

LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES DU DROIT

ADMINISTRATIF ECONOMIQUE

Par

Jean-Yves CHEROT

*Professeur de droit public
Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES DU DROIT

ADMINISTRATIF ECONOMIQUE

par

Jean-Yves CHEROT

Professeur de droit public
Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille

Les définitions constituent un aspect essentiel de la science. Elles sont un complexe de concepts ou d'idées développant une notion et permettant d'aller du plus obscur vers le moins obscur. "Notre savoir exige pour se constituer que nos concepts, loin d'être laissés en bouton... s'ouvrent, se déploient, deviennent en fleur, passent à un état de développement qui les rend articulables les uns aux autres et maniables à notre esprit" (J. MARTAIN, *Eléments de philosophie*, Paris, Tequi, 1923, p. 96).

Mais dans les disciplines juridiques les définitions ne sont pas seulement un élément de la science du droit mais un élément du droit lui-même : les définitions sont des règles de droit secondaires (sur le plan logique) permettant d'appliquer les règles de droit principales.

Les définitions sont donc un élément essentiel dans l'application du droit. Mais elles sont encore un élément fondamental dans la construction du droit, un facteur d'unité ou de diversité du système juridique.

Dans l'étude qui suit l'intérêt est porté plutôt sur les aspects du rôle des définitions dans la construction du droit que sur les aspects du rôle des définitions dans l'application du droit.

A cet égard l'étude des définitions dans la loi constitue un terrain d'observation idéal pour l'analyse du système juridique.

Pourtant les définitions dans la loi n'ont pas fait l'objet d'études nombreuses. Les travaux de l'Atelier de méthodologie juridique de la faculté de droit d'Aix durant l'année 1985-1986 tentent de réparer cette lacune. Le travail original du Doyen CORNU sur "les définitions dans la loi" (Mélanges Vincent) a constitué un point de référence pour les recherches de l'Atelier.

Ce rapport rend compte d'une étude des définitions dans la loi en droit administratif économique.

Le droit administratif économique est formé de règles de droit s'appliquant à l'action de l'administration dans l'économie. Il existe en cette matière de nombreux textes tant législatifs que réglementaires. Il s'agit d'ailleurs ce qui ne sera pas sans influence sur la nature et la portée des définitions de "textes spéciaux".

Il y a deux définitions pour ce terme de textes spéciaux. Aussi faut-il préciser en quoi les textes étudiés peuvent être considérés comme tels.

Le texte spécial peut être un texte d'exception au droit commun. Ce n'est pas le cas en général des textes étudiés par le droit administratif économique. L'action économique de l'administration ne déroge pas en principe au droit commun de l'action administrative. Les règles générales de la responsabilité administrative, du retrait des actes, des contrats sont les mêmes dans l'action administrative qu'elle concerne l'économie ou non. Si certaines spécificités existent elles naissent de la jurisprudence et non des textes.

Aussi, par texte spécial, on entend textes portant règles spécifiques à une action donnée. C'est à cette catégorie de textes spéciaux qu'appartiennent les textes étudiés ici. D'ailleurs, dans la mesure où l'action de l'administration dans l'économie vient le plus souvent limiter l'exercice des libertés économiques qui constituent des libertés publiques un texte législatif est nécessaire pour prévoir cette action. En même temps qu'il prévoit l'intervention le texte précise les règles de compétences, de procédures et les conditions légales de fond qui viennent limiter l'action de l'administration, voire l'organisation du service public correspondant à cette action.

L'étude empirique menée ici n'est pas exhaustive. Elle ne porte pas sur tous les textes et toutes les définitions légales que l'on peut trouver en droit administratif économique (d'ailleurs la définition de cette matière étant sujette à discussions - non abordées ici - la recherche de l'exhaustivité conduirait à poser de difficiles questions. Les textes retenus sont les suivants :

- Code des marchés publics
- Code des communes. Livre III. Titre II : Services communaux
- Ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix
- Décret du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger
- Loi du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes
- Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance
- Loi du 19 juillet 1977 modifiée par la loi du 30 décembre 1985 relative au contrôle de la concentration économique
- Décret du 29 octobre 1982 relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local
- Loi du 7 janvier 1982 approuvant le plan intérimaire (article 4)
- Article 5, 6, 48, 49 et 66 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions
- Circulaire du 24 juin 1982 sur l'aide aux entreprises en difficultés
- 3 décrets du 5 juillet 1983 relatifs aux modalités d'octroi respectivement par les régions, les départements et les communes de leur garantie ou de leur caution pour les emprunts contractés par des personnes de droit privé
- décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire et décret du 31 août 1982 le complétant
- Loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle
- Loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales
- Loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public
- Circulaire du 27 février 1984 relative à l'application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public
- Loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

On y trouve un peu plus d'une vingtaine de définitions (marché public, marché d'étude (...), exploitation industrielle ou commerciale, intermédiaire nouveau, France, étranger, investissement directs, entreprise publique, concentration, montant total des annuités d'emprunt, entreprise industrielle, communication audiovisuelle, société d'économie mixte, filiale, société co-détenue, personne, entreprise de presse, contrôle, quotidien national, sous-traitance).

La question se pose de savoir s'il faut dans la constitution de l'échantillon introduire les circulaires des ministres. On sait qu'en principe les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire : dans ces conditions les définitions que l'on peut trouver dans les circulaires ne constituent pas des règles de droit. Soit les définitions dans les circulaires reprennent en la commentant la définition légale (par exemple circulaire du 17 février 1984 du ministre des affaires sociales et de la solidarité relative à l'application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, à propos de la définition du secteur public, de la filiale et des sociétés co-détenues) soit la définition proposée dans la circulaire explicite un terme non défini dans la loi ou un décret, mais sans imposer à l'administration cette définition comme une règle (cas de la définition de l'entreprise en difficulté donnée dans la circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation du 24 juin 1982), soit enfin la définition de la circulaire ajoute à la loi ou au décret et se présente comme une règle impérative pour l'administration et elle est sans valeur juridique : le juge administratif peut l'annuler ; il ne l'appliquera pas, de même que le juge judiciaire, si elle est invoquée devant lui. Retenir dans l'échantillon les circulaires c'est donc associer des définitions règle de droit à des définitions qui ne le sont pas. Mais cela ne paraît pas sur le plan d'une étude de méthodologie de la définition dans les textes être un handicap.

La recherche dont on va rendre compte est partielle et largement exploratoire. L'exposé des observations est donc peu systématique. On regroupe nos observations autour de trois pôles :

- 1/ la portée et la nature des définitions
- 2/ le contenu des définitions
- 3/ la forme des définitions

I - Portée et nature des définitions dans les textes du droit administratif économique.

La portée dans le système juridique des définitions dans les textes de droit public économique est fort limitée, tout comme l'objet même de ces textes.

Les textes que nous étudions n'ont pas pour objet de préciser les grands concepts ou catégories de l'ordre juridique. Aussi, alors même qu'ils en feraient usage, on n'y rencontre pas la définition des grandes notions juridiques. L'article 56 de l'ordonnance du 30 juin 1945 fait ainsi référence au concept de "recours de pleine juridiction" sans le définir. La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle utilise le concept de "concession de service public" sans que le législateur ait ressenti l'utilité d'une définition. Les concepts d'actes juridique, de contrat, de délégation de compétence, fréquemment utilisés ne font pas l'objet de définition.

Seule une notion de base du droit public se trouve définie dans les textes de notre échantillon : le service public industriel ou commercial au titre II du livre III du Code des communes, article L 323 - I. Mais

cette définition est limitée à l'explication du texte du Code des communes. Elle ne constitue pas la définition générale d'ailleurs jurisprudentielle du service public industriel ou commercial. Elle est plus large que la définition jurisprudentielle car au sens du Code des communes "sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées soit par application de la loi des 2 - 17 mars 1791, soit en vertu des traités de concession ou d'affermage".

Les définitions portent soit sur des notions juridiques de portée limitée, soit sur des notions dont le sens premier n'est pas juridique mais qui acquièrent le statut de notion juridique par leur introduction dans un texte législatif ou réglementaire.

Pour les notions dont le sens premier est juridique l'emploi d'une définition s'observe soit lorsque la notion définit le champ d'application de la loi (marché public dans le Code des marchés publics, sous traitance dans la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance) soit parce que le législateur souhaite lui donner une définition différente de celle qui est reçue en général (définition de la filiale - sans que le mot filiale soit employé d'ailleurs - dans la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public dans un sens plus large que celui retenu par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales).

Mais les définitions dans les textes du droit administratif économique portent surtout sur des notions dont le sens premier n'est pas juridique, ici des notions d'ordre économique introduites dans les textes et méritant d'être pour leur application précisées. Sont ainsi définies les notions de concentration, de personne, d'entreprise de presse, de contrôle, de quotidien national, de France et d'Etranger, d'investissements direct, de communication audiovisuelle, d'entreprise industrielle, de marché d'étude. La définition de ce type de notion est presque habituelle. Rares sont les notions de ce type qui ne font pas l'objet d'une définition. On peut relever "entreprise en difficulté" (loi du 2 mars 1982, article 5 et décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire) "concurrence suffisante", "partie substantielle d'un marché" (loi du 19 juillet 1977) "partenaire en situation de dépendance" (article 37 1° g de l'ordonnance du 30 juin 1945) "aide directe" (loi du 7 janvier 1982, article 4). L'absence de définition renvoie à une politique jurisprudentielle. Elle s'explique parfois par une limite logique : toutes les notions ne peuvent être définies puisque aussi bien chaque définition est l'utilisation d'autres concepts. Le législateur ne procède pas à des définitions en cascade. Ainsi en définissant la concentration comme "une opération ou un acte juridique de... contrôle d'entreprise ou de groupe d'entreprise", il s'arrête à cette première définition et ne cherche pas à définir le terme de contrôle. Définissant ailleurs le mot de "contrôle" (loi du 23 octobre 1984) comme la possibilité pour une personne d'exercer sous quelque forme que ce soit et par tous moyens d'ordre matériel ou financier, une influence déterminante sur la gestion ou le fonctionnement d'une entreprise "il ne définit pas ce qu'il faut entendre par influence déterminante".

Mais la portée de ces définitions, déjà limitée par l'objet même du texte dans lequel elles figurent, est limitée encore par la nature de ces définitions qui se présentent comme des explications de texte. Elles n'ont pas vocation à définir une notion en elle-même valable pour la construction et l'application des règles de droit en général. Elles sont propres au texte dans lequel elles figurent. Elles sont presque toujours présentées comme des définitions "au sens du présent texte", "pour l'application du présent

décret", valable "dans la présente loi", etc. Ce sont donc des explications de texte à la portée limitée à l'application du texte expliqué. Des notions identiques peuvent recevoir ainsi facilement des définitions différentes. Par exemple dans l'article 1-4 de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public la notion de filiale est prise dans une acception plus large que celle retenue par l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Dans le Code des marchés publics, la définition des marchés publics donnée au chapitre IV du livre I pour l'application des dispositions relatives au recensement des marchés publics est différente de celle de l'article I du Code.

Pour reprendre une distinction classique utilisée par le Doyen Cornu les définitions que l'on trouve dans les textes du droit administratif économique sont donc d'abord terminologiques ou nominales par opposition aux définitions réelles. La définition réelle porte sur les choses même objet de la définition alors que la définition nominale est la définition d'un terme que l'on se propose d'employer dans un sens déterminé.

"La définition de mot ou de nom, ou définition verbale ou nominale est une convention de langage par laquelle on lie à un signe vocal ou graphique une idée que l'on détermine. Chaque signe étant par lui-même indifférent à signifier toutes sortes d'idées, les définitions de mot sont arbitraires et ne peuvent être contestées... Un mot étant pris avec sa signification usuelle, on appelle définition de chose, ou définition réelle, une formule exprimant ce qu'est la chose qu'il signifie. La définition de chose peut être fautive.

Ainsi quand je dis : "j'appelle parallélogramme une figure qui, etc. je fais une définition de nom ; mais quand je dis : la figure que les géomètres appellent parallélogramme est, etc. je fais une définition de chose" (Goblot, *Vocabulaire philosophique*, Paris, A. Colin p. 166).

Le principal effet, comme on l'a observé, de cette distinction est que les définitions réelles ont une portée plus générale dépassant le texte dans lequel on les trouve (la plupart des définitions du Code civil) tandis que les définitions nominales sont des explications de textes et ont une portée limitée à l'application du texte expliqué. La portée de la distinction s'arrête là. Les deux définitions constituent des règles de droit quand elles figurent dans un texte de portée juridique. Elles portent toutes les deux sur des concepts. Les définitions terminologiques peuvent être, comme les définitions réelles, essentielles et non descriptives (voir plus loin).

Quelques définitions réelles, portant sur les choses mêmes que le concept cherche à définir peuvent être trouvées dans les textes du droit administratif économique.

C'est le cas pour la définition (d'ailleurs incomplète) des marchés publics à l'article I du Code des marchés publics : "les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services".

C'est le cas également de la définition des différents contrats d'exploitation des services publics de transport urbain dans le décret du 29 octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transport public d'intérêt local : "dans le contrat de gestion avec garantie de recettes l'autorité organisatrice garantit à l'exploitant une recette minimale pour tout ou partie des services" (article 10) et "dans le contrat de gestion

à prix forfaitaire, l'autorité organisatrice s'engage à assurer à l'exploitant une somme forfaitaire annuelle, quel que soit le montant des charges d'exploitation".

II - Le contenu des définitions.

Le contenu des définitions est indépendant de la nature réelle ou terminologique de la définition. Plusieurs observations peuvent être faites de ce point de vue sur les définitions dans les textes du droit administratif économique.

En tant que règles de droit les définitions sont toujours impératives et jamais interprétatives. Ce qui est lié au caractère d'ordre public de ces textes.

Rares sont les définitions fonctionnelles définissant les concepts par leur fonction ou leur but. On a relevé dans l'échantillon étudié une seule définition fonctionnelle, celle des marchés d'études dit de "définition" à l'article 107 du Code des marchés publics : "les marchés d'étude sont dit "de définition" lorsqu'ils ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché d'études ultérieur ; ces marchés doivent permettre de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau des prix des études, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases des études".

Les définitions développent plutôt les éléments constitutifs de la notion. Par exemple (article 4 de la loi du 19 juillet 1977 dans sa rédaction de la loi du 30 décembre 1985) "une concentration au sens du présent titre résulte de tout acte ou opération juridique emportant transfert total ou partiel de propriété ou de contrôle d'entreprise ou de groupe d'entreprises".

Rares également les définitions négatives (définition de l'Etranger pour l'application du décret sur les relations financières avec l'étranger).

Ces définitions sont souvent, alors même qu'elles sont aussi souvent terminologiques, essentielles et non descriptives.

La définition essentielle est celle qui va aux caractères ou propriétés essentiels, constants des choses ou des mots tandis que les définitions descriptives (ou accidentelles), tout en mettant bien sûr l'accent sur des éléments spécifiques, se contentent d'énoncer des caractères secondaires, contingents, extrinsèques, empiriquement connus. Pour un exemple de définition descriptive voir dans notre échantillon la définition du mot France dans le décret du 27 janvier 1967 ou du mot entreprise industrielle dans le décret du 31 août 1982.

III - Formes des définitions.

- Annonce de la définition.

En général, une formule annonce que l'on est en présence d'une définition. Elles sont très diverses : "Une concentration résulte...". "Le contrôle s'entend de...". "Est considéré comme national un quotidien... qui...". "Il faut entendre par...". "La communication audiovisuelle est...". "Le montant net des annuités de la dette ... est égal à la différence entre...". "Est considéré comme intermédiaire nouveau...". "Les entreprises visées... sont celles dont les activités...". "Sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles...". "Les marchés publics sont des contrats...". "La sous-traitance est l'opération par laquelle...".

Les formules d'annonce appartiennent à deux catégories apparaissant sous la diversité. Soit le verbe être est employé seul directement, soit on trouve une formule plus complexe telle que "Est considéré comme". "Il faut entendre par" "...s'entend". La première formulation est en relation directe avec une définition réelle. Les autres annoncent des définitions terminologiques.

La définition est parfois donnée sans qu'elle soit annoncée comme telle. Ainsi la définition de la société d'économie mixte locale dans la phrase : "les communes... peuvent... créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et éventuellement à d'autres personnes publiques...". Pas d'annonce d'une définition lorsqu'on est en présence de la définition d'un mot qui n'est pas employé dans le texte. Par exemple dans la loi du 26 juillet 1983 on trouve une définition par énumération des entreprises publiques sans que ce terme figure dans la loi.

Le phénomène est assez développé (voir définition des services de communication audiovisuelle interactifs à l'article 77 de la loi du 29 juillet 1982 sans que le mot apparaisse, de la filiale et de la société co-détenue dans la loi du 26 juillet 1983) pour qu'on s'interroge sur sa portée. Il n'est pas tellement étonnant si l'on prend en considération le fait que la définition n'est que le développement d'un concept, une autre façon de présenter le concept que le terme retenu. La définition peut donc remplacer le mot. Cette possibilité est d'autant plus facilement utilisée dans les textes du droit administratif économique que les concepts définis ne sont pas des concepts de base de l'ordre juridique.

La formulation de la phrase peut laisser planer un doute sur l'existence d'une définition alors même que la réponse à cette question peut avoir des conséquences juridiques. L'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 portant approbation du plan intérimaire 1982-1983 établit une différence de régime juridique dans la réglementation des aides des collectivités locales aux entreprises selon qu'elles sont directes ou indirectes. D'où l'intérêt d'une définition de l'aide directe, étant entendu que l'aide indirecte se définit négativement par rapport à l'aide directe. Le législateur dispose (article 4 al. 2) : "les aides directes revêtent la forme de prime régionale à la création d'entreprise, de prime régionale à l'emploi, de bonification d'intérêt ou de prêts et avances à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations". S'agit-il d'une définition des aides directes ? Si oui toutes les aides qui n'ont pas cette forme sont des aides indirectes au sens de la loi et elles sont libres. Si non toutes les aides qui n'ont pas cette forme et qui seraient des aides directes par ailleurs (ce qui repose le problème d'une définition, mais sans l'aide du texte) seraient interdites.

- Place de la définition dans le texte.

Les définitions sont rarement données dans un article ou un titre spécial, en tête du texte. C'est le cas exceptionnellement dans le décret du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi du 28 décembre 1968 relative aux relations financières avec l'étranger. Le titre II du décret est intitulé "définitions" et comprend un seul article qui définit trois mots : France, Etranger et investissement direct. C'est encore le cas dans la loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. L'article 2 de la loi est un article de définition. Y sont définis au sens de la loi les mots personne, entreprise de presse et contrôle.

La définition peut être donnée dans un texte d'application. Les décrets du 5 juillet 1983 relatifs aux modalités d'octroi par les régions, les départements et les communes de leur garantie ou de leur caution pour les emprunts contractés par des personnes de droit privé définissent, pour l'application des articles 6 et 49 de la loi du 2 mars 1982, le montant net des annuités de la dette, le montant des annuités des emprunts garantis ou cautionnés et les recettes réelles de fonctionnement.

On trouve de façon intéressante la définition du mot entreprise industrielle, utilisé dans le décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire dans un autre décret du 31 août 1982 complétant le premier.