l'optimalité de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux réside dans leur inaptitude à satisfaire à un certain obscurantisme juridique – la conformisation au droit pré-indépendance²⁷⁰⁷. Certains ont également consenti à des instruments internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 – ratifié par les Bahamas, la Barbade, la Dominique, le Guyana, Grenade, Haïti, la Jamaïque, Trinidad-et-Tobago notamment –, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 – ratifié par les Bahamas, la Barbade, le Belize, la Dominique, Grenade, Haïti, la Jamaïque notamment. Toutefois, s'ils disposent d'une force obligatoire naturelle²⁷⁰⁸ et d'institutions de veille telles que le Comité des Droits de l'Homme dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁷⁰⁹ dont les « *general comments* » ou « *views* » sont dépourvus de force obligatoire, ils échouent à garantir une protection juridictionnelle uniforme des droits dans la région. D'autant

²⁷⁰³ “Fundamental rights and freedoms contained in the constitutions of Commonwealth Caribbean countries are generally reflective of political and civil rights recognized as natural rights” C. BARROW-GILES, “Regional Trends in Constitutional Developments in the Commonwealth Caribbean”, *ibid.*, p. 18.

²⁷⁰⁴ “Unfortunately, these constitutions do not take into account the growing body of social and economic rights espoused in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (...)” *Id.*, p. 19.

²⁷⁰⁵ Nous rappelons que les territoires indépendants caribéens se sont dotés d'une Constitution dont le squelette est anglais : “All Commonwealth Caribbean constitutions belong to a stock of constitutions that are based on the parliamentary Westminster system of government” C. BARROW-GILES, “Regional Trends in Constitutional Developments in the Commonwealth Caribbean”, *ibid.*, p. 4.

²⁷⁰⁶ BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, *op. cit.*, p. 101. V. notamment sur ce point, M. A. BURHAM, “Saving constitutional Rights from Judicial Scrutiny : The Savings Clause in the Law of the Commonwealth Caribbean”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 36, 2-3, 2005, pp. 249-269.

²⁷⁰⁷ “Where for example the constitution prohibits discrimination, “savings” clauses often make exceptions on the basis of citizenship thereby permitting discrimination. Similarly, where the constitution guarantees the right to free expression, the “savings” clauses expressly provides for this right to be abridged/restricted on the grounds of national security, public safety, and decency. Some of these saving clauses therefore protect the legitimacy of pre-constitutional independence legislation (...). Given that many saving clauses protect colonial legislation, there is the potential for serious contradictions with the provisions of the constitutions especially with regards to the entrenched Bill of Rights” C. BARROW-GILES, “Regional Trends in Constitutional Developments in the Commonwealth Caribbean”, *ibid.*, p. 19.

²⁷⁰⁸ Art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, précitée : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

²⁷⁰⁹ Art. 28 à 43 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

que les Etats sont attachés à leur « identité constitutionnelle »²⁷¹⁰. Non seulement la signature des Etats s'est accompagnée de réserves²⁷¹¹ limitant d'autant leur force obligatoire mais aussi la capacité des nationaux à se prévaloir du droit conventionnel reste soumise au bon vouloir des Etats. La plupart des territoires caribéens adoptent une conception dualiste dans l'application des traités en droit interne forçant un second degré de consentement²⁷¹² sans lequel le texte reste inapplicable.

384. Pour un juge régional. On aurait pu croire en l'existence d'un office de juge régional des droits fondamentaux dans la Caraïbe par l'opportunité d'un second degré de juridiction : le *Privy Council* et la Cour Caribéenne de Justice. Mais, bien que juges des droits fondamentaux, ils échouent à offrir une protection juridictionnelle d'envergure régionale. On l'a vu, la base de leurs décisions est insuffisamment homogène et constante et ils ne font pas l'unanimité. Les pays caribéens sont en cours d'arbitrage entre le *Privy Council* et la Cour Caribéenne de Justice²⁷¹³. Quatre d'entre eux ont opté pour cette dernière – la Barbade, le Belize, la Dominique, le Guyana – abolissant *de jure* le pouvoir juridictionnel du *Privy Council* sur leur territoire. En outre, il continue de subsister une réserve importante de souveraineté. Même si « des précédents du *Privy Council* tirés d'une juridiction du *Commonwealth* caribéen lient habituellement les autres juridictions de la région (...), il est souscrit à l'opinion selon laquelle une *Court of Appeal* aurait toute latitude pour refuser de suivre de tels précédents si la décision est perçue comme erronée »²⁷¹⁴. Deux options s'ouvrent aux organismes caribéens d'intégration, toutes portant l'optimisation de la protection des personnes par le nivellement des droits : la révision des traités institutifs ou l'adhésion à la Convention européenne.

²⁷¹⁰ Sur le modèle européen, v. C. GREWE ET J. RIDEAU, « *L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu* », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, *op. cit.*, pp. 319-345.

²⁷¹¹ Art. 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, précitée. « La réserve est une déclaration unilatérale faite par un Etat en vue de modifier pour lui-même les effets juridiques de certaines des dispositions d'un traité à l'égard duquel il s'apprête à s'engager définitivement (par la signature, la ratification, l'approbation ou l'adhésion). C'est donc une procédure *conditionnant* l'entrée en vigueur du traité pour l'Etat qui l'émet » DUPUY, P.-M. ET KERBRAT, Y., *Droit international public*, *op. cit.*, n° 259, p. 318. Sur les réserves formulées par les Etats caribéens, v. URL : http://www.eods.eu/library/UN_ICCPR_1966_FR.pdf, p. 30 et s.

²⁷¹² « (...) selon la conception dualiste, le droit international et le droit interne sont des systèmes juridiques distincts qui suivent des trajectoires parallèles. En conséquence, ils ne se rencontrent pas. Ainsi, le droit international ne peut produire d'effets dans l'ordre juridique interne des Etats que s'il y est introduit formellement par une loi, un règlement d'application (...) » C. EMANUELLI, « *L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law* », *op. cit.*, n° 16, p. 272.

²⁷¹³ BELLE ANTOINE, R.-M. *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, *op. cit.*, pp. 315-327.

²⁷¹⁴ *Id.*, p. 148. (Notre traduction). V. notamment, M. DEMERIEUX, « *The Common Law and the Litigation of Fundamental Rights and Freedoms Before the Privy Council* », in *Transitions in Caribbean Law. Law-Making, Constitutionalism and the Convergence of National and International Law*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company, 2013, pp. 179-198.

Sur l'adhésion à la Convention. Aucun des territoires caribéens n'a adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, contrairement à sa dénomination, elle est un instrument du droit international non réservé au seul territoire de l'Union européenne. D'autant que tous les Etats parties à la Convention ne sont pas européens comme l'illustrent l'Islande, la Turquie, la Russie, la Suisse notamment. Bien que la valeur du droit intégré – infraconstitutionnelle et/ou supralégislative, constitutionnelle notamment – demeure *in fine* à la discrétion exclusive des Etats, il est un principe d'applicabilité immédiate du droit de la Convention²⁷¹⁵. Pour autant, selon la tradition dualiste – le cas de la majorité des pays caribéens – ou moniste – le cas de la France²⁷¹⁶, Haïti, le Suriname notamment – de l'Etat, l'intégration de la norme va nécessiter ou non la production d'actes nationaux complémentaires en vue de son application. Ainsi, des ressortissants, personnes physique ou morale, étrangers à l'Union européenne peuvent bénéficier de la protection des droits fondamentaux issus de la Convention sous réserve de la simple expression du consentement de l'Etat-mère – forme individuelle de l'adhésion – ou du groupe d'Etats auquel est partie l'Etat-mère – forme collective de l'adhésion – à cette dernière²⁷¹⁷. La protection juridictionnelle est assurée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁷¹⁸ dont le ressort est fonction des pays signataires. Des requêtes étatiques et individuelles garantissent le droit à l'Etat requérant ou à « toute personne » – les entreprises, les particuliers, les organisations non gouvernementales, les mineurs, les détenus notamment – qui se prétend victime d'une violation de ses droits garantis par la Convention ou ses protocoles d'introduire une requête devant la Cour afin de les faire respecter. A condition, généralement, que les recours en interne aient été épuisés et qu'un délai de six mois postérieurs à la décision définitive en interne ait été respecté²⁷¹⁹. Spécifiquement, dans le cas des requêtes individuelles, à conditions de transparence, d'unicité de la procédure, de pertinence des faits, d'intérêt à agir, de proportion des requêtes²⁷²⁰. Pour autant, une telle adhésion, si elle est souhaitable, nous apparaît peu probable en l'état actuel des idées. S'exposant à un contrôle externe de la légalité, les ensembles caribéens auront à craindre, à l'instar

²⁷¹⁵ Art. 1^{er} de la C^oEDH : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

²⁷¹⁶ Art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁷¹⁷ Art. 11 et s. de la Convention de Vienne de 1969 : « *Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu* » (art. 11).

²⁷¹⁸ *Conférence* Protocole n^o 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention du 11 mai 1994.

²⁷¹⁹ Art. 35 §1 CEDH.

²⁷²⁰ Art. 35 §2, §3 et §4 CEDH.

de l'Union européenne²⁷²¹, un « déplacement des pouvoirs »²⁷²² à plus forte raison que les décisions de la Cour ont force obligatoire et sont définitives²⁷²³. Il reste aux Etats caribéens d'y adhérer individuellement mais l'éventualité d'une adhésion partielle de la Caraïbe – la situation où seuls quelques Etats adhèrent à la Convention – force le retour aux dissymétries évoquées précédemment.

Sur la révision des traités. Il s'agirait d'y introduire – particulièrement dans le traité révisé de Chaguaramas auxquels sont également parties les territoires de l'OECS – soit une stipulation de renvoi à un texte annexe – à l'image de la Charte des droits fondamentaux de l'UE²⁷²⁴ –, soit un catalogue de droits réputés fondamentaux dont le respect, s'imposant aux institutions, Etats membres et ressortissants de la communauté, serait assuré par la Cour caribéenne de justice puisqu'elle est la juridiction de la CARICOM compétente en matière d'application et d'interprétation des droits primaire et dérivé. Une telle formule est apparue avantageuse en ce qu'elle permet à la Cour de garder une certaine emprise sur l'interprétation et l'application du droit sans avoir à craindre une ingérence externe²⁷²⁵. En outre, ce mode de prise en compte des droits fondamentaux pourrait avoir pour finalité le regroupement de droits dispersés dans les sources

²⁷²¹ **Nota bene** : L'UE n'est pas partie de la Convention EDH. L'homologie entre les organismes régionaux caribéens et l'Union européenne ne se limite pas à des critères institutionnels ; elle s'étend à des critères idéologiques.

²⁷²² V. VARDABASSO, « *La Convention européenne des droits de l'homme. (Rome, le 4 novembre 1950)* », art. cit., p. 74. Pour rejeter l'adhésion de l'UE à la CEDH, la Cour a notamment estimé que l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union » Avis n° 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, pt. 258. Pour une étude d'ensemble, v. notamment F. BENOIT-ROHMER, « *À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice* », Revue trimestrielle de droit européen, Juillet-Septembre 2015, n°3, pp. 593-611 ; S. BESSON, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l'avis 2/13* », Annuaire suisse de droit européen, 2015, pp. 423-454 ; F. CHALTIEL, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ?* », Petites affiches, La Loi / Le Quotidien juridique, 2015, n° 105, pp. 6-13 ; O. DE SCHTTER, « *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes* », CRIDHO Working Paper, 2005/7, p. 4 ; D. DERO-BUGNY, « *La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux* », in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 109-124 ; E. DUBOUT, « *Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme* », Revue des droits et libertés fondamentaux, 2015, chron. n° 09 ; A. PEREGO, « *Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme* », Revue du droit de l'Union européenne, 2015, n° 1, pp. 145-150 ; E. PERILLO, « *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, deux ans plus tard* », Journal de droit européen, 2016, n° 234, p. 377 ; S. PLATON, « *Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?* », Revue des droits et libertés fondamentaux, 2015, chron. n° 13.

²⁷²³ Art. 44 et 46 du Protocole n° 11, précité.

²⁷²⁴ Art. 6 §1, al. 1^{er} TUE : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ». v. notamment, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « *Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union* », art. cit., pp. 263-278.

²⁷²⁵ « *L'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union* » estimait l'assemblée plénière de la Cour de justice de l'Union pour rejeter l'adhésion de l'UE à la Convention EDH Avis n° 2/13 du 18 décembre 2014, précité, pt. 167.

internationales de protection et garantie des droits fondamentaux. Hormis quelques exceptions les droits économiques et sociaux notamment ne sont pas couverts par la Convention.

L'existence de la Martinique et de la Guadeloupe, alors collectivités territoriales françaises, au sein des organisations caribéennes relève davantage de la simple juxtaposition de systèmes que d'une intégration véritable. L'intégration régionale des Antilles françaises, tout en perdant en réalité, a gagné en mythe. Mais, il semble subsister aussi bien dans le droit positif interne applicable aux Antilles Françaises que dans les failles du droit régional des outils posant les conditions de sa démystification.

Section 2. La convergence potentielle des systèmes.

385. Il n'est aucun déterminisme dans l'inintégration régionale des Antilles françaises. Si les Antilles françaises sont assimilées à la République française²⁷²⁶, il persiste dans l'ordre juridique interne des lieux de spécialité du droit (I). Laquelle spécialité contribuerait à leur distanciation, ordonnée, du droit national et créerait les conditions d'un rapprochement intense avec leur région d'extraction (II).

I. La spécialité législative des Antilles françaises : un *exeat*

386. La permissivité du droit interne. L'intégration régionale procède non seulement de la volonté de s'intégrer – élément moral – mais aussi, surtout, de la capacité à le faire – élément matériel et formel à la fois. Avant la loi de départementalisation du 19 mars 1946²⁷²⁷ consacrant une identité de droits entre les Antilles françaises et la France continentale, le statut juridique de droit commun en vigueur aux Antilles françaises était celui de la spécialité législative consistant en la prise en compte de *leur intérêt propre au sein de la République*. Cet intérêt particulier est apparu dissout

²⁷²⁶ RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, op. cit., pp. 23-34, spéc. p. 23.

²⁷²⁷ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, *JORF* du 20 mars 1946, 2294 p.

sous les quatrième et cinquième Républiques. Mais, ce qui pouvait passer pour une fatalité du droit ne s'en est pas révélé une avec le temps. C'est en y ayant assigné une portion non congrue de réalisme juridique que sont apparus les interstices. On l'a notamment vu avec les modalités d'intégration différenciée du droit interne (A) ouvrant la voie d'une libre administration des Antilles françaises dans des domaines autres que régaliens. Le pouvoir territorial s'exprime dans les limites de la fundamentalité du droit et sous réserve des engagements internationaux de la France à l'image de l'environnement, l'urbanisme, des éléments de fiscalité, la formation, le sport, les transports, la culture, la sécurité notamment. On l'a autrement vu avec la personnification internationale progressive des Antilles françaises puisque les compétences internationales antillaises sont désormais exhaussées quoique limitées à leur opportunité (B).

A – L'habilitation à la différenciation juridique²⁷²⁸

« La départementalisation décidée en 1946 pour la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane et la Réunion avait semblé être un progrès dans le sens de l'égalité des régimes et des droits des citoyens. Voici que – et depuis longtemps – elle est présentée comme ayant mis en place un carcan puisque l'assimilation est contestée et que, d'ailleurs, elle semble quelquefois contraire à la nature des choses »²⁷²⁹.

387. Entre modération et normativisme locaux : une intégration juridique différenciable. Par équité – les Antilles françaises connaissent des nuisances plurielles, combinées et irrésistibles à leur développement économique comme l'éloignement géographique, la faible superficie, la topographie que ne connaît pas le territoire hexagonal²⁷³⁰ –, le statut constitutionnel

²⁷²⁸ « Une différenciation juridique de traitement dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre, afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles » MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Thèse de doctorat, droit, Université Aix-Marseille III, 1996, p. 244 ; O. GOHIN, « *Egalité et différenciation dans les DOM : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution* », in Le Pourhiet, A.-M. (dir.), *Droit constitutionnel local*, Economica, PUAM, 1999, p. 119.

²⁷²⁹ JACQUEMART, S. *La question départementale outre-mer*, Paris, PUF, 1983, p. XVII.

²⁷³⁰ RIPERT, J. *L'égalité sociale et le développement économique dans les DOM*, Paris, La documentation française, (Rapport public), 1990, p. 29. et pp. 30-76. Sur ce point, v. notamment, VESTRIS, I, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 237-278.

des Antilles françaises portant, en principe, leur identité législative²⁷³¹ a été aménagée²⁷³². Il s'est agi de subsidiariser le pouvoir de décider ; faire de l'échelon local le niveau le plus pertinent dans l'allocation du droit²⁷³³. Mais, il existe des degrés dans la subsidiarisation²⁷³⁴ : ils vont d'un simple pouvoir modérateur à un pouvoir normatif délégué. Ces degrés, outre d'influer sur l'attribution des compétences, influent même sur la définition de la méthode. *Sur le pouvoir modérateur*. Il résulte des alinéas 1^{er}, 2 et 3 de l'article 73 de la Constitution²⁷³⁵. La méthode employée ici est celle de l'adaptation :

« du point de vue systémique, l'adaptation d'un système juridique et spécialement du sous-système administratif se définit comme la relation d'adéquation que ce système entretient avec son environnement. L'adéquation répond à la question de la réaction du système face aux sollicitations de son environnement »²⁷³⁶.

²⁷³¹ Art. 73 al. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. V. sur ce point, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « *Le principe d'égalité entre collectivités locales* », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 12, 2002, p. 93.

²⁷³² « En ce sens, l'équité ne s'oppose pas à l'égalité. Elle suppose au contraire des critères plus exigeants » Fitoussi, J.-P. et Rosanvallon, P. *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Le Seuil, 1996, p. 99. cité in CONSEIL D'ETAT, *Le principe d'égalité*, Rapport public, Paris, La documentation française, 1997, p. 85.

²⁷³³ Ainsi, les conseils généraux et régionaux « sont consultés sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative » Art. 44 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer, *JORF* n° 0289 du 14 décembre 2000, p. 19760, texte n° 1. V. notamment, FABERON, J.-Y. ET ZILLER, J. *Droit des collectivités d'Outre-mer*, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 66-78.

²⁷³⁴ Ces degrés n'ont pas toujours existé. L'avant révision constitutionnelle du 29 mars 2003 donne à voir deux versions dépouillées de l'article 73. Tout d'abord, dans la constitution du 27 octobre 1946, l'article 73 posait la seule méthode de l'exception – assimilable à l'actuelle dérogation – : « *le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exception déterminées par la loi* ». Ce qui a pu déboucher sur l'introduction de régimes fiscal et douanier – décrets n°s 47-2390, 47-2391, 47-2392 et 47-2393 du 27 septembre 1947 –, salarial – e.g. les 40 % de vie chère : art. 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950 complété par l'art. 10 du décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 et l'art. 1^{er} du décret n°57-87 du 28 janvier 1957 – spécifiques. Ensuite, dans la constitution du 4 octobre 1958, seule la méthode de l'adaptation, concept fourre-tout, était prévue : « *le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Sur ce dernier point, v. P. AUGE, « *L'adaptation des règles fiscales dans les départements d'outre-mer* », in Faberon, J.-Y. et Auby, J.-F. (Dir.), *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp. 27-42 ; F. MICLO, « *Les contours du principe constitutionnel d'adaptation* », in Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer?, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 101-109.

²⁷³⁵ « (...) Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées selon le cas, par la loi ou par le règlement ».

²⁷³⁶ CUSTOS, D., *L'adaptation des institutions françaises aux DOM*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1989, p. 17. v. notamment, F. ROUSSEL, « *L'application des lois et règlements outre-mer : les paradoxes de l'assimilation juridique* », Les cahiers de la fonction publique et de l'administration, 03/2010 ; J.-CL. DOUENCE ET B. FAURE, « *Y a-t-il deux Constitutions?* », RFDA, 2000, p. 746 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires* », RFDA, 1997, p. 906 ; F. MICLO, « *Les contours du principe constitutionnel d'adaptation* », in Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer ?, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 101-109.

Nous ajouterons, qu'à l'initiative des collectivités²⁷³⁷, elle s'inscrit d'un besoin de différenciation souple, objectif et rationnel, proportionné, corrélé en but et en objet²⁷³⁸, ayant pour substrat systématique le droit commun puisqu'elle procède simplement des transformations, ajustement, agencement de la source initiale du droit. Quoique souple, le pôle intégrateur n'a pas renoncé au contrôle de son usage. Son objet est limité aux matières ne préfigurant pas l'éclatement de la souveraineté nationale. Autrement dit, aux matières où s'exerce la compétence des collectivités territoriales²⁷³⁹ et à l'obtention d'une habilitation à l'adaptation par une loi ou un règlement. C'est l'exemple de l'habilitation à adapter et fixer des règles spécifiques en matière fiscale²⁷⁴⁰ ou encore en matière de transports intérieurs de passagers et de marchandises terrestres et maritimes²⁷⁴¹. *Sur le pouvoir normatif délégué*. Il résulte de l'alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution²⁷⁴². La méthode employée ici est celle de la dérogation :

Elle se présente comme « la résultante d'un processus normatif juridiquement organisé, permettant à l'autorité qui applique la règle de droit de l'écartier sur la base de motifs donnant lieu à une appréciation, et au profit d'une solution dont le contenu peut être éventuellement à déterminer »²⁷⁴³.

Elle ne peut être autorisée qu'à *titre expérimental, pour un objet*, pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement, *et pour une durée limitée*. L'apport de cette méthode réside notamment dans la création de règles nouvelles et dans l'adjonction d'un mécanisme d'évaluation²⁷⁴⁴. C'est l'exemple

²⁷³⁷ « L'article 73, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, soumet l'adaptation à des exigences supérieures à celles qui résulteraient du principe général d'égalité et paradoxalement les pouvoirs publics disposent de moins de liberté pour prendre des mesures spécifiques aux départements d'outre-mer qu'à l'égard des autres parties du territoire national » J.-CL. DOUENCE, « *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer* », RFDA, 1992, p. 462.

²⁷³⁸ CONSEIL D'ETAT, *Le principe d'égalité*, Rapport public, Paris, La documentation française, 1997, pp. 41-42.

²⁷³⁹ *i.e.* L'urbanisme, l'environnement, la police, la fiscalité, la sécurité, la culture, l'enseignement, le sport, les transports, l'aménagement du territoire, le développement économique notamment.

²⁷⁴⁰ M. MARTEAU-PETIT, « *Les techniques d'adaptation de la fiscalité outre-mer* », in Faberon, J.-Y. (Dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, pp. 221-232.

²⁷⁴¹ Art. 37 de la loi n° 2013-1029 du 15 novembre 2013 portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, JORF n° 0266 du 16 novembre 2013, p. 18626, texte n° 4.

²⁷⁴² « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

²⁷⁴³ A. ROUYERE, « *La dispense en droit public : l' "un" et le "multiple"* », Droits, n° 25, 1997, p. 74.

²⁷⁴⁴ J. MOREAU, « *De l'expérimentation* », JCP « Administration et collectivités territoriales », octobre 2002, p. 99. V. également, J.-C. JOBART, « *De la convergence du droit des collectivités territoriales : vers une généralisation des droits particuliers* », in Delvit, P. (Dir.), *Bicentenaire du département de Tarn et Garonne : genèse, formation, permanence d'une trame administrative*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2008, pp. 485-489

de l'habilitation à légiférer et réglementer dans le domaine de l'environnement et de l'énergie obtenue par la collectivité régionale de Guadeloupe pour son territoire²⁷⁴⁵.

388. Une identité d'appréhension des habilitations à l'adaptation et à la dérogation.

Les habilitations visent à l'attribution de compétences²⁷⁴⁶, conformément à l'identification claire et précise des besoins, ainsi qu'à l'exercice d'un contrôle. Ainsi, l'alinéa 6 de l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958, tout en réaffirmant la fondamentale indépensable de certains droits et libertés²⁷⁴⁷, assoit l'exercice du pouvoir d'initiative de l'autorité décentralisée *dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique*. La procédure a été initialement fixée par la loi organique du 21 février 2007, postcité. Lorsque l'autorité décentralisée en formule la demande, cette dernière doit revêtir un caractère aussi bien formel que substantiel. Elle doit se présenter sous la forme d'une délibération et doit être motivée, ce qui signifie qu'elle ne saurait excéder ce qui est absolument nécessaire²⁷⁴⁸. Le pouvoir central se réserve une faculté d'empêchement désormais au détour du seul contrôle de la légalité²⁷⁴⁹. Aujourd'hui, l'autorisation est accordée par une loi lorsqu'elle porte sur une matière législative et par un décret pris en Conseil d'Etat lorsqu'elle porte sur un règlement. Cette homologie entre la matière de la demande et la forme de sa réponse remédie

²⁷⁴⁵ Art. 69, al. 1^{er} de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer : « Pour une durée de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi, le conseil régional de Guadeloupe est habilité, en application de l'article 73, alinéa 3, de la Constitution et des articles LO 4435-2 à LO 4435-12 du code général des collectivités territoriales, à fixer des règles spécifiques à la Guadeloupe en matière de maîtrise de la demande d'énergie, de réglementation thermique pour la construction de bâtiments et de développement des énergies renouvelables, dans les limites prévues dans sa délibération n° CR / 09-269 du 27 mars 2009 publiée au Journal officiel du 3 avril 2009 », JORF n° 0122 du 28 mai 2009, p. 8816, texte n° 1.

²⁷⁴⁶ Il s'agit de la « collation d'un pouvoir d'agir ; (d'une) investiture légale ou judiciaire en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques, soit en son nom personnel, soit par représentation d'autrui » CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 503. Italiques ajoutés.

²⁷⁴⁷ « (Les habilitations) ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». Parenthèses ajoutées. Sur la qualification des libertés publiques ou droits constitutionnellement garantis, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », Jus politicum, Revue de droit politique, Dalloz, 2012 (hal-01666097).

²⁷⁴⁸ **Sur l'habilitation à l'adaptation** : s'agissant des département et région de la Guadeloupe, v. Art. LO 3445-2, I et Art. LO 4435-2, I de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, JORF n° 45 du 2 février 2007, p. 3121, texte n° 1. S'agissant de l'Assemblée unique de Martinique, v. Art. LO 7311-2, I de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, JORF n° 0173 du 28 juillet 2011, p. 12818, texte n° 1. **Sur l'habilitation à la dérogation** : s'agissant des département et région de la Guadeloupe, v. Art. LO 3445-10 et Art. LO 4435-10 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, précitée. S'agissant de l'Assemblée unique de Martinique, v. Art. LO 7312-2 de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011, précitée.

²⁷⁴⁹ « les délibérations (sont) transmises au représentant de l'état dans le département ou la région (le préfet qui, en vertu du dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution, a "la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois"), lequel pourra les porter devant le Conseil d'état » Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007 sur la loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, JO du 22 février 2007, p. 3252, texte n° 3, Rec. p. 60, cons. 34. Italiques ajoutés.

au traditionnel écran étatique dans le cadre de son contrôle d'opportunité²⁷⁵⁰. Si l'habilitation est, en principe, limitée à la durée du mandat de l'assemblée de la collectivité²⁷⁵¹, elle est prorogable une fois dans les mêmes conditions et limites de temps si la loi ou le décret pris en Conseil d'Etat le prévoit²⁷⁵².

389. L'application au cas de l'insertion régionale des Antilles françaises. Par culture, les Antilles françaises sont, dans la Caraïbe, les victimes d'une concurrence particulièrement déloyale. Elle est le produit des vides ou lacunes juridiques de leurs homologues régionaux ou, tout simplement, de l'inaptitude de ces derniers à la mise en oeuvre pleine et systématique du droit dont ils se parent. On l'aura vu, cette déloyauté concurrentielle acquiert une certaine permanence. Non seulement en ce que l'adhésion des Antilles aux organismes d'intégration est nécessairement fragmentée, réduisant *de facto* l'effet de lissage du droit régional, mais aussi en ce qu'il subsiste une part importante, traditionnelle, de réserve de « souveraineté » des pays de la région engendrant irrésistiblement une concurrence des droits. L'arbitrage réalisé par l'opérateur économique – l'investisseur privé notamment – ne peut qu'être favorable au « moins-disant » juridique. Alors, pour être concurrentielles, les Antilles françaises se devront de s'aligner, à tout le moins, s'ajuster. Cela passe, variablement, par leur capacité à adapter (le) ou à déroger (du) droit et des méthodes qui, naturellement, s'appliquent à elles. Concrètement, si l'on prend l'exemple du délai d'instruction de droit commun du permis de construire une construction autre qu'une maison individuelle. Il est fixé, en France, par voie réglementaire, à quatre-vingt-dix jours²⁷⁵³ alors que dans d'autres îles caribéennes telles que Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Nièvements, il est respectivement fixé à trente-

²⁷⁵⁰ « Le contrôle d'opportunité est le pouvoir de s'assurer que les actes et décisions sont appropriés en fonction du but poursuivi, du moment de l'acte ou de la décision et des moyens mobilisés en rapport aux moyens disponibles. (...) » C. MAGDALIJS, « *Le contrôle de l'action administrative, contribution à une typologie réorientée des contrôles* », Revue Pyramides, n° 8, 2004, pt. 38.

²⁷⁵¹ **Sur l'habilitation à l'adaptation** : s'agissant du département et de la région de la Guadeloupe, v. Art. LO 3445-6 et Art. LO 4435-6 de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011, précitée. S'agissant de l'Assemblée unique de Martinique, v. Art. LO 7311-6 de ladite loi. **Sur l'habilitation à la dérogation** : s'agissant des département et région de la Guadeloupe, la loi organique est silencieuse. Pour autant, il est loisible de supposer que les dispositions relatives à l'habilitation à l'adaptation s'appliquent comme le dispose l'article LO 7312-3 de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011, précitée, s'agissant de l'Assemblée unique de Martinique.

²⁷⁵² S'agissant des département et région de la Guadeloupe, v. Art. LO 3445-6-1 et Art. LO 4435-6-1 de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011, précitée. S'agissant de l'Assemblée unique de Martinique, v. Art. LO 7311-7 de ladite loi.

²⁷⁵³ Art. R. 423-23 du Code de l'urbanisme : « *Le délai d'instruction de droit commun est de : a) Un mois pour les déclarations préalables ; b) Deux mois pour les demandes de permis de démolir et pour les demandes de permis de construire portant sur une maison individuelle, au sens du titre III du livre II du code de la construction et de l'habitation, ou ses annexes ; c) Trois mois pour les autres demandes de permis de construire et pour les demandes de permis d'aménager ».* Nous soulignons.

cinq²⁷⁵⁴ et quarante-deux jours²⁷⁵⁵. Les autorités décentralisées antillaises pourraient demander une habilitation à adapter et fixer des règles spécifiques en matière d'urbanisme à fins de réduction du temps d'instruction du permis de construire notamment. En cas d'autorisation, cette dernière sera délivrée par un décret pris en Conseil d'Etat pour une durée équivalente à la mandature de l'assemblée requérante. Dans ce cas de figure – les insertion et concurrence régionales des Antilles françaises –, les conditions de la prorogation peuvent sembler, particulièrement insatisfaisantes. En effet, proroger une fois peu sembler court lorsque les motifs de l'habilitation à adapter – ou à déroger –, soit les « sollicitations de son environnement »²⁷⁵⁶, n'auront pas cessé d'exister. Il en va autrement en matière de fiscalité douanière où il est loisible d'évoquer la spécialité douanière des Antilles françaises par l'application de l'Octroi de mer²⁷⁵⁷ – un impôt portant sur les importations de biens et les livraisons de biens réalisées à titre onéreux. Le cas est ici avantageux en ce que les Antilles françaises disposent originairement d'un droit à déroger. Si les Antilles françaises font partie du territoire douanier de l'Union européenne²⁷⁵⁸, elles s'appréhendent du point de vue fiscal comme des territoires tiers, y compris vis-à-vis de leur pôle intégrateur – la France hexagonale. Il n'est dès lors pas exclu que cette dérogation intègre leur rapprochement de leur région d'extraction lequel se matérialiserait par le jeu d'exonérations et/ou taux réduits d'octroi de mer en provenance ou à destination de la Caraïbe pour certains produits ce qui faciliterait l'échange, pour l'heure résiduaire²⁷⁵⁹, avec la région et renforcerait tout en l'épurant la concurrence.

390. Un double degré d'habilitation : la validation européenne de la spécialité législative des Antilles françaises. Du fait de l'intégration juridique de la République française à l'Union européenne, le droit régional s'y applique, en principe, sans discontinuer dans les domaines échappant à sa pleine souveraineté tels que les douanes, la concurrence, les transports, l'environnement, la protection des consommateurs, le marché intérieur²⁷⁶⁰. Mais, par exception, en vertu de difficultés substantielles, il lui est reconnu la faculté de prétendre à l'application différenciée du droit régional sur son territoire²⁷⁶¹. Les stipulations de l'article 349 du Traité sur le

²⁷⁵⁴ <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/s/st-kitts-and-nevis/KNA.pdf>, 11 p. (Rapport 2018)

²⁷⁵⁵ <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/s/st-lucia/LCA.pdf>, p. 11. (Rapport 2018)

²⁷⁵⁶ CUSTOS, D., *L'adaptation des institutions françaises aux DOM*, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁵⁷ Voir *supra* B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié ».

²⁷⁵⁸ Art. 4 du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, précité.

²⁷⁵⁹ Voir *supra* note n° 2517.

²⁷⁶⁰ Art. 3 et 4 TFUE.

²⁷⁶¹ Pour une étude d'ensemble, v. VESTRIS, I, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, *op. cit.*

fonctionnement de l'Union européenne consacrent un droit subjectif à la différenciation ; somme toute, une péréquation du droit. L'article 349 TFUE est le produit de la politique intégrationniste de l'UE, partisane du développement économique et social de l'outre-mer²⁷⁶², sur laquelle s'est indexée la prise en compte en interne, immuable²⁷⁶³, des intérêts économiques ultramarins. A cet égard, ceux-là se devront de tenir dans l'espace confiné offert par le droit interne²⁷⁶⁴. Confiné en ce qu'il est borné par les nécessités de permanence des *intégrité* et *cohérence* des ordres juridiques interne et de l'Union européenne dont les contours précis restent à déterminer par la tradition jurisprudentielle. Ils se devront également de tenir dans l'espace offert par le droit de l'Union²⁷⁶⁵. Dans ce dernier cas, il est stipulé une liste non exhaustive de matières sur lesquelles pourront porter les tolérances. Bien que l'article 349 TFUE ne stipule pas explicitement la différenciation, elle est implicitement éclatante au regard du caractère flou quoique particulièrement inclusif de l'expression « mesures spécifiques »²⁷⁶⁶. Lesquelles peuvent alternativement prendre la forme d'un droit dérogatoire, d'un droit adaptatif voire d'un droit spécial²⁷⁶⁷. Sa mise en oeuvre est la prérogative exclusive du Conseil de l'Union européenne, dit « le Conseil »²⁷⁶⁸ précédée et conditionnée toutefois

²⁷⁶² A la question « que signifie cet article ? » l'ancien président de la Commission européenne, M. Romano Prodi, répond qu'« il permet de déroger, au cas par cas, et de manière précise, justifiée et proportionnelle, aux dispositions générales du traité. Ce n'est donc pas un article ayant une valeur de simple déclaration. Il n'est pas non plus un régime d'« opt-out » généralisé. Il permet la mise en place d'un régime spécifique tenant compte de toutes les contraintes qui pèsent sur ces régions du fait de leur ultrapériphéricité, et sans nuire pour autant à la cohérence du droit communautaire et du marché intérieur » *Confer* l'intervention d'ouverture de M. Romano Prodi à la Journée de partenariat régions ultrapériphériques à Bruxelles le 23 novembre 1999 (URL : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-99-180_fr.htm?locale=FR).

²⁷⁶³ Cette précision est importante puisque de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, précitée, antérieure à la révision constitutionnelle, prend en compte les intérêts territoriaux de l'outre-mer : « *Le développement économique, l'aménagement du territoire et l'emploi dans les départements d'outre-mer constituent, en raison de leur situation économique et sociale structurelle reconnue notamment par l'article 299, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne, des priorités pour la nation* » (Art. 1^{er}, al. 1^{er}).

²⁷⁶⁴ Art. 73 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique* ».

²⁷⁶⁵ Art. 349 TFUE : « (...) le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, y compris les politiques communes. (...) Les mesures visées au premier alinéa portent notamment sur les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union. Le Conseil arrête les mesures visées au premier alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes ».

²⁷⁶⁶ I. OMARJEE, « *Le traité d'Amsterdam et l'avenir de la politique de différenciation en faveur des départements d'outre-mer* », RTDE, 1998, p. 518.

²⁷⁶⁷ D. PERROT, « *Le nouvel article 299, §2 du traité instituant la Communauté européenne – Vers un approfondissement de la différenciation juridique en faveur des régions ultrapériphériques* », Pouvoirs dans la Caraïbe, n° 12, 2000, pp. 107-148.

²⁷⁶⁸ Art. 349, al. 1^{er} et 3 TFUE. « le Conseil (est) l'unique institution habilitée à prendre des mesures d'adaptation sur le fondement de l'article 299 §2 CE » D. Custos, commentaire sous TPICE, 13 septembre 2006, *Sociedade de Industrias*

à l'exercice du pouvoir d'initiative de la Commission européenne et de celui de consultation du Parlement européen²⁷⁶⁹. Ainsi, pour ce qui nous concerne ici, lorsque les habilitations à la différenciation, validées en interne, porteront sur l'un quelconque des domaines de compétence de l'Union, les autorités françaises devront obtenir une autorisation de l'Union pour leur mise en application – le droit interne devant être conforme au droit de l'Union. C'est l'exemple notamment des autorisations de prorogation de la mise en oeuvre de l'Octroi de mer²⁷⁷⁰ par le Conseil organisant la dérogation aux articles 28, 30 – interdisant les droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent entre les Etats membres – et 110 – interdisant les impositions intérieures de toute nature discriminatoires ou protectionnistes – du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les portes d'un droit spécial des outre-mers sont désormais ouvertes. Il reste que les voies d'habilitation à la différenciation sont encore modestement utilisées. Nous en voulons également pour preuve, l'habilitation internationale des Antilles françaises même s'il leur est dénié, au moins en théorie, toute personnalité internationale propre. L'action extérieure des Antilles françaises n'est, formellement, que le produit d'un saupoudrage juridique, qui, par dérogation législative, s'affranchit volontiers de principes juridiques établis tels que la prérogative exclusive du Chef de l'Etat en matière de politique extérieure²⁷⁷¹.

Açoreanas (Sinaga) c/Commission, aff. jointes n° T-217/99, 321/00 et 222/01, *Rec.* p. II-67, in R.A.E. – L.E.A., n° 3, 2006, pp. 571-577, spéc. p. 574. Italiques ajoutés.

²⁷⁶⁹ Art. 349, al. 1^{er} TFUE.

²⁷⁷⁰ Décision n° 2004/162/CE du Conseil du 10 février 2004 relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer et prorogeant la décision 89/688/CEE, *JOCE* n° 052 du 21 février 2004, pp. 64-69 (la France était autorisée à appliquer l'octroi de mer jusqu'en 2014). Décision du Conseil n° 940/2014/UE du 17 décembre 2014 relative au régime de l'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques françaises, précitée (la France est autorisée à appliquer l'octroi de mer jusqu'en 2020).

²⁷⁷¹ L'alinéa 1^{er} de l'article 52 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « *Le Président de la République négocie et ratifie les traités* ». Toutefois, c'est le président de la collectivité régionale, dans le cas de la Guadeloupe, et celui du conseil exécutif de l'Assemblée unique, dans le cas de la Martinique, à qui il incombe de siéger et signer, par délégation certes, au nom de la République française dans les affaires qui concernent directement leurs territoires. L'accord d'admission de la Martinique à l'OECD est, à ce titre, illustratif.

B – La personnification internationale de l’outre-mer franco-caribéen : de la « décentralisation diplomatique » ou paradiplomatie²⁷⁷²

391. Qu’est-ce que la personnalité internationale ? C’est la capacité à être titulaire de droits et d’obligations internationales. Elle est consubstantielle des degrés d’indépendance d’une entité. Le droit international dresse une liste énumérative des « personnes » reconnues par lui – les collectivités *infra* étatiques en sont exclues. En tête de liste, on trouve les Etats, collectivités publiques *sui iuris*²⁷⁷³. Internationalement responsables, ils jouissent alors du *ius tractati* puisqu’ils peuvent notamment procéder à tous les actes quant à la conclusion des traités, participer aux relations externes, ils sont aussi dotés de la faculté d’ester en justice à l’échelle internationale et, symétriquement, d’être responsables. Ils disposent de la personnalité juridique externe :

« La personnalité internationale de l’Etat signifie deux choses : en premier lieu, qu’il constitue un *corps*, distinct de chacun de ses éléments constitutifs et plus particulièrement des différents organes entre lesquels est réparti l’exercice des pouvoirs publics. En second lieu, qu’une telle personne morale est dotée de certaines capacités légales et se voit conférer par les normes de l’ordre juridique international l’aptitude à exercer des droits et à assumer des obligations. Cette personne morale est ainsi un *sujet* de droit international auquel pourront être imputés les actes des organes et des agents individualisés agissant en son nom et investis du pouvoir de le représenter dans les relations internationales »²⁷⁷⁴.

392. La capacité internationale, une condition fondamentale de la légalité de l’action internationale des Antilles françaises. Nous devons distinguer deux situations : l’octroi effectif de compétences internationales²⁷⁷⁵ et la réalité d’une personnalité juridique internationale. Soit

²⁷⁷² « Par diplomatie territoriale, on désigne la participation des collectivités locales à la mise en œuvre de la politique internationale de la France » F. CONSTANT, « *La France dans les Caraïbes. La diplomatie territoriale à l’épreuve de l’insertion régionale des départements français d’Amérique (DFA)* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l’indifférence à l’interaction*, Paris, L’Harmattan, 2014, pp. 74-75. v. également, R. PASQUIER, « *Quand le local rencontre le global. Contours et enjeux de l’action internationale des collectivités territoriales* », RFAP, n° 141, 2012, pp. 167-187.

²⁷⁷³ Art. 1^{er} de la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats du 26 décembre 1933 : « *L’Etat comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes :*

I. *Population permanente.*

II. *Territoire déterminé.*

III. *Gouvernement.*

IV. *Capacité d’entrer en relations avec d’autres Etats ».*

in Société des Nations, Recueil des Traités, 1936, n° 3802, p. 36. v. notamment, C. WARBRICK, « *States and Recognition in International Law* », in Malcolm. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., OUP, 2006, chapter 7, p. 218.

²⁷⁷⁴ DUPUY, P.-M. ET KERBRAT, Y., *Droit international public, op. cit.*, pp. 85-86.

²⁷⁷⁵ B. TCHIKAYA, « *Les compétences internationales des départements français d’outre-mer* », in Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international, Paris, A. Pédone, Journée d’études, SFDI, 2002, p. 68.

différencier la personnalité internationale de la capacité internationale²⁷⁷⁶. D'autant que si la première ne peut se passer de la seconde, on apprend que la seconde peut avoir une existence distincte de la première. A l'échelle caribéenne, les Antilles françaises sont une curiosité. Elles font partie des rares îles à la capacité d'actions extérieures – nécessaires à un processus de décision diligent directement ou indirectement profitable au tourisme notamment – limitée à ce que leur Etat référent et l'Union européenne leur autorisent. Pour autant, le contexte d'évolution des îles de Martinique et de Guadeloupe et la distance de leur territoire de rattachement, entre autres, empêchent de se résoudre à la seule prévalence de l'Etat dans les rapports internationaux :

« L'Etat ne doit pas traiter l'action internationale des Outre-mer comme une menace pour l'intégrité de sa politique étrangère, mais, bien au contraire, chercher à créer de nouveaux modes de collaboration, de nouveaux partenariats et un meilleur partage des rôles avec ces collectivités »²⁷⁷⁷.

Elles ont donc un *intérêt à agir*²⁷⁷⁸. Récusant, pour l'heure, toute forme d'évolution statutaire drastique de leur territoire, les Antilles françaises revendiquent une pleine capacité d'action internationale tout en maintenant leur identité législative²⁷⁷⁹. L'hypothèse d'une personnalité externe différenciée devient le terrain d'un consensus de volontés qui ne va pas sans fragiliser la structure de l'édifice étatique, au moins en théorie. Même si les verrous se sont faits résistants, on assiste aujourd'hui à un revirement partiel du législateur mettant ainsi, partiellement, fin à une suppléance absolue (§1). Néanmoins, les filigranes législatifs combinés au réalisme des vestiges textuels n'ont pu que concourir à la relativisation de l'ouverture législative (§2).

²⁷⁷⁶ Par cette expression, « il faut entendre toute relation juridique, formalisée ou non dans un instrument contractuel, nouée par ces collectivités à la suite d'une décision de leurs organes et tendant à établir toutes formes de rapports avec des personnes morales de droit public n'appartenant pas à l'ordre juridique français » BILLET, J., *Les relations extérieures des régions et collectivités locales en vue d'une amélioration des échanges économiques*, Paris, Rapport du Conseil économique et social, séance du 28 avril 1992, JORF du 29 mai 1992, p. 62.

²⁷⁷⁷ R.-L. BUDOC, « *Quelle place pour les outre-mer français dans les organisations de coopération et d'intégration régionales ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 433. « (...) la gestion très centralisée des activités diplomatiques n'est évidemment pas favorable au développement d'actions de coopération souples et coordonnées » P. MARIN, « *Réflexions sur les limites du droit de la coopération régionale DOM/ACP à la lumière de l'exemple des régions-départements des Antilles* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, p. 490. « (...) même lorsqu'ils se veulent membres à part entière d'ensembles suprarégionaux dotés d'un Etat qui les représente souverainement dans le concert international, certains territoires d'échelle régionale peuvent être à la recherche de leur autonomie politique et revendiquer une part de souveraineté dans certains domaines de compétence, des compétences dont le contrôle peut même dans certains cas être associé à l'idée d'une identité nationale propre » B. THERET, « *Intégration territoriale et politiques sociales en Europe : la construction de l'Union Européenne* », *Sociétés contemporaines*, 2002, vol. 47, n° 3, p. 5.

²⁷⁷⁸ « Les limites territoriales des collectivités locales ne constituent pas nécessairement la limite de l'intérêt de ces collectivités » M. Long, conclusions sous CE, Ass., 1^{er} juin 1956, *Canivez*, La Revue Administrative 1956, p. 267.

²⁷⁷⁹ Art. 73 de la Constitution du 4 octobre 1958.

§1. Un revirement législatif partiel

393. Erratisme législatif. Au cours de la période qui aura suivi l'édiction des lois sur la décentralisation²⁷⁸⁰, le législateur, entériné par les administration²⁷⁸¹, juges administratif²⁷⁸² et constitutionnel²⁷⁸³, s'est attaché à confiner l'action extérieure des collectivités territoriales²⁷⁸⁴. En effet, certaines dispositions entrent en conflit. Parmi lesquelles, les dispositions qui matérialisent les monopoles étatiques – l'article 1^{er} qui rappelle l'indivisibilité de la République, l'article 20 alinéa 1^{er} « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation* » et l'article 52 de la Constitution du 4 octobre 1958 « *Le Président de la République négocie et ratifie les traités* » – contre celles qui les concurrencent – l'article 72 alinéa 2 et 3 de la Constitution qui consacrent respectivement les principes à valeur constitutionnelle de subsidiarité²⁷⁸⁵ : « *les collectivités ont vocation à prendre les décisions*

²⁷⁸⁰ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982, p. 730 ; loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JORF* du 9 janvier 1983, p. 215 ; loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JORF* du 23 juillet 1983, p. 2286.

²⁷⁸¹ « Les collectivités territoriales peuvent entretenir des contacts avec des collectivités territoriales étrangères dans le cadre des principes généraux rappelés par la circulaire. Elles doivent respecter strictement la compétence exclusive de l'Etat en ce qui concerne les relations avec les Etats étrangers et les organisations internationales interétatiques » Annexe III de la circulaire du 12 mai 1987 relative aux relations internationales de la France et à l'action extérieure des régions et départements d'outre-mer, *JORF* du 16 mai 1987, p. 5393.

²⁷⁸² Avis du Conseil d'Etat du 25 octobre 1994, n° 356381, 1° : « Le régime juridique applicable aux conventions conclues, par application du I de l'article 131 de la loi du 6 février 1992 susvisée, entre des collectivités territoriales et leurs groupements, d'une part, et des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, d'autre part, est défini, cas par cas, par les conventions elles-mêmes. Ces conventions, qui ne constituent pas des engagements internationaux au sens du titre VI de la Constitution, ne sauraient déroger aux règles de légalité interne. Il appartient au délégué du Gouvernement, compétent en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution, de veiller, en utilisant les pouvoirs que lui confèrent les lois du 5 juillet 1972 et du 2 mars 1982 susvisées, au respect de ces règles, et notamment de celles qui organisent le contrôle sur les collectivités territoriales, tant dans les conventions elles-mêmes que dans les mesures prises pour leur application ; il lui revient en particulier de vérifier que les collectivités territoriales et leurs groupements respectent les limites de leurs compétences et les engagements internationaux de la France expressément mentionnés par l'article 131 précité ».

²⁷⁸³ Décision du Conseil constitutionnel n° 2000-435 DC relative à la loi d'orientation pour l'outre-mer, précitée : « (...) la signature des accords visés aux articles L. 3441-5 et L. 4433-4-4 est une attribution propre des autorités compétentes de la République, à laquelle les présidents des assemblées délibérantes des collectivités territoriales concernées ne sauraient prendre part à leur seule initiative », pt. 27.

²⁷⁸⁴ *Exempli gratia* Art. 132-1 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire : « *Aucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement et un Etat étranger* », *JORF* n°31 du 5 février 1995, p. 1973.

²⁷⁸⁵ Sur la subsidiarité en tant que principe, v. en ce sens, DELPEREE, F., *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; DELSOL, C., *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 232 p. ; DURANTHON, A. *Subsidiarité et collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2017, 1014 p. ; J.-B. BOUET, « *L'inscription du principe de subsidiarité dans la Constitution a-t-elle vraiment servi à quelque chose ?* », in Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 191-214 ; J.-P. DEROSIER, « *La dialectique*

pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » et de libre administration des collectivités territoriales : « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »²⁷⁸⁶. Sur ce dernier principe, certains auteurs de doctrine ont semblé lui reconnaître un potentiel important – une notion « plus prometteuse que précise » selon BOULOUIS²⁷⁸⁷. D'autres sont allés jusqu'à rechercher voire consacrer une « autonomie locale », « réelle »²⁷⁸⁸ propice à la théorisation d'une pleine capacité juridique internationale des collectivités territoriales d'outre-mer. Cependant, l'obstacle résida dans la dépendance des conditions d'exercice du pouvoir normatif des collectivités territoriales antillaises²⁷⁸⁹. C'est ainsi que dans sa décision du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel est venu relativiser la portée du principe de la libre administration des collectivités territoriales en déclarant : « si (*ce principe*) a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique

centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », RIDC, 2007, n° 1, pp. 107-140 ; R. FRAISSE, « *Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ?* », in *Droit administratif*, Août 2005, n°8/9, pp. 21-22 ; A. DELCAMP, « *Principe de subsidiarité et décentralisation* », RFDC, 1995, n° 23, pp. 609-624.

²⁷⁸⁶ Le principe de libre administration est également consacré à l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution : « *En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adjoindre des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique* ».

²⁷⁸⁷ « pour pouvoir recourir à la notion d'autonomie, le pouvoir normatif reconnu à une collectivité territoriale doit présenter certaines caractéristiques d'indépendance (...). L'autonomie des collectivités territoriales françaises suppose donc l'indépendance des conditions d'exercice de leur pouvoir normatif. Cette indépendance passe par la détermination matérielle des compétences des collectivités locales et elle n'est véritablement acquise que lorsque ces compétences font l'objet d'une détermination matérielle stricte » J. BOULOUIS, « *Réflexions et commentaires. Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale* », AJDA, 1982, p. 304.

²⁷⁸⁸ Confer V. BERTILLE, « *Transferts de compétences et autonomie réelle, Le cas des collectivités territoriales d'Outre-mer* », in *Le transfert de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 385-405 ; M. GHEVONTIAN, « *A la recherche de l'autonomie locale française. La libre administration des collectivités territoriales, un miroir aux alouettes ?* », *Revue générale des Collectivités territoriales*, 10/2015, pp. 219-233 ; A. DELBLOND, « *Autonomie locale et gouvernance territoriale outre-mer* », in *La gouvernance territoriale dans les régions et départements français d'Amérique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 151-177 ; JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., 1998, 362 p.

²⁷⁸⁹ M. JOYAU, « *Décentralisation, adaptation, autonomie* », in Faberon, J.-Y. *L'outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, la Documentation française, 2004, pp. 83-97. Ainsi, « (...) si l'on admet que l'article 72 confère aux conseils élus le droit de réglementer sans intervention d'une loi préalable, comment combiner ce texte avec la règle de l'article 34 conférant au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales ? Si cette réglementation doit s'inscrire dans le cadre des principes fondamentaux lorsqu'ils sont déterminés, son initialité ne peut exister que provisoirement, tant que la loi n'a pas fixé, dans un certain domaine, ces principes ; enfin, le règlement ne peut intervenir qu'ex-lege » Citation du doyen J-M AUBY in ROUX, A., *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, p. 66. Rappelons que l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « (...) La loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources (...) » R. HERTZOG, « *L'autonomie en droit: trop de sens, trop peu de signification ?* », in *Mélanges Paul Amsselek, Brulant*, 2005, p. 458.

dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »²⁷⁹⁰.

« Une collectivité territoriale s'administre, elle ne se gouverne pas »²⁷⁹¹.

D'autant qu'il est une constante, inhibante, voulue : l'assimilation²⁷⁹². Elle conduit les autorités de l'Etat à systématiquement rechercher l'uniformité :

« L'emprise de l'Etat sur les relations extérieures paraît justifiée, elle correspond aux soucis d'efficacité, de coordination et de cohérence de la politique nationale. Donner aux collectivités davantage de compétences extérieures conduirait peut-être à l'éclatement de l'unité nationale et amorcerait leur rupture avec l'Etat »²⁷⁹³.

Bien que ce calque législatif soit relativisé par la reconnaissance expresse d'une exception de différenciation juridique²⁷⁹⁴, somme toute supplétive et facultative, il demeure normatif.

Mais, penser l'Etat n'est pas penser les collectivités territoriales. L'exacerbation des prérogatives locales n'a pas vocation à dépouiller l'Etat, encore moins le dupliquer²⁷⁹⁵. Pourant, au lendemain de la décentralisation administrative, il sera presque exclusivement fait référence à la seule expression englobante « collectivités territoriales » qui, constituant motif à généralisation, négligera les aspects spécifiques de l'outre-mer. Les tenants d'une personnalité internationale différenciée invoquent l'existence certaine d'une portion d'intérêts particuliers. Cette dernière serait un indice porteur d'un bouleversement. Les îles de Martinique et de Guadeloupe, mais pas

²⁷⁹⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 84-185 DC du 18 janvier 1985 sur la loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, *JO* du 20 janvier 1985, p. 821, *Rec.*, p. 36, cons. 18. (Italiques ajoutés)

²⁷⁹¹ F. LUCHAIRE, « *Le statut de la collectivité territoriale de Corse (décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991)* », *RDP*, 1991, p. 954.

²⁷⁹² Le principe d'assimilation est défini comme un système impliquant « que soient conférés les mêmes droits et les mêmes devoirs que ceux qui ont été reconnus aux métropolitains » RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, *op. cit.*, pp. 23-34 ; E. JOS, « *Le régime constitutionnel des collectivités territoriales régies par l'article 73* », *Encyclopédie des collectivités locales*, Décembre 2012, Chapitre 1, folio n° 1907 ; V. également, MICHALON, T., *Entre assimilation et émancipation: l'Outre-mer français dans l'impasse?*, Rennes, Perséides, 2006, 522 p. ; MICLO, F., *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p.

²⁷⁹³ RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, *op. cit.*, p. 80. « La tendance naturelle de toute société organisée est de renforcer son centre » A. DELCAMP, « *Principe de subsidiarité et décentralisation* », *art cit.*, p. 16 ; « L'entité supérieure « reconcentre » certaines compétences, donc édicte davantage de normes, donc elle exerce davantage de contrainte sur les entités inférieures, donc l'ordre juridique est moins décentralisé » J.-P. DEROSIER, « *La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité* », *art cit.*, p. 112. V. notamment, J.-CL. DOUENCE, « *L'exécution des lois dans les départements d'outre-mer* », *RFDA*, 1991, p. 345 ; J.-Y FABERON, « *La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ?* », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 5.

²⁷⁹⁴ Voir *supra* A – L'habilitation à la différenciation juridique.

²⁷⁹⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 2000-435 DC du 07 décembre 2000 relative à la loi d'orientation pour l'outre-mer censurant certaines dispositions de ladite loi : « (...) la possibilité reconnue par la présente loi aux départements d'outre-mer de disposer à l'avenir d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre ne peut être entendue que dans les limites fixées par l'article 73 de la Constitution », *JO* du 14 décembre 2000, p. 19830, *Rec.*, p. 164.

exclusivement, sont un système au confluent de *rappports*, souvent conflictuels – un retard économique et social, une insularité sclérosante²⁷⁹⁶, une démographie dérisoire, une exigüité territoriale, un transport moyennement développé, une topographie, un climat et des mœurs singuliers, un grand éloignement géographique du territoire de rattachement notamment. Lesquels justifient une « non-identité » de traitement²⁷⁹⁷. Il semble que l'intérêt général doive, parfois, s'effacer²⁷⁹⁸ au profit d'un intérêt général plus localisé.

394. Une exception garantie par la loi. L'outre-mer est formellement invité au débat quant à l'action extérieure des collectivités territoriales aux articles 42 et 43 notamment du titre V de la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000 poursuivant, pour ce qui nous intéresse, l'objectif d'un « accroissement des responsabilités locales ainsi qu'(un) renforcement de la décentralisation et de la coopération régionale »²⁷⁹⁹. Mais, en réalité, ce dispositif revêt un caractère également confinant. Aucune marge de manœuvre, libre, ne semble réellement dévolue aux collectivités territoriales d'outre-mer, sinon une simple levée d'option octroyée par les autorités républicaines. L'Etat est omniprésent et omnipotent²⁸⁰⁰. L'apparente flexibilité qui leur est offerte

²⁷⁹⁶ T. NICOLAS, « *L'insularité aujourd'hui : entre mythes et réalités* », art. cit.

²⁷⁹⁷ Arrêt *Wagner/BALM*, précité, pt. 18 : « la discrimination consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques, ou de manière identique des situations qui sont différentes » ; Le Conseil constitutionnel a rappelé à son tour que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, à condition que cette non-identité soit justifiée par la différence de situation et ne soit pas incompatible avec la finalité de la loi » (Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, précitée) ; Voir notamment, TPI, 20 janvier 2004, *Briganti c/Commission*, Aff. n° T-195/02, *Rec.*, Fonction Publique p. II-1, pt. 41. ; P. SAINT-CYR, « *De l'assimilation à la différenciation. Essai de conceptualisation de la relation des départements d'outre-mer avec la France* », (Introduction générale) in Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 19-25.

²⁷⁹⁸ C'est ainsi que la Haute juridiction administrative aura jugé illégale la subvention versée à un organisme en vue de la préparation d'une manifestation de portée nationale étant dépourvue d'un intérêt communal (CE, 6 mai 1996, *Préfet des Pyrénées Atlantiques*, n° 165054) ou départemental (CE, 6 mai 1996, *Département de l'Aude*, n° 162963, *Gaz. Pal.*, 29-30 novembre 1996, p. 9).

²⁷⁹⁹ Article 1er de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer, précitée (parenthèses ajoutées) ; ELFORT, M., FABERON, J.-Y., GOESEL-LE BIHAN, V., MICHALON, T. ET RENO, F. (DIR.), *La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000. Quelles singularités en France et en Europe ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001 ; V. également, la loi n° 2007-147 du 2 février 2007 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et de leurs groupements, *JORF* n° 31 du 6 février 2007, p. 2160.

²⁸⁰⁰ « *Les conseils (de Guadeloupe, de Martinique) (...) peuvent adresser au Gouvernement des propositions en vue de la conclusion d'engagements internationaux* » (Art. L. 3441-2 et L.4433-4-1 du Code général des collectivités territoriales) ; « *Dans les domaines de compétence de l'Etat, les autorités de la République peuvent délivrer pouvoir (aux présidents des conseils de Guadeloupe, de Martinique...) pour négocier et signer des accords avec un ou plusieurs Etats ou territoires (sinon) le président (des conseils) (...) peut être associé ou participer au sein de la délégation française aux négociations d'accords de même nature/ le président (des conseils) peut être chargé par les autorités de la République de les représenter (...). Les autorités de la République leur munissent des instructions et pouvoirs nécessaires* » (Art. L. 3441-3 et L.4433-4-2 du Code général des collectivités territoriales) ; « *Dans les domaines de compétence de la région/ du département, les (conseils) de Guadeloupe, de Martinique (...) peuvent par délibération, demander aux autorités de la République d'autoriser leur président à négocier, dans le respect des engagements internationaux de la République / à l'issue de la négociation (...); Les autorités de la République peuvent ensuite donner, sous réserve du respect des engagements internationaux de celle-ci, pouvoir au président du conseil général aux fins de signature de l'accord* » (Art. L. 3441-4 et L.4433-4-3 du Code général des collectivités territoriales)

s'accompagne d'une lourdeur institutionnelle les éloignant du processus décisionnel. Désormais, le dispositif relatif à l'action extérieure des collectivités territoriales d'outre-mer connaît une évolution sans véritable révolution. Il reprend les canons traditionnels précédents. Ainsi, par la systématisation de l'*autorisation préalable du représentant de l'Etat*, qui, par là même, extra-nationalise les collectivités territoriales révélant ainsi sa pusilanimité, l'Etat français réaffirme son contrôle classique d'opportunité²⁸⁰¹. Mais, il les assortit d'une véritable « capacité politique »²⁸⁰². Les composantes de la personnalité internationale des Antilles françaises comprennent notamment un pouvoir de consultation²⁸⁰³, un pouvoir de proposition de conclusion d'engagements internationaux²⁸⁰⁴, un pouvoir de négociation et de signature d'accords internationaux par délégation²⁸⁰⁵ assorti d'un pouvoir d'initiative à la négociation d'accords²⁸⁰⁶, un pouvoir d'association ou de participation aux négociations d'accords par défaut²⁸⁰⁷ ou initiative²⁸⁰⁸. Il en va également d'un pouvoir de représentation de l'Etat aux organismes régionaux²⁸⁰⁹, un pouvoir de proposition d'adhésion de la France aux organismes régionaux²⁸¹⁰, un pouvoir d'adhésion aux

(Parenthèses ajoutées). Version tronquée et non exhaustive des dispositions des articles 42 et 43 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer, précitée).

²⁸⁰¹ « Le contrôle d'opportunité est le pouvoir de s'assurer que les actes et décisions sont appropriés en fonction du but poursuivi, du moment de l'acte ou de la décision et des moyens mobilisés en rapport aux moyens disponibles. (...) » C. MAGDALIENS, « *Le contrôle de l'action administrative, contribution à une typologie réorientée des contrôles* », Revue Pyramides, n° 8, 2004, pt. 38.

²⁸⁰² R. PASQUIER, « *Le rôle des autorités sub-étatiques dans les processus d'intégration continentale et sub-continentale : éléments de comparaison* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 47-48. v. également, PASQUIER, P. « *Le pouvoir régional. Mobilisations, décentralisation et gouvernance en France* », Paris, Presses de Sciences Po, 2012, 380 p.

²⁸⁰³ Sur la collectivité régionale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-1 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁴ Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-1 et Art. L. 3441-2 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-2 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁵ Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-2, al. 1^{er} et Art. L. 3441-3 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-3, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁶ Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-3 et Art. L. 3441-4 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-4 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁷ Sur la collectivité régionale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-2, al. 2 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-3, al. 2 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁸ Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-4, al. 2 et Art. L. 3441-5, al. 2 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-3, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁰⁹ Sur la collectivité régionale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-2, al. 3 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-3, al. 3 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸¹⁰ Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-5, al. 2 et Art. L. 3441-6 du Code général des collectivités territoriales.

organismes régionaux en qualité de membres associés²⁸¹¹, un pouvoir programmatique et recommandatoire relatif aux projets de coopération régionale²⁸¹². Somme toute, une subsidiarisation des compétences internationales mouvementant, dans une certaine mesure, les catégories juridiques résultant de l'article 73²⁸¹³. Dans le cadre de leurs actions extérieures, les autorités décentralisées d'outre-mer pourront, ponctuellement, se substituer à l'Etat²⁸¹⁴ sans pour autant l'effacer²⁸¹⁵. Ainsi, une subrogation territoriale sous la forme d'une délégation de pouvoirs par laquelle le délégant – l'Etat – se dessaisit d'une partie de ses prérogatives et les concède²⁸¹⁶ au délégataire – la collectivité territoriale d'outre-mer. Elles deviennent, par exception, des sortes de personnes internationales. Ainsi, nul besoin d'une révision constitutionnelle comme avait pu l'affirmer dans un premier temps ANDRE ROUX²⁸¹⁷.

Aujourd'hui, on ne peut que constater la caducité de l'approche tenant à freiner l'internationalisation de la personnalité des collectivités territoriales d'outre-mer. Si nous sommes en présence de portes ouvertes, un *veto* inspiré par les esprit et pratique de la loi est encore palpable.

²⁸¹¹ Art. L. 4433-4-5 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-6 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸¹² Sur les collectivités régionale et départementale de Guadeloupe : Art. L. 4433-4-3 et Art. L. 3441-4-1 du Code général des collectivités territoriales. Sur la collectivité territoriale de Martinique : Art. L. 7253-4-1 du Code général des collectivités territoriales.

²⁸¹³ « Les DOM ne peuvent pas être fondamentalement différents des départements métropolitains » B. TCHIKAYA, « *Les compétences internationales des départements français d'outre-mer* », art. cit., p. 71.

²⁸¹⁴ Art. 1^{er} de la loi n° 2016-1657 du 5 décembre 2016 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et à la coopération des outre-mer dans leur environnement régional : « Une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales ne peut conclure une convention avec un Etat étranger, sauf dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il s'agit d'un accord destiné à permettre la création d'un groupement européen de coopération territoriale, d'un groupement eurorégional de coopération ou d'un groupement local de coopération transfrontalière. Dans ce dernier cas, la signature de l'accord est préalablement autorisée par le représentant de l'Etat dans la région. L'interdiction mentionnée au premier alinéa ne s'applique pas aux conventions conclues pour les besoins d'une coopération territoriale ou régionale et dont la signature a été préalablement autorisée par le représentant de l'Etat lorsqu'elles entrent dans l'un des cas suivants : 1° La convention met en œuvre un accord international antérieur approuvé par l'Etat ; 2° La convention a pour objet l'exécution d'un programme de coopération régionale établi sous l'égide d'une organisation internationale et approuvé par la France en sa qualité de membre ou de membre associé de ladite organisation ; 3° La convention met en place un groupement de coopération transfrontalière, régionale ou interterritoriale autre que ceux mentionnés au premier alinéa, quelle que soit sa dénomination. L'adhésion à ce groupement est soumise à l'autorisation préalable du représentant de l'Etat », précitée.

²⁸¹⁵ « (...) la reconnaissance implicite – et discutable – d'une compétence internationale locale ne signifie certainement pas que l'Etat n'existe plus, parce que sa souveraineté est définitivement partagée » N. KADA, « *Quelle place et quel rôle pour le représentant local de l'Etat ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales*. De l'indifférence à l'interaction, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 98.

²⁸¹⁶ « Une concession de pouvoir » des autorités de la République aux collectivités territoriales d'outre-mer selon F. LEMAIRE in « *Le Conseil constitutionnel et l'avenir institutionnel des départements d'outre-mer* », Revue française de droit administratif, mars-avril 2002, n° 2, pp. 361-371.

²⁸¹⁷ « *Les limites constitutionnelles ont été atteintes et seule une révision constitutionnelle permettrait d'aller plus loin* » A. ROUX, « *Loi d'orientation pour l'outre-mer* », D. 2001, n° 22, pp. 1765-1766.

Et, pour cause ! « Il ne suffit pas de conjurer les spectres pour les faire disparaître, surtout si le climat général qui les entoure leur confère une consistance certaine »²⁸¹⁸.

§2. L'irréalisme d'une personnalité internationale plénière ?

395. Une présomption simple. Aujourd'hui, si la capacité d'initiative internationale des Antilles françaises n'a jamais été aussi large, il ne leur est octroyé qu'une simple capacité de représentation sous la forme d'une participation, substantiellement passive, aux négociation, élaboration et conclusion d'accords. Dans le cadre de ces accords, ayant potentiellement un impact direct sur l'économie de leurs territoires, les Antilles françaises ne peuvent revêtir que la qualité de membres associés. Au vu du droit, les Antilles françaises ne peuvent être membres de plein droit en vertu des liens de droit forts qui les (r)attachent à la France. Il leur est loisible de siéger aux organisations internationales sans toutefois disposer d'un droit de vote déterminant²⁸¹⁹. Aussi, l'Etat français conserve une faculté d'empêcher tout choix ou accord pris en capacité de menacer l'édifice républicain. Rappelons que l'appréciation des indices de la « menace de l'édifice républicain » ne sauraient se présenter, dans toutes ses dimensions, comme purement objective – la subjectivité se révélant par la présence d'idéologies divergentes quant à la notion d'édifice républicain. En l'état actuel du droit, il y a lieu de faire converger des intérêts locaux et les intérêts nationaux – il ressort une virtualité des pouvoirs territoriaux en cas de conflit d'intérêts. Les contempteurs d'une décentralisation poussée du pouvoir, par là même partisans de l'Etat congloméral, observent la collectivité territoriale, particulièrement ultramarine, comme une « concurrente potentielle de l'Etat »²⁸²⁰. D'autant qu'elle jouit d'au moins deux des trois éléments constitutifs de l'Etat²⁸²¹ : une population, un territoire géographiquement défini. C'est tout naturellement que le passage de témoin entre l'Etat et ses collectivités territoriales ultramarines, s'illustrant par le transfert ponctuel de prérogatives internationales, ne se trouve que modestement attributif de la capacité internationale. Pour autant, s'il existe des raisons structurelles au maintien de la tutelle étatique de

²⁸¹⁸ BIRNBAUM, P. ET LECA, J., *Sur l'individualisme : théories et méthodes*, Nouv. éd., Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1991, p. 11.

²⁸¹⁹ Voir *infra* A – La portée du statut de membre associé dans les organismes caribéens d'intégration.

²⁸²⁰ E. JOS, « *Les collectivités territoriales non-étatiques, sujets du droit international ?* », in Daillier, P. (Prés.), *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international : journée d'études*, Paris, Pedone, 2002, p. 197.

²⁸²¹ FLEINER-GERSTER, T., *Théorie générale de l'État*, (Chapitre premier. Les éléments de l'Etat), Genève, Graduate Institute Publications, 1986, pp. 149-187.

ces autorités décentralisées, les hypothèses conjointes au rationalisme (a) ou allant dans le sens d'une autonomisation par la « désétatisation » (b) ne se présentent pourtant pas comme étant complètement déstructurantes.

a- Un relativisme rationalisé

396. Les conditions de validité de la personnalité internationale des Antilles françaises. Pour être investi de la personnalité internationale, il faut avoir la capacité à être titulaire de droits et de devoirs internationaux rappelait la Cour internationale de justice à propos de l'Organisation des Nations Unies dans un avis consultatif rendu en 1949²⁸²². Autrement dit, il faut être un sujet du droit international²⁸²³. Une catégorie de laquelle sont, en théorie, exclues les collectivités territoriales d'outre-mer. Cependant, « on voit mal au nom de quoi on pourrait interdire aux collectivités territoriales (...) dotées de leur propre personnalité juridique de recourir aux mêmes procédés contractuels (...) »²⁸²⁴. Les collectivités territoriales antillaises disposent de droits qui ne peuvent être pleins que s'ils s'étendent à la pleine capacité d'agir sur le plan international. Car, il s'agit de cela, le bassin caribéen est un creuset d'Etats – insulaires, continentaux. Il force naturellement l'internationalisation à plus forte raison au sein d'une organisation d'Etats. Ainsi, l'autorisation française d'adhésion aux organismes régionaux ne peut qu'être attributive de personnalité internationale. Elle s'accompagne de droits – le droit de vote notamment – et de devoirs – participer à une coopération renforcée²⁸²⁵ notamment – eux-mêmes,

²⁸²² « L'Organisation (*des Nations Unies*) est une personne internationale. (...) Cela signifie que l'Organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale » Avis consultatif CIJ, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, Rec., 1949, p. 179. En outre, comme l'aura fait remarquer monsieur le professeur ZORAN RADIVOJEVIC citant Fitzmaurice : « (...) l'attribut nécessaire de la personnalité internationale représente l'autorisation d'accéder directement ou indirectement en rapport (par les traités ou autrement) avec d'autres personnalités internationales » Z. RADIVOJEVIC, « *La personnalité juridique internationale et la capacité des Organisations internationales universelles de conclure des Traités* », The scientific journal Facta Universitatis, Series Law and Politics, Milan Milan Petrović, Vol. 1, n°1, 1997, p. 97.

²⁸²³ Le sujet de droit international est « celui à qui s'adressent les règles du droit international pour lui imposer directement des devoirs ou lui attribuer des droits. C'est l'être individuel ou collectif, à qui le droit international reconnaît l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations régis par le droit international, à mettre en jeu des procédures réglées par le droit international » BASDEVANT, J. (DIR.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Union académique internationale, Sirey, 1960, pp. 447-448.

²⁸²⁴ P. M. DUPUY, « *La coopération transfrontalière et le droit international* », AFDI, 1977, p. 849.

²⁸²⁵ *Conférence* Accord entre le Gouvernement de la République françaises et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECO) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECO), précité.

internationaux. Exposées à l'international, les collectivités territoriales antillaises deviennent, substantiellement, des sujets du droit international²⁸²⁶. Bien que, formellement, dans le cadre d'une coopération intrarégionale, la valeur des actes qu'elles émettent ne revête qu'un caractère infra-législatif²⁸²⁷. Ils sont soumis à un contrôle de la légalité, opéré par le juge administratif, sur initiative de l'autorité préfectorale, émanation de la volonté étatique²⁸²⁸.

La question de la responsabilité est plus délicate en raison de l'exclusion traditionnelle des collectivités territoriales ultramarines du champ des sujets reconnus par le droit international. C'est l'Etat français qui, officiellement, dispose de la compétence internationale : « le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée »²⁸²⁹. L'Etat fait écran à la responsabilité internationale des collectivités territoriales²⁸³⁰. On ne saurait d'ailleurs retenir la violation du principe de l'effet relatif des conventions internationales consacré à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969²⁸³¹ puisque tout le dispositif relatif à l'action extérieure des collectivités territoriales d'outre-mer vise à obtenir l'habilitation étatique donc le consentement de l'Etat-mère. Il n'y a que

²⁸²⁶ Confer Débats sur « les collectivités territoriales non-étatiques sujets du droit international » sous la présidence de Patrick Daillier in Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international, *op. cit.*, pp. 197-205.

²⁸²⁷ N. KADA, « Quelle place et quel rôle pour le représentant local de l'Etat ? », *art. cit.*, pp. 93-107.

²⁸²⁸ L'alinéa 6 de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois » ; Ainsi, dans sa décision du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel confirme que « l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3 (nouvellement alinéa 6), permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin » (Décision du Conseil constitutionnel n° 82-137 DC sur la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JO du 3 mars 1982, p. 759, *Rec.*, p. 38, cons. 4) ; V. à ce propos, A. DELBLOND ET H. HAUSTANT, « Le préfet d'outre-mer », in Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 203-215 ; CHICOT P.-Y., *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, *op. cit.*, pp. 111-112.

²⁸²⁹ Art. 6 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats adopté à titre provisoire par la Commission du droit international en première lecture in ANNUAIRE DE LA CDI, 1973, vol. II, p. 197) ; « (...) la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat » (CPJI, 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, série A n° 1, p. 25) ; « L'autonomie de ces démembrements en droit interne n'est qu'un fait pour le droit international : la sécurité juridique des autres sujets du droit international conduit à ne connaître que l'Etat comme sujet responsable » DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A. ET NGUYEN-QUOC-DINH, *Droit international public*, 7^e édition., Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2002, p. 778.

²⁸³⁰ J. CRAWFORD ET M. MAUGIN, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », in Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international, *op. cit.*, pp. 157-165. v. P.-Y. CHICOT, « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », in Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 435-458.

²⁸³¹ Art. 34 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, précitée : « un traité ne crée ni d'obligation, ni de droit pour un Etat tiers sans son consentement ».

dans la réserve d'autonomie octroyée aux collectivités territoriales d'outre-mer que réside l'exception de responsabilité laquelle viendrait invalider cette thèse sur leur irresponsabilité. Il en va ainsi de la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales de niveau équivalent : « un accord de coopération transfrontalière engage la seule responsabilité des collectivités ou autorités territoriales qui l'ont conclu »²⁸³² ; « le paragraphe 2 indique clairement qu'aucune *responsabilité* de l'Etat ou de toute autre autorité ou collectivité non signataire de l'accord ne peut être engagée lors de la conclusion ou de la mise en œuvre d'un accord de coopération interterritoriale entre des collectivités ou autorités territoriales »²⁸³³. Il en va également des domaines relevant de leur compétence originelle – l'impôt à l'image l'octroi de mer notamment, l'environnement, la culture, le développement économique, l'aménagement du territoire. Alors, s'il y a une permanence de la dépréciation de la capacité à agir des collectivités territoriales d'outre-mer sur le plan international, elle trouve sa limite dans le pouvoir dont elles sont investies. Il peut surgir directement des niveaux de « décentralisation diplomatique »²⁸³⁴ ou indirectement des niveaux de décentralisation territoriale²⁸³⁵. Ainsi, un relâchement plus poussé du lien de droit entre la France et son outre-mer caribéen devraient concourir à réduire la prégnance étatique, sous certains angles, phagocytante²⁸³⁶.

397. Spéculation sur l'éventualité d'un changement de catégorie statutaire. L'existence de plusieurs tranches statutaires, plus autonomiques sans toutefois atteindre une pleine autonomie²⁸³⁷, a permis de nourrir l'espoir d'un détachement de la personnalité internationale des Antilles françaises par le changement de catégorie statutaire. Nous n'étudierons pas l'hypothèse d'une mutation des collectivités territoriales antillaises en collectivités d'outre-mer telles que Saint-

²⁸³² Art. 1^{er} §2 du Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, 9 novembre 1995, Série des traités européens n° 159, Strasbourg, 9.XI.1995.

²⁸³³ Rapport explicatif du Protocole n° 2 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif à la coopération interterritoriale, Série des traités européens n° 169, Strasbourg, 5.V.1998, pt. 17. *Confer* Titre sur « les bases juridiques externes de l'action extérieure des collectivités locales françaises » in CHICOT P.-Y., *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, *op. cit.*, pp. 120-185.

²⁸³⁴ *Id.*, p. 274 et s.

²⁸³⁵ « (...) L'élément variable réside alors dans la seule dose de décentralisation accordée à ce stade, ce qui signifie *a contrario* que l'engagement définitif reste entre les mains de l'État » V. GOESEL-LE BIHAN, « *La participation des départements et régions d'outre-mer à la conclusion des accords internationaux : essai d'analyse générale* », RFDC, 2006/1, p. 9.

²⁸³⁶ « Un territoire d'outre-mer peut ainsi régir bien des domaines inaccessibles aux départements d'outre-mer, où ils ont un caractère législatif (...) » J.-Y FABERON, « *Comparaisons : Les territoires d'outre-mer* », in *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 157.

²⁸³⁷ « L'autonomie politique suppose la réunion de cinq éléments : (...) un certain pouvoir « *d'auto-organisation* » dans les limites fixées par la Constitution. (...) les institutions de (*la*) collectivité sont identiques à celles de l'Etat. (...) les entités jouissant de l'autonomie politique détiennent un pouvoir législatif. (...) d'un pouvoir de décision exclusif qui ne peut être disputé par l'Etat. (...) (*et*) d'un appareil juridictionnel (...) » MOYRAND, A. *Droit institutionnel de la polynésie française*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 62-63. Parenthèses ajoutées.

Martin, Saint-Barthélemy, les îles de Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon car bien que présentant certains signes d'autonomie, ils sont moins significatifs. Certains de ces territoires demeurent d'ailleurs fortement empreints par l'identité législative²⁸³⁸.

Le cas polynésien. La Polynésie française, collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution et PTOM²⁸³⁹, dispose de compétences particulièrement élargies dans de nombreux domaines à l'exclusion des matières dites régaliennes²⁸⁴⁰. Parmi les collectivités territoriales d'outre-mer²⁸⁴¹, elle est la manifestation la plus large du principe de subsidiarité. A l'instar des îles de Wallis-et-Futuna et, formellement, de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, elle se voit adosser un principe de spécialité législative qui consiste en l'inapplicabilité immédiate des lois et règlements applicables de plein droit à la France continentale²⁸⁴². Autrement dit, dans les matières

²⁸³⁸ « (...) peut parfaitement se concevoir la situation d'une collectivité relevant de l'article 74 disposant de compétences propres réduites, non nécessairement supérieures à celles qui, suite à une procédure d'habilitation, pourraient être en définitive reconnues à une collectivité de l'article 73. Au total, le droit matériel effectivement applicable dans une collectivité de l'article 74 pourrait ne pas refléter davantage la marque d'un principe de spécialité que celui applicable dans une collectivité de l'article 73 » B. CASTAGNEDE, « *Souplesse du cadre institutionnel : De l'article 73 à l'article 74 - L'exemple de la transformation statutaire des îles du Nord de la Guadeloupe* », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 58 ; v. également J.-P. BRISEUL, « *Les pouvoirs de l'administrateur supérieur de Wallis-et-Futuna face aux autorités coutumières* », AJDA, 2007, p. 1184 ; S. DIEMERT, « *La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin* », RFDA, 2007, p. 669 ; T. MICHALON, « *Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales : le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon* », RFDA, 1986, p. 192.

²⁸³⁹ La Polynésie française fait partie intégrante des Pays et Territoires d'outre-mer (PTOM). Il s'agit de 26 territoires rattachés à 4 Etats membres de l'Union européenne qui jouissent d'une grande autonomie en interne. N'étant pas intégrés à l'UE, ils ne sont pas soumis au droit de l'UE, ils y sont simplement associés : « *Les États membres conviennent d'associer à l'Union les pays et territoires non européens entretenant avec le Danemark, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni des relations particulières. Ces pays et territoires, ci-après dénommés « pays et territoires », sont énumérés à la liste qui fait l'objet de l'annexe II ; Le but de l'association est la promotion du développement économique et social des pays et territoires, et l'établissement de relations économiques étroites entre eux et l'Union dans son ensemble* » (art. 198 al. 1 et 2 TFUE). Sur l'association des pays et territoires d'outre-mer, *confer* articles 198 à 204 TFUE ; OMARJEE, I. *Association : pays et territoires d'outre-mer*, Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2015 ; D. DORMOY, « *Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la communauté européenne* », Jurisclasseur Europe, juillet 2007, fasc. 473 ; J. ZILLER, « *Les pays et territoires associés à la Communauté européenne (PTOM) : une alternative pour les « régions ultra-périphériques » ?* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire : quelle insertion ? Pour quel développement ?*, Paris, Economica, 1994, pp. 173-192.

²⁸⁴⁰ Art. 74 al. 2 ; Art. 73 al. 4 ; Art.74-1, al. 1^{er} de la Consitution. « Ni le principe de libre administration des collectivités territoriales, ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques dépendent des décisions des collectivités territoriales et ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République » (Décision du Conseil constitutionnel n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JO du 13 avril 1996, p. 5724, *Rec.*, p. 43, cons. 25)

²⁸⁴¹ Art. 72 al. 1^{er} de la Constitution : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74* ».

²⁸⁴² Pour une étude d'ensemble, v. MOYRAND, A. *Droit institutionnel de la polynésie française*, *op. cit.* ; Y. BRARD, « *Identité ou spécialité législative* », in *L'outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation française, 2004, pp. 115-126 ; A.-M. BLANDEL, « *Le principe de la spécialité législative dans les territoires d'outre-mer* », in *Territoires d'outre-mer et Etat de droit. Le régime législatif de la Nouvelle Calédonie*, Dalloz, 1994, pp. 23-30 ; J.-P. THIELLAY, « *L'application des textes dans les outre-mers français* », AJDA, 2003, p. 1032 ; F. LUCHAIRE, « *Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer* », RDP, 1994, pp. 1621-1645 ; J. PERES, « *Application des lois et règlements en Polynésie française :*

relevant de sa compétence, la Polynésie française est en capacité de légiférer sans habilitations particulières. Ces « lois du pays »²⁸⁴³ ainsi dénommées bien que revêtant la forme d'actes administratifs dont le contrôle de la légalité est assuré par la haute juridiction administrative²⁸⁴⁴, témoignent d'une réelle, quoique rabotée, autonomie normative et institutionnelle²⁸⁴⁵. Elle serait « (...) la forme la plus avancée de décentralisation du pouvoir extérieur de l'Etat »²⁸⁴⁶. Ainsi,

répartition des compétences », RJP, 2002, vol. 8, p. 181 et J. PERES, « *La nouvelle répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française* », RJP, 2004, p. 485.

²⁸⁴³ Art. 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française : « *Les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés "lois du pays", sur lesquels le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'Etat dans les conditions prévues aux articles 31 à 36 (...)* », JORF n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183, texte n° 1 ; Y. BRARD, « *Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les "lois de pays". De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif* », La Revue Juridique Polynésienne, n°1, 2001, pp. 47-62 ; O. GOHIN, « *Les lois du pays : contribution au désordre normatif français* », RDP, 2006, p. 85 ; S. LE GUILCHER, « *Le statut juridique des « lois du pays » polynésiennes : entre continuité et originalité* », RFDA, 2006, p. 1103 ; A. MOYRAND, « *Les pays d'outre-mer transforment la république française en un état autonome. Brèves réflexions sur la création d'une nouvelle catégorie de collectivités publiques infra étatiques* », in Mélanges Patrice Gelard : Droit constitutionnel, Montchrestien, 1999, p. 187 ; A. ORAISON, « *Réflexions sur la notion de "lois du pays" adoptées par l'organe délibérant d'une collectivité d'outre-mer, créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème république. Un des aspects du renforcement du statut d'autonomie de la Polynésie française établi par la loi organique du 27 février 2004* », RRJ, 2005, p. 877 ; J.-P. PASTOREL, « *Le champ de compétences de la « loi du pays » en Polynésie française* », in La loi du pays en Polynésie française, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 101 ; A. TROIANIELLO, « *La loi du pays expression de l'autonomie polynésienne* », RJP, 2004, n° HS, vol. 4, p. 179.

²⁸⁴⁴ Art. 74 al. 3 de la Constitution : « (...) le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi » ; v. notamment, J. BOUCHER ET B. BOURGEOIS-MACHIREAU, « *Deux ans de contentieux des lois du pays de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat* », AJDA, 2007, p. 2365 ; R. FRAISSE, « *Le Conseil d'Etat, conseil et juge de l'outre-mer* », AJDA, 2007, p. 1113 ; R. KELLER, « *Le recours juridictionnel spécifique contre la « loi du pays » de Polynésie française : un contentieux original et complexe à l'image du statut de la collectivité* », RFDA, 2010, p. 949 ; A. MOYRAND ET A. TROIANIELLO, « *Le Conseil d'Etat, juge de l'autonomie politique ultramarine (Réflexions sur le contrôle juridictionnel spécifique de l'article 74 de la Constitution)* », in Mélanges François Luchaire, Publications de la Sorbonne 2005, p. 85 ; P. T. NEUFFER, « *Le contrôle des lois du pays de la Polynésie française* », JCP Adm. 2006, n° 1128 ; C. SEVERINO, « *La fonction consultative du Conseil d'Etat en matière de répartition des compétences entre l'Etat et la Polynésie française* », AJDA, 2003, p. 925.

²⁸⁴⁵ « *La Polynésie se gouverne librement et démocratiquement par ses représentants élus. La République garantit l'autonomie de la Polynésie. Elle favorise l'évolution de cette autonomie, de manière à conduire durablement cette collectivité au développement économique, social et culturel, dans le respect de ses intérêts propres, de ses spécificités géographiques et de l'identité de sa population* » Art. 1^{er} de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie, précitée. En plus de son autonomie normative, le Polynésie française se dote de quelques institutions symboles et bases matérielles de sa liberté institutionnelle : un gouvernement et son président, une assemblée, un conseil économique, social et culturel et un haut conseil chargé de conseiller le président et le gouvernement. Pour aller plus loin, sur le modèle statutaire polynésien v. FABERON, J.-Y. (DIR.), *Le statut du territoire de Polynésie française*, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1996, 287 p. ; FIDELE, M., *L'évolution statutaire des collectivités d'outre-mer : l'exemple de la Polynésie française*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille III, 2009 ; S. AL WARDI, « *Polynésie française : une approche des institutions* », L'Outre-mer français dans le Pacifique : Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Wallis-et-Futuna, Ministère de l'outre-mer 2003, p. 157 ; Y. BRARD, « *Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française* », AJDA, 1992, p. 544 ; B. FOLLIN, « *Le nouveau statut de la Polynésie française* », Regards sur l'actualité, n° 303, août-septembre 2004, p. 75 ; O. GOHIN ET M. JOYAU, « *L'évolution institutionnelle de la Polynésie française* », AJDA, 2004, p. 1242 ; P. JAN, « *L'outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française)* », LPA, 3 août 2004, n° 154, p. 3 ; M. JOYAU, « *Les anamorphoses de l'autonomie de la Polynésie française* », in Mélanges André-Hubert Mesnard, L.G.D.J., 2006, p. 265 ; A. MOYRAND, « *La Polynésie française* », Encyclopédie des collectivités locales, décembre 2014, Chapitre 3, folio n° 1962.

²⁸⁴⁶ P. NDIAYE, « *Le régime général des relations extérieures des départements d'outre-mer* », in L'évolution du statut de département d'outre-mer, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 87.

l'habilitation aux négociation et signature de conventions de coopération décentralisée est octroyée par voie délibérative de l'assemblée de Polynésie française²⁸⁴⁷. L'habilitation de négocier des accords, dans les domaines de compétence de la Polynésie française, avec tout Etat, territoire ou organisme international est octroyée par voie délibérative du conseil des ministres polynésien sous réserve d'information de l'Etat disposant d'un droit de *veto* émissile dans un délai d'un mois²⁸⁴⁸. En revanche, dans les domaines de compétence de l'Etat, l'habilitation aux négociation et signature est octroyée par délégation²⁸⁴⁹.

Le cas calédonien. La Nouvelle-Calédonie ne fait pas partie des collectivités territoriales au sens du 1^{er} alinéa de l'article 72 de la Constitution. C'est, en l'état actuel, une collectivité de transition – l'antichambre du référendum sur l'accession à l'indépendance en 2020²⁸⁵⁰ – dont l'encadrement est assuré, à la fois, par le constituant²⁸⁵¹ et le législateur²⁸⁵². On y retrouve d'ailleurs le traditionnel éclatement des compétences étatiques²⁸⁵³ qui débouche, particulièrement ici, sur l'effroyable, selon les uns²⁸⁵⁴, salutaire, selon les autres, concept de « souveraineté partagée »²⁸⁵⁵ ou « *l'extranéité de l'ordre juridique français* » selon STEPHANE PIERRE-CAPS²⁸⁵⁶. La Nouvelle-Calédonie se dote d'institutions, allégories du relâchement : le Congrès, le Gouvernement, le Sénat coutumier, le Conseil

²⁸⁴⁷ Art. 17 al. 1^{er} de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précitée.

²⁸⁴⁸ Art. 39 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précitée.

²⁸⁴⁹ Art. 38 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précitée.

²⁸⁵⁰ **Nota bene** : Le référendum est organisé le 4 octobre 2020. A la question « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante ? », le « non » l'a emporté à 53,26 % des suffrages exprimés.

²⁸⁵¹ Titre XIII « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie » articles 76 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁸⁵² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 21 mars 1999, p. 4225 (et rectificatif *JORF* n° 89 du 16 avril 1999, p. 5610) produit de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 sur le transfert progressif définitif des compétences multisectorielles – commerce extérieur, droit du travail et de la formation professionnelle, enseignement supérieur et recherche scientifique, état civil, police notamment – de l'Etat vers la Nouvelle-Calédonie avec pour finalité l'accession à la pleine souveraineté (*JORF* n°121 du 27 mai 1998, p. 8039) ; A. CHRISTNACHT, « *L'avenir de l'accord de Nouméa* », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 2, 2003.

²⁸⁵³ Art. 21 et 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, précitée.

²⁸⁵⁴ P. FRAISSEIX, « *De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé* », D., 2000, chron., 61 ; A.-M. LE POURHIET, « *Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme* », RDP, 1999, p. 1005.

²⁸⁵⁵ N. CLINCHAMPS, « *Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question* », *Pouvoirs*, n°113, 2005, pp. 73-93 ; J.-Y FABERON, « *L'accord de Nouméa du 21 avril 1998 : La Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée* », *Regards sur l'actualité*, mai 1998, p. 19 ; C. GINDRE-DAVID, « *L'expérience calédonienne du partage de compétences : modèle spécifique ou voie à suivre ?* », in *Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 233-242 ; A. MOYRAND, « *La théorie de la souveraineté partagée* », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, 2000, pp. 29-38 ; PAGE, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille III, 2000.

²⁸⁵⁶ J.-M. BLANQUER, « *La V^e République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps* », (Entretien) in *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, p. 25.

économique et social. Certains des actes en émanant, du Congrès en particulier, ont une autorité équivalente à celle des lois²⁸⁵⁷. Ce qui augure l'existence d'un « statut international de pleine responsabilité »²⁸⁵⁸ dans les limites de l'intérêt territorial. Ainsi, l'habilitation de négocier des accords, dans les domaines de compétence de la Nouvelle-Calédonie, avec tout Etat, territoire ou organisme international est octroyée par voie délibérative du congrès calédonien sous réserve de simple information de l'Etat dépourvu, contrairement au modèle polynésien, de droit de *veto* et sous réserve, toutefois, de conformité avec les engagements internationaux de l'Etat²⁸⁵⁹. A l'instar du modèle polynésien, dans les domaines de compétence de l'Etat, l'habilitation aux négociation et signature est octroyée même par délégation²⁸⁶⁰.

Ici aussi, dans une certaine mesure, la personnalité internationale continue d'être le terrain des lotissements et facultés. Toute poursuite d'une autonomie aux fins de pleine action internationale, hors sécession²⁸⁶¹ – le détachement plutôt que le relâchement²⁸⁶² –, est inutile.

Les degrés de tolérance étatique – en l'état sous-exploités – assortis de la palette statutaire pour une accentuation des compétences semblent suffisants pour déboucher sur une satisfaction des volontés. Pour autant, si aucun système existant n'ouvre la voie d'une personnalité internationale

²⁸⁵⁷ Art. 77 al. 1^{er} de la Constitution : « (...) la loi organique (...) détermine (...) les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises après publication au contrôle du Conseil constitutionnel (...) ». Ainsi, dans sa décision du 27 janvier 2000, le Conseil constitutionnel avait implicitement admis qu'une « loi du pays », acte traditionnellement infra-législatif, puisse être directement déférée devant lui (Décision n°2000-1 LP du 27 janvier 2000 sur la loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services, *JO* du 29 janvier 2000, p. 1536, *Rec.*, p. 53) ; BLANDEL, A.-M., *Le particularisme législatif des territoires d'outre-mer : contribution à l'étude du cas de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1996.

²⁸⁵⁸ Expression tirée du Préambule de l'accord de Nouméa, précité.

²⁸⁵⁹ Art. 29 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, précitée.

²⁸⁶⁰ Art. 28 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, précitée.

²⁸⁶¹ Le droit de sécession était dans un premier temps fondé sur l'article 53, al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 – « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées » – : « (...) les dispositions de cet article doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un Etat étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant ou y être rattaché » Décision du Conseil constitutionnel n° 75-59 DC du 30 décembre 1975 sur la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JO* du 3 janvier 1976, p. 182, *Rec.*, p. 16, cons. 2. Désormais, il repose dans l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution : « En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique » – : « (...) ces dispositions font application aux traités et accords internationaux relevant du titre VI de la Constitution des principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté, spécifiquement prévus pour les territoires d'outre-mer par l'alinéa 2 du préambule » Décision du Conseil constitutionnel n° 87-226 DC du 2 juin 1987 sur la loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JO* du 4 juin 1987, p. 6058, *Rec.*, p. 34, cons. 5. v. notamment, MOYRAND, A. *Droit institutionnel de la polynésie française*, *op. cit.*, pp. 67-80.

²⁸⁶² « (...) Tant que l'indépendance n'est pas juridiquement acquise, une collectivité ne peut se voir reconnaître la qualité d'Etat – qualité lui permettant d'être partie (*de droit*) à un traité » RUBIO, N. *L'avenir des départements antillais*, *op. cit.*, p. 97.

plénière des collectivités infra-étatiques ultramarines, son accession, qui reviendrait à les éloigner de la verticalité systématique, ne tiendrait qu'à un fil. RAYMOND SALEILLES écrivait : « en droit, ce sont les nécessités sociales qui font surgir les institutions ; celles-ci se créent et se développent en vue des résultats pratiques qu'on attend d'elles, sans que l'on songe, à ce point initial, à demander compte à la théorie de leur légitimité et de leur justification. (...) On veut d'abord le résultat, on trouve le principe après ; telle est la genèse de toute construction juridique »²⁸⁶³. L'objectif est de mettre en évidence par le fait ce que le droit s'échine à récuser : « en matière de coopération internationale locale, c'est l'initiative de la société qui a conduit la norme à intervenir. Le fait a précédé le droit »²⁸⁶⁴.

b- La réversibilité de l'idée d'Etat

« Il est des évolutions qui, les pays aidant, peuvent devenir un jour difficilement évitables. Mieux vaut, alors, accompagner le mouvement en le contrôlant que devoir tout lâcher pour n'avoir rien voulu céder »²⁸⁶⁵.

398. Heuristique. Si, les exemples d'effritement de la puissance étatique française sont aujourd'hui légion, il est une constante caractéristique de l'Etat français : sa souveraineté ne saurait être brisée, fragmentée – le « pouvoir dans l'Etat est un et indivisible »²⁸⁶⁶ –, encore moins par une décentralisation conçue en-dessous de l'Etat²⁸⁶⁷. Elle ferait l'objet d'une transcendance qui échapperait aux contingences, aux volontés changeantes. Cependant, l'état actuel du droit, où les concepts originels sont dépouillés, légitimement ou illégitimement, de leur contenu, est le produit d'un relativisme consenti. C'est dans ce contexte particulièrement fragile que les Antilles françaises trouveront à prétendre à l'accroissement du champ de leur capacité internationale sans qu'elles n'aient besoin de se métamorphoser. Le cas de leur internationalisation reviendrait moins à une fragmentation qu'à une extension de souveraineté indolore pour l'Etat transacteur, somme toute, une décentralisation de souveraineté subsumable dans ce que l'on pourrait considérer comme étant

²⁸⁶³ SALEILLES, R., *De la personnalité juridique (1910)*, Paris, Mémoires du droit, 2003, p. 45.

²⁸⁶⁴ CHICOT P.-Y., *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁶⁵ J.-M. PONTIER, « L'expérimentation et les collectivités locales », *Revue administrative*, n° 320, 2001, p. 177.

²⁸⁶⁶ BURDEAU, G., *Traité de science politique, Tome II*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 317.

²⁸⁶⁷ « Il faut bien reconnaître que le principe de libre administration (*est*) inapte à limiter le pouvoir de l'Etat » B. FAURE, « *La définition constitutionnelle de la collectivité territoriale par Louis Favoreu* », in Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Paris, Dalloz, 2014, p. 217. Parenthèses ajoutées.

un « droit constitutionnel infra-territorial »²⁸⁶⁸ (1°). Aussi, nous assistons, en France, depuis longtemps, au délitement de l'unité, pourtant fondement essentiel d'un Etat unitaire. Il devient de plus en plus difficile de faire l'économie d'une requalification de la nature même de l'Etat (2°).

1° La ductilité de la souveraineté étatique

399. Position du problème. La souveraineté des Etats a-t-elle encore un sens aujourd'hui ? Cette question renvoie à la certitude contemporaine de corrosion de la souveraineté des Etats. Elle apparaît, plus encore aujourd'hui, contestée dans sa réalité comme dans les critères qui la définissent.

400. Définition. CARRE DE MALBERG, à la croisée d'un « lieu commun »²⁸⁶⁹, postule :

« Le principe de la souveraineté nationale signifie qu'aucun organe ne détient une compétence propre et originaire mais toujours une compétence dérivée dont l'exercice doit être conforme avec les règles constitutionnelles en vigueur »²⁸⁷⁰.

En outre, il en propose une déclinaison : elle est « (...) le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante et en particulier de la puissance étatique ; (...) l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat et il est par la suite synonyme de cette dernière ; (...) sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »²⁸⁷¹. Verticale, inamissible, incessible, impérissable et indépendante, la souveraineté serait : « la puissance absolue et perpétuelle d'une République »²⁸⁷² ; « celle dont les actes sont indépendants de tout pouvoir supérieur et ne peuvent pas être annulés par aucune volonté humaine »²⁸⁷³. Son expression réside notamment dans l'exercice de pouvoirs dits « régaliens » : la police, la justice, la loi, l'impôt, la monnaie, les relations

²⁸⁶⁸ BARILLE, P. *Les mutations du principe d'indivisibilité de la République – Vers un nouveau droit constitutionnel infra-territorial*, projet de thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, s.d.

²⁸⁶⁹ S. RIALS, « Critique d'un lieu commun : les trois notions de souveraineté », APD, 1987, t. 32, p. 197.

²⁸⁷⁰ CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés : avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Dalloz, 2007, Préface pp. XVIII-XIX. (Eric Maulin).

²⁸⁷¹ CARRE DE MALBERG, R., « Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 79.

²⁸⁷² BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, Texte digitalisé sur la Bibliothèque Nationale de France, 1608, p. 122.

²⁸⁷³ GROTIUS, H., « *De jure belli ac pacis* », (Le droit de la guerre et de la paix), 1625, Livre I, Chapitre III, paragraphe VII.

internationales, les douanes, la guerre. Elle apparaît comme sanctuarisée ; une « ligne rouge »²⁸⁷⁴ qui ne saurait être franchie.

Le domaine de la souveraineté se révèle paradoxalement limité.

401. Une souveraineté limitée dans son essence. L'Etat souverain tient sa légitimité du contrat qui le lie au peuple²⁸⁷⁵. C'est le principe d'indivisibilité du peuple français²⁸⁷⁶ qui garantit la souveraineté de l'Etat car le peuple – on lui préférera le terme de nation – lui est essentiel²⁸⁷⁷, lui préexiste et lui survit. « L'Etat est la personnification juridique de la nation (...) »²⁸⁷⁸. Alors, en l'espèce, « à partir du moment où les peuples ou les territoires d'outre-mer ne font pas partie, ne participent pas de l'indivisibilité du peuple français, alors à ce moment-là, tout est possible »²⁸⁷⁹. Autrement dit, transférer des compétences *exorbitantes du droit commun* aux Antilles françaises, alors collectivités territoriales de la République²⁸⁸⁰, concourrait à rendre divisible le peuple français. L'immutabilité de l'indivisibilité nous paraît dépassée. Puisqu'en réalité, le peuple français est devenu divisible depuis que des lois organiques portent organisation de sa divisibilité²⁸⁸¹. Depuis que certaines collectivités territoriales sont admises à l'adaptation ou à la dérogation²⁸⁸². Depuis que l'Etat n'hésite pas à étendre ses pouvoirs régaliens et les confier aux collectivités territoriales en

²⁸⁷⁴ J.-Y FABERON, « Comparaisons : Les territoires d'outre-mer », *art cit.*, p. 159.

²⁸⁷⁵ Dans un souci de rationalisation de l'autorité, traditionnellement octroyée par élection divine ou naissance, dans son ouvrage *Léviathan*, Hobbes introduit l'idée d'un pacte sur le fondement que sans Etat, il n'y a qu'anarchie : « l'homme est un loup pour l'homme ». Ainsi, un pacte entre le monarque et le peuple. Le peuple, qui, accepte de renoncer à faire usage de violence, à faire justice lui-même, transfère ce pouvoir au monarque qui, en contrepartie, va lui assurer sécurité et justice. Mais ce pacte, une fois conclu, libère le peuple de toute initiative, de toute liberté de décider. Il est scellé, définitif. Dans son *Contrat social*, Rousseau va s'opposer fermement à cette sémantique. Il va lui préférer la notion de contrat ; l'horizontalité plutôt que la verticalité. Contrairement au pacte, le contrat est révocable. Il subordonne la naissance de l'Etat au consensus social. Pour aller plus loin, v. HOBBS, T., *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, 1024 p. et ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2012, 256 p.

²⁸⁷⁶ Art. 1^{er} al. 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible (...) ».

²⁸⁷⁷ L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation » ; Le peuple « est la partie la plus nombreuse et nécessaire de la nation » DIDEROT, D., « Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers », Neufchastel, Briasson, 1765, t. 12. 476 p. ; FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A. ET SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 55-57.

²⁸⁷⁸ Esmein cité in CHOPPELET, A., *Adbémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse de doctorat, droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 267.

²⁸⁷⁹ J.-M. BLANQUER, « La Ve République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps », *art cit.*, p. 25.

²⁸⁸⁰ Art. 72 al. 1^{er} de la Constitution, précité.

²⁸⁸¹ *e.g.* la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précitée.

²⁸⁸² Art. 73 de la Constitution.

matière d'impôt – la taxe d'habitation²⁸⁸³, la taxe foncière²⁸⁸⁴, l'octroi de mer²⁸⁸⁵ notamment –, en matière de police – la police municipale²⁸⁸⁶. Et, pour cause ! « le principe d'indivisibilité de la République, contrairement à la signification que s'accorde à lui reconnaître une large partie de la doctrine, en référence à ses origines historiques, n'a été utilisé par le Conseil constitutionnel, ni pour préserver l'intangibilité du territoire de la République, ni pour poser des limites à la diversification des structures territoriales ou encore à la diversité des droits applicables sur telle ou telle partie du territoire national »²⁸⁸⁷.

402. Une souveraineté limitée dans son existence. Lorsque la personne de l'Etat génufléchit, sa capacité souveraine en est d'autant morcelée. En cause, notamment, la « réalité empirique de la mondialisation »²⁸⁸⁸ multipliant les espaces de normativités. Une société internationale évolutive à l'interdépendance présentée comme nécessaire, plurielle – finance, économie, communication, transports, bientôt droit²⁸⁸⁹. « Officiellement, la souveraineté des Etats n'est pas remise en question ; mais, dans les faits, les gouvernements subissent chaque jour davantage une érosion de leur autorité due, entre autres, à la porosité des frontières, à la difficulté de contrôler les flux transfrontaliers, monétaires, de marchandises et d'information, aux avancées technologiques »²⁸⁹⁰. L'Etat apparaît aujourd'hui concurrencé par les individus, les organisations – intergouvernementales, non-gouvernementales –, les entreprises, les médias, les mafias²⁸⁹¹, d'autres Etats – ceux-là s'arrogent, parfois avec le concours de l'Etat, le « pouvoir constituant » – comme

²⁸⁸³ Art. 1407 et s. du Code général des impôts.

²⁸⁸⁴ Art. 1380 et s. du Code général des impôts.

²⁸⁸⁵ Loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, précitée.

²⁸⁸⁶ Art. L. 2212-1 et s. du Code général des collectivités territoriales.

²⁸⁸⁷ ROUX, A., *Droit constitutionnel local*, op. cit., p. 81 ; V. notamment, R. DEBBASCH, « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », RFDC, 1997, p. 359 ; M.H. FABRE, « L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? Fiction ? », RDP, 1982, p. 603 ; F. LEMAIRE, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 35, 2012/2, p. 95 ; J-CL. MAESTRE, « L'indivisibilité de la République et l'exercice du droit à l'autodétermination », RDP, 1976, p. 431.

²⁸⁸⁸ E. MAULIN, « L'irréductibilité de la souveraineté territoriale », in L'Europe en Formation, 2013/2, n° 368, p. 13. « (...) les contraintes de la mondialisation font que l'Etat, même dans des domaines qui relèvent historiquement de sa souveraineté, ne peut plus exercer des compétences pleines et exclusives » F. RIEM, « Retour sur l'ordre concurrentiel », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n° 4, 2013, p. 447. Pour autant, « loin d'effacer la souveraineté, la mondialisation en a généralisé le recours au point que la société mondiale est aujourd'hui plus que jamais une société d'Etats » (*Ibid.* pp. 16-17). Mais, la frontière entre la généralisation et la banalisation est infinitésimale, laquelle conduit à la dévaluation.

²⁸⁸⁹ DELMAS-MARTY M., *La refondation des pouvoirs - Les forces imaginantes du droit (III)*, op. cit. (« Vers un état de droit mondial ? »), pp. 264-279.

²⁸⁹⁰ A.-J. ARNAUD, « Introduction », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique, op. cit., p. 76.

²⁸⁹¹ V. notamment, VILLEGAS, D. *L'ordre juridique mafieux*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018, 650 p. ; P. DE CATERINI, « La mafia : un ordre juridique », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, op. cit., pp. 181-186.

l'illustre des interventions étatiques dans les politiques internes des autres Etats. Il apparaît également concurrencé par des entreprises à la puissance économique et extra-économique équivalente ou supplantant la sienne – les *Big data*, les entreprises du CAC 40 notamment²⁸⁹² –, par la capacité de coercition d'entités telles que l'OMC sur lui dépossédé de sa faculté de choix sinon encore titulaire de celle de son adhésion, révocable, certes, mais s'accompagnant d'effets – resserrement de l'étau. Des « monstres juridiques » selon MIREILLE DELMAS-MARTY²⁸⁹³ dont l'un, pas des moindres, constitutif de l'effondrement, dans une certaine mesure – en vertu de principes de primauté, proportionnalité, de subsidiarité²⁸⁹⁴ –, de la souveraineté des Etats qui en sont les membres : l'Union européenne²⁸⁹⁵. En voici, une approche périphrastique soutenue par GERARD CORNU : « (...) invasion pléthorique et pullulante du droit français, dénaturation du système juridique, trouble du cours de la justice sont les fruits amers de la primauté donnée à un droit exogène et à un juge de l'extérieur » ; « il doit y avoir quelque ivresse dans l'arrogance de corriger la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire en France. Qui contrôlera ceux qui s'érigent en contrôleurs de la juridiction de contrôle ? (...) »²⁸⁹⁶. Soit « un droit (*sous certains angles*) sans l'Etat »²⁸⁹⁷. Il est une traditionnelle hostilité de forme à la supraconstitutionnalité européenne

²⁸⁹² Les doctrinaires les désignent comme étant des pouvoirs privés économiques. « (...) Des personnes privées disposant d'un pouvoir analogue sur le plan matériel à celui de la puissance publique » J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « *Retour sur l'analyse substantielle en droit économique* », *art. cit.*, p. 266 ; « Sous la forme de groupes de sociétés ils constituent les vrais centres de décision de l'économie mondiale. Ils détiennent les principaux moyens de communication, d'information, et même de formation des hommes, ils peuvent détenir la maîtrise de l'opinion » FARJAT G., *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 68. ; « Les grandes firmes transnationales et les sociétés financières tendent à constituer le pouvoir réel dont les Etats et les organisations internationales ne sont plus que les auxiliaires » CHARVIN, R., *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 41. V. notamment, l'illustre exemple de l'affaire Elf instruite en première instance par la juge Eva Joly. *Cass. crim.*, 31 janvier 2007, *Affaire Elf, Bull. n° 05-82671*.

²⁸⁹³ DELMAS-MARTY M., *La refondation des pouvoirs - Les forces imaginantes du droit (III)*, *op. cit.*, pp. 99-129. « On peut même entrevoir un mouvement de bascule de la souveraineté vers une autre forme d'organisation politique globale, avec une tendance à la perte de l'autorité exclusive des Etats à reconnaître la souveraineté ; au transfert de l'autorité méta-politique à des acteurs ou des institutions non-étatiques ; à la fin du monopole de l'Etat sur la coercition légitime ; à la déterritorialisation des revendications d'autorité de la part des Etats » A.-J. ARNAUD, « *Introduction* », *ibid.*, p. 76.

²⁸⁹⁴ RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 261-270.

²⁸⁹⁵ v. notamment, V. CONSTANTINESCO, « *La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ?* », in *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, pp. 119-135 ; A. KOVLER, « *La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté des Etats* », *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, pp. 209-222 ; G. SOULIER, « *L'Union européenne et le dépérissement de l'Etat* », in Duprat, G. (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 289-314 ; M. TROPER, « *L'Europe politique et le concept de souveraineté* », in Beaud, O. et al. (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117 ; Pour un traitement du concept de souveraineté sous le prisme de l'Union européenne, v. S. ROLAND, « *La souveraineté* », in Auby, J.-B., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, pp. 119-149 ; D. VIGNES, « *L'amenuisement de la souveraineté des États membres des Communautés européennes et l'intégration régionale européenne* », vol. XLVII, 1994, *Studia Diplomatica*, n° 2, p. 49.

²⁸⁹⁶ CORNU, G., *Droit civil, Introduction*, Paris, Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 262 et 263.

²⁸⁹⁷ J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 105 et s. Italiques ajoutés.

puisqu'« (...) aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit »²⁸⁹⁸. Cependant, il n'en demeure pas moins que disposant de compétences exclusives²⁸⁹⁹ et partagées²⁹⁰⁰ avec ses Etats membres, son infusion, consentie certes, soit institutionnalisée sous la forme de principes portant une intégration juridique insusceptible de négociation²⁹⁰¹ et constitutionnellement avalisée : « l'autorisation de ratifier, en vertu d'une loi, le traité d'Amsterdam exige une révision de la Constitution »²⁹⁰². En effet, en inversant de la charge de la révision – il incombe à la Constitution, norme en principe suprême²⁹⁰³, d'être modifiée à fin d'intégration européenne –, le juge constitutionnel fait de l'UE la caisse de résonance d'une relativisation du souverainisme étatique²⁹⁰⁴. C'est ainsi que la loi constitutionnelle du 25 juin 1992²⁹⁰⁵ consacre le titre XV « De l'Union européenne » – anciennement dénommé « des communautés européennes et de l'Union européenne » – par l'introduction dans la Constitution des articles 88-1 à 88-4 complétés par les articles 88-5 – inséré par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005²⁹⁰⁶ – et 88-6 et 88-7 – insérés par la loi constitutionnelle du 4 février 2008²⁹⁰⁷. Ainsi, si, « les constitutions ne sont pas inutiles, (...) il

²⁸⁹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 sur la décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *JO* du 31 décembre 1976, p. 7651, *Rec.*, p. 15. v. FAVOREU, L. ET PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1986, p. 332 et s. ; C. MAUGÛE, « *Le Conseil constitutionnel et le droit supranational* », *art. cit.*

²⁸⁹⁹ Article 3 TFUE.

²⁹⁰⁰ Article 4 TFUE.

²⁹⁰¹ Voir *supra* B – L'intégration européenne des Antilles françaises.

²⁹⁰² Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 relative au Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JO* du 3 janvier 1998, p. 165, *Rec.*, p. 344.

²⁹⁰³ « Comme on l'a noté dans un aliéna précédent, la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée, – elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que *supposée*. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale » Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* cité in PIERRAT, E., *Antimanuel de droit*, Rosny, Bréal, 2007, pp. 63-64.

²⁹⁰⁴ V. notamment, ROUX, J., *Le principe de souveraineté de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1998.

²⁹⁰⁵ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », *JORF* n° 147 du 26 juin 1992, p. 8406.

²⁹⁰⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n° 51 du 2 mars 2005, p. 3696, texte n° 1.

²⁹⁰⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n° 0030 du 5 février 2008, p. 2202, texte n° 1.

faut les tenir pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des cadres à l'intérieur desquels les institutions vivent, s'adaptent, évoluent au gré des circonstances »²⁹⁰⁸.

403. Déconstruction.

« La souveraineté étatique n'est pas un objet immuable et statique. C'est au contraire une notion qui prend forme seulement à travers son usage et son interprétation »²⁹⁰⁹.

Selon monsieur le professeur BERTRAND BADIE : « (...) ce concept n'a pas été figé dès lors qu'il a été forgé. Depuis Bodin, et jusqu'à nos jours, il n'y a pas eu une définition de la souveraineté, ni surtout une mise en pratique de la souveraineté, mais plusieurs »²⁹¹⁰. Dans son idéologie, la souveraineté revêt un aspect monolithique, pourtant, en déconnexion avec la réalité. Son ancrage est la démonstration d'un certain conservatisme ; une statophilie poussée. On semble ne concevoir l'attribution de souveraineté à des entités infra-étatiques que comme un éclatement, une division à l'issue desquels elle perdrait ses qualités substantielles – le monolithe ne serait plus un monolithe. Or, la souveraineté pourrait être envisagée différemment. Elle pourrait s'étirer sans avoir, fatalement, à se rompre. Concrètement, les collectivités territoriales d'outre-mer, dans les matières qui les concernent directement et lorsque l'intérêt local le justifie, bénéficieraient d'une extension de souveraineté sous le « simple » contrôle, comme c'est déjà le cas, au moins en théorie²⁹¹¹, des juges administratif et constitutionnel dans le cadre de contrôles de la légalité et de la constitutionnalité. A cette fin, le vocabulaire doit évoluer²⁹¹² ; étendre plutôt que fractionner ; démembrer plutôt que diviser. Somme toute, un plafond de verre.

En réalité, le rubicon est franchi. On assiste à la personnification internationale, certes ponctuelle et sous réserve d'habilitation et de conformité aux engagements internationaux de l'Etat, des collectivités infra-étatiques d'outre-mer. Rien ne s'oppose à ce que les collectivités territoriales d'outre-mer soient internationalement pleinement capables²⁹¹³ à l'exception d'une idéologie

²⁹⁰⁸ BURDEAU, G., *Traité de Science politique, Tome IV*, Paris, L.G.D.J, 1969, pp. 286-287.

²⁹⁰⁹ S. SAURUGGER, « *Théoriser l'Etat dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret* », *Jus politicum*, 2012, n° 8, p. 2.

²⁹¹⁰ J.-M. BLANQUER, « *La Ve République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps* », *art. cit.*

²⁹¹¹ Y. LUCHAIRE, « *La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales* », *AJDA*, 2009, p. 1134.

²⁹¹² La « transformation du vocabulaire est le signe d'une profonde évolution des idées » TOUCHARD, J., BODIN, L., JEANNIN, P., LAVAU, G.E. ET SIRINELLI, J., *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2006, p. 387.

²⁹¹³ « La restriction de l'exercice des compétences internationales à la notion de souveraineté de l'Etat ne se comprend pas » B. TCHIKAYA, « *Les compétences internationales des départements français d'outre-mer* », *art. cit.*, p. 69.

juridique²⁹¹⁴ dans laquelle l'Etat, puissance suprême sacrée, ne saurait être concurrencé. Pourtant, cette mosaïque de la souveraineté est, certes, hétérodoxe mais légitime :

« Dans certains cas, il pourra apparaître utile de déléguer le pouvoir de signer les accords à un exécutif local, notamment s'il s'agit d'accords en formes simplifiées. Dans d'autres cas, on pourra aller jusqu'à reconnaître la personnalité juridique si cela s'avère nécessaire pour répondre à des besoins et résoudre des problèmes. Dès lors, cette personnalité juridique sera de nature fonctionnelle »²⁹¹⁵.

En fin de compte, l'empêchement sous couvert de souveraineté n'est que la manifestation de l'intérêt particulier de l'Etat : « la liberté exclusive que l'Etat tient en effet de sa souveraineté permet à celui-ci de ne point accepter l'existence autonome d'une autre collectivité de son territoire au niveau international »²⁹¹⁶. La souveraineté, inflexible, est une fiction²⁹¹⁷, pire une double fiction qui ne saurait être appréhendée ni du point de vue juridique ni du point de vue politique²⁹¹⁸.

L'Etat français, Etat unitaire, repose sur l'indivisibilité de sa puissance souveraine, mais on apprend qu'elle est, potentiellement, divisible²⁹¹⁹. Ce qui signifie que l'unité dont se prévaut la République n'en est, potentiellement, pas une. Si les Antilles françaises se bornent à l'accroissement

²⁹¹⁴ Madame la professeure Carine David établit en obstacles à l'extension des lois du pays – allégories de notre décentralisation de souveraineté – à l'ensemble des collectivités d'outre-mer les seules réticences de la démocratie locale à l'évolution statutaire et pusillanimité de la représentation nationale : « Il paraît effectivement peu crédible d'envisager une extension de la loi du pays à l'ensemble des collectivités ultramarines. D'une part, parce que tout spécialiste du droit de l'outre-mer sait qu'il est assez évident que la représentation nationale ne serait pas prête à franchir un tel pas. D'autre part, parce que certaines collectivités ultramarines ne sont absolument pas demandeuses d'une telle autonomie » C. DAVID, « Des concepts de « Pays d'Outre-Mer Associé (POMA) » et de délégation de souveraineté », L'OCéanie dans tous ses Etats - Mélanges à la mémoire de Guy Agniel, A paraître. (hal-02540820), p. 10

²⁹¹⁵ E. JOS, « Les collectivités territoriales non-étatiques, sujets du droit international ? », in DAILLIER, P. (Prés.), Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international : journée d'études, Paris, Pedone, 2002, p. 201.

²⁹¹⁶ B. TCHIKAYA, « Les compétences internationales des départements français d'outre-mer », art. cit., p. 69.

²⁹¹⁷ « Il faut admettre que l'interprétation de la portée à reconnaître au principe de souveraineté apparaît de plus en plus nuancée et dépend assez largement de considérations politiques » P. M. DUPUY, « La coopération transfrontalière et le droit international », art cit., p. 848. v. notamment, BADIE, B., *Un monde sans souveraineté : les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999, 306 p. ; v. notamment, BAL, L., *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 2012 ; POULANTZAS, N., *La crise de l'Etat*, Paris, PUF, 1976.

²⁹¹⁸ Le professeur Stéphane Pierré-Caps soulève que « (...) la souveraineté n'est pas un concept juridiquement saisissable (...) », y compris sur le plan politique, selon le professeur Bertrand Badie, car « (...) l'idée d'un pouvoir qui ne serait précédé d'aucun autre pouvoir n'est pas concevable sur un plan politique, certainement pas d'un point de vue international, et de manière extrêmement fragile du point de vue même du fonctionnement interne du système politique » J.-M. BLANQUER, « La Ve République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps », art cit., p. 23.

²⁹¹⁹ « Formée d'une addition de compétences, (la souveraineté des Etats) pourrait par conséquent être décomposée ou découpée en autant d'éléments constitutifs qu'elle regrouperait de compétences distinctes. De cette vue découle la possibilité d'utiliser la notion d'ensemble de compétences à la place de celle de souveraineté, les deux notions étant équivalentes et interchangeables puisque le tout est égal à la somme des parties qui le composent (...) » CONSTANTINESCO, V. ET MICHEL, V. *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire de droit européen, juin 2011, pt. 18.

de leurs compétences internationales, leur ambition pourra résider dans la composition avec leur propre régime statutaire mais elle devra consister en le désancrage unitaire de l'Etat. Une telle approche n'a rien de bien surprenant puisque l'Etat français serait substantiellement « une fédération qui s'ignore ».

2° Le caractère fédéral de la France

404. Un effet congloméral dévoyé. En France, Etat unitaire²⁹²⁰, des régimes territoriaux variés s'agrègent sur la base *d'une seule idée de droit* ce qui n'est pas sans rappeler la doctrine jacobine, portée par Robespierre notamment, récusant toute aliénation de la République²⁹²¹. Mais, le tumulte statutaire ultramarin notamment témoigne d'une désagrégation²⁹²² : « l'unité du régime des libertés applicables sur le territoire (*français*) n'est pas caractéristique de l'Etat unitaire (...) »²⁹²³. On a, d'un côté, une « République intranationale » – la France hexagonale – de l'autre, une « République extranationale » – la Corse et l'outre-mer²⁹²⁴.

405. Prodromes.

²⁹²⁰ « L'Etat unitaire c'est celui dans lequel l'organisation constitutionnelle répond à la triple unité du souverain, de la puissance d'Etat et des gouvernants. La souveraineté est unique parce qu'elle réside dans la collectivité envisagée globalement sans qu'il soit tenu compte de la diversité des aspirations locales ou de la variété de tendances des multiples groupements secondaires qu'englobe la société politique. La puissance d'Etat est unique parce qu'elle exprime la force d'une seule idée de droit, celle voulue par le souverain lui-même unifié, s'exerçant uniformément sur l'ensemble du territoire. L'organisation gouvernementale est unique à la fois parce que les gouvernants incarnent dans son unité la puissance d'Etat et parce que leurs décisions engagent l'Etat entier. Finalement, l'Etat unitaire apparait juridiquement comme celui dont le Pouvoir est un dans son fondement, dans sa structure et dans son exercice » BURDEAU G., *Traité de science politique, Tome II, op. cit.*, p. 317.

²⁹²¹ BRINTON, C., *Jacobins : an essay in the new history*, New York, Macmillan, 1931, p. 319. ; JAUME, L., *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, 508 p. ; MARTIN, G., *Les jacobins*, Paris, PUF, 1945, 118 p. Sur le discours de Robespierre, v. notamment, A. COBBAN, "The Political Ideas of Maximilien Robespierre during the Period of the Convention", *The English Historical Review*, 1946, LXI, CCXXXIX, pp. 45-80 ; MASSIN, J., *Robespierre*, Paris, Club français du Livre, 1960, 322 p. ; MATHIEZ, A., *Etudes sur Robespierre*, Paris, Editions sociales, 1958, 282 p.

²⁹²² En convoquant l'évidence, Thierry Michalon introduit une déconstruction des concepts d'unité, d'indivisibilité, socles de la République française. T. MICHALON, « *La décentralisation a-t-elle des limites juridiques ?* », in *Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?*, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 29-37.

²⁹²³ F. LEMAIRE, « *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République* », *art. cit.*, p. 95.

²⁹²⁴ T. MICHALON, « *La République française, une fédération qui s'ignore ?* », *art. cit.*, pp. 663.

« (...) Aucun être de raison ne peut être pensé comme à la fois multiple et un, simple et composé, indépendant et lié. Il faut choisir. Tout ce qui prétend dépasser cette alternative ne fait que se détruire par ses propres contradictions »²⁹²⁵.

« Toute tentative pour dissocier le Pouvoir d'une assise nationale unique et exclusive est du ressort du fédéralisme »²⁹²⁶.

C'est ainsi qu'en 1989, THIERRY MICHALON a conditionné la *catégorisation juridique* de la décentralisation à trois critères nécessairement cumulatifs : une définition par les textes, une homogénéité des régimes décentralisés et la susceptibilité d'annulation des actes des autorités territoriales par l'Etat²⁹²⁷. Ils constitueraient le dernier rempart avant le fédéralisme. Aujourd'hui, seule une des trois conditions semble remplie : la définition de la décentralisation. La nouvelle rédaction et les insertions diverses, à l'issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, au titre XII consacré aux collectivités territoriales, ont achevé de délimiter avec une plus grande précision le champ des collectivités territoriales. La décentralisation est désormais une notion constitutionnelle²⁹²⁸. Au surplus, symboliquement, il est inséré à l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la Constitution que « *l'organisation (de la France) est décentralisée* ». S'agissant des autres conditions, la situation demeure immo­difiée. *Sur la condition d'homogénéité des régimes territoriaux*. La diversité de régimes dans la décentralisation est telle que l'on peut, à juste titre, parler d'un éclatement dans l'éclatement. Enfin, il est une insusceptibilité d'annulation des actes territoriaux par l'Etat. « Toutes les tutelles préfectorales et ministérielles seront supprimées »²⁹²⁹ avait prédit Gaston Defferre. Le contrôle *a priori* par le préfet est théoriquement éradiqué. Il subsiste, un contrôle *a posteriori* des actes administratifs, opéré par le

²⁹²⁵ V. CONSTANTINESCO, « *Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations ?* », in Dehousse, R. (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 136. citant VOYENNE, B., *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris, Presses d'Europe, 1976, vol. III, p. 134.

²⁹²⁶ J.-J. CHEVALLIER, « *Burdeau, G., Traité de science politique, 3e éd., t. I et vol. II, t. II.* », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 35, n° 3, Juillet- septembre 1983, pp. 643-647.

²⁹²⁷ T. MICHALON, « *La décentralisation a-t-elle des limites juridiques ?* », *art cit.*

²⁹²⁸ Art. 1^{er} al. 1^{er} de la Constitution : « *(L')organisation (de la France) est décentralisée* » (Parenthèses ajoutées). F. PRIET, « *Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation* », in Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Paris, Dalloz, 2009, pp. 249-267.

²⁹²⁹ Gaston Defferre en 1982 cité in Y. LUCHAIRE, « *La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales* », *art cit.*

juge administratif – indépendant de « l'Etat » en vertu du principe de séparation des pouvoirs²⁹³⁰ – , éventuellement saisi par le préfet en cas de soupçon d'illégalité des actes²⁹³¹.

406. Analogie fédérale.

« Un spectre issu du passé hante la politique française : le spectre du jacobinisme. Vieux démon responsable de tous nos malheurs pour les uns, génie toujours jeune de notre exception pour les autres, il est aussi omniprésent dans le débat public qu'il y flotte dans l'indéfini »²⁹³².

Comme si l'idée d'une fédération française était « impensable »²⁹³³. En réalité, il n'est pas besoin de recourir au chausse-pied pour que le type unitaire français satisfasse aux indices de la fédération : une « déconcentration » de l'action publique, un partage de souveraineté²⁹³⁴, un contrat ou « lien fédératif »²⁹³⁵ comme en témoignent la clause générale de compétence au bénéfice des communes²⁹³⁶, la contractualisation financière entre l'Etat et les collectivités territoriales et une homologie²⁹³⁷ entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Evidemment, si l'on se borne à écarter l'idée d'un Etat fédéral en n'observant la réalité française que sous le prisme de modèles fédéraux

²⁹³⁰ Art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » ; « (...) il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; (...) ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » (Décision du Conseil constitutionnel n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 relative à la loi portant validation des actes administratifs, cons. 6, JO du 24 juillet 1980, p. 1868, *Rec.*, p. 46)

²⁹³¹ Art. 72 al. 6 de la Constitution : « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ».

²⁹³² M. GAUCHET, « *L'héritage jacobin et le problème de la représentation* », *Le Débat*, 2001, vol. 116, n° 4, pp. 32-35. ; v. également, J.-C. CASANOVA, « *Jacobinisme : la fin d'un mythe* », *Commentaire*, 2002, Numéro 100, n° 4, pp. 869-884.

²⁹³³ O. BEAUD, « *Fédéralisme et Fédération en France. Histoire d'un concept impensable ?* », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 3, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 7-82. Pour aller plus loin, v. BEAUD, O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 456 p.

²⁹³⁴ L'exemple du modèle calédonien ou moins extrêmement le simple partage de la compétence fiscale notamment avec les autorités décentralisées KALLERGIS, A. *La compétence fiscale*, *op. cit.*, pp. 192-200.

²⁹³⁵ « La question ultime de la fédération est de savoir s'il est possible d'unir par un lien solide (le lien fédératif) des entités politiques différentes, qu'on appelle États, sans qu'elles perdent ce caractère d'États. Le problème fondamental posé par l'idée de fédération (est) celui de l'union ou de l'association de pouvoirs distincts » (O. BEAUD, « *Fédéralisme et souveraineté (notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération)* », *RDP*, 1998, p. 98) ; « (...) Une première difficulté dut se présenter à l'esprit des Américains. Il s'agissait de partager la souveraineté de telle sorte que les différents États qui formaient l'Union continuassent à se gouverner eux-mêmes dans tout ce qui ne regardait que leur prospérité intérieure, sans que la nation entière représentée par l'union, cessât de faire corps et de pourvoir à tous ses besoins généraux. Question complexe et difficile à résoudre » DE TOCQUEVILLE, A., « *De la démocratie en Amérique* », in *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1992, vol. 2, Livre I, première partie, chapitre 8, p. 126.

²⁹³⁶ Art. L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales.

²⁹³⁷ Une « règle de l'homologie (...) doit exister entre la forme de gouvernement fédérale et la forme de gouvernement fédérée » BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 417.

tels que les modèles étatsunien, allemand²⁹³⁸, cela ne peut conduire qu'à l'insuccès de l'heuristique. Le fédéralisme canadien, en revanche, par sa nature centralisatrice, rappelle la méthode d'organisation française. Il en est ainsi notamment des lieutenants-gouverneurs des provinces – qui rappellent les préfets en France – qui sont nommés par le gouverneur général du Canada²⁹³⁹, de la faculté d'empêchement du gouverneur fédéral²⁹⁴⁰. Il en est également de la centralisation de la justice²⁹⁴¹, de la supplantation des pouvoirs des Parlements provinciaux par ceux du Parlement fédéral comme l'illustre le cas de la Polynésie française, d'un système de répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées comme il existe entre l'Etat français et ses collectivités territoriales d'outre-mer²⁹⁴².

Si la France est, formellement, un Etat unitaire, c'est, substantiellement, une « fédération qui s'ignore »²⁹⁴³ dont la décentralisation est l'un des ouvrages. De ce point de vue, pris isolément, il n'apparaît aucunement déraisonnable de concevoir une personnalité internationale plénière différenciée des collectivités infra-étatiques d'outre-mer à l'image des entités fédérées²⁹⁴⁴.

L'Etat français dote les Antilles françaises d'une capacité d'interaction régionale. Il est présumé s'effacer au profit d'une territorialisation de son action. Cette subsidiarisation de l'action étatique constitue le point de départ d'un lissage, variablement nécessaire, des droits.

²⁹³⁸ Note sur l'organisation des Etats fédéraux : démocratie, répartition des compétences, Etat de droit et efficacité de l'action publique - Allemagne, Brésil, Etats-Unis, Inde, Mexique, Suisse, Paris, Etude de législation comparée n°242, Sénat, 2014.

²⁹³⁹ Art. 58 de la Loi constitutionnelle de 1867 : « Il y aura, pour chaque province, un officier appelé lieutenant-gouverneur, lequel sera nommé par le gouverneur-général en conseil par instrument sous le grand sceau du Canada ».

²⁹⁴⁰ Art. 90 de la Loi constitutionnelle de 1867 : « Les dispositions suivantes de la présente loi, concernant le parlement du Canada, savoir : – les dispositions relatives aux bills d'appropriation et d'impôts, à la recommandation de votes de deniers, à la sanction des bills, au désaveu des lois, et à la signification du bon plaisir quant aux bills réservés, – s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, tout comme si elles étaient ici décrétées et rendues expressément applicables aux provinces respectives et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur-général, le gouverneur-général à la Reine et au secrétaire d'Etat, un an à deux ans, et la province au Canada ».

²⁹⁴¹ Art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 : « Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick ».

²⁹⁴² Art. 91, 92, 94 A et 95 notamment de la Loi constitutionnelle de 1867.

²⁹⁴³ v. T. MICHALON, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », art. cit. ; F. BORELLA, « Le fédéralisme dans la Constitution française du 5 octobre 1958 », Annuaire français de droit international, vol. 4, 1958, pp. 659-681.

²⁹⁴⁴ Sur ce point, v. notamment, HANNEQUART, I. *L'état fédéré en droit international*, Tours, Thèse de doctorat, droit, Université François Rabelais, 1991 ; PATRY, A. *La capacité internationale des Etats : L'exercice du « Jus Tractatum »*, Québec, Presses universitaires du Québec, 1983, p. 56 et s. ; J.-Y. MORIN, « La personnalité internationale du Québec », Revue québécoise de droit international, 1984, pp. 163-304 ; G. REMILLARD, « Souveraineté et fédéralisme », Les Cahiers de Droit, 201-2, 1979, pp. 237-246.

II. Le nivellement de droits hétérogènes

407. Les instruments de la réduction de la distorsion concurrentielle régionale. Il est, dans la Caraïbe, un traditionnel marché du droit organisé par les opérateurs économiques, les investisseurs en particulier, ce, au détriment de la logique concurrentielle. L'hyperlégalisme des Antilles françaises, caractérisé par la massification du protectionnisme juridique, affronte l'hyperlibéralisme caribéen, caractérisé notamment par la tolérance des paradis fiscaux ou l'ultra-souplesse fiscale²⁹⁴⁵, la tolérance des paradis administratifs ainsi que l'existence de vides ou lacunes juridiques. Avec une meilleure incorporation régionale, il est loisible d'envisager une densification des relations préférentielles²⁹⁴⁶. Sans une optimisation du statut des Antilles françaises au sein des organismes régionaux (A) accolée à une homogénéisation du droit – le gommage au moins grossier des aspérités de droits – (B), chaque pays devant se conformer aux exigences de sa propre réglementation, le risque d'inefficacité est important. Or, nous l'avons initialement évoqué, « le ressort d'une construction juridique est en effet plus de tracer un cadre, d'interdire tel ou tel type de comportement, que de mener ensemble des projets »²⁹⁴⁷.

²⁹⁴⁵ L'exemple du système de taxes préférentielles accordées aux sociétés étrangères par Sainte-Lucie « condamné » par l'Union européenne. Voir *supra* note n° 908.

²⁹⁴⁶ *E.g.* la suppression ou diminution des obstacles à l'échange, la standardisation des activités de production, d'approvisionnement, de commercialisation, la réduction des coûts d'organisation en particulier pour des pays en développement comme les pays de la Caraïbe supportant difficilement leur coût administratif, technique et financier.

²⁹⁴⁷ ALOMAR, B. ET AL., *Grandes questions européennes*, Paris, SEDES, 2017, p. 39. v. J.-P. JACQUE, « *Le rôle du droit dans l'intégration européenne* », Philosophie politique, Paris PUF, 1991, pp. 119-134. C'est l'exemple du projet TEECA (*Trade Enhancement for Eastern Caribbean*) – un projet qui vise la facilitation des échanges commerciaux régionaux, en particulier l'exportation de biens des entreprises martiniquaises ou encore du projet « *RePlast-OECS* » – un projet de coopération entre la Martinique et Sainte-Lucie pour le recyclage des bouteilles en plastique luciennes par la Martinique. Il s'agit, en substance, d'outils à haut niveau de programmaticité (droit programmatoire/mou/flou). Dans le cas du projet TEECA, il s'agirait d'améliorer l'intelligence marché, améliorer la connaissance et l'accès aux financements publics et privés, faciliter et promouvoir la coopération entreprises insulaires. En outre, restreint, il s'adresse au primo-exportateur de la zone OECS-Martinique, a une durée limitée (deux ans), vise l'accompagnement d'un nombre limité d'entreprises (trente) dans le développement et la mise en œuvre d'une stratégie export durable.

A – La portée du statut de membre associé dans les organismes caribéens d'intégration

408. Nomenclature. Il est, au sein des organisations internationales, une traditionnelle classification des pays proportionnelle à leurs intérêts et capacité juridique. Trois statuts sont notables – bien qu'il en existe d'autres – : le statut de pays membre de plein droit ou à part entière²⁹⁴⁸, le statut de pays membre associé, le statut de pays observateur. *Sur le statut de membre de plein droit.* Il assure la pleine participation du pays membre à l'ensemble des organes et institutions de l'organisation ; un pouvoir exclusif de décider²⁹⁴⁹. Ce statut semble réservé aux pays disposant de suffisamment d'autonomie. Laquelle se distingue de l'indépendance ce qui pourrait expliquer l'admission à part entière de Montserrat aux deux ensembles caribéens d'intégration pourtant territoire sous dépendance britannique. *Sur le statut de membre associé.* Il est le statut intermédiaire accessible à tous par lequel le pays admis à en faire usage pourra organiser ou participer aux débats, réunions de travail, colloques, manifestations, exercer des droits politiques sans toutefois disposer d'un pouvoir de blocage. Il ne pourra, en définitive, que 's'associer' aux décisions communautaires. Somme toute, une chaise vide²⁹⁵⁰. Pour les Antilles françaises, ce statut constitue le plafond – de verre ? – de leur capacité juridique au sein des organismes régionaux²⁹⁵¹ – l'intégration de la norme communautaire ne saurait qu'être relative au vu de leur assimilation juridique. De ces deux formes statutaires découle une somme, variable, discrétionnairement fixée par l'organisme, de droits et d'obligations, respectivement, au profit et à la charge du pays adhérent. *Sur le statut d'observateur.* Bien que n'étant pas toujours prévu par les textes – à l'inverse des traités institutifs de la CARICOM

²⁹⁴⁸ Art. 1^{er} du TRB : « Les termes "Etat membre à part entière" désignent un Etat ou un territoire qui est membre à part entière de l'Organisation au sens de l'article 3 ».

²⁹⁴⁹ « Si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme de décision qui viendrait aussitôt à l'esprit. Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher par l'exercice de sa volonté une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise : le titulaire du pouvoir est bien le décideur que décrivent les économistes » GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p. 138, n° 216.

²⁹⁵⁰ "Generally associate membership in regional and international organizations does not entitle the holder to the complete set of rights and privileges available to full members. For example, voting rights do not automatically accrue to associate members" BERRY, D. *S. Caribbean Integration Law*, op. cit., p. 61.

²⁹⁵¹ Art. L. 4433-4-5, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales : « Les régions de Guadeloupe, de Mayotte et de la Réunion peuvent, avec l'accord des autorités de la République, être membres associés des organismes régionaux, mentionnés au premier alinéa de l'article L. 3441-3, ou observateurs auprès de ceux-ci ».

et l'OECD²⁹⁵² –, il confère, généralement, au pays usager un droit d'assister aux réunions, un droit d'accès à l'information francs de tous droits politiques, droit à la parole, droit de *veto* notamment.

409. L'impropriété du statut de membre associé des Antilles françaises : l'exemple du cadre de l'OECD. Nous nous devons d'opérer une distinction entre le Traité révisé de Basseterre institutif de l'OECD et l'Accord d'admission de la Martinique à l'OECD²⁹⁵³. Le premier se posant en contrat cadre, le second en contrat d'application²⁹⁵⁴. Ainsi, l'application du Traité révisé de Basseterre à la Martinique donne à voir une intégration régionale particulièrement ténue – « *seules les dispositions visées dans le présent Accord lui sont applicables* »²⁹⁵⁵. L'Accord d'admission de la Martinique à l'OECD est une version très – trop ? – dépouillée du TRB confinant, substantiellement, à un simple statut d'observateur²⁹⁵⁶. Nous serions tentés de relativiser notre position en invoquant les articles 2 §1 et 4 dudit accord posant l'engagement de la Martinique dans une coopération mutuelle renforcée à l'image de la suppression des obstacles à la circulation des ressortissants luciens dans les départements français d'Amérique²⁹⁵⁷ ou encore de la convention relative à l'entraide judiciaire entre la France et Sainte-Lucie²⁹⁵⁸. Cependant, le statut de membre associé tel que conçu par le

²⁹⁵² Art. 20 §2 du TRB : « L'Organisation peut décider, conformément à son règlement intérieur, d'admettre comme observateurs à ses délibérations des représentants d'Etats non membres ou d'autres entités » ; Art. 12 §10 du TRC : « Sous réserve des dispositions du présent chapitre, la Conférence établit son propre règlement intérieur et peut décider d'admettre à ses délibérations, en qualité d'observateurs, des représentants d'Etats non membres de la Communauté et d'autres entités ».

²⁹⁵³ Accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD), précité.

²⁹⁵⁴ A fins utiles, l'article 1111 du Code civil définit les contrats cadre et d'application : « le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

²⁹⁵⁵ Art. 3 de l'Accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD), précité.

²⁹⁵⁶ « La Martinique participe, en sa qualité de membre associé, aux sessions des organes visés à l'article 5 du présent accord (...) » mais « (...) n'a pas le statut de membre des Institutions de l'Organisation visées à l'article 6.1 du Traité révisé de Basseterre, à savoir la Cour Suprême de la Caraïbe orientale, la Banque Centrale de la Caraïbe orientale et l'Autorité de l'Aviation Civile de la Caraïbe orientale » ; « En tant que membre associé, la Martinique participe aux délibérations des organes de l'OECD sur les questions relevant de sa compétence » Art. 2 §2, 5 et 6 §1 de l'accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECD), précité.

²⁹⁵⁷ Décret n° 2006-432 du 12 avril 2006 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie visant à faciliter la circulation des ressortissants saint-luciens dans les départements français d'Amérique, signé à Castries le 23 avril 2005, *JORF* n° 89 du 14 avril 2006, p. 5596, texte n° 35.

²⁹⁵⁸ Loi n° 2018-582 du 6 juillet 2018 autorisant l'approbation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie et de la convention d'extradition entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie, *JORF* n° 0155 du 7 juillet 2018, texte n° 2 ; Décret n° 2018-1149 du 13 décembre 2018 portant publication de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie et de la convention d'extradition entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie, signées à Castries le 30 septembre 2016, *JORF* n° 0290 du 15 décembre 2018, texte n° 7.

Traité révisé de Basseterre est originellement plus ambitieux. Il porte non seulement la satisfaction d'ambitions coopérationnistes mais aussi d'ambitions intégrationnistes caractérisées par une véritable association à la décision²⁹⁵⁹ – ce, par opposition nette au modèle caricomien²⁹⁶⁰. Il se révèle force, dans une certaine mesure, d'intégration juridique. Selon le Traité révisé de Basseterre, un pays membre associé est un pays qui n'est pas indépendant et qui entreprend d'adopter la législation nécessaire à la transposition des lois édictées pour la mise en œuvre du droit communautaire²⁹⁶¹. On retrouve ici la conception dualiste de l'application des traités internationaux en droit interne²⁹⁶² – elle se distingue d'une conception moniste²⁹⁶³ caractéristique de l'intégration de la norme communautaire dans le droit interne des Etats membres à part entière²⁹⁶⁴. En outre, s'il figure dans la lettre du traité des clauses de réserve de compétence souveraine²⁹⁶⁵ limitant *de jure* le processus d'intégration normative dans le droit interne des pays membres associés, il s'agit moins d'une condition de souveraineté que d'une condition d'« habilitation » par l'Etat-mère des pays non-indépendants. Alors, quel droit régional d'intégration de la Martinique ? Si les seules dispositions de l'Accord d'admission de la Martinique à l'OECD lui sont applicables²⁹⁶⁶, nous ne pouvons conclure qu'à l'énoncé programmatique ou droit programmatoire – *soft law*²⁹⁶⁷ – ; ce droit dépourvu de caractère obligatoire.

²⁹⁵⁹ Art. 8 §3 du TRB ; Art. 11 §2 du TRB.

²⁹⁶⁰ Art. 231 du TRC : « La Conférence pourra admettre tout Etat ou Territoire des Caraïbes en qualité de membre associé de la Communauté aux conditions que la Conférence jugera appropriées ».

²⁹⁶¹ Art. 5 §3, b), al. 1^{er} du TRB.

²⁹⁶² « (...) selon la conception dualiste, le droit international et le droit interne sont des systèmes juridiques distincts qui suivent des trajectoires parallèles. En conséquence, ils ne se rencontrent pas. Ainsi, le droit international ne peut produire d'effets dans l'ordre juridique interne des Etats que s'il y est introduit formellement par une loi, un règlement d'application (...) » C. EMANUELLI, « L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law », art. cit., p. 272, n° 6.

²⁹⁶³ « Sur les théories monistes des rapports du droit international et du droit interne, les deux systèmes ne font qu'un. Ils appartiennent à un même ensemble juridique. En conséquence, le droit international (écrit et non écrit) profite d'une application immédiate dans le droit interne des Etats » *Id.*, pp. 271-272, n° 5. L'exemple français avec l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

²⁹⁶⁴ Art. 5 §3, a) du TRB. Sur l'interprétation de cette disposition, voir *supra* A – L'intégration des normes communautaires dans l'ordre juridique interne.

²⁹⁶⁵ E.g. Art. 8 §8 du TRB : « Les décisions prises par l'Autorité de l'OECD au titre des paragraphes précédents sont réputées contraignantes pour tous les Etats membres et toutes les institutions de l'Organisation et ces décisions entreront en vigueur s'il est de la compétence souveraine des Etats membres de les mettre en œuvre » ; Art. 9 §8 du TRB : « Les décisions du Conseil des ministres au titre des paragraphes précédents lient tous les Etats membres et tous les organes de l'Organisation autres que l'Autorité de l'OECD et elles prennent effet à condition que les Etats membres soient souverainement compétents pour les appliquer ». Nous soulignons. Notons l'inclusivité de la notion d'« Etat membre » : « Les termes "Etat membre" désignent un Etat membre à part entière ou un Etat membre associé de l'Organisation » (Art. 1^{er} du TRB).

²⁹⁶⁶ Art. 3 dudit Accord, précité.

²⁹⁶⁷ J. CAZALA, « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *op. cit.*, pp. 41-84.

410. Le statut montserratien : l'itinéraire d'un intégrationnisme approfondi pour les Antilles françaises. L'exemple montserratien est intéressant en ce que constituant un territoire non-indépendant²⁹⁶⁸, soit essentiellement limité dans ses ambitions intégrationnistes²⁹⁶⁹, il figure parmi les pays membres de plein droit au sein des organismes caribéens d'intégration²⁹⁷⁰. On ne peut qu'en déduire une sous-catégorisation du statut de membre de plein droit proportionnelle au niveau de libre administration du pays membre. Prosaïquement, d'un côté les pays membres de plein droit à part entière, de l'autre côté les pays partiellement membres de plein droit. Ainsi, au sein de la CARICOM, à l'instar des Bahamas et d'Haïti, Montserrat ne participe pas au marché unique²⁹⁷¹ – *CARICOM Single Market Economy* – ou encore, en matière de relations extérieures, l'île ne pourra négocier ou conclure un traité ou un accord international notamment que par voie d'habilitation – *entrustment* –²⁹⁷². Cette fragmentation de l'intégrationnisme ainsi que les nécessités d'aval du continent, qui ne sont pas sans rappeler le modèle ultramarin français²⁹⁷³, bien que se heurtant de plein fouet aux « dispositions » de droit originaire²⁹⁷⁴, auront échoué à disqualifier le statut de membre de plein droit de Montserrat. Nous devons cette observation, aux accents prescriptifs, au vide juridique laissé par le traité, lequel ne prévoit qu'une approche stricte de

²⁹⁶⁸ Voir *supra* note n° 44.

²⁹⁶⁹ Montserrat relève du statut « territoire britannique d'Outre-mer » (une dénomination issue du *British Overseas Territories Act* (2002) portant réforme du statut juridique des anciens territoires et colonies britanniques. v. notamment, J. ZILLER, « *Les États européens et les territoires ultra-marins placés sous leur souveraineté* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 35, n° 2, 2012, pp. 176-179). Il octroie à son pôle intégrateur (le Royaume-Uni) une compétence exclusive dans un nombre, certes restreint de matières tels que la sécurité, les affaires étrangères, les accords économiques – le principe demeure la spécialité législative. « Les statuts des dépendances britanniques reposent sur un processus d'ajustement progressif, sur un interventionnisme limité et son corollaire le développement de l'initiative locale » F. RENO, « *Le statut des départements d'outre-mer et des dépendances britanniques : Analyse comparée de deux modèles politico-administratifs européens implantés dans la Caraïbe* », in Faberon, J.-Y. et Auby, J.-F. (Dir.), *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, *op. cit.*, pp. 181-190, spéc. p. 186.

²⁹⁷⁰ Art. 3 §1, d) du TRB et Art. 3 §2, i) du TRC.

²⁹⁷¹ Source URL : <https://caricom.org/>

²⁹⁷² “*The United Kingdom has constitutional responsibility for the defence and international relations of the Overseas Territories (including Montserrat) and the Crown Dependencies. However, in certain circumstances, they may be authorised to represent their own interests internationally by a process of entrustment, through letters of entrustment from the UK Government. A Letter of Entrustment is a formal means by which Her Majesty's government transfers the competence to conclude international agreements to Montserrat*” OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews : Montserrat 2012 Phase 1 : Legal and Regulatory Framework, OECD Publishing (URL : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264178205-en>).

²⁹⁷³ E.g. « (...) le Protocole sur l'Union économique de l'OECE ne s'applique pas à la Martinique » Art. 3 de l'accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECE) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OECE), précité. Voir *supra* A – L'intégration française des Antilles françaises et B – La personnalisation internationale de l'outre-mer franco-caribéen : de la « décentralisation diplomatique » ou paradiplomatie.

²⁹⁷⁴ « *Un Etat membre à part entière (doit être) indépendant (et entreprend d') adopter la législation nécessaire en vue de déléguer à l'Organisation le pouvoir dudit Etat membre de légiférer dans les domaines de compétence de l'Organisation (...); ou recevoir de l'Organisation des actes de l'Organisation émanant de l'Autorité de l'OECE, et des règlements et décrets pris par le Conseil des ministres, dans les domaines de compétence de l'Organisation (...); dans le but que ces actes, règlements et décrets aient un effet direct sur la législation de cet Etat membre* » Art. 5 §3, a) du TRB. Parenthèses ajoutées. V. également, Art. 9 du TRC.

l'indépendance donc dyadique du statut de membre. Alors, en l'état actuel du droit, le statut de membre de plein droit, à tout le moins au sein de l'OECD, apparaît tel un plafond de verre pour les Antilles françaises délestées pour l'heure, au regard de leur statut – limité par la loi²⁹⁷⁵ –, du pouvoir de décider. En effet, s'il est constant qu'il y a, pour elles, un intérêt à l'adhésion aux groupements régionaux²⁹⁷⁶, son plein succès réside plus dans leur capacité à faire valoir leurs intérêts – le statut de membre de plein droit – qu'à leur capacité au suivisme – le statut de membre associé.

411. De la cordialité régionale. S'il est notable, par leur rapprochement régional, que les Antilles françaises font, à première vue, droit aux recommandations institutionnelles comme l'illustre le rapport d'information du Sénat invitant à investir dans des projets d'envergure et de long terme²⁹⁷⁷, c'est visiblement au détriment d'un certain pragmatisme. L'élargissement de la communauté à la France des Caraïbes, qui ne s'est pas fait sans résistance²⁹⁷⁸, consacre une sorte de mariage blanc, creuset d'intérêts rivaux. Il est un opportunisme bilatéral ; le rapprochement régional pour l'une, le développement socio-économique pour l'autre. Les pays de l'OECD sont dans une situation critique²⁹⁷⁹. L'organisation a besoin d'un accès plus facile à des fonds de développement, européens²⁹⁸⁰ notamment, et les Antilles françaises en sont le biais. Somme toute, la réalité d'un Nord et d'un Sud caribéens caractérisée par la profonde asymétrie des systèmes où le besoin apparaît plus localisé, confinant les ambitions intégrationnistes des Antilles françaises à la

²⁹⁷⁵ Art. L. 4433-4-5, al. 1^{er} du Code général des collectivités territoriales.

²⁹⁷⁶ *i.e.* une plus grande facilité d'accès à l'entreprise, à l'emploi, à l'assistance technique, à la formation, une plus grande concurrence, la facilitation des échanges commerciaux par l'harmonisation des droits de douane notamment, une plus grande fluidité des capitaux notamment.

²⁹⁷⁷ « La coopération régionale ne doit pas se réduire à un « saupoudrage » de crédits mais elle doit servir à financer des projets dans des domaines structurants » DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, *op. cit.*, p. 275. (URL : <http://www.senat.fr/rap/r08-519-1/r08-519-11.pdf>).

²⁹⁷⁸ CHICOT, P.-Y., *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises : l'action extérieure des départements-régions des Antilles et de la Guyane*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 262-266.

²⁹⁷⁹ En 2012, Saint-Christophe-et-Niévès a été classé le deuxième pays le plus endetté de la planète avec une dette équivalant à 185 % de son PIB. (Source : La Banque mondiale)

²⁹⁸⁰ « Des fonds de coopération régionale (FCR) (*sont*) créés dans chaque région d'outre-mer sur le fondement de l'article L. 4433-4-6 du code général des collectivités territoriales (...). Ils n'interviennent qu'en cofinancement de projets menés par des personnes publiques ou privées (...). Les Fonds bilatéraux, (*des*) financements nationaux mis en œuvre par nos ambassades dans les pays voisins (...). Les fonds européens, (*qui consistent en le financement par l'Union européenne*) de projets destinés à renforcer la coopération régionale (...) (*notamment*) au titre de l'objectif 3 « coopération territoriale européenne » de la politique régionale, qui a succédé au programme INTERREG et qui vise à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale (...) ». Source : DOLIGE, E., *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, *op. cit.*, pp. 259-260. *e.g.* 64,29 millions d'euro au titre de la coopération régionale de la Guadeloupe et la Martinique ont été approuvés par la Commission européenne pour la période 2014-2020. (Italiques ajoutés).

satisfaction d'une exigence tacite de solidarisme régional²⁹⁸¹. Cette démarche présente un fort risque d'« impopularité »²⁹⁸².

412. La sortie potentielle de l'irresponsabilité. Par leur rapprochement régional, les Antilles françaises renoncent à leur invulnérabilité²⁹⁸³ produit du seul effet tampon de leur identité juridico-institutionnelle. Elles deviennent, sous certains angles, potentiellement, responsables. D'autant que l'on assiste, aujourd'hui, à une véritable « décentralisation diplomatique »²⁹⁸⁴ qui se traduit par une véritable capacité d'agir

« (...) sur les questions qui (*les*) concernent directement, en vertu de la législation française, et qui ne relèvent pas de la compétence exclusive des autorités de la République française et de la compétence exclusive ou partagée de l'Union européenne »²⁹⁸⁵.

²⁹⁸¹ « Au sein de la société internationale universelle ou œcuménique, il se forme des groupements de peuples ou d'Etats rapprochés par des phénomènes de solidarité plus étroits tenant à la communauté d'origine ou de race, à la contiguïté géographique et surtout à l'intensité des échanges (...) » Dans un article publié dans « *Le Monde Diplomatique* », Charles Zorgbibe, alors professeur de droit international et constitutionnel à l'université Paris I-Panthéon-Sorbonne, reprenait un passage du « Manuel de droit international public » de Georges Scelle. C. ZORGBIBE, « *Régionalisme et universalisme* », juillet 1977, p. 20. « Ce principe (...) devrait s'imposer à l'ensemble de la planète, demain ou après-demain. Car la solidarité naît de la volonté de transformer cette interdépendance que l'on subit comme une calamité, symbolisée notamment par les délocalisations, en un projet que l'on construit comme un destin commun » DELMAS-MARTY, M., *La refondation des pouvoirs - Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, pp. 108-109. M. le député et ancien président de l'ex-collectivité régionale de la Martinique, Serge Letchimy, déclarait dans un discours à la veille de l'adhésion officielle de la Martinique à l'OEEO : « (...) Notre appartenance à la Caraïbe, dépasse le seul cadre institutionnel, c'est véritablement une réconciliation avec notre géographie cordiale, donc avec nous-mêmes. C'est la recherche de nouvelles richesses, de nouvelles voies de développement économique ».

²⁹⁸² « et la question clé de la solidarité est délicate. A l'intérieur d'un pays, divers systèmes de transferts au bénéfice de régions pauvres ou défavorisées fonctionnent en général de façon plus ou moins satisfaisante. Mais il est bien plus difficile de faire accepter des transferts nets entre pays, que ce soit en Europe ou ailleurs, quelle que soit par ailleurs la rhétorique solidaire « européenne », « latino-américaine », « caribéenne » ou autre » SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, *op. cit.*, p. 230. Le terme « impopularité » s'entend ici de son acception la plus stricte. Il désigne une illégitimation par le peuple pourtant « la partie la plus nombreuse et la plus nécessaire de la nation » (définition du peuple par *l'Encyclopédie* à partir de 1750 citée in TOUCHARD, J., *Histoire des idées politiques. Du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, t.2, 2005, p. 387). v. Art. 2 al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁹⁸³ « La vulnérabilité, quant à elle, est au cœur des interdépendances entre les aléas, chocs endogènes ou exogènes, voire catastrophes et les capacités de résilience des économies nationales, des acteurs, des sociétés et des Etats. Il y a vulnérabilité quand il y a fragilité, faiblesse d'organismes ou d'organisations, de personnes, de sociétés ou de zones géographiques face à des événements aléatoires, anthropiques ou naturels, facteurs de risques probabilisables ou d'incertitude. La vulnérabilité diffère selon son intensité ; elle peut aller jusqu'à la vulnérabilité extrême renvoyant aux théories du chaos ou des catastrophes » P. HUGON, « *L'intégration régionale et les trappes à vulnérabilité* », *Revue Tiers Monde*, 2015/2, n° 222, p. 123.

²⁹⁸⁴ Voir *supra* B – La personification internationale de l'outre-mer franco-caribéen : de la « décentralisation diplomatique » ou paradiplomatie.

²⁹⁸⁵ Art. 2 de l'Accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OEEO) définissant les modalités d'admission de la Martinique au statut de membre associé de l'Organisation des Etats de la Caraïbe Orientale (OEEO) in Décret n° 2016-1052 du 1^{er} août 2016, précité. Italiques ajoutés.

Mais, c'est cette marge d'autonomie, aussi dépouillée soit-elle, qui accroît, dans une certaine mesure, leur pouvoir et donc leur éligibilité à une responsabilité, au moins proportionnelle : « cette idée simple que celui qui détient un pouvoir doit en répondre, si possible à l'échelle globale »²⁹⁸⁶ ; « pas de pouvoir sans responsabilité »²⁹⁸⁷. Même si, on l'a vu, pour l'heure, le point d'impact de la responsabilité reste l'Etat quoiqu'il dispose des moyens d'une action récursoire contre l'autorité décentralisée²⁹⁸⁸.

B – L'option pour l'harmonisation du droit et des pratiques

413. Un choix compromissaire irrésistible.

« (...) l'harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique (...) en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement »²⁹⁸⁹.

Elle s'exige de la spécialité des ordres juridiques internes aussi bien du point de vue de la tradition entre *common law* du *Commonwealth* caribéen et droit civiliste que du point de vue des règles, procédure, interprétation et confine à leur homogénéisation. Elle se distingue, bien que ce ne soit pas toujours le cas²⁹⁹⁰, des unification – caractérisée par une homologie de la matière de l'intégration du droit²⁹⁹¹ – et uniformisation – caractérisée par une homologie des matière et forme de

²⁹⁸⁶ BOURDON, W., *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, Paris, La Découverte, 2010, (Préface Mireille Delmas-Marty), p. 9.

²⁹⁸⁷ C. BIDEGARAY, « *Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du "jardin des délices démocratiques"* », *Pouvoirs*, n° 92, La responsabilité des gouvernants, janvier 2000, pp. 5-16.

²⁹⁸⁸ e.g. l'article 112 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, précitée.

²⁹⁸⁹ I. FETZE KAMDEM, « *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours sur affiné sur les moyens d'intégration juridique* », *Revue juridique Thémis*, n° 43, 2009, p. 617.

²⁹⁹⁰ Il en va ainsi en matière de droit OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires), dont s'inspire très largement le projet de droit OHADAC (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe) où la mission essentielle d'harmonisation du droit de l'Organisation est substantiellement une mission d'uniformisation du droit : « l'objectif d'harmonisation du droit des affaires est la pierre angulaire du processus d'intégration dans le cadre de l'OHADA. Pour atteindre cet objectif, "le recours à la technique des règles matérielles pour harmoniser le droit des affaires dans l'espace OHADA a donné naissance aux actes uniformes" qui constituent une législation unique applicable de manière directe dans tous les États membres, sans aucune procédure supplémentaire de réception des actes uniformes dans les ordres juridiques nationaux » M. BAKHOUM, « *Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXV, n° 3, 2011, p. 362. Sur la question des actes uniformes, v. J. ISSA-SAYEGH, « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* », *Revue de droit uniforme, UNIDROIT*, 1999, p. 5.

²⁹⁹¹ « (...) l'unification consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre

l'intégration du droit²⁹⁹² – juridiques. Une spécialité « législative » qui éloigne les Antilles françaises, du fait de leur double allégeance – française et européenne –, de l'intégration régionale « parfaite »²⁹⁹³. La méthode de l'harmonisation est légitimée par une appréhension du droit rendue dissymétrique non seulement par les écarts de développement du droit²⁹⁹⁴ mais aussi par l'insuffisance des moyens disponibles pour les réduire. Ces écarts de développement font obstacle à la confusion des Antilles françaises dans leur région. A défaut, l'équilibre des droits interne et supranational ainsi que la sécurité qui en découle se verraient menacés – le droit régional caribéen n'est, en définitive, qu'un épigone du droit régional européen. Quoiqu'il en soit, l'aspiration à la confusion confinerait au nivellement par le bas compte tenu du retard régional accusé. Un nivellement, par là même, inconcevable en vertu de l'effet de cliquet (subtile) du droit applicable aux Antilles françaises²⁹⁹⁵. Autrement dit, si l'harmonisation s'appréhende traditionnellement comme l'étape initiale de tout processus intégrationniste, elle constitue l'horizon indépassable de ces dernières. L'harmonisation du droit donne à voir que des traditions juridiques distinctes ne constituent pas un obstacle suffisant à l'intégration régionale²⁹⁹⁶. Nous en voulons pour preuve l'Union européenne et ses méthodes bien que l'on ait pu croire en le caractère illusoire d'une perspective d'harmonisation des systèmes romano-germaniques et *common law* profondément divergents du point de vue notamment des mentalités ou « structures cognitives », de la nature du raisonnement juridique, la saisie des notions de règle, droit ou encore système notamment²⁹⁹⁷. Le choix des armes apparaît déterminant. Si l'on prend l'exemple de la directive. Si elle « *lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre* », elle laisse « *aux instances nationales la compétence quant à*

des normes communes » I. FETZE KAMDEM, « *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours sur affiné sur les moyens d'intégration juridique* », *ibid.*, p. 618.

²⁹⁹² L'uniformisation « (...) postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif (unité de second degré) contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme » *Id.*, p. 619.

²⁹⁹³ L'intégration régionale « parfaite » suppose une identité de forme et de fond dans l'intégration du droit régional dans les ordres juridiques internes.

²⁹⁹⁴ V. notamment, CONSEIL D'ETAT, *L'influence internationale du droit français*, Paris, La Documentation française, 2001 ; RIOS RODRIGUEZ, J. *L'influence internationale du droit français*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2008, 145 p.

²⁹⁹⁵ « (...) le recours à la technique de (*l'harmonisation*), et la différenciation qui en résulte, sont simplement réalistes dans une Communauté hétérogène où les Etats ne souhaitent pas permettre une détérioration de leurs normes de protection en dépit de la poursuite d'objectifs communs » MARCIALI, S. *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 64 p., n° 46. Italiques ajoutés.

²⁹⁹⁶ « (...) *whether they be legislative or judicial in origin, rules are pernicious to the extent that they present but a surface image of a legal system. Likewise, concepts are deficient for they are peremptory instruments used by lawyers in order to "know" a reality which, in any respect apart from its ontological existence, is inevitably a consequence of their own representations and may not, therefore, coincide with them : a concept must of necessity be relative and, therefore, subjective because every concept, by being a concept, implies a derivation. Accordingly, rules and concepts alone actually tell one very little about a given legal system and reveal even less about whether two legal systems are converging or not* » P. LEGRAND, « *European Legal Systems Are Not Converging* », *art. cit.*, p. 56 (URL : <http://www.pierre-legrand.com/european-legal-systems.pdf>). Nous soulignons.

²⁹⁹⁷ *Id.*, pp. 56-78.

la forme et aux moyens »²⁹⁹⁸ ce qui laisse, dans une certaine mesure, la place à l'expression des traditions juridiques respectives – les systèmes d'approche dualiste en particulier.

414. L'harmonisation du droit en pratique. *L'harmonisation du droit est protéiforme.* Elle peut émaner d'un acte juridique dépourvu de force obligatoire et d'esprit supranationaliste – du droit substantiellement mou à l'image des recommandations –, de méthodes contractualisantes comme les clauses-types, les accords tels que l'accord relatif à l'harmonisation des incitations fiscales en faveur de l'industrie²⁹⁹⁹, de l'adhésion à une organisation spécialisée dans l'harmonisation du droit³⁰⁰⁰, ou encore d'une stipulation de traité institutif d'une organisation régionale d'unification et/ou d'uniformisation du droit – des stipulations de droit contraignant ou programmatique le traité révisé de Chaguaramas³⁰⁰¹. L'harmonisation peut également surgir de la capacité d'un pays à adapter sa législation³⁰⁰², de la coopération juridique et judiciaire internationale³⁰⁰³. *Son champ d'application est réduit per se.* Matériellement, si elle se décline multiplement, il lui est assigné une poignée d'objectifs contenus dans des domaines spécifiques – développer le commerce régional,

²⁹⁹⁸ Art. 288, al. 3 TFUE.

²⁹⁹⁹ *Agreement on the harmonization of fiscal incentives to industry*, Caricom, 1973.

³⁰⁰⁰ E.g. le projet d'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe (v. KIMINOU, R. (DIR.), *L'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe*, Saint-Denis, Connaissances et Savoirs, 2016, 592 p.) sous réserve de distanciation avec le modèle OHADA tenant plus d'une uniformisation du droit que d'une harmonisation (Voir *supra* notes n° 2989 et suivantes) et sous réserve de conflit ou concurrence normatifs dus aux difficultés d'articulation avec l'offre normative émanant des organismes régionaux d'intégration (CARICOM, OECO).

³⁰⁰¹ E.g. L'harmonisation des normes et réglementations techniques (Art. 67 §4, a) du TRC) ; l'harmonisation des mesures d'incitation à l'investissement (Art. 69 du TRC) ; l'harmonisation des procédures administratives et légales (Art. 44 §1, b) du TRC) ; Art. 11 §2 du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales : « *Les Etats membres du Protocole prennent toutes les mesures à leur disposition nécessaires pour concilier les dispositions de ces accords avec les objectifs fondamentaux du présent Protocole* ».

³⁰⁰² Voir *supra* A – L'habilitation à la différenciation juridique.

³⁰⁰³ Aucune coopération de droits étrangers ne saurait se départir de l'harmonisation de leurs pratiques. Il en va ainsi particulièrement de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement français (la Martinique) et Sainte-Lucie (Décret n° 2018-1149 du 13 décembre 2018 portant publication de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie et de la convention d'extradition entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie, signées à Castries le 30 septembre 2016, précité). La contiguïté géographique, la fluidité circulatoire entre la Martinique et Sainte-Lucie (décret n° 2006-432 du 12 avril 2006 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie visant à faciliter la circulation des ressortissants saint-luciens dans les départements français d'Amérique, précité), les niveaux de pauvreté luciens auront favorisé le développement de certains phénomènes tels que le trafic et le stockage de stupéfiants, l'immigration clandestine, la criminalité. En visant le renforcement de la coopération judiciaire pénale entre Sainte-Lucie et la Martinique, cette convention pose les bases d'un espace régional de liberté, de sécurité et de justice. Elle reprend, pour ce faire, la plupart des dispositions des conventions européennes d'entraide judiciaire en matière pénale des 20 avril 1959 et 29 mai 2000 et leurs protocoles additionnels respectifs des 17 mars 1978 et 16 octobre 2001 et 8 novembre 2001 déjà intégrées dans l'ordre juridique interne français ne nécessitant donc aucune adaptation du droit du côté français. L'harmonisation naît ici de la conformisation lucienne aux méthodes européennes dans une perspective coopérative. Pour aller plus loin, v. VALL, R. *Projet de loi autorisant l'approbation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie et de la convention d'extradition entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie*, Paris, Sénat, Rapport n° 138, 2017.

les économies nationales, prévenir, réguler ou sanctionner le phénomène délictueux ou criminel notamment. Notons également qu'une part importante du droit régional reste allouée à l'unification et/ou l'uniformisation du droit³⁰⁰⁴. Il s'agit de contenir une tendance naturelle des pays caribéens à la réserve, lesquels sont traditionnellement hostiles à l'effritement de leur souveraineté récemment conquise. Ils s'orientent vers les méthodes conservatrices d'une marge de manoeuvre sous certains angles préjudiciable³⁰⁰⁵ quoique délimitable³⁰⁰⁶. Conceptuellement, on l'a vu, les perspectives d'harmonisation du droit des Antilles françaises avec le droit régional caribéen sont restreintes à la source compte tenu de leur assimilation juridique³⁰⁰⁷. Pour autant, pour les matières qui en constitueraient l'objet, s'agissant de sa forme traditionnelle – l'intégration verticale de normes et l'expression de leur primauté –, la tradition civiliste française – moniste d'extraction³⁰⁰⁸ –, exclue, par l'hybridité de son approche dépassant les divergences fondamentales, l'hypothèse d'obstacles majeurs à la pénétration des normes régionales dans l'ordre juridique interne. Ce qui se révèle particulièrement facilitant.

Tout compte fait, la démarginalisation régionale des Antilles françaises ne saura se concevoir autrement que dans une imperfection de la méthode. Pour autant, une telle approche n'apparaît pas complètement dépouillée – l'imperfection n'empêchant pas la substance. Partant, l'harmonisation du droit concourt à ouvrir la voie d'une réduction des écarts de développement. Prosaiquement, dans une démarche de satisfaction aux attentes des opérateurs économiques tels

³⁰⁰⁴ Voir *infra* Chapitre 1. Les moyens d'un droit régional d'intégration.

³⁰⁰⁵ L'harmonisation s'accompagne d'effets néfastes à l'intégration régionale : par son défaut naturel de structure et de techniques verticales – elle trace les « grandes lignes » – elle organise un marché du droit, lequel organise, par là même, la discontinuité juridique régionale. Dans une perspective d'intégration régionale pure, elle ne saurait irraisonnément s'épanouir – *e.g.* doter les pays membres d'un organisme d'intégration d'une marge de manoeuvre en matière de liberté de circulation aurait pour effet de restreindre cette dernière (DEFALQUE, L., ET AL. *Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Bruxelles, ULB, coll. Commentaire J. Mégret, 2006, p. 268).

³⁰⁰⁶ Il est un principe de proportionnalité plancher sous-jacent dans la marge de manoeuvre des pays membres – il la limite aux objectifs poursuivis par la mesure d'harmonisation et à la nécessité générale de conformité au droit supranational. **Nota bene** : tout en affirmant cette exigence de proportionnalité pour une harmonisation du droit, l'UE reconnaît la possibilité d'un dépassement de cette harmonisation par les pays membres. Ils pourront adopter des « mesures de protection plus strictes » CJCE, 23 mai 1990, *Gourmetterie Van den Burg*, aff. n° C-169/89, *Rec.*, 1990, p. I-02143, pt. 12. (Sur l'étendue de la notion de « mesures de protection plus strictes », v. CJCE, 22 septembre 1988, *Pretura unificata di Torino c/X*, aff. n° 228/87, *Rec.*, p. 5099, pt. 18).

³⁰⁰⁷ Art. 73 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *(Les règles portant adaptation ou dérogation du droit) ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique* ». Parenthèses ajoutées.

³⁰⁰⁸ Art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. La seule ratification exprimerait le consentement de l'Etat français à être lié. Elle donne à voir un monisme fondamentalement postural puisque le consentement de l'Etat à être lié par du droit extranational s'exprime obligatoirement par l'adoption d'un instrument juridique (A. PELLET, « *Vous avez dit "monisme"?* – *Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française* », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857 (URL : <http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2006-Vous-avez-dit-monisme.pdf>).

que l'investisseur³⁰⁰⁹, d'un côté, les Antilles françaises auront à adapter leur législation, dans une mesure qui ne soit pas de nature à nuire à leurs qualités substantielles³⁰¹⁰, en fonction de leurs intérêts³⁰¹¹ et quand cela s'avère nécessaire et opportun, pour se rapprocher de leur région. D'un autre côté, leurs homologues territoriaux regroupés auront à homogénéiser leurs approches en gommant leurs contradictions – les intérêts et objectifs nationaux n'étant pas toujours convergents –, à combler leurs failles, à faire évoluer leur droit. La rencontre de ces deux efforts, idéalement parvenus à l'équilibre, favorise l'émergence d'une culture juridique commune, d'une législation plus adaptée sans sacrifice de son efficacité ni de son authenticité.

³⁰⁰⁹ *i.e.* les sécurité et efficacité juridique et judiciaire, sécurité sanitaire, fluidité de la circulation des biens, services, personnes, capitaux, minimiser les coûts notamment. « (...) l'harmonisation des législations concernant les investissements et les opérations financières, la libre circulation des capitaux et des personnes, le droit d'établissement, la coordination des efforts de recherche donnent aux entreprises des pays membres de ces groupements des marges de manœuvre plus grandes, la possibilité de tester leurs produits et leurs méthodes sur un marché plus vaste que le marché national et le bénéfice d'une base élargie pour engager leurs opérations internationales » Y. BERTHELOT, « Introduction. Globalisation et régionalisation. Une mise en perspective », in *L'intégration régionale dans le monde : innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, p. 13.

³⁰¹⁰ Voir *supra* A – L'habilitation à la différenciation juridique.

³⁰¹¹ « (...) il ne faut pas se représenter l'harmonisation communautaire comme la réalisation d'un plan d'ensemble parfaitement cohérent, destiné à substituer entièrement aux règles nationales des règles communautaires dans tous les domaines touchant à l'établissement du Marché commun. Elle est plutôt le produit d'actions ponctuelles, motivées par les besoins ou par les circonstances, et de programmes définis à long terme, souvent imparfaitement réalisés en raison d'obstacles de nature politique, administrative ou technique » L. AZOULAI, « *Le marché intérieur* », in Dehousse, R. (Dir.), *Politiques européennes*, *op. cit.*, p. 120.

CONCLUSION DU TITRE II

415. S'il est un droit régional caribéen – « l'époque (*n'est pas*) à l'effacement du principe de souveraineté, (*elle est*) à la liquidation de celle des petits Etats »³⁰¹² –, il n'est que l'épigone du droit de l'Union européenne. Cela marque la difficile conciliabilité, miscibilité, des Antilles françaises avec leur espace régional. On l'a observé particulièrement velléitaire, économiquement orienté, incomplet comme l'illustre l'abstraction des procédures, de vote notamment, lesquelles reposent souvent sur la seule règle de l'unanimité dans le cas de l'OECD nuisant aux efficacité et accessibilité du droit. Il en va également du défaut de publicité, d'archivage, de circonscription dans le temps (entrée en vigueur) des décisions prises par les organes communautaires. Le droit régional est apparu variablement substitutif du droit interne des pays membres des ensembles régionaux compte tenu, notamment, de l'écart important entre l'existence de stipulations et leur matérialisation en droit interne. Il est à noter la faiblesse normative des dispositions du point de vue de la nature des obligations et de leur sanction en cas de non-exécution. Le droit communautaire doit, aujourd'hui encore, faire l'objet d'une reconnaissance au niveau interne. On peut craindre l'intégration d'un tel droit dans l'ordre juridique des Antilles françaises. Mais, en réalité, leur alignement sur un droit en développement, quoique difficile au motif de la systématisation de l'obstacle de leur identité juridique à l'origine de difficultés quasi-irréductibles, est, dans une certaine mesure, un mal nécessaire maîtrisé. Il n'aurait vocation qu'à diluer l'Etat français sans jamais avoir à le dissoudre. La réserve d'attributions régaliennes du pôle intégrateur originaire et l'effet de cliquet subtil du droit des pays développés sont intacts. Aussi, pour parvenir à l'adéquation normative et enrayer, à tout le moins limiter, les lieux de distorsion concurrentielle, les Antilles françaises ont à charge de s'intégrer pleinement à la région avec les outils qui sont en leur possession lesquels, combinés à un effort exécutif au niveau des organismes régionaux, sont moins inefficaces qu'on le pense. Ainsi, elles auraient une influence dans le relèvement du droit applicable à leurs homologues régionaux *via* les organisations régionales. Elles seraient d'ailleurs avisées d'accompagner ce processus de bout en bout afin de limiter les nécessités d'adaptation du droit dans l'ordre juridique interne ou les conflits de droits. L'idée étant de rapprocher autant que faire ce peut la législation régionale des modèles français et européen comme ce fut le cas avec la

³⁰¹² CHARVIN, R., *L'investissement international et le droit au développement*, *op. cit.*, p. 59.

convention d'entraide judiciaire avec Sainte-Lucie³⁰¹³. Si les Antilles françaises auront à s'adapter à leur région, il en va réciproquement de leur région qui ne saurait perpétuer la mise en œuvre de pratiques déloyales³⁰¹⁴.

³⁰¹³Voir *supra* note n° 3003.

³⁰¹⁴ *E.g.* Outre l'exemple traditionnel des paradis fiscaux, on pourrait imaginer que le point de difficulté réside dans les disparités régionales quant à la lourdeur des charges d'exploitation. Ainsi, les investisseurs provenant de pays occidentaux pourraient, à titre d'exemple, avoir à s'acquitter des mêmes charges dont ils s'acquitteraient dans leur pays d'origine.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

416. Des contrats économiques d'intégration. Qu'est-ce que le contrat économique d'intégration ? Matériellement, un instrument de mixité. Une mixité organique en ce qu'elle est intimement liée à la qualité des parties qui le déterminent. Ainsi, tant la société civile – notion appréhendée comme intégrative de l'économie de marché³⁰¹⁵ – que la collectivité publique peuvent être à l'origine, dans une mesure variable, du phénomène d'intégration régionale³⁰¹⁶. Dans l'idée que l'on s'en fait, il est un instrument « réputé flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi, réputée rigide, unilatérale et asservissante »³⁰¹⁷. Dans sa fonction organisatrice de l'économie, il porte la perspective d'un développement économique, étendu au tourisme, des Antilles françaises. *Sur son caractère flexible.* « Les relations contractuelles sont “libéralisées” »³⁰¹⁸ en tant qu'on assiste au reflux d'une organisation de l'économie par la loi. Bien que cette dernière n'ait, en réalité, pas perdu de son primat. Elle a juste concédé ce qu'il fallait – liberté contractuelle, diplomatie territoriale notamment – puisque, expression de la volonté générale, elle ne saurait en toutes circonstances en prendre le contrepied. S'il y a intégration régionale, c'est au motif de la convergence de volontés – une volonté de la loi, une volonté des parties, publiques ou privées, au contrat³⁰¹⁹. *Sur son caractère égalitaire.* Il ambitionne la conciliation d'intérêts individuels parfois antagonistes et, par là même, un certain équilibre contractuel. Ce dernier ne se borne pas à ce que les parties soient placées sur un même pied d'égalité ce qui est loin d'être toujours le cas. Il s'étend à la (pré)existence de disproportion dans les rapports – le rapport franchiseur-franchisé, le statut de membres associés des Antilles françaises au sein des organismes régionaux, le marché du droit régional défavorable aux Antilles françaises car caractérisé par la défaite du plus-(mieux-)disant juridique à l'issue de l'arbitrage réalisé par un opérateur économique habile. L'équilibre contractuel surgit de la satisfaction des intérêts plus ou moins proportionnés des

³⁰¹⁵ Voir *supra* paragraphe n° 254.

³⁰¹⁶ La facilitation de l'action de la première se révèle, parfois, consubstantielle de l'effectivité de l'action de la seconde puisque le droit originare s'impose également aux personnes privées dans leurs rapports. *E.g.* la satisfaction à une obligation de fourniture de biens et/ou de services est facilitée par la libre circulation des biens et des services.

³⁰¹⁷ A. SUPIOT, « *La contractualisation de la société* », *art. cit.*, p. 52. V. également, A. SUPIOT, « *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale* », in *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 19-44.

³⁰¹⁸ FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 52.

³⁰¹⁹ « par la volonté (source originelle du contrat), la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté » M.-A. FRISON-ROCHE, « *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats* », *RTD civ.*, n° 3, 1995, p. 573. Parenthèses ajoutées.

parties. *Sur son caractère émancipateur.* Le développement du tourisme des Antilles françaises peut résulter ici soit de l'arrimage de l'ordre juridique interne consubstantiel de la qualité des méthodes d'organisation – l'intégration régionale « d'en haut » –, soit de la massification de rapports d'économie d'initiative privée de forte intensité – l'intégration régionale « d'en bas ».

CONCLUSION GENERALE

« Si l'Etat est fort, il nous écrase ; s'il est faible, nous périssons »³⁰²⁰.

417. La sortie de l'aporie : l'interventionnisme libéral. Les Antilles françaises, ayant originairement, démocratiquement fait le « choix d'une relation directe avec le centre »³⁰²¹, sont un étirement de la France et de l'Union européenne dans la Caraïbe. Un tel rattachement, par sa forme et sa substance, outre de constituer une exception dans la région, revêt un caractère inévitablement limitatif en raison des mode et tradition d'intégration de la norme juridique puisqu'il s'agit d'une intégration de plein droit. A la prise d'initiative locale, privée ou publique, est objectée, séquentiellement, l'interface étatique voire régionale – l'Union européenne. Le tourisme, essentiellement objet d'économie, est le produit d'une organisation du marché par l'Etat et ses démembrements *via* le travail, la concurrence, la consommation, l'environnement notamment – objets du droit. Une organisation à dessein – la protection de l'intérêt général contre l'intérêt privé, de la faiblesse économique contre la force économique³⁰²². Ainsi, aux Antilles françaises, à l'inverse de leurs homologues caribéens, l'activité touristique ne saurait émaner de la précarisation du droit. En effet, il est inconcevable de diminuer les niveaux de droit aux Antilles françaises sans entraîner une diminution dans la prise en compte de l'intérêt général³⁰²³ et de l'intérêt du plus faible. Elle ne saurait émaner des formes de l'irresponsabilité juridique – en matière d'environnement, de travail, consommation, commerce notamment –, ou encore de l'absence d'éthique économique comme l'atteste la tolérance étatique vis-à-vis du tourisme sexuel en République Dominicaine, à Cuba notamment. S'il est une tendance générale qui consiste à envisager la réglementation française comme une entrave perpétuelle à l'économie, elle ne saurait que difficilement se maintenir. *Son caractère contraignant est localisable*. La contrainte réglementaire se révèle cantonnée dans des domaines qui trouvent leur justification. Ainsi, l'opérateur économique astucieux peut endosser la complexité

³⁰²⁰ VALERY, P. *La France veut la liberté*, Paris, Plon, 1938, p. xxiv.

³⁰²¹ F. RENO, « *Les usages politiques des notions d' "intérêts propres" et de "spécificités" : Les cas de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy* », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 74.

³⁰²² *Contra* « Un Etat sous surveillance du marché plutôt qu'un marché sous surveillance de l'Etat » FOUCAULT, M. *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Leçon du 7 février 1979, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 120.

³⁰²³ « (...) les structures privées ne parviennent pas, ou elles parviennent insuffisamment, à prendre en compte l'intérêt général » FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 15.

réglementaire pour en faire une force notamment en termes d'avantage concurrentiel, la codification du droit favorisant sa transparence, prévisibilité, lisibilité, intelligibilité. *Son caractère contraignant est diluable*. La contrainte réglementaire s'accompagne, parfois, d'une version plus souple à l'image de la simplification du droit caractérisée par la spontanéité, un formalisme plus souple, le recours à la régulation. Elle s'accompagne également d'un droit adjuvant à l'image des aides publiques, des exonérations fiscales. *Son caractère contraignant est fongible*. Il se volatiliserait grâce au simple déplacement de la centralité³⁰²⁴ – le déplacement du pouvoir dans le contrat –, cela réduisant le rôle joué par l'Etat tout en favorisant l'expression économique.

Une centralité déplaçable dans le contrat en rupture avec la tradition³⁰²⁵ ; le souvenir que le péril n'est pas certain lorsque l'Etat est plus « faible »³⁰²⁶. Instrument du libéralisme économique, le contrat devient un niveau pertinent de l'organisation de l'économie. En cause, la contractualisation de la société³⁰²⁷ en ce qu'en plus de se caractériser par l'inflation contractuelle, elle se caractérise par la transformation des attributs du contrat³⁰²⁸ : le contrat est un « producteur de droit »³⁰²⁹, un « pôle d'édition du droit »³⁰³⁰, un lieu de convergence des « forces créatrices du droit »³⁰³¹.

« (...) si on a pu parler aujourd'hui de *contractualisation de la société*, ce n'est plus en référence au contrat social. C'est parce que les contrats ont tendance à se substituer aux lois et règlements »³⁰³².

Il a été permis de l'observer avec la multiplication des figures contractuelles et méthodes contractualisantes, plus ou moins molles, figurant le pluralisme du droit. On l'a spécifiquement vu dans l'étude de l'intégration juridique régionale des Antilles françaises où le contrat est apparu à la

³⁰²⁴ F. CELIMENE, « *Mondialisation, régionalisation et l'économie caribéenne* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, p. 26.

³⁰²⁵ « L'interventionnisme étatique (...) a limité considérablement le champ de l'autonomie qui permettait aux particuliers d'ajuster leurs intérêts. La loi s'est étendue au détriment du contrat » C.-A. MORAND, « *La contractualisation du droit dans l'Etat Providence* », in Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, *op. cit.*, 142 p.

³⁰²⁶ Paul Valéry, précité. Voir *supra* note n° 3020.

³⁰²⁷ « Il s'agit d'une « *société multipolaire* » où les centres de pouvoirs sont diffus et segmentés et dont « *le lien est par essence le contrat* ». Elle désigne un ordre social qui assure la promotion d'un « *espace public* » de contractualisation, aussi bien en droit public qu'en droit privé » MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 657, n° 1088.

³⁰²⁸ M. MEKKI, « *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.) *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, pp. 322-343.

³⁰²⁹ E. PATTARO, « *Le concept de "sources de droit"* », in Grzegorzczuk, C., Michaut, F. et Troper, M. (Dir.), *Le positivisme juridique*, Paris. L.G.D.J., 1993, p. 318.

³⁰³⁰ V. LASSERRE-KIESOW, « *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit* », D. 2006, p. 2283.

³⁰³¹ RIPERT, G. *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, 431 p.

³⁰³² FARJAT, G., *Pour un droit économique*, *ibid.*

source du phénomène d'intégration régionale. Une réponse variablement dissymétrique à la problématique du caractère économiquement préjudiciable de l'organisation de l'économie de leur tourisme. Elle confirme le potentiel normatif du contrat. Il est un instrument de pouvoirs privés et publics : le contrat d'investissement étranger favorisant une intégration régionale par le bas et l'accord international favorisant une intégration régionale par le haut. Qu'il y consente ou non, l'Etat perd globalement de sa puissance productrice au bénéfice du marché en filigrane de la culture contractuelle. Contraint de répondre aux préoccupations pendantes, les critères de l'action de l'Etat se situent aussi dans le marché³⁰³³. Son insistance pour l'uniformisation de son action apparaît dès lors, dans une certaine mesure, invalide³⁰³⁴. Une invalidité traditionnellement relativisée, pour ce qui nous concerne, par le statut juridique des Antilles françaises³⁰³⁵. Le mouvement de contractualisation de la société aura échoué à proposer un idéal alternatif. Toutes les réponses ne se situent pas dans le contrat. D'autant que les manifestations de l'hétéronomie dans l'organisation de l'économie, ici du tourisme des Antilles françaises, sont variées : elles visent aussi bien le domaine du travail – variablement soluble par contrat sous réserves de lois impératives – que l'indépassabilité du statut de membre associé des Antilles françaises au sein des organisations régionales – insoluble par contrat. Le phénomène de contractualisation se révèle limité par « la place importante que conserve l'Etat hors du champ contractuel »³⁰³⁶ – c'est la réalité d'une force normative extrinsèque du contrat³⁰³⁷.

418. L'office du juge. Grand oublié du mouvement alternatif d'organisation de l'économie : le juge alors qu'il « (*il rend*) une justice à forte teneur normative, comblant des espaces considérables de vacuité législative, voire redressant la loi par son interprétation »³⁰³⁸. De la simple décision de

³⁰³³ La conception du marché d'Hayek, prix Nobel d'économie, est éclairante : « pour Hayek, le marché est non seulement plus efficace, en tant qu'il permet de mobiliser beaucoup plus d'informations que n'importe quelle organisation, mais aussi et surtout la garantie de la liberté. La supériorité décisive du marché réside dans le fait que l'ordre qu'il crée, d'une part échappe à la volonté humaine, à l'arbitraire d'une instance supérieure de régulation, et d'autre part n'obéit à aucune hiérarchie socialement déterminée de buts. L'ordre du marché est un "ordre spontané" (ou catallaxie) qui est engendré par l'ajustement mutuel des actions individuelles... » J. CHEVALLIER, « *Les enjeux de la déréglementation* », Revue de droit public, n° 2, mars-avril 1987, p. 299.

³⁰³⁴ « C'est cette double dimension du droit, à la fois instrument normatif et discours descriptif qui lui confère son efficacité comme facteur d'uniformisation des comportements mais aussi des modes de penser, comme vecteur d'inculcation des valeurs dominantes et finalement comme instance de normalisation » D. LOCHAK, « *Droit, normalité et normalisation* », in *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 54.

³⁰³⁵ Art. 72 et 73 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁰³⁶ MEKKI, M. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 1106, p. 669.

³⁰³⁷ Voir *supra* paragraphe n° 255.

³⁰³⁸ ZENATI, F. *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 186-187. Italiques ajoutés.

justice – notamment au travers de la différenciation des réponses civile³⁰³⁹ et pénale³⁰⁴⁰ en vertu du pouvoir d'appréciation du juge judiciaire – à la jurisprudence substantiellement consacrée en source de la compétitivité touristique. On a pu l'observer à l'occasion de l'affaire *Ville Nouvelle-Est*, où la Haute juridiction administrative, consacrant la théorie dite du « bilan »³⁰⁴¹, rompait avec une tradition uniformiste qui consistait en la prévalence systématique de l'intérêt général³⁰⁴². Comme on a pu également l'observer à l'occasion de la fondamentalisation de la liberté d'entreprendre³⁰⁴³. Alors, il n'est aucun déterminisme ni aucun fatalisme dans l'exclusion du droit français du marché du droit. L'intérêt général est désormais concurrençable³⁰⁴⁴ – il est à noter sur ce point précis le rapprochement de l'utilitarisme *common law*³⁰⁴⁵. Pour autant, pour subversive qu'elle est, la décision de justice s'avère toutefois prisonnière de la matérialité d'un contentieux ainsi que de ses névroses – les décisions faisant prévaloir l'intérêt privé sur l'intérêt général sont encore marginales et quand elles semblent aller dans le sens de l'économique, c'est souvent parce qu'il s'accompagne de l'ombre conciliante d'un intérêt général supérieur³⁰⁴⁶.

419. « L' écrasement du temps » : une constante. Par leur nationalité politique, les Antilles françaises sont propulsées dans ce qui relève, pour l'espace caribéen, en corps, de l'ordre du futurisme juridique et institutionnel. Sur la pièce, leur économie apparaît « sous perfusion » sans laquelle elles afficheraient un niveau de développement similaire à celui de leurs homologues

³⁰³⁹ E.g. les troubles anormaux du voisinage (bruits sonores) causés par un restaurant-bar situé en bordure de mer à proximité de locaux d'habitation.

³⁰⁴⁰ E.g. la pénalisation du client de prostituée.

³⁰⁴¹ « (...) une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (Arrêt *Ville Nouvelle-Est*, précité).

³⁰⁴² « La théorie du bilan s'est en effet révélée une pierre angulaire de la théorie du contrôle du juge sur les actes administratifs. Elle a permis de rompre avec une conception de plus en plus large de l'utilité publique, qui tendait à entériner toute opération présentant un lien, si ténu fût-il, avec l'intérêt général, et qui réduisait d'autant l'effectivité réelle du contrôle juridictionnel. Elle a consisté à mettre en balance les inconvénients de l'opération avec ses avantages, son coût avec son rendement, sa désutilité avec son utilité. (...) De fait, elle aura joué un rôle préventif appréciable, contribuant à une véritable maïeutique administrative dans le domaine de l'appréciation de l'utilité publique » *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public du Conseil d'Etat, Etudes et documents n° 50, Paris, La Documentation française, 1999, p. 309. v. également, G. BRAIBANT, « *Le principe de proportionnalité* », in Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., t. II, 1974, p. 301.

³⁰⁴³ Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, précitée, pts. 16 et 18. V. notamment, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « *La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux* », Revue de droit du travail, Dalloz, 2007, pp. 19-25.

³⁰⁴⁴ « le nouveau principe bilan coût-avantages n'apporte pas seulement une garantie à la propriété privée, il sauvegarde aussi, les intérêts éventuels de tous ceux dont les conditions de vie, peuvent être affectées, par un projet d'expropriation (...) » J. LEMASURIER, « *Vers un nouveau principe général du droit ? le principe bilan coût-avantages* », in *id.*, p. 559.

³⁰⁴⁵ Voir *supra* paragraphe n° 166.

³⁰⁴⁶ E.g. L'autorisation d'implantation d'une activité économique (l'exemple d'un hypermarché) respectueuse des normes environnementales dans une commune à faible disponibilité foncière agricole.

régionaux. Constituant aussi des « pays de traditions évolutive lente », elles sont les victimes d'un écrasement du temps³⁰⁴⁷ qui confine à leur décompensation.

³⁰⁴⁷ A propos d'un droit régional africain de la concurrence, Laurence Boy soulignait : « Alors que nous sommes, en Europe notamment, sur la voie d'une harmonisation du droit de la concurrence et d'une élimination des régimes spécifiques qui ont duré de longues années, nous entendons que les pays sans tradition concurrentielle soient du jour au lendemain alignés sur un droit de la concurrence développé. Non seulement ce serait nier le caractère dual des économies des pays en développement mais encore le facteur temps et traduirait une volonté d'« écraser » ce temps dans des pays de tradition évolutive lente » L. BOY, « *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?* », *art. cit.*, p. 276. Nous soulignons.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie est établie selon une approche thématique. Les différentes thématiques, organisées par ordre alphabétique, subsumeront les traditionnelles rubriques bibliographiques (ouvrages généraux, ouvrages spécifiques, monographies, articles, rapports...).

- A. Caraïbe et intégration régionale classique
- B. Circulation (biens, personnes, capitaux, services)
- C. Concurrence
- D. Consommation
- E. Contrat et « centres d'intérêt »
- F. Divers
- G. Droit économique (théorie)
- H. Droit et économie
- I. Droit international
- J. Droit public, droit économique public
- K. Economie
- L. Environnement, urbanisme
- M. Fiscalité
- N. Idées politiques
- O. L'Etat
- P. Outre-mer et Union européenne
- Q. Outre-mer et décentralisation
- R. Propriété publique, propriété privée
- S. Responsabilité
- T. Théorie, philosophie du droit
- U. Tourisme primaire
- V. Transport
- W. Travail
- X. Union européenne

A. Caraïbe et intégration régionale classique

1. Ouvrages spécifiques

- ANDERSON, W., *Principles of Caribbean Environmental Law*, Washington, D.C, Environmental Law Institute, 2012, 396 p.
- BELLE ANTOINE, R.-M., *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, New York, Routledge-Cavendish, 2008, 488 p.
- BERRY, D. S., *Caribbean Integration Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 520 p.
- CARIBBEAN COMMUNITY et SECRETARIAT, *CARICOM : our Caribbean community : an introduction*, Kingston, Jamaica, Ian Randle Publishers, 2005, 521 p.
- CARICOM SECRETARIAT, *The CARICOM system : basic instruments*, Duke E. Pollard., Kingston [Jamaica], Caribbean Law Pub. Co, 2003, 902 p.
- DEHOORNE, O. ET TRANSLER, A.-L. (DIR.), *Etudes Caribéennes, n° 6 : L'écotourisme dans la Caraïbe*, Paris, Publibook, 2007, 190 p.
- DEMAS W., *West Indian Development and the Deepening and Widening of the Caribbean Community*, Jamaica, Ian Randle Publishers and ISER, UWI, 1997, 144 p.
- DEMERIEUX, M., *Fundamental Rights in Commonwealth Caribbean Constitutions*, Bridgetown, Faculty of Library, UWI, 1992, 507 p.
- DESSE M., SAFFACHE P., *Les littoraux antillais : des enjeux de l'aménagement à la gestion durable*, Paris, Ibis rouge éditions, 2005, 116 p.
- DUBESSET, E. ET LUCAS, R. (DIR.), *La Caraïbe dans la mondialisation : quelles dynamiques régionalistes ?*, Paris, Harmattan, 2011, 335 p.
- EBALE, R., *L'Union européenne et les pays ACP*, Paris, L'Harmattan, 2015, 124 p.
- FIADJOE, A., *Commonwealth Caribbean Public Law*, London & New York, Routledge-Cavendish, 2008, 376 p.
- GILBERT-ROBERTS, T.-A., *The Politics of Integration. Caribbean Sovereignty Revisited*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2013, 342 p.
- KIMINOU, R. (DIR.), *L'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe*, Saint-Denis, Connaissances et Savoirs, 2016, 592 p.
- KIMINOU René (dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2011, t3, 290 p.
- KIMINOU René (dir.), *Economie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : Contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Editions Publibook, 2010, t2, 506 p.
- KIMINOU René (dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2008, t1, 226 p.
- KODILINYE, G., *Commonwealth caribbean Tort Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 2003, 481 p.
- KODILINYE G. et CARMICHAEL T. A., *Commonwealth Caribbean law of trusts*, 3rd ed., London, New York, Routledge (coll. « Commonwealth Caribbean law series »), 2012, 566 p.
- MCDONALD, S., *The Caribbean Court of Justice. Enhancing the Law of International Organizations*, Kingston, The Caribbean Law Publishing, 2005, 88 p.
- PAYNE, A. ET SUTTON, P., *Charting Caribbean Development*, Gainesville, University Press of Florida, 2001, 284 p.
- POLLARD, D. E., *The Caribbean Court of Justice : Closing the Circle of Independence*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, 382 p.

UWI-CARICOM PROJECT, *Caricom single market and economy: challenges, benefits and prospects*, Kingston, Jamaica, Ian Randle, 2007, 259 p.

2. Colloques

JOS, E. ET PERROT, D. (DIR.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation*, Paris, Montchrestien, 1999, 367 p.

LERAT, C. (DIR.), *Le monde caraïbe : défis et dynamiques : actes du colloque international, Bordeaux, 3 et 7 juin 2003*, Pessac, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2005, 579 p.

3. Monographies

RIVERA PEGUERO, M. A., *La Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, en el Ordenamiento Jurídico de la República Dominicana, a partir de la Ley N° 359-05*, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Santo Domingo, 2018.

SMITH, N. L., *Whose Land Is It Anyway? An Analysis of the Management and Distribution of Crown Land in the Bahamas 2007*, Thesis, Massachusetts Institute of Technology (M.I.T.), 2007.

4. Articles

A. CLAYTON, “*A policy Framework for Sustainable Development of the Tourism Industry*”, in Jayawardena, C. (ed), *Caribbean tourism. Visions, Missions and Challenges*, Kingston, Miami, Ian Randle Publishers, 2005, pp. 20-30.

A. S. DOWNES, N. MAMINGI ET R.-S. BELLE ANTOINE, “*Labor Market Regulation and Employment in the Caribbean*”, in *Law and Employment. Lessons from Latin America and the Caribbean*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2004, pp. 517-551.

B. GASPARD, « *La question des conventions fiscales et des accords sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la France et les Etats caribéens* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 139-166.

B. ZAGARIS, “*Regulation of International Financial Services*”, in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 179-229.

C. BARROW-GILES, “*Regional Trends in Constitutional Developments in the Commonwealth Caribbean*”, SSRC Conflict Prevention and Peace Forum, Janvier 2010, pp. 1-23.

C. BEAUBOEUF, « *Obstacles particuliers au processus d'intégration caribéen* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2005, pp. 305-325.

C. E. GRIFFIN, “*Enhancing Regional Conflict Resolution Mechanisms in the Caribbean : CARICOM and the failure of mediation in the St. Kitts and Nevis Conflict*”, in *Governance, Conflict Analysis & Conflict Resolution*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2007, pp. 72-90.

D. BROWNBILL, « *The Proper Constitution of a Trust : Sham Trusts and Other Problems* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 142-147.

D. O'BRIEN, « *CARICOM : Regional Integration in a Post-Colonial World* », *European Law Journal*, 2011, pp. 642-660.

D. POLLARD, « *The Caribbean Court of Justice : Challenge and Response* », in Hall, K. O. (ed), *The Caribbean Community. Beyond Survival*, Kingston, Ian Randle Publishers, 2001, pp. 277-293.

E. DEVOUE, « *Attractivité et compétitivité des pays de la Caraïbe* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, t.1, 2008, pp. 23-28.

E. DUBESSET, « *Penser autrement l'identité régionale caribéenne* », *Études caribéennes*, n° 21, 2012.

E. JOS, « *L'association des Etats de la Caraïbe : de la fragmentation à l'union pour faire face à la mondialisation* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 55-83.

F. TAGLIONI, « *Géopolitique et insularité : l'exemple des Petites Antilles* », in Sanguin, A.-L. (dir.), *Vivre dans une île. Une géopolitique des insularités*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 175-189.

F. TAGLIONI, « *L'Association des Etats de la Caraïbe dans les processus d'intégration régionale. Quelle insertion pour les Départements Français d'Amérique ?*. *Annales d'Amérique latine et des Caraïbes* », Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence/CREALC, 1997, 14-15, 1pp. 47-167.

F. TAGLIONI, « *La coopération régionale insulaire en question : une approche des mots et des choses* », in Bernardie, N. et Taglioni, F. (Dir.), *Les dynamiques contemporaines des petits espaces insulaires. De L'île-relais aux réseaux insulaires*, Paris, Karthala, 2005, pp. 407-429.

F. TAGLIONI, « *Le bassin Caraïbe : un espace organisé en flux et en réseaux atlantiques* », *Historiens et géographes*, Association des professeurs d'histoire et de géographie, n° 363, 1998, pp. 245-256.

G. A. PRATT, « *Tourism Development and Marketing : Case Studies from The Bahamas, Belize and The US Virgin Islands* », in Jayawardena, C. (ed), *Caribbean tourism. Visions, Missions and Challenges*, Kingston, Miami, Ian Randle Publishers, 2005, pp. 328-345.

G. CAZES, « *Le développement du tourisme à la Martinique* », *Cahiers d'outre-mer*, n° 83 – 21e année, Juillet-septembre 1968, pp. 225-256.

J. ARGAILLOT, « *Nouveaux tourisms caribéens : expériences et conséquences* », *Etudes caribéennes*, n° 31-32, Août-Décembre 2015.

J. HAYNES, « *The right to free movement of persons in Caribbean community (CARICOM) law : towards "juridication"?* », *Journal of Human Rights in the Commonwealth*, Vol. 2, Issue 2, 2016, pp. 57-66.

J. LEBULLENGER, « *Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC* », *Revue des affaires européennes*, 2001-2002/1, p. 75.

J. LEBULLENGER et S. PERRIN, « *Les accords de partenariat économique - Un nouveau modèle pour les relations commerciales* », *RMCUE*, 2008, pp. 605-617.

J.-P. CHARDON, « *Le Bassin Caraïbe et les paradis fiscaux* », in GEODE Caraïbe, *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Karthala, 2011, pp. 49-64.

K. GALY, « *L'alliance bolivarienne pour les peuples d'Amérique et de la Caraïbe (l'alba) : vers l'émergence de nouvelles stratégies de développement dans les Amériques ?* », in *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2011, t3, pp. 175-197.

K. GALY, « *La coopération régionale entre les départements-régions français d'Amérique et la Caraïbe : une lente structuration* », in *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2008, t1, pp. 73-93.

K. GALY, « *La nouvelle stratégie union européenne-Caraïbes. Quelle place pour les entités infra-étatiques françaises de la Caraïbe ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 305-327.

K. LOGOSSAH, « *Spécialisation et complémentarité : les DFA peuvent-ils accroître leurs échanges avec les pays de la communauté Caraïbienne ?* », in Kiminou, R. (Dir.), *Économie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane : contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, 2008, t.1, pp. 55-69.

L. M. JACKSON, « *Fi We Law : The emergence of Caribbean Jurisprudence and the Doctrine of Precedent* », in *Transitions in Caribbean Law. Law-Making, Constitutionalism, and the Convergence of National and International Law*, Kingston, Ian Randle Publishers, pp. 3-32.

L. V. ESASTMOND, « *The CARICOM Double Taxation Agreement* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 65-77.

M. A. BURHAM, « *Saving constitutional Rights from Judicial Scrutiny : The Savings Clause in the Law of the Commonwealth Caribbean* », *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 36, 2-3, 2005, pp. 249-269.

M. ABBAS, « *La reconnexion asymétrique : le cas des accords de partenariat économique entre l'UE et les ACP* », *La chronique des Amériques*, janvier 2008, n° 1, p. 6.

M. BLOMSTRÖM et A. KOKKO, « *Regional integration and foreign direct investment* », National bureau of economic research, Working Paper n° 6019, April 1997.

M. DEMERIEUX, « *The Common Law and the Litigation of Fundamental Rights and Freedoms Before the Privy Council* », in *Transitions in Caribbean Law. Law-Making, Constitutionalism and the Convergence of National and International Law*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company, 2013, pp. 179-198.

M. DESSE, « *Pression anthropique et dégradation des littoraux haïtiens : l'exemple du golfe de la Gônave* », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, 219, 2002, pp. 325-344.

M. V. NUÑEZ FIDALGO, « *El reto lingüístico en la integración del Caribe y el modelo europeo* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2005, pp. 241-251.

N. BERNARDIE-TAHIR et F. TAGLIONI, « *La coopération régionale insulaire en question : une approche des mots et des choses* », in Bernardie, N. et Taglioni, F. (dir.), *Les dynamiques contemporaines des petits espaces insulaires. De l'île-relais aux réseaux insulaires*, Karthala, Paris, 2005, pp. 407-429.

O. DEHOORNE, « *Le tourisme dans les Caraïbes. Logiques régionales et enjeux environnementaux* », *Téoros*, vol. 26, n° 5, 2007, pp. 179-205.

O. DEHOORNE, F. NICOLAS ET P. SAFFACHE, « *Pour un tourisme durable dans la Grande Caraïbe* », *Études caribéennes*, 3, décembre 2005.

P. COSAERT, « *La géographie des espaces tropicaux et de leur développement face à la mondialisation de l'économie* », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, n° 236, 2006, pp. 435-450.

P. HUGON, « *L'intégration régionale et les trappes à vulnérabilité* », *Revue Tiers Monde*, vol. 222, n° 2, 2015, pp. 123-140.

P. MCHARDY, « *Planning for Sustainable Tourism Development in the Caribbean* », in Jayawardena, C. (ed), *Caribbean tourism. Visions, Missions and Challenges*, Kingston, Miami, Ian Randle Publishers, 2005, pp. 31-57.

R. CHEMAIN, « *Monnaie et intégration régionale dans la Caraïbe* », in Jos, E. et Perrot, D. (Dir.), *La Caraïbe face au défi de la mondialisation. Marchés et nations dans l'aire Caraïbe/Amérique*, Actes du colloque de Schoelcher, 3 et 4 avril 1997, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 85-101.

R.-M. BELLE ANTOINE, « *Challenges to the Offshore Trust Fraudulent Conveyances and Conflict of Laws* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 102-141.

S. VASCIANNIE, « *Human rights in the Caribbean : Notes on Perception and Reality* », in *The Caribbean Integration Process. A people Centred Approach*, Kingston ; Miami, Kenneth Hall and Myrtle Chuck-A-Sang, 2007, pp. 167-182.

T. A. CARMICHAEL, « *International Business Vehicles : Some Caribbean Challenges* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 11-20.

T. MICHALON, « *Les départements français d'Amérique entre rêve Caraïbe et attaches européennes* », in Lerat, C. (Dir.), *Le monde Caraïbe : défis et dynamiques. Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, t.2, Actes du colloque international, Bordeaux, 3-7 juin 2003, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2005, pp. 149-165.

V. BRATHWAITE, « *The Captive/ International Insurance Industry with Special Reference to Barbados* », in Belle Antoine, R.-M. (ed), *Legal Issues in Offshore Financial Services*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company Ltd, 2004, pp. 21-36.

V. DUVAT, « *Mondialisation touristique et environnement dans les petites îles tropicales* », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, n° 236, 2006, pp. 513-539.

Y. BERTHELOT, « *Introduction. Globalisation et régionalisation. Une mise en perspective* », in *L'intégration régionale dans le monde : innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, pp. 11-18.

Y. RICHARD, « *Integração regional, regionalização, regionalismo: as palavras e as coisas* », *Confins*, 7 mars 2014, n° 20.

5. Rapports

CARIBBEAN COMMUNITY (CARICOM) SECRETARIAT, *Caricom's Intra-Regional Trade : 2008-2013*, Georgetown, Guyana, 2015.

CARIBBEAN COMMUNITY (CARICOM) SECRETARIAT, *CARICOM's trade - A quick reference to some summary data*, Georgetown, Guyana, 2005-2010.

DANIEL, J., *Les territoires non indépendants de la Caraïbe à la croisée des chemins : la quête de nouveaux modèles de gouvernance*, Rapport établi dans le cadre du programme de recherche PO n° 31120, Les territoires non indépendants de la Caraïbe, 2014.

VALL, R., *Projet de loi autorisant l'approbation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie et de la convention d'extradition entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Sainte-Lucie*, Paris, Sénat, Rapport n° 138, 2017.

B. Circulation (biens, personnes, capitaux, services)

1. Articles

C. VIAL, « *Libre circulation des marchandises. Harmonisation des législations* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 551, 2013.

D. MARTIN, « *Libre circulation des citoyens de l'Union* », JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 186, 2017.

F. PICOD, « *Interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent* », JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 540, 2015.

F. PICOD, « *Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes* », JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 530, 2017.

C. Concurrence

1. Ouvrage général

VOGEL, L., *Traité de droit économique. Droit de la concurrence. Droits européen et français*, Paris, Bruylant, 2015, 1838 p.

2. Ouvrages spécifiques

L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Editions Frison-Roche, 2004, 688 p.

3. Monographies

FASQUELLE, D., *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Paris, GLN Joly éditions, 1992, Paris, GLN Joly Editions, 1993, 292 p.

HETSCH, S., *Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ?*, Mémoire Paris II - Panthéon Assas, 2011.

LEYMONERIE, M., *La contractualisation des engagements issus des procédures négociées. Le contrat devenu un outil de régulation entre les mains de l'Autorité de la concurrence*, Mémoire de Master, Université Montpellier I, 2014.

MEZAGUER, M., *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 584 p.

PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2001, 524 p.

4. Articles

A. BRUNET ET J.-C. OHLMANN, « *Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle* », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur A. Arieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129.

A. LAGUERRE, « *La vie chère outre-mer saisie par le droit de la concurrence* », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B., *La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, pp. 11-28.

A. PERROT ET L. VOGEL, « *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement* », JCP E, 1993, I, 299, pp. 539-543.

- A. PIROVANO ET M. M. SALAH, « *L'abus de dépendance économique une notion subversive ?* », LPA, 21-24 septembre 1990, n° 114, p. 4.
- D. BOSCO, « *Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle* », Concurrence, Contrats, Consommation, mars 2012, repère 3.
- D. BRIAND-MELEDO, « *Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation* », Revue internationale de droit économique, vol. t. XXI, 3, n° 3, 2007, pp. 345-371.
- D. ENCAOUA, « *Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen* », in Revue économique, volume 47, n° 6, 1996, pp. 1269-1296.
- E. COMBE, « *Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique* », Revue internationale de droit économique, t. XX, n° 1, 2006/1, pp. 11-46.
- F. MARTY ET P. REIS, « *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique* », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n° 4, 2013, pp. 579-588.
- G. A. NERO, « *Note on the competitive advantage of large hub-and-spoke networks* », Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review, 1999, vol. 35, issue 4, pp. 225-239.
- G. BLANC, « *La transparence (Objet et méthodes)* », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B. (Dir.), La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, pp. 29-38.
- G. WILS, « *La "rule of reason" : une règle raisonnable en droit communautaire ?* », Cahier de droit européen, 1990, pp. 19-74.
- J.B. BLAISE, « *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence* », in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Paris, Dalloz, 1997, p. 85.
- L. BOY, « *L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?* », Revue internationale de droit économique, t. XIX, n° 1, 2005, pp. 27-50.
- L. BOY, « *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?* », RIDE, 2011/3, t. XXV, pp. 263-280.
- L. IDOT, « *Le contrôle des concentrations* », Revue internationale de droit économique, t. XVI, n° 2, 2002, pp. 175-205.
- L. VOGEL, « *Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Etude de la jurisprudence récente.* », JCP E, 1991, I, 96, pp. 491-496.
- M.-A. FRISON-ROCHE, L. IDOT et L. BENZONI (DIR.), « *L'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations* », Revue de la concurrence et de la consommation, 2000, n° 118.
- N. ERESEO, « *L'encadrement juridique des droits exclusifs d'importation consentis outre-mer* », in Virassamy, G., Laguerre, A. et Steinmann, B., La Lutte contre la vie chère par la régulation économique. Réflexions sur la loi du 20 novembre 2012, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, pp. 39-56.
- P. LAURENT, « *Qualification et preuve de la pratique concertée (TPICE, 24 octobre 1991)* », Contrats concurrence, consommation, mars 1992, pp. 1-2.
- P. REIS, « *Déséquilibres économiques et relations entre la grande distribution et ses fournisseurs* », in Boy, L. (Dir.), Les déséquilibres économiques et le droit économique, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 49-63.
- P. REIS, « *Intervention du ministre de l'Economie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense d'intérêts privés et protection de l'ordre public économique* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H., Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, Aix-en-provence, PUAM, 2016, pp. 161-175.
- R. KOVAR, « *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"* », RTD eur., 1987, pp. 237-254.

X. DELPECH, « *Le low cost : aspects de droit de la concurrence* », in « *Low cost : un bon coût pour le touriste ?* », *JT* n° 149/2013, pp. 26-28.

D. Consommation

1. Ouvrage général

CALAIS-AULOY, J. ET TEMPLE, H., *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2015, 722 p.

2. Monographies

JOSE AZAR-BAUD, M., *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2013, 786 p.

PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2001, 524 p.

PEGLION-ZIKA, C.-M., *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2013, 420 p.

3. Articles

A. SINAY-CITERMAN, « *Protection ou surprotection du consommateur ?* », *JCP* 1994, I, n° 3804.

B. MALLET-BRICOUT, « *Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges* », *RTD civ.*, 2015, p. 952.

E. BALATE, « *Le déséquilibre économique et le droit économique : application au droit de la consommation* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 245-261.

J.-P. PIZZIO, « *Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle. Bilans et perspectives* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Etudes de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 877.

L. BORE, « *L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?* », *D.* 1995, p. 267.

M. BACACHE, « *Action de groupe et responsabilité civile* », *RTD civ.*, 2014, p. 450.

M. LEROUX, « *L'abus de faiblesse des consommateurs* », *Revue concurrence et consommation*, 1993, n° 72, p. 41.

M. VERPEAUX, « *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?* », *D.* 2007, p. 258.

M.-J. AZAR-BAUD, « *La mise en œuvre des droits des consommateurs : ce que l'action de groupe va changer* », in Roux, D. et Nabec, L. (Co), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, Cormelles-le-Royal, Editions, Ems Management & Société, 2016, pp. 193-204.

M.-J. AZAR-BAUD ET S. CARVAL, « *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations* », *D.* 2015, p. 2136.

N. MOLFESSIS, « *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* », *D.* 2014, p. 947.

S. GUINCHARD, « *Une class action à la française ?* », *D.* 2005, p. 2180.

V. FORRAY, « *Ambivalences en droit de la consommation. Remarques sur les effets de l'écriture du droit* », *Jurisprudence*, 2013, 20/3, pp. 971-1003.

V. REBEYROL, « *La nouvelle action de groupe* », D. 2014, p. 940.

X DELPECH ET AL., « *Les associations font l'affaire* », JurisAssociation, n° 492, 2014, pp. 18-36.

E. Contrat et « centres d'intérêt »

1. Ouvrages généraux

LE TOURNEAU P. ET AL., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, Paris, Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2017, 2702 p.

MAINGUY, D., *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, Coll. « Cours », 2016, 676 p.

MERLE Philippe et FAUCHON Anne, *Droit commercial : sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 2016, 1004 p.

MESTRE J. et VELARDOCCIO D., *Code Lamy sociétés commerciales*, Paris, Lamy, 2017.

TERRE, F., LEQUETTE, Y. et SIMLER, P., *Droit civil : les obligations*, Paris, Dalloz, 2018, 2036 p.

2. Ouvrages spécifiques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, tome XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Paris, Dalloz, 2011, 120 p.

BAPTISTA L. O. et DURAND-BARTHEZ P., *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, Paris, L.G.D.J., 1986, 285 p.

CACHIA M., *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions*, s.l., Études Kayser, t.1, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1979, 213 p.

CHALARON, Y., *Gérants de succursales*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, octobre 1997, n° 1 - 91.

CHAMPAUD C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, 315 p.

CHARHON, F. ET COMBES, I., *Fondations – Fonds de dotation*, Paris, Juris Editions, 2016, 514 p.

CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D. (Dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société Recherches et travaux »), 2007, 222 p.

CONAC P.-H. et URBAIN-PARLEANI I., *La société par actions simplifiée (SAS) : bilan et perspectives*, Paris, Dalloz (coll. « Thèmes & commentaires. Actes »), 2016, 288 p.

DAGORNE-LABBE, Y., *Agence de voyages*, Répertoire de droit commercial, 2016.

DUBISSON, M., *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy, 1989.

FRANÇOIS, B., *Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, octobre 2016.

GALETTI, C., *Joint ventures. De la conception à la réalisation*, Paris, Les éd. de l'organisation, 1991.

GAUGHAN Patrick A., *Mergers, acquisitions, and corporate restructurings*, Hoboken, New Jersey, Wiley (coll. « Wiley corporate F&A series »), 2015, 688 p.

GERMAIN M. et PERIN P.-L., *SAS - La société par actions simplifiée*, Issy-les-Moulineaux, Joly éditions, 2013, 624 p.

GHESTIN, J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, 960 p.

GHESTIN, J., JAMIN, C. ET BILLIAU, M., *Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2001, 1340 p.

GHESTIN, J., LOISEAU, G. SERINET, Y.-M., *La formation du contrat : L'objet et la cause - Les nullités*, Paris, L.G.D.J., t. 2, 2013, 1680 p.

- GUYON, Y. *Groupement d'intérêt économique*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003, n° 1-191.
- GUYON, Y. et GHESTIN J., *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ième éd., Paris, L.G.D.J (coll. « Traité des contrats »), 2002, 462 p.
- KENFACK, H. *Gérance de fonds de commerce*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, mai 2008, n° 17 - 89.
- LANGFELD-WIRTH, K., *Les Joint Ventures internationales*, Paris, GLN Joly Editions, 1992, 430 p.
- LE FUR, A.-V. (DIR.), *Le cadre juridique du Crowdfunding. Analyses prospectives*, Paris, Société de législation comparée, 2015, 270 p.
- LE TOURNEAU P., *Les contrats de franchisage : franchisage de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier, franchisage international, franchisage de service, (fondement, protection, Droit de la concurrence)*, Paris, Litec, 2e éd, 2007, 323 p.
- LE TOURNEAU, P., *Les contrats de concession*, Paris, Litec, 2010, 318 p.
- LEBEL, C., CASSALONGA, A. ET MENAGE, C., *La distribution des produits de luxe*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- LECOURT, A. *Obligation*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2015, n° 1-675.
- LECOURT, A. *Statuts et actes annexes*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juillet 2015, n° 1-92.
- LECOURT, B. *Cession de droits sociaux*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, novembre 2007, n° 1-244.
- LELOUP J.-M., *La franchise : droit et pratique*, 4. éd., Paris, Delmas (coll. « Encyclopédie Delmas »), 2004, 415 p.
- NERET J., *Le sous-contrat*, Paris, LGDJ, 1979, 390 p.
- OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, 267 p.
- PETEL, P., *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, 1994, 126 p.
- RIVARD, S. et AUBERT, B. A., *Information technology outsourcing*, Armonk, New York, M.E. Sharpe (coll. « Advances in management information systems »), 2008.
- SCHILLER, S. *Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, février 2009, n° 1-173.
- SEILLAN H., *Risques de la sous-traitance*, Bordeaux, Préventique, 2009, 207 p.
- TEYSSIE B., *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975, 328 p.
- VANDERLINDEN, J., *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 418 p.
- VELARDOCCIO, D. *Dividendes*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, août 1996.
- VIRASSAMY, G., *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986, 334 p.
- VOGEL, L. ET VOGEL, J., *Traité de droit économique. Droit de la distribution*, Paris, LawLex, Bruylant, t. 2, 2015, 1835 p.

3. Colloque

- FONTAINE, M., PHILIPPE, D. et DELFORGE C. (dir.), *Les aspects juridiques de l'«outsourcing» : actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 22 février 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 364 p.
- KAHN P., *Les contrats internationaux de coopération industrielle et le nouvel ordre économique international*, Colloque de Nice, juin 1979 (introduction aux travaux de la 1re commission « Equivalence des prestations »).

Trusts & fiducies : concurrents ou compléments ?, Genève, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Editions Academy & Finance, 2009, 474 p.

4. Monographies

AL SURAIHY, Y., *La fin du contrat de franchise*, Thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 2008.

BELLISSENT, J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 2000.

BLIN-FRANCHOMME, M.-P., *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires (droit interne-droit communautaire)*, Université Toulouse I, 1988.

BOURRIER, C., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Dijon, 2001.

BOUVIER, A., *Regards sur le contrat de franchise*, Thèse de doctorat, droit, Université Montpellier I, 2015.

BRAMERET, S., *Les relations des sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2011, 448 p.

BRIEND, C., *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris Sorbonne Cité, 2015.

BRILL, J.-P., *La filiale commune*, Thèse de doctorat, droit, Université Strasbourg III, 1975.

CHAHINE, G., *La joint venture sociétaire internationale, modélisation et contraintes*, Thèse de doctorat, droit, Université Montpellier I, 2004.

CHARBONNEL, L., *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2012, 358 p.

CHAZAL, J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse de doctorat, droit, Université Lille III, 1996.

CHENUT, C.-H., *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003.

COURDIER-CUISINIER, A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis Litec (coll. « Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux »), 2006, 741 p.

CUISINIER, V., *L'affectio societatis*, Paris, Litec, Coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2008, 548 p.

DARMON, G., *Le contrat de coopération inter-entreprises*, Thèse de doctorat, droit, Université Aix-Marseille III, 1998.

DE BISSY, A., *La notion de dividende, aspects juridiques et fiscaux*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1, 1994.

DE BOÜARD, F., *La dépendance économique née d'un contrat d'intégration en droit des obligations*, Paris, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, L.G.D.J., 2007, 534 p.

DEIS, L., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002.

DESGORCES, R., *La bonne foi dans le contrat : rôle actuel et perspectives*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1992.

DISSAUX, N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 2007, 676 p.

DOLAT, J., *Les contrats d'adhésion*, Thèse de doctorat, droit, Paris, 1915.

DOMERGUE, M., *Etude d'ensemble sur les contrats d'adhésion*, Thèse de doctorat, droit, Toulouse, 1936.

- FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002, 651 p.
- GENDRE-DEVOIVRE, M., *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Clermont-Ferrand 1, 1981.
- GILLES, A., *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, 534 p.
- GRAS, N., *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne – Clermont Ferrand 1, 2014.
- I. GOAZIOU, *Le GIE et la classification des personnes morales de droit privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1, 2000.
- JALUZOT, B., *La bonne foi dans les contrats*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, 605 p.
- JEANTIN, M., *La filiale commune*, Thèse de doctorat, droit, Université de Tours, 1975.
- LAGTATI, K., *Les succursales en droit international et européen*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne, 2011.
- LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, 580 p.
- LEBRETON, S., *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : contribution à la théorie de l'abus dans l'exercice des droits, au regard des contrats de distribution*, Paris, L.G.D.J., 1998, 750 p.
- LEVACHER, R., *La règle contractuelle dans l'ordre juridique, contribution à l'analyse normative du contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université de Nantes, 2007.
- MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat*, Thèse de doctorat, droit, Paris, 1951.
- MEKKI, M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, 928 p.
- PELLE, S., *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2007, 572 p.
- PICHON, V., *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, Thèse de doctorat, droit, Lyon, 1913.
- PIRONON, V., *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2014, 720 p.
- PUIG, P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, 808 p.
- REISS, L., *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2002.
- SAYAGH, Y., *Le contrat de joint venture : une approche de droit comparé (Etats-Unis, Union européenne, France)*, Thèse de doctorat, droit, Université Nice Sophia-Antipolis, 1997.
- SECNAZI R., *Le contrat léonin*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2000.
- SIZES, D., *Les contrats de coopération internationale*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1987.
- VOUIN, R., *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939.

5. Articles

- A. COURET, « Retour sur la notion de contrôle », *RJDA*, 4/1998, p. 279.
- A. JAQUEMIN, F. JANSSEN ET P. LAMBRECHT, « Quel environnement réglementaire pour une économie entrepreneuriale ? », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 57-77.
- A. JEAMMAUD, « L'assimilation des franchisés aux salariés », *Droit social*, 20 février 2002, n°2, p. 158.

- A. LE FEVRE, « *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée* », RJ com., 1992, p. 89.
- A. MARTIN-SERF, « *La modélisation des instruments juridiques* », in Loquin, E. et Kessejian, C. (Dir.), *La Mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 179-205.
- A. PIETRANCOSTA, « *La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004*, » Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 5, p. 373 p.
- A. QUIQUEREZ, « *Les contrats du financement participatif : quelles qualifications juridiques ?* », Revue trimestrielle de droit financier, mars 2016, n°1, pp. 7-20.
- A. RABREAU, « *L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ?* », Bull. Joly 2011, p. 740.
- A. RIEG, « *Contrats types et contrats d'adhésion* », in Etudes de droit contemporain, Paris, t. 33, 1970, p. 105. et s.
- A. RIERA, « *Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise* », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2010, n° 23.
- A. RONZANO, « *Distribution sélective quantitative : La Cour de justice de l'Union laisse les coudées franches aux constructeurs automobiles pour pratiquer la distribution sélective quantitative (Auto 24 / Jaguar Land Rover)* », Revue Concurrences, n° 3-2012, art. n° 56231.
- A. SEUBE, « *Les conditions générales des contrats* », in Mélanges Alfred Jauffret, 1974, p. 622.
- A. SUPIOT, « *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale* », in Approche critique de la contractualisation, Paris, LGDJ, 2007, pp. 19-44.
- A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « *La notion d'économie du contrat en droit privé* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 28 Février 2001, p. 300.
- AMF ET ACP, « *Guide du financement participatif (Crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projet* », Revue Sociétés, 2013, p. 454.
- A.-V. LE FUR, « *Enfin un cadre juridique pour le crowdfunding, une première étape dans la réglementation* », D. 2014, n° 10, p. 1831.
- B. BOUBLI, « *Le maître d'œuvre doit informer le maître de l'ouvrage en cas de sous-traitance* », RDI, 2015, p. 127.
- B. BOUBLI, « *Modification dans la situation juridique de l'employeur et maintien des contrats de travail* », Sem. soc. Lamy, suppl. au n° 336, 24 novembre 1986.
- B. CRESSARD, « *Contrat de franchise et bonne foi - Repères et perspectives* », AJ Contrat, Avril 2017, pp. 163-168.
- B. DONDERO, « *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative* », JCP E 2012, n° 1671.
- B. FRANÇOIS, « *Le financement participatif par souscription de titres : une étude de droit comparé, Le cadre juridique du crowdfunding* », Analyses prospectives, SLC éd., février 2015, p. 169.
- B. MERCADAL, « *La notion d'entreprise* », in Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à J. Derruppé, Litec et GLN-Joly, 1991, pp. 9-16.
- B. OPPETTI, « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship* », JDI, 1974, p. 794.
- B. OPPETTI, « *L'engagement d'honneur* », D., 1979, p. 106.
- B. SAINTOURENS, « *La flexibilité du droit des sociétés* », RTD com., 1987, p. 457.
- C. BOSGIRAUD, « *Une société pour un habitat de loisirs, Etude de la loi n° 86-18 du 6 janvier 1986* », Revue Droit immobilier, 1986, p. 151.
- C. CHAMPAUD, « *La concession commerciale* », RTD com., 1963, p. 451.
- C. CHAMPAUD, « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 125.

- C. LUCAS DE LAYSSAC, « *L'obligation de renseignement dans les contrats* », in Loussouarn, Y. et Lagarde, P. *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, L.G.D.J, 1978, p. 305.
- C. NOURISSAT et C. PELLEGRINI, « *Sous-traitance internationale et loi de police* », *Revue Lamy droit des affaires*, 1er janvier 2008, n° 23.
- C. REYMOND, « *Le contrat de joint venture* », *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag Von Walter R. Schulep*, Zurich 1988, p. 383.
- C. REYMOND, « *Réflexions sur la nature juridique du contrat de joint venture* », in *Journal des Tribunaux de Lausanne*, 1975, p. 489 et s.
- C. ROTH et A. BRÜNING, « *La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975* », *Les Annonces de la Seine*, 23 juillet 2007, n°51, pp. 4-6.
- D. BASCHET, « *Le savoir-faire dans le contrat de franchise* », *Gaz. Pal.*, 1994, 1, doct., p. 690.
- D. FERRIER, « *Distribution sélective quantitative : quels critères ?* », *D.* 2012, p. 2156.
- D. FERRIER, « *Franchise et savoir-faire* », in *Mélanges à l'honneur de J.-J. Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 157.
- D. FERRIER, « *La distribution sélective dans le cadre du nouveau Règlement n° 330-2010* », *La Semaine Juridique – Entreprise et affaires*, n° 3, 2011, Etude dossier 1029, pp. 42-44.
- D. FERRIER, « *La rupture du contrat de franchisage* », *JCP CI* 1977, I, 12441, p. 269 et spéc., n° 25, p. 274.
- D. HOUTCIEFF, « *Le sort de la créance du délégant sur le délégué dans la délégation imparfaite* », *D.* 2002, p. 2673.
- D. LEPELTIER, « *La réforme du groupement d'intérêt économique* », *Bulletin Joly Sociétés*, 1989, n° 12, p. 939.
- D. MARTIN, « *L'exclusion d'un actionnaire* », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque de Deauville, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spécial novembre 1990, p. 94.
- D. MAZEAUD, « *Loyauté, égalité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle* », *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.
- D. PHILIPPE, « *La force majeure et le hardship, Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (ED. 2010) et l'arbitrage* », *Actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011*, Bruylant, 2011, pp. 97-124.
- D. PHILIPPE, « *Le contrat de joint venture* », *Revue internationale du droit des Affaires internationales (D.A.-O.R.)*, 1994, pp. 9-42.
- D. PHILIPPE, « *Le contrat de joint venture international : construction progressive des termes contractuels et propriété intellectuelle* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 381-396.
- D. PORACCHIA et D. VELARDOCCIO, « *Le financement participatif par offre de titres financiers* », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 2014, n° 12, p. 742.
- D. TALLON, « *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation* », *RTD civ.*, 1994, p. 223 et s.
- E. E. FRANCK, « *Le joint venture ou partenariat entre sociétés, applications et fonctionnement* », *Revue Administrer*, 1er avril 1993, p. 2.
- E. HEURTEL, « *Création de succursale par une société française ou par une société étrangère* », *JurisClasseur Sociétés Formulaire*, Fasc. C-57 : *Droit général des sociétés*, 2016.
- E. MASSIN, « *L'absence abusive de distribution de bénéfices* », *RJ com.* avril 1978, p. 197.
- E. ROGEY, « *Minibons : un nouvel instrument de financement participatif sous la supervision de l'Autorité des marchés financiers* », *Bulletin Joly Bourse*, juillet 2016, n° 07-08, p. 310.
- F. BICHERON, « *L'obligation aux dettes sociales de l'associé d'une société à risque illimité et l'article 1415 du code civil* », *D.*, 2006, p. 2660.

- F. BOURGEOIS et M. LECERF, « *Quel cadre juridique pour le partenariat secteur public-secteur privé : groupement d'intérêt public ou groupement d'intérêt économique ?* », JCP E 1995, p. 418.
- F. BRENET, F. LICHERE et R. NOGUELLOU, « *Le nouveau droit des concessions (Dossier)* », AJDA, 2016, n° 18, pp. 991-1012.
- F. C. JEANTET, « *L'exploitation abusive de l'état de dépendance économique* », LPA, 28 mars 1988, p. 32.
- F. DERRIDA, « *De la solidarité commerciale* », RTD Com., 1953, p. 347.
- F. DIESSE, « *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat* », in Archives de philosophie du droit, 1999, pp. 259-302.
- F. KENDERIAN, « *La contribution aux pertes sociales* », Revue des sociétés, 2002, p. 640.
- F. LEDUC, « *Réflexions sur la convention de prête-nom* », RTD civ., 1999, p. 283.
- F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « *Contrats de concession : la nouvelle donne* », Contrats et marchés publics, 2016, repère 3.
- F. MARTIN LAPRADE, « *La modification a posteriori des caractéristiques de valeurs mobilières donnant accès au capital* », Option finance, 2013, n° 1212, p. 28.
- F. MARTY et P. REIS, « *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique* », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n° 4, 2013, pp. 579-588.
- F. POLLAUD-DULIAN ET A. RONZANO, « *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes* », RTD com., 1996, p. 180.
- F. TERRE et A. VIANDIER, « *Théorie des bénéfices et des pertes. La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes* », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 17, 1988, n° 3, p. 2.
- F.-J. CREDOT et T. SAMIN, « *Financement participatif* », Revue de droit bancaire et financier, 2014, n° 5, p. 27.
- F.-X. TESTU, « *Le juge et le contrat d'adhésion* », JCP G 1993, I, p. 3673.
- G. AMEDEE-MANESME, « *Le contrat de "corner"* », RJ com. avril 1993, p. 89.
- G. BLANC, « *Les frontières de l'entreprise en droit commercial* », D., 1999, chr., pp. 415-418.
- G. DEREUX, « *De la nature juridique des contrats d'adhésion* », RTD civ., 1910, p. 503.
- G. FRIEDEL, « *A propos de la notion d'entreprise...* », in Aspects actuels du droit commercial français. Etudes dédiées à René Roblot, L.G.D.J., 1984, pp. 97-114.
- G. LAMBERT, « *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise* », in Mélanges P. Kayser, 1979, p. 77.
- G. LOISEAU, « *La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux* », CCE, juillet-août 2012, n° 7-8.
- G. LYON-CAEN, « *De l'évolution de la notion de bonne foi* », RTD civ., 1946, p. 75.
- G. MORIN, « *Le devoir de coopération dans les contrats internationaux* », Revue Droit et pratique du commerce international, t. 6, 1980, p. 6.
- G. PICCA et A. SAURET, « *Contrat de franchise ou statut de salarié* », Petites Affiches, 11 avril 2002, n° 73, p. 14.
- G. RIPERT, « *Ebauche d'in droit civil professionnel* », in Etudes à la mémoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1939, p. 678.
- G. ROUHETTE, « *Rapport français* », in Tallon, D. et Harris, D., Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 27-55.
- G. VIRASSAMY, « *L'entreprise entre insularité et mondialisation* », in Virassamy, G. (Dir.), L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 3, 2004, pp. 9-17.
- G. VIRASSAMY, « *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1999 (art. 1er)* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 1990, n° 25.

- H. AZARIAN, « *Succursales* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 28-40, 2015.
- H. BENSOUSSAN, « *Réseau de franchise. De l'obligation d'approvisionnement exclusif à l'achat privilégié d'intérêt commun* », D. 1998, p. 454.
- H. CORVEST, « *L'inaliénabilité conventionnelle* », Dufrénois, 1979, p. 1377.
- H. KELSEN, « *La théorie juridique de la convention* », Archives de philosophie du droit, 1940, p. 33.
- H. KENFACK, « *Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du Code du travail à une relation commerciale* », D. 20 juin 2002, n°24, jurisprudence, commentaires, p. 1934.
- H. LE NABASQUE, « *La flexibilité contractuelle dans la SAS* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 75-89.
- H. LE NABASQUE et M. BARBIER, « *Les clauses léonines* », Revue Droit des sociétés, Actes pratiques, n° 29/1996.
- H. LE NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSÉN, « *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires* », Actes pratiques, 1992, n° 5, p. 5 et s.
- H. LEPAGE, « *L'analyse et la théorie du droit de propriété* », Droits, n°1, 1985.
- H. ULLMANN, « *Droit et pratique de la clause de hardship dans le système juridique américain* », Revue de droit des affaires internationales, 1988, p. 889.
- I. PASCUAL, « *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés* », RTD com., 1998, p. 273.
- I. URBAIN-PARLEANI, « *Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée. Intervention au colloque du 24 janvier 2014 : "Les 20 ans de la SAS"* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 91-107.
- J. ATTARD, « *Le financement participatif par souscription de titres* », Petites Affiches, 16 janvier 2015, n° 12, p. 4.
- J. BARDOUL, « *Les clauses d'agrément et les cessions entre actionnaires* », D. 1973, chron., p. 137.
- J. CALVO, « *Distribution sélective : les chemins de l'espoir français et communautaire* », Les Petites Affiches, 2 juillet 1997, n° 79, p. 10.
- J. CALVO, « *La pratique internationale des joint ventures* », Petites Affiches, 16 mars 1990, p. 17.
- J. CEDRAS, « *L'obligation de négociier* », RTD Com., 1985, p. 265.
- J. DANET, « *Le contrat de prostitution, un échange tabou* », Revue Cahiers de recherche sociologique, Université de Québec, n° 43, janvier 2007, pp. 109-121.
- J. GASTI, « *L'action directe du sous-traitant dans le cadre de la procédure collective de l'entrepreneur principal* », JCP E 2000, p. 308.
- J. GHESTIN, « *La notion de contrat cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent* », JCP, cahier de droit de l'entreprise, 1997, p. 7.
- J. GHESTIN, « *La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent* », Cahiers de droit de l'entreprise, 1997, 3/4, p. 7.
- J. GUYENOT, « *Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers* », D., 1972, chron. 13.
- J. GUYENOT, « *Les modalités de la publicité de constitution des groupements d'intérêt économique* », Gaz. Pal., 1983, II, p. 294.
- J. GUYENOT, « *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique* », Gaz. Pal., 1981, II, p. 466.
- J. HAMEL, « *L'affectio societatis* », RTD civ. 1925, p. 627.
- J. HAMEL, « *Quelques réflexions sur le contrat de société* », Mélanges Dabin, Tome II, 1963, p. 649.
- J. J. BURST ET R. KOVAR, « *La distribution sélective et le droit communautaire de la concurrence* », RTD eur., 1978, p. 475.
- J. MESTRE, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », RTD civ., 1986, p. 100.
- J. MESTRE, « *La société est bien encore un contrat* », in Mélanges Mouly, 1998, p. 131.
- J. MOURY, « *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions* », RTD com., 1989, p. 187.

- J. PAILLUSSEAU, « *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques* », D. 2003, p. 2346.
- J. PAILLUSSEAU, « *La nouvelle société par actions simplifiée, Le big-bang du droit des sociétés (suite) !* », Revue Droit des affaires, 1999, pp. 1385-1394.
- J. RICHARD, « *Le GIE et le sort des résultats depuis la loi du 13 juin 1989* », JCP, 1990, I, p. 3435.
- J. SIMON, « *La SAS : histoire d'un succès* », in *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 37-48.
- J.-A. DOBKIN, « *Transational Joint Ventures : a Legal and Practical Overview, Introduction to International Business Law : Legal Transactions* », in Seer, G. and Smolka-Day, M. (Dir.), *a Global Economy*, New York, Ocean Publications, Inc., 1996, p. 1.
- J.-C. BETTO, « *Sous-traitance internationale : comment écarter la loi française de 1975 ?* », Revue de droit des affaires internationales, 1999, p. 411.
- J.-D. PELLIER, « *La nature de la délégation imparfaite* », D. 2014, p. 92.
- J.-F. BARBIERE, « *Retour sur l'affectio societatis, une intention mal aimée* », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 285-296.
- J.-F. BARBIERI, « *L'inaliénabilité affectant les droits sociaux* », Bull. Joly 2008, n° 96, p. 450.
- J.-G. BELLEY, « *Le contrat comme vecteur de pluralisme juridique* », in Gerard, P., Ost. F. et Van de Kerchove, M. (Dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353.
- J.-J. DAIGRE et B. FRANÇOIS, « *La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ?* », Revue des sociétés, 2010, p. 111.
- J.-M. BRUGUIERE, « *Les conditions générales d'utilisation sur l'Internet. Nouvelles réglementations de droit privé ?* », in *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet. Quid novi ?*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 9-22.
- J.-M. LELOUP, « *Les clauses d'approvisionnement exclusif : droit d'origine interne et communautaire* », D. 1999, p. 1166.
- J.-M. LELOUP, « *Les rapports juridiques dans le contrat de franchise, in Aspects juridiques de la franchise* », Journée d'étude de la faculté de Lyon, 1986, p. 13 et spéc., p. 32.
- J.-M. MOULIN, « *Guider l'investisseur dans le paysage (parfois nébuleux) du financement participatif* », Bulletin Joly Bourse, octobre 1016, n° 10, p. 434.
- J.-M. MOULIN, « *Régulation du crowdfunding : de l'ombre à la lumière* », Bulletin Joly Bourse, juillet 2014, n° 07-08, p. 356.
- J.-P. BRUN, « *Crowdfunding : placement privé ou offre de titres au public ? Un exemple topique d'une réglementation qui bride le développement de l'innovation* », RTDF, 2013, n° 1, p. 64.
- J.-P. CHAUCHARD, « *Eléments de définition d'un contrat de travail indépendant* », JCP E, 2007, p. 1761.
- J.-P. LE GALL et A. VIANDIER, « *Le dividend access : un modèle français* », JCP E 1991, I, p. 103.
- J.-P. LEGROS, « *La violation des statuts est-elle une cause de nullité ?* », JCP E 1991, I, p. 195.
- J.-PH. LHERNOULD, « *Externalisation de l'activité de nettoyage d'un hôtel* », Sem. soc. Lamy, 2007, n° 1314.
- J.-V. PREVOST, « *La joint venture, une alternative aux fusions-acquisitions* », Option finance, 8 avril 2002, p. 31.
- J.-Y. TROCHON, « *La phase des pourparlers dans les contrats internationaux* », Revue de droit des affaires internationales, 1997, p. 3.
- K. BEN KHELIL et F. TENAILLEAU, « *La recombinaison du paysage des concessions* », JCP A, 2016, n° 2062.
- K. NEUMAYER, « *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé* », RCDIP, 1957, p. 579.
- L. AMIEL-COSME, « *Requalification d'un contrat de franchise en contrat de gérance salariée par application de l'article L.781-1, 2° du Code du travail* », D. 1997, p. 10.

- L. AYNES, « *L'obligation de loyauté* », in Archives de philosophie du droit, 2000, pp. 195-204.
- L. AYNES, « *Validité de la délégation imparfaite* », D. 1995, p. 91.
- L. BOY, « *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?* », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2010, n° 23.
- L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3.
- L. BOY, « *Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France)* », Revue internationale de droit économique, t.XXIV, n° 3, 2010, pp. 271-296.
- L. CADIET, « *Une justice contractuelle, l'autre* », in Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177.
- L. DABIN, « *Accords de coopération inter-entreprises pour la réalisation des marchés internationaux* », Revue Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 345.
- L. GODON, « *La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue* », in La société par actions simplifiée (SAS), Paris, Dalloz, 2016, pp. 109-122.
- L. IDOT, « *La notion d'entreprise* », in L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux, Revue des sociétés, 2001, pp. 191-209.
- L. LECLERCQ, A.-M. MERLE et J. DU PASQUIER, « *Groupes de sociétés : après les sœurs jumelles, les sœurs intégrées ?* », Revue de droit fiscal 2014, n° 12, p. 183.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Les obstacles à la sortie du franchisé* », Revue Lamy droit des affaires, 1er juillet 2012, n° 73.
- M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, « *Garantie autonome. Délégation imparfaite* », RTD com., 1992, p. 845.
- M. CARLES, « *Limites aux externalisations : l'affaire Perrier* », RPDS, octobre 2000, n° 666.
- M. CARLES, « *Qu'est-ce qu'un transfert d'entreprise ?* », RPDS, 1999, p. 385.
- M. CELAYA, « *Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoisement* », Revue Lamy Droit des affaires, 2012, n° 4181.
- M. CLARET et J. LATSCHA, « *Esquisse d'un bilan pratique des groupements d'intérêt économique* », Revue des sociétés, 1978, p. 46.
- M. COQUAUD ET M. DANY, « *La distribution sélective des produits de luxe* », Revue Lamy de Droit des affaires, 2004, n° 71, p. 17.
- M. DELMAS-MARTY, « *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur ?* », JCP, 1985, I, p. 3218.
- M. FONTAINE, « *Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux* », Revue de droit des affaires internationales, 1991, pp. 3-94.
- M. FONTAINE, « *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux* », Revue Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 469.
- M. FONTAINE, « *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme* », Revue Droit et pratique du commerce international, t. 2, 1976, p. 7.
- M. GLAIS, « *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : analyse économique* », Gaz. Pal., 1989, 1, Doctr., p. 290.
- M. KDHIR, « *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mythe ou réalité ?* », D., 1994, chron., p. 30.
- M. MALAURIE-VIGNAL, « *Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation* », JCP E, p. 1402.
- M. MARCINKOWSKI, « *La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise* », AJCA, janvier 2016, pp. 16-20.
- M. MEKKI, « *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations* », D., 2015, p. 816.

- M. MORIN, « *Intuitus personae et sociétés cotées* », RTD com., 2000, p. 299.
- M. PARIENTE, « *Les filiales, même intégrées à un groupe, bénéficient d'une autonomie pleine et entière* », Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 1996 n° 6, p. 505.
- M. PEDAMON, « *Les abus de domination* », Cahiers de droit de l'entreprise, 1987, 1, p. 5.
- M. SCHAFFNER ET A. ABELLO, « *Marques de luxe, contrats de licences et réseaux de distribution* », Revue Lamy de droit de l'immatériel, 2010, n° 1901.
- M. VASSEUR, « *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects de l'économie concertée et contractuelle* », RTD civ., 1964, p. 5.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *La redécouverte "des piliers du droit" : le contrat et la responsabilité, Introduction* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, L.G.D.J, 1998, pp. 279-292.
- N. DAVID, « *Les entreprises conjointes, quelques problèmes pratiques* », JDI, 1988, p. 37.
- N. DISSAUX, « *La gérance mandat : une troisième voie* », D., 2010, p. 667.
- N. FERRIER, « *La liberté de sélectionner dans la distribution sélective* », La Semaine Juridique – Entreprises et affaires, n° 50, 2017, p. 1678.
- N. MOLFESSIS, « *Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil* », RTD civ., 1998, p. 796.
- N. REBOUL, « *Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis* », Revue des sociétés, 2000, p. 425.
- O. GAST, « *Comment évaluer financièrement un savoir-faire ?* », LPA, 1993, n° 3, p. 9.
- O. GAST, « *Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir* », Les Petites Affiches, novembre 1995, n° 132.
- O. SERVAIS, « *Coopération d'entreprises aux Etats-Unis : la joint venture corporation, une variété de close corporation* », Revue Droit et pratique du commerce international, t. 9, n° 1, 1983, pp. 57-88.
- P. ANCEL, « *Force normative et contenu obligationnel du contrat* », RTD civ., 1999, p. 771.
- P. BATTISTINI, « *Etablissements recevant du public : mise en œuvre du registre public d'accessibilité et de l'équivalence d'accessibilité* », Les Petites affiches, 2017, n° 093, p. 7.
- P. BISSARA, « *L'intérêt social* », Revue des sociétés, 1999, p. 5.
- P. BISSARA ET J.-P. BOUERE, « *Les propositions du CNPF de modernisation du régime des émissions de titres de capital* », Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 1994, n° 1, p. 9.
- P. BON, « *La police de la sécurité dans les établissements recevant du public* », in Les cahiers du centre de la fonction publique territoriale 1985, n° 17, p. 4.
- P. CARCREFF, « *La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer* », Gaz. Pal., 1973, 2, pp. 569-570.
- P. DE LY, « *Les clauses de divorce dans les contrats de groupements d'entreprises internationaux* », Revue de droit des affaires internationales, 1995, p. 279.
- P. DIDIER, « *Une définition de l'entreprise* », in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, pp. 849-857.
- P. GAREAU, « *Le maître d'ouvrage et la garantie de paiement des sous-traitants* », AJDI, 2004, p. 271.
- P. GROSSER, « *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016, p. 270.
- P. JUCHS, « *La gérance-mandat* », Revue Lamy droit des affaires, 2006, p. 20.
- P. LAGARDE, « *La sous-traitance en droit international privé* », in Gavalda, C. (Dir.), La sous-traitance de marché de travaux et de services, Economica, 1978, p. 18 et s.
- P. LE CANNU, « *La SAS dans la concurrence des formes de société* », in SAS questions d'actualité, Bull. Joly 2008, n° 3, p. 236.
- P. LE CANNU, « *Un cadre légal minimal* », in La société par actions simplifiée (SAS), Paris, Dalloz, 2016, pp. 61-73.

- P. PIGASSOU, « *La distribution intégrée* », RTD com., 1980, p. 473.
- P. ROUX, « *Prévenir et gérer les conflits entre partenaires d'une joint venture* », Droit et patrimoine, mai 1997, p. 34.
- P. SERLOOTEN, « *L'affectio societatis, une notion à revisiter* », in Mélanges Y. Guyon, 2003, Dalloz, p. 1007.
- P. WAQUET, « *Libres propos sur l'externalisation* », Semaine Sociale Lamy, 16 octobre 2000, n° 999.
- P. WILHELM ET É. DUMUR, « *Le refus d'agrément au réseau de distribution sélective* », JCP E 2017, p. 1007.
- PH. BRIAND, « *Libres enfants de la franchise* », in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Paris, Dalloz, 2017, pp. 163-175.
- P.-H. CONAC, « *Entrée en vigueur du nouveau régime français du financement participatif (crowdfunding)* », Revue des sociétés, 2015, p. 60.
- P.-H. CONAC, « *La société par actions simplifiée : une révolution démocratique* », in La société par actions simplifiée (SAS), Paris, Dalloz, 2016, pp. 1-33.
- PH. LE TOURNEAU ET M. ZOÏA, « *Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage* », J.-Cl. Contrats - Distribution, 2002, Fasc. 1045.
- PH. MOZAS, « *La licence de marque dans le contrat de franchise* », in Saintourens, B. et Zennaki, D., Les contrats de distribution, Presses universitaires de Bordeaux, 2011, p. 119.
- PH. STOFFEL-MUNCK, « *La rupture du contrat et le droit de la distribution, in Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial* », Poitiers, LGDJ, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, 2005, p. 177.
- Q. BERTRAND, « *L'outsourcing : une approche par la théorie des coûts de transaction* », Réseaux, vol. 15, n°84, 1997, pp. 67-92.
- R. KLOTZ, « *La distribution sélective des produits de luxe en Europe sous l'influence du droit communautaire* », Cahiers de droit de l'entreprise, 1993 n° 1, p. 1.
- R. KOVAR, « *Les produits de luxe et la distribution sélective, « là tout n'est pas qu'ordre et beauté, luxe, calme et volupté »* », in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, propos impertinents de droit des affaires, Paris, Dalloz 2001, p. 187.
- R. LIEBCHABER, « *La société : un contrat spécial ?* », Prospectives de droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 281.
- R. PIHÉRY, « *L'appréhension des accords de réseau par le droit social : Pour une reconnaissance des spécificités de la franchise* », AJCA, janvier 2016, pp. 11-16.
- R. ROBLOT, « *L'agrément des nouveaux actionnaires* », Mélanges Bastian, t.1, Librairies techniques, 1974, p. 283.
- S. ABBATUCCI, « *Les garanties de paiement des sous-traitants* », RDI, 2013, p. 41.
- S. BEAUGENDRE, « *La multi-franchise* », in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Paris, Dalloz, 2017, pp. 49-60.
- S. DARIOSECQ ET N. METAIS, « *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés* », Bull. Joly 1998, §286, p. 908.
- S. GINESTY, « *La succursale, une filiale (presque) comme les autres* », Lexbase Hebdo édition fiscale, n° 546, 7 novembre 2013.
- S. HELOT, « *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux* », D. 1991, chron., p. 143.
- S. JARVIN, « *L'obligation de coopérer de bonne foi ; exemples d'application au plan de l'arbitrage international* », in L'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Publ. CCI Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, p. 157 et s.
- S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Entreprises communes* », J.-CL. Europe, 1994, Fasc. 1461.

- S. SABATHIER, « *Le nouvel investisseur en financement participatif* », Revue de droit bancaire et financier, juillet 2016, n° 4, étude 21.
- S. TREAD, « *Prix imposés dans le cadre des réseaux de distribution sélective* », Bulletin rapide de droit des affaires, n° 12, 2013, 16 p., n° 24.
- S. ZIANI, « *Redevances et concurrence* », Contrats et marchés publics, 2010, Etude 4.
- T. BONNEAU, « *Le règlement intérieur de la société* », Revue Droit des sociétés, février 1994, p. 1.
- T. BONNEAU, « *Valeurs mobilières composées – Titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance* », Revue Droit des sociétés, 2004, chron., p. 153.
- T. GRANIER, « *Le statut des plateformes de souscription de titres financiers* », Bulletin Joly Sociétés, décembre 2014, n° 12, p. 750.
- T. GRANIER, « *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence* », RTD com., 1991, p. 358.
- T. MASSART, « *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus* », Bull. Joly 2008, §136, p. 632.
- T. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D. 2015, p. 1217.
- T. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771.
- V. DUTTO, « *De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats* », AJ Contrat, Avril 2017, pp. 159-163.
- V. HEUZE, « *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale* », RCDIP, 1996, p. 243.
- V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « *L'encadrement juridique du prêt opéré par le biais d'une plateforme de financement participatif* », Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2014, n° 12, p. 756.
- V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « *Le bonheur est dans le prêt ! Le financement participatif sous forme de prêt et la finance durable* », Revue de droit bancaire et financier, juillet 2015, n° 4, p. 45.
- V. SEDALLIAN, « *Les conditions générales d'utilisation ont-elles une valeur juridique ?* », Revue Documentaliste - Science de l'information, vol. 49, mars 2012.
- VARIU AUCTORES, « *Gestion fiscale des groupes de sociétés : actualités et perspectives* », Revue de droit fiscal 2012, n° 50, pp. 552-561.
- X. VAMPARYS, « *Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires* », Bull. Joly 2005, p. 821.
- Y. AUGUET, « *L'équilibre contractuel dans le Code civil* », in Village justice, 1^{er} décembre 2017.
- Y. CHAPUT, « *La liberté et les statuts* », Revue des sociétés, 1989, p. 361.
- Y. DAGORNE-LABBE, « *La force majeure en matière de tourisme* », JT n° 144/2012, pp. 45-47.
- Y. DAGORNE-LABBE, « *Le "fait de l'homme" exonératoire de l'agence de voyage* », JT n° 176/2015, pp. 45-47.
- Y. GUYON, « *Affectio societatis* », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 20-10.
- Y. GUYON, « *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)* », Revue des sociétés, 1999, p. 505.
- Y. GUYON, « *La fraternité dans le droit des sociétés* », Revue des sociétés, 1989, p. 439.
- Y. GUYON, « *Présentation générale de la société par actions simplifiée* », Revue des sociétés, 1994, p. 207.
- Y. KERLAU ET G. VILMART, « *Les critères de sélection des produits de luxe* », Cahiers de droit de l'entreprise, 1991, n° 1, p. 1.
- Y. PICOD, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP E 1987, II, p. 15059.
- Y. PICOD, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », JCP, 1988, I, p. 3318.

6. Rapport

OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Paris, Editions OCDE, 2004.

F. Divers

1. Ouvrages spécifiques

- ABI-SAAB, G., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, Unesco, 1980.
- AMBROISE-CASTEROT, C., *Droit pénal spécial et des affaires*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso, 2016, 480 p.
- BODIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, 313 p.
- BOURDON W., *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, Paris, La Découverte, 2010, 336 p.
- CARTIER-BRESSON, J., JOSSELIN, C. et MANACORDA, S., *Définir, mesurer et évaluer les délinquances économiques et financières transnationales*, Etudes et recherches de l'IHESI, 2002.
- CH. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983, 264 p.
- COSTES L. ET AL. (DIR.), *Le Lamy droit du numérique - Guide. Solutions et applications. Pratique contractuelle*, Paris, Lamy, 2016.
- DARWIN, C., *La Descendance de l'homme et la sélection sexuelle*, Paris, C. Reinwald, 1881, 721 p.
- DE MAILLARD, J., *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, Paris, Mille et une nuits, 2001, 120 p.
- DEMAISON J., *Formulaire Sociétés commerciales – SAS*, Paris, Collection Lamy ProActa, 2012.
- DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911.
- DIALLO, O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Institute Publications, 2010, 292 p.
- FAVOREU, L. et PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1986, 778 p.
- GANA, A et RICHARD, Y, *La régionalisation du monde : construction territoriale et articulation global-local*, Paris, Tunis, Karthala ; IRMC (coll. « Hommes et sociétés »), 2014, 276 p.
- GELARD, P. et FRAISSEIX, P., *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, 520 p.
- GODEFROY, T. et LASCOUMES, P., *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, Paris, La Découverte, 2004, 232 p.
- KOUTOUZIS, M. et THONY J.-F., *Le blanchiment*, Paris, Presses universitaires de France, 2005.
- LAGELLE, A., *La flexibilité dans les accords de l'OMC*, Paris, Connaissances et savoirs, 2010, 306 p.
- MASSIN, J., *Robespierre*, Paris, Club français du Livre, 1960, 322 p.
- MATHIEZ, A., *Etudes sur Robespierre*, Paris, Editions sociales, 1958, 282 p.
- MAUGERE, A., *Les politiques de la prostitution du Moyen-Âge au XXIe siècle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2009, 344 p.
- MORIN, A., *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux : commentaires et documents*, 2e éd., Montréal, LexisNexis, 2015.
- OMAN, C., *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? : Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Paris, *Études du Centre de développement*, Éditions OCDE, 2000, Paris, Editions OCDE, 2000, 148 p.

OUVRARD, L., *La prostitution : analyse juridique et choix de politique criminelle*, Paris ; Montréal, L'Harmattan, 2000, 258 p.

TORT, P., *Darwin n'est pas celui qu'on croit*, Paris, Le Cavalier Bleu éditions, 2018, 208 p.

TORT, P., *L'effet Darwin. Sélection naturelle et naissance de la civilisation*, Paris, Seuil, 2008, 231 p.

VINCENT, P., *L'OMC et les pays en développement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 398 p.

WEBER, M., *Economie et sociétés t.1, Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 2003, 410 p.

WILLIAM, J.-C., RENO, F. ET ALVAREZ, F. (DIR.), *Mobilisations sociales aux Antilles. Les événements de 2009 dans tous leurs sens*, Paris, Karthala, 2012, 364 p.

2. Monographies

CABON, S.-M., *La négociation en matière pénale*, Thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 2014.

SELOSSE, PH., *Le régime juridique du produit de luxe*, Thèse de doctorat, droit, Université du Droit et de la Santé Lille II, 2017.

TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2006, 813 p.

VILLEGAS, D., *L'ordre juridique mafieux*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2018, 650 p.

3. Articles

A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « *Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisitées* », Cahiers européen, 2009, p. 104.

B. LECAT, « *Comment promouvoir son pays, sa région ou sa ville auprès des investisseurs étrangers ?* », Reflets et perspectives de la vie économique, 2008/2, t. XLVII, pp. 71-83.

B. THERET, « *Intégration territoriale et politiques sociales en Europe : la construction de l'Union Européenne* », Sociétés contemporaines, 2002, vol. 47, n° 3, p. 5.

C. BOTTEAU, « *La SEML délégataire de service public* », AJDA, 2002, p. 1318.

C. BORIES, « *La convention du patrimoine mondial, à l'aube de son 40e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ?* », Annuaire français de droit international, 2010, pp. 139-165.

C. LECHEVRY, « *L'intégration de la France dans le Pacifique océanien, une diplomatie multimodale* », Journal de la société des océanistes, 2015/1, n° 140.

D. TRUCHET, « *La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ?* », in A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 715-726.

F. CASAROSA, « *Les nouvelles technologies de l'information et des télécommunications comme outils dans la restructuration des réseaux d'entreprises* », RIDE, t. XXII, n° 4, pp. 435-458.

F. HAUMONT, « *La notion de trouble anormal du voisinage à la croisée du droit privé et du droit public* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 175-183.

G. G. MARION, « *Le développement historique de l'entreprise insulaire : La Martinique au XIXe siècle* », in Virassamy, G. (Dir.), L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 3, 2004, pp. 19-83.

G. GUIBERT, « *La contestation des grands projets d'infrastructures* », Esprit, n° 10, 2013, pp. 92-104.

- G. PHETERSON, « *Le stigmatisme de putain : déshonneur féminin et indignité masculine* », in *Prisme de la prostitution*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 57-94.
- J.-J. CLERE, « *L'abolition des droits féodaux en France* », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 94-95, 2005, pp. 135-157.
- J. DANET, « *Economie de la sexualité et droit pénal au début du XXI^e siècle* », in "Humanisme et Justice", *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 479-500.
- J. LECAME, « *Le statut juridique des personnes prostituées en France* », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, pp. 103-116.
- L. BLERIoT, « *La loi d'indemnisation des colons du 30 avril 1849 : aspects juridiques* », *Revue historique des Mascareignes*, n° 2, 2000, pp. 147-161.
- L. HEUSCHLING, « *Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber* », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.
- M. PAOLETTI, « *L'invention d'un nouveau référendum pour « résoudre la crise » à Notre-Dame-des-Landes* », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 109, n° 1, 2017, pp. 173-196.
- N. CAYROL, « *Abrogation des actions possessoires* », *RTD civ.*, 2015, p. 705.
- P. DE CATERINI, « *La mafia : un ordre juridique* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 181-186.
- R. FRAISSE, « *Les redevances pour services rendus - tentative de clarification* », *Droit administratif*, 2005, Etude 11.
- R. PAQUETTE, « *Une cité planifiée et une cité spontanée (Fort-de-France, Martinique)* », *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 13, n° 29, 1969, pp. 169-186.
- S. DAMAREY, « *Le prix symbolique en droit public, cessions, ventes et locations à prix symbolique* », *AJDA*, 2003, p. 2298.
- X. DELPECH, « *Quand solidarité ne rime pas avec compétitivité* », *JT* n° 180/2015, pp. 45-47.
- Y. BERTHELOT, « *Plus d'obligations, moins d'incertitudes : les pays en développement et l'Uruguay Round* », *Politique étrangère*, vol. 58, n° 2, 1993.
- Y. PELIS, P. SAFFACHE et C. RANELY VERGE-DEPRE, « *Les facteurs à l'origine de la mise en place d'un Transport en Commun en Site Propre (TCSP) dans l'agglomération de Fort-de-France* », *Etudes caribéennes*, n°8, décembre 2007.

4. Rapports

- ASSOCIATION D'ECONOMIE FINANCIERE, *Rapport moral sur l'argent dans le monde, 2015-2016 : Progrès et tensions : nouveaux modèles d'entreprise, don - partage, investissement à impact social, terrorisme*, Paris, Association d'économie financière, 2016.
- COUR DES COMPTES, *Les aéroports français face aux mutations du transport aérien (Rapport public thématique)*, Paris, 2008.
- Note sur l'organisation des Etats fédéraux : démocratie, répartition des compétences, Etat de droit et efficacité de l'action publique - Allemagne, Brésil, Etats-Unis, Inde, Mexique, Suisse*, Paris, Etude de législation comparée n° 242, Sénat, 2014.

G. Droit économique (théorie)

1. Ouvrages généraux

BOY, L., *Droit économique. Vol. 1*, Lyon, L'Hermès, 2002, 256 p.
 FARJAT, G., *Droit économique*, 2e éd. ref., Paris, Presses universitaires de France (coll. « Thémis. Droit »), 1982, 783 p.

2. Ouvrages spécifiques

BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé t. 313, 1999, 584 p.
 BOY, L, RACINE, J.-B. et SHIRIAINEN, F., *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier (coll. « Droit, économie international »), 2009, 710 p.
 DEL CONT, C., *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, 400 p.
 DU MARAIS, B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, 350 p.
 FARJAT, G., *Pour un droit économique*, Paris, Presses universitaires de France (coll. « Les voies du droit »), 2004, 209 p.
 FRISON-ROCHE, M.-A. et BONFILS, S., *Les grandes questions du droit économique : introduction et documents*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, 431 p.
 MEKKI, M. (DIR.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2011, 220 p.
 SALAH, M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, 250 p.
 VIRASSAMY, G. (DIR.), *La fixation de ses prix : quelle liberté pour l'entreprise ?*, Paris, L'Harmattan, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 11, 2011, 248 p.

3. Monographies

CLUZEL-METAYER, L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 634 p.
 FARJAT, G., *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, 543 p.
 LAROUER, M., *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2018, 598 p.
 PENNEAU, A., *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, L.G.D.J., 1989, 295 p.
 UWOH, J., *Le juge et le droit de la concurrence : Etude comparative : Droit français, droit de l'Union européenne et droit américain*, Thèse de doctorat, droit, Université de La Rochelle, 2013.
 VOINOT, D., *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, Thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1993.

4. Articles

A. BERNARD, « *La marché autorégulé, une 'idée folle' ?* », D. 2009, p. 2289.
 A. JACQUEMIN, « *Le droit économique, serviteur de l'économie ?* », RTD Com., 1972, p. 283.
 A. PENNEAU, « *Les nouveaux aspects des limites de la normalisation* », JCP E, 1996, p. 599 et s.
 A. SAKHO, « *Analyse substantielle et relation de pouvoir* », Revue internationale de droit économique, t. XXVII, n°4, 2013, pp. 545-555.

- A. SAKHO et I. PARACHKEVOVA, « *Propriété formelle et propriété substantielle* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 125-136.
- C. CHAMPAUD, « *Contribution à la définition du droit économique* », Dalloz, Chron., XXIV, 1967, p. 215.
- C. CHAMPAUD, « *Les troisièmes voies sociétales, ou comment sauver la démocratie et l'économie de marché* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 593-608.
- C. CHAMPAUD, « *Propriété, pouvoir et entreprise* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, Aix-en-provence, PUAM, 2016, pp. 47-66.
- C. CHAMPAUD, « *Régulation et droit économique* », *Revue internationale de droit économique*, 2002, t. XVI, n° 1, pp. 23-66 pp.
- C. GOETHALS ET A. VINCENT, ET M. WUNDERLE, « *Le pouvoir économique* », *Dossiers du CRISP*, vol. 82, n° 2, 2013, pp. 11-119.
- C. JUBAULT, « *Les "codes de conduite privés"* », in *Le droit souple*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », 2009, pp. 27-37.
- D. DE BECHILLON, « *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité* », in Berthoud, A. et Serverin, E. (Dir.), *La prestation des normes entre Etat et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 47.
- E. PAILLET, « *Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 317-334.
- F. RIEM, « *Retour sur l'ordre concurrentiel* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. XXVII, n° 4, 2013, pp. 435-450.
- G. FARJAT, « *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique* », *RIDE*, 1986, n°0, p. 9 et s.
- G. FARJAT, « *La notion de droit économique* », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1992, pp. 27-62.
- G. FARJAT, « *Les pouvoirs privés économiques, in Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle* », coll. Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 2000, pp. 613-661.
- G. FARJAT, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 151-164.
- G. FARJAT, « *Réflexions sur les codes de conduites privés* », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 47-66.
- G. KOUBI, « *La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 165-181.
- G. RABU, « *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII n° 3, 2008, pp. 335-356.
- G. RIPERT, « *L'ordre public économique et la liberté contractuelle* », in *Le droit constitutionnel non écrit, Mélanges en l'honneur de François Gény*, t. 2, 1934, p. 352.
- G. TIMSIT, « *Les deux corps du droit, Essai sur la notion de régulation* », *RFAP*, 1996, p. 377.
- G. VEDEL, « *Le droit économique existe-t-il ?* », in *Mélanges Vigreux*, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, t. 2, 1981, pp. 767-783.
- H. CHARLES, « *Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ?* », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ?*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 111-120.
- H. HOUSSARD, « *L'économie du contrat* », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, n° 1, pp. 7-65.

- H. ULLRICH, « *Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes* », Revue internationale de droit économique, t. XVI, n° 2, 2002, pp. 206-213.
- H. ULLRICH, « *La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif* », Revue internationale de droit économique, t. XVII, n° 3, 2003, pp. 291-311.
- I. HACHEZ, « *Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law »* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 65, n° 2, 2010, pp. 1-64.
- J. CHEVALLIER, « *Contractualisation et régulation* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), La contractualisation de la production normative, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2008, pp. 83-93.
- J. CHEVALLIER, « *Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques* », in Frison-Roche, M.-A. (Dir.), Les engagements dans les systèmes de régulation, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, t. 4, p. 143.
- J. CHEVALLIER, « *Les enjeux de la déréglementation* », Revue de droit public, n° 2, mars-avril 1987, pp. 281-319.
- J. CHEVALLIER, « *Loi et contrat dans l'action publique* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, mars 2005.
- J. MESTRE, « *L'ordre public dans la vie économique* », in L'ordre public, Paris, L.G.D.J., Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. XLIX, 1998, 2001, pp. 125-155.
- J.-B. RACINE, « *Droit économique et droits de l'homme : Introduction générale* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirriainen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 7-21.
- J.-B. RACINE, « *Droit économique et lois de police* », RIDE, 2010, t. XXIV, n°1, pp. 61-79.
- J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, « *Retour sur l'analyse substantielle en droit économique* », Revue Internationale de Droit Economique, n° 3, 2007, pp. 259-291.
- J.-J. SUEUR, « *Droit économique et méthodologie du droit* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 291-308.
- J.-M. PONTIER, « *La certification, un outil de la modernité normative* », D. 1996, p. 355.
- K. SONTAG ET E. YAMDJIE, « *La distinction public-privé en droit économique* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, Aix-en-provence, PUAM, 2016, pp. 67-79.
- L. BOY, « *L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 335-359.
- L. BOY, « *La valeur juridique de la normalisation* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 183-196.
- L. BOY, « *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile* », Revue internationale de droit économique, t. XVII, 2003/3-4, pp. 471-493.
- L. BOY, « *Les "utilités" du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3.
- L. BOY, « *Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques* », Revue Juridique de l'Environnement, n° 2, 2012, pp. 305-317.
- L. BOY, « *Normes* », RIDE, n° 2/1998, p. 115.
- L. BOY, « *Réflexions sur le « droit de la régulation » (à propos du texte de M.A. Frison-Roche)* », D. 2001, p. 3032.
- L. BOY ET A. PIROVANO, « *Ambiguïté du droit économique (Eléments d'une méthodologie)* », Revue Procès, n° 7, 1981, p. 7.

- L. BOY ET P. REIS, « *Libertés économiques et droits de l'homme ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 269-309.
- L. COHEN-TANUGI, « *L'émergence de la notion de régulation* », LPA, 1998, p. 4.
- M. DELMAS-MARTY, « *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : Comment humaniser la mondialisation ?* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 503-515.
- M. HECQUARD-THERON, « *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention* », AJDA, 1993, p. 451.
- M. HERVIEU, « *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : L'avenir de la distinction* », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 317-341.
- M. LANORD FARINELLI, « *La norme technique : une source du droit légitime ?* », RFDA, 2005, p. 738.
- M. M. SALAH, « *Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, n°4, 2013, pp. 475-490.
- M. M. SALAH, « *Droit économique et droit international privé : Présentation ? Ouverture* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIV, n° 1, 2010, p. 9.
- M. M. SALAH, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation* », *Revue internationale de droit économique*, t. XV, n° 3, 2001, pp. 251-302.
- M. M. SALAH, « *Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ?* », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 261-289.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *Définition du droit de la régulation économique* », D. 2004, p. 126.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit de la régulation* », D., 2001, p. 610.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », in Sève, R. (Dir), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 58, 2015, pp. 105-128.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *Régulation versus concurrence* », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 171-185.
- M.-C. VINCENT-LEGOUX, « *L'ordre public et le contrat* », in *L'ordre public*, Paris, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 58, 2015, pp. 215-241.
- O. RENARD-PAYEN, « *Principe de la liberté du commerce et de l'industrie* », J.-CL. administratif, fasc. 255, 1992.
- P. CHARLETY, ET F. CONTENSOU, « *Droit, économie et discrimination* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxi, 4, n° 4, 2007, pp. 389-414.
- P. DEUMIER, « *Les codes de conduites des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siirainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 671-693.
- R. BOFFA, « *Propriétés démembrées et déséquilibres économiques* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 137-145.
- R. SAVATIER, « *L'ordre public économique* », D. 1965, chron., p. 37.
- S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2008, pp. 3-76.
- T. PEZ, « *L'ordre public économique* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, n° 4, 2015, pp. 44-57.

5. Rapport

BRUNE, A., *La certification, clé d'un nouvel essor économique*, Rapport à la direction générale des stratégies industrielles, Ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur, Paris, Imprimerie nationale, 1993.

H. Droit et économie

1. Articles

B. GOLDMAN, « *La liberté du commerce dans les pays développés* », in *Liberté et droit économique*, Textes réunis par Gérard Farjat et Berbard Remiche, Bruxelles, De Boeck, 1992, pp. 87-111.

T. KIRAT ET E. SERVERIN, « *Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action* », in *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 5-22.

I. Droit international

1. Ouvrages généraux

AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 5. éd., Paris, Economica (coll. « Corpus Droit privé »), 2008, 971 p.

CARREAU, D., *Commerce international multilatéral (Droit matériel commun)*, Répertoire de droit international (Dalloz), 2012.

CARREAU, D. ET AL., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, 942 p.

DUPUY, P.-M. et KERBRAT, Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, 956 p.

LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2013, 1170 p.

2. Ouvrages spécifiques

BERLIN, D. *Contrats d'Etat*, in Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 2014.

CARREAU, D. *Investissements*, in Répertoire de droit international, Dalloz, septembre 2013, Chapitre 1.

CHARVIN, R., *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002, 204 p.

CHATILLON, S., *Le contrat international*, Paris, Vuibert, 2011, 400 p.

COT, J.-P., *La conciliation internationale*, Paris, Pedone, 1968, 392 p.

DECAUX, E., *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit international, t. LXXXII, 1980, 374 p.

FEUER, G. et CASSAN, H., *Droit international du développement*, Paris, Dalloz (coll. « Précis Dalloz »), 1991, 612 p.

GILLES, A., *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, 534 p.

GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, 1954, 352 p.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, Paris, PUF, 2015, 128 p.

PLANTEY, A., *La négociation internationale : Principes et méthodes*, Paris, CNRS Editions, 1980, 657 p.

3. Monographies

A. CHAPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1979.

BAL L., *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 2012.

BRAMBAN, B., *Le principe de pacta sunt servanda en droit du commerce international. Etude critique d'un principe de droit transnational*, Thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2013.

HANNEQUART, I., *L'état fédéré en droit international*, Thèse de doctorat, droit, Université François Rabelais, Tours, 1991.

NORD N., *Ordre public et lois de police*, Thèse de doctorat, droit, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003.

REMY, B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 466 p.

RODICA ZORILA, C., *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne Clermont 1, 2007.

SCHONARD, P., *La protection internationale des investissements étrangers : Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil ?*, Mémoire de Masters, Promotion Romain Gary (Ena), 2003-2005.

4. Articles

A. GILLES-YEUM, « *La liberté d'investissement* », in S. Robert-Cuendet (Dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 37-60.

A. IONASCO, « *Les types et les formes de propriété en droit socialiste* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 21, n°3, Juillet-septembre 1969, pp. 499-508.

A. PELLET, « *Les raisons du développement du soft law en droit international : choix ou nécessité ?* », in Deumier, P. et Sorel, J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 177-192.

B. S. MARKESINIS, « *La notion de considération dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 35, n°4, Octobre-décembre 1983, pp. 735-766.

C. EMANUELLI, « *L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law* », *Revue générale de droit*, vol. 37, n° 2, pp. 269-299.

D. BECK FURNISH, « *Custom as a Source of Law* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1, 1982, pp. 31-50.

D. CHEKROUN, « *L'imperium de l'arbitre* », in *L'arbitrage*, Paris, Dalloz, Coll. « Archives de philosophie du droit » 2009, t. 52, pp. 135-180.

D. HAJKOVA, G. NICOLETTI, L. VARTIA et K.-Y. YOO, « *La fiscalité et l'environnement des entreprises comme déterminants des investissements directs étrangers dans les pays de l'OCDE* », *Revue économique de l'OCDE*, 2006/2, n° 43.

D. SMALL, « *Règlement des différends entre investisseurs et Etats d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement* », in SFDI (éd.), *un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pédone, 1999, p. 79.

DUPUY, R.-J., « *Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la "soft law"* », in Société française pour le droit international, *L'élaboration du droit international public*, colloque de Toulouse, Paris, Pédone, 1975, pp. 132-148.

F. HORCHANI, « *Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 139-166.

G. AJANI, « *La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°4, Octobre-décembre 1994, pp. 1087-1105.

G. BERTRAND, « *Le rôle de l'ONU dans la médiation des conflits* », 10e Congrès de l'ASFP, section 32 : *Le mouvement des institutions internationales*, axe 1, Septembre 2009, Grenoble, France. (halshs-00511745).

G. KEUTGEN ET G.-A. DAL, « *L'efficacité de l'arbitrage* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 635-644.

G. LEPAGE, « *Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger* », in S. Robert-Cuendet (Dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 389-408.

G. LEPAGE, « *Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger* », in S. Robert-Cuendet (Dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 389-408.

J. DELLAUX, « *Contribution pour une (re)définition du concept de normativité en droit international. Questionnements autour d'instruments de soft law : les décisions des conférences des parties* », in *Revue québécoise de droit international*, mars 2016, Hors-série, pp. 135-157.

J. DREXL, « *Le droit de la concurrence internationale* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 335-359.

J. DUGARD, « *Articles sur la protection diplomatique* », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2014, p. 2.

J.-Y. MORIN, « *La personnalité internationale du Québec* », *Revue québécoise de droit international*, 1984, pp. 163-304.

M. VIRALLY, « *Définition et classification des organisations internationales : approche juridique* », in *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 50-67.

M. VIRALLY, « *La notion de programme – un instrument de la coopération technique multilatérale* », *Annuaire français de droit international*, vol. 14, 1968, pp. 530-553.

M. VIRALLY, « *Le principe de réciprocité dans le droit international* », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1967, vol. III, pp. 5-98.

M. VIRALLY, « *Panorama du droit international contemporain* », *RCADI* vol. 183, 1983-V.

M. VIRALLY, « *Sur la notion d'accord* », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 135-145.

N. DUXBURY, « *Custom as Law in English Law* », *The Cambridge Law Journal*, vol. 76, 2, 2017, pp. 337-359.

P. BRUNET, « *Soft Law or Law in progress ? Relecture d'articles classiques (P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)* », in Deumier, P. et Sorel, J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 209-223.

P. LALIVE, « *Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres* »

Etats », in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, CREDIMI, Paris, A. Pedone, 1969, pp. 111-132.

P. MAYER, « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* », Journal du droit international, 1986, pp. 5-78.

P. PESCATORE, « *La clause de la nation la plus favorisée dans les relations multilatérales* », Annuaire de l'Institut de Droit international, 1969, pp. 1-291.

PH. CAHIER, « *L'ordre juridique interne des organisations internationales* », in Manuel sur les organisations internationales, Dordrecht, Nijhoff, 1998, pp. 377-397.

PH. KAHN, « *Les définitions de l'investissement international* », in Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle, Paris, Editions A. Pedone, Cahiers internationaux n° 21, 2009, pp. 11-16.

R. DAVID, « *Légalité socialiste ou dépérissement du droit ?* », Cahiers du monde russe et soviétique, vol. 2, n°1, Janvier-mars 1961, pp. 56-87.

R. MONACO, « *Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales* », in Mélanges Rousseau, Paris, Pédone, 1974, pp. 153-172.

R. RAFFI, « *Droit international privé du tourisme : compétence juridictionnelle et loi applicable* », JT n° 146/2012, pp. 26-30.

R. S. PASLEY, « *L'équité en droit anglo-américain* », Revue internationale de droit comparé, vol. 13, n°2, Avril-juin 1961, pp. 292-299.

R.-J. DUPUY, « *Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law"* », in Société française pour le droit international, L'élaboration du droit international public, colloque de Toulouse, Paris, Pédone, 1975, pp. 132-148.

S. VAN DROOGHENBROECK, « *La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriainen, F. (Co), Droit économique et droits de l'homme, Bruxelles, éditions Larcier, 2009, pp. 25-70.

5. Rapports

KEMEL, PH., *Rapport d'information sur l'investissement étranger en France*, Paris, Assemblée nationale, n° 2551, 2015.

LAVIEC, J.-P., *Protection et promotion des investissements*, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, 450 p.

OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Paris, Editions OCDE, 2004.

OMAN, C., *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? : Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Paris, Études du Centre de développement, Éditions OCDE, 2000, Paris, Editions OCDE, 2000.

6. Lexique

BASDEVANT J. (DIR.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Union académique internationale, Sirey, 1960.

J. Droit public, droit économique public

1. Ouvrages généraux

- BARANGER, D., *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2013, 128 p.
 COLSON, J.-P. et IDOUX, P., *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016, 800 p.
 FAVOREU, L., ET AL., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2016, 1128 p.
 ZOLLER, E., *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2013, 252 p.

2. Ouvrages spécifiques

- CHEVALLIER, J., *Science administrative*, Paris, PUF, Thémis, 2002, 607 p.
 GUILLOUARD, J., *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs. Autorisations, Actes d'exécution et Concessions*, Paris, A. Pedone, 1903.
 LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C. ET DEFFIGIER, C., *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2015, 759 p.
 LIVET, P., *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J., 1974, 334 p.
 MODERNE, F., *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1993, 342 p.
 NEGRIN, J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, L.G.D.J., 1971, 363 p.
 RAINAUD, J.-M., *La crise du service public français*, Paris, PUF, 1999, 128 p.
 ROUX A., *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, 112 p.
L'injonction et l'exécution des décisions de justice, Aix-en-Provence, Journée d'étude C.R.A., PUAM, 2006, 204 p.

3. Monographies

- BRAHIC-LAMBREY, C., *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 946 p.
 CAMGUILHEM, B., *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2014, 508 p.
 CLAMOUR, G., *Intérêt général et concurrence – essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 1043 p.
 DAUGERON, B., *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, 1298 p.
 FOULQUIER, N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Paris, Dalloz, 2003, 805 p.
 GUIGNARD, D., *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004, 744 p.
 KOSTOPOULOS, K., *Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 209 p.
 PERRIN, A., *L'injonction en droit public français*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009, 917 p.
 RANGEON, F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, 246 p.
 SEUROT, L., *L'autorisation administrative*, Thèse de doctorat, droit, Université de Lorraine, 2013.
 TRUCHET, D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, 394 p.
 XYNOPOULOS, G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1995, 419 p.
 ZIANI, S., *Du service public à l'obligation de service public*, Paris, L.G.D.J., 2015, 464 p.

4. Articles

A. CAMMILLERI, « *Le pouvoir d'injonction du juge administratif : une révolution avortée ?* », JCP 1997, I, p. 3992.

A. CARTIER-BRESSON, « *La carence de l'initiative privée* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris, Dalloz, 2015, pp. 67-81.

A. CHAMINADE, « *La notion d'obligation de service public en droit communautaire* », JCP A, 2006, chron., n° 182.

A. DUFFY-MEUNIER, « *La conception britannique de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, pp. 47-65.

A. ROUYERE, « *La dispense en droit public : l' "un" et le "multiple"* », *Droits*, n° 25, 1997, pp. 73-90.

C. BOITEAU, « *La société d'économie mixte locale, délégataire de service public* », AJDA, 2002, p. 1318.

C. BROYELLE, « *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur* », *Droit administratif*, mars 2004, chronique n° 6, pp. 8-14.

C. DEVES, « *Société d'économie mixte et gestion déléguée* », *Droit administratif*, juillet-août 1997, n° 7, pp. 4-7.

D. HAUGE GEITHUS, « *Les origines communautaires d'une définition légale des obligations de service public* », in Grard, L. (Dir.), *L'Europe et les services publics – Le retour à la loi*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, pp. 33-50.

D. MAILLARD DESGREES DU LOU, « *Réquisition : faut-il un texte ?* », AJDA 1999, n° spécial, pp. 28-33.

F. BERROD, « *Contrats et obligations de service public dans la politique des transports : laboratoire d'une politique européenne des services publics* », in Eckert, G., Gautier, Y., Kovar, R. et Ritleng, D. (Dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 395-427.

F. BRENET, « *La patrimonialisation des autorisations administratives. Réalités et implications* », *Droit administratif*, août 2007, Étude 14.

F. MODERNE, « *Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?* », RFDA, 1990, pp. 798-821.

G. J. GUGLIELMI, « *Introduction : les habits neufs de l'intérêt général* », in Guglielmi, G. J. (Dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, pp. 15-23.

J.-F. BRISSON, « *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration* », *Justices*, 1996, n° 3, pp. 167-201.

J.-M. AUBY, « *Autorité administrative et autorités juridictionnelles* », AJDA, n° spécial, juin 1995, p. 91.

J.-M. LE BERRE, « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », AJDA 1979, pp. 14-18.

J.-P. COSTA, « *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État* », AJDA, 1988, p. 434.

J.-P. MARKUS, « *La continuité de l'Etat en droit public interne* », RDP, 1999, n° 4, pp. 1067-1107.

M. KHDIR, « *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mythe ou réalité ?* », D. 1994, chron., p. 30.

M. BELLAMY, « *Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès* », JCP 1973, I, p. 2522.

M. CORMIER, « *Fondements de la patrimonialité des actes administratifs* », RFDA, 2009, p. 1.

- M. HECQUARD-THERON, « *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention* », AJDA, 1993, p. 452.
- M. MOLINIER-DUBOST, « *Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives* », AJDA, 2004, p. 2141.
- M. T. ACHOUR, « *La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ?* », Revue internationale de droit pénal, vol. 84, n° 3, 2013, pp. 463-480.
- P. BON, « *Le statut constitutionnel du droit de propriété* », RFDA, 1989, p. 1009.
- P. FOUCHARD, « *L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : élément de droit français* », Revue générale du droit, 1989, n° 20, pp. 31-51.
- P. KLAOUSEN, « *Réflexions sur la définition de la juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'État* », LPA, 30 juillet 1993, p. 22.
- R. CHAPUS, « *Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative* », in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, pp. 265-297.
- T. SOLEILHAC, « *Vers une commercialité des autorisations administratives* », AJDA, 2007, p. 2178.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « *La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux* », Revue de droit du travail, Dalloz, 2007, pp. 19-25.
- X. BRAUD, « *Repenser l'engagement des poursuites en matière de contravention de grande voirie* », RDP, 2016, p. 131.
- Y GAUDEMET, « *La liberté d'entreprendre* », D. 1986, p. 372.
- Y. GAUDEMET, « *Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif* », in Mélanges Burdeau, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 805-824.
- Y. JEGOUZO, « *Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ?* », AJDA, 2004, p. 945.

5. Rapports

- CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action et de production de normes*, Paris, La Documentation Française, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2008.
- CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 1999.
- CONSEIL D'ETAT, *Le principe d'égalité*, Rapport public, Paris, La documentation française, 1997.

K. Economie

1. Ouvrages généraux

- COMBE, E., *Précis d'économie*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, 592 p.

2. Ouvrages spécifiques

- AUDIER, S., *Le colloque Lippmann. Aux origines du « néo-libéralisme »*, Lormont, Editions Le Bord de l'Eau, 2012, 496 p.
- BAUDIN, L., *A l'aube d'un nouveau libéralisme*, Paris, Génin, 1953, 220 p.
- BERNARDI, B. (DIR.), *Discours sur l'économie politique de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, J. Vrin (coll. « Textes & commentaires »), 2002, 224 p.

- BLERARD, A.-P., *Histoire économique de la Guadeloupe et de la Martinique : du XVII^e siècle à nos jours*, Paris, Karthala (coll. « Hommes et sociétés »), 1986, 336 p.
- BURDEAU, G., *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, 320 p.
- CHESNAIS, F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1997, 307 p.
- COMBE, E., *Le low cost*, Paris, Découverte, 2011, 128 p.
- COMMUN, P. (DIR.), *L'ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, Cergy-Pontoise, Travaux et documents sur Cirac, 2003, 274 p.
- DEFFAINS, B. ET LANGLAIS, E. (DIR.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, de boeck, 2009, 407 p.
- FAY, B. et REYNAUD, S., *No low cost*, Paris, Editions du moment, 2009, 221 p.
- PY, P., *Le tourisme, un phénomène économique*, Paris, la Documentation française, 2002, 181 p.
- KIRAT, T., *Economie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, 123 p.
- KIRAT, T. ET MARTY, F., *Economie du droit et de la réglementation*, Paris, Gualino, 2007, 184 p.
- MACKAAY, E. ET ROUSSEAU, S., *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2008, 728 p.
- OGUS, A. ET FAURE, M., *Economie du droit : le cas français*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2002, 176 p.
- POLANYI, K., *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Editions Gallimard, 1983, 476 p.
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, W. Straham & T. Cadell, 1776.
- SUKUP, V., *Les Caraïbes face aux défis de l'avenir*, Paris, France, Publibook, 2013, 321 p.
- VINER J., *The customs Union Issue*, New York, Camegie Endowment for international Peace, 1950, 221 p.

3. Articles

- F. SCOTT MORTON, « *The Problems of Price Controls* », *Regulation*, Vol. 50, 2001, pp. 50-54.
- L DUPONT, « *Analyse empirique de la relation entre tourisme et compétitivité : l'exemple des Antilles françaises* », *Etudes caribéennes*, n° 23, Décembre 2012.
- M. CHEVALLIER, « *Le low cost, modèle d'avenir* », *Alternatives économiques*, 2008/3, n° 267.
- M. G. FAURE, « *Analyse économique de la responsabilité environnementale. Perspectives théoriques et empiriques* », in Cans. C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 85-107.
- N. FABRY, X. DELPECH, B. DE CARLAN, J. HACHETTE, M. WATKINS et L. TUR, « *Low cost : un bon coût pour le touriste ?* », *JT* n° 149/2013, pp. 20-37.
- P. MORAN, « *Note sur l'effet de détournement* », *Revue économique*, 1967, vol. 18, pp. 637-653.
- P.-G. MAHONEY, « *The Common Law and Economic Growth : Hayek Might Be Right* », *Journal of Legal Studies* ; vol. 30, n° 2, 2001, pp. 503-525.
- S. AMINE ET P. LAGES DOS SANTOS, « *L'évolution de la conception du rôle de l'Etat* », in Bottini, F. *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 59-84.
- S. BRACONNIER, « *Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929* », *RDP*, 2012, n° 3, p. 737.
- T. KIRAT ET L. VIDAL, « *Le droit et l'économie : Étude critique des Relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées* », 2005 (halshs-00004883).

4. Rapport

BEIGBEDER, C., *Le low cost, un levier pour le pouvoir d'achat*, Paris, Ministère de l'Economie et des Finances, 2007.

5. Lexique

SILEM, A. ET AL., *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2016.

L. Environnement, urbanisme

1. Ouvrages généraux

PRIEUR, M., ET AL., *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016, 1228 p.

JACQUOT, H. ET PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 2015, 850 p.

VAN LANG, A., *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2016, 566 p.

2. Ouvrages spécifiques

ARBOUR, J.-M. ET AL., *Droit international de l'environnement*, Québec, Ed. Yvon Blais, 2016, 1568 p.

BEURIER, J.-P., *Droit international de l'environnement*, Paris, A. Pedone, 2010, 590 p.

BOUTELET, M. ET FRITZ, J.-C., *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 345 p.

BOY, D., BRUGIDOU, M., HALPERN, C. ET LASCOUMES, D., *Le Grenelle de l'environnement*, Paris, Armand Colin/Recherches, 2012, 352 p.

GUIHAL, D., ROBERT, J.-H. ET FOSSIER, T., *Droit répressif de l'environnement*, Paris, Economica, 2016, 1062 p.

HAUTEREAU-BOUTONNET, M. (DIR.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, 562 p.

HERVE-FOURNEREAU, N. (DIR.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, 326 p.

JADOT, B. ET DE. SADELEER, N., *Le label écologique et le droit*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1992, 137 p.

LE DUFF, R. ET RIGAL, J.-J., *Maire et environnements, menaces ou opportunités ?*, Paris, Dalloz, 2000, 385 p.

MALJEAN-DUBOIS, S. (DIR.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris, La Documentation Française, 2000, 308 p.

Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, 720 p.

Décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance, textes rassemblés par Karine Foucher et Raphaël Romi, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, 216 p.

L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe, Paris, Les cahiers du GRIDAUH, Colloque biennal de Paris de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), 21-22 septembre 2007, pp. 237-267.

3. Monographies

BOUIN, F., *Tourisme et droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 2000.

CALVET, F., *L'appréhension juridique du risque d'érosion côtière*, Thèse de doctorat, droit, Université de Perpignan, 2014.

COSTA DE OLIVEIRA, C., *La réparation des dommages environnementaux en droit international : contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012.

COURTAIGNE-DESLANDES, C., *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Atelier national de reproduction des thèses (ANRT), Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2010.

DE SABRAN-PONTEVES, E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 441 p.

DENOLLE, A.-S., *Le maire et la protection de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Caen, 2013.

GUEYE, D., *Le préjudice écologique pur*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 2011.

HENRY, S., *L'efficacité des mécanismes de règlement des différends en droit international de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Nantes, 2012.

MONTEILLET, V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2015, 732 p.

LAVOILLOTTE, M.-P., *Les contrats privés d'élimination des déchets : outils d'une meilleure gestion économique et environnementale*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 487 p.

MULOT, V., *Les submersions marines : nouveaux enjeux, nouvelles pratiques juridiques*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille Université, 2015.

RADIGUET, R., *Le service public environnemental*, Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

THIBOUT, O. *La Responsabilité sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2018.

4. Colloques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection du voisinage et de l'environnement*, Travaux du congrès de Paris-Bordeaux, 28 mai-2 juin 1976, Lyon-Trévoux, Publications Périodiques Spécialisées, 1979, 464 p.

BRETON, J.-M. (DIR.), *L'écotourisme : un nouveau défi pour la Caraïbe ?*, Paris, Karthala, Colloque « Îles et pays d'outre-mer », vol. 1, 2001, 454 p.

FALQUE, M. ET LAMOTTE, H. (DIR.), *Droits de propriété, économie, et environnement : le littoral : IV^e conférence internationale*, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 26, 27, 28 juin 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, 648 p.

PRIEUR, M. (DIR.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones : Actes des troisièmes journées scientifiques du Réseau de droit de l'environnement de l'Agence universitaire de la francophonie*, Yaoundé, 14-15 juin 2001, Limoges, Pulim, 2003, 579 p.

5. Articles

A. LAGUERRE, « *Implantation commerciale et urbanisme* », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 9-26.

A. LAGUERRE, « *L'entreprise insulaire face aux contraintes environnementales* », in Virassamy, G. (Dir.), *L'entreprise insulaire. Moyens et contraintes*, Paris, L'Harmattan, *Travaux du C.E.R.J.D.A.*, vol. 3, 2004, pp. 195-213.

A. MONTAS ET G. ROUSSEL, « *Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika* », *AJ Pénal*, 2012, p. 574.

A. VAN LANG, « *Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire* », *AJDA*, 2008, p. 934.

A. VAN LANG, « *Droit répressif de l'environnement : perspectives en droit administratif* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 33-46.

A. VAN LANG, « *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ?* », *RDI*, 2013, p. 138.

A.-S. BINNINGER, ET I. ROBERT, « *Consommation et développement durable. Vers une segmentation des sensibilités et des comportements* », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 229, n° 1, 2008, pp. 51-59.

B. LAVILLE, « *L'ordre public écologique. Des troubles de voisinages à l'aventure anthropocène* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, *Coll. Archives de philosophie du droit*, t. 58, 2015, pp. 317-336.

B. LE BARS, « *La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004* », *JCP G* 2004, I, p. 148.

B. POUJADE, « *La protection du droit à l'environnement par le juge administratif : l'exemple du contrôle juridictionnel des grands équipements publics* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 39-50.

C. COURTAIGNE-DESLANDES, « *La répression pénale des atteintes irréversibles* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 61-74.

C. DELIVRE, « *Fiscalité, territoires, environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 53-62.

C. FERREIRA MACEDO D'ISEP, « *La certification environnementale comme instrument de gestion du risque écologique à l'égard du droit brésilien* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1239-1261.

C. HUGLO ET G. PAUL, « *Contentieux administratif de l'environnement* », *JurisClasser Administratif*, Fasc. 1137, 2016.

C. LARONDE-CLERAC, « *Droit pénal de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, 2014/4, Vol. 39, pp. 651-664.

C. LEPAGE, « *Les véritables lacunes du droit de l'environnement* », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 123-133.

C. RIALLAND-JUIN, « *Le conflit de Notre-Dame-des-Landes : les terres agricoles, entre réalités agraires et utopies foncières* », *Noréis*, vol. 238-239, n° 1, 2016, pp. 133-145.

D. BERGOT, « *L'inspection de l'environnement en pratique* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 171-176.

D. BLANC, « *L'écolabel en droit communautaire* », in Maljean-Dubois, S. (Dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 365.

- D. ROETS, « *Les sanctions pénales du droit de l'environnement sont-elles utiles ?* », Revue de droit rural, 1992, p. 323.
- E. GUEGUEN, « *La normalisation de l'environnement, contrainte ou atout pour l'entreprise* », Droit de l'environnement, 1993, n° 21 et 22.
- E. LE CORNEC, « *L'effet direct des conventions internationales en droit français de l'environnement et de l'aménagement* », in Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Paris, Dalloz, 2009, pp. 651-673.
- E. MONTEIRO, « *Vers un droit répressif de l'écosystème ?* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 195-209.
- E. NAIM-GESBERT, « *L'irrésistible ordre public écologique. Risque et Etat de droit* », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1323-1341.
- E. NAIM-GESBERT, « *Maturité du droit de l'environnement* », Revue juridique de l'environnement, vol. 35, n° 2, 2010, pp. 231-240.
- F. BOUIN, « *La régulation du tourisme durable dans les régions ultrapériphériques par le droit international de l'environnement* », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. (Dir.), Tourisme et développement durable : Actes du Colloque du CEREGMIA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003, Paris, Publibook, 2005, pp. 454-466.
- F. BOUIN, « *Les enjeux environnementaux du tourisme insulaire* », JT n° 199/2017, pp. 37-39.
- F. BOUYSSOU, « *La prise en compte de l'environnement par les documents communaux de planification urbaine* », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Paris, Dalloz, pp. 1527-1533.
- F. EWALD, « *Le droit de l'environnement : un droit de riches ?* », Pouvoirs, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 13-21.
- F. NESI, « *Le juge et le droit à l'environnement* », in Chamboredon, A., Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 139-148.
- F. PERALDI LENEUF, « *Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques* », in L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 753-766.
- G. DRAGO, « *Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement* », AJDA, 2004, n° 3, p. 133.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Code pénal et environnement* », in Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Paris, Dalloz, 2017, pp. 355-364.
- G. GROLLEAU, N. MZOUGH, ET L. THIEBAUT, « *Les instruments volontaires : Un nouveau mode de régulation de l'environnement ?* », Revue internationale de droit économique, vol. t. XVIII, 4, n° 4, 2004, pp. 461-481.
- G. J. MARTIN, « *Les enjeux juridiques du développement durable pour l'entreprise* », in Magnier, V. et Fonbaustier, L. Développement durable et entreprise, Paris, Dalloz, Collection « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 45-55.
- G. LANDRIEU, P. COUSSY, S. FURLAN ET E. JOURDAIN, « *L'évaluation des effets externes du transport sur l'environnement* », Colloque scientifique International « Transport et pollution de l'air », Avignon, juin 1997, pp. 257-264.
- H. ADIDA-CANAC, « *Le préjudice écologique : l'affaire Erika et ses suites* », Justice et cassation, 2017, p. 60.
- I. SERGENT, « *RSE et Codes de bonne conduite privés* », Lettre des juristes de l'environnement, 2010.
- J. BETAÏLLE, « *Répression et effectivité de la norme environnementale* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 47-59.
- J. FRANCFORT, « *Le respect des préoccupations d'environnement peut-il fonder un refus de permis de construire ?* », AJDA, 2011, p. 1283.

J. MALLET ET G. MARTIN, « *L'intégration substantielle des préoccupations environnementales dans le système juridique* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Sueur, J.-J. (Dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 245-273.

J. MORAND-DEVILLER, « *Les "grands principes" du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme* », *Droit de l'environnement*, 2002, n° 95, p. 8.

J. TARDIF, « *Ecotourisme et développement durable* », *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 1, 2003.

J.-B. RACINE, « *La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement* », *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 4, 1996, pp. 409-424.

J.-C. MARTIN ET S. MALJEAN-DUBOIS, « *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à un environnement sain* », Séminaire INUTAR/ENM « *Prévention des risques et responsabilité pénale en matière de dommage environnemental : une approche internationale, européenne et nationale*, 22 octobre 2008.

J.-L. MICHAUD, « *Tourisme & territoire – Tourisme durable – Quel avenir pour le tourisme littoral ?* », *JT* n° 195/2017, p. 36.

J.-M. BRETON, « *De Rio à Johannesburg : tourisme, écotourisme et développement durable dans la Caraïbe* », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. (Dir.), *Tourisme et développement durable : Actes du Colloque du CEREGMIA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003*, Paris, Publibook, 2005, pp. 408-428.

J.-M. BRETON, « *Paradigme d'écotourisme et sociétés traditionnelles en mutation : le cas de l'outre-mer français* », *Téoros*, 23-2, 2004, pp. 54-60.

J.-M. BRETON, « *Tourisme alternatif et développement durable dans la Caraïbe* », *Téoros*, 26-1, 2007, pp. 46-51.

J.-M. BRETON, « *Urbanisme touristique littoral et environnement dans les Antilles françaises* », *JT* n° 188/2016, p. 36.

J.-M. BRETON ET AL., « *Territoires ultramarins et compétences environnementales les DOM-ROM* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 163-184.

J.-M. MOUSSERON, « *La gestion des risques par le contrat* », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

J.-P. COST ET P. TITIUN, « *La Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement* », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 31-41.

J.-P. FERRAND, « *La protection de la plage par le droit de l'urbanisme* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° 3, 2014, pp. 447-463.

J.-P. LEBRETON, « *L'évaluation environnementale et le droit de l'urbanisme : perspective comparative* », *RFDA*, 2008, p. 633.

J.-P. MARGUENAUD, « *Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme* », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2003, pp. 15-21.

J.-P. STREBLER, « *La police de l'affichage publicitaire* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 147-155.

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « *La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 41-57.

L. BOY, « *L'appel à la régulation en droit de l'environnement* », in *Pour un droit économique de l'environnement*, *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 71-74.

L. BOY, « *L'éco-label communautaire, un exemple de droit postmoderne* », *Revue internationale de droit économique*, 1996, n° 1, p. 69.

L. BOY, « *Les programmes d'étiquetage écologique en Europe* », *Revue internationale de droit économique* 2007/1, t. XXI, pp. 5-25.

- L. BOY, « *Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 37, n° 2, 2012, pp. 305-317.
- L. FONBAUSTIER, « *L'ordre public environnemental et les mutations de l'action publique* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 141-156.
- L. KRÄMER, « *Le droit répressif et le droit de l'environnement européen* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 75-93.
- L. MAURIN, « *La fondamentalisation environnementale du contrat* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 425-437.
- L. NEYRET, « *La consécration du préjudice écologique dans le Code civil* », *D.*, 2017, p. 924.
- L. NEYRET, « *Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète* », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 411-433.
- M. BOIZARD, « *Les codes de conduites privés : un instrument volontaire juridiquement efficace ?* », in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 147-156.
- M. BOTHE, « *La protection internationale de l'environnement. Allocation efficace de ressources, justice distributive et intérêt commun* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 435-460.
- M. BOUTONNET, « *Des obligations environnementales en droit des contrats* », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 57-70.
- M. BOUTONNET, « *Le contrat et le droit de l'environnement* », *RTD civ.*, 2008, p. 1.
- M. BOUTONNET, « *Le contrat, un instrument opportun de l'ordre public environnemental ?* », *D.*, 2013, p. 2528.
- M. BOUTONNET ET L. NEYRET, « *La consécration du concept d'obligation environnementale* », *D.*, 2014, p. 1335.
- M. COUTURE, « *L'écotourisme : un concept en constante évolution* », *Téoros*, vol. 21, n° 3, 2002, pp. 5-13.
- M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Le contrat environnemental* », *D.*, 2015, p. 217.
- M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Les contrats environnementaux* », in Hautereau-Boutonnet (Dir.), M., *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 443-480.
- M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « *Les obligations environnementales* », in Hautereau-Boutonnet, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 483-522.
- M. HAUTEREAU-BOUTONNET ET E. TRUILHE-MARENGO, « *Quel modèle pour le procès environnemental ?* », *D.*, 2017, p. 827.
- M. MEKKI, « *Postface. Le contrat et l'environnement* », in Boutonnet-Hauterau, M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 533-555.
- M. MOLINER-DUBOST, « *Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement* », *AJ Collectivités territoriales*, 2012, p. 620.
- M. PAQUES, « *De l'autorisation administrative* », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 638.
- M. PRIEUR, « *L'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement : Actes de la réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF* », Porto-Novo, 2008, pp. 291-301.

- M. PRIEUR, « *Le Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ?* », *Pouvoirs, Droit et environnement*, n° 127, 2008, p. 49.
- M. PRIEUR, « *Les tribunaux administratifs, nouveaux défenseurs de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, 1997, p. 237.
- M. PRIEUR, « *Urbanisme et environnement* », *AJDA*, 1993, p. 80.
- M. PRIEUR, « *Vers un droit de l'environnement renouvelé* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier « *Constitution et environnement* », n° 15, Janvier 2004.
- M.-A. COHENDET, « *Le droit répressif, quelles valeurs, quelles frontières ?* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 15-32.
- M.-J. LITTMANN-MARTIN, « *Droit pénal de l'environnement* », *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 2, 1982, pp. 154-169.
- M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « *L'accès au juge civil français en cas d'atteintes à l'environnement : une diversité d'actions pour répondre à la diversité des préjudices* », in Bétaille, J. (Dir.) *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J.-Lextenso, 2016, pp. 203-224.
- P. BILLET, « *L'environnement dans la main bien visible du marché* », *Environnement*, mai 2007, n° 5, 24.
- P. DELEBECQUE, « *Après l'arrêt Erika* », in *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 163-174.
- P. DELEBECQUE, « *L'arrêt 'Erika' : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ?* », *D.* 2012, p. 2711.
- P. JANIN, « *Les infrastructures de transport dans l'environnement : intégration ou effraction ?* », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/3, vol. 41, pp. 451-467.
- P. LASCOUMES, « *Des acteurs aux prises avec le "Grenelle Environnement"* », *Participations*, 2011/1, n° 1, pp. 277-310.
- P. POUPET ET S. MATHIER, « *L'ISO 14001 et les moyens de management de l'environnement* », *Droit de l'environnement*, 1996, n° 41, p. 10.
- P. SOLER-COUTEAUX, « *Droit de l'urbanisme et droit de l'environnement : réflexions sur la production de la norme d'urbanisme* », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, pp. 763-777.
- P. STEICHEN, « *Entreprises et droit de l'environnement : les obligations de l'entreprise liées au droit de l'environnement* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriainen, F. (Co), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 405-438.
- PH. BILLET, « *Implantation des équipements commerciaux et prise en compte de l'environnement* », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 27-39.
- R. GRAND, « *Urbanisme et environnement : comment accélérer les procédures ?* », *AJDA*, 2015, p. 716.
- R. HOSTIOU, « *Vers un nouveau principe général du droit de l'environnement. Le principe 'protecteur-payeur'* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 567-575.
- S. BOURAOUI, « *De l'analyse substantielle en droit de l'environnement* », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, édition Frison-Roche, 1999, pp. 11-21.
- S. GUTWIRTH, « *Trente ans de théorie du droit de l'environnement : concepts et opinions* », *Environnement et Société*, n° 26, 2001, pp. 5-17.
- S. LAVALLEE ET K. BARENTSEIN, « *La régulation et l'harmonisation internationale des programmes d'écolabels sur les produits et les services* », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. XVIII, n° 1, 2004, pp. 47-77.

- T. DUBREUIL, « *Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. volume 42, n° 4, 2017, pp. 621-628.
- T. TACHEIX, « *Le dommage de non-restauration de l'environnement et la pollution optimale* », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1657-1670.
- U. PETILLION, « *La répression des atteintes à l'environnement : réflexions autour de la compétence internationale du juge pénal français* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 99-114.
- V. DUVAT, « *Mondialisation touristique et environnement dans les petites îles tropicales* », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, vol. 236, n° 4, 2006, pp. 513-539.
- V. GAUDRON, « *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme français* », *RFDA*, 2008, p. 659.
- V. INSERGUET-BRISSET ET J.-F. INSERGUET, « *Les approches volontaires et les collectivités territoriales* », in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 293-308.
- V. JAWORSKI, « *Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 115-128.
- X. CABANNES, « *La protection fiscale du droit à l'environnement* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 83-90.
- X. DIEUX et F. VINCKE, « *La RSE : leurre ou promesse ?* », *Revue du Droit des Affaires internationales*, n° 1, 2005, p. 13.
- X. ZOU, « *Nouveau regard sur le délit environnemental* », in Chamboredon, A., *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement. A la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 91-100.
- Y. JEGOUZO, « *Les plans et programmes doivent être précédés d'une évaluation environnementale* », *RDI*, 2004, p. 344.
- Y. JEGOUZO, « *Les principes du droit de l'urbanisme* », in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 179-189.
- Y. KEITA, « *Le juge administratif et le contentieux de l'urbanisme littoral aux Antilles* », *RJE*, 1998, n° 1, p. 61.
- Y. PETTI, « *Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 36, n° 1, 2011, pp. 31-55.
- J.-L. PISSALOUX, « *Entrée : Grenelle de l'environnement et lois "Grenelle 1" et "Grenelle 2"* », in J.-L. Pissaloux (dir.), *Dictionnaire : Collectivités territoriales et développement durable*, Paris, Lavoisier, Environnement, 2017, pp. 233-241.
- Y. WINISDOERFFER, « *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement* », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 2003, pp. 213-228.
- « *L'ordre public écologique. Du concept à la juridicité* », *Droit et Culture*, n° 68, 2014.
- « *Le droit de l'homme à l'environnement en droit constitutionnel comparé dans les États de la Communauté européenne* », *RJE*, n° 4-1994, p. 313.
- « *Les 25 ans de la loi littoral* », *Revue juridique de l'environnement*, 2012/5 (n° spécial), pp. 17-246.

6. Rapports

CONSEIL D'ETAT, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, Paris, La Documentation Française, 1992.

MOHAMED SOILHI, T., GREMILLET, D. ET KARAM, A., *Rapport d'information sur les conflits d'usage et la planification foncière dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 616, 2017.

P. GELARD, *L'application de la 'loi littoral' : pour une mutualisation de l'aménagement du territoire*, Paris, Sénat, Rapport d'information n° 421, 2004.

Manuel sur les droits de l'Homme et l'environnement, 2ième éd., Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2012.

M. Fiscalité

1. Ouvrages généraux

CASTAGNEDE, B., *Précis de fiscalité internationale*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, 592 p.

CHARVERIAT, A. et FENA-LAGUENY, E., *Intégration fiscale 18-19 : résultat d'ensemble, restructurations, déclarations, conventions*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2017, 956 p.

GEST, G. ET TIXIER, G., *Droit fiscal international*, Paris, PUF, 1990, 611 p.

SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, Paris, Dalloz, 2017, 880 p.

Mémento Fiscal 2018, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2018, 1615 p.

Paradis fiscaux et opérations internationales, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre, 2002, 517 p.

2. Ouvrages spécifiques

CASTAGNEDE, B., *La politique fiscale*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, 128 p.

MANDELBAUM J.-F., *La double imposition des succursales à l'étranger*, Paris, L'Harmattan, 2007, 200 p.

Aide fiscale à l'investissement outre-mer, Levallois-Perret, Editions Francis Lefebvre (Dossier/Thémexpress), 2016, 248 p.

3. Monographies

KALLERGIS, A., *La compétence fiscale*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2018, 1002 p.

MELOT, N., *Territorialité et mondialité de l'impôt - Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, 956 p.

MOLE, A., *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Dauphine, 2015.

PERIN-DUREAU, A., *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2014, 566 p.

4. Articles

- A. CARTAPANIS et J. TEÏLETICHE, « *Les hedge funds et la crise financière internationale* », Revue d'économie financière, Hors-série, Crise financière : analyses et propositions, vol. 7, n° 1, 2008, pp. 185-193.
- A. DE BISSY, « *La gestion du régime "mère-fille" : quel est le risque d'abus ?* », Revue de droit fiscal, 2012, n° 50, p. 558.
- A.-S. FRANC, « *L'impôt sur les sociétés dans les zones franches urbaines* », JA n° 355/2007, p. 30.
- B. BONHERT, « *Quelles sont les règles de répartition des charges ou économies d'impôt au sein d'un groupe intégré ?* », Editions Francis Lefebvre 4/17, n° 1, p. 2.
- C. BRUNO, « *Les zones franches urbaines : avantages fiscaux* », AJDI, 1997, p. 201.
- C. CHAVAGNEUX, « *Les paradis fiscaux, piliers du capitalisme* », Alternatives économiques, 2006/11, n° 252, p. 112.
- C. VALENTIN et T. CLAUDEL, « *Régime des sociétés mères : le seuil de 5 % s'apprécie par référence au seul lien capitalistique* », Revue de droit fiscal, 2014, n° 49, p. 601.
- D. GUTMANN, « *Droit et fraude fiscale* », Revue Commentaire, 2009/4, n° 128, pp. 973-980.
- D. GUTMANN, « *L'évasion fiscale des sociétés* », Revue internationale de droit comparé, Vol. 62, n° 2, 2010, pp. 533-551.
- D. PERROT, « *Octroi de mer, baisse des prix et compétences fiscale des régions ultramarines* », in Potvin-Solis, L. (Dir.), Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 275-299.
- E. BOKDAM-TOGNETTI, « *La jurisprudence de la CJUE en matière d'intégration fiscale et sa réception par le juge administratif français* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, p. 512.
- E. FENA-LAGUENY et J.-PH. BIDEGAINBERRY, « *L'intégration horizontale : premier bilan du régime futur* », Editions Francis Lefebvre 2014, n° 52, p. 3.
- E. QUENTIN, « *Quel avenir pour le régime d'intégration fiscale ?* », Revue française de comptabilité, mai 2018, n° 520, pp. 2-3.
- F. BOST, « *Les zones franches, interfaces de la mondialisation* », Annales de géographie, 2007/6, n° 658, pp. 563-585.
- G. BLANLUET, « *Le régime des sociétés mères : Etat des lieux et perspectives* », Revue de droit fiscal, 2014, n° 41, p. 564.
- G. CAHIN, « *Les zones franches urbaines : bilan juridique provisoire* », AJDA, 1999, p. 467.
- H. ISAÏA ET J. SPINDLER, « *Déréglementation et fiscalité* », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, édition Frison-Roche, 1999, pp. 517-537.
- J. MOLINIER, « *L'apport de Gaston Jèze à la théorie des finances publiques* », Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1991, pp. 55-70.
- J. PASTOR, « *Vers un régime simplifié de la taxe de séjour ?* », AJDA, 2014, p. 1418.
- J. TUROT, « *L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? A propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998* », Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales, 12/98, p. 940.
- J.-B. GEFFROY, « *La défiscalisation des investissements immobiliers des particuliers. Ou comme toute médaille, la niche fiscale a son revers* », Revue de droit fiscal, 2010, p. 381.
- L. LECLERCQ, A.-M. MERLE et J. DU PASQUIER, « *Vers un régime de groupe entre sociétés sœurs* », Revue de droit fiscal 2014, n° 26, p. 347.
- M. AGLIETTA et S. RIGOT, « *Hedges funds : la fin du laissez-faire* », Développements récents de l'analyse économique, Revue économique, Presses de Science Po, vol. 60, mars 2009, n° 1.
- M. BOUVIER, « *La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post moderne* », Revue française de finances publiques, n° 100, 2007.
- M. DESSE et T. HARTOG, « *Zones franches, offshore et paradis fiscaux* », Mappemonde, n°72, 2003/4, pp. 21-24.

- M. FAURE-ABBAD, « *Défiscalisation des investissements immobiliers : dangers et remèdes* », Revue de droit immobilier, 2011, p. 255.
- M. PONCELET et T. AFANTROUSS, « *Le régime mère-fille : un régime d'exonération à la faveur d'un actionnariat stable* », Revue de droit fiscal, 2016, n° 18-19, p. 308.
- M. PRADA, « *Le monde des hedge funds : préjugés et réalité* », Revue de stabilité financière, n°10, Banque de France, Avril 2007, p. 141.
- M.-C. DE MONTECLER, « *Hausse de la taxe de séjour et fin de l'écotaxe* », AJDA, 2014, p. 1349.
- N. BOYNES, « *Les fragilités du régime français d'intégration fiscale au regard de la jurisprudence de la CJUE* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, p. 513.
- O. DAUCHEZ, « *Le recours au régime mère-fille peut se révéler abusif* », Bulletin de gestion fiscale des entreprises, 5/13, pp. 4-10.
- P. DIBOUT, « *L'article 209 B du CGI est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire ?* », Revue de droit fiscal, 1990, n° 44, p. 1485.
- P. DIENER, « *La "défiscalisation" par entreprises fictives dans les départements d'outre-mer après la loi n° 91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992* », D. 1992, chron. 37, pp. 181-186.
- P. SERLOOTEN ET A. DE BISSY, « *Le néo-réalisme du droit fiscal* », in Hecquard-Théron, M. et Krynen, J. (Dir.), Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, t.1 : Bilan & t. 2 : Réformes-Révolutions, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, pp. 195-222.
- PH. NEAU-LEDUC, « *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national* », Revue de droit fiscal 2012, n° 50, p. 554.
- P.-J. LEHMANN, « *Le rôle des finances publiques dans la régulation de l'économie selon Léon Say* », in Bottini, F. L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 47.
- R. FIEVET, « *Activités touristiques - Fiscalité - Investir en outre-mer : panorama* », JT n° 163/2014, pp. 45-47.
- S. CAUDAL-SIZARET, « *Chronique de la fiscalité française de l'environnement en 2013* », Revue juridique de l'environnement, vol. 39, n° 2, 2014, pp. 311-330.
- Y. RUTSCHMANN et P.-H. DURAND, « *Le système de l'intégration à la française face aux exemples étrangers* », Revue de droit fiscal 2016, n° 39, p. 511.

5. Rapport

- BOCQUET, E., *Rapport sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, Paris, Sénat, n° 673, 2012.
- GEOURJON, A.-M. ET LAPORTE, B., *Impact économique de l'octroi de mer dans les Départements d'Outre-mer français*, Fondation pour les études et recherches sur le développement international, Rapport d'étude, 25 mars 2020.

N. Idées politiques

1. Ouvrages généraux

- BURDEAU G., *Traité de Science politique, Tome IV*, Paris, LGDJ, 1969, 695 p.
- TOUCHARD, J., *Histoire des idées politiques. Du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, t.2, 2005, pp. 383-870.

2. Ouvrage spécifique

BIRNBAUM, P. et LECA, J., *Sur l'individualisme : théories et méthodes*, Nouv. éd., Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques (coll. « Références »), 1991, 379 p.
 VOYENNE B., *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris, Presses d'Europe, 1976, 320 p.

3. Articles

A. COBBAN, « *The Political Ideas of Maximilien Robespierre during the Period of the Convention* », *The English Historical Review*, 1946, LXI, CCXXXIX, pp. 45-80.
 J.-C. CASANOVA, « *Jacobinisme : la fin d'un mythe* », *Commentaire*, 2002, Numéro 100, n° 4, pp. 869-884.
 J.-J. CHEVALLIER, « *Burdeau, G., Traité de science politique, 3e éd., t. I et vol. II, t. II.* », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 35, n° 3, Juillet- septembre 1983, pp. 643-647.
 S. DION, « *Tocqueville, le Canada français et la question nationale* », in *Revue française de science politique*, vol. 40, n° 4, août 1990, pp. 501-519.

O. L'Etat

1. Ouvrages spécifiques

BADIE, B., *Un monde sans souveraineté : les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard (coll. « L'espace du politique »), 1999, 304 p.
 BEAUD, O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 425 p.
 BODIN J., *Les Six Livres de la République*, 1608.
 BRINTON C., *Jacobins : an essay in the new history*, New York, Macmillan, 1931, 319 p.
 BURDEAU G., *Traité de science politique, Tome II*, Paris, LGDJ, 1949, 635 p.
 CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés : avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Dalloz, 2007, 214 p ou [texte digitalisé dans la bibliothèque nationale de France](#).
 CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, t.1, 2003, 1526 p.
 CHATELET, F. ET PISIER, E., *Les conceptions politiques du XXe siècle*, Paris, PUF, 1981, 655 p.
 CHEVALLIER, J., *L'Etat post-moderne*, Paris, Lextenso-L.G.D.J., 2014, 328 p.
 DE TOCQUEVILLE, A., « *De la démocratie en Amérique* », in *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1992, vol. 2, Livre I, première partie, chapitre 8.
 DELSOL, C., *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, 1re éd., Paris, Presses universitaires de France (coll. « Léviathan »), 1992, 232 p.
 ESPING-ANDERSEN, G., *Les trois mondes de l'Etat providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris, PUF, 1999, 310 p.
 FLEINER-GERSTER T., *Théorie générale de l'État*, Genève, Graduate Institute Publications, 1986, 517 p.

- HOBBS, T. et MAIRET G., *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, 1028 p.
- JAUME L., *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, 508 p.
- MANENT, P., *Les libéraux I (Anthologie)*, Paris, Hachette, 1986, 520 p.
- MARTIN G., *Les jacobins*, Paris, PUF, 1945, 118 p.
- MERLAND, G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2004, 408 p.
- MERRIEN, F.-X., *L'État-providence*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, 127 p.
- PATRY, A., *La capacité internationale des Etats : L'exercice du « Jus Tractatum »*, Québec, Presses universitaires du Québec, 1983, 78 p.
- POULANTZAS N., *La crise de l'Etat*, Paris, PUF, 1976, 348 p.
- RAFFENNE, C., *La souveraineté marchandisée : l'Empire des paradis fiscaux et le pillage environnemental*, Paris, Armand Colin (coll. « Collection Émergences »), 2012, 131 p.
- ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1995, 222 p.
- ROSANVALLON, P., *La crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981, 183 p.
- VANDERMEEREN, R., *Police*, in Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2017, n° 619 à 627.
- WEBER, M., *Le savant et le politique*, Paris, Editions 10/18, 2002, 224 p.

2. Monographies

- DUSSART, M.-L., *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2015, 380 p.
- ROUX, J., *Le principe de souveraineté de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1998.
- SAILLANT, E., *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2011, 662 p.

3. Articles

- A. ANTOINE, « *Histoire de la réglementation économique* », in Videlin, J.-C. (Dir.), *La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau ? Éléments de réflexion*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 11-20.
- A. SUPIOT, « *La contractualisation de la société* », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, pp. 51-58.
- A.-J. ARNAUD, « *Introduction* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., pp. 75-84.
- C. MAGDALIJNS, « *Le contrôle de l'action administrative, contribution à une typologie réorientée des contrôles* », *Revue Pyramides*, n° 8, 2004, pp. 65-82.
- C. MAUGÜE, « *Le Conseil constitutionnel et le droit supranational* », *Pouvoirs* 2003/2, n° 105, pp. 53-71.
- E. MAULIN, « *L'irréductibilité de la souveraineté territoriale* », in *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, pp. 11-20.
- F. BORELLA, « *Le fédéralisme dans la Constitution française du 5 octobre 1958* », *Annuaire français de droit international*, vol. 4, 1958, pp. 659-681.

- G. PROTIERE, « *Délocalisation et puissance publique* », Les délocalisations, Novembre 2013, Lyon, (hal-00995745).
- G. REMILLARD, « *Souveraineté et fédéralisme* », Les Cahiers de Droit, 201-2, 1979, pp. 237–246.
- J. CHEVALLIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris, Dalloz, 2015, pp. 83-93.
- J.-J. SUEUR, « *Droit constitutionnel économique et droits de l'homme* », in Boy, L., Racine, J.-B. et Siiriainen, F., *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 103-137.
- J.-J. SUEUR, « *Impressions d'après colloque – Le droit, le « public » et l'expérience* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 275-291.
- J.-M. BLANQUER, « *La Ve République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps* », (Entretien) in *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, pp. 21-32.
- J.-Y. MORIN, « *La personnalité internationale du Québec* », *Revue québécoise de droit international*, 1984, pp. 163-304.
- M. GAUCHET, « *L'héritage jacobin et le problème de la représentation* », *Le Débat*, 2001, vol. 116, n° 4, pp. 32-35.
- M. TROPER, « *L'Europe politique et le concept de souveraineté* », in Beaud, O. et al. (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117.
- M.H. FABRE, « *L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? Fiction ?* », *RDP*, 1982, p. 603.
- O. BEAUD, « *Fédéralisme et Fédération en France. Histoire d'un concept impensable ?* », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 3, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 7-82.
- O. BEAUD, « *Fédéralisme et souveraineté (notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération)* », *RDP*, 1998, pp. 83-122.
- P. ALBERTINI, « *Les échelles de l'Etat : permanences et changements (Rapport de synthèse)* », in Bottini, F. *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 173-192.
- P. DELVOLVE, « *Les contradictions des délégations de service public* », *AJDA*, 1996, p. 675.
- P. FRAISSEIX, « *De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé* », *D.*, 2000, chron., p. 61.
- P. FRANCESCAKIS, « *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?* », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1966-1969, p. 149.
- P. WASCHMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'Etat du fait des lois* », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris, Dalloz, 2015, pp. 679-688.
- P. WEIL, « *L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois*, in *Ecrits de droit international* », Paris, PUF, 1982, pp. 409-423.
- R. DEBBASCH, « *L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France* », *RFDC*, 1997, p. 359.
- S. RIALS, « *Critique d'un lieu commun : les trois notions de souveraineté* », *APD*, 1987, t. 32, p. 197.
- S. ROLAND, « *La souveraineté* », in Auby, J.-B., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, pp. 119-149.
- S. SAURUGGER, « *Théoriser l'Etat dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret* », *Jus politicum*, 2012, n° 8.
- T. DAINTHH, « *Pouvoir étatique en droit et en économie* », in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat « Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? », Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 367-380.

W. BEN HAMIDA, « *L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ?* », *International Law Forum du droit international*, vol. 7, n° 4, 2005, pp. 261-272.

X. BIOY, « *La propriété éminente de l'État* », RFDA 2006, p. 963.

Y. GOUTAL, « *Le Code général de la propriété des personnes publiques* », *La Gazette des communes*, juin 2006, p. 54.

P. Outre-mer et Union européenne

1. Ouvrages spécifiques

JOS, E. ET PERROT, D. (DIR.), *L'Outre-Mer et l'Europe communautaire : quelle insertion ? Pour quel développement ? Journées d'études du CRPLC, octobre 1991*, Paris, Economica, 1994, 589 p.

POTVIN-SOLIS, L. (DIR.), *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, 448 p.

2. Monographies

BOULET, M., *Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2012, 682 p.

NOUREAU, A., *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse de doctorat, droit, Université de La Rochelle, 2011.

VESTRIS, I., *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 676 p.

3. Articles

D. PERROT, « *Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne* », *RTD eur.*, 2009, p. 717.

D. PERROT, « *La première interprétation de l'article 349 TFUE par la CJUE - Clarifications et interrogations sur le statut des régions ultrapériphériques* », *Revue de l'Union européenne*, janvier 2017, n° 604, pp. 40-52.

D. PERROT, « *Le nouvel article 299, §2 du traité instituant la Communauté européenne – Vers un approfondissement de la différenciation juridique en faveur des régions ultrapériphériques* », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 12, 2000, pp. 107-148.

D. PERROT, « *Les compétences des collectivités ultramarines françaises (COM) et le principe de non-discrimination entre les citoyens de l'Union* », in *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des Collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 57-98.

D. PERROT, « *Les départements français de la Caraïbe et la contrainte communautaire dans leurs relations avec les Etats tiers à la Communauté* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ? Journées d'études du CRPLC, octobre 1991*, Paris, Economica, 1994, pp. 495-518.

D. PRIVAT-TRABLON, « *La gouvernance des RUP. Une notion communautaire ou éminemment interne ?* », in *La gouvernance territoriale dans les régions et départements français d'Amérique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, pp. 133-147.

E. JOS, « *La Communauté Economique Européenne et l'appui à l'ajustement structurel dans les Pays ACP : le défi de la différence* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, pp. 269-279.

E. JOS, « *Statuts communautaires et développement durable des régions ultrapériphériques françaises* », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, Harmattan, 2007, p. 156 et s.

G. GODIVEAU, « *Les collectivités territoriales face au droit européen des aides d'Etat : Des sujets par procuration en voie d'émancipation* », in *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 224.

I. OMARJEE, « *Le traité d'Amsterdam et l'avenir de la politique de différenciation en faveur des départements d'outre-mer* », RTDE, 1998, pp. 515-533.

J. BLOT, « *L'application du traité CE aux territoires d'outre-mer* », AJDA, 2003, p. 1426.

J. CRUSOL, « *Bilan et perspectives de l'intégration des DOM à la Communauté économique européenne (1957-1992)* », in *Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer ?*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 483-518.

J. ZILLER, « *Les États européens et les territoires ultra-marins placés sous leur souveraineté* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, n° 2, 2012, pp. 169-186.

J. ZILLER, « *Les outre-mer de l'Union européenne* », *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 408.

J. ZILLER, « *Les pays et territoires associés à la Communauté européenne (PTOM) : une alternative pour les "régions ultra-périphériques" ?* », in *L'outre-mer et l'Europe communautaire : quelle insertion ? Pour quel développement ?*, Paris, Economica, 1994, pp. 173-192.

T. BANGUI, « *Le droit à la sécurité sanitaire des aliments et l'article 349 TFUE* », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n° 547, avril 2011.

4. Rapports

BELLIARD, E. et DE SALINS, C., *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, Paris, Rapport au Conseil d'Etat, La Documentation française, 2004.

LETCIMY, S., *L'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques*, Rapport au Premier ministre, monsieur Jean-Marc Ayrault, 2013.

Q. Outre-mer et décentralisation

1. Ouvrage général

FABERON, J.-Y. ET ZILLER, J., *Droit des collectivités d'Outre-mer*, Paris, L.G.D.J., 2007, 546 p.

2. Ouvrages spécifiques

- AIMOT, O. ET FABERON, J.-Y., *Territoires d'outre-mer et Etat de droit. Le régime législatif de la Nouvelle Calédonie*, Paris, Dalloz, 1994, 104 p.
- BALASSA, B., *The theory of economic integration*, London, George Allen and Unwin Ltd, 1961, rééd. Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon-on-Thames, 2011, 304 p.
- COMBEAU, P. (DIR.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, Harmattan, 2007, 368 p.
- DANIEL, J. (DIR.), *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, Harmattan, 2007, 270 p.
- DEBENE, M. ET PASTOREL, J.-P. (DIR.), *La loi du pays en Polynésie française*, Paris, Harmattan (coll. « Portes océanes »), 2011, 200 p.
- ELFORT, M. ET ROUX, V., *La gouvernance territoriale dans les régions et départements français d'Amérique : actes des journées d'études de Cayenne des 8 et 9 avril 2011*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 252 p.
- FABERON, J.-Y. ET AGNIEL, G., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, 2000, 463 p.
- FORTIER, J.-C. (DIR.), *Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer ?*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 550 p.
- JACQUEMART, S., *La question départementale outre-mer*, Paris, PUF, 1983, 262 p.
- JOS, E., « *Le régime constitutionnel des collectivités territoriales régies par l'article 73* », Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Décembre 2012, Chapitre 1, folio n° 1907.
- JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., 1998, 362 p.
- MICHALON, T., *Entre assimilation et émancipation : l'Outre-mer français dans l'impasse ?*, Rennes, Perséides (coll. « Collection "Le monde atlantique" »), 2006, 522 p.
- MICLO, F., *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p.
- MOYRAND, A., *Droit institutionnel de la polynésie française*, Paris, L'Harmattan, 2007, 374 p.
- OMARJEE, I., « *Association : pays et territoires d'outre-mer* », Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2015.

3. Monographies

- BLANDEL A.-M., *Le particularisme législatif des territoires d'outre-mer : contribution à l'étude du cas de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1996.
- BRAMERET, S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J., 2011.
- CHICOT, P.-Y., *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises : l'action extérieure des départements-régions des Antilles et de la Guyane*, Paris, (Thèse de droit), L'Harmattan, 2005, 362 p.
- CUSTOS D., *L'adaptation des institutions françaises aux DOM*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1989.
- DURANTHON, A., *Subsidiarité et collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2017, 1014 p.
- FIDÈLE, M., *L'évolution statutaire des collectivités d'outre-mer : l'exemple de la Polynésie française*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille III, 2009.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Thèse de doctorat, droit, Université Aix-Marseille III, 1996.

PAGE J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille III, 2000.

RUBIO, N., *L'avenir des départements antillais*, Paris, La Documentation Française, 2000, 405 p.

4. Articles

A. DELBLOND, « *Autonomie locale et gouvernance territoriale outre-mer* », in *La gouvernance territoriale dans les régions et départements français d'Amérique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 151-177.

A. DELBLOND et H. HAUSTANT, « *Le préfet d'outre-mer* », in *Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?*, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 203-215.

A. DELCAMP, « *Principe de subsidiarité et décentralisation* », RFDC, 1995, n° 23, pp. 609-624.

A. JACQUEMET-GAUCHE, « *La coopération régionale en outre-mer* », AJDA, 2011, p. 722.

A. LAGUERRE, « *Outre-mer : une collectivité unique...pour quoi faire ?* », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°44, 31 octobre 2011, p. 24.

A. MOYRAND, « *La théorie de la souveraineté partagée* », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, 2000, pp. 29-38.

A. MOYRAND, « *Les pays d'outre-mer transforment la république française en un état autonome. Brèves réflexions sur la création d'une nouvelle catégorie de collectivités publiques infra étatiques* », in *Mélanges Patrice Gelard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, 1999, p. 187.

A. MOYRAND et A. TROIANIELLO, « *Le Conseil d'État, juge de l'autonomie politique ultramarine (Réflexions sur le contrôle juridictionnel spécifique de l'article 74 de la Constitution)* », in *Mélanges François Luchaire*, Publications de la Sorbonne 2005, p. 85.

A. ORAISON, « *Réflexions sur la notion de "lois du pays" adoptées par l'organe délibérant d'une collectivité d'outre-mer, créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème république. Un des aspects du renforcement du statut d'autonomie de la Polynésie française établi par la loi organique du 27 février 2004* », RRJ, 2005, p. 877.

A. RIGAUX, « *Les collectivités territoriales et la libre circulation des marchandises et des personnes* », in *Les effets du droit de l'Union Européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 149-213.

A. RIQUIER, « *La décentralisation et la gestion des aéroports* », JT n° 127/2011, pp. 23-25.

A. ROUX, « *Loi d'orientation pour l'outre-mer* », D. 2001, n° 22, pp. 1765-1766.

A. TROIANIELLO, « *La loi du pays expression de l'autonomie polynésienne* », RJP, 2004, n° HS, vol. 4, p. 179.

A.-M. BLANDEL, « *Le principe de la spécialité législative dans les territoires d'outre-mer* », in *Territoires d'outre-mer et Etat de droit. Le régime législatif de la Nouvelle Calédonie*, Dalloz, 1994, pp. 23-30.

A.-M. LE POURHIET, « *Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme* », RDP, 1999, p. 1005.

B. FAURE, « *La définition constitutionnelle de la collectivité territoriale par Louis Favoreu* », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 215-223.

B. FOLLIN, « *Le nouveau statut de la Polynésie française* », *Regards sur l'actualité*, n°303, août-septembre 2004, p. 75.

B. TCHIKAYA, « *Les compétences internationales des départements français d'outre-mer* », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, A. Pédone, Journée d'études, SFDI, 2002, pp. 63-91.

C. FLAESCH-MOUGIN, « *Les entités infra-étatiques et les instruments de l'action extérieure de l'Union européenne. L'exemple de la politique de coopération au développement* », in *Perrot, D. (Dir.), Collectivités*

territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 257-304.

C. GINDRE-DAVID, « *L'expérience calédonienne du partage de compétences : modèle spécifique ou voie à suivre ?* », in Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 233-242.

C. SEVERINO, « *La fonction consultative du Conseil d'État en matière de répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française* », AJDA, 2003, p. 925.

C. ZORGBIBE, « *Régionalisme et universalisme* », juill. 1977 p. 20.

CH. AUTEXIER, « *Le cadre juridique de l'action extérieure des régions* », RFDA, 1986, pp. 568-579.

C.-M. GEURTS, « *Les DOM et l'approche globale communautaire des régions ultrapériphériques* », in L'outre-mer et l'Europe communautaire - Quelle insertion ? Pour quel développement ? Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, pp. 375-385.

D. CHARLES-LE BIHAN, « *Les RUP : vers une stratégie de prise en compte des catégories territoriales spécifiques* », Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Continuités et changements : journée d'études, 15 janvier 2005, Schoelcher (Martinique), CRPLC, Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe, 2005, pp. 139-152.

D. CHARLES-LE BIHAN, « *Processus de régionalisation et modalités de la "coopération territoriale" transfrontalière dans l'Union européenne* », in Perrot, D. (Dir.), Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 195-233 pp.

D. DORMOY, « *Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la communauté européenne* », Jurisclasseur Europe, juillet 2007, fasc. 473.

D. VIGNES, « *L'amenuisement de la souveraineté des États membres des Communautés européennes et l'intégration régionale européenne* », vol. XLVII, 1994, Studia Diplomatica, n° 2, p. 49.

J.-C. JOBART, « *De la convergence du droit des collectivités territoriales : vers une généralisation des droits particuliers* », in Delvit, P. (Dir.), Bicentenaire du département de Tarn et Garonne : genèse, formation, permanence d'une trame administrative, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2008, pp. 469-496.

E. JOS, « *Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts "sur mesure" destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux* », RFDA, 2012, p. 73.

F. CONSTANT, « *La France dans les Caraïbes. La diplomatie territoriale à l'épreuve de l'insertion régionale des départements français d'Amérique (DFA)* », in Perrot, D. (Dir.), Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 73-92.

F. LEMAIRE, « *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République* », Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, n°35, 2012/2, p. 95.

F. LEMAIRE, « *Le Conseil constitutionnel et l'avenir institutionnel des départements d'outre-mer* », Revue française de droit administratif, mars-avril 2002, n°2, pp. 361-371.

F. LUCHAIRE, « *Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer* », RDP, 1994, pp. 1621-1645.

F. LUCHAIRE, « *Le statut de la collectivité territoriale de Corse (décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991)* », RDP, 1991, pp. 943-979.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires* », RFDA, 1997, p. 906.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « *Les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution* », Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 35, 2012/2, pp. 25.

F. MICLO, « *Les contours du principe constitutionnel d'adaptation* », in Questions sur l'administration des DOM : décentraliser outre-mer ?, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 101-109.

- F. PRIET, « *Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation* », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 249-267.
- F. RANGEON, « *Contrat et décentralisation : de nouvelles formes de régulation au plan local* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J, 1998, pp. 321-334.
- F. RENO, « *Les usages politiques des notions d' "intérêts propres" et de "spécificités" : Les cas de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy* », in *L'outre-mer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 73-90.
- F. RENO et J.-C. WILLIAM, « *Le statut départemental entre l'égalitarisme et les particularismes : Au-delà du masque...* », in Fortier, J.-C. (Dir.), *Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?*, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 57-71.
- F. ROUSSEL, « *L'application des lois et règlements outre-mer : les paradoxes de l'assimilation juridique* », *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 03/2010.
- G. DURAND, « *L'avenir des sociétés d'économie mixte locales* », *Revue d'économie financière*, Hors-série, 1995, *Partenariat public-privé et développement territorial*, pp. 289-298.
- G. GAULIER, S. JEAN et D. ÜNAL-KESENCI, « *Régionalisation et régionalisme* », in *L'économie mondiale 2006*, Paris, La Découverte, 2005, p. 84 et s.
- J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHIREAU, « *Deux ans de contentieux des lois du pays de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat* », *AJDA*, 2007, p. 2365.
- J. BOULOUIS, « *Réflexions et commentaires. Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale* », *AJDA*, 1982, p. 304.
- J. CRAWFORD ET M. MAUGIN, « *Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité* », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, A. Pédone, Journée d'études, SFDI, 2002, pp. 157-165.
- J. PERES, « *Application des lois et règlements en Polynésie française : répartition des compétences* », *RJP*, 2002, vol. 8, p. 181.
- J. PERES, « *La nouvelle répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française* », *RJP*, 2004, p. 485.
- J. ZILLER, « *Les possibilités et les limites constitutionnelles et internationales d'évolutions statutaires* », in *La loi d'orientation pour l'outre-mer*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 66-91.
- J.-B. BOUET, « *L'inscription du principe de subsidiarité dans la Constitution a-t-elle vraiment servi à quelque chose ?* », in *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 191-214.
- J.-CL. DOUENCE, « *L'exécution des lois dans les départements d'outre-mer* », *RFDA*, 1991, p. 345.
- J.-CL. DOUENCE, « *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer* », *RFDA*, 1992, p. 462.
- J.-CL. DOUENCE et B. FAURE, « *Y a-t-il deux Constitutions ?* », *RFDA*, 2000, p. 746.
- J.-CL. MAESTRE, « *L'indivisibilité de la République et l'exercice du droit à l'autodétermination* », *RDP*, 1976, p. 431.
- J.-F. SESTIER, « *L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence* », in *Les collectivités locales*, *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 400.
- J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « *Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales* », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, *Mélanges en l'honneur de G. Péquignot*, CERAM Montpellier, 1984, p. 309.
- J.-M. PONTIER, « *L'expérimentation et les collectivités locales* », *Revue administrative*, n° 320, 2001, p. 170.

- J.-P. BRISEUL, « *Les pouvoirs de l'administrateur supérieur de Wallis-et-Futuna face aux autorités coutumières* », AJDA, 2007, p. 1184.
- J.-P. DEROSIER, « *La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité* », RIDC, 2007, n° 1, pp. 107-140.
- J.-P. PASTOREL, « *Le champ de compétences de la « loi du pays » en Polynésie française* », in *La loi du pays en Polynésie française*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 101.
- J.-P. THIELLAY, « *L'application des textes dans les outre-mers français* », AJDA, 2003, p. 1032.
- J.-Y. FABERON, « *L'accord de Nouméa du 21 avril 1998 : La Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée* », Regards sur l'actualité, mai 1998, p. 19.
- J.-Y. FABERON, « *La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ?* », Pouvoirs, n°113, 2005, p. 5.
- L. FAVOREU, « *Décentralisation et constitution* », RDP, 1982, p. 1277.
- M. GHEVONTIAN, « *A la recherche de l'autonomie locale française. La libre administration des collectivités territoriales, un miroir aux alouettes ?* », Revue générale des Collectivités territoriales, 10/2015, pp. 219-233.
- M. JOYAU, « *Décentralisation, adaptation, autonomie* », in Faberon, J.-Y. *L'outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, la Documentation française, 2004, pp. 83-97.
- M. JOYAU, « *Les anamorphoses de l'autonomie de la Polynésie française* », in *Mélanges André-Hubert Mesnard*, LGDJ, 2006, p. 265.
- M. MARTEAU-PETTI, « *Les techniques d'adaptation de la fiscalité outre-mer* », in Faberon, J.-Y. (Dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, pp. 221-232.
- N. CLINCHAMPS, « *Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question* », Pouvoirs, n° 113, 2005, pp. 73-93.
- N. KADA, « *Quelle place et quel rôle pour le représentant local de l'Etat ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 93-107.
- O. DIDRICHE, « *Les intercommunalités, échelon de proximité pour la promotion du tourisme* », JT n° 179/2015, pp. 31-33.
- O. DOLLFUS et E. LE ROY, « *Postface* », in *L'intégration régionale dans le monde. Innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, p. 298.
- O. GOHIN, « *Egalité et différenciation dans les DOM : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution* », in Le Pourhiet, A.-M. (dir.), *Droit constitutionnel local*, Economica, PUAM, 1999, p. 119.
- O. GOHIN, « *La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France* », AJDA, 2003, p. 527.
- O. GOHIN, « *Les lois du pays : contribution au désordre normatif français* », RDP, 2006, p. 85.
- O. GOHIN et M. JOYAU, « *L'évolution institutionnelle de la Polynésie française* », AJDA, 2004, p. 1242.
- P. AUGE, « *L'adaptation des règles fiscales dans les départements d'outre-mer* », in Faberon, J.-Y. et Auby, J.-F. (Dir.), *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp. 27-42.
- P. BACHSCHMIDT, « *Les collectivités uniques de Guyane et de Martinique dans les lois organique et ordinaire du 27 juillet 2011* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n°44, 31 octobre 2011, 2343.
- P. BILLET et M. DUROUSSEAU, « *Principes constitutionnels et principes généraux d'attribution des compétences entre l'état et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement* », Revue juridique de l'environnement, vol. spécial, n° 5, 2013, pp. 17-24.
- P. HUGON, « *L'intégration régionale et les trappes à vulnérabilité* », Revue Tiers Monde, 2015/2, n° 222, p. 123.

- P. JAN, « *L'outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française)* », LPA, 3 août 2004, n° 154, p. 3.
- P. LINGIBE, « *Décryptage des collectivités territoriales de Guyane et de Martinique* », AJCT, 2011, p. 559.
- P. LINGIBE, « *Loi d'actualisation du droit des outre-mer : mesures concernant les futures collectivités territoriales de Guyane et de Martinique* », AJCT, 2015, p. 552.
- P. M. DUPUY, « *La coopération transfrontalière et le droit international* », AFDI, 1977, pp. 837-860.
- P. MARIN, « *Réflexions sur les limites du droit de la coopération régionale DOM/ACP à la lumière de l'exemple des régions-départements des Antilles* », in *L'Outre-Mer et l'Europe communautaire : quelle insertion ? Pour quel développement ?* Journées d'études du CRPLC, octobre 1991, Paris, Economica, 1994, p. 480.
- P. SAINT-CYR, « *De l'assimilation à la différenciation. Essai de conceptualisation de la relation des départements d'outre-mer avec la France* », (Introduction générale) in *Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?*, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 19-25.
- P. T. NEUFFER, « *Le contrôle des lois du pays de la Polynésie française* », JCP A. 2006, n° 1128.
- P.-Y CHICOT, « *Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ?* », in *Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 435-458.
- R. FRAISSE, « *Le Conseil d'Etat, conseil et juge de l'outre-mer* », AJDA, 2007, p. 1113.
- R. FRAISSE, « *Quelle est la portée du 'principe de subsidiarité' ?* », in *Droit administratif*, Août 2005, n°8/9, pp. 21-22.
- R. HERTZOG, « *L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ?* », in *Mélanges Paul Amselek, Brulant*, 2005, p. 458.
- R. KELLER, « *Le recours juridictionnel spécifique contre la « loi du pays » de Polynésie française : un contentieux original et complexe à l'image du statut de la collectivité* », RFDA, 2010, p. 949.
- R. PASQUIER, « *Le rôle des autorités sub-étatiques dans les processus d'intégration continentale et sub-continentale : éléments de comparaison* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 31-53.
- R. PASQUIER, « *Quand le local rencontre le global. Contours et enjeux de l'action internationale des collectivités territoriales* », RFAP, n° 141, 2012, pp. 167-187.
- R.-L. BUDOC, « *Quelle place pour les outre-mer français dans les organisations de coopération et d'intégration régionales ?* », in Perrot, D. (Dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 411-433.
- S. AL WARDI, « *Polynésie française : une approche des institutions* », *L'Outre-mer français dans le Pacifique : Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Wallis-et-Futuna*, Ministère de l'outre-mer 2003, p. 157.
- S. DIEMERT, « *La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin* », RFDA, 2007, p. 669.
- S. LE GUILCHER, « *Le statut juridique des « lois du pays » polynésiennes : entre continuité et originalité* », RFDA, 2006, p. 1103.
- T. JEAN-BAPTISTE, « *La formation des prix dans les départements français d'Amérique : enjeux et perspectives* », in Kiminou, R. (Dir.), *Economie et droit des affaires de la Caraïbe et de la Guyane. Contribution à la connaissance des droits et des économies de la Caraïbe et de la Guyane*, Paris, Publibook, t.2, 2010, pp. 53-84.
- T. MAUREL, « *Action économique des collectivités : les aides économiques* », AJ Collectivités Territoriales, 2017, p. 240.

T. MICHALON, « *La décentralisation a-t-elle des limites juridiques ?* », in *Questions sur l'administration des DOM - Décentraliser en outre-mer ?*, Paris, Economica, PUAM, 1989, pp. 29-37.

T. MICHALON, « *La République française, une fédération qui s'ignore ?* », RDP, 1982, pp. 623-688.

T. MICHALON, « *Les départements français d'Amérique entre rêve caraïbe et attaches européennes* », in *Le monde caraïbe : défis et dynamiques (Tome 2) - Géopolitique, intégration régionale, enjeux économiques*, Actes du colloque international de Bordeaux, 3-7 juin 2003, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, pp. 149-165.

T. MICHALON, « *Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales : le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon* », RFDA, 1986, p. 192.

T. NICOLAS, « *L'insularité aujourd'hui : entre mythes et réalités* », *Études caribéennes*, 1 avril 2007, n° 6.

T. NICOLAS, « *"L'hypo-insularité", une nouvelle condition insulaire : l'exemple des Antilles françaises* », *L'Espace géographique* 2005/4, t. 34, pp. 329-341.

V. BERTILLE, « *Transferts de compétences et autonomie réelle, Le cas des collectivités territoriales d'Outre-mer* », in *Le transfert de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 385-405.

V. FABRY, « *L'outre-mer dans les ensembles régionaux* », *Pouvoirs*, 2005, vol. 113, n° 2.

V. GOESEL-LE BIHAN, « *La participation des départements et régions d'outre-mer à la conclusion des accords internationaux : essai d'analyse générale* », RFDC, 2006/1, pp. 3-11.

Y. BRARD, « *Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française* », *AJDA*, 1992, p. 544.

Y. BRARD, « *Identité ou spécialité législative* », in *L'outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation française, 2004, pp. 115-126.

Y. BRARD, « *Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les "lois de pays". De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif* », *La Revue Juridique Polynésienne*, n°1, 2001, pp. 47-62.

Y. LUCHAIRE, « *La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales* », *AJDA*, 2009, p. 1134.

5. Rapports

BEAUGENDRE, J., *Rapport d'information n° 1454 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la desserte aérienne de l'outre-mer*, Paris, Assemblée Nationale, 2004.

BELORGEY, G. (DIR.), *Outre-mer : le défi des singularités*, Paris, La Documentation française, (Rapport du Commissariat général au Plan pour la préparation du XI^{ème} Plan), 1992.

BILLET J., *Les relations extérieures des régions et collectivités locales en vue d'une amélioration des échanges économiques*, Paris, Rapport du Conseil économique et social, 1992.

BOUGRIER, G. ET BERSANI, C. *Rapport sur les cinquante pas géométriques en Guadeloupe et en Martinique*, 2004.

COINTAT C., *Projet de loi relatif aux collectivités de Guyane et de Martinique*, Paris, Sénat, Commission des lois, n° 467, 2011.

COUR DES COMPTES, *Le tourisme en outre-mer : un indispensable sursaut*, Paris, La Documentation française, 2014.

DOLIGE E, *Rapport d'information sur la situation des départements d'outre-mer*, Paris, Sénat, n° 519, 2009.

DOLIGE, E ET VERGOZ, M., *Rapport d'information sur les niveaux de vie dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 710, 2014.

DUCHENE, R., BOLLINET, A., CHAPULUT, J.-N., LAYANI, S. et SOCIE, M., *Rapport d'enquête sur l'optimisation de la desserte aérienne des départements d'outre-mer*, Paris, Inspection générale de l'Administration n° 06-042-01, Inspection générale des Finances n° 2006-M-008-01, Conseil général des Ponts et chaussées n° 004592-01, 2006.

FELZINES, C., *Le tourisme, perspective d'avenir de l'outre-mer français*, Paris, Rapport du Conseil économique et social, 2007.

GAYMARD, H. ET FRUTEAU, J.-C., *Rapport d'information sur les accords de partenariat économique entre l'union européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, Paris, Assemblée nationale, n° 2133, 2009.

IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2017.

IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2016.

IEDOM GUADELOUPE, *Rapport annuel*, Paris, 2015.

IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, Paris, 2017.

IEDOM MARTINIQUE, *Rapport annuel*, Paris, 2016.

LETCHIMY, S., *Rapport sur la proposition de loi visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer*, Paris, Assemblée nationale, n° 475, 2018.

MOHAMED SOILHI, T., *Rapport d'information sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Paris, Sénat, n° 721, 2016.

RIPERT, J., *L'égalité sociale et le développement économique dans les DOM*, Paris, La documentation française, 1990.

R. Propriété publique, propriété privée

1. Ouvrages spécifiques

COMELLAS, S., *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, Paris, L'Harmattan, 2004, 350 p.

HOSTIOU, R. ET STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption. Aménagement, Urbanisme, Environnement*, Paris, LexisNexis, 2016, 898 p.

2. Monographies

BROUANT, J.-P., *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1, 1995.

GAUDEMAR, H. DE, *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 2006.

LOUIS-SIDNEY, M., *Régularisation foncière de l'occupation sans titre de la propriété des personnes publiques dans les collectivités territoriales de l'article 73 de la Constitution*, Thèse de doctorat, droit, Université des Antilles, 2019.

RODRIGUEZ UREÑA, C., NILESI BASTISTA, Y. ET MOISES, F., *La regulación inmobiliaria de dominio público contemplado en la ley 108-05*, Thèse de licence, Universidad Autónoma de Santo Domingo, 2017.

SAUGEZ, H., *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Orléans, 2012.

SCHMALTZ, B., *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse de doctorat, droit, Université Lyon 3, 2014.

THIERRY, M. *L'occupation sans titre du domaine public*, Thèse de doctorat, droit, Université de Bourgogne, 2019.

3. Colloque

CONSEIL D'ETAT, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Paris, La Documentation Française, 2012.

4. Articles

- A. FOUBERT, « *Les servitudes sur le domaine public* », RDA, 2008, étude 10.
- A. VIROT-LANDAIS, « *Un statut pluriel et lacunaire des occupants sans titre du domaine public* », RDP, 2012, p. 563.
- C. BERGEAL, « *Les concessions de plage sont des délégations de service public* », RFDA, 2000, p. 797.
- C. LAVIALLE, « *Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations* », RDP, 1990, pp. 469-487.
- C. LAVIALLE, « *L'imprescriptibilité du domaine public* », RFDA, 1985, p. 27.
- C. LAVIALLE, « *L'occupation sans titre du domaine public* », AJDA, 1981, p. 563.
- C. LAVIALLE, « *La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public* », RFDA, 2014, p. 451.
- C. LAVIALLE, « *Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial* », in Hecquard-Théron, M. et Krynen, J. (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, t.1 : Bilan & t. 2 : Réformes-Révolutions*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, pp. 253-267.
- C. MAUGÛE, « *L'occupation privative des plages, suite et fin ? La validation par le Conseil d'Etat du décret n° 2006-608 du 26 mai 2006* », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 675-695.
- C. MAUGÛE, « *La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages* », AJDA, 2006, p. 1496.
- C. MAUGÛE ET G. BACHELIER, « *Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques* », AJDA 2006, p. 1073.
- D. BURRIEZ, « *Les multiples visages des conventions d'occupation privative du domaine de la personne publique* », JCP A, 2016, n° 2191.
- D. COSTA, « *L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme* », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, 2011, Paris, Dalloz, pp. 87-97.
- D. KHAIR, « *Les titres d'occupation de la zone des 'cinquante pas géométriques'* », RFDA, 2012, p. 1159.
- E. UNTERMAIER, « *Que reste-t-il de la distinction des redevances pour service rendu et des redevances pour occupation du domaine public ?* », AJDA, 2010, p. 1042 et s.
- F. ALHAMA, « *L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales* », AJDA, 2010, p. 1515.
- F. BOURRACHOT, « *La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens* », RFDA 2003, p. 1110.
- F. GOLIARD, « *Activités touristiques – Zone des 50 pas géométriques – Un espace littoral ultramarin au statut juridique très spécifique* », JT n° 191/2016, p. 42.
- F. HOFFMANN, « *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie* », AJDA, 2013, p. 1721.
- F. MELLERAY, « *L'utilisation privative du domaine public* », AJDA, 2013, p. 992.

- F. PRIET, « *Le nouveau régime de la zone des cinquante pas géométriques dans les départements d'outre-mer* », RFDA, 1997, p. 1166.
- G. DELALOY, « *Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?* », RDP, 2006, p. 575.
- G. ORSONI, « *Les concessions de plage sont-elles des délégations de service public ?* », RTD Com., 2000, p. 876.
- G. SORBARA, « *La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017* », RFDA, 2017, p. 705.
- H. DE GAUDEMAR, « *Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques* », JCP A 2006, n° 1159.
- H. SARAZIN, « *Désaffectation et déclassement* », JCP A, 2006, n° 1246.
- J. DUFAU, « *La loi littoral du 3 janvier 1986 : la zone des 50 pas géométriques dans les D.O.M* », AJDA, 1990, p. 444.
- J. DUFAU, « *Propriété publique et domanialité publique* », AJDA 2012, p. 1381.
- J. MORAND-DEVILLER, « *Les concessions de plages naturelles* », AJDA, 2002, p. 481.
- J.-G. SORBARA, « *L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public* », RFDA, 2017, p. 341.
- J.-J. PARDINI, « *La plage "saisie" par les règles de la domanialité publique : protection ou surprotection ?* », Revue juridique de l'environnement, 2014/3, vol. 39, pp. 417-434.
- J.-L. ALBERT, « *L'implantation commerciale sur le domaine public* », in Virassamy, G. et Laguerre, A. (Dir.), *L'implantation commerciale*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 41-57.
- L. BORDEREAUX, « *Les sous-traités d'exploitation de plage : entre concession domaniale et délégation de service public* », D. 2001, p. 733.
- L. RAGIMBEAU, « *Le caractère des autorisations d'occupation domaniale : de l'incessibilité à la patrimonialisation* », RDP, 2016, p. 1783.
- L. RAPP, « *Entrée et sortie des biens (la propriété choisie)* », RFDA, 2006, p. 916.
- M. DOUENCE, « *L'expulsion de l'occupant sans titre du domaine public* », RDA, 2004, Chroniques, n° 4, p. 8.
- M. DOUENCE, « *L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques* », AJDA, 2006, p. 238.
- M. GROS, « *L'affectation, critère central de la domanialité publique* », RDP, 1992, p. 749.
- O. BLIN, « *La désaffectation domaniale* », RDI, 1999, p. 49.
- O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « *L'activité commerciale sur la plage : le commerçant plagiste peut-il être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce ?* », JCP A, 2007, n° 2103.
- O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « *Le statut de commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ?* », AJDI, 2005, p. 633.
- P. DELVOLVE, « *Droit de propriété et droit public* », in Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 149.
- P. LABRECQUE, « *Le droit applicable au domaine public québécois* », XIV^e conférence des juristes de l'Etat, pp. 195-245.
- P. MOZOL, « *La désaffectation des biens du domaine public* », in Pontier, J.-M., *Le domaine et les collectivités territoriales*, PUAM, 2004, p. 165.
- P. YOLKA, « *L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile)* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, novembre 2007, fasc. 2307.
- P. YOLKA, « *Le Code général de la propriété des personnes publiques* », Revue française de droit administratif 2006, p. 899.
- P. YOLKA, « *Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie)* », AJDA, 2016, p. 1802.
- P. YOLKA, « *Protection des propriétés publiques – Régime général* », JurisClasseur Propriétés publiques, 2016, fasc. 60, n° 27-129.

- P. YOLKA, « *Un Etat sans domaine ?* », AJDA 2003, p. 1017.
 R. DUCOS-ADER, « *Le principe d'insaisissabilité* », Gaz. Pal., 1986, II, p. 474.
 S. CLAMENS, « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », AJDA 2000, p. 767.
 S. DUROY, « *La sortie des biens du domaine public : le déclassement* », AJDA, 1997, p. 819.
 S. TRAORE, « *Le régime juridique des concessions de plage* », JT n° 132/2011, p. 26.
 Y. EMERICH, « *Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété* », Revue générale de droit, vol. 38, n° 2, 2008, pp. 339-377.

5. Rapports

MOHAMED SOILIH, T., *Domaines public et privé de l'Etat outre-mer, 30 propositions pour mettre fin à une gestion jalouse et stérile*, Paris, Sénat, 2015.

S. Responsabilité

1. Ouvrages généraux

LE TOURNEAU, P., ET AL. *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, Paris, Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2017, 2702 p.

VINEY, G. ET JOURDAIN, P., *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1998, 1226 p.

2. Ouvrages spécifiques

BONNARD, H., *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui*, Paris, PUF, 1979, 92 p.

CANS, C. (DIR.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, 421 p.

CAPRON, M., QUAIREL-LANOIZELEE, F. ET TURCOTTE, M.-F. (DIR.), *ISO 26000 : une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2010, 223 p.

DEXANT-DE-BAILLIENCOURT, O. ET LAPEROU-SCHNEIDER, B. (DIR.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2018, 210 p.

GIBIRILA, D., *Responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, Paris, Editions Francis Lefebvre (Dossier/Thémexpress), 2015, 335 p.

LOGOSSAH, K., HERVIEUX, C. ET M'ZALI, B., *La responsabilité sociale des entreprises : pratiques et impacts*, Paris, Publibook, 2015, 236 p.

3. Monographies

BENEJAT, M., *La responsabilité pénale professionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2012, 522 p.

BLANDIN, A., *La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure. Le droit espagnol, un modèle pour le droit français ?*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2016, 454 p.

EL SAYED, M., *Le problème de la responsabilité pénale des personnes morales*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 1988.

FAURE-ABBAD, M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, Paris, L.G.D.J., 2003, 548 p.

GRARE, C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 436 p.

KODMANI, A., *La responsabilité de l'Etat sans faute du fait des engagements internationaux : Devant le juge administratif français*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Angers, 2015.

MANGEMATIN, C., *La faute de fonction en droit privé*, Thèse de doctorat, droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2012.

MARTIN, G., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Thèse de doctorat, droit, Université de Nice, 1976.

OUASSINI SAHLI M., *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Dauphine, 2014.

REINHARD, Y., *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Thèse de doctorat, droit, Université Lyon 3, 1974.

ROUJOU DE BOUBEE, M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, 493 p.

RUSSO, C., *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001, 354 p.

4. Articles

A. BERNUT-POUILLET, « *Succursales françaises : réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère* », LPA, 28 juillet 2000, n° 150, p. 13.

A. CŒURET, « *La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise* », Revue de jurisprudence sociale, 2012, p. 12.

A. KARAMAT, « *La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale : défis principaux de la transposition et de la mise en œuvre* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 207-210.

A. VAN LANG, « *La directive "responsabilité environnementale" et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales* », Droit administratif, juillet 2005, n° 7.

A. WAITE, « *Reflections on the European Union's environment liability Directive 2004/35/CE* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 577-588.

A.-S. EPSTEIN, « *La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile* », D., 2016, p. 1236.

A.-S. EPSTEIN ET A. POMADE, « *Le droit économique de l'environnement à l'épreuve de la responsabilité sociale des entreprises. Eclairages croisés* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 175-202.

B. BOULOC, « *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue Sociétés, 1993, p. 291.

B. BOULOC, « *Regard sur l'actualité de la responsabilité pénale des personnes morales* », Lamy Droit des affaires, 2012, p. 10.

B. LAPEROU-SCHNEIDER, « *La responsabilité pénale du dirigeant et la réglementation du travail, une responsabilité renforcée* », in Dexant-de-Baillencourt, O. et Lapérou-Schneider, B. (Dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Paris, Dalloz, Coll. « *Thème & commentaires* », 2018, pp. 121-137.

B. MERCADAL, « *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits* », RJDA, 1994, p. 375.

B. PARANCE, « *Plaidoyer pour une réparation cohérente des dommages causés à l'environnement* », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, pp. 445-456.

C. BRODHAG, « *La norme ISO 26 000 sur la responsabilité sociétale : une convergence prometteuse, malgré la diversité des sensibilités* », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, mai 2011, n° 2, 2011, pp. 69-75.

C. CERDA-GUZMAN, « *De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois* », RFDA, 2012, p. 38.

C. DELPOUX, « *Assurance et responsabilité : un couple en crise* », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, pp. 79-85.

C. HERMON, « *La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004* », AJDA, 2004, p. 1792.

C. HUGLO, « *Regard du praticien publiciste sur la loi 2008/757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale* », *Environnement*, 2008, étude 13.

C. LACHIEZE, « *La responsabilité de l'agent de voyage face à l'imprévu* », JT n° 123/2010, pp. 24-28.

C. LE STANC, « *Existe-t-il une responsabilité post-contractuelle ?* », JCP E, 1978, II, p. 12735.

C. LEPAGE-JESSUA, « *La responsabilité pénale des personnes morales en matière d'environnement* », LPA, 1993, n° 153, p. 4.

C. M. ALVES, « *Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ?* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° HS01, 2014, pp. 229-240.

C. MASCALA, « *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales* », Bull. Joly, 2006, p. 5.

C. MASCALA, « *Responsabilité pénale du chef d'entreprise* », *Les Petites Affiches*, 1996, n° 87.

C. MEYER-ROYERE, « *La responsabilité contractuelle du fait d'autrui des agences de voyages* », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1999, p. 341.

D. GARDNER ET B. MOORE, « *La responsabilité contractuelle dans la tourmente* », *Les Cahiers de droit*, 48(4), 2007, pp. 543-578.

E. ABRASSART, « *La réponse assurantielle* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « *Thèmes & commentaires* », 2009, pp. 231-235.

F. FATOUX, « *Les approches volontaires et la responsabilité sociétale des entreprises* », in Hervé-Fournereau, N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 265-269.

F. G. TREBULLE, « *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir* », in Cans, C. (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, Coll. « *Thèmes & commentaires* », 2009, pp. 17-43.

F. RIELLE, « *La responsabilité du franchiseur dans le cadre de la procédure collective du franchiseé* », AJCA, mai 2014, pp. 65-68.

G. ALBERTON, « *Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ?* », AJDA, 2006, p. 2155.

- G. ALBERTON, « *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ?* », RFDA, 1997, p. 1017.
- G. BESSE, « *À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ?* », Revue Droit social, 11 novembre 2005, p. 997.
- G. DE POUVOURVILLE, C. CHAMPAUD, G. FARJAT ET A. JACQUEMIN, « *La responsabilité juridique de l'Etat en matière d'interventions économiques et financières* », Politiques et management public, vol. 1, n° 3, 1983, pp. 99-134.
- G. FRIZZI, « *La responsabilité des agences de voyages* », JCl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 312-20, 2011.
- G. MONDELLO, « *La responsabilité civile de l'environnement : Droit économique et Law and Economics* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 397-410.
- G. VINEY, « *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour rien ?* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, pp. 555-576.
- G. VINEY, « *Le préjudice écologique* », Responsabilité civile et assurances, JurisClasseur, mai 1998, p. 6.
- G. VINEY, « *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français* », JCP, 1996, I, p. 3900.
- H. MATSOPOULOU, « *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue Sociétés, 2004, p. 283.
- I. CADET, « *La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux* », Revue internationale de droit économique, t. XXIV, n° 4, 2010, pp. 401-439.
- J. CONSIGLI, « *La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation* », Revue de Science criminelle, 2014, p. 297.
- J. COSTE, « *Responsabilité pénale et personnes morales* », tourisme & Droit, n° 102/2008, p. 47.
- J. IGALENS, « *Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26000* », Management & Avenir, 2009, pp. 91-104.
- J. SALVAIRE, « *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui* », Revue de science criminelle, 1964, p. 313.
- J. TRICOT, « *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales, l'exemple français* », Revue de Science criminelle, 2012, p. 19.
- J. Y. LASSALLE, « *Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale* », JCP, 1993, I, p. 3695.
- L. BLOCH, « *La responsabilité des agents de voyages après la loi du 22 juillet 2009 : voyage aux confluent du droit commun, du droit spécial et du droit très spécial* », JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, 2010, étude 2.
- L. GREGOIRE, « *L'identification du dirigeant* », in Dexant-de-Bailliencourt, O. et Lapérou-Schneider, B. (Dir.), Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal, Paris, Dalloz, Coll. « Thème & commentaires », 2018, pp. 7-20.
- L. NEYRET, « *L'affaire de l'Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale* », D. 2010, chron., p. 2238.
- L. NEYRET, « *Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement* », D. 2008, p. 2681.
- L. SAENKO, « *De l'imputation par amputation, ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales* », Revue de Droit pénal, 2009, Etude 14.
- M. BAYLE, « *La responsabilité pénale des dirigeants de société en droit français de l'environnement* », RD com. Belge 1992, 8, p. 672.

- M. BOUTELET, « *La place de l'action pour trouble de voisinage dans l'évolution du droit de la responsabilité civile en matière d'environnement* », JCP E, 1999, p. 6.
- M. DEGUERGUE, « *Le sens de la responsabilité environnementale* », in Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Paris, Dalloz, 2009, pp. 573-587.
- M. DISANT, « *La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. Prolegomènes et perspectives* », RFDA, 2011, p. 1181.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « *La redécouverte "des piliers du droit" : le contrat et la responsabilité, Introduction* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, L.G.D.J, 1998, pp. 279-292.
- M.-B. FONTAINE, « *L'assurance de responsabilité civile des vendeurs de voyages et de séjours* », tourisme & Droit, n° 88/2007, pp. 18-21.
- M.-L. DEMEESTER, « *L'assurance et les techniques alternatives de financement des dommages environnementaux* », in Viney, G., Dubuisson, B., Brun, P. et Thunis, X. (Dir.), Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 483.
- M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « *Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement* », in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, pp. 105-129.
- N. DISSAUX, « *La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé* », AJCA, mai 2014, pp. 60-65.
- O. DESCHAMPS ET J.-L. FOURGOUX, « *La responsabilité du franchiseur vis-à-vis des franchisés : Revue pratique de la jurisprudence récente* », AJCA, mai 2014, pp. 56-60.
- O. FUCHS, « *Responsabilité administrative et mise en œuvre de la directive n° 2004/35/CE par l'autorité compétente* », in Cans, C. (Dir.), La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 295-308.
- O. GOHIN, « *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur* », Revue internationale de droit comparé, vol. 50, n°2, Avril-juin 1998, Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1er août 1988)], pp. 595-610.
- O. ROUGE, « *Agents de voyages : L'assurance du risque touristique* », JT n° 142/2012, pp. 44-47.
- O. THIBOUT, « *La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride* », Revue juridique de l'environnement, vol. 41, n° 2, 2016, pp. 215-233.
- P. DIDIER, « *Obligations et responsabilités des plateformes de financement participatif* », Revue de droit bancaire et financier, mars 2017, n° 2, dossier 13.
- P. KROMAREK ET M. JACQUEAU, « *Réflexions autour de la transposition de la directive sur la responsabilité environnementale en droit français* », Environnement, 2004, étude 18.
- P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « *La responsabilité pénale du dirigeant de la société in bonis* », in Dexant-de-Bailliencourt, O. et Lapérou-Schneider, B. (Dir.), Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal, Paris, Dalloz, Coll. « Thème & commentaires », 2018, pp. 63-82.
- P. LEVEL, « *La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite des agissements commis par son personnel* », JCP, 1960, I, p. 1559.
- P. REMY, « *Critique du système français de responsabilité civile* », Revue juridique de l'USEK, n° 5, 1997, pp. 49-68.
- P. STEICHEN, « *Le principe de compensation : un nouveau principe du droit de l'environnement ?* », in Cans, C. (Dir.), La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 143-162.

P. WACHSMANN, « *But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'Etat du fait des lois* », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 679-688.

P.-Y. NICOLAS, « *Le transport maritime de passagers : responsabilités et assurances* », *Le Droit Maritime Français*, 1er octobre 1999, n° 597.

R. FAMILY, « *La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme* », D., 2013, p. 1558.

S. CALMES-BRUNET, « *Les vicissitudes de la responsabilité publique : à la recherche d'une efficience* », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 89-139.

X. DIEUX ET F. VINCKE, « *La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ?* », *Revue de droit des affaires internationales*, 2005/1, n° 1, pp. 13-34.

Y. JEGOUZO, « *Propos sur l'article 4 de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Un droit à la réparation du préjudice écologique* », in *L'Etat, le Droit, le Politique, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 243-251.

Y. LAMBERT-FAIVRE, « *L'abus de fonctions* », D., 1986, chron., p. 143.

T. Théorie, philosophie du droit

1. Ouvrage général

TERRE, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2015, 636 p.

2. Ouvrages spécifiques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, Coll. «Thèmes & commentaires», 2009, 179 p.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, Thémis, 2001, 400 p.

BONNET, B. ET DEUMIER, P. (DIR.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, collection «Thèmes et commentaires», 2010, 308 p.

CARBONNIER, J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, 496 p.

CHASSAGNARD-PINET, S. ET DAVID, H. (DIR.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ (coll. «Droit et société»), 2007, 222 p.

COURDIER-CUISINIER, A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis Litec (coll. «Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux»), 2006, 741 p.

DABIN, J., *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, Sirey, 1929, 791 p.

DE BECHILLON, D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 302 p.

DELMAS-MARTY, M., *La refondation des pouvoirs - Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris, Éditions du Seuil (coll. «La couleur des idées»), 2004, 320 p.

DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel - Les forces imaginantes du droit*, Paris, Éditions du Seuil (coll. «La couleur des idées»), 2004, 450 p.

F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003.

- GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, 250 p.
- GATSI, J., *Le contrat cadre*, Paris, L.G.D.J., 1996, 335 p.
- GRYNBAUM, L. ET NICOD, M., *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 206 p.
- JESTAZ, P. *Le droit*, Paris, Dalloz, 1996, 115 p.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J. (traduit par Charles Eisenmann), 1999, 496 p.
- KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, (traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), 1996, 604 p.
- LEGEAIS, R., *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2016, 584 p.
- LOCKE, J., *Les fondements de liberté moderne de J-F. Spitz*, Paris, PUF, 2001, 352 p.
- MOCKLE, D., *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 299 p.
- MORAND C.-A. (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Editions Bruylant : Editions de l'Université de Bruxelles ; Helbing & Lichtenhahn (coll. « Collection de droit international »), 2001, 266 p.
- OST, F. ET VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide du réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p.
- OST, F. ET VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p.
- PIERRAT, E., *Antimanuel de droit*, Rosny, Bréal, 2007, 406 p.
- RIOS RODRIGUEZ, J., *L'influence internationale du droit français*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2008, 145 p.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, 431 p.
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2012, 256 p.
- SALEILLES R., *De la personnalité juridique (1910)*, Paris, Mémoires du droit, 2003, 678 p.
- SUEUR, J.-J. *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, 210 p.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, *Le Seul*, 2005, Paris, Seuil, 2005, 333 p.
- ZENATI, F., *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, 281 p.

3. Monographies

- ARSAC-RIBEYROLLES, A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse de doctorat, droit, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand I, 2005.
- BENISTY, S., *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Thèse de doctorat, droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2013.
- FLAUSS-DIEM, J., *Le système du précédent en droit anglais*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 1985.
- LAROUE, M., *Les codes de conduite, sources du droit*, Thèse de doctorat, droit, Université Jean-Monnet-Saint-Etienne, 2016.
- PAPAEFTHYMIU, S., *La Distinction « Droit privé-Droit public » dans la théorie du Droit et de l'Etat*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris X, 1994.
- THULLIER, B., *L'autorisation. Etude de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1996, 352 p.
- TURINETTI, A., *La normalisation. Etude en droit économique*, Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 2007.

4. Articles

- A. JACQUEMIN, « *Le droit serviteur de l'économie* », RTD com., 1972, p. 292.
- A. JEAMMAUD, « *La règle de droit comme modèle* », D. 1990, pp. 199-210.
- A. PELLET, « *Vous avez dit "monisme" ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française* », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857.
- A. VAN WAEYENBERGE, « *La normalisation technique en Europe. L'Empire (du droit) contre-attaque* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXXII, n° 3, 2018, pp. 305-317.
- AUBRY-CAILLAUD, F., « *Normes techniques et certifications* », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 560, 2011.
- B. BARRAUD, « *Droit public-droit privé : de la summa divisio à la ratio divisio ?* », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, n° 152, mars 2015, pp. 1101-1132.
- B. FRYDMAN, « *La concurrence des normes globales* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXXII, n° 3, 2018, pp. 293-304.
- C. JUBAULT, « *Les "codes de conduite privés"* », in *Association Henri Capitant, Le droit souple*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 27-37.
- C. MOULY, « *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, n° 4, octobre décembre 1985, pp. 895-945.
- C. THIBIERGE, « *Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit* », in *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 341.
- C. THIBIERGE, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD civ., 2003, p. 599.
- C. VIGOUROUX ET J. RICHARD, « *Du droit "mou" au droit "souple"* », AJDA, 2013, p. 1825.
- C.-A. MORAND, « *La contractualisation du droit dans l'Etat Providence* », in *Chazel, F. et Commaille, J. (Dir.), Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, pp. 139-158.
- D. BERT, « *La recodification du droit des contrats, entre simplification et modernisation* », in *Bert, D., Chagny, M. et Constant, A., La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 109.
- D. DE BECHILLON, « *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité* », in *Serverin, E. et Berthoud, A. (éd.), La production des normes entre État et société civile : les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 47.
- D. TRUCHET, « *Etat et marché* », *Archives de philosophie du droit*, n° 40, 1995, pp. 314-325.
- E. DECAUX, « *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite* », *Annuaire français de droit international*, 1983, p. 81.
- E. JEULAND, « *Régulation et théorie générale du procès* », in *Frison-Roche, M.-A. (Dir.), Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 164.
- F. OSMAN, « *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit* », RTD civ., 1995, p. 509.
- F. OST, « *Entre ordre et désordre : le jeu du droit, discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit* », in *Le système juridique, Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t.31, 1986, pp. 133-162.
- F. TIBERGHEN, « *La loi et le contrat* », *Après-demain*, vol. n° 7, nf, 2008/3, pp. 19-23.
- G. FARJAT, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés* », in *Martin, G. (Dir.), Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 151.
- G. FARJAT, « *Réflexions sur les codes de conduite privés* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 47.
- G. KOUBI, « *Interdit et interdiction. Quelques variations textuelles et variantes sémantiques* », *Droit et cultures*, n° 57, 2009, pp. 11-22.
- G. LHUILIER, « *La concurrence normative transnationale* », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII, n° 3, 2018, pp. 251-267.

- G.-J. MARTIN, « *Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le préjudice écologique pur* », in *Droit et environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 115.
- I. DESBARATS, « *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion* », JCP E, 2003, I, p. 112.
- I. FETZE KAMDEM, « *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours sur affiné sur les moyens d'intégration juridique* », *Revue juridique Thémis*, n° 43, 2009, pp. 605-649.
- J. RICHARD ET L. CYTERMANN, « *Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?* », *AJDA*, 2013, p. 1884.
- J.-B. AUBY, « *Prescription juridique et production juridique* », *RDP*, 1988, p. 673.
- J.-J. SUEUR, « *Le droit vu d'ailleurs* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, Aix-en-provence, PUAM, 2016, pp. 349-372.
- J.-P. MARGUENAUD, « *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 49, 2009, pp. 19-27.
- L. BOY, « *La valeur juridique de la normalisation* », in Clam, J. et Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 183.
- L. BOY, « *Normes* », *Revue internationale de droit économique*, 1998, n° 2, pp. 115-146.
- L. BOY, « *Normes techniques et normes juridiques* », in *La normativité*, Cahier du Conseil constitutionnel, n° 21, 2007, p. 79.
- M. DELMAS-MARTY, « *Marketing juridique ou pluralisme ordonné* », *Le Débat*, vol. 115, n° 3, 2001, pp. 57-65.
- M. FONTAINE, « *Droit des contrats, systèmes juridiques et efficacité économique : quelques réflexions* », in Autenne, A., Cassiers, V. et Stowel, A. (co), *Droit, économie et valeurs, Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 623-633.
- M. MALAURIE-VIGNAL, « *Simplification du droit de la concurrence, une utilité, un leurre ou une réalité ?* », in Bert, D., Chagny, M. et Constantin, A., *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 289.
- N. MOLFESSIS, « *Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même* », in *Rapport annuel du Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française, 2006, pp. 391-406.
- P. AMSELEK, « *L'acte juridique* », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, PUAM, 1986, pp. 31-65.
- P. AMSELEK, « *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales* », *RDP*, 1982, n° 2, pp. 275-294.
- P. AMSELEK, « *Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique* », *RDP*, 1978, n°1, pp. 5-19.
- P. DEUMIER, « *Quand le droit souple rencontre le juge dur* », *RTD civ.*, 2016, p. 571.
- P. LEGRAND, « *European Legal Systems Are Not Converging* », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, 1996, pp. 52-81.
- S. CHASSAGNARD-PINET ET D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale* », in Chassagnard-Pinet, S. et Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, Coll. « *Thèmes & commentaires* », 2008, pp. 3-76.
- T. REVET, « *L'éthique des contrats en droit interne* », in *L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Actes du colloque organisé les 4 et 5 juillet 1996, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université « *Ethique et déontologie* », 1997, n° 14, p. 218.
- V. SELINSKY ET S. CHOLET, « *Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité* », in Balate, E., Drexl, J., Ménétrey, S. et Ullrich, H. (Dir.), *Le droit*

économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, Aix-en-provence, PUAM, 2016, pp. 127-159.

Y. LEROY, « *La notion d'effectivité du droit* », Droit et société, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732.

5. Rapports

CONSEIL D'ETAT, *L'influence internationale du droit français*, Paris, La Documentation Française, 2001.

Le droit souple, Paris, Etude annuelle du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2013.

6. Lexiques

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2014.

LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1996.

U. Tourisme primaire

1. Ouvrages généraux

BRETON, J.-M., *Droit et politique du tourisme*, Paris, Dalloz, Juris éditions, 2016, 718 p.

JEGOUZO L., *Le droit du tourisme*, Paris, L.G.D.J., 2018, 328 p.

PY, P., *Droit du tourisme*, 5e éd., Paris, Dalloz (coll. « Dalloz référence »), 2002, 484 p.

2. Ouvrages spécifiques

BENSAHEL, L., DONSIMONI, M. ET LANQUAR, R., *Le tourisme, facteur de développement local*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 105 p.

BESSIERE, S., *Le tourisme des Antilles françaises : le défi de la concurrence caribéenne*, Paris, L'Harmattan, 2010, 370 p.

BOTTI, L., PEYPOCH, N. ET SOLONANDRASANA, B., *Économie du tourisme*, Paris, Dunod, 2013, 128 p.

BOUIN, F., *Les collectivités territoriales et le tourisme : Droit, économie, environnement et développement durable*, Paris, Editions du Moniteur (coll. « Action locale »), 2007, 288 p.

DEPREZ, L., *L'économie touristique ou une croissance accessible*, Paris, Publibook, 2006, 190 p.

FIALAIRE, J. « *Les collectivités territoriales et le développement touristique* », in Dalloz, Encyclopédie des collectivités locales, folio n° 4232, décembre 2015

POULIN, R., *La mondialisation des industries du sexe : prostitution, pornographie, traite des femmes et des enfants*, Paris, Imago, 2005, 248 p.

VELLAS, F., *Economie et politique du tourisme international*, 2e éd., Paris, Economica, 2007, 323 p.

VIOLIER, P., *Tourisme et développement local*, Paris, Belin, 2008, 191 p.

3. Colloque

LOGOSSAH, K. ET SALMON, J.-M., *Tourisme et développement durable*, Actes du Colloque du CEREGMIA, Schoelcher, 25-26 septembre 2003, Paris, Publibook, 2005.

4. Articles

B. BAUCHOT, « *Droit pénal comparé des pays de destination* », in Lutte contre le tourisme sexuel (Dossier), *tourisme&Droit*, n° 105/2009, pp. 14-21.

B. BAUCHOT, H. PAILLARD, C. CHEMARIN MAISONNEUVE, E. LLOP ET C. BARTOLI, « *Lutte contre le tourisme sexuel* », (Dossier), *tourisme&Droit*, n° 105/2009, pp. 14-31.

C. DEMEN-MEYER, « *Le tourisme : essai de définition* », *Management & Avenir*, 2005/1, n° 3, pp. 7-25.

C. DEVES, « *Concurrence, tourisme et collectivités territoriales. Je t'aime, moi non plus* », *tourisme & Droit*, n° 102/2008, pp. 24-27.

D. AUGIER, « *Tourisme et pauvreté dans les petites îles indépendantes en développement : l'exemple de Sainte-Lucie (Petites Antilles)* », *Études caribéennes*, 24-25, Avril-Août 2013.

D. LEROY, « *Tourisme et intercommunalité : l'incertain transfert de compétences* », *tourisme&Droit*, n° 94/2008, pp. 29-31.

D. PRUITT ET S. LAFONT, « *For Love and Money : Romance Tourism in Jamaica* », *Annals of Tourism Research*, vol. 22, 1995, pp. 422-440.

E. JAURAND ET S. LEROY, « *Tourisme sexuel : clone maudit du tourisme ou pléonasmisme ? De la sexualité dans le tourisme en général et dans le tourisme gay en particulier* », *Mondes tourisme*, n° 3, juin 2011, pp. 53-65.

F. VELLAS, « *Les enjeux du tourisme durable dans les pays en développement* », in Logossah, K. et Salmon, J.-M. *Tourisme et développement durable : Actes du Colloque du CEREGMIA*, Schoelcher, 25-26 septembre 2003, Paris, Publibook, 2005, pp. 39-54.

G. BARREY, « *L'émergence d'un véritable droit du tourisme à travers la codification* », *AJDA*, 2007, p. 339.

H. GODARD ET T. HARTOG, « *Tourisme et développement dans le Bassin caraïbe, un couple complexe* », in *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Katharla, 2011, pp. 23-48.

H. PAILLARD, « *Tourisme sexuel avec des enfants. Le risque pénal du client français* », in Lutte contre le tourisme sexuel, Dossier, *tourisme&Droit*, n° 105/2009, pp. 21-25.

J. BURTIN, C. DEVES, S. ZOUAG, J.-P. MARKUS, B. LE LAN, L. AYRAULT, J. SOUPIZET ET B. FLEURIS, « *(Dossier) Offices de tourisme. Les relais locaux de la "Destination France"* », *JT* n° 150/2013, pp. 17-36.

J. J. LEVY ET E. LACOMBE, « *Le tourisme sexuel : ses plaisirs et ses dangers* », *Téoros*, 22-1, 2003, 4-9 pp.

J. J. LEVY ET L.-R. FRIGAULT, « *Le tourisme sexuel : enjeux éthiques* », *Éthique publique*, vol. 5, n° 2, 2003.

J.-D. URBAIN, « *Tourisme de mémoire, Un travail de deuil positif* », in *Tourisme de mémoire*, *Revue Les Cahiers Espaces*, décembre 2003, n° 80.

J.-L. MICHAUD, « *L'organisation territoriale du tourisme et la codification* », *tourisme&Droit*, n° 85/2007, p. 21.

J.-L. PECQUEUX, « *Intercommunalité et territoire touristique. Une rencontre impossible ?* », *tourisme&Droit*, n° 107/2009, pp. 23-25.

J.-M. PONTIER, « *Loi LCAP : quels enjeux pour le tourisme ?* », *JT* n° 193/2017, pp. 21-22.

O. DEHOORNE ET J.M. FURT, « *Le tourisme dans les îles : contextualiser le projet territorial* », *Etudes caribéennes*, n° 23, Décembre 2012.

O. DEHOORNE ET P. SAFFACHE, « *Le tourisme dans les îles et littoraux tropicaux : ressources et enjeux de développement* », *Etudes caribéennes*, n° 9-10, Avril-Août 2008.

O. DEHOORNE, P. SAFFACHE ET D. AUGIER, « *Tourisme, écotourisme et stratégies de développement dans la Caraïbe* », *Etudes caribéennes*, n°6, Avril 2007.

P. VILLENEUVE, « *La place des départements en matière touristique* », *JT* n° 179/2015, pp. 29-30.

P. VILLENEUVE, « *La région : quel rôle, quelle compétence dans le tourisme ?* », *JT* n° 179/2015, pp. 24-27.

S. MERASLI, « *La qualité dans l'industrie du tourisme : un impératif majeur pour un tourisme durable* », *Téoros*, 23-2, 2004, pp. 10-15.

W. MENVIELLE ET L. MENVIELLE, « *Tourisme médical : un secteur stratégique pour le développement des États* », *Revue internationale et stratégique*, vol. 90, n° 2, 2013, pp. 153-162.

X. DELPECH, « *Les obligations des opérateurs low cost* », in « *Low cost : un bon coût pour le touriste ?* », *JT* n° 149/2013, p. 37.

5. Rapport

MIDY, P. ET MERCHADOU, C., *La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants : pour une stratégie française*, Rapport de propositions, Paris, Ministère de la famille et de l'enfance, 2004.

V. Transport

1. Ouvrages spécifiques

DOBRUSZKES, F., *Libéralisation et desserte des territoires : le cas du transport aérien européen*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2007, 285 p.

2. Articles

C. RANELY VERGE-DEPRE, « *Les enjeux territoriaux du TCSP de la Martinique* », *Revue Géographique de l'Est*, vol. 52, 1-2, 2012.

C. RANELY VERGE-DEPRE, « *Transport aérien et territoires insulaires : l'exemple des Petites Antilles* », *Annales de géographie*, 2008/1, n° 659, pp. 97-109.

C. RANELY-VERGE-DEPRE, « *Transports et développement durable dans le Bassin caraïbe : un couple impossible ?* », in *La Caraïbe, un espace pluriel en questions*, Paris, Katharla, 2011, pp. 83-100.

C. RANELY-VERGE-DEPRE ET P. ROTH, « *L'avion, facteur d'unification du Bassin caraïbe ?* », in *Revue trimestrielle sur l'image géographique et les forums du territoire (M@ppemonde)*, n° 120, Avril 2015.

G. FRANCIS, I. HUMPHREYS, S. ISON ET M. AICKEN, « *Where next for low cost airlines ? A spatial and temporal comparative study* », *J Transp Geogr*, 14, pp. 83-94.

K. MASON, C. WHELAN ET G. WILLIAMS, « *Europe's low cost airlines : an analysis of the economics and operating characteristics of Europe's charter and low cost scheduled airlines* », *Air Transport Group Research Report 7*, Cranfield University.

M. ALDERIGHI, A. CENTO, P. NIJKAMP et P. RIETVELD, « *The entry of low cost airlines* », Tinbergen Institute, Discussion Paper 074/3, Amsterdam.

P. JANIN, « *Les infrastructures de transport dans l'environnement : intégration ou effraction ?* », Revue juridique de l'environnement, 2016/3, vol. 41, pp. 451-467.

P. MIOCHE, « *Histoire du chemin de fer sucrier de Beauport, 1863-1990* », Bulletin de la Société d'Histoire de la Guadeloupe, érudit, n° 165, 2013, pp. 3-73.

S D BARRETT, « *How do the demands for airport services differ between full-service carriers and low costs airlines ?* », J Air Transp Manage 10, pp. 22-49.

X. DELPECH, « *Le transport aérien low cost : Aspects juridiques* », JT n° 127/2011, pp. 31-33.

3. Rapport

E. COMBE, « *Les vertus cachées du low cost aérien* », Fondapol, série « Croissance économique », novembre 2010.

W. Travail

1. Ouvrage général

AUZERO, G., BAUGARD, D. ET DOCKES, E., *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2019, 1894 p.

2. Ouvrages spécifiques

BADINTER, R. ET LYON-CAEN, A., *Le travail et la loi*, Paris, Fayard, 2015, 80 p.

SACHS, T. (DIR.), *La volonté du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2012, 272 p.

SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2015, 280 p.

3. Monographies

DABOSVILLE, B., *L'information du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2013, 620 p.

FERKANE, Y., *L'accord collectif de travail. Etude sur la diffusion d'un modèle*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2015, 610 p.

4. Articles

A. PERULLI, « *Travail économiquement dépendant/para-subordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques* », in Etude réalisée par la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen et la Direction Générale Emploi et affaires sociales, 19 juin 2003, p. 14.

A. SUPIOT, « *Critique de la « régulation » ou le droit du travail saisi par la mondialisation* », (Préface de l'édition « Quadrige ») in Supiot, A. (Dir.), *Critique du droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. XVII-LII.

A. SUPIOT, « *Les nouveaux visages de la subordination* », *Revue Droit social*, 2000, p. 131.

C. MAUGÛE ET R. SCHWARTZ, « *Conditions du licenciement d'un salarié protégé* », *AJDA*, 1992, p. 339.

D. BAUGARD, « *L'ordre public social* », in Sève, R. (Dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 58, 2015, pp. 129-152.

D. CHELLE ET X. PRETOT, « *Le champ d'application de l'autorisation administrative de licenciement des salariés protégés* », *Droit social*, 1987, p. 686.

F. RIEM, « *Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ?* », in Boy, L. (Dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 17-32.

G. COUTURIER, « *Les relations entre employeurs et salariés en droit français* », in Ghestin, J. et Fontaine, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 143.

J. SAVATIER, « *Art. L. 122-12 al. 2. Non application à une externalisation de services ne constituant pas une entité économique autonome* », *Droit social*, 2001, p. 93.

J. SAVATIER, « *Les obligations respectives d'employeurs successifs (Code du travail, art. L. 122-12)* », *Revue Droit social*, 1984, p. 271.

J.-L. JAMARD, M. GIRAUD, « *Travail et servitude dans l'imaginaire antillais Une littérature orale en question* », in *L'Homme*, 1985, t. 25, n° 96, pp. 77-96.

J.-M. VERDIER, « *La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique du statut* », *Droit social*, 2001, p. 634.

L. ROZES, « *Remarques sur l'ordre public en droit du travail* », *Droit social*, 1977, pp. 311-326.

M. BONNECHERE, « *L'ordre public 'au sens du droit du travail'* », *JurisClasseur périodique – Commerce et industrie*, 1974, p. 11604.

M. COHEN, « *Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur* », *Revue Droit social*, 1997, p. 263.

S. COULIBALY, « *L'identification de l'employeur* », *RIDE*, 2015, t. XXIX, n° 3, pp. 285-305.

Y. AUBREE, « *L'exercice du pouvoir disciplinaire à l'égard des salariés transférés, conformément à l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail* », *BS Lefebvre* 6/98, étude, p. 285.

Y. CHAGNY, « *La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services* », *RDT*, 2007, Etude 78.

5. Rapport

BARTHELEMY, J. ET CETTE, G., *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, Rapport fait à la demande du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation Française, 2013.

X. Union européenne

1. Ouvrage général

RAMBAUD, P., CLERGERIE, J.-L. ET GRUBER, A., *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2018, 1088 p.

2. Ouvrages spécifiques

BERTAUD C, *Le Marché Commun*, Paris, Masson, 1986.

BLUMANN, C. (DIR.), *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2015, 542 p.

BOUVERESSE, A. ET RITLENG, D. (DIR.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 256 p.

COLLAT, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 560 p.

CONSTANTINESCO, V. et MICHEL, V., « *Compétences de l'Union européenne* », Répertoire de droit européen, juin 2011.

DEFALQUE, L., ET AL., *Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Bruxelles, ULB, coll. Commentaire J. Mégret, 2006, 320 p.

DEHOUSSE, R. (DIR.), *Politiques européennes*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2009, 452 p.

DELPEREE, F. (DIR.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 538 p.

KARPENSCHIF, M., *Droit européen des aides d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 417 p.

LEBOUTTE R, *Histoire économique et sociale de la construction européenne*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2008, 711 p.

PERROUX, F., *L'Europe sans rivages*, Paris, Presses universitaires de France, 1954, 668 p.

ROLLET, P. ET HUART, F., *Du grand marché à l'union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, Paris, Editions Cujas, 1995, 259 p.

3. Monographies

AUBRY-CAILLAUD, F., *La libre circulation des marchandises – Nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, Pedone, 1998, 341 p.

BERROD, F., *La systémique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, 1136 p.

ILIOPOULOU, A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 795 p.

PERALDI-LENEUF, F., *La politique communautaire d'harmonisation technique et de normalisation*, Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 1996.

PORTUESE, A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012.

SENDEN, L., *Soft law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 533 p.

4. Articles

A. PEREGO, « *Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme* », Revue du droit de l'Union européenne 2015, n° 1, pp. 145-150.

- B. BERTRAND, « *La nouvelle approche du droit de l'intégration* », in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 553-571.
- B. BOISSARD, « *La validité inattendue du nouvel octroi de mer* », *Revue du marché unique européen*, 1999, pp. 129-168.
- C. GREWE ET J. RIDEAU, « *L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu* », in *Chemins d'Europe*, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 319-345.
- C. J. BERR, « *L'indiscipline des États membres : l'exemple de la mise en place du marché intérieur* », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle*, Hommage à Jacques Bourrinet, Paris, La documentation française, 2004, pp. 99-111.
- D. PERROT, « *À propos de l'arrêt Legros* », *RMCUE*, 1993, p. 427.
- D. PERROT, « *Intégrité et cohérence de l'ordre juridique communautaire* », *Le droit de l'Union européenne en principes*, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Apogée, 2006, pp. 615-641.
- D. PERROT, « *Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne* », *RTD eur.* 2009, p. 717.
- D. RITLENG, « *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union* », *RTD eur.*, 2009, p. 677.
- D. ROUSSEAU, « *Le Brexit ou le moment constituant européen* », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 564.
- E. DERO-BUGNY, « *La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux* », in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 109-124.
- E. DUBOUT, « *Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme* », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2015, chron., 9.
- E. KORNPROBST, « *Remise en cause des aides d'Etat non conformes aux traités de l'Union européenne* », in « *Ecrits de droit de l'entreprise* », Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, Paris, Dalloz, 2015, pp. 573-590.
- E. PERILLO, « *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, deux ans plus tard* », *Journal de droit européen*, 2016, n° 234, p. 377.
- E. WERY, « *Parlez-vous "SEPA" ?* », *JT* n°92/2007, pp. 21-24.
- F. BENOIT-ROHMER, « *À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice* », *Revue trimestrielle de droit européen*, Juillet-Septembre 2015, n° 3, pp. 593-611.
- F. CHALTIEL, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ?* », *Petites affiches*, *La Loi / Le Quotidien juridique*, 2015, n° 105, pp. 6-13.
- F. CHALTIEL, « *Les perspectives du Brexit* », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 513.
- F. MASSART-PIERARD, « *Le Parlement européen : l'irrésistible mouvement de conquête des pouvoirs* », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 16, n° 4, 2009, pp. 545-557.
- F. PICOD, « *La coopération juridictionnelle* », in Auvret-Finck (Dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 199-232.
- G. SOULIER, « *L'Union européenne et le dépérissement de l'Etat* », in Duprat, G. (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 289-314.
- H. GAUDIN, « *Primauté absolue ou primauté relative ?* », in Gaudin, H. (Dir.), *Droit constitutionnel – droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, pp. 97-120.
- I. TREPANT, « *La politique commerciale européenne et les pays en développement* », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012/39, n° 2164-2165, pp. 5-65.
- J. BIANCARELLI, « *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matières d'aides publiques* », *AJDA*, 1993, p. 412.

- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « *Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union* », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 263-278.
- J.-C. PIRIS, « *La comitologie : vers l'épilogue d'une longue saga ?* », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 547-558.
- J.-L. ALBERT, « *Les aides d'Etat en outre-mer* », Revue de l'Union européenne, 2017, p. 90.
- J.-M. GRAVE, « *L'interdiction des taxes d'effet équivalant à un droit de douane : un élément fondateur de l'union douanière au service du marché intérieur et de la politique commerciale commune* », Revue des affaires européennes, 2005/4, pp. 621-635.
- J.-V. LOUIS, « *La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ?* », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.
- K. LENAERTS, « *L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des Etats membres* », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.
- L. IDOT, « *Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'Etat...* », in L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 639-658.
- L. POTVIN-SOLIS, « *Du système de préférences non réciproques aux accords de partenariat économique* », Civitas Europa, 2016/1, n° 36, pp. 111-128.
- L. SERMET, « *La notion juridique de l'ultrapériphéricité communautaire* », J.-Cl. Europe, juin 2002, n° 6.
- L. VAN MIDDELAAR, « *Sept thèses sur le Brexit* », RTD eur., 2016, p. 705.
- L.-V. MAUBLANC-FERNANDEZ, « *L'extension de la notion de taxe d'effet équivalent à des droits de douane dans la jurisprudence de la Cour* », Revue du Marché commun, 1997, p. 126.
- M. DEVOLUY, « *Convergences et divergences des politiques économiques nationales* », in L'intégration européenne au XXI^e siècle, Hommage à Jacques Bourrinet, Paris, La documentation française, 2004, pp. 175-189.
- O. DE SCHTTER, « *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes* », CRIDHO Working Paper, 2005/7, p. 4.
- O. DORD, « *Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire découle de la Constitution* », in Gaudin, H. (Dir.), Droit constitutionnel – droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?, Paris, Economica, 2001, pp. 121-140.
- P. OLIVER, « *La spécificité de la libre circulation des marchandises* », in Dubout, E. et Maitrot de la Motte, A. L'unité des libertés de circulation, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 277-287.
- P. PESCATORE, « *La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes* », in En Hommage à Victor Gothot, faculté de droit de l'Université de Liège, Liège, 1962, pp. 497-546.
- P. RODIERE, « *Libre circulation des personnes et citoyenneté dans la jurisprudence de la Cour de justice* », Revue trimestrielle de droit européen, 2006, vol. 42, n° 1, pp. 163-182.
- S. BESSON, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l'avis 2/13* », Annuaire suisse de droit européen, 2015, pp. 423-454.
- S. GOULARD, « *Brexit, pour la défense de la souveraineté européenne* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 520.
- S. PLATON, « *Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?* », Revue des droits et libertés fondamentaux, 2015, chron., 13.
- S. TORCOL ET C. MAUBERNARD, « *Le Brexit ou l'Europe politique à la croisée des chemins* », Revue de l'Union européenne, 2016, p. 516.

T. BANGUI, « *Libertés de circulation et fiscalité directe : quelques réflexions sur les conventions fiscales à l'épreuve du droit communautaire* », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne* 2010, n° 537, pp. 257-266.

V. CONSTANTINESCO, « *La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ?* », in *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 368, pp. 119-135.

V. VARDABASSO, « *La Convention européenne des droits de l'homme. (Rome, le 4 novembre 1950)* », *Relations internationales*, vol. 131, n° 3, 2007, pp. 73-90.

Y. BERTONCINI, « *Le Brexit entre europhobie britannique et euroscepticismes continentaux* », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 524.

Y. GALMOT et J.-C BONICHOT, « *La CJCE et la transposition des directives en droit national* », *RFDA*, 1988, pp. 15-25.

5. Lexique

BERTONCINI, ET AL (Dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Paris, Colin, 2008.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes aussi bien aux contenus qu'aux notes de bas de page)

A

Abus de position dominante, 185, 264, 349, 350

Accréditation, 192

Affectio societatis, 124, 164, 306, 310, 312

Aides publiques, 99, 106, 141, 175, 201, 210, 232, 239, 350, 351

Animus cooperandi, 303, 311, 372

Antilles françaises

- différenciation juridique, 387

- fédéralité, 404

- intégration européenne

accord de partenariat

économique, 369

adaptation (art. 349 TFUE), 370, 390

assimilation juridique, 364

pays ACP, 369

- personnalité internationale, 391

- séjour des étrangers, 359

- souveraineté étatique (effritement), 399

- statut, 5, 358, 0, 387

Assurance (directe, de responsabilité), 57, 193

Autorisation administrative, 243

B

Biens sans maître, 106

C

Certification

- environnement, 35

Centre de formalités aux entreprises, 54

Clause d'égalisation, 310

Clause d'*equal opportunity*, 314

Clause d'exclusion, 310

Clause d'exclusivité territoriale, 181, 264

Clause de force majeure, 314

Clause de garantie, 314

Clause de *hardship*, 314

Clause de loyauté, 269, 278, 289, 293, 314

Clause de non-affiliation, 264, 268

Clause de non-concurrence, 264, 268, 278, 285, 293, 314

Clause de préemption, 310, 314

Clause de rachat, 310

Clause de restitution, 264

Clause de sortie, 293, 310, 314

Codes de conduite, 32, 36, 190, 321

Contrat

- contrat de prestation, 214

- contrat de souveraineté, 258

- contrat économique

crowdfunding, 295

définition, 255

distribution sélective, 266
 franchise, 262
 groupement d'intérêt
 économique (GIE), 291
joint venture, 311
outsourcing, 282
 société par actions simplifiée
 (SAS), 304
 sous-traitance, 273
 succursalisme, 286
 - production normative, 37

D

Débit de boissons, 68, 85,
 243, 244

Dépendance économique

- définition, 260
 - investisseur, 162
 - vendeur, 221

Domaine public, 43

Domination (concept), 102

Droit

- définition, 6, 114
 intentionnalité, 10
summa divisio, 8
 - concurrence
 instruments, 175, 177, 179,
 181, 185, 248, 264, 266, 348
 règle de raison, 177
 - consommation
 ordre public consumériste,
 83, 179
 - environnement
 écocentrisme français, 19
dumping, 16
 mou (droit)
 définition, 32
 concurrence, 33

préjudice, 22
 urbanisme, 26
 - propriété, 14, 20, 21, 44, 52,
 73, 82, 98, 106, 125, 133, 138,
 163, 174, 177, 243, 256, 257,
 259, 269, 285, 310, 375
 - responsabilité
 civile, 90, 115
 environnementale (*voir*
environnement)
 du fait économique des lois,
 198
 pénale, 91, 117
 - social
dumping, 75
 droit des obligations, 77
 formalisme, 59
 ordre public social, 81, 179

Droit mou, 32, 181

E

Economie de marché, 254

Entreprise

- définition, 10
 - hôtel
 classement, 103
 formalisme, 51

Expropriation, 106

Extranéité, 255

F

Fiscalité

- CICE, 157
 - défiscalisation (outre-mer),
 161
 - détaxe de TVA, 219
 - *duty free*, 218
 - évasion fiscale, 131, 208

- exonérations
 - CET, 158
 - entreprises nouvelles, 149, 155
 - plus-values professionnelles (en cours d'exploitation), 156
 - taxe foncière (propriété bâties), 159
 - TVA (outre-mer), 160
- impôts fonciers, 64
- IR/IS, 62
- niches fiscales (dépense fiscale)
 - intégration fiscale, 153
 - régime des sociétés mères, 154
 - zone franche, 143, 213
- octroi de mer, 184, 218, 219, 223, 227, **232**, 368, 389, 390, 396, 401
- paradis fiscaux (Caraïbe)
 - définition, 123
 - méthodes
 - fondation, 127
 - hedge funds*, 128
 - prête-nom, 126
 - sociétés *off shore*, 124
 - trusts*, 173-175
- politique fiscale, 119, **122**, 130
- souveraineté, 130
- taxe de séjour, 65, 224, 230
- TVA, 63, 225, 230 (*voir exonérations et détaxe de TVA*)

H

Homologation, 191

I

Indivision, 26, **107**

Injonction, 246

Insularité, 2

Intégration contractuelle, 252

Intégration régionale

- Caraïbe

définition, 11

droits fondamentaux, 381

harmonisation (droit), 413

institutions, 324

membre associé (statut), 408

méthodes

applicabilité directe, 337

compétences (répartition), 339

effet direct, 337

marché unique, 342

primauté (principe), 337

subsidiarité (principe), 339

union économique et monétaire, 353

règlement des différends, 329

sources du droit, 320

systèmes de droit contemporains (*common law*, civiliste), 375

- Union européenne (*voir Antilles françaises*)

Interdiction (définition), 207

Intérêt d'entreprise, 177

Intérêt général, 10, 14, 20, 40, 46, 97, 106, 149, 161, **166**, **169**, **176**, **177**, 190, 198, 236, 238, 241, 250, 393, 417

Interventionnisme

- définition, 10, 12, 13, 14, (*voir titre II (partie 1)*)

Investissement étranger, 4, 256

L

Libéralisme économique, 11, 37, 166, (*voir partie 2*)

Libertés économiques, 14, 43, 56, 73, 82, 162, 166, 177, 178, 186, 211, 238, 241, 243, 254, 266, 309, 342, 353, 363, 381

Littoral

- concessions de plage, 47
- zone des 50 pas géométriques, 28 44 48, 108
- urbanisation, 28

N

Néo-libéralisme,

Normalisation

- environnement, 32, 34

O

Obligation de service public, 236

Occupation privative

- occupation régulière
concession de plage (*voir Littoral*)

- occupation sans titre, 155-156

Ordolibéralisme, 166

Ordre public

- catégorie fondamentale, 178
- ordre public consumériste (*voir droit*)

- ordre public économique, 84, 179, 187, 243

- ordre public international, 280

- ordre public social (*voir droit*)

- ordre public de solidarité, 203

P

Pacta sunt servanda, 322, 337, 378

Patrimoine (classement ou inscription), 96

Pays et territoires d'outre-mer (PTOM), 363, 368

Prix

- hypertrophie, 183
- prix imposés, 264

Professionnalisme, 101

Propriété intellectuelle, 54, 100, 256, 322, 351

Q

Qualité, 190

R

Registre du commerce et des sociétés, 54

Régulation, 180, 185, 186

Rénovation urbaine, 105

S

Sanction, 246

Signe collectif, 100

Société civile (1a), 254

Société d'économie mixte locale, 240

**Société par actions
simplifiée**, 304

Souveraineté(s) des États,
130, 399

Succession, 106

T

Titres financiers

- titres au porteur, 124

- voir *Crowdfunding*

Tourisme

- concurrence (droit), 6

- définition, 1

- disparités caribéennes, 2, 3, 4

- droit économique, 7

- sexe, 109

U

Urbanisme

- obligations (implantation
commerciale), 55

- environnement (*voir droit*)

- urbanisme commercial, 56

ANNEXES

Annexe 1 : « La desserte aérienne de l'archipel des Antilles : entre extraversion et intégration régionale »

Annexe 2 : Relevé de prix de produits de gamme dans la grande distribution martiniquaise

Annexe 3 : « Les paradis fiscaux dans le bassin caribéen »

Annexe 4 : « Paradis fiscaux, zones franches et trafics illicites (2008-2012) »

Annexe 5 : Cas pratique sur la fiscalisation du touriste de séjour

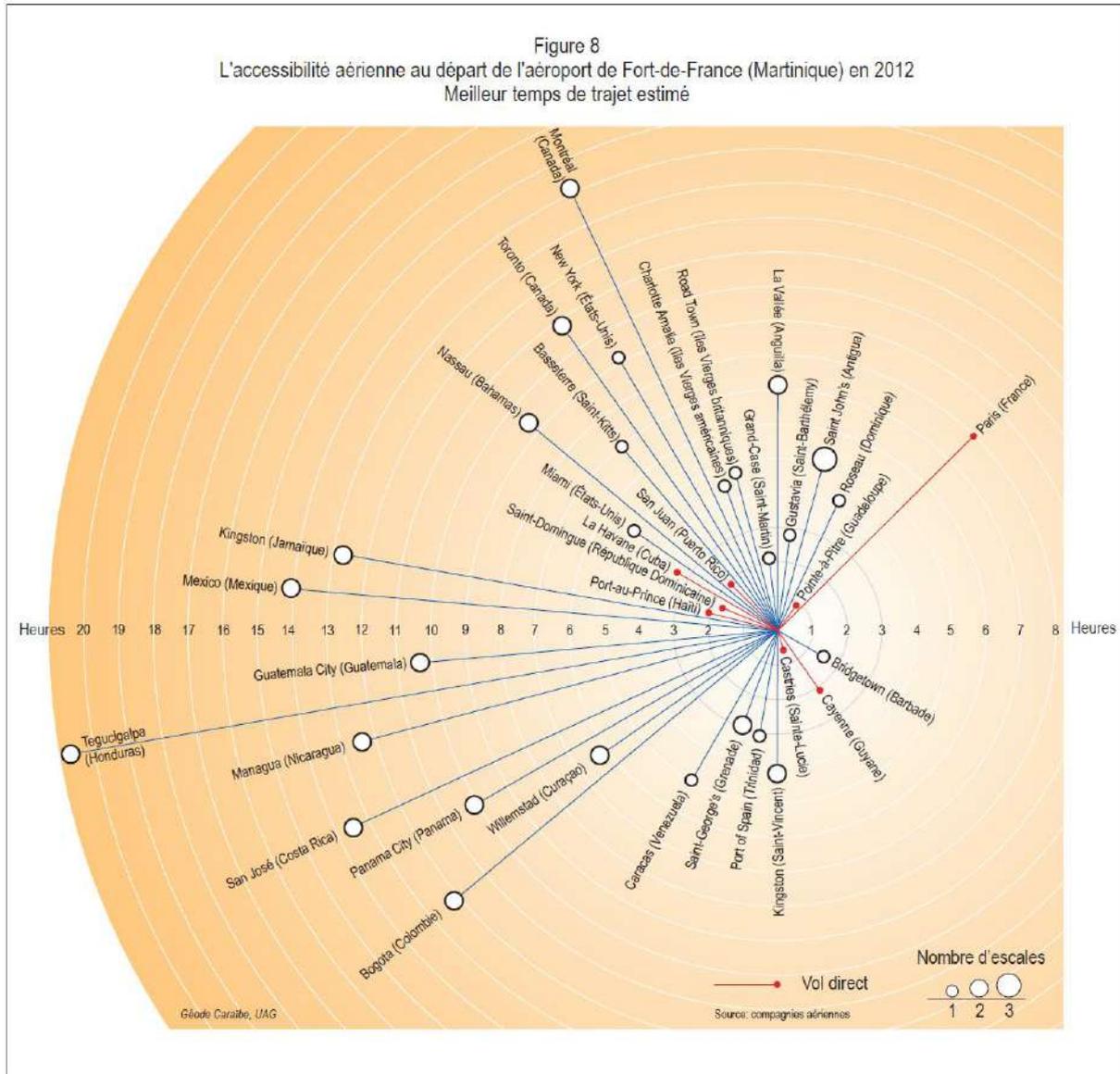
Annexe 6 : L'itinéraire du règlement des différends dans l'OECD

Annexe 6 (a) : Etats membres du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales

Annexe 6 (b) : Etats uniquement membres du Traité révisé de Basseterre

Annexe 7 : L'itinéraire du règlement des différends dans la CARICOM

Annexe 1. « La desserte aérienne de l'archipel des Antilles : entre extraversion et intégration régionale »



C. RANELY VERGE-DEPRE, « La desserte aérienne de l'archipel des Antilles : entre extraversion et intégration régionale », Géotransports, n° 3, 2014, p. 37.

Annexe 2. Relevé de prix de produits de gamme dans la grande distribution martiniquaise

Relevé de prix de produits de gamme dans la grande distribution martiniquaise			
Produits	Enseigne A	Enseigne B	Enseigne C
Dentifrice soin complet Sensodyne, tube (75 ml)	6,92 €	6,93 €	6,99 €
Yaourt à boire parfum fraise YOP, bouteille de 500g	1,79 €	1,79 €	2,09 €
Petits pots de crème chocolat, dessert lacté aux oeufs frais LA LAITIERE, 4x100g	3,15 €	3,59 €	3,65 €
Lait UHT 1/2 écrémé biologique GRANDLA 6x1 litre	11,00 €	11,76 €	N
6 Gros oeufs LA FERME DE AUGRAIN	2,04 €	2,21 €	2,14 €
Son d'avoine (Markal) Bio - 500 g	4,88 €	4,89 €	5,10 €
Jambon bio avec couenne FLEURY MICHO 2 tranches, 80g	4,95 €	6,99 €	N
Bananes Dessert, 1 kg	1,28 €	1,45 €	1,35 €
Amandes décortiquées, SEEBERGER, sachet 200g	5,35 €	5,85 €	N
Chou chinois, Allemagne (la pièce)	3,93 €	3,85 €	3,45 €
Poivron rouge, calibre 70/90, catégorie 1, Pays-Bas, 1 kg	5,62 €	5,75 €	4,90 €
Oignon jaune, calibre 50/70, France, filet 1kg	5,39 €	4,90 €	3,99 €
Steak haché "Le Pur Boeuf" CHARAL, 15%MG, 10 unités, 1kg	14,90 €	14,80 €	15,10 €
Boisson orange CARESSE ANTILLAISE, br de 1l	1,94 €	2,00 €	1,95 €
Farine de Boulanger -Mie- 1kg	N	1,37 €	1,37 €
Pain de mie american sandwich complet HARRY'S, 600g	4,36 €	4,37 €	4,25 €
COCA-COLA, 6 boîtes de 33cl	4,18 €	4,35 €	4,19 €
Croquettes pour chat adulte au poulet et olives Vital Heart FRISKIES, 2kg	6,04 €	7,09 €	7,20 €
Lait douceur hydratant pour le corps NIVEA BODY, 400ml	6,90 €	6,91 €	7,09 €
Shampooing citrus HEAD & SHOULDERS flacon de 300ml	6,51 €	6,52 €	6,49 €
Papier toilette extrait de lotus aquatube MOLTONEL, 9 rouleaux	8,88	8,55 €	N
Liquide vaisselle et mains concentré amande, ARBRE VERT, flacon de 500ml	2,74	2,75 €	N
Insecticide multi-insectes RAID, aérosol de 400ml	7,00 €	5,76 €	6,40 €
TOTAL *	86,83 €	87,16 €	86,33 €

N = Néant (Article indisponible)

*Le total n'incorpore pas les produits dont l'un des prix fait défaut

Annexe 3. « Les paradis fiscaux dans le bassin caribéen »



F. TURBOUT, « *Le paradis fiscaux dans le bassin caribéen* », Atlas Caraïbe, 2010, p. 144 (URL : <http://atlas-caraibe.certic.unicaen.fr/fr/page-144.html>).

Annexe 4. « Paradis fiscaux, zones franches et trafics illicites (2008-2012) »



P. ROTH ET P. BULEON, « Paradis fiscaux, zones franches et trafics illicites (2008-2012) », Atlas Caraïbe, p. 7 (URL : <http://atlas-caraibe.certic.unicaen.fr/fr/page-7.html>).

Annexe 5. Cas pratique sur la fiscalisation du touriste de séjour

En 2017, en période hivernale, au départ de l'aéroport Paris-Orly, *via* la compagnie aérienne Air Caraïbes³⁰⁴⁸, la famille Janssens, résidant à Bruxelles, part pendant 10 jours en vacances en Martinique. Ils sont cinq : les parents Arthur et Louis et les enfants Emma, Lucas et Corentin respectivement âgés de 15, 13 et 4 ans. Tous siègent en classe « Economique ». Dès la sortie de l'aéroport Aimé Césaire, les parents récupèrent le véhicule de location, à laquelle ils ont souscrit (par internet³⁰⁴⁹), pour la durée de leur séjour. Direction l'Hôtel Carayou & SPA, hôtel 3*** situé dans la commune des Trois-îlets dans le Sud-Ouest de l'île. Les vacances peuvent enfin commencer. Au programme, plages de sable blond, farniente à l'ombre des cocotiers, ti-punch, coquillages et crustacées, agrémentés d'activités nautiques payantes – *Kitesurf* pour les adolescents qui en ont déjà fait, baptême de plongée pour les parents aux Anses-d'Arlet – et visite des fonds blancs. Etant en « *All-inclusive* »³⁰⁵⁰, ils n'ont pas à se préoccuper de la consommation courante hormis quelques menus écarts et un budget « essence ». Soit un séjour d'un montant total de 12 458,08 € TTC³⁰⁵¹.

Quelle est la part des taxes dont se sera acquittée la famille Janssens durant son séjour en Martinique ?

Commençons par décomposer le prix total³⁰⁵² : le coût des billets d'avion aller-retour – 2 tarifs adultes, 2 tarifs jeunes et 1 tarif enfant : 6 666,70 € ; le coût de l'hébergement touristique « All-inclusive » : 4 240 € ; la location du véhicule : 401,38 € (véhicule catégorie C, plein de carburant, hors assurance³⁰⁵³) ; l'essence sans plomb : 100 € (50 € pour 620 km parcourus et 50 € pour le plein en fin de séjour) ; la location de matériel pour la pratique du *Kitesurf* (ensemble EVO 4 demi-journées chacun) : 70 €/demi-journée soit 560 € ; le baptême de plongée pour deux : 100 € ; la visite des fonds blancs : 190 € ; les extras : 200 €.

Procédons.

³⁰⁴⁸ Un minimum de 8h de vol est nécessaire afin de traverser l'Océan Atlantique. Ils ont donc opté pour une compagnie aérienne classique au lieu d'XL Airways – compagnie *low cost* dont le propre est notamment une diminution du confort des sièges, un paiement supplémentaire des services proposés à bord (repas, presse etc.) – afin de voyager dans des conditions agréables.

³⁰⁴⁹ Pour les besoins du cas pratique, la société de location de véhicules choisie est « Pop's car Martinique ». Une souscription par internet y est beaucoup plus avantageuse des points de vue tarifaire – un gain de 130 € en moyenne – et logistique – l'agence est située à proximité de l'aéroport.

³⁰⁵⁰ **Nota bene** : le « *All-inclusive* », formule « tout-compris », est peu répandu aux Antilles françaises.

³⁰⁵¹ Tarif « toutes taxes comprises ».

³⁰⁵² Simulation à tarifs réels variables selon la « saison » et les opérateurs.

³⁰⁵³ La souscription à la location du véhicule aura été effectuée avec une Visa Premier. L'assurance « dommages véhicules de location » est donc incluse.

La taxe de séjour. La commune des Trois-Îlets est autorisée à pratiquer la taxe de séjour. Nous rappelons qu'il s'agit d'un impôt facultatif variable selon le classement de l'hôtel, exceptant les enfants mineurs³⁰⁵⁴. L'hôtel Carayou & SPA est un hôtel 3***. Pour un hôtel 3***, les tarifs plancher et plafond sont respectivement fixés à 0,50 € et à 1,50 €. Dans cet hôtel, la taxe de séjour est de 1 € par personne et par nuit. Ce qui revient à 20 € pour toute la famille pour l'intégralité du séjour.

Les taxes aéroportuaires³⁰⁵⁵. Elles se déclinent comme suit : la taxe d'aéroport : 127,5 € ; la taxe aviation civile : 44,8 € ; la taxe de solidarité : 11,3 € ; la redevance passager : 159,7 € ; la redevance d'assistance aux passagers à mobilité réduite : 7,6 €³⁰⁵⁶ ; la taxe d'embarquement sur les passagers (au profit des seules collectivités ultramarines) : 22,85 €. Ce qui revient à 373,75 € pour tout le monde.

La TVA. Nous rappelons qu'il est un régime dérogatoire applicable aux Antilles françaises et qu'il n'y a pas de TVA sur les billets d'avion³⁰⁵⁷ ou sur le carburant. L'hébergement (hors taxe de séjour ; TVA 2,1 %) : 88,2 € ; le véhicule de location (TVA 8,5 %³⁰⁵⁸) : 28,42 € ; les extras : cinéma (TVA 2,1 % sur 38 €³⁰⁵⁹) : 0,80 cts ; souvenirs de fabrication artisanale (TVA de 8,5 % sur 92 €) : 7,82 € ; produits de consommation courante locaux : 2 bouteilles rhum vieux Clément (TVA 8,5 % sur 22,06 €) : 1,88 € ; boissons non alcooliques (4 briques de jus « Caresse Antillaise ») (TVA 2,1 % sur 7,96 €) : 0,17 € ; pâtisserie fraîche locale (TVA 2,1 % sur 30 €) : 0,63 €. La situation se complique pour les produits d'importation tels que les confiseries (bonbons au chocolat), les produits de parapharmacie* (pansement élastique *waterproof*, protection anti-moustique). Ce qui revient à 127,92 €.

* Si la part de TVA est, en théorie, aisément déterminable du prix des produits d'importation – (Prix TTC/(1+taux de TVA)) x taux de TVA –, elle se révèle en pratique peu évidente. L'octroi de mer, autre impôt grevant les produits de consommation aux Antilles françaises, intègre le prix final du bien. Cependant, « l'octroi de mer n'est pas compris dans la base d'imposition de la TVA »³⁰⁶⁰. Ce qui rend le calcul, à défaut de pouvoir disposer d'un démembrement précis du prix TTC, impossible.

³⁰⁵⁴ Art. L. 2333-31, 1° du Code général des collectivités territoriales.

³⁰⁵⁵ La liste qui suit n'est pas exhaustive et n'inclut pas la surcharge carburant (YQ), assimilée par le *vulgum pecus* à une taxe, part importante du billet d'avion acquittée même en cas d'annulation plurifactorielle de voyage. Elle tient compte des seules taxes aéroportuaires inventoriées précédemment.

³⁰⁵⁶ Nous ignorons le taux de signalement d'Air Caraïbes. Ce dernier est fondamental pour la détermination du tarif applicable (par tranche) au départ des aéroports de Paris. Nous avons opté pour la tranche la moins lourde, soit 0,72 cts par passager. (**Nota bene** : en Martinique le prix est fixe, soit 0,80 cts par passager).

³⁰⁵⁷ Art. 262, II, 8° du CGI.

³⁰⁵⁸ Le taux de TVA sera appliqué sur au coût hors taxe de la location raboté de 67,08 € correspondant au plein de carburant (il n'y a pas de TVA sur le carburant aux Antilles françaises).

³⁰⁵⁹ Le prix total se décompose comme suit : quatre tarifs normaux de 8 € (les adolescents auraient pu bénéficier du « tarif jeune » mais le coût des formalités à accomplir (photo, photocopie de la pièce d'identité, 3 €), amortissables sur plus d'une séance, grevent le prix d'une séance unique) et un tarif réduit (pour les moins de 12 ans) : 6 €.

³⁰⁶⁰ BOI-TVA-GEO-20-10, § 70.

L'octroi de mer. Il portera exclusivement sur les produits importés. A savoir les produits de confiserie et de parapharmacie. Il nous est matériellement impossible de le déterminer³⁰⁶¹.

Les taxes sur le carburant. En fin de séjour, la facture carburant s'élève à 100 € soit 76 litres d'essence sans plomb. En juillet 2017, le prix du carburant est fixé à 1,34 € au litre³⁰⁶². L'octroi de mer (7 %) : 0,042 €/litre ; l'octroi de mer régional (2,5 %) : 0,015 €/litre³⁰⁶³; la TSC : 0,49937 €/litre. Ce qui revient à 42,28 €.

La taxe sur les passagers maritimes : 8,25 €.

La taxe additionnelle aéroport pour la location du véhicule : 30 €.

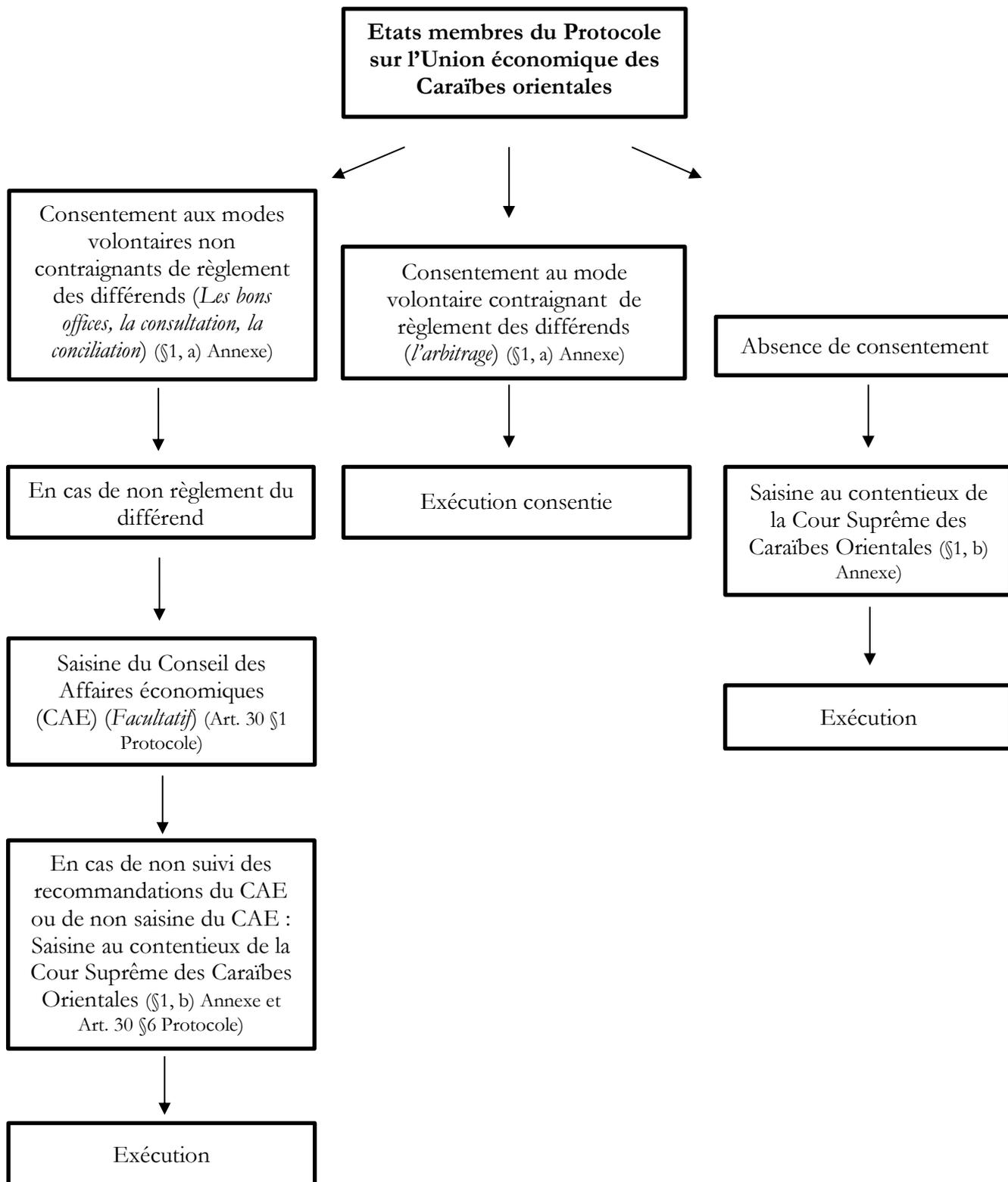
³⁰⁶¹ Le calcul de l'octroi de mer sur les produits de consommation courante nécessiterait une véritable décomposition du prix. Or, il est impossible de déterminer le montant de la base d'imposition de l'octroi de mer sur chaque produit en raison de la systématisation de l'opacité sur la formation du prix. **Nota bene** : il existe des dispositifs d'exonération – *e.g.* pour les bonbons au chocolat (Annexe 1 de la délibération n° 15-1473-2 du 22 septembre 2015 portant procédure d'exonération de l'octroi de mer, 23 p.) mais, il s'agit d'une exonération totale d'octroi de mer (Art. 2 de la délibération) mais partielle d'octroi de mer régional (Art. 3 de la délibération).

³⁰⁶² Les prix des produits pétroliers font l'objet d'une réglementation préfectorale (*e.g.* la détermination du prix maximum de revente) et d'une révision mensuelle en fonction notamment de l'évolution des cours, v. Art. R. 671-1 et s. et R. 221-1 et s. du Code de l'énergie.

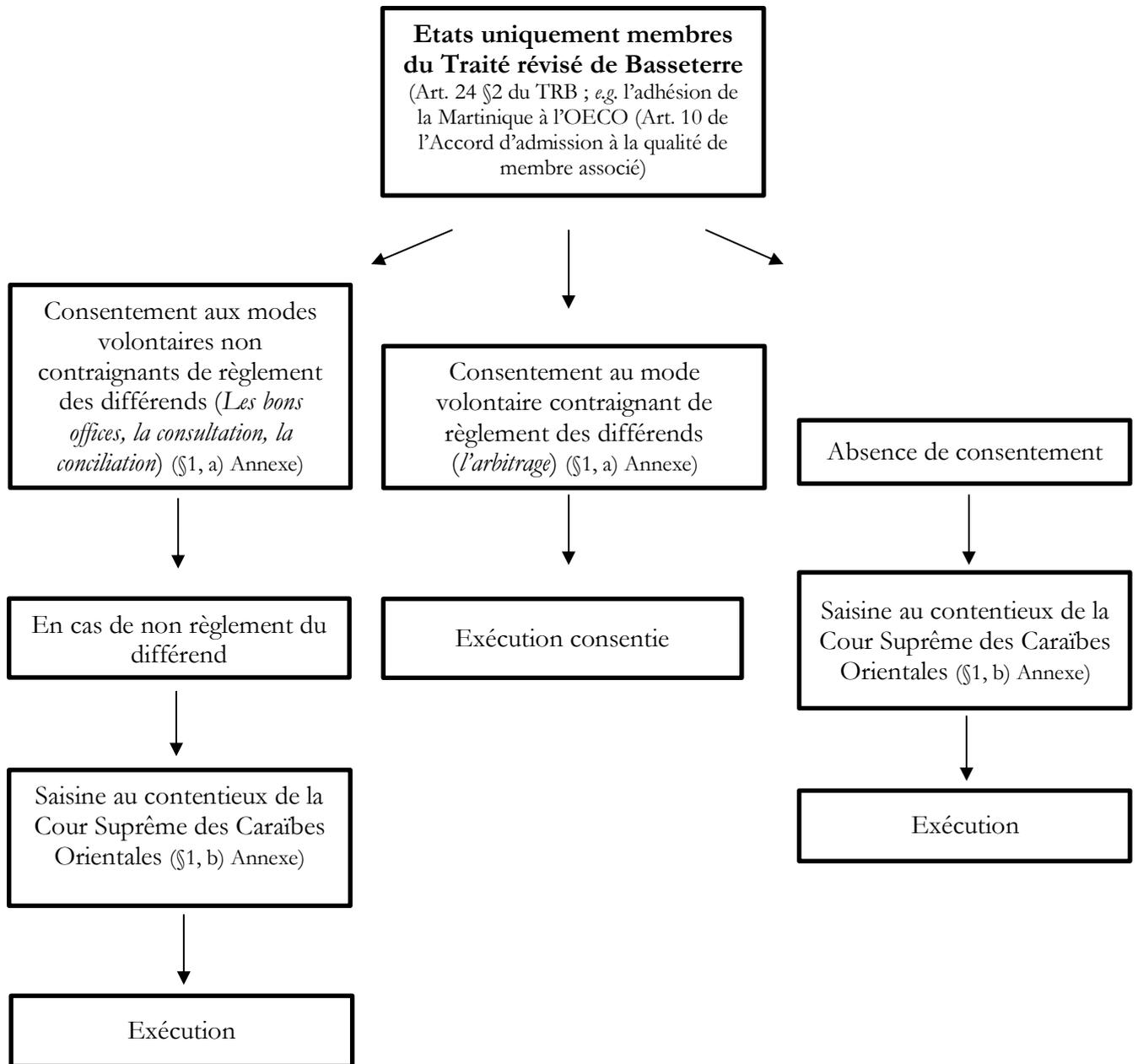
³⁰⁶³ Le prix HT « facturation raffinerie » pour le sans plomb (montant réévalué mensuellement sur lequel on va calculer l'octroi de mer) est fixé en juillet 2017 à 60,163 € par hectolitre. Source Société Anonyme de la Raffinerie des Antilles (SARA).

Annexe 6. L'itinéraire du règlement des différends dans l'OEEO

Annexe 6 (a) – Etats membres du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales



Annexe 6 (b) – Etats uniquement membres du Traité révisé de Basseterre



Annexe 7. L'itinéraire du règlement des différends dans la CARICOM

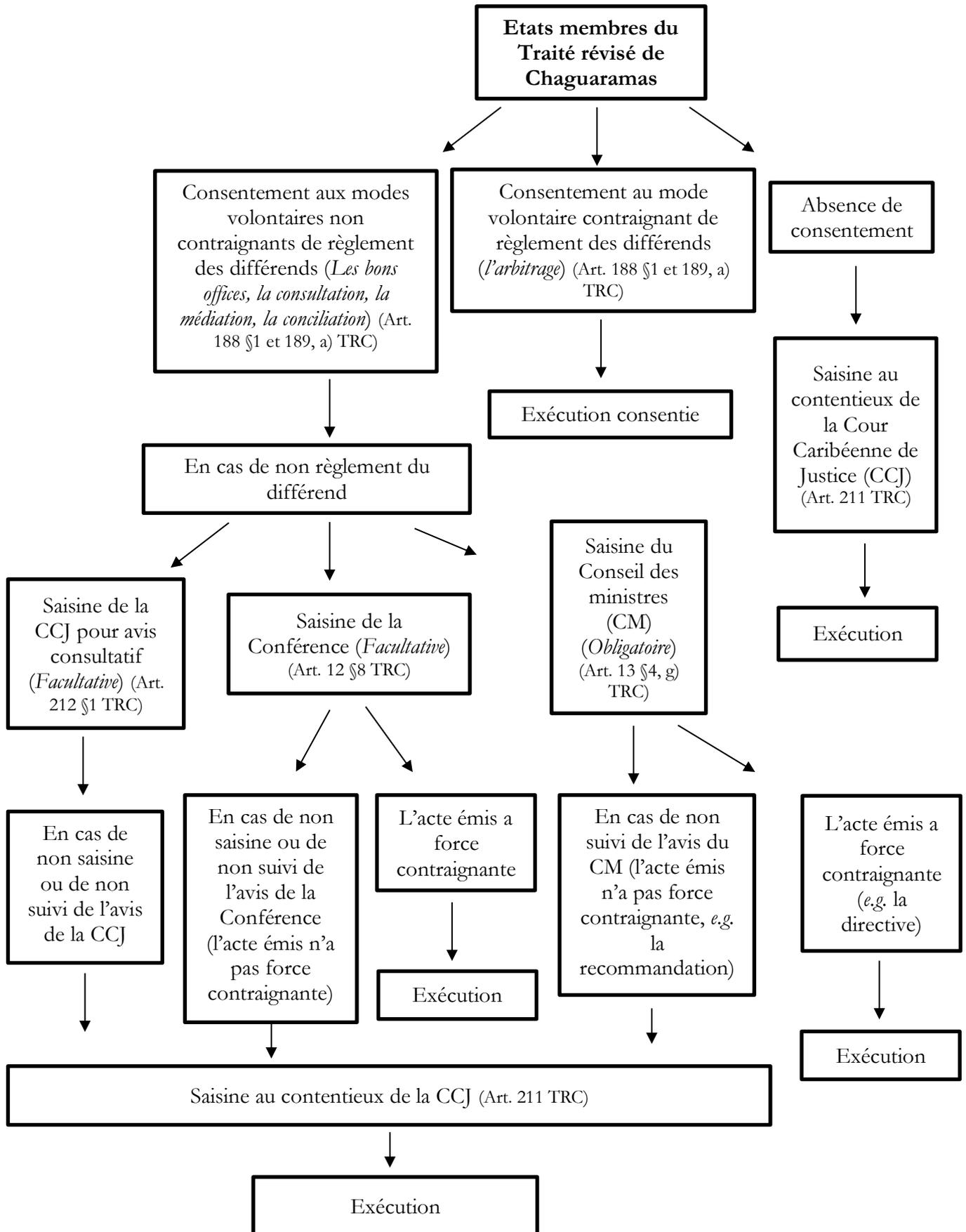


TABLE DES MATIERES

Hommage à Laurence BOY.....	v
REMERCIEMENTS.....	VI
SOMMAIRE.....	VIII
ABREVIATIONS.....	IX
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'ORGANISATION HETERONOME NORMATIVE DE L'ECONOMIE PAR LA LOI EN FRANCE, SOURCE D'UN PREJUDICE PAR RICOCHET AU TOURISME DES ANTILLES FRANÇAISES	26
TITRE I. LA MARGINALISATION DE L'INTERET PRIVE PAR LA PREGNANCE DE LA CONTRAINTE REGLEMENTAIRE.....	29
<i>Chapitre 1. La pré-affectation juridique des choix économiques du tourisme</i>	<i>30</i>
Section 1. La virtualité de l'intérêt privé.	31
I. L'objet environnemental au frontispice de l'économie.....	31
A – Une figure imposée.....	34
§1. Un pré carré juridique.....	35
a- Un ordre juridique environnemental.....	36
b- La reconnaissance d'un préjudice spécifique.....	41
§2. L'exemple de l'insinuation de la norme environnementale dans l'urbanisme.....	48
B – Une figure relativement libre.....	53
§1. Du droit souple.....	53
§2. Du normativisme contractuel par la stipulation environnementale.....	60
II. L'extra-patrimonialité privée du domaine public.....	65
Section 2. La précarité de l'intérêt privé.	75
I. L'entreprise, une initiative privée formalisée : l'exemple des charges de formalisme relatives à la création d'un hôtel de tourisme.....	75
A – Du formalisme pour l'implantation commerciale.....	76
B – Du formalisme pour l'exploitation commerciale.....	81
II. Le déplacement du pouvoir dans la masse.....	87
A – Une démocratisation de l' <i>abusus</i>	87
§1. Un droit subjectif au travail.....	88
§2. Un droit subjectif à la consommation.....	97
B – L'hypertrophie du droit de la responsabilité.....	106
<i>Chapitre 2. Du faux positif dans l'instrumentalisme du droit</i>	<i>113</i>
Section 1. Le droit, serviteur rétif de l'économie touristique	113
I. De la conception objective du service du droit à l'économie.....	114
A – Un rôle passif : la suppléance des libertés économiques.....	114
§1. La valorisation juridique partielle du patrimoine.....	115
§2. La juridicité du professionnalisme : entre inexpression et expression indirecte.....	120
B – Un rôle actif : la limitation des libertés économiques.....	125
§1. L'esthétisation de l'espace : une abstraction juridique relative.....	125
§2. L'éthisation contrainte du tourisme : l'exemple de la pénalisation de l'acte prostitutionnel.....	130

II. De la conception subjective du service du droit à l'économie : perspectives d'une satellisation du droit du point de vue de l'économie du droit.....	135
Section 2. La rationalisation de l'optimisation fiscale.....	139
I. Une appréhension caribéenne divergente de la finance <i>offshore</i>	140
A – Les paradis fiscaux caribéens.....	141
§1. Les méthodes du paradis fiscal caribéen.....	144
§2. Une approche limitative.....	147
B – La lutte française contre l'évasion fiscale internationale.....	149
II. De la procédure dans la levée de l'option de la dépense fiscale en France.....	153
A – La dépense fiscale passive.....	154
§1. L'exemple du zonage franc.....	154
§2. L'exemple de la fiscalité des <i>holdings</i>	158
§3. Autres dispositifs.....	163
B – La dépense fiscale active : l'exemple de la défiscalisation de l'« investissement outre-mer » ou la dissolution du pouvoir de l'investisseur.....	168
CONCLUSION DU TITRE I.....	172
TITRE II. LES UTILITES DE L'INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE DANS LE TOURISME : UN DIMORPHISME.....	173
<i>Chapitre 1. La forme ordinaire de l'interventionnisme économique.....</i>	<i>175</i>
Section 1. Un interventionnisme compromissaire.....	175
I. Une crise du désordre : la réglementation ou l'expression <i>a maxima</i> du droit unilatéral.....	176
A – Les nécessités perçues d'un interventionnisme économique.....	177
§1. La nature de l'intervention de l'Etat.....	177
§2. La proportionnalité dans l'interventionnisme économique.....	183
B – La confusion du contrat dans l'ordre public.....	186
II. Une crise de l'ordre : la déréglementation ou l'expression <i>a minima</i> du droit unilatéral.....	191
A – Du « self-service normatif ».....	192
B – Un « ordre public régulateur » : le cas de la régulation du prix dans le commerce de masse en outre-mer.....	195
Section 2. Un interventionnisme ampliatif : les textures mixtes de l'Etat.....	202
I. Un Etat dur.....	202
A – L'Etat normalisateur : la standardisation de la qualité des produits et services.....	203
B – L'Etat assurantiel.....	206
II. Un Etat doux.....	209
A – L'Etat responsable du fait économique des normes juridiques.....	209
B – L'Etat providentiel : l'exemple de l'aide à l'économie privée.....	213
<i>Chapitre 2. La forme extraordinaire de l'interventionnisme économique : une déformation.....</i>	<i>218</i>
Section 1. Une discrimination négative.....	218
I. Une réglementation inadaptée.....	219
A – L'interdiction sans cause.....	219
B – L'incompatibilité potentielle de l'aide à l'économie privée aux Antilles françaises avec le marché intérieur.....	223
II. Une réglementation inachevée : l'anormalité dans le prélèvement de l'impôt.....	228
A – L'effet relatif de l'imposition : le cas de la fiscalité du tourisme de séjour.....	228
§1. L'inconséquence du <i>duty free</i>	229
§2. Le caractère budgétaire de l'impôt : un effet de masse.....	233
B – L'Octroi de mer, un « enrichissement injustifié ».....	240
Section 2. La dégénération de l'intérêt privé.....	244

I. La gestion de l'initiative privée.....	245
A – L'obligation de service public.....	245
B – La participation publique à l'économie : l'exemple de la société d'économie mixte locale	250
II. La sanction de l'initiative privée	253
A – L'effet économiquement lésant de l'autorisation administrative : une justice <i>a priori</i>	253
B – Entre injonction de faire ou ne pas faire et sanction	259
CONCLUSION DU TITRE II.....	263
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	264
DEUXIEME PARTIE : UNE APPROCHE LIBERALE DE L'ORGANISATION DE L'ECONOMIE DU TOURISME DES ANTILLES FRANÇAISES A TRAVERS LE PRISME DE L'INTEGRATION REGIONALE.....	265
TITRE I. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DU CONTRAT D'INVESTISSEMENT ETRANGER DANS LE TOURISME.....	269
<i>Chapitre préliminaire – L'économie interne du contrat d'investissement étranger.....</i>	<i>274</i>
<i>Chapitre 1. Du normativisme par la dépendance économique dans le contrat.....</i>	<i>283</i>
Section 1. La concentration du pouvoir économique dans le contrat : l'exemple des contrats de distribution.....	284
I. Un contrôle maximum exercé par le franchiseur	285
II. Un contrôle minimum exercé par le fournisseur dans le cadre de la distribution sélective	293
Section 2. La déconcentration du pouvoir économique dans le contrat : l'exemple des contrats de répartition des moyens de production et services.....	297
I. L'émancipation de la partie faible	298
A – L'habilitation du sous-traitant	299
B – L'appropriation du pouvoir par le fournisseur dans l' <i>outsourcing</i>	305
II. Une discontinuité dans la dépendance de la succursale du fait de la loi applicable	310
<i>Chapitre 2. Du normativisme par l'interdépendance économique dans le contrat.....</i>	<i>315</i>
Section 1. Une interdépendance économique par détermination primitive de la loi.....	316
I. L'exorbitance dans le groupement d'intérêt économique de droit français	317
II. Liaisons contractuelles dans le financement participatif du tourisme.....	319
Section 2. Une interdépendance économique par détermination adventice de la loi.....	324
I. Du libéralisme dans le contrat de société par actions simplifiée.....	325
A – Le minimalisme législatif.....	326
B – Le maximalisme statutaire.....	330
II. L' <i>animus cooperandi</i> dans le contrat innommé de <i>joint venture</i>	333
CONCLUSION DU TITRE I.....	339
TITRE II. UNE INTEGRATION REGIONALE PAR LA FORCE NORMATIVE DU DROIT CONVENTIONNEL REGIONAL : PLAIDOYER POUR UN TROISIEME NIVEAU D'INTEGRATION JURIDIQUE DES ANTILLES FRANÇAISES.....	341
<i>Chapitre 1. Les moyens d'un droit régional d'intégration.....</i>	<i>345</i>
Section 1. L'ordre juridique caribéen.....	345
I. Le pluralisme des sources du droit régional caribéen	346

A – Un normativisme.....	347
B – Typologie des producteurs du droit secondaire.....	351
§1. Une originalité institutionnelle.....	352
§2. L'itinéraire du contentieux communautaire.....	360
a- La dimension juridictionnelle du règlement des différends : l'exemple de la Cour caribéenne de Justice.....	361
b- La dimension extra-juridictionnelle du règlement des différends.....	364
II. L'articulation d'un droit unique avec le droit interne des pays membres.....	368
A – L'intégration des normes communautaires dans l'ordre juridique interne.....	369
B – La répartition des compétences entre les Communautés et les pays membres.....	375
Section 2. Une approche caribéenne duale de l'intégration régionale.....	377
I. Une intégration régionale par le marché unique dans la CARICOM.....	378
A – Du droit contraignant.....	378
§1. La liberté économique régionale de circuler.....	379
§2. Un droit régional de la concurrence.....	382
B – Du droit programmatore.....	386
II. Une intégration régionale par l'Union économique et monétaire dans l'OECD.....	389
Chapitre 2. L'intégration régionale des Antilles françaises, une gageure.....	392
Section 1. La divergence naturelle des systèmes.....	394
I. Une endogénéité : le coût d'opportunité de la double allégeance des Antilles françaises.....	394
A – L'intégration française des Antilles françaises : l'exemple de la circulation des étrangers sur le territoire.....	395
B – L'intégration européenne des Antilles françaises.....	401
II. Une exogénéité : la disqualification à la source de l'intégrationnisme caribéen.....	413
A – Une communauté d'économie : l'approche monadique de l'intégration régionale caribéenne.....	413
B – Des préoccupations juridiques diamétrales.....	416
§1. Entre <i>common law</i> du <i>Commonwealth</i> caribéen et droit civiliste.....	417
§2. L'exigence d'un office de juge régional des droits et libertés fondamentaux dans la Caraïbe : la Cour européenne des droits de l'homme ?.....	424
Section 2. La convergence potentielle des systèmes.....	431
I. La spécialité législative des Antilles françaises : un <i>exeat</i>	431
A – L'habilitation à la différenciation juridique.....	432
B – La personnalisation internationale de l'outre-mer franco-caribéen : de la « décentralisation diplomatique » ou paradiplomatie.....	440
§1. Un revirement législatif partiel.....	442
§2. L'irréalisme d'une personnalité internationale plénière ?.....	448
a- Un relativisme rationalisé.....	449
b- La réversibilité de l'idée d'Etat.....	456
1° La ductilité de la souveraineté étatique.....	457
2° Le caractère fédéral de la France.....	464
II. Le nivellement de droits hétérogènes.....	468
A – La portée du statut de membre associé dans les organismes caribéens d'intégration.....	469
B – L'option pour l'harmonisation du droit et des pratiques.....	475
CONCLUSION DU TITRE II.....	480
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	482
CONCLUSION GENERALE.....	484
BIBLIOGRAPHIE.....	489
INDEX ALPHABETIQUE.....	570
ANNEXES.....	575

Annexe 1. « La desserte aérienne de l'archipel des Antilles : entre extraversion et intégration régionale »	576
Annexe 2. Relevé de prix de produits de gamme dans la grande distribution martiniquaise	577
Annexe 3. « Les paradis fiscaux dans le bassin caribéen »	578
Annexe 4. « Paradis fiscaux, zones franches et trafics illicites (2008-2012) »	579
Annexe 5. Cas pratique sur la fiscalisation du touriste de séjour.....	580
Annexe 6. L'itinéraire du règlement des différends dans l'OECD	583
Annexe 6 (a) – Etats membres du Protocole sur l'Union économique des Caraïbes orientales	583
Annexe 6 (b) – Etats uniquement membres du Traité révisé de Basseterre	584
Annexe 7. L'itinéraire du règlement des différends dans la CARICOM.....	585
TABLE DES MATIERES	586