

– LÉGISLATION COMPARÉE –

Recueil des notes de synthèse

D'AVRIL À JUIN 2018

DIRECTION DE L'INITIATIVE PARLEMENTAIRE
ET DES DÉLÉGATIONS

LC 285



AVERTISSEMENT

Ce document constitue un instrument de travail élaboré à la demande des sénateurs, à partir de documents en langue originale, par la division de la Législation comparée de la direction de l'Initiative parlementaire et des délégations. Il a un caractère informatif et ne contient aucune prise de position susceptible d'engager le Sénat.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
LA FORMATION DES MINISTRES DU CULTE.....	7
1. <i>La formation des ministres d'une Église d'État : le cas des pasteurs luthériens au Danemark.....</i>	<i>7</i>
2. <i>Le modèle concordataire de l'Europe du Sud : l'acclimatation de la prééminence sociale du catholicisme au principe de séparation de l'Église et de l'État en Espagne et en Italie</i>	<i>9</i>
3. <i>La reconnaissance institutionnelle des communautés religieuses et le soutien des pouvoirs publics aux formations théologiques en Allemagne et en Autriche.....</i>	<i>18</i>
4. <i>La neutralité inclusive en matière religieuse et les progrès difficiles des formations d'imams aux Pays-Bas.....</i>	<i>24</i>
LE SERVICE PUBLIC AUDIOVISUEL.....	33
1. <i>Statut, gouvernance et structure du système audiovisuel public.....</i>	<i>33</i>
a) <i>De grands groupes intégrés au Royaume-Uni, en Italie et en Espagne</i>	<i>33</i>
b) <i>Le modèle néerlandais : faible intégration et délégation à des associations reflétant la société civile.....</i>	<i>39</i>
c) <i>L'adaptation des statuts du service public dans les États fédéraux (Allemagne, Suisse, Belgique)</i>	<i>41</i>
2. <i>Missions de service public et encadrement de l'offre de contenus</i>	<i>47</i>
3. <i>Questions de financement : publicité, dotation budgétaire, redevance</i>	<i>62</i>
a) <i>Le modèle britannique : redevance sans publicité mais soutenue par les revenus commerciaux.....</i>	<i>62</i>
b) <i>Le mix redevance-publicité en Italie, en Suisse et en Allemagne.....</i>	<i>64</i>
c) <i>Le recours à la subvention budgétaire aux Pays-Bas, en Belgique et en Espagne</i>	<i>70</i>
LA PROFESSION D'HERBORISTE.....	75
I. SYNTHÈSE	75
II. ÉTUDES DE CAS.....	77
1. <i>Une profession difficile à positionner : entre guérisseur et droguiste, les cas de l'Allemagne, de l'Espagne et des Pays-Bas</i>	<i>77</i>
2. <i>Les essais de création ou de révision du statut d'une profession reconnue en Italie, au Royaume-Uni et en Suisse.....</i>	<i>81</i>
3. <i>La constitution de référentiels-métier et de formations professionnalisantes en Belgique et au Canada</i>	<i>88</i>

LA PLACE DES JURÉS POPULAIRES DANS LE PROCÈS PÉNAL	95
1. <i>L'absence de toute participation populaire à l'administration de la justice aux Pays-Bas....</i>	<i>95</i>
2. <i>Le modèle pur retenu en Espagne, aux États-Unis et au Royaume-Uni : un jury populaire seul compétent pour déterminer la culpabilité et un juge professionnel décidant de la peine</i>	<i>96</i>
3. <i>Les modèles échevinés de l'Italie, de l'Allemagne et du Danemark.....</i>	<i>107</i>
4. <i>Un partage entre jurys impurs et formations échevinées en Autriche.....</i>	<i>113</i>
LA DISTINCTION ENTRE CRIMES ET DÉLITS	117
1. <i>La persistance d'une dichotomie entre crimes et délits en Autriche et en Allemagne.....</i>	<i>117</i>
2. <i>Le dualisme entre délits et contraventions en Italie, aux Pays-Bas et en Scandinavie</i>	<i>119</i>
3. <i>Une unification en trompe-l'œil des infractions pénales en Espagne</i>	<i>121</i>
4. <i>Les classifications de Common Law par la peine ou par la procédure.....</i>	<i>123</i>
LE MÉCANISME DE TAGLIA-LEGGI : UN EXEMPLE ITALIEN DE SIMPLIFICATION NORMATIVE	127
1. <i>Contexte d'adoption et justification du processus de simplification du corpus normatif ...</i>	<i>127</i>
2. <i>Un principe simple, mis en œuvre en trois phases.....</i>	<i>128</i>
3. <i>Des ambiguïtés et des incertitudes inhérentes au processus ayant demandé des ajustements et des corrections.....</i>	<i>129</i>
4. <i>La superposition de dispositifs d'abrogation expresse : l'hésitation entre la guillotine et la liste de proscription</i>	<i>130</i>
5. <i>Des bénéfices connexes dans la consolidation du droit et dans l'accès au droit</i>	<i>131</i>
L'INSCRIPTION CONSTITUTIONNELLE DES ENJEUX ENVIRONNEMENTAUX	133
I. SYNTHÈSE GÉNÉRALE	133
II. ÉTUDES DE CAS.....	135
1. <i>Allemagne</i>	<i>135</i>
2. <i>Argentine</i>	<i>137</i>
3. <i>Belgique.....</i>	<i>139</i>
4. <i>Brésil.....</i>	<i>141</i>
5. <i>Canada</i>	<i>143</i>
6. <i>Équateur.....</i>	<i>145</i>
7. <i>États-Unis</i>	<i>148</i>
8. <i>Inde</i>	<i>151</i>
9. <i>Norvège.....</i>	<i>154</i>
10. <i>Pays-Bas.....</i>	<i>155</i>
11. <i>Portugal</i>	<i>157</i>

AVANT-PROPOS

Au cours du deuxième trimestre 2018, la Division de la Législation comparée a procédé essentiellement à des recherches en matière de droit public et de droit pénal.

À la demande conjointe de la Commission de l'Aménagement du Territoire et du Développement durable et de la Commission des Lois, elle s'est penchée sur l'inscription des enjeux environnementaux dans les Constitutions d'un large échantillon de pays d'Europe, d'Amérique du Nord et du Sud et d'Asie. La préparation des débats sur la révision constitutionnelle l'a conduite également à analyser le mécanisme de taglia-leggi italien.

À la demande de la Commission des Lois, dans la perspective de la réforme pénale à venir, elle s'est intéressée à la place des jurés populaires dans le procès pénal d'une part, à la distinction entre crimes et délits et sa traduction dans l'échelle des peines, d'autre part.

À la demande de la Commission de la Culture, de l'Éducation et de la Communication, la division a traité différents modèles d'organisation du service public audiovisuel en Europe, sans négliger les questions de financement et d'encadrement de l'offre des contenus.

Enfin, elle a élaboré des synthèses sur la réglementation applicable à deux professions : les herboristes, à la demande de la Mission commune d'information sur l'herboristerie, et les ministres du culte, sur saisine de M. André Reichardt, Sénateur du Bas-Rhin.

LA FORMATION DES MINISTRES DU CULTE

À la demande de M. André Reichardt, sénateur du Bas-Rhin, la division de la législation comparée a mené une recherche sur la formation des ministres du culte dans six pays européens, l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas.

1. La formation des ministres d'une Église d'État : le cas des pasteurs luthériens au Danemark

Le **Danemark** se distingue du restant de l'échantillon analysé en n'ayant pas prononcé de séparation de l'Église et de l'État. Le luthéranisme est encore aujourd'hui religion d'État. La Constitution danoise n'a pas été amendée sur ce point depuis 1849. Son article 4 prévoit que l'Église évangélique-luthérienne est l'Église nationale (*Folkekirken*) danoise et qu'elle est, en tant que telle, soutenue par l'État. Le souverain danois doit obligatoirement en être membre en vertu de l'article 6. Tous les Danois enregistrés comme membres, soit encore 76 % de la population environ, doivent acquitter l'impôt d'église (*kirkeskat*). En sont dispensés les non-membres. Toutefois, tous les contribuables danois participent indirectement à l'entretien de l'Église nationale via les subventions accordées sur le budget de l'État en application des dispositions constitutionnelles, qui financent notamment les formations du personnel religieux et l'entretien courant des églises. Le ministre des cultes et le Parlement décident des questions administratives et économiques regardant l'Église danoise, tandis que les évêques demeurent la seule autorité en matière de doctrine et de culte.

Toutefois, l'absence de séparation de l'Église et de l'État est conjuguée avec la protection de la liberté de croyance et de culte assurée par le chapitre VII de la Constitution danoise. Aussi les citoyens ont-ils le droit de s'unir en communautés (*forene sig i samfund*) pour célébrer leur culte de la façon qui s'accorde avec leurs convictions, pourvu que rien n'y soit enseigné ou entrepris qui contrevienne aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 67). La dispense de toute contribution personnelle à une confession autre que la sienne est sanctuarisée (art. 68). Le principe d'égalité est décliné en matière religieuse de telle sorte que personne ne puisse, sur le principe de sa foi (*trosbekendelse*) ou de son origine, être privé d'accès à la complète jouissance de ses droits civiques et politiques. Réciproquement, personne ne peut invoquer sa foi ou son origine pour se soustraire à l'accomplissement des obligations civiques communes (art. 70).

La position des communautés religieuses (*trossamfund*) s'écartant de l'Église danoise est régie par la loi, conformément à l'art. 69 de la Constitution. Cela ne signifie pas que tout culte ou toute association à but culturel doit être au préalable approuvé par l'État. La liberté de religion et la liberté d'association suffisent pour écarter tout régime préventif de ce type.

Néanmoins, pour bénéficier de certains droits, les communautés religieuses doivent avoir été reconnues (*anerkendt*) avant 1970 ou approuvées (*godkendt*) depuis cette date, par décret royal, en tenant compte de leur taille, de leur degré d'organisation et de leur pérennité probable¹. C'est le cas pour que les mariages religieux produisent un effet légal, pour que les prédicateurs étrangers reçoivent un permis de séjour, pour établir des cimetières propres et pour bénéficier d'exemptions fiscales.

Les cultes réformés, catholique et juif, avaient déjà fait l'objet d'un privilège partiel dès 1682 dans un faubourg de Copenhague. Ont été reconnues ensuite les églises méthodiste, nationale suédoise, orthodoxe russe, anglicane, baptiste et nationale norvégienne avant la fin des années 1950. Les approbations se sont multipliées dans les dernières décennies. Depuis 1998, un comité consultatif examine les demandes de reconnaissance. Il est indépendant du ministère des cultes et composé d'experts en droit, en théologie, en sociologie et en histoire des religions.

En ce qui concerne l'islam, une mosquée ahmadi a été approuvée en 1974 et le Centre culturel islamique en 1977. Aujourd'hui, le ministre des cultes recense 28 communautés musulmanes approuvées et 38 congrégations connexes (*tilknyttede menigheder*), souvent regroupées autour d'une mosquée. On peut distinguer les milieux turcs, arabes, pakistanais, bosniaques, albanais, chiite et ahmadi. 95 % des communautés musulmanes reconnues disposent d'un ou plusieurs imams permanents, qui pour les trois quarts d'entre eux sont des étrangers disposant d'un permis de séjour pour prédication (*forkynderovisum*), dont tous ceux qui dépendent de la fondation turque.²

La formation du personnel religieux de l'Église danoise fait l'objet de dispositions légales et réglementaires, en vertu de sa position constitutionnelle. Pour les autres confessions, elle est laissée à l'autonomie interne de la communauté.

¹ *Ægteskabloven (Loi sur le mariage) du 4 juin 1969.*

² L. Kühle, « *De godkendte muslimske trossamfund – og de nye tendenser* », Religion i Danmark 2017, Århus, pp. 7-32.

Après un master universitaire de théologie, les aspirants aux fonctions de pasteur (*præster*) de l'Église danoise poursuivent leur préparation théologique et pastorale pendant 19 semaines comprenant des stages. Les enseignements de préparation visent tous les aspects de l'activité de pasteur : participation aux conseils de paroisse, prédication, liturgie, tâches ecclésiastiques, administratives et d'enseignement. Les formations théoriques et pratiques des candidats, ainsi que la formation continue des pasteurs en poste, sont assurées par le Centre de recherche et d'enseignement de l'Église danoise (*Folkekirkens Uddannelses- og Videnscenter - FUV*).¹ Établissement sous la tutelle du ministre des Cultes, qui lui fixe des objectifs et évalue sa performance, le FUV est né le 1^{er} janvier 2014 de la fusion des deux séminaires de Copenhague et Aarhus, et d'un Centre pédagogique théologique. Il est financé par un fonds d'État spécial (*Fællesfonden*).

2. Le modèle concordataire de l'Europe du Sud : l'acclimatation de la prééminence sociale du catholicisme au principe de séparation de l'Église et de l'État en Espagne et en Italie

Le poids historique, culturel, social et politique de l'Église catholique en **Italie** ne peut être sous-estimé, malgré les tensions fortes qui ont existé entre les autorités religieuses et civiles dans la foulée de l'Unification italienne en 1860-1861 et malgré l'opposition structurante entre la Démocratie chrétienne et le Parti Communiste dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. L'évolution du cadre juridique a permis de passer d'un statut de religion d'État à une simple prééminence de fait, qui ne remet en cause ni la liberté d'exercice des autres confessions et l'égalité des citoyens italiens, ni la séparation de l'Église et de l'État. Les accords particuliers conclus entre l'Église catholique et l'État italien pour régler leurs relations peuvent servir et ont déjà servi de modèles pour les autres confessions.

La matière religieuse fait l'objet d'une grande attention dans la Constitution italienne. L'article 3 pose un principe d'égalité et de non-discrimination sur le fondement de la religion. Ce principe est complété par la reconnaissance de la liberté de culte et de croyance, à la fois individuelle et collective, la liberté de promouvoir la diffusion de sa religion et d'en célébrer le culte en privé et en public, tant que les rites ne sont pas contraires aux bonnes mœurs (art. 19). Il est précisé que le caractère ecclésiastique ou la finalité religieuse d'une association ou d'une institution ne peut justifier ni des limitations légales spéciales, ni des charges fiscales ou financières particulières pour leur constitution, l'octroi de la capacité juridique ou pour toute forme d'activités (art. 20).

¹ *Lov om folkekirkens institutioner til uddannelse og efteruddannelse af præster (Loi sur les institutions de l'Église danoise pour la formation et la formation continue des pasteurs), du 16 mai 1990 ; bekendtgørelse om Folkekirkens Uddannelses- og Videnscenter, décret du 10 janvier 2018.*

Plus originales sont les dispositions sur la reconnaissance et l'organisation des confessions. L'article 7 reconnaît l'Église catholique comme entité distincte de l'État italien et, comme lui, indépendante et souveraine dans son propre domaine. Leurs rapports sont réglés par les Accords du Latran (*Patti Lateranensi*) de 1929, les modifications ultérieures acceptées par les deux parties ne nécessitant pas de révision constitutionnelle.

Après avoir posé le principe que toutes les confessions religieuses étaient également libres devant la loi, l'article 8 règle le sort des religions autres que la confession catholique. Elles disposent de l'autonomie interne, le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre juridique italien leur étant reconnu. Il est prévu que leurs rapports avec l'État soient réglés par des lois sur la base d'une entente avec leurs organes représentatifs. Il est important de souligner que les Concordats avec l'Église catholique constituent des traités internationaux, alors que les ententes et accords avec les autres confessions ne relèvent que de l'ordre interne italien.

Il faut donc distinguer trois cas en Italie pour la régulation, en général, des rapports entre l'État et les églises, et en particulier, de la formation des ministres des cultes : celui de l'Église catholique, celui des confessions qui ont conclu une entente avec l'État et celui des confessions qui n'ont pas conclu d'accord avec l'État.

Toutefois, il faut relever que la Cour constitutionnelle italienne veille scrupuleusement à la liberté religieuse et à l'égalité des confessions. Elle a par exemple déclaré inconstitutionnelle l'appartenance obligatoire aux communautés israélites et en conséquence toute la réglementation de l'organisation de la religion juive datant de l'époque fasciste maintenue en vigueur jusque dans les années 1980, ce qui a ouvert la voie à un accord entre l'État et la communauté hébraïque.¹ Elle a reconnu un principe de laïcité à plusieurs reprises à partir de 1989, notamment pour écarter toute obligation de suivi de cours de religion catholique dans les écoles publiques.² Ce principe de laïcité doit être interprété comme une neutralité de l'État qui doit garantir la liberté de religion, dans un régime de pluralisme confessionnel et culturel. La Cour constitutionnelle protège également les confessions qui n'ont pas conclu d'entente avec l'État. Ainsi, elle a censuré des lois régionales des Abruzzes et de Lombardie en matière urbanistique qui subordonnaient à l'existence d'une entente avec l'État l'octroi de certains bénéfices financiers à des institutions religieuses.³

¹ Corte costituzionale, décisions du 13 juillet 1984 n° 239 et du 13 juillet 1988 n° 43.

² Corte costituzionale, décision du 11 avril 1989, n° 203.

³ Corte costituzionale, décisions du 19 avril 1993 n° 195 et du 8 juillet 2002 n° 346.

Les Accords du Latran, du 11 février 1929, qui régissent les relations entre l'Église catholique et l'État Italien, ont été modifiés par l'Accord de Villa Madame du 18 février 1984 valant nouveau concordat.¹ Les articles 2, 3, 9 et 10 de l'Accord de 1984 sont particulièrement importants pour la question de la formation du clergé.

La République italienne reconnaît à l'Église catholique la pleine liberté d'accomplir sa mission pastorale, éducative et caritative, d'évangélisation et de sanctification. Elle assure en particulier à l'Église catholique la liberté d'organisation (art. 2 al. 1).² La nomination des titulaires des offices ecclésiastiques est librement effectuée par l'Église catholique (art. 3 al. 2). De ces dispositions se déduit la pleine autonomie d'organisation interne de l'Église, en particulier dans le recrutement et l'affectation des prêtres.

En outre, la République italienne garantit à l'Église catholique le droit d'instituer librement des établissements d'enseignement de tout ordre et de tout degré. Leurs élèves sont traités de façon équivalente à celui des établissements publics (art. 9 al. 1). Les instituts universitaires, séminaires, académies, collèges et toute autre institution pour religieux ou dédiée à la formation dans les matières ecclésiastiques ne dépendent que de l'autorité ecclésiastique et sont régis par le droit canon (art. 10 al. 1). Enfin, l'État italien reconnaît les titres et diplômes en théologie conférés par les facultés approuvées par l'Église catholique, ainsi que dans d'autres matières ecclésiastiques³ définies en accord avec l'État italien (art. 10 al. 2).⁴

Ainsi la formation des prêtres et religieux catholiques est-elle intégralement confiée à l'Église sans interférence possible de l'État. Il n'existe pas de formation théologique dans les universités d'État. Au-delà des prestigieuses facultés théologiques romaines qui forment l'élite du clergé, toutes les régions ecclésiastiques italiennes disposent de centres de formation théologique ouverts aux laïcs et aux religieux. Les diplômes des facultés de théologie catholique sont reconnus par l'État italien depuis les accords du Latran de 1929 sur le fondement du constat de l'équivalence de la durée des études, du nombre de cours et des examens prévus avec les formations civiles de même niveau.⁵

¹ Ce traité international a été transposé en droit italien par la loi du 25 mars 1985 n° 121.

² Sont aussi garantis l'exercice public du culte, l'exercice du magistère spirituel et la justice ecclésiastique.

³ Concrètement les diplômes en Écriture sainte.

⁴ On peut aussi noter que les nominations des enseignants de l'université catholique du Sacré Cœur de Milan, et des instituts qui en dépendent, sont soumises à l'agrément de l'autorité ecclésiastique (art. 10 al. 3).

⁵ R. Mazzola, « Les pouvoirs publics et la formation des cadres religieux en Europe. Le cadre politico-normatif italien », in F. Messner (ed.), *Public Authorities and the Training of Religious Personnel in Europe*, Comares (Granada), 2015.

En application de l'Accord de Villa Madame fut également défini un nouveau mode de financement par l'État du personnel religieux : le « 8 pour mille ».¹ Applicable à l'Église catholique, il est étendu aux autres églises qui concluent des accords avec l'État. Ce dispositif accorde au contribuable italien la faculté de flécher à sa discrétion 0,8 % du produit de son impôt sur le revenu (IR) annuel à l'État pour des programmes sociaux, vers l'Église catholique ou vers l'une des 11 communautés religieuses chrétiennes, juive, bouddhistes et hindouiste² qui ont conclu un accord avec l'État, ce qui n'est pas le cas en revanche du culte musulman. Si le contribuable ne choisit aucun destinataire privilégié, 0,8 % du produit de son IR est reversé à l'État et à toutes les églises bénéficiaires, proportionnellement à la part qu'elles reçoivent des sommes fléchées par les contribuables qui ont exprimé leur choix. Les églises peuvent consacrer les sommes reçues à la formation et à l'entretien du personnel religieux ou à des actions caritatives, sociales, éducatives, patrimoniales ou culturelles.

La procédure pour conclure une entente entre l'État et une communauté religieuse est régie par des dispositions législatives.³ La première étape est la reconnaissance de la personnalité morale à l'institution cultuelle (*enti di culto*) par décret du Président de la République sur proposition et après instruction du ministre de l'intérieur. Ensuite, les institutions cultuelles reconnues qui sont intéressées par la conclusion d'un accord doivent en faire requête au Président du Conseil. Une commission interministérielle est chargée de conduire les pourparlers avec les représentants de l'institution cultuelle. Le texte négocié est soumis à l'aval du Président du Conseil. Après signature de l'accord, un projet de loi d'approbation est enfin déposé au Parlement. Chaque accord est donc validé par une loi spécifique mais le Parlement ne peut apporter que des modifications de pure forme au texte négocié ou bien le rejeter.⁴

En dehors même des questions financières déjà évoquées, la régulation des rapports de l'État italien avec les autres confessions par la voie de conventions bilatérales s'inspire largement du modèle du nouveau concordat avec l'Église catholique de 1984. En particulier, les églises jouissent de l'autonomie interne et sont responsables de la formation, du recrutement et de l'affectation de leurs cadres religieux. C'est ce qu'a confirmé le législateur italien en considérant que la formation des ministres du culte faisait partie des activités religieuses ou culturelles propres à chaque confession.⁵

¹ Loi du 20 mai 1985, n° 222, art. 47-48.

² L'union des églises méthodistes et vaudoises, l'Union des églises adventistes du septième jour, l'Assemblée de Dieu en Italie (pentecôtiste), l'Union des communautés hébraïques italiennes, l'Église évangélique-luthérienne d'Italie, l'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie, l'Archidiocèse orthodoxe – Exarchat pour l'Europe méridionale, l'Église apostolique en Italie (pentecôtiste), l'Union bouddhiste italienne, l'union hindouiste italienne et l'Institut Bouddhiste italien – Soka Gakkai.

³ Loi du 23 août 1988, n°400 et décret législatif du 30 juillet 1999 n° 303.

⁴ Presidenza del Consiglio dei Ministri, L'esercizio della libertà religiosa in Italia, juillet 2013, p. 18.

⁵ Loi du 20 mai 1985, n° 222, art. 16.

La reconnaissance académique par l'État italien des titres et diplômes conférés par les différents instituts universitaires confessionnels dépend des dispositions contenues dans les accords bilatéraux. Elle a eu lieu pour les Vaudois-Méthodistes, Baptistes et Luthériens (licence et formations communes dispensées à la Faculté théologique vaudoise de Rome), pour la religion juive (licence rabbinique et diplôme de culture juive délivrés par le Collège rabbinique italien de Rome et les autres écoles approuvées par l'Union hébraïque), pour les Adventistes du 7^{ème} jour (licence et diplôme en théologie et culture biblique délivrés par l'Institut adventiste de Florence), pour l'Église apostolique en Italie (licence et diplôme en théologie et culture biblique délivrés par son centre d'études théologiques). Un décret du ministre de l'éducation après avis du Conseil national universitaire a procédé à l'habilitation de chaque diplôme visé dans les accords.

Les religions sans entente conclue avec l'État italien ne sont pas dépourvues de statut juridique. Elles restent sujettes à la législation ancienne sur les cultes autorisés.¹ L'application du principe d'égalité conjugué à la liberté de culte les laisse maîtresses de s'organiser selon leur propre statut. Elles jouissent aussi de la possibilité de se faire reconnaître par l'État comme des institutions culturelles dotées de la personnalité morale. Il n'existe aucune raison de traiter différemment des autres les religions dépourvues d'entente en matière de recrutement, de formation et d'affectation de leur personnel religieux puisque ce sont des éléments de l'organisation interne et des activités directement liées au culte, dans laquelle l'État n'a pas à intervenir. En revanche, la répartition d'une fraction de l'impôt ou la reconnaissance des diplômes relèvent de la prérogative exclusive de l'État qui peut décider de les subordonner à la conclusion d'un accord avec la partie intéressée, dès lors que toutes les communautés religieuses sont libres de s'engager dans le processus contractuel.

Parmi les confessions ne disposant pas encore d'accord avec l'État, on trouve l'islam. Les projets d'accords ne se sont pas encore concrétisés depuis 1993. Quelques formations d'imams sont organisées par des associations islamiques en Italie mais cela reste marginal par rapport à l'autoformation et aux imams formés à l'étranger. Comme dans d'autres pays européens, la constitution d'un islam italien est devenu un enjeu du débat public. Cependant, le Pacte national pour un islam italien, signé le 1^{er} février 2017 entre les associations musulmanes et le ministère de l'intérieur, qui prévoit notamment la création de cursus pour la formation d'imam, semble rester essentiellement une déclaration d'intentions et le contexte politique demeure peu propice à sa concrétisation. Il faut cependant noter les projets du Centre culturel islamique italien auprès de la Grande mosquée de Rome de constitution d'un organisme de formation.

¹ La loi du 24 juin 1929 n° 1159 et le décret royal du 28 février 1930 n° 289.

Le cadre des relations entre les confessions et l'État en **Espagne** fut profondément modifié à la disparition du régime franquiste, lors de la transition démocratique. Le catholicisme perdit son statut de religion d'État avec la proclamation de la nouvelle Constitution en 1978. L'article 16 du texte garantit la liberté idéologique, religieuse et de culte des individus et des communautés sans autre limitation, dans leurs manifestations, que celles qui seraient nécessaires au maintien de l'ordre public protégé par la loi (al. 1). Il ne sera établie aucune religion d'État. Toutefois, les pouvoirs publics tiendront compte des croyances religieuses de la société espagnole et maintiendront des relations de coopération avec l'Église catholique, seule expressément nommée, et les autres confessions (al. 3).

Le législateur intervint dès 1980 pour préciser très exactement les contours et les modalités d'exercice individuel et collectif de la liberté de culte.¹ Il précise que les croyances religieuses ne peuvent constituer un motif d'inégalité ou de discrimination devant la loi. Aucun motif religieux ne peut être allégué pour interdire à quiconque l'exercice d'un travail, d'une activité, d'une charge ou d'une fonction.²

Au-delà du détail des éléments dont se constitue la liberté de religion et de culte pour l'individu, le législateur précise que, pour son exercice collectif, elle comprend le droit des églises, confessions et communautés religieuses à :

- établir des lieux de culte et de réunion à des fins religieuses ;
- publier et propager sa foi ;
- maintenir des relations avec ses propres organisations et avec d'autres confessions, aussi bien sur le territoire espagnol qu'à l'étranger ;
- désigner et former les ministres de son culte.³

De façon significative, la désignation et la formation du personnel religieux sont associées au cœur des éléments proprement religieux du culte protégés de toute ingérence. Elles participent au noyau de liberté religieuse reconnue à toutes les confessions, avant même l'autonomie organisationnelle, dont elles participent également mais qui n'est littéralement protégée que pour les églises, confessions et communautés religieuses inscrites dans un registre public tenu par le ministre de la Justice. Cette inscription sur requête accompagnée de pièces justificatives (expression des fins religieuses, conditions d'établissement en Espagne, données d'identifications, régime de fonctionnement et organes représentatifs) implique la reconnaissance de la personnalité morale.⁴

¹ Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, du 5 juillet 1980.

² Art. 1^{er} loi organique de 1980 précitée.

³ Art. 2 (2) loi organique de 1980 précitée.

⁴ Art. 5 loi précitée. En vertu de la première disposition transitoire de ladite loi, les églises qui jouissaient de la personnalité morale avant son entrée en vigueur, continuent d'en bénéficier.

Les églises reconnues reçoivent pleine autonomie pour établir leurs propres normes d'organisation, de fonctionnement et de gestion de leur personnel, dans le respect des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Elles peuvent créer et développer des associations, des fondations et des institutions diverses pour l'accomplissement de leur vocation.¹

Enfin, le législateur prévoit de compléter le cadre légal général par des accords de coopération bilatéraux avec les églises reconnues bénéficiant d'un enracinement notoire en Espagne. Validés par des lois spécifiques, ces accords pourront étendre aux églises reconnues les mêmes bénéfices fiscaux qu'aux institutions sans but lucratif.²

De même qu'en Italie, il faut distinguer le cas de l'Église catholique de celui des autres confessions. Le régime des accords bilatéraux introduit par la loi de 1980 s'inspire du modèle concordataire et l'étend aux autres confessions, à cette différence que les concordats sont des traités internationaux. Quelques jours après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978, qui sépara l'Église et l'État, quatre accords ont été signés le 3 janvier 1979 entre le Saint-Siège et l'Espagne pour réviser le concordat de 1953. Parmi les très nombreuses dispositions, il faut signaler que le premier accord sur les affaires juridiques reconnaît à l'Église catholique le droit d'exercer sa mission apostolique, lui reconnaît l'exercice libre et public de ses activités culturelles, juridictionnelles et d'enseignement (*magisterio*) dans son domaine propre.³

En matière de formation, le quatrième accord avec le Saint-Siège qui porte sur l'enseignement et les affaires culturelles est essentiel.⁴ En vertu de cet accord, l'Église catholique peut établir des séminaires mineurs diocésains et religieux, qui pourront être traités comme des écoles, des collèges et des lycées, s'ils respectent le régime légal des établissements d'enseignement scolaire. De plus, les universités et autres centres de formation universitaire établis par l'Église catholique sont reconnus par l'État. Leurs étudiants sont traités comme ceux des universités d'État.

¹ Art. 6 loi précitée.

² Art. 7 loi organique de 1980 précitée.

³ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos du 3 janvier 1979 (art. I. 1).

⁴ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales du 3 janvier 1979 (art. VIII à XIII).

En particulier, l'Église catholique peut établir toute université, faculté, institut supérieur ou centres des sciences religieuses pour assurer en pleine autonomie et conformément au droit canon la formation des prêtres religieux et séculiers. La validation et la reconnaissance des diplômes et titres académiques¹ délivrés dans ces organismes dépendent d'un accord subséquent entre l'Église et l'État repris dans un décret royal. Le nouveau système d'équivalence avec les titres et diplômes (licence, master, doctorat) de l'enseignement supérieur public a été publié en 2011.² Enfin, les universités d'État peuvent avec l'accord de l'autorité ecclésiastique compétente établir des centres d'études supérieures de théologie catholique. D'après la conférence épiscopale espagnole, la moitié environ des universités publiques espagnoles ont signé des accords avec l'évêché en matière de théologie dogmatique, de pastorale, d'histoire de l'Église. Le contenu des cours et le choix des enseignants donnent lieu à un accord entre les autorités religieuses et académiques.³ Par exemple, il existe des chaires de théologie dans les universités Complutense et Carlos III de Madrid, dans celles de Grenade, Murcie ou Valence, qui complètent le réseau des universités pontificales (Comillas, Salamanque) et des facultés de théologie dépendant de l'Église.⁴

Trois des confessions minoritaires en Espagne ont fait usage de la possibilité de conclure des accords bilatéraux de coopération avec l'État après avoir été inscrites aux registres des institutions religieuses reconnues. Ces trois conventions avec la Fédération évangélique protestante, avec la Fédération des communautés israélites et avec la Commission islamique ont été approuvées par le Parlement espagnol simultanément en 1992.⁵ Elles s'inspirent clairement du modèle concordataire.

¹ *En théologie, droit canon, écriture sainte, histoire ecclésiastique, littérature chrétienne, philosophie notamment.*

² *Real Decreto 1619/2011 du 14 novembre 2011.*

³ M. Rodríguez Blanco, « *Public Authorities and the Training of Religious Personnel in Spain* », in F. Messner (ed.), *Public Authorities and the Training of Religious Personnel in Europe*, Comares (Granada), 2015.

⁴ R. González Martín & J.L. Paradas Navas, « *La presencia de la teología católica en las universidades públicas españolas en los albores del siglo XXI* », *Misceláneas Comillas*, Vol. 73 (2015), 145, pp. 277-287.

⁵ *Leyes 24/1992, 25/1992, 26/1992 du 10 novembre 1992.*

Toutefois, si les trois confessions minoritaires bénéficient d'avantages fiscaux, ainsi que de la prise en charge de l'enseignement de leur religion à l'école et de l'entretien des conseillers spirituels - aumôniers (*asistencia religiosa*) qu'elles désignent dans les prisons, les hôpitaux et l'armée, elles ne bénéficient pas exactement du même soutien financier que l'Église catholique, qui reçoit 0,7 % du produit de l'impôt sur le revenu des contribuables qui le souhaitent, conformément à l'accord de 1979 avec le Saint-Siège sur les affaires économiques.¹ C'est un dispositif analogue à celui de l'Italie, à la différence que l'alternative pour le contribuable se pose uniquement entre l'Église catholique et les politiques sociales de l'État, d'une part, qu'en l'absence de décision du contribuable, les 0,7 % sont reversés au budget général de l'État sans affectation.

Calqués sur un même modèle, les trois accords bilatéraux reconnaissent notamment aux communautés protestante, juive et musulmane la possibilité d'établir et de gérer des écoles primaires et secondaires, ainsi que des universités et des centres de formation confessionnels. Comme le culte catholique, les trois communautés peuvent organiser des cours d'enseignement religieux dans les universités publiques avec l'accord des autorités académiques.

Le législateur a confié au gouvernement espagnol en 2007 la mission de définir les modalités de reconnaissance de l'équivalence avec les diplômes civils des diplômes académiques de théologie et de ministre du culte qui seraient décernés dans des centres d'enseignement supérieur dépendant des confessions parties à un accord bilatéral avec l'État.² Cette disposition n'a pour l'heure été appliquée qu'aux diplômes des centres et facultés de théologie protestante dépendant de la Fédération évangélique. Cela vaut notamment pour les licences et masters des facultés protestantes évangélique - baptiste de Madrid et adventiste de Valence.³

Aucun centre de théologie islamique de niveau universitaire, ni aucun cursus similaire dans une université publique n'existe en Espagne. Les imams se forment largement par eux-mêmes ou sont recrutés à l'étranger, au Maroc notamment. On peut signaler néanmoins quelques initiatives adjacentes. Le gouvernement espagnol a constitué en 2005 une Fondation pour le pluralisme et le vivre-ensemble (*Fundación Pluralismo y Convivencia*) pour des projets culturels et éducatifs destinés à faciliter l'intégration des confessions non-catholiques qui ont conclu un accord de coopération avec l'État. Avec l'université d'enseignement à distance espagnole, l'UNED, la Fondation avait notamment mis en place brièvement en 2010-2012 des cours sur les aspects sociaux et légaux de l'islam en Espagne, l'islam et les principes de la démocratie et les droits de l'homme et la religion en Espagne.

¹ *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos du 3 janvier 1979 (art. II).*

² *Ley Orgánica 4/2007 du 12 avril 2007 modifiant la loi organique sur les Universités, 11^{ème} disposition additionnelle.*

³ *Real Decreto 1633/2011 du 14 novembre 2011.*

Le même type de cours se retrouve dans le projet de diplôme en Religion et droit dans la société démocratique porté par l'Université de Saragosse et l'Université internationale Menéndez Pelayo, avec la contribution de la Commission islamique espagnole. Le dispositif reste mince et ne peut pas prétendre répondre à la question de la formation des imams en Espagne.

3. La reconnaissance institutionnelle des communautés religieuses et le soutien des pouvoirs publics aux formations théologiques en Allemagne et en Autriche

En **Allemagne**, l'article 140 de la Loi fondamentale de 1949 prévoit que les dispositions des articles de la Constitution du 11 août 1919 relatives à la liberté religieuse et à l'autonomie religieuse font partie intégrante de l'actuelle loi fondamentale. En application de l'article 137 de la Constitution de la République de Weimar, ainsi réintégré dans le bloc de constitutionalité allemand, il n'existe pas d'Église d'État et la liberté de former des communautés religieuses est garantie. Leur autonomie interne de gestion et d'administration est assurée dans la limite des lois qui s'imposent à tous. En particulier, les communautés religieuses disposent de leurs offices et fonctions comme elles l'entendent sans participation de l'État ou de la société civile.

En outre, la personnalité morale de droit public (*Körperschaft des öffentlichen Rechts*) peut être accordée aux communautés religieuses. En 1919, bénéficiaient officiellement de ce statut les Églises réformées, l'Église luthérienne, l'Église catholique, la Communauté juive, l'Église vieille catholique, les Baptistes et les Mennonites. Par l'octroi d'un tel statut, l'État leur garantit le bénéfice de certains droits, notamment la collecte d'impôts parmi leurs fidèles.

Après avoir obtenu la personnalité morale de droit public, les communautés religieuses peuvent se voir reconnaître le statut d'établissement public du culte (*Körperschaftsstatus*), ce qui leur ouvre des droits supplémentaires, notamment le droit de gérer des jardins d'enfants ou des maisons de retraite et celui de dispenser des cours de religion, comme le permet l'article 7 al. 3 de la Loi fondamentale. Les représentants d'une communauté religieuse doivent s'adresser aux autorités compétentes du *Land* pour obtenir le statut d'établissement public du culte. Ce statut ne leur sera accordé que si leur constitution et le nombre de leurs fidèles laissent supposer que l'existence de cette communauté religieuse perdurera dans le temps.

Il convient de souligner que les communautés religieuses musulmanes ne bénéficient pas de la personnalité morale de droit public en Allemagne ; ces communautés prennent la forme d'associations organisées (*organisierte Vereine*). La liste des communautés religieuses ou associations promouvant une croyance religieuse ou philosophique (*Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften*) est établie par les *Länder*.

En vertu des normes constitutionnelles, l'État allemand n'intervient pas dans les affaires internes des communautés religieuses et la formation des ministres du culte s'exerce en principe sous le contrôle des autorités religieuses. Cela ne signifie pas l'absence totale d'intervention des pouvoirs publics, qui apportent au contraire un soutien financier et institutionnel essentiel. Les ministres du culte protestants, catholiques et juifs sont formés dans leur très grande majorité dans les nombreuses facultés de théologie des universités publiques dispensant des diplômes d'État.

En ce qui concerne le clergé catholique, le Concordat de 1933 est encore en vigueur. Il prévoit que les facultés théologiques catholiques existant dans les universités publiques soient maintenues¹. En outre, l'Église catholique est libre de créer ses propres séminaires et collèges théologiques ou philosophiques, qui dépendent exclusivement d'elle, si aucune subvention publique n'est recherchée.² Par exception au principe d'autonomie interne, le Concordat de 1933 reprend des éléments de la législation contraignante de la période du *Kulturkampf* pour prévoir que le personnel religieux souhaitant exercer des fonctions en Allemagne ou une activité pastorale ou éducationnelle doit :

- posséder la nationalité allemande ;
- avoir obtenu un diplôme de niveau baccalauréat permettant d'étudier dans un établissement d'enseignement supérieur ;
- avoir étudié la philosophie et la théologie pendant une durée d'au moins trois ans dans une université publique allemande, un établissement universitaire ecclésiastique allemand ou dans une école pontificale à Rome.³

En réalité, la crise des vocations en Allemagne nécessite de recourir à des candidats étrangers et dans les faits, l'administration est souple et accorde assez facilement des dispenses.⁴ Leurs diplômes étrangers n'étant souvent pas reconnus en Allemagne, il peut être requis d'eux qu'ils obtiennent un diplôme d'État (université) ou d'église (séminaire) sur le territoire allemand.

Pour les protestants, la réglementation de la formation et de l'entrée en fonction des pasteurs revient au synode de l'Union des Églises évangéliques. Une nouvelle version de la loi ecclésiastique sur la formation des pasteurs a été adoptée le 11 novembre 2017. Il est prévu deux volets, le premier consacré à l'étude des sciences théologiques qui débouche sur le passage d'un examen pour obtenir le titre de maître en théologie, et le second axé autour d'un service préparatoire effectué au sein d'une paroisse (*kirchlicher Vorbereitungsdienst*).⁵

¹ § 19 Reichskonkordat (RK) du 20 juillet 1933.

² § 20 RK de 1933.

³ § 14 RK de 1933.

⁴ M. Pulte « Public Authorities and the Training of Religious Personnel in Europe – The German Perspective », in F. Messner (ed.), *Public Authorities and the Training of Religious Personnel in Europe*, Comares (Granada), 2015, pp. 109-123.

⁵ *Kirchengesetz über die Ausbildung der Pfarrerinnen und Pfarrer in der Evangelischen Kirche der Union (Pfarrausbildungsgesetz – PfAG)*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

En outre, il existe un séminaire de formation des rabbins et cantors à l'Université de Potsdam : le cours Abraham Geiger (*Abraham Geiger Kolleg*). Cette formation bénéficie du soutien du gouvernement fédéral, de la Conférence permanente des ministres de l'éducation des Länder et du Land de Brandebourg. Elle vise à former des rabbins ou rabbines pour les communautés juives d'Europe centrale et orientale, mais plus particulièrement pour l'Allemagne.

Enfin, s'il n'existe actuellement aucune disposition réglementant la formation des imams, il est possible d'étudier la théologie islamique au sein d'universités publiques depuis 2011. En s'appuyant sur les recommandations pour le développement de la théologie et des sciences de la religion au sein des universités émises en 2010 par le Conseil scientifique, un organe consultatif en matière d'enseignement supérieur et de recherche¹, le gouvernement fédéral a décidé de financer pendant cinq ans les postes d'enseignement dans les centres de théologie islamique (*Zentren für islamische Theologie*) créés au sein de cinq universités publiques² et proposant des parcours de licence et de master. Après des évaluations positives du bilan de ces instituts sur la période 2011-2016, le Ministère fédéral de l'Éducation et de la Recherche a décidé de financer les cinq instituts pour cinq années supplémentaires jusqu'en 2021, pour un montant d'environ 36 millions d'euros.

En novembre 2017, s'est ouverte à l'Université Goethe de Francfort, l'Académie pour l'islam dans les sciences et la société (*Akademie für Islam in Wissenschaft und Gesellschaft*)³. Cette Académie a pour but de renforcer la position des études de théologie islamique dans le système universitaire allemand, ainsi que la coopération entre les cinq centres de théologie islamique allemands tout en permettant un plus grand dialogue avec la société. Le Ministère fédéral de l'éducation et de la recherche finance le fonctionnement de l'Académie à hauteur de 8,5 millions d'euros pour les cinq années à venir.

Les catégories employées en **Autriche** sont très proches de celles du droit allemand. Toutefois, les relations entre les confessions et l'État autrichien sont réglées par des lois spécifiques, plus que par un texte unique. De ce point de vue, on se rapproche des exemples italiens et espagnols : un concordat avec l'Église catholique et des accords de reconnaissance validés par la loi pour les religions minoritaires.

¹ *Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, 29 janvier 2010.*

² *Les universités Goethe de Francfort, d'Erlangen, de Münster, d'Osnabrück et de Tübingen déjà renommées pour leurs facultés de théologie et de sciences religieuses.*

³ *Bundesministerium für Bildung und Forschung, "Akademie für Islam in Wissenschaft und Gesellschaft startet", Pressemitteilung, 4 octobre 2017.*

La liberté de religion et de conscience est garantie à tout citoyen depuis la loi fondamentale de l'empire sur les droits généraux de 1867.¹ En outre, toute église ou communauté religieuse reconnue par la loi dispose du droit à l'exercice public du culte. Elle règle et administre ses affaires internes de façon autonome et reste en possession et jouissance de ses biens pour l'exercice de ses missions de bienfaisance, d'enseignement et de culte. Elle demeure tenue au respect des lois générales de l'État.²

La reconnaissance par la loi autrichienne d'une Église ou d'une communauté religieuse lui confère le statut de personne morale de droit public (*Körperschaft des öffentlichen Rechts*), analogue à celui du droit allemand. Il appartient aux représentants d'une religion sur le territoire autrichien de déposer une demande de reconnaissance auprès du Bureau des cultes (*Kultusamt*), rattaché à la Chancellerie fédérale autrichienne. La reconnaissance par la loi autrichienne d'une communauté religieuse est conditionnée notamment par le respect des critères suivants :

- l'existence avérée d'une communauté confessionnelle sur le territoire autrichien pendant une durée d'au moins 20 ans, dont 10 ans sous une forme organisée, et une inscription auprès des autorités nationales en tant que communauté confessionnelle depuis au moins 5 ans ;
- l'apport de la preuve que la communauté religieuse en question représente au moins 0.2 % de la population autrichienne d'après le dernier recensement.

Le respect de ces critères sera contrôlé par le Bureau des cultes, qui procédera ou non à la reconnaissance officielle d'une religion sur le territoire autrichien. Seize Églises ou communautés religieuses (*Kirchen und Religionsgesellschaften*) bénéficient actuellement d'une reconnaissance par la loi autrichienne.³

En dehors du cas particulier du culte alévi, la Communauté religieuse islamique d'Autriche (*Islamische Glaubensgemeinschaft in Österreich - IGGÖ*) est l'instance représentative officielle de la religion musulmane en Autriche, conformément à la loi fédérale du 2015 sur les relations extérieures des communautés religieuses islamiques, modifiant la précédente loi sur l'islam datant de l'annexion de la Bosnie-Herzégovine en 1912.⁴

¹ *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder du 21 décembre 1867 (art. 14).*

² *Loi fondamentale sur les droits généraux de 1867 précitée (art. 15).*

³ *Il s'agit des communautés catholique, alévie, vieille-catholique, arménienne, évangélique, méthodiste, mennonite, orthodoxe-grecque, islamique, juive, des témoins de Jehovah, mormonne, copte, bouddhiste, syriaque et néoapostolique.*

⁴ *Bundesgesetz über die äußeren Rechtsverhältnisse islamischer Religionsgesellschaften - Islamgesetz (Islamgesetz) du 25 février 2015.*

L'IGGÖ se compose entre autres d'un Conseil supérieur (*Oberster Rat*), d'un Conseil consultatif (*Schurarat*), ainsi que d'un tribunal arbitral (*Schiedsgericht*). Elle dispose d'une Constitution interne (*Verfassung*). Après avoir été rejeté une première fois par le bureau des cultes en 2008, le nouveau projet de constitution de l'IGGÖ a été retravaillé et finalement approuvé dans sa nouvelle version en novembre 2009. Le Conseil supérieur (*Oberster Rat*) est l'organe administratif de l'IGGÖ. Il est composé de 15 membres élus par le Conseil consultatif¹, dont les membres sont eux-mêmes désignés par les représentants des communautés locales (*Kultusgemeinden*) en proportion du nombre de fidèles qu'ils représentent.² Un Mufti, exerçant traditionnellement une fonction de jurisconsulte en droit musulman, est rattaché au Conseil supérieur en tant qu'organe consultatif. Il est élu parmi les membres du Conseil consultatif à la majorité simple des suffrages du Conseil supérieur. L'exercice de cette fonction est conditionné par la possession d'un diplôme universitaire d'études islamiques³.

La formation des ministres du culte fait l'objet de dispositions spécifiques dans les différents traités ou lois organisant les cultes reconnus par l'État autrichien. Il s'agit d'assurer les conditions du soutien financier de l'État et la préservation des cursus de théologie diplômants au sein des universités publiques.

En vertu du Concordat de 1933 conclu entre la République d'Autriche et le Saint Siège, l'État garantit l'existence de facultés de théologie. La formation scientifique du clergé est assurée par les facultés de théologie catholique fondées par l'État et financées par lui, notamment à Vienne, Graz, Innsbruck et Salzbourg.

L'organisation interne et les pratiques d'enseignement au sein de ces facultés sont fondamentalement encadrées par la Constitution apostolique *Deus Scientiarum Dominus* de Pie IX sur les universités et facultés d'études ecclésiastiques du 14 mai 1931 comme dans l'ensemble des établissements d'obédience catholique. La nomination et l'admission de professeurs et d'enseignants ne peut avoir lieu sans l'accord des autorités ecclésiastiques compétentes. Les diplômes académiques décernés par les universités pontificales de Rome sont reconnus en Autriche.⁴

¹ *Verfassung der Islamischen Glaubensgemeinschaft in Österreich, Art. 8 (2).*

² *IGGÖ Verfassung, Art. 8 (3).*

³ *IGGÖ Verfassung, Art. 11.*

⁴ *Konkordat vom 5. Juni 1933 zwischen der Republik Österreich und dem Heiligen Stuhl du 5 juin 1933, art. V.*

En vertu de la loi fédérale de 1961 sur les relations extérieures de l'Église protestante évangélique, l'État autrichien garantit l'existence d'une faculté de théologie protestante à l'Université de Vienne, composée d'au moins six chaires, dont une consacrée à la théologie systématique luthérienne et une autre à la théologie réformée. L'ensemble du corps enseignant de la faculté de théologie protestante doit appartenir à l'Église protestante. Lors de la nomination d'un professeur à l'une de ces chaires, la Commission universitaire chargée de la nomination doit s'enquérir de l'avis des autorités compétentes de l'Église protestante.¹

Par exception, la loi de 1890 sur les relations extérieures de la communauté juive semble ne pas contenir d'éléments sur la formation des rabbins autrichiens.² De fait, les membres du grand Rabinat viennois ont fait leurs études (*Rabbinatsstudium*) à l'étranger (Allemagne, États-Unis, Israël, Belgique).

La réécriture de la loi sur l'islam en 2015 après trois ans de débat visait à prendre en compte le pluralisme religieux grandissant sur le territoire autrichien. Sur le modèle des confessions catholique et protestante, l'État autrichien s'est engagé à créer une formation en théologie musulmane à l'Université de Vienne, chaque communauté religieuse islamique officiellement reconnue pouvant prétendre à la création d'une filière lui étant consacrée.³

Le 1^{er} janvier 2017 a été créé l'Institut d'études théologiques islamiques (*Institut für Islamisch-Theologische Studien*) à la Faculté de philologie de Vienne ; la première rentrée a eu lieu à l'automne 2017. Il est destiné notamment à former les futurs théologiens, imams ou enseignants de la religion musulmane directement sur le territoire autrichien.

L'Institut propose une formation en Licence et en Master. Il est également possible d'y entreprendre une thèse. L'admission dans ces formations est soumise aux conditions générales d'admission à l'Université de Vienne. Il est requis des étudiants étrangers une certification de maîtrise de la langue allemande de niveau C1. Il est tout à fait possible de s'inscrire en Licence sans maîtriser la langue arabe.

¹ Bundesgesetz über äußere Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche du 6 juillet 1961, art. 15.

² Gesetz betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft du 21 mars 1890.

³ Islamgesetz 2015, art. 24 (1).

Il n'est pas prévu toutefois d'obligation légale de formation dans l'institut de l'université de Vienne pour être autorisé à exercer les fonctions d'imam. Il est certes prévu un encadrement du financement par l'étranger, et donc indirectement du recrutement d'imams étrangers. Le financement des besoins religieux des membres de la communauté religieuse doit être réalisé sur le territoire autrichien par le biais de la communauté religieuse entière (*Religionsgemeinschaft*), des congrégations locales (*Kultusgemeinden*) ou de leurs membres individuels. Cette mesure a pour effet d'interdire le financement direct des imams et des organisations culturelles par des fonds étrangers, sans empêcher la constitution d'une structure de droit autrichien qui pourrait jouer le rôle d'intermédiaire avec des financiers ou des gouvernements étrangers.¹

Enfin, le législateur a prévu des cas de révocation des personnes exerçant des fonctions au sein des communautés musulmanes. Une personne qui exerce des fonctions au sein d'une congrégation locale et qui aurait été condamnée de manière définitive par un tribunal autrichien pour une ou plusieurs infractions pénales punies de minimum un an d'emprisonnement doit être démise de ses fonctions par la communauté. Cette obligation trouve également à s'appliquer si ladite personne a un comportement qui présente une menace pour la sécurité publique, l'ordre public, la santé et la morale, ou les droits et libertés d'autrui.²

4. La neutralité inclusive en matière religieuse et les progrès difficiles des formations d'imams aux Pays-Bas

Le protestantisme réformé est au cœur de la naissance des **Pays-Bas** au XVI^{ème} siècle par sécession de l'empire espagnol. Toutefois, le Sud du pays est toujours resté catholique et les Pays-Bas ont été connus pour leur politique de tolérance qui en a fait un refuge à la fois pour des libres penseurs, pour les communautés juives expulsées d'Espagne et du Portugal, pour les mouvements protestants hétérodoxes en délicatesse avec le luthéranisme, pour les huguenots français persécutés et pour les jansénistes. Une très large autonomie interne, ainsi que la police sur leurs membres, était reconnue aux diverses communautés et églises, dès lors qu'elles ne troublaient pas l'ordre public, prêtaient allégeance au pouvoir de La Haye et s'abstenaient d'une participation politique active. Ce n'est que pendant la période révolutionnaire sous influence française que, pour la première fois, fut prononcée la séparation des Églises et de l'État sans prééminence de la religion réformée, que juifs et catholiques reçurent l'égalité des droits civiques et que toutes les facultés de théologie furent fermées.

¹ *Islamgesetz 2015, art. 6 (2). L'article 31 al. 4 de la même loi pose cependant une exception au principe énoncé de telle sorte qu'au moment de l'entrée en vigueur de cette loi fédérale, les titulaires de fonctions religieuses en exercice qui seraient financés par des fonds étrangers puissent continuer à exercer leurs fonctions pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi fédérale.*

² *Islamgesetz 2015, art. 21.*

Toutefois la fondation du Royaume des Pays-Bas et la constitution de 1815 sont marquées par l'appui du pouvoir politique à l'Église réformée. La constitution d'un État-nation néerlandais au XIX^{ème} siècle est associée à la figure du pasteur (*dominee*) formé à l'université et rémunéré par l'État, autant que la III^{ème} République française a pu être attachée à la figure de l'instituteur. La formation du citoyen néerlandais passait par son éducation morale qui devait être assurée par les membres d'une Église réformée placée sous le contrôle du ministère des Cultes. La révision libérale de la Constitution en 1848 garantit néanmoins l'égalité de droits entre les églises et accorda au nom de la liberté de culte plus de latitude à chaque confession pour s'organiser, y compris à l'Église catholique.¹

À partir de la fin du XIX^{ème} siècle, le système social et politique des Pays-Bas se transforme pour adopter une structure en piliers autonomes et indépendants de l'État (*verzuiling*) où les institutions sociales (partis, syndicats, journaux, radios, écoles, universités, clubs sportifs...) se répartissent entre entités protestantes, catholiques, libérales et socialistes. L'émancipation des citoyens catholiques, longtemps dans une position sociale, si ce n'est juridique, de second rang est passée par une mobilisation collective du pilier catholique. De nos jours, une compénétration plus large quoique partielle entre protestants et catholiques a permis l'émergence d'un pilier chrétien, dont le parti chrétien-démocrate CDA, systématiquement membre de toutes les coalitions au pouvoir, est aujourd'hui la meilleure illustration.

Le moment décisif pour définir le cadre contemporain des relations entre les religions et l'État néerlandais coïncide avec la révision constitutionnelle de 1983. Celle-ci approfondit la séparation des églises et de l'État néerlandais :

- en posant comme principe premier l'égalité de toutes les croyances religieuses entre elles et avec les philosophies de vie non-religieuses, sans aucune discrimination ;

- en levant les anciennes contraintes strictes pesant sur l'exercice public du culte - concrètement, en autorisant par exemple les processions religieuses catholiques ;

¹ Cf. W. Boender, « Het Nederlandse 'imamopleidingdebat' in historisch perspectief », *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid, Boomjuridisch*, 2014 (5) 2, pp. 26-48.

- en supprimant la disposition constitutionnelle garantissant depuis 1815 le financement des traitements, pensions et autre revenus pour les personnels religieux. La loi du 7 décembre 1983 mettant fin au lien financier entre l'État et les églises¹ a ensuite validé un accord entre l'État et 12 communautés protestantes, juives et catholique², par lequel l'État leur accordait une somme forfaitaire de 250 millions de florins en guise de compensation finale et définitive.

Si aucun texte spécifique ne définit la séparation des Églises et de l'État en droit néerlandais, la jurisprudence et la doctrine la font naturellement découler des articles 1^{er} et 6 de la Constitution qui garantissent respectivement l'égalité des droits sans discrimination et la liberté de culte et de conviction. Les sujets de la liberté de culte sont aussi bien les individus que des collectifs avec ou sans la personnalité morale.³ Ils restent responsables de leurs actions en cas d'infraction au cadre légal. La loi peut poser des règles en matière d'exercice de ce droit à l'extérieur de certains bâtiments ou dans des lieux déterminés pour protéger la santé publique, préserver la liberté de circulation et pour prévenir des désordres.

La séparation des églises et de l'État implique que l'État reconnaisse la liberté d'organisation des communautés religieuses et que celles-ci ne jouent en retour aucun rôle formel dans le processus de décision politique. L'État doit respecter l'autonomie des institutions et se garder de toute interférence dans la profession de foi ou le contenu du culte ; il ne doit pas en particulier intervenir dans l'organisation interne des institutions religieuses. Les « communautés confessionnelles » (*kerkgenootschappen*) jouissent de la personnalité morale en vertu du code civil néerlandais, qui leur accorde également la liberté de s'organiser selon leurs propres statuts, pour autant qu'ils ne contreviennent à aucune loi.⁴

¹ *Wet beëindiging financiële verhouding tussen Staat en Kerk du 7 décembre 1983.*

² *Sont parties à l'accord financier, après la constitution de fondations pour recevoir les fonds qui ne pourront servir à d'autres fins que l'entretien des personnels religieux qui avaient acquis des droits dans l'ancien régime constitutionnel : la Société baptiste générale, l'Église chrétienne réformée aux Pays-Bas, l'Église évangélique-luthérienne aux Pays-Bas, l'Église réformée aux Pays-Bas, l'Église réformée néerlandaise, l'Église rénovée néerlandaise, la province romaine catholique des Pays-Bas, la Fraternité des remontrants, l'Église vieille-catholique des Pays-Bas, la Communauté israélienne néerlandaise, la Communauté israélienne portugaise, l'Alliance des juifs libéraux des Pays-Bas.*

³ *C'est conforme à la jurisprudence de la CEDH sur l'application de l'article 9 de la Convention. CEDH, 27 juin 2000, association liturgique Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France.*

⁴ *Art. 2 :2 Burgelijk Wetboek (BW).*

Selon le professeur Van der Brug¹ de l'université de Tilburg, le modèle néerlandais se caractérise par la « neutralité inclusive » de l'État par rapport aux communautés religieuses. La séparation entre la sphère privée et publique y est moins tranchée que dans un modèle plus strictement laïque et l'on y tolère plus largement les manifestations publiques de la religion, y compris dans les prestations de serment ou les formules rituelles d'introduction des lois signées par la main du souverain « par la grâce de Dieu ».

La loi de 1983 sur le rachat pour solde de tout compte des dettes contractées par l'État auprès des églises ne signifie pas que leur serait désormais systématiquement interdit tout soutien financier. Un soutien financier des pouvoirs publics est possible au cas par cas, en l'absence de toute disposition légale contraire, par exemple pour soutenir des activités sociales et culturelles, notamment à des fins éducatives, estimées utiles localement et servant à ce titre l'intérêt général. Seules les activités à motif religieux, proprement liées au culte, sont exclues au nom de la séparation de l'Église et de l'État ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État néerlandais.² Des subventions publiques ou des avantages fiscaux sont également permis pour l'entretien d'un patrimoine historique et pour garantir la mise à disposition de conseillers spirituels-aumôniers dans les institutions publiques (armée, hôpitaux, prisons).

Des universités d'inspiration confessionnelle, comme l'Université libre d'Amsterdam créée par le courant protestant orthodoxe en 1880 ou l'Université Radboud de Nimègue fondée par le pilier catholique en 1923, sont financées sur fonds publics. La justification se trouve dans l'article 23 de la Constitution néerlandaise accordant une très large liberté d'éducation et d'enseignement. Des formations en théologie, essentiellement catholique ou protestante de diverses obédiences, peuvent être instaurées dans les universités publiques ou privées financées par l'État et aboutir à des diplômes (licence, master, doctorat) reconnus. Aux églises de décider en revanche du cursus, du niveau de diplôme et de l'expérience professionnelle qu'elles requièrent pour devenir ministre de leur culte ou occuper des offices à responsabilité en leur sein.

C'est le traitement égal de tous les groupes religieux ou philosophiques qui prime. Cela prohibe toute discrimination et toute manifestation de préférence ou de partialité. En matière de soutien à des activités portées par des organisations religieuses, cela implique qu'on ne pourrait exclure une organisation religieuse reconnue du bénéfice d'un dispositif d'aide proposé à d'autres, si celle-ci souhaite en bénéficier, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État néerlandais.³

¹ W. van der Brug, *Het ideal van de neutrale Staat – Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur (Oratie Rotterdam)*, Boom juridisch, 2009.

² ARRvS, 19 décembre 1996, AB1997, 414.

³ ARRvS 18 décembre 1986, AB 1987, 206 ; ARRvS 1er août 1983, AB 1984, 532.

Dans la droite ligne de leur tradition historique, les autorités néerlandaises se sont préoccupées dès le début des années 1980 de l'encadrement religieux des communautés musulmanes immigrées (Turcs, Marocains, Surinamais d'origine pakistanaise, puis Bosniaques notamment). La question de l'intégration se posa très tôt sous l'angle de l'intégration de l'islam dans la société néerlandaise, de l'émancipation collective des musulmans sur le modèle de l'émancipation précédente des juifs et des catholiques.¹ Dans ce processus, l'imam est considéré devoir jouer un rôle moral essentiel pour guider la communauté sur le modèle du pasteur protestant du XIX^{ème} siècle. Les Pays-Bas considèrent rapidement que ce type d'intégration par la religion ne pouvait réussir que si les imams connaissaient la société néerlandaise et adhéraient à ses valeurs structurantes. De ce point de vue, le recrutement d'imams étrangers formés à l'étranger (Turquie, Égypte, Arabie Saoudite) n'était pas satisfaisant sur le principe et il a donné dans la pratique l'occasion de plusieurs scandales médiatiques, avant même l'assassinat de Theo van Gogh en 2004. C'est pourquoi la formation de cadres religieux de l'islam aux Pays-Bas (*polderimams*) y demeure une question d'actualité depuis 15 ans.²

Deux résolutions furent présentées au Parlement néerlandais en 2004 pour inciter fortement le gouvernement à agir alors que les craintes concernant la radicalisation des jeunes générations grandissaient. La motion de la députée chrétienne-démocrate Sterk adoptée en mai 2004 demandait qu'il soit posé comme condition à l'exercice de la fonction d'imam aux Pays-Bas le suivi d'une formation d'imam néerlandaise.³ La motion du député social-démocrate Bos, tombée pour raison de procédure, demandait qu'à partir de 2008, il ne soit plus accordé d'autorisation de séjour à des imams étrangers et que les permis en cours ne puissent être prolongés au-delà de 2008.⁴ Malgré un large soutien politique, ces résolutions ne purent être traduites en obligations légales, pour des raisons pratiques, précisément l'inexistence de formations d'imam aux Pays-Bas, alors que les pasteurs et les prêtres pouvaient obtenir leurs diplômes (licence, master) dans les facultés de théologie des universités.

¹ Document d'orientation du ministère de l'intérieur sur la politique des minorités du gouvernement néerlandais (*Minderhedennota*), 1983, p. 110 : « Le culte a un rôle à jouer dans le développement et le renforcement de la dignité et de l'estime de soi et par conséquent, dans l'émancipation de beaucoup de membres des groupes ethniques » (« *Godsdienst heeft en functie voor de ontwikkeling en versterking van de eigenwaarde en daarmee voor de emancipatie van veel leden van de etnische groeperingen* »). Ces considérations ont été constamment réaffirmées dans les documents d'orientation successifs sur la politique d'intégration.

² En décembre 2003 fut publié le rapport de la Commission De Ruiter sur la formation des imams, *Imams in Nederland : wie leidt ze op ?*, Rapport van de Adviescommissie.

³ *Kamerstukken 2003/2004*, 29 200 VI, nr. 155.

⁴ *Kamerstukken 2004/2005*, 29 854, nr. 10.

Il y avait aussi des obstacles juridiques sérieux à toute obligation de formation pour exercer la fonction d'imam, comme l'ont clairement indiqué plusieurs commissions officielles. La Commission consultative sur l'immigration, saisie par le gouvernement néerlandais du sujet de l'entrée et du séjour d'étrangers exerçant des fonctions religieuses, a considéré que la formation et le recrutement des cadres religieux relevaient de l'organisation interne et donc de la sphère réservée des églises.¹ La commission De Ruyter sur la formation des imams avait adopté la même position de principe.² Dès lors qu'il n'existe aucune menace à l'ordre public, à la santé publique ou à l'autorité de la loi, l'État ne peut intervenir pour encadrer la pratique religieuse que s'il y est invité par la communauté elle-même. En outre son intervention doit être proportionnée. Dans le contexte d'absence de formations d'imams adaptées aux Pays-Bas, imposer une obligation de formation (motion Sterk) ou refuser systématiquement les autorisations de séjour pour les imams étrangers (motion Bos) reviendrait à poser des obstacles démesurés à l'exercice de la liberté de culte garantie par l'article 6 de la Constitution néerlandaise et par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.³

Nonobstant ces obstacles juridiques, le gouvernement néerlandais sous l'impulsion de la ministre libérale de l'intégration Rita Verdonk franchit un cap décisif dans la foulée des résolutions parlementaires de 2004.⁴

Premièrement, deux organes représentatifs des musulmans néerlandais furent reconnus formellement comme partenaires de dialogue avec les autorités et comme les instances responsables de la sélection des conseillers spirituels - aumôniers (*geestelijk verzorger*) musulmans pour les prisons, les armées et les écoles. L'Organe de contact des musulmans et des autorités (*Contactorgaan Moslims en Overheid - CMO*) qui rassemble 10 associations de mosquées sunnites et représente 84 % du culte fut reconnu en 2004 et le Groupe de contact de l'Islam (*Contactgroep Islam - CGI*) qui rassemble chiites, alévis et ahmadis fut reconnu en 2005.

¹ *Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden, juillet 2005, pp. 58-60.*

² *Rapport De Ruyter précité de décembre 2003, p. 7. Magistrat, ancien garde des Sceaux, De Ruyter était à l'époque professeur de droit à l'Université d'Utrecht.*

³ *L'obstacle conventionnel est particulièrement important en matière contentieuse, car seul le Parlement est compétent en matière de contrôle de constitutionnalité stricto sensu aux Pays-Bas et le juge néerlandais s'appuie sur les traités internationaux, interprétés au prisme de la constitution néerlandaise, pour assurer la protection des droits fondamentaux. La neutralité et la non-interférence de l'État sont consacrées par la jurisprudence de la CEDH qui considère qu'une ingérence poussée avec les affaires internes d'un culte ou l'exercice de pressions est contraire à la liberté de culte. Cf. CEDH, 14 décembre 1999, Sérif c/Grèce ; 26 octobre 2000, Hasan & Chaush ; 13 décembre 2001 Église métropolitaine de Bessarabie c/Moldavie.*

⁴ *Brief van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie aan de Voorzitter van de Tweede kamer der Staten-Generaal, 10 décembre 2004, 2004-2005, 29 800 VI, nr. 91.*

Le deuxième pas décisif fut la décision d'accorder temporairement des subventions aux universités et aux hautes écoles professionnelles de l'enseignement supérieur néerlandais qui mettraient en place, sur une base volontaire, des formations reconnues par l'État d'imam, de théologiens islamiques et de conseillers spirituels-aumôniers musulmans. Un soutien financier à la mise en place de formations religieuses est permis dès lors qu'il respecte le principe d'égalité de traitement garanti par l'article 1^{er} de la Constitution néerlandaise et autant que cela est nécessaire pour assurer l'exercice effectif de la liberté de culte. Trois institutions répondirent à l'appel de l'État :

- dès 2005 l'Université libre d'Amsterdam (*Vrije Universiteit – VU*), prestigieuse université privée mais financée sur fonds publics et très liée depuis 1880 au pilier protestant du pays ;
- puis en 2006, l'Université de Leyde, la plus ancienne et la plus renommée des universités publiques du pays, et la Haute école professionnelle InHolland.

Elles mirent en place différentes formations de licence et de master adaptées en s'inspirant des formations existantes en théologie, de conseiller spirituel - aumônier ou en religion et philosophie de vie (*Religie en Levensbeschouwing*). Ces formations ont reçu l'accréditation nécessaire de l'agence publique d'évaluation de la qualité de l'enseignement supérieur, la NVAO¹, commune aux Pays-Bas et à la Flandre. L'obtention de cette accréditation conditionne la reconnaissance du diplôme par l'État et le bénéfice de fonds publics.

Cette expérience n'a pas été concluante : l'Université de Leyde en 2011 a réintégré sa formation de théologie islamique dans son parcours de sciences des religions - parcours études islamiques sans visée professionnalisante et avec une approche critique et non religieuse ; InHolland a décidé en 2013 de démanteler progressivement jusqu'en 2018 sa licence en 4 ans d'Imam/conseiller spirituel islamique. La VU a connu également de sérieuses difficultés.² Cependant, son programme est apparu le plus robuste et a permis la professionnalisation de la fonction de conseiller spirituel-aumônier musulman dans les prisons, les hôpitaux et l'armée. Les autorités néerlandaises restent fermement engagées et ont poussé l'organisation représentative CMO et la VU à collaborer pour l'ouverture d'un nouveau cursus d'imam à Amsterdam en 2017-2018.

¹ *Nederlands-Vlaamse Acreditatieorganisatie.*

² À cela s'ajoute les doutes à l'égard de l'Université islamique de Rotterdam, institution privée, dont la formation d'imam a été créée en 2000 mais qui a attendu 2010 pour être accréditée, faute de présenter des professeurs suffisamment qualifiés et maîtrisant le néerlandais. Son recteur a été à l'origine d'un scandale en 2014.

Un bilan de ces premières expériences a été dressé.¹ Tout en reconnaissant le bénéfice d'avoir initié un mouvement de longue haleine d'acclimatation de la théologie islamique à la société néerlandaise, les autorités constatent que beaucoup moins d'étudiants que prévu ne se sont inscrits. Entre 2005 et 2012, 400 étudiants se sont inscrits dans les formations dédiées avec un fort taux d'échec ou d'abandon. Cela a pour conséquence que les formations ne sont pas rentables pour les universités même avec la subvention de l'État et que les besoins en imams et aumôniers musulmans ne peuvent être satisfaits.

En outre, d'après les évaluations, très peu d'opportunités de travail sont offertes aux imams formés aux Pays-Bas car ils seraient vus défavorablement par les communautés musulmanes locales et ne pourraient entrer en compétition avec les diplômés d'universités théologiques arabes. Ils seraient perçus comme trop modernes, à deux titres, comme s'ils étaient au service du gouvernement néerlandais ce qui suscite la défiance et parce qu'ils adoptent une approche herméneutique questionnant les textes sacrés sur le modèle de la critique protestante, ce qui déstabilise les fidèles plus familiers d'un style dogmatique, mais aussi les étudiants en première année. Les formations néerlandaises ne semblent pas mettre assez l'accent sur les sources textuelles classiques et la maîtrise de l'arabe, même si l'approche herméneutique critique qu'elles privilégient paraît davantage de nature à créer un islam proprement néerlandais par percolation des nouveaux imams vers les fidèles.

Enfin, l'hétérogénéité de la communauté musulmane demeure, et les réflexes nationaux traditionnels restent forts : les mosquées turques recrutant des imams turcs, avec l'appui du gouvernement turc; de même les mosquées marocaines recruteraient volontiers des *hafiz* d'origine arabe qui, dédiés dès leur enfance à la religion, connaissent le coran par cœur ainsi qu'un grand nombre de hadiths.²

¹ *Regioplan*, Evaluatie Islam- en Imamopleidingen in Nederland, décembre 2012.

² W. Boender, article précité de 2014, pp. 42-43.

LE SERVICE PUBLIC AUDIOVISUEL

À la demande de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, la division de la législation comparée a mené une recherche sur les équivalents du service public audiovisuel dans sept pays européens, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, la Suisse et le Royaume-Uni.

1. Statut, gouvernance et structure du système audiovisuel public

a) De grands groupes intégrés au Royaume-Uni, en Italie et en Espagne

La *British Broadcasting Corporation* (BBC) constitue un modèle souvent mis en avant dans les débats européens sur l'audiovisuel public.¹ Elle bénéficie d'une reconnaissance comme opérateur du service public audiovisuel au **Royaume-Uni** par l'octroi d'une charte royale depuis 1926. En droit anglais, les chartes royales sont des documents formels désignés comme lettre patentes émanant du souverain par lesquelles il accorde un droit ou un pouvoir à une personne physique ou morale. Elles constituent bien souvent un authentique acte d'établissement, comme dans le cas de la BBC mais aussi de certaines cités, universités, sociétés savantes ou associations professionnelles.

Une nouvelle charte royale a été concédée en décembre 2016 pour la perpétuation de la BBC à l'issue d'une large consultation menée par Sir David Clementi qui est devenu le nouveau président non-exécutif de la BBC après avoir jeté dans son rapport les bases d'une réforme d'ampleur de la gouvernance et de la régulation et l'audiovisuel public britannique.² La nouvelle charte est accordée pour 11 ans, du 1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2027, intervalle pendant lequel l'existence de la BBC comme personne morale chargée des missions de service public en toute indépendance est pérennisée, ainsi que les engagements de l'État à son égard.³

¹ La présente note se concentre sur la BBC mais il faut noter qu'en droit anglais, des chaînes privées comme ITV et Channel 5 sont des "public service broadcasters" et considérés comme contribuant au service public de l'audiovisuel. Cela veut dire que leurs programmes ne poursuivent pas uniquement des fins commerciales mais sont tenus de servir au moins partiellement l'intérêt général. Concrètement pour obtenir une licence de diffusion de la part de l'autorité de régulation des télécommunications, l'Ofcom, elles doivent respecter certaines obligations de contenus (information, culture notamment). Cela implique aussi que les acteurs purement numériques ne diffusant que sur internet sont dispensés de fait de ces obligations coûteuses. C'est pourquoi ITV essaie régulièrement de s'en affranchir en arguant de la transformation de la consommation des médias et des distorsions de concurrence avec les acteurs numériques.

² Sir David Clementi, *A Review of the Governance and Regulation of the BBC*, mars 2016.

³ *Royal Charter for the continuance of the British Broadcasting Corporation*, décembre 2016, sections 1 à 3.

Le 3 avril 2017 est entrée en vigueur la refonte de la gouvernance de la BBC. L'ancienne organisation à double tête qui s'appuyait sur un *Board* exécutif et un *Trust* indépendant de la direction et chargé de la surveillance des opérations a été supprimée. Le rapport Clementi de 2016 considérait que cette organisation était défectueuse car elle ne permettait pas un clair partage des responsabilités et confiait notamment au *Trust* à la fois des fonctions de gouvernance et de supervision qu'on s'attendait à voir confiées à une autorité de régulation comme l'*Office of Communications* (Ofcom).

Il n'existe donc plus désormais qu'une seule structure de gouvernance agissant comme conseil d'administration, le *BBC Board*. Le conseil d'administration est chargé de protéger l'indépendance de la BBC, sans prendre d'instruction du Gouvernement ou d'aucune autre personne. Il adopte toutes les décisions stratégiques, les cadres d'évaluation des performances, les normes de bonnes pratiques éditoriales et les budgets. Il est composé de 14 membres dont 10 n'exercent aucune fonction exécutive au sein de la BBC. Parmi ces 10 membres, se trouvent le Président et 4 membres représentant les nations anglaise, écossaise, galloise et irlandaise.¹ Parmi les 4 membres exécutifs, se trouve le Directeur général, qui entouré d'un comité exécutif met en œuvre les décisions du *Board* et gère au quotidien la société. Le Directeur général est aussi le directeur de la rédaction et il est responsable de toutes les décisions individuelles en matière éditoriale et de contenus.

La charge de la surveillance et de la régulation, autrefois partagée entre le *Trust* et l'Ofcom, est intégralement confiée à l'Ofcom qui se trouve ainsi vis-à-vis de la BBC dans la même position que vis-à-vis des autres chaînes émettant au Royaume-Uni. La réforme de 2016 contribue à une forme de normalisation de la gouvernance et de la régulation de l'audiovisuel public. Il revient à l'Ofcom de vérifier que la BBC respecte ses obligations contenues dans la Charte royale et dans l'accord-cadre annexé qu'elle a conclu avec le Gouvernement.² En particulier, l'Ofcom accorde une licence d'exercice à la BBC pour la partie de ses activités qui correspond au service public dont elle est chargée au Royaume-Uni. Les conditions de cette licence précisent les critères que doit respecter la BBC pour remplir sa mission et promouvoir l'intérêt général, pour garantir la fourniture d'une offre et de prestations distinctives et pour assurer la satisfaction des besoins des spectateurs des quatre nations du Royaume-Uni. L'Ofcom doit toujours exercer sa mission en cherchant à protéger une concurrence équitable et réelle entre tous les acteurs du secteur au Royaume-Uni.³

¹ *Royal Charter*, décembre 2016, sections 20 - 21.

² *Agreement between Her Majesty's Secretary of State for Culture, Media and Sport and the BBC*, décembre 2016.

³ *Royal Charter*, décembre 2016, sections 45 - 46.

La création d'une filiale de production reprenant les unités de production gérées jusque-là en interne est une autre transformation majeure. Elle a fait l'objet d'un consensus entre le Gouvernement et la BBC en 2016. Cette décision reflète une transformation du marché de la production audiovisuelle, avec l'émergence de distributeurs en ligne massifs, l'intensification de la concurrence entre acteurs et de nouvelles opportunités de tirer des revenus des droits sur les programmes. *BBC Studios Ltd*, possédée à 100 % par la BBC, a pour objet à la fois d'être un fournisseur stable et régulier de contenus pour la BBC et de constituer un portefeuille de droits de propriété intellectuelle qui pourront être exploités sur le long terme. Est concernée la production de fictions, de documentaires et de divertissements, alors que l'information, le sport et les programmes pour enfant demeurent produits par une régie interne. BBC Studios a vocation à répondre aux appels à projets tant de la BBC que des autres chaînes commerciales indépendantes.

En **Italie**, le législateur a prévu que le service public radiophonique, télévisuel et multimédias soit confié par concession à une société par actions, équivalent d'une société anonyme, qui exerce ses missions sur la base notamment d'un contrat de service national conclu avec le ministre du développement économique, qui définit les droits et les obligations du concessionnaire.¹ La société *RAI – Radiotelevisione italiana S.p.a.* est l'unique concessionnaire du service public audiovisuel. Sa concession décennale a été renouvelée en avril 2017.²

La gouvernance de la Rai a été significativement modifiée par la dernière réforme de 2015.³ La Rai demeure soumise au régime de droit commun des sociétés anonymes, y compris pour son organisation interne et sa gestion, mais le législateur lui assigne désormais la transparence, l'efficacité, l'efficience et la compétitivité comme principes directeurs de son action, traduisant ainsi un souci particulier de performance économique et de reddition de comptes devant l'opinion publique.

¹ *Decreto legislativo n° 177 du 31 juillet 2005 – Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (DL Tusmar), art. 45. La version en vigueur du texte consolidé portant loi sur les services audiovisuels est celle amendée en 2015 par la loi n° 220 du 28 décembre 2015 – Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo.*

² *Décret du Président du Conseil du 28 avril 2017- Affidamento in concessione del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale. La convention de concession, qui encadre le contrat de service national, est approuvée par le même acte. Elle a dû faire l'objet d'une consultation publique préalable sur les obligations du service public audiovisuel (Art.5 §5 de la loi de 2015 précitée).*

³ *DL Tusmar 177/2005, art. 49 largement réécrit par la loi 220/2015, art. 2.*

La gouvernance de la société répond au schéma classique avec conseil d'administration, administrateur délégué et directeur général. Conformément à la loi et au statut de la Rai, le conseil d'administration a la responsabilité de l'accomplissement de l'objet social et exerce aussi une fonction de contrôle et de garantie du respect des missions et obligations de service public. Sur proposition du directeur général, il approuve le bilan, le plan d'investissement, la programmation financière, la politique de ressources humaines et les plans de restructuration. Il répartit annuellement les ressources entre les domaines d'activités de la Rai. Il approuve les actes et contrats stratégiques, dès lors qu'ils sont d'un montant supérieur à 10 millions d'euros calculés sur l'ensemble de leur durée et il approuve le plan industriel, le plan éditorial et le programme prévisionnel annuel des dépenses, y compris tous les mesures d'investissement d'un montant supérieur à 10 millions d'euros calculés sur l'ensemble de leur durée. Dans le cadre des divers plans et directives approuvés par le conseil d'administration, le directeur général, qui participe aux réunions du CA sans droit de vote, gère la société et supervise son organisation et son fonctionnement quotidien.¹

La composition et la nomination des membres du CA de la Rai ont été revues en 2015. Le nombre des membres a été réduit de 9 à 7, une attention est portée à la parité, l'expertise requise des membres est renforcée, de même que la prévention des conflits d'intérêt et les règles d'incompatibilité. Aujourd'hui, le CA de la Rai est désigné ainsi : 2 membres sont élus par la Chambre des députés et 2 autres par le Sénat, 2 membres sont nommés en Conseil des ministres sur proposition du ministre de l'économie et des finances, un membre est désigné par l'assemblée du personnel parmi les salariés en poste depuis au moins trois ans. La procédure d'élection par les assemblées parlementaires est l'aboutissement d'une procédure de sélection transparente, qui s'ouvre par la publication d'appels à la candidature sur les sites internet des assemblées et de la Rai 60 jours avant l'élection et se poursuit par le dépôt formel des dossiers de candidatures et la publication en ligne 30 jours avant l'élection.

Surtout la compétence de la Commission parlementaire pour l'orientation générale et la surveillance des services radiotélévisés a été réduite, bien qu'elle garde de vastes pouvoirs d'avis et bénéficie d'un large droit à l'information. Cet organe bicaméral, composé de 20 députés et 20 sénateurs, prend des résolutions générales sur l'accomplissement des missions du service public audiovisuel et exerce une fonction prescriptive particulière en matière de respect du pluralisme et de l'équité entre formations politiques, notamment lors des campagnes électorales. Elle se prononce aussi sur les demandes d'accès aux médias radiotélévisés de la part d'associations ou d'institutions représentant des intérêts sociaux ou politiques. Auparavant, la Commission parlementaire nommait 7 des 9 membres du CA de la Rai. Elle a perdu tout pouvoir de nomination en

¹ *Statuto della Radiotelevisione italiana S.p.a., art. 25 & 29.*

2015, afin d'éviter les soupçons d'ingérence et d'arrangement politiques au profit d'une plus grande professionnalisation des membres. Elle ne dispose plus en la matière que d'un pouvoir d'avis sur la nomination du président du CA qui est effectuée par le conseil lui-même parmi ses membres. En contrepartie, la réforme de 2015 a prévu que la Commission parlementaire reçoive semestriellement un bilan des activités de la Rai, comprenant notamment la liste de tous les invités de ses émissions.

La Rai est structurée en 5 domaines transversaux (*aeree*) pour exploiter ses canaux télévisuels, radiophoniques, satellitaires et sa plateforme numérique : Information, Technologie et Production, Finances et Planification, Publicité et Commercialisation, ainsi qu'un domaine « Corporate » assurant la direction et la coordination du groupe. Elle a également constitué des sociétés filles pour gérer certaines activités spécialisées : *Rai Pubblicità* sert de régie publicitaire pour l'ensemble des canaux de diffusion ; *Rai Com* gère la distribution des produits et des droits sur les productions de la RAI pour le monde entier pour tous les supports ; *Rai Cinema* a une double fonction : l'acquisition et la gestion des droits d'utilisation et de diffusion d'œuvres cinématographiques, télévisuelles et multimédias, d'une part, la production cinématographique dans l'optique de soutenir le secteur italien du cinéma, d'autre part ; *Rai Way* gère, entretient et développe le réseau de transmission et de diffusion du groupe. Elle peut aussi apporter son expertise à des clients privés qui souhaitent développer leurs propres réseaux.¹

En **Espagne**, le service public de l'audiovisuel a été refondé en 1980 après la transition démocratique². La radio et la télévision y sont définies comme des services publics essentiels à la charge de l'État. La gestion directe des services publics de radiodiffusion et de télévision fut alors confiée à la personne publique (*ente público*) RTVE. En 2006, le législateur espagnol transforma profondément l'organisation et le mode de gestion du service public en créant une société, la *Corporación Radio y Televisión Española* (CRTVE ou RTVE) pour remplacer l'*Ente público RTVE*.³ Il n'y a pas de concession proprement dite, mais la loi charge directement l'entreprise de la gestion du service public et des mandats-cadre approuvés par le Parlement en fixent les objectifs.

¹ En outre, la RAI a constitué avec Mediaset, le pôle média du groupe de Silvio Berlusconi, Telecom Italia et d'autres acteurs de la radio-télévision, y compris au niveau local, une société à responsabilité limitée, Tivù, qui gère le bouquet satellitaire gratuit permettant aux usagers de bénéficier par satellite de l'offre de la télévision numérique terrestre (TNT), même dans les zones où cette technologie n'est pas disponible.

² Ley 4/1980 de estatuto de la radio y la televisión, du 10 janvier 1980.

³ Ley 17/2006 de la radio y la televisión de titularidad estatal, du 5 juin 2006.

La CRTVE est constituée comme une société anonyme dont l'intégralité du capital social est propriété de l'État. La société est indépendante de tout gouvernement, parti ou entreprise, afin de garantir la véracité, la pluralité et l'objectivité des informations.¹

En matière de structuration interne, la CRTVE peut constituer ou participer au capital de toutes sortes de sociétés commerciales dont l'objet social est lié à ses activités et à ses missions de service public. L'acquisition ou la perte de la participation majoritaire, directe ou indirecte, de la CRTVE dans le capital social de ces sociétés nécessite l'autorisation préalable du Conseil des ministres. De fait, elle exerce sa mission de service public à travers deux filiales : *Televisión Española* (TVE) et *Radio Nacional de España* (RNE). En outre, la loi prévoit que, pour mener à bien la mission de service public, la CRTVE s'appuie sur une structure territoriale qui permet de fournir des contenus régionalisés et de contribuer à la cohésion territoriale (péninsule, îles et outre-mer). Par ailleurs, les décrochages seront diffusés dans la langue propre des communautés autonomes.²

Depuis 2012³, le conseil d'administration de la CRTVE⁴ est formé par neuf membres élus par le parlement espagnol, à raison de cinq par la Chambre des députés et de quatre par le Sénat. Les candidats comparaissent lors d'une audition publique devant chaque assemblée. L'élection au premier tour de scrutin requiert la majorité des deux tiers de l'assemblée. Après un délai de 24 heures suivant un premier vote infructueux, un vote à la majorité simple suffit. Le mandat des conseillers est de six ans sans renouvellement possible. Le CA se renouvelle par moitié tous les trois ans. Le régime des incompatibilités encadrant le mandat des membres du CA est strict. On notera en particulier qu'il est expressément interdit aux parlementaires. Le président de la RTVE est nommé par la Chambre des députés parmi les membres du CA.

Le CA de la CRTVE se transforme en assemblée générale (*junta general universal*) des sociétés de télévision (TVE) et de radio (RNE) avec la plénitude des pouvoirs et missions attribués à un tel organe par le droit des sociétés anonymes. Il nomme alors un administrateur unique pour chaque société filiale prestataire de service public.

Un conseil consultatif (*consejo asesor*) est institué comme organe de participation de la société civile à l'entreprise⁵. Il doit notamment assister par ses avis le conseil d'administration dans la définition des orientations générales de programmation de RTVE.

¹ Ley 17/2006, art. 5.

² Ley 17/2006, art. 7.

³ Real Decreto-Ley 15/2012 de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE (décret-loi royal modifiant la loi de 2006 an matière d'administration de la RTVE).

⁴ Ley 17/2006, art. 11 à 16.

⁵ Ses 16 membres sont issus de diverses institutions : le conseil économique et social, le conseil des consommateurs et usagers, le ministère des affaires étrangères, le conseil de la jeunesse d'Espagne, l'institut de la femme, les associations de personnes handicapées, les académies du cinéma et de la télévision, les associations représentatives de journalistes, ... (Ley 17/2006, art. 23.).

b) Le modèle néerlandais : faible intégration et délégation à des associations reflétant la société civile

L'organisation du système de l'audiovisuel public aux **Pays-Bas** est très originale. Aux termes de la loi sur les médias de 2008¹, significativement remaniée en 2016 sur la base d'un rapport de 2014 du Conseil pour la Culture², s'articulent une fondation centrale chargée de la direction et de la coordination, la *Nederlandse Publieke Omroep* (NPO), et une série d'associations reconnues chargées de la fourniture de contenus (*omroepvereniging*), qui jouent le rôle de sociétés de programmes autonomes. Ces organes sont placés sous la supervision du Commissariat pour les médias, autorité administrative indépendante chargée de la régulation du secteur, qui est responsable de l'application correcte de la législation.

Juridiquement, la fondation NPO est titulaire de la concession du service public audiovisuel, attribuée par décret royal.³ Elle assume la responsabilité première des missions du service public, dont elle garantit qu'il s'adresse à toutes les composantes de la société néerlandaise en conservant un caractère reconnaissable et distinct des chaînes privées. Elle gère les fonctions support et détermine en concertation avec les associations de contenus la grille des programmes, précisément quel programme produit et réalisé par quelle association reconnue sera diffusé sur un canal donné à une certaine heure. Elle est en charge également du sous-titrage des programmes et de la mise en œuvre des plateformes numériques à la demande reprenant l'offre globale de l'audiovisuel public. La réforme de 2016 a visé la consolidation de la NPO lui assignant une véritable fonction de centre de pilotage de l'audiovisuel public dans le but affiché d'œuvrer à la cohérence et la visibilité de l'offre, d'une part, d'optimiser les coûts et d'accroître l'efficacité économique, d'autre part.⁴

En tant que fondation de droit néerlandais, la NPO est une personne morale de droit privé régie par le code civil.⁵ Les fondations sont ordinairement établies par acte notarié et inscrites au registre du commerce. Elles ont un objet spécifique, mais peuvent poursuivre des fins commerciales. À la différence d'une association ou d'une société, une fondation n'a pas à proprement parler de membre, ni d'actionnaire. La NPO est placée sous l'autorité d'un conseil de surveillance, d'au plus 7 membres nommés par décret royal sur avis du ministre de la culture. Le conseil de surveillance nomme le président et les deux autres membres du conseil d'administration qui ont en charge la direction quotidienne de la fondation. Les mandats durent cinq ans renouvelables une fois.⁶

¹ *Mediawet 2008 du 29 décembre 2008.*

² *Raad voor Cultuur, De Tijd Staat Open - advies voor en toekomstbestendige publieke omroep, 2014. Le Raad voor Cultuur est un organe consultatif créé par la loi qui conseille le Gouvernement et le Parlement en matière de culture, d'art et de médias.*

³ *Mediawet 2008, Art. 2.19.*

⁴ *Brief van de staatssecretaris Dekker aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, "Implementatie wijziging Mediawet 2008", 15 septembre 2017.*

⁵ *Burgerlijk Wetboek, Livre 2, Titre 6.*

⁶ *Mediawet 2008, Paragraaf 2.2.1.2 Organisatie (Stichting NPO).*

Les programmes diffusés sur les canaux publics sont conçus et réalisés par les associations reconnues. Ce sont elles qui déterminent le contenu précis et concret des programmes et en assument la responsabilité éditoriale dans le cadre général défini par la loi sur les médias et le plan stratégique de concession de NPO. La particularité essentielle du modèle néerlandais est que l'audiovisuel public est directement ouvert sur la société civile. Les associations productrices de contenus correspondent à des courants de pensée qui structurent en piliers (*verzuiling*) la société néerlandaise depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Il y a ainsi des programmes élaborés par les piliers socialiste, libéral, catholique, protestant... comme ont été créés des journaux, des universités, des écoles, des clubs sportifs, etc. correspondant à chacun de ces piliers. C'est une condition essentielle dans le modèle néerlandais pour garantir le pluralisme et la participation du public. Le législateur pose toutefois des conditions strictes pour pouvoir devenir une association audiovisuelle ayant droit à du temps d'antenne sur les canaux de diffusion publics.

Pour pouvoir être reconnues pour cinq ans renouvelables par l'État par arrêté du ministre de la culture, les associations doivent :

- représenter un courant intellectuel, social ou religieux ;
- être financièrement saines sans dettes ;
- disposer d'au moins 150 000 adhérents payant une cotisation. Les adhérents doivent être des résidents néerlandais âgés de plus de 16 ans. La cotisation annuelle minimale est fixée à 5,72 euros. La part de temps d'antenne de chaque association dépend de son poids donc de son nombre d'adhérents ;
- donner l'opportunité à leurs membres de s'exprimer démocratiquement sur les programmes et sur l'association.¹

Le paysage des producteurs publics de contenus s'est simplifié au cours de la dernière réforme commencée en 2014. Leur nombre est explicitement limité à 8 acteurs pérennes². Deux d'entre eux sont des producteurs de contenus publics créés sous forme de fondations par la loi sur les médias : NOS qui est chargé de l'ensemble des programmes d'information en toute indépendance et NTR qui conçoit des documentaires et des programmes sur l'art, la culture, l'éducation et la société. Les 6 autres sont des associations reconnues par la loi ; les deux plus importantes, issues du regroupement chacune de deux associations, sont AVROTROS et BNN-VARA.

¹ *Mediawet 2008, art. 2.23 à 2.25 & 2.27. La loi néerlandaise prévoit aussi le cas des nouvelles associations qui débutent et ne peuvent remplir immédiatement toutes les conditions ; celles qui aspirent à la diffusion pérenne de leurs programmes sur les canaux publics peuvent bénéficier d'une reconnaissance provisoire dès lors qu'elles rassemblent au moins 50 000 membres et proposent une offre significativement différente des autres associations reconnues, par exemple en ciblant un public spécifique pour l'instant laissé de côté (art. 2.26).*

² *À ces 8 acteurs pérennes sur les contenus, s'ajoutent 3 associations bénéficiant d'une reconnaissance temporaire qui se sont toutes affiliées à un des acteurs pérennes.*

c) *L'adaptation des statuts du service public dans les États fédéraux (Allemagne, Suisse, Belgique)*

Dans les pays fédéraux, l'organisation du service public audiovisuel reflète la structure des pouvoirs publics et demande une conciliation entre l'unité de l'État fédéral et la diversité des entités fédérées.

En **Allemagne**, le service public de l'audiovisuel est composé de l'ARD, la ZDF et Deutschlandradio. On se concentrera sur l'organisation très originale de la première, l'*Arbeitsgemeinschaft der Öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland*, dont le nom exprime assez bien la mission puisqu'il s'agit d'une communauté de travail des établissements de diffusion radiotélévisée de droit public d'Allemagne. L'ARD est un organisme de droit public sans personnalité juridique composé de neuf radiodiffuseurs régionaux publics indépendants, auxquels s'ajoute Deutsche Welle, le service fédéral à vocation internationale. L'ARD diffuse la première chaîne de télévision nationale quand parallèlement la ZDF, diffuseur intégré fédéral a la responsabilité de la deuxième chaîne. Certains programmes de la première (*Das Erste*) sont centralisés dans des rédactions fédérales de l'ARD, d'autres sont issus de la collaboration des différents diffuseurs régionaux. L'ARD et la ZDF diffusent ensemble dans tous les Länder les chaînes de télévision 3sat,¹ Arte, PHOENIX,² KI.KA.³

Un tissu normatif complexe croisant des lois des Länder, des traités internes à la fédération entre Länder et des lois fédérales régit l'ensemble de l'ARD et des diffuseurs radiotélévisés régionaux. Les neufs opérateurs régionaux⁴ sont de taille et de moyens très divers. Certains sont installés dans un seul Land (Bavière, Brême, Hesse, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Sarre), d'autres en couvrent plusieurs (Hambourg, Basse-Saxe, Schleswig-Holstein et Mecklembourg-Poméranie Occidentale pour NDR par exemple). Leur gouvernance est organisée selon les mêmes principes autour d'un conseil de diffusion (*Rundfunkrat*⁵), d'un conseil d'administration (*Verwaltungsrat*) et d'un directeur exécutif (*Intendant*).

¹ 3sat : chaîne diffusant principalement des émissions culturelles.

² PHOENIX : chaîne diffusant principalement des documentaires et transmettant les séances du Bundestag.

³ KI.KA : chaîne pour enfants.

⁴ Bayerischer Rundfunk, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk.

⁵ À la ZDF, le même organe s'appelle le conseil de télévision (*Fernsehrat*).

Le conseil de diffusion représente la collectivité, contrôle la programmation et nomme le directeur exécutif sur la proposition du conseil d'administration¹. Le nombre de membres varie², de même que la composition, même si en général y figurent des représentants des confessions religieuses, des syndicats de salariés et patronaux, ainsi que des parlementaires régionaux. Le mandat dure de 4 à 6 ans selon les diffuseurs. Le conseil d'administration a des responsabilités de supervision financière (budget et comptes) et de surveillance de la direction exécutive à laquelle est confiée la bonne marche de l'établissement. La composition et la nomination du conseil d'administration varient fortement entre diffuseurs (membres de droit, représentants du gouvernement régional, clef de répartition géographique des membres pour les diffuseurs pluri-Länder, rôle du conseil de diffusion dans la nomination). La marge de manœuvre des directeurs exécutifs est restreinte par l'importance des compétences du conseil de diffusion et du conseil d'administration mais il demeure l'organe exécutif principal qui a notamment la charge de la programmation. Ils jouent un rôle important au niveau de l'ARD. Leur mandat est compris généralement entre 4 et 6 ans.³

La structure et la gouvernance de l'ARD sont définies dans une charte valant statut dont la dernière version date de 2014⁴. Les tâches de la communauté de travail sont essentiellement la poursuite des intérêts communs des diffuseurs régionaux et la collaboration en matière de programmes et sur les questions juridiques, techniques et économiques. Les directeurs exécutifs des opérateurs régionaux représentent leur établissement au sein de l'ARD. Le président de l'ARD est nommé parmi eux pour un an renouvelable. Dans les faits, ce système assure une présidence tournante tous les deux ans entre les différents diffuseurs régionaux. En 2018 a été élu à la tête de l'ARD, le directeur exécutif de BR, l'opérateur bavarois. Le président est assuré par un secrétaire général nommé pour un mandat de cinq ans par les directeurs exécutifs à la majorité des deux tiers.⁵ Le statut de l'ARD prévoit également un organe de surveillance, la conférence des présidents de comités⁶, composée des présidents des conseils de diffusion et d'administration de chaque opérateur membre.⁷ Elle conseille les directeurs exécutifs sur les questions stratégiques, d'organisation et de programmation. Elle assure la coordination « fédérale » entre les conseils des « opérateurs fédérés » en particulier pour mettre au point les règlements financiers à partir des positions de chaque membre.

¹ À la SWR (Rhénanie-Palatinat et Bade-Wurtemberg), le conseil d'administration et le conseil de diffusion votent en assemblée plénière pour élire le directeur exécutif.

² De 26 membres à Radio Bremen jusqu'à 74 membres à la SWR. La NDR et la SWR qui couvrent plusieurs Länder prévoient des sous-comités du conseil de diffusion par Land.

³ À la HR, au maximum 9 ans.

⁴ *Satzung der ARD, des 9 et 10 juin 1950 (version du 8 avril 2014).*

⁵ *Satzung ARD, § 3.*

⁶ *Die Konferenz der Gremienvorsitzenden (GVK).*

⁷ Depuis janvier 2018, son président est un prêtre catholique, président du conseil de diffusion de BR.

Les décisions sont prises au sein de l'ARD en principe par l'assemblée des membres (*Mitgliederversammlung*) soit en réunions de travail avec les seuls directeurs exécutifs, soit en assemblée générale où participent également les présidents des conseils de diffusion et d'administration de chaque opérateur. Les décisions sont prises selon les domaines à la majorité simple ou à la majorité des deux tiers. Les votes sont pondérés selon l'importance de l'opérateur régional.¹

En **Suisse**, conformément à la Constitution, la législation sur la radio et la télévision relève de la compétence de la Confédération.² L'audiovisuel public suisse est incarné par la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SRG SSR), investie, dès l'origine en 1931, d'une fonction d'intégration et de rapprochement des différents diffuseurs régionaux et conçue comme un outil de cohésion nationale.

La SSR est une association de droit privé régie par le droit des sociétés anonymes. Elle est également liée par la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 24 mars 2006 et par l'ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV) du 9 mars 2007. Son statut d'association privée est pensé comme un moyen de la soustraire aux pressions des sphères politiques et économiques, pour respecter la constitution suisse qui dispose que « *l'indépendance de la radio et de la télévision ainsi que l'autonomie dans la conception des programmes sont garanties*³ ».

Le 28 novembre 2007, le Conseil fédéral a octroyé à la SSR une concession d'une durée de 10 ans. Le 16 août 2017, le Conseil fédéral a prolongé cette concession d'un an, jusqu'au 31 décembre 2018. Ce délai doit permettre l'adoption d'une nouvelle loi sur les médias électroniques, qui prendrait en compte le fait que les programmes sont suivis de manière croissante sur internet, et non plus sur des supports tels que la télévision ou la radio.

Selon les termes du Conseil fédéral, l'organe exécutif de la Confédération, l'audiovisuel public suisse « *repose sur une organisation institutionnelle qui tient compte de la structure fédérale de la Suisse, avec des sociétés régionales juridiquement autonomes dans chaque région linguistique. En Suisse alémanique et en Suisse romande, ces sociétés se subdivisent elles-mêmes en sociétés membres.* »⁴

¹ *Satzung ARD, §4. Les deux petits opérateurs de Brême et de la Sarre n'ont qu'une voix, tandis que le plus gros, WDR en Rhénanie-du-Nord-Westphalie a quatre voix.*

² *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 93 al. 1.*

³ *Constitution suisse, art. 93, al. 3.*

⁴ *Conseil fédéral de la Confédération suisse, Rapport d'analyse de la définition et des prestations du service public de la SSR compte tenu de la position et de la fonction des médias électroniques privés, 17 juin 2016 p. 45.*

Pour en appréhender correctement la structure, il faut prendre garde à certains risques de confusion. En vertu de la loi fédérale et de la concession, l'association SSR diffuse des offres audiovisuelles pour remplir un service d'utilité publique.¹ Pour remplir cette mission, l'association SSR a constitué une entreprise qu'elle gère selon les règles du droit des sociétés anonymes. Le sigle SSR peut désigner à la fois l'association, elle-même composée de sociétés régionales, et l'entreprise, créée par l'association et comprenant des unités régionales. Cette entreprise est en effet composée d'une unité consacrée à un service international Swissinfo (SWI) et de quatre unités d'entreprises régionales réparties en fonction des régions linguistiques :

- Radio Télévision suisse (RTS), francophone ;
- Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), germanophone ;
- Radiotelevisione svizzera di lingua italiana (RSI), italophone ;
- Radiotelevision Svizra Rumantscha (RTR), en romanche.

Elle dispose également de filiales dont la plus importante est *Technology and Production Center Switzerland (TAC AG)*, qui est chargée de l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation, à la publication et à la gestion des productions de l'unité germanophone et qui n'a pas d'équivalent sous forme de société anonyme indépendante pour les autres unités linguistiques.

L'association SSR a formé quatre sociétés régionales correspondant aux régions linguistiques suisses. Elles sont comme une déclinaison régionale de l'association fédérale SSR comme, en miroir, les unités d'entreprise régionales déclinent l'entreprise fédérale. Chacune de ces sociétés régionales dispose d'un statut régional qui lui est propre. Les sociétés régionales sont censées assurer l'ancrage de l'entreprise dans la société et participer à son développement. Elles prennent connaissance des rapports annuels des unités d'entreprise de la région et disposent du droit d'être informées. Elles assurent le suivi des programmes et exercent une influence sur leur orientation et leur qualité. Elles mènent et promeuvent le débat public sur les principes et le développement du service public audiovisuel. Au sein de chaque société régionale, un conseil du public, représentatif et consultatif, garantit l'échange entre le public et les responsables des programmes. Il soutient l'activité programmatique par des constatations, des suggestions et des propositions. Un organe de médiation recueille les réclamations liées à l'offre.²

¹ Loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 24 mars 2006, art. 23.

² Statuts de la SSR, art. 4.

La gouvernance de l'association SSR est organisée autour d'un conseil d'administration, d'une assemblée des délégués ainsi que de quatre sociétés régionales. Le CA est composé de 9 membres (4 présidents des sociétés régionales, 3 membres désignés par l'assemblée des délégués et 2 membres désignés par le Conseil fédéral)¹. Il pilote l'association et porte la responsabilité du respect des dispositions de la concession. L'assemblée des délégués, qui constitue l'organe suprême de la SSR², est composée de 41 membres au total, dont 31 représentants des sociétés régionales élus par celles-ci.³ Elle élit notamment le président de la SSR, ainsi que trois membres du conseil d'administration. L'assemblée des délégués valide également les propositions de la SSR au Conseil fédéral concernant les révisions de la concession⁴.

En **Belgique**, la réforme de la Constitution en 1970 a consacré le principe de l'autonomie culturelle. Ont ainsi été instituées trois communautés culturelles : la communauté française, la communauté néerlandaise et la communauté allemande. Cette réforme a intégré le domaine de l'audiovisuel aux compétences des communautés. Pour tenir compte du caractère à la fois fédéral et plurilingue du pays, il existe en Belgique trois entreprises publiques autonomes: la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), la *Vlaamse Radio en Televisieomroeporganisatie* (VRT, tournée vers la Communauté néerlandaise) ainsi que le *Belgischer Rundfunk* (BRF, tourné vers les germanophones). La présente étude se concentre sur la RTBF.

Le décret portant statut de la RTBF⁵ lui a octroyé le statut d'entreprise publique autonome à caractère culturel. Ce décret a été modifié pour la dernière fois en 2015⁶. Chargée d'une mission de service public, « l'entreprise arrête librement le programme de ses émissions et les modalités de leur exécution » ; elle est « responsable de sa programmation et assure la maîtrise éditoriale de l'information ». ⁷ Cette autonomie distingue le modèle belge du modèle suisse ou du modèle allemand ; il n'existe pas en Belgique de holding nationale telle que la SSR en Suisse, ni de communauté de travail complexe comme l'ARD en Allemagne. Chaque communauté culturelle est parfaitement autonome dans la détermination de ses programmes, sous réserve qu'elle respecte le contrat de gestion qui la lie à sa Communauté.

¹ Statuts de la SSR, art. 9.

² Statuts de la SSR, art. 5 al. 1.

³ Leur nombre varie en fonction du poids de chaque communauté linguistique.

⁴ Statuts de la SSR, art. 6.

⁵ Décret de la communauté française du 14 juillet 1997.

⁶ Décret de la communauté française du 29 janvier 2015.

⁷ Décret 1997, statuts de la RTBF art. 1^{er} & 2.

La gouvernance de l'entreprise est organisée autour d'un conseil d'administration (CA) et d'un administrateur général. Le CA est composé de 13 membres élus par le Parlement de la Communauté française pour la durée de la législature, soit 5 ans, à la proportionnelle des groupes politiques reconnus. Autrement dit, chaque groupe politique désigne un certain nombre de membres du CA en fonction de son poids. Les membres du CA doivent justifier de compétences spéciales, d'intégrité et d'une connaissance de la gestion publique. Il convient de signaler que les mandats politiques sont incompatibles avec la participation au conseil d'administration.¹ L'administrateur général est chargé de la gestion journalière de l'entreprise et de l'exécution des décisions du CA. Il est nommé pour six ans par le gouvernement au terme d'une procédure transparente : le CA propose un profil de poste et une lettre de mission ; le gouvernement lance un appel public à candidatures ; les candidats déposent un projet culturel et de gestion ; un collège d'experts externes désignés par le CA examine chaque dossier ; le CA présélectionne au plus 3 candidats qui sont auditionnés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; le gouvernement désigne l'administrateur général de la RTBF sur l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel.²

Des commissions consultatives sont mises en places au niveau central et au niveau de chaque centre régional de production pour donner des avis au CA au sujet des grilles de programmes et du contenu général des émissions.³

La RTBF exploite six radios, dont un canal international, et six chaînes de télévision, incluant la version belge d'Arte. Contrairement à la SSR suisse francophone, la RTBF connaît une véritable concurrence du domaine privé ; la RTBF capte en moyenne 22 % de l'audience, contre 25 % pour RTL-TVI⁴, laquelle échappe à certaines contraintes légales sur le territoire belge, notamment l'obligation d'investir dans la production belge, en ayant établi son siège au Luxembourg. Le même problème se pose d'ailleurs aux Pays-Bas où RTL diffuse également des chaînes de télévision en néerlandais.

Une réorganisation interne de la RTBF a été annoncée en janvier 2018. La nouvelle structure, qui entraîne la suppression de 10 des 22 postes de directeur actuels d'ici la fin 2018, sera articulée autour de trois pôles :

- le pôle contenu. Organisé autour de six unités thématiques, il sera responsable de la production de contenu pour toutes les plateformes. Les producteurs de contenus travailleront de manière transversale sans être attachés à un média particulier ;

¹ Décret 1997, *statuts de la RTBF*, art. 11 & 12.

² Décret 1997, *statuts de la RTBF*, art. 17. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est l'autorité administrative indépendante chargée de réguler le secteur audiovisuel au sein de la Fédération Wallonie-Bruxelles, autre nom de la Communauté française de Belgique. Il procède notamment au contrôle du respect par la RTBF de ses obligations.

³ Décret 1997, *statuts de la RTBF*, art. 20 & 21.

⁴ <https://www.letemps.ch/culture/europe-audela-radiosto-publiques-crise>

- le pôle média. Organisé autour de cinq départements (radio, télévision, sites web, application-players et réseaux sociaux), il sera chargé de la gestion des différentes plateformes de distribution des contenus ;
- les gestionnaires d'offres qui doivent veiller à ce que les émissions produites rencontrent les besoins et attentes des publics cibles en fonction de leur mode de consommation média.¹

2. Missions de service public et encadrement de l'offre de contenus

Dans tous les pays, la définition de l'offre garantie obligatoirement par le service public audiovisuel est un élément essentiel de différenciation avec les chaînes privées, mais elle donne lieu à de très amples développements allant des considérations les plus larges et générales aux prescriptions les plus minutieuses. On en retiendra les éléments saillants plutôt que de parcourir des listes fastidieuses.

Il convient de souligner que partout le service public doit s'adapter aux nouveaux modes de consommation, se déployer sur des supports numériques (interne et mobile), préserver sa capacité à produire une information rigoureuse et indépendante et accroître son soutien à la production de cinéma et de télévision.

Au **Royaume-Uni**, la mission et les buts d'intérêt général que poursuit la BBC ont été réécrits lors de la réforme de 2016 dans la perspective de « réinventer » la BBC pour la prochaine génération. Elle a pour mission de servir tous les publics en mettant à leur disposition une offre et des services impartiaux, distinctifs et de haute qualité qui informent, éduquent et divertissent. Elle poursuit pour l'accomplissement de sa mission 5 buts d'intérêt général :

- fournir une information impartiale permettant de comprendre le monde contemporain pour s'y impliquer comme citoyens actifs ;
- soutenir la formation et l'éducation à tout âge ;
- manifester le plus de créativité possible avec l'ambition d'être un modèle au niveau international ;
- refléter, représenter et servir les communautés très diverses qui composent les nations et les régions du Royaume-Uni ;
- projeter dans le monde la culture britannique et ses valeurs de précision, d'impartialité et d'équité notamment par une couverture de l'information pour un public international.²

¹ J.F. Munster, "Les trois piliers de la nouvelle RTBF", *Le Soir*, 8 janvier 2018.

² *Royal Charter*, décembre 2016, sections 5 - 6.

Parmi les priorités stratégiques que s'est fixée la BBC pour les prochaines années, il convient de mettre l'accent sur l'ambition internationale, la refonte de la production de contenus créatifs et la poursuite du déploiement numérique.¹

La BBC se positionne d'emblée comme un acteur du marché des médias global avec un fort pouvoir de marque, aussi bien en matière de programmes de fiction que d'information et de débats. La croissance du service international BBC World Service sera soutenue avec un objectif de 500 millions d'utilisateurs en 2022 et un élargissement de son portefeuille de prestations à 12 nouvelles langues, avec un investissement accru dans les zones à déficit démocratique pour renforcer la position du Royaume-Uni dans le monde.

La filiale commerciale de distribution et de vente de droits à l'étranger, la BBC Worldwide Ltd, a pour objectif de générer 1,2 milliard de livres² de revenus sur la période 2017-2022, soit 15 % de plus que sur le précédent quinquennat. Cette filiale a été fusionnée le 1^{er} avril 2018 avec la nouvelle société commerciale *BBC Studios Ltd*, que la réforme de 2016 a créée en filialisant les départements internes de production de la BBC.

Aux termes du *Communications Act* de 2003 dont les dispositions pertinentes sont reprises dans le nouvel accord-cadre conclu avec le gouvernement britannique, la BBC doit réserver au moins 25 % du temps d'antenne total à la diffusion d'un éventail divers de productions indépendantes. Sur 2016-2017, elle a travaillé avec 54 nouveaux producteurs indépendants et a globalement financé à hauteur de 433 millions de livres le secteur indépendant.³ En outre, elle doit s'engager à garantir la libre concurrence en matière de fourniture de contenus entre ses propres producteurs, qu'ils dépendent d'une régie interne ou d'une filiale, et les producteurs indépendants. Progressivement, d'ici au 31 décembre 2027, date d'expiration de la Charte royale, la production de tous les contenus hors information diffusés sur un de ses canaux de télévision ou en ligne doit être ouverte à la concurrence. Elle publie un code de conduite encadrant sa pratique de commande (*commissioning*) qui doit être équitable, raisonnable, impartiale et transparente. L'Ofcom, en tant qu'autorité de régulation, s'assure du respect de ces principes.⁴

¹ BBC Annual Report and Accounts 2016/17.

² Environ, 1,39 milliard €.

³ Environ 500 millions €. Cf. BBC Annual Report and Accounts 2016/17, p. 17.

⁴ Agreement between Her Majesty's Secretary of State for Culture, Media and Sport and the BBC, décembre 2016, sections 6-8.

Concernant le numérique, la BBC a budgété 215 millions de livres¹ dans son budget 2018 pour soutenir ses services en ligne et sur mobile. Elle a l'ambition de faire croître l'audience du *BBC iPlayer*, sa plateforme de vidéo à la demande, utilisée par 6 millions d'utilisateurs par semaine. L'objectif est de doubler son public et de quadrupler le temps que chaque personne passe sur ce service. Depuis 2017, une inscription préalable est requise des utilisateurs sur internet et via l'application mobile, ce qui permettra de constituer une base de données pour mieux comprendre les attentes du public et de personnaliser les services offerts. Le service *BBC News Online* est la source d'informations la plus utilisée au Royaume-Uni sur internet et via l'application mobile avec 14 millions d'utilisateurs chaque semaine. La BBC souhaite encore en enrichir le contenu notamment sur mobile et en mettant l'accent sur le « *slow news* », des analyses critiques fouillées pour dépasser l'instantanéité de l'événement.²

Aux **Pays-Bas**, la réforme de 2016 qui a débouché sur une nouvelle version de la loi sur les médias avait pour axe essentiel une différenciation accrue de l'offre de contenus du service public et l'accroissement de la compétition pour la fourniture de programmes. Elle a été déclinée dans le plan stratégique quinquennal 2016-2020 (*concessiebeleidsplan*) de NPO et dans le contrat de service 2017-2020 (*prestatieovereenkomst*) conclu avec le ministère de la culture et le Commissariat pour les médias.³

L'offre du service public doit être, aux termes de la loi, équilibrée, plurielle, variée, de haute qualité et se reconnaître par une nette différence de forme et de contenu avec les chaînes commerciales, en visant la satisfaction des besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société néerlandaise. Elle doit être déployée sur l'ensemble des canaux de diffusion disponibles télévisés, radiophoniques et numériques en se concentrant sur les trois domaines de l'information, de la culture et de l'éducation. Le divertissement ne fait plus partie du cœur de sa mission et n'est plus censé être utilisé que comme moyen pour atteindre un but informatif, culturel ou éducatif en touchant un public large et divers.⁴

¹ Environ 250 millions €.

² *BBC Annual Report and Accounts 2016/17*, pp. 20-21.

³ *Mediawet*, Paragraaf 2.2.1.4 *Concessie, beleidsplan en prestatieovereenkomst*.

⁴ *Mediawet*, art. 2.1. *Les valeurs propres au service public, ainsi que les critères pour juger de sa qualité (savoir-faire, innovation et originalité) sont développées dans le plan stratégique 2016-2020, point 3.1.*

Le contrat de service fixe des objectifs et des obligations de financement précises à l'audiovisuel public, sous la surveillance du Commissariat pour les médias. Concrètement, NPO s'est engagée à ce que 75 % au moins de l'offre télévisée sur l'ensemble de ses canaux soit d'origine néerlandaise.¹ Chaque année, elle devra tester à l'antenne au moins 30 nouveaux formats de programme télévisés et faire réaliser au moins 25 pilotes.² Conformément à la culture néerlandaise, le service public doit diffuser des émissions présentant différentes conceptions de la vie, religieuses et non-religieuses (*levensbeschouwelijke programmering*). Un budget garanti de 12 millions d'euros par an leur est consacré.³

En outre, NPO a constitué un fonds spécial pour la création, qui remplace partiellement, sur son propre budget, le fonds public pour les médias supprimé par le gouvernement néerlandais depuis le 1^{er} janvier 2017. Sur ce fonds, NPO doit consacrer 16,6 millions d'euros pour la production de fictions et de documentaires néerlandais de haute qualité et pour le développement des jeunes talents. Ainsi 3,3 millions d'euros sont consacrés au développement des talents et à des parcours de formation au sein de l'audiovisuel public (NPO, NOS, NTR et sociétés de programmes reconnues). Un programme spécifique de coaching de 20 potentiels DJ et présentateurs pour la radio est prévu. Elle s'est engagée à coproduire chaque année 16 longs métrages, 2 films de cinéma et 6 téléfilms au moins.⁴

En matière de développement de son offre numérique pour tenir compte de l'affaiblissement de la consommation linéaire, NPO est tenue de mettre à disposition du public gratuitement 90 % de son offre néerlandaise pendant au moins une semaine sur le portail NPO Start.⁵ À côté de cette offre de catch-up, est développée une offre à la demande payante avec des abonnements pour 2,95 euros par mois. Cette offre NPO Start Plus permet de visualiser les programmes sans coupure publicitaire, en haute définition et avec une profondeur temporelle importante (par exemple : toutes les saisons de séries néerlandaises). Une autre offre premium NLziet permet pour 7,95 euros par mois de bénéficier à la fois de NPO Start Plus et des programmes des chaînes privées des groupes RTL et SBS.

L'accroissement de la compétition pour la fourniture des programmes est obtenu en rompant le monopole de propositions de programmes dont disposaient les associations créatrices de contenus reconnues par l'État. Auparavant, les producteurs indépendants devaient présenter leurs projets à l'une des associations qui agissaient collectivement comme un filtre et disposaient de fait d'un veto sur les programmes venant de l'extérieur du système de l'audiovisuel public. Depuis la réforme de mars 2016, les

¹ *Prestatieovereenkomst NPO 2017-2020, point 13.*

² *Prestatieovereenkomst NPO 2017-2020, points 31 & 32.*

³ *Prestatieovereenkomst NPO 2017-2020, points 24 & 25.*

⁴ *Prestatieovereenkomst NPO 2017-2020, points 14 à 17.*

⁵ *L'offre catch-up/on-demand est développée dans le plan stratégique 2016-2020 (point 3.3) et fait l'objet du point 30 du contrat de service.*

producteurs indépendants et parties tierces pourront court-circuiter les associations de programmes et proposer directement leurs idées et leurs projets à NPO, la fondation chapeau chargée du pilotage et de la coordination du système audiovisuel public. Depuis la réforme de 2016, NPO peut désormais de sa propre initiative faire produire directement des programmes sur la base d'une proposition émanant d'un tiers indépendant du système de l'audiovisuel public.¹ Pour recevoir ces propositions extérieures de programmes, la NPO a installé un guichet numérique NPO Pitch sur son portail internet. Cette application est d'abord destinée aux professionnels mais un module séparé est aussi prévu pour collecter les idées des non-professionnels. Le gouvernement néerlandais attend de cette mesure destinée à accentuer la concurrence un renouvellement des programmes et plus de créativité, mais aussi sans doute une baisse des coûts.

En outre, le gouvernement néerlandais a également souhaité intensifier la concurrence interne au sein de l'audiovisuel public entre les associations reconnues agissant comme sociétés de programme. La réforme de 2016 de la loi sur les médias a notamment abrogé les garanties de temps d'antenne et de placement de leurs programmes dont elles bénéficiaient. Elles ne sont donc plus assurées que leurs programmes seront diffusés. Cette transformation va de pair avec le renforcement du rôle de direction et de coordination de la fondation chapeau NPO. Au niveau organisationnel, les décisions de programmation seront prises différemment, sans plus nécessairement de rédaction fixe chargée de la programmation par diffuseur mais de façon transversale. Des coordinateurs de programme par genre devraient être nommés par NPO avec le mandat de prendre les décisions de programmation dans leur domaine en comparant les offres des associations reconnues.²

Les missions du service public audiovisuel en **Italie**, qui comprend expressément un volet multimédias depuis la réforme de 2015, sont longuement décrites et déclinées en objectifs et en obligations pour la Rai dans la loi, dans la convention de concession décennale et dans les contrats de service quinquennaux. Le législateur italien assigne comme finalités à la programmation de la Rai dans sa globalité, quels qu'en soient le canal et le média, de favoriser l'instruction, le développement de la société civile et le progrès social, de promouvoir la langue et la culture italienne, de préserver l'identité nationale et d'assurer des prestations d'utilité sociale.³

¹ *Mediawet Art. 2.54 § 2.*

² *Brief van de staatssecretaris Dekker aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, "Implementatie wijziging Mediawet 2008", 15 septembre 2017.*

³ *DL Tusmar 177 / 2005, art. 7 §4.*

Le contrat de service 2018-2022 porte de nouvelles ambitions pour la Rai notamment sur le versant technologique et l'internationalisation, sans lever toutes les incertitudes sur les ressources et sur la réorganisation. Parmi les principes qui guident l'offre de service public, on peut relever l'accent mis sur les principes d'impartialité, d'indépendance et de pluralisme, sur le souci de rassemblement inclusif de la société dans sa diversité, sur la promotion d'une culture de la légalité et du sens civique, sur l'alphabétisation numérique et la diffusion des technologies, sur la valorisation de l'Italie à l'étranger.¹

Parmi les nouvelles obligations spécifiques de service², on peut relever :

- l'ouverture d'un canal en langue anglaise, visant la promotion des valeurs et de la culture italienne, avec des émissions d'information et la production de programmes originaux ;
- la fourniture en streaming à la demande d'au moins 90 % de l'offre télévisée et radiophonique linéaire sur Raiplay.it ;
- la lutte contre les *fake news* avec l'institution d'un observatoire interne permanent et des formations continues internes au respect scrupuleux du *fact checking* ;
- le sous-titrage d'au moins 85 % de la programmation des canaux généralistes entre 6h et minuit, et en particulier toutes les éditions des journaux télévisés de la mi-journée et du soir ;
- l'élaboration d'un projet de canal thématique dédié aux institutions ;
- la production d'émissions pour les minorités linguistiques.³

En matière d'information, la Rai est tenue de présenter au premier semestre 2018 un plan de réorganisation qui peut prévoir la redéfinition du nombre de rédactions (*testate giornalistiche*) ainsi que la replanification (*riprogettazione*) et le renforcement de l'offre d'information sur internet. C'est délibérément une formulation imprécise mais qui laisse envisager une réduction des effectifs et un redimensionnement de l'offre informative. Toutefois, reste inscrit dans le contrat national de service le principe que « *la Rai assure l'information publique nationale ainsi que régionale à travers une présence dans chaque région de rédactions propres, en interaction avec la réalité culturelle et productive des territoires.* »⁴ L'importance des centres de production de Rome, Milan, Naples et Turin est expressément soulignée.

¹ *Contratto nazionale di servizio 2018-2022 tra il ministero dello sviluppo economico e la Rai - Radiotelevisione italiana S.p.a., publié au bulletin officiel n° 55 du 7 mars 2018, art. 2.*

² *Contrat de service 2018-2020, art. 25.*

³ *Français dans le Val d'Aoste, allemand et ladin dans le Trentin-Haut-Adige, frioulan et slovène dans le Frioul-Vénétie julienne et sarde en Sardaigne.*

⁴ *Contrat de service 2018-2020, art. 6 §4.*

Le contrat de service prévoit l'application des nouvelles règles légales entre producteurs et diffuseurs.¹ En 2017, la réforme Franceschini des quotas de programmation et d'investissements réservés aux productions européennes et italiennes a renforcé les obligations de tous les diffuseurs nationaux en Italie, mais plus encore de la Rai. *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Agcom), l'autorité administrative indépendante, chargée de la régulation du secteur des télécommunications et des médias, est chargée de prendre toutes les mesures réglementaires supplémentaires pour préciser l'interprétation des obligations légales. Elle contrôle leur application et sanctionne leur violation.

Obligations en matière de production nationale et indépendante en Italie depuis la réforme de 2017

	Rai	Chaînes privées
Programmation obligatoire	<ul style="list-style-type: none"> • 2 œuvres italiennes par semaine en soirée (18h-23h) sur chaque canal télévisé² • de 54 % en 2019 à 60 %³ en 2021 des fictions diffusées au moins doivent être des productions européennes • 50 % du quota européen au moins est réservé à des productions italiennes 	<ul style="list-style-type: none"> • 1 œuvre italienne par semaine en soirée (18h-23h) sur chaque canal télévisé • de 54 % en 2019 à 60 % en 2021 des fictions diffusées au moins doivent être des productions européennes • un tiers du quota européen au moins est réservé à des productions italiennes
Investissements obligatoires	<ul style="list-style-type: none"> • de 15 % en 2018 à 20 % en 2020 des recettes (publicité+redevance) pour l'acquisition ou la production d'œuvres européennes, dont 5/6 de producteurs indépendants • un sous-quota de 3,6 % en 2018 à 5 % en 2021 des recettes pour le cinéma italien (au sein du quota européen) • un sous quota de 5 % pour la réalisation par des producteurs indépendants de films d'animation pour les enfants (au sein du quota européen) 	<ul style="list-style-type: none"> • de 10 % en 2018 à 15 % en 2020 des recettes (publicité) pour l'acquisition ou la production d'œuvres européennes, dont 5/6 de producteurs indépendants • un sous-quota de 3,2 % en 2018 à 4,5 % en 2021 des recettes pour le cinéma italien (au sein du quota européen)

¹ DL Tusmar 177 / 2005, art. 44 à 44 septies.

² Plus précisément, l'article 44 bis du DL Tusmar revu en 2017 prévoit que sur la Rai, 12 % du temps d'antenne hebdomadaire entre 18 h et 23 h (après exclusion du temps consacré aux informations, à la publicité, aux événements sportifs) est consacré à des œuvres italiennes (fictions, animation, documentaire ou autres œuvres culturelles inclus le théâtre filmé), dont la moitié à du cinéma. Les chaînes privées doivent 6 % de leur temps hebdomadaire au même horaire, sans obligation particulière pour le cinéma. Pour simplifier, cela représente 2 œuvres originales italiennes par semaine en soirée et une pour les chaînes privées sur chaque canal.

³ Pourcentage apprécié sur une base annuelle.

La presse italienne¹ a noté que rien n'était prévu dans le contrat national de service sur les conflits d'intérêts des personnels de la Rai, agents du spectacle et producteurs d'émissions notamment, contrairement à l'avis consultatif de la Commission parlementaire de surveillance. Il semble que la Rai et le ministère italien aient préféré par prudence ne pas prévoir de dispositions contre les conflits d'intérêts dans le contrat de service en attendant les règles que prendraient l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Agcom). En effet, le décret législatif Fransceschini² poursuivant la réforme du cinéma et de l'audiovisuel a confié fin 2017 à l'Agcom la mission de déterminer les mesures permettant de renforcer la concurrence sur le marché et d'adopter les règles permettant d'éviter les conflits d'intérêts entre producteurs et agents et de stimuler le pluralisme des lignes éditoriales. L'Agcom pourra prendre des sanctions économiques contre les contrevenants à ces nouvelles règles.

L'audiovisuel à la charge de l'État en **Espagne** est décrit par la loi comme un service essentiel pour la communauté et la cohésion des sociétés démocratiques. Son objectif est de produire, d'éditer et de diffuser sur un ensemble de chaînes de radio et de télévision des programmations diverses et équilibrées, visant tout type de public et recouvrant tous les genres, qui sont destinées à satisfaire le besoin d'information, de culture, d'éducation et de divertissement de la société espagnole. Il a également pour but de défendre l'identité et la diversité culturelles de l'Espagne, de favoriser une information ouverte et objective, de promouvoir le pluralisme, la participation des citoyens, ainsi que les autres valeurs constitutionnelles, tout en garantissant l'accès au service des groupes sociaux et politiques significatifs.³

La mission de la CRTVE comprend la production de contenus, l'édition et la diffusion de canaux généralistes et thématiques, au niveau national et international. Les services de radio et de télévision doivent viser une couverture universelle du territoire national. La mission de service public doit également contribuer au développement de la société de l'information. De fait, la CRTVE doit participer au progrès technique, en utilisant les différentes technologies et voies de diffusion numériques, développer de nouveaux services connexes ou interactifs, susceptibles d'enrichir ou de compléter l'offre de programmation, mais également de rapprocher les différents organismes publics des citoyens.

¹ Par exemple, Andrea Biondi, « Rai, nodo risorse (e agenti) per il Contratto di Servizio 2018-2022 », *Il sole 24 Ore*, 12 janvier 2018.

² DL n° 204 du 7 décembre 2017.

³ Ley 17/2006, art. 2&3.

Les relations de la CRTVE sont contractualisées avec l'État. Le Parlement espagnol adopte des mandats-cadre dans lesquels sont fixés les objectifs généraux du service public. Ces mandats-cadre ont une validité de neuf ans. Les objectifs approuvés dans le mandat-cadre seront développés dans les contrats-programme conclus entre le gouvernement espagnol et la *Corporación RTVE*. Ces contrats fixent les obligations spécifiques que doivent respecter les différents canaux de diffusion pour trois ans. Toutefois, ce mécanisme s'est grippé avec la crise institutionnelle qui paralyse l'Espagne. Le dernier mandat-cadre date de 2007 et n'a pas été renouvelé en 2016 pas plus que les contrats-programme. Les derniers documents servent transitoirement de référence pour guider l'action du service public.

L'offre télévisée du service public espagnol est garantie par les six chaînes qui composent TVE. Les directives pour les différentes chaînes sont inscrites dans le mandat-cadre¹. La 1 et la 2 concernent l'offre généraliste de couverture nationale ; 24 horas, Teledeporte, Clan TV concernent l'offre thématique de couverture nationale.

Le positionnement des chaînes de télévision du service public en Espagne

La 1 se concentre principalement sur la diffusion d'informations et d'évènements à caractère informatif. Le domaine sportif fait également partie de la programmation de la chaîne, ainsi que le divertissement et la fiction. Les principaux évènements culturels ont été retransmis sur cette chaîne, tels que la remise des Prix Goya.

La 2 se concentre sur le cinéma, la divulgation et le divertissement (culture, musique, voyages, nature, environnement, documentaires, espaces religieux).

Teledeporte est la chaîne sportive de TVE. Elle retransmet de nombreux évènements sportifs, valorisant la pluridisciplinarité ainsi que les sports qui ont peu de visibilité dans les médias.

Canal 24 horas, est le seul canal télévisé d'information continue qui propose du contenu 24/24 en Espagne.

Clan est la chaîne à caractère éducatif destinée aux enfants de quatre à douze ans. Elle octroie une place importante aux campagnes d'alphabétisation médiatique afin de promouvoir une vie saine, la culture et la science, mais également l'enseignement numérique.

TVE International répond à la demande d'une audience internationale intéressée par la langue et la culture espagnoles.

Source : www.rtve.es

¹ Mandato-marco a la Corporación RTVE du 13 décembre 2007, art. 30.

Aux termes du mandat-cadre de 2007, la CRTVE a pour obligation de réaliser en production interne l'intégralité des programmes d'information, à caractère institutionnel et des contenus d'autopromotion. Elle doit réaliser en production interne 60 % du total des programmes d'actualités, de jeunesse, religieux et éducatifs au sens large. Elle doit réaliser en production interne 55 % du total des programmes de vulgarisation, sportifs, de fictions et séries, de magazines, de divertissement au sens large.¹

Depuis la loi sur la communication audiovisuelle de 2010, afin de promouvoir la diversité culturelle et linguistique, les diffuseurs privés et publics doivent réserver 51 % du temps d'émission annuel à des œuvres européennes, dont la moitié à des œuvres européennes en langue espagnole. Sont réservés 10 % du temps d'émission aux œuvres européennes de producteurs indépendants, dont la moitié produites dans les 5 dernières années. Le temps d'émission calculé pour ces œuvres ne comprend pas le temps d'information, d'évènements sportifs, de jeux, de publicité et de téléachat.

De plus, les diffuseurs doivent contribuer annuellement au financement de films de cinéma, téléfilms et séries télévisées, documentaires et films d'animation en y dédiant 5 % des revenus générés lors de l'exercice antérieur et figurant au compte d'exploitation. Cette part monte à 6 % pour la RTVE. Le financement peut prendre la forme d'une participation directe à la production ou de l'acquisition des droits d'exploitations des œuvres. 60 % au moins de l'obligation de financement pour les chaînes privées et 75 % pour la RTVE doit cibler le cinéma. De surcroît la RTVE doit consacrer au moins 12,5 % de son obligation de financement à des téléfilms ou à des miniséries pour la télévision. Dans tous les cas, 60 % du financement au moins doit être destiné à des productions dans une des langues officielles de l'Espagne.²

La réforme du financement de la RTVE en 2009 avait également donné lieu à la définition de nouvelles obligations de service public.³ Certaines sont en fait directement destinées à empêcher l'audiovisuel public d'aggraver sa situation financière difficile par des dépenses excessives dans certains programmes. Ainsi, la RTVE a interdiction de dédier plus de 10 % de son budget annuel d'approvisionnement, d'achats et de services extérieurs à l'acquisition des droits de diffusion d'évènements sportifs, à l'exception des Jeux Olympiques. Il lui est également interdit de diffuser sur ses plages horaires d'audience maximale, en général en première partie de soirée, plus de 52 grandes productions internationales par an sur l'ensemble de ses chaînes.

¹ Mandato-marco RTVE 2007, art. 34&35. L'obligation de réaliser en interne tous les programmes d'information résultait déjà de la loi 17/2006 (art. 7).

² Ley 7/2010 general de la comunicación audiovisual du 31 mars 2010.

³ Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión du 28 août 2009, art. 9. On peut citer par exemple, l'obligation de sous-titrer 90 % des programmes (pour arriver à 100 % si les moyens le permettent). Elle doit émettre au minimum 10 heures par semaine de programmes avec interprétation en langue des signes et 10 heures de programmes en audiodescription.

Afin de promouvoir la diversité et d'avoir la plus grande couverture géographique possible, la RTVE peut acquérir et diffuser des contenus audiovisuels produits dans les différentes communautés autonomes. Si ces émissions sont retransmises en langue co-officielle, elles doivent également l'être en castillan. De fait, dans les territoires avec une langue co-officielle (basque, catalan, galicien notamment), des versions doublées ou sous-titrées seront mises en place pour les programmes enregistrés relevant de la fiction, de l'animation et des documentaires.

En matière d'offre numérique, depuis sa création en 2008, le site www.rtve.es a mis en place plusieurs services pour ses usagers. Des portails « *Televisión a la carta* » et « *Radio a la carta* » mettent gratuitement à disposition des usagers tous les programmes de TVE et RNE. En particulier, sont offerts tous les contenus de la télévision publique des sept derniers jours et tous les épisodes de toutes les saisons des séries diffusées sur les antennes. Le direct des différentes chaînes est accessible via le site internet.

Parmi les autres développements, on peut citer le format « *Telediario en 4 minutos* », un résumé des journaux télévisés spécifique pour le site internet, une application pour téléphones mobiles et un service d'information en continu actualisé toutes les minutes. Grâce au service « *Botón Rojo* », les téléspectateurs peuvent profiter de tous les contenus de TVE depuis leur télévision « connectée », à tout moment, en cliquant sur un bouton rouge dédié de leur télécommande.

En mars 2018, la RTVE et les deux groupes de télévision privés Atresmedia et Mediaset España ont annoncé qu'ils préparaient le lancement d'une plateforme numérique, ouverte à tous les opérateurs de télévision numérique terrestre. Cette plateforme aurait pour but de réunir les contenus des trois groupes de communication.

En **Belgique**, un contrat de gestion, conclu tous les cinq ans entre la RTBF et la Fédération Wallonie-Bruxelles, détermine ses missions de service public en matière d'information, de développement culturel, de création audiovisuelle, d'éducation permanente ou de divertissement. Le premier contrat de gestion de la RTBF a été conclu le 14 octobre 1997. Ce contrat a été renouvelé en 2001, 2006 et 2012. Le contrat de gestion actuel, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013,¹ devait s'appliquer initialement jusqu'au 31 décembre 2017. La crise politique belge n'ayant pas permis l'adoption d'un nouveau contrat de gestion, le contrat de gestion 2013-2017 est prolongé jusqu'à la fin de l'année 2018. Si un accord était conclu sur un nouveau contrat de gestion, celui-ci trouverait à s'appliquer immédiatement en remplacement de l'actuel contrat de gestion.

¹ <http://ds2.ds.static.rtbef.be/article/pdf/cg-2013-2017-parution-au-moniteur-du-01-03-2013-1372145078.pdf>

La RTBF doit être « *au service de tous les publics* », créer du « *lien social au sein de la Fédération Wallonie-Bruxelles* » et contribuer à la « *construction d'une société démocratique et tolérante* ». Elle doit être « *crédible dans les choix de son offre de programmes ainsi que dans ses approches journalistiques, éducatives, culturelles et dans ses pratiques professionnelles* », et « *une référence, dans ses programmes, en matière d'éthique, de crédibilité, d'imagination, d'innovation, d'audace, d'excellence, de qualités technique, professionnelle, artistique et culturelle.* »¹

Au titre des modifications apportées par le dernier contrat de gestion en date, le CSA belge remarque notamment :

- une plus grande attention portée aux nouveaux médias ;
- la création d'un fonds de soutien à la presse, alimenté par la publicité générée par les contenus écrits du site d'information rtbf.be ;
- un soutien renforcé à la production de séries télévisées belges.²

En matière de soutien à la production pour la télévision, la RTBF est tenue d'affecter une partie de ses ressources à des contrats avec des producteurs audiovisuels indépendants de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Sa contribution ne peut être inférieure à 7,2 millions € en 2013, indexée annuellement.³ Elle est distribuée ainsi :

- 70 % minimum doivent être affectés aux « programmes de stock, tels que longs et courts métrages de fiction ou d'animation, fictions télévisées telles que téléfilms, séries et collections, et documentaires, web-fictions et web-documentaires » ;
- 20 % doivent être affectés à des webdocumentaires ;
- 25 % doivent être affectés à des séries belges francophones, locales et populaires.

Un Fonds spécial pour les séries belges a été créé en 2013 grâce à un partenariat entre la RTBF et la Fédération Wallonie-Bruxelles. Il est alimenté par le quota de 25 % précité et par 800 000 euros complémentaires versés par la Fédération Wallonie-Bruxelles

En **Suisse**, le cœur de la mission de l'audiovisuel public est inscrit dans la Constitution qui dispose que « *la radio et la télévision contribuent à la formation et au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement. Elles prennent en considération les particularités du pays et les besoins des cantons. Elles présentent les événements de manière fidèle et reflètent équitablement la diversité des opinions.* »⁴

¹ Quatrième contrat de gestion de la RTBF (2013-2017), approuvé par arrêté du gouvernement de la communauté française du 21 décembre 2012, art. 5.

² <http://csa.be/documents/1703>

³ 4^{ème} contrat de gestion de la RTBF, art. 12.3&12.4.2.

⁴ Constitution suisse, art. 93, al. 2.

L'offre proposée par la SSR reflète le plurilinguisme et le pluriculturalisme de la Suisse. La loi fédérale de 2006 précise le mandat constitutionnel en la matière en faisant obligation à la SSR de :

- fournir à l'ensemble de la population des programmes complets et de même valeur dans les trois langues officielles (allemand, français, italien), le cas du romanche étant traité à part ;
- promouvoir la compréhension, la cohésion et l'échange entre les différentes parties et communautés du pays, en tenant compte des besoins des cantons ;
- maintenir le lien avec les Suisses de l'étranger et promouvoir le rayonnement international de la Suisse à l'étranger.

Ce souci de la cohésion nationale et de la différenciation territoriale est le trait distinctif majeur de l'audiovisuel public suisse. Les autres missions qui lui sont assignées (information, éducation, divertissement, soutien à la création) convergent très exactement avec celles que l'on retrouve dans les autres pays et qui forme une forme de socle commun européen de l'offre publique.

Ainsi le législateur demande-t-il que la SSR contribue :

- à la libre formation de l'opinion en présentant une information complète, diversifiée et fidèle ;
- au développement de la culture et à la promotion de la création culturelle suisse, notamment en diffusant des émissions émanant de producteurs suisses indépendants et des émissions produites par la SSR elle-même¹ ;
- à la formation du public, via la diffusion régulière d'émissions éducatives ;
- au divertissement du public.² Ces exigences sont reprises et déclinées dans la concession de 2007.

¹ Le Conseil fédéral de la Confédération dispose de la faculté de prévoir que les diffuseurs de programmes de télévision réservent une partie substantielle de leur temps d'émission à la diffusion d'œuvres suisses ou européennes. L'obligation de promouvoir les films suisses et les films coproduits par la Suisse s'applique à tous les diffuseurs de télévision nationaux ou régionaux-linguistiques, détenteurs d'une licence, quel que soit leur statut. (LRTV 2006, art. 7).

² LRTV 2006, art. 24.

Dès lorsqu'ils respectent les orientations de la loi et de la concession, les diffuseurs disposent d'une autonomie complète en matière de choix de programmes. Ils ne peuvent être soumis à aucune directive des autorités fédérales, cantonales ou communales. Les diffuseurs choisissent les thèmes, le contenu ainsi que la présentation des publications rédactionnelles ainsi que des annonces publicitaires qu'ils diffusent. Ils assument la responsabilité de cette diffusion. Enfin, « nul ne peut exiger d'un diffuseur la diffusion de productions ou d'informations déterminées ». ¹ Chaque société régionale étant autonome dans la détermination de ses programmes télévisés et audiovisuels, la SSR œuvre pour la collaboration entre les différentes unités d'entreprises, à travers notamment des échanges de programmes et des coproductions interrégionales.

Une nouvelle concession couvrira la période 2019-2022. Le 19 décembre 2017, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a publié un nouveau projet de concession, sur lequel tous les intéressés (partis, cantons ou autres associations) avaient jusqu'au 12 avril 2018 pour faire part de leurs observations.

En **Allemagne**, le traité national entre Länder portant sur la radio et la télévision² régit aussi bien les diffuseurs publics que privés. Les diffuseurs privés ne se voient toutefois pas imposer les mêmes exigences en matière d'étendue et de diversité de la programmation.

La Cour constitutionnelle a sanctuarisé, dans une décision de 1986, une prestation de base (*Grundversorgung*) qui constitue le cœur de la mission du service public audiovisuel, oblige les entités publiques et va au-delà d'un simple service minimal³. L'offre conçue et propagée par les organismes publics de radio et télévision a pour mission de contribuer au processus de formation de l'opinion individuelle et publique et ainsi de répondre aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société.⁴ L'audiovisuel public doit proposer un traitement complet des événements internationaux, européens, nationaux et régionaux dans tous leurs aspects. À cette occasion, les programmes participent à la compréhension de l'actualité internationale, à l'intégration européenne et à la coopération entre l'État fédéral et les *Länder*. Ils respectent les principes d'objectivité et d'impartialité. Dans leur ensemble, ils doivent proposer une offre consistante en matière d'éducation et de culture, sans négliger le divertissement⁵.

¹ LRTV 2006, at. 6 al.3.

² *Rundfunkstaatsvertrag (RStV) du 31 août 1991 (21^e version issue des traités modificatifs en vigueur à compter de mai 2018).*

³ BVerfGE 73, 118 *Niedersachsen* (1986).

⁴ § 11 Abs. 1 RStV.

⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 16-18 RStV.

Les diffuseurs ont l'obligation de suivre toutes les évolutions tant au niveau de la programmation que dans le domaine technique¹, ce qui dérive du principe de mutabilité du service public. Les divers organismes publics peuvent, afin de mener à bien leur mission, travailler ensemble. La coopération est alors régie par des contrats de droit public.

Le traité national sur la radio et la télévision (*Rundfunkstaatsvertrag – RStV*) verra sa 21^{ème} version entrer en vigueur en mai 2018. Il ne contient pas de modifications substantielles par rapport à l'actuelle 20^{ème} version. Le traité détaille le contenu de l'offre de programmation diffusée et s'applique aussi aux médias numériques. On prendra quelques exemples.

La retransmission des « grands événements »² est réglementée par le traité. Ainsi, la retransmission de ces événements par des chaînes privées est uniquement autorisée si la diffusion de l'événement est en parallèle assurée par un programme de télévision gratuit et accessible par plus de deux tiers de la population.

L'ARD, les diffuseurs régionaux qui la composent et la ZDF mettent ensemble en place une offre pour les jeunes. Le contenu de cette offre doit refléter la vie quotidienne et se focaliser sur leurs intérêts. La publicité n'est pas admise dans les programmes de jeunesse.³

Les émissions et programmes d'information doivent respecter les principes reconnus du journalisme. L'information transmise doit être indépendante et objective.⁴ Avant d'être diffusées, la véracité et provenance des informations doivent être soigneusement vérifiées. Les commentaires doivent être séparés de l'information et leur auteur dûment identifié.

L'offre numérique a notamment pour mission de permettre l'accès à la société d'information et de fournir une compétence d'analyse des médias à toutes les classes de la population, à toutes les générations ainsi qu'aux minorités. Des portails internet distincts sont prévus pour l'ARD, les chaînes régionales et la ZDF. Aucune publicité ou parrainage n'y est autorisé. Les programmes diffusés en linéaire sont visionnables à la demande durant 7 jours après leur diffusion et la retransmission des grands événements est visionnable jusqu'à 24 heures après leur diffusion.⁵

¹ § 4, préambule du RStV.

² § 4 Abs. 2 RStV ; dans les « grands événements » sont compris les Jeux Olympiques, les coupes nationale, européenne et mondiale de football, la Champions League, les matchs de football de l'équipe nationale.

³ § 11g RStV.

⁴ § 10 Abs. 1 RStV.

⁵ § 11d RStV.

L'ARD soutient la création de films allemands à hauteur de 9,3 millions d'euros par an, somme versée à une institution fédérale de promotion du cinéma.¹ En novembre 2016, elle s'est engagée à augmenter jusqu'en 2021 son investissement, œuvrant ainsi pour la continuité et la fiabilité de la programmation. Parallèlement, la création de téléfilms au niveau des *Länder* est également soutenue. Les opérateurs régionaux qui la composent investissent environ 40 millions € par an dans les productions régionales.

3. Questions de financement : publicité, dotation budgétaire, redevance

a) Le modèle britannique : redevance sans publicité mais soutenue par les revenus commerciaux

Le financement de la BBC au **Royaume-Uni** est réglé par un accord de règlement (*funding settlement*) avec le gouvernement britannique valable pour cinq ans.² Le nouvel accord garantit un financement pérenne et prévisible entre le 1^{er} avril 2017 et le 31 mars 2022. La source essentielle de financement de la BBC est la redevance audiovisuelle (*TV licence fee*), liée à la détention d'un appareil de réception comme en Italie. Elle a apporté 3,79 milliards de livres au budget 2016-2017. Parallèlement, les activités commerciales du groupe ont généré 1,19 milliard £ sur la même année.³ On rappelle qu'aucune publicité n'est diffusée sur les antennes nationales de la BBC.⁴

Le niveau de la redevance est fixé dans l'accord conclu avec le ministre de la culture et des médias. Entre 2010 et 2016, son montant était gelé à 145,5 £ par foyer. À compter du 1^{er} avril 2017, ce montant est indexé sur l'inflation. Elle s'établit à 147 £ (170 €) et, selon les prévisions du gouvernement, devrait atteindre 160,5 £ en 2022 (185,7 €). Depuis le 1^{er} septembre 2016, il est nécessaire de s'acquitter de la redevance audiovisuelle pour pouvoir accéder aux programmes à la demande de la BBC, notamment sur le BBC iPlayer.⁵ Cela permet d'éviter une perte de financement corrélée au déplacement de la consommation de médias vers le numérique et le non-linéaire et à l'éviction de la télévision traditionnelle. Cette mesure permettra de générer 12 millions £ en 2017 et potentiellement 41 millions £ en 2022.

¹ *Filmförderungsanstalt des Bundes (FFA)*.

² *Royal Charter 2016, section 43. Cf. également National Audit Office, A Short Guide to the BBC, October 2017.*

³ *Le produit de la redevance représente environ 4,39 milliards € et les recettes commerciales environ 1,37 milliard €.*

⁴ *Toutefois, les services accessibles depuis l'étranger, notamment sur internet, peuvent être accompagnés de messages publicitaires. Surtout, l'autre chaîne publique britannique, Channel 4, de dimension beaucoup plus réduite est financée par la publicité.*

⁵ *Communications (Television Licensing) (Amendment) Regulations 2016.*

En sens contraire, le nouveau cadre financier a programmé l'exonération de redevance des plus de 75 ans. De façon transitoire, le ministère du travail et des affaires sociales britannique verse à la BBC une compensation à hauteur d'environ 630 millions £. Après 2018, la BBC devra assumer sur ses fonds propres la charge financière qui devrait s'élever à 725 millions £ dès 2020-2021. En conséquence, la BBC s'est engagée dans un plan de réduction de dépenses de 1,5 % chaque année sur cinq ans, soit des économies de 800 millions £ (925 millions €). Cela intervient après l'exécution du dernier plan quinquennal d'optimisation qui avait réduit les dépenses de 722 millions £ sur 2011-2017. Ce programme visait notamment à dégager suffisamment de ressources pour prendre en charge sur ses fonds propres le BBC World Service qui était financé avant 2011 par le ministère des affaires étrangères britannique.

Le choix de la filialisation de la production au sein de *BBC Studios Ltd* a permis de clarifier la comptabilité de l'entreprise et l'affectation de son financement selon qu'il s'agisse de ressources propres ou de fonds publics. Aux termes de la Charte royale, l'activité de production de BBC Studios qui vend ses contenus à la société mère, possède un caractère commercial et ne fait pas partie des missions de service public. Ceci interdit tout financement de BBC Studios par la redevance. De même, la BBC doit faire en sorte que sa filiale de production ne bénéficie d'aucun avantage compétitif indu qui serait tiré de sa proximité avec le service public audiovisuel. L'autorité de régulation des télécommunications et des médias, l'Ofcom, veille au respect des règles de séparation des activités et des financements au sein du groupe BBC pour éviter tout manquement et toute distorsion du marché. Elle devra notamment rendre un rapport de bilan dans les deux ans suivant la création de BBC Studios.

Le modèle britannique de financement de l'audiovisuel public est partagé traditionnellement par les pays scandinaves (Danemark, Norvège, Suède). Toutefois, il convient de noter qu'en mars 2018, les négociations entre les partis de la coalition gouvernementale au **Danemark** ont débouché sur l'annonce de la suppression progressive de la redevance audiovisuelle (*medielicensen*) d'ici 2023 au profit d'une subvention budgétaire directe (*tilskud*) de la part de l'État danois. Cette transformation majeure devrait s'accompagner d'une baisse importante de 20 % du budget de DR, la radiotélévision publique danoise. De 3,76 milliards de couronnes (506 millions €) en 2018, le budget tombera à 3,09 milliards de couronnes (415 millions €) en 2023. Parallèlement, il est demandé à DR un recentrage sur le cœur de sa mission de service public, notamment la production de programmes d'informations et culturels en langue danoise.¹

¹ Communiqué du gouvernement danois, "Aftale om fokusering af DR og afskaffelse af medielicensen", 16 mars 2018.

b) Le mix redevance-publicité en Italie, en Suisse et en Allemagne

En **Italie**, la contribution publique perçue par la Rai, titulaire de la concession de service public, et découlant de la redevance audiovisuelle (*canone*) ne peut être utilisée à d'autres fins que les missions de service public qui lui sont confiées, sans porter atteinte aux règles de la concurrence dans l'Union européenne. Hors d'éventuels contrats de prestation conclus avec des administrations publiques, toute autre forme de financement public en sa faveur est exclue.¹

La redevance est une taxe sur la détention d'appareils aptes ou adaptables à la réception de programmes télévisés. Des exemptions sont prévues notamment pour les plus de 75 ans. Les entreprises sont aussi redevables. La loi de finances italienne pour 2016 a prévu que la redevance serait prélevée sur la facture mensuelle d'électricité de l'habitation de résidence. Cette mesure a permis d'élargir de 5 millions de foyers supplémentaires la base de collecte et de dégager 255 millions € supplémentaires entre 2015 et 2016 (+16,6 %). L'évasion fiscale était en effet particulièrement élevée, certaines estimations indiquant que 25 % des assujettis ne s'en acquittaient pas comme ils le devraient, avec de fortes disparités régionales. Pour l'année 2016, les comptes de la Rai indiquent qu'elle a perçu 2,67 milliards € de recettes, dont 1,91 milliard € au titre de la redevance, 616 millions € au titre de la publicité et 102 millions € d'autres revenus, notamment la commercialisation des droits et la distribution à l'étranger (États-Unis, Australie).²

Toutefois, malgré l'élargissement de la base de la redevance, la situation financière de la Rai reste fragile puisque le montant de la redevance a été nettement réduit en quelques années. Le montant de la redevance est désormais fixé à 90 €, un niveau particulièrement bas en Europe, alors qu'il s'élevait encore à 113,50 € entre 2013 et 2015, soit plus de 20 % de baisse.³ La compression prévisible des recettes de la Rai dès 2017 conjuguée à un régime publicitaire saturé lui imposeront des mesures de réorganisation et d'économies.

Un débat eut lieu sur la loi de finances pour 2018 pour que les ressources financières publiques de la Rai sur le fondement de la seule redevance puissent être attribuées dans un cadre pluriannuel garanti et non fixées de façon mouvante d'une année à l'autre. L'idée était d'obtenir une programmation des ressources de la part de l'État parallèle au plan industriel triennal exigé de la Rai. Les amendements en ce sens ont été rejetés. De fait, ni la convention de concession, ni le contrat national de service ne lient l'atteinte des objectifs par la Rai et les ressources mises à sa disposition.

¹ DL n° 177 du 31 juillet 2005, art. 7 §5.

² Rai, Relazione e bilancio al 31 dicembre 2016 Rai S.p.a., pp. 118-121.

³ Rai, Bilanci separato e consolidato intermedi al 30 giugno 2017, p. 10.

La diffusion de messages publicitaires sur les antennes de la Rai ne peut excéder 4 % de la durée des programmes sur une semaine, ni 12 % d'une heure de programmation. Un écart de 2 % supplémentaires sur une heure est tolérable mais doit être compensé par une diminution égale des publicités sur l'heure précédente ou suivante. Ce sont des conditions plus dures que sur les chaînes privées qui ont droit de diffuser de la publicité pendant 15 % de leur programmes quotidiens et 18 % d'une heure de programmation, voire 20 % si l'on prend en compte toutes les formes de promotion et de placement de produits au-delà des seuls spots publicitaires stricto sensu.¹

Sur la question de la publicité, la Rai a été critiquée pour pratiquer une forme de dumping qui a conduit à une baisse généralisée des tarifs sur le marché publicitaire. En outre, Mediaset, le pôle audiovisuel du groupe de Silvio Berlusconi, a demandé à l'Agcom de se prononcer sur les pratiques de la Rai. En effet, la Rai interprète les limites à la diffusion publicitaire posées par la loi comme valant globalement sur l'ensemble de ses chaînes et non chaîne par chaîne. Cela lui permet de dépasser les seuils sur Rai 1, son vaisseau amiral, qui fait monter la publicité jusqu'à 6 % de l'horaire hebdomadaire et de compenser en passant nettement sous le seuil sur Rai 3 qui propose les cases tarifaires les moins chères. Si l'Agcom obligeait la Rai à respecter les plafonds sur chacun de ses canaux, cela représenterait une perte de revenus publicitaires de l'ordre de 100 millions d'euros d'après Angelo Zaccone Teodosi, président de l'Institut italien pour l'industrie culturelle.²

Le service public audiovisuel en **Suisse** est caractérisé par un modèle dual de financement ; la SSR est financée essentiellement par la redevance audiovisuelle, à plus de 70 %, et par la publicité. La fixation du montant de la redevance dépend de la compétence du Conseil fédéral.³

Le montant total des recettes liées à la redevance audiovisuelle s'est élevé à 1,36 milliard CHF (1,14 milliard €) en 2016. Le produit de la redevance est alloué en très grande majorité à la SSR, mais les diffuseurs radiotélévisés privés peuvent également en percevoir une partie dès lors qu'ils sont titulaires d'une concession et enregistrés auprès de l'Office fédéral de la communication. Depuis le 1^{er} juillet 2016, de 4 à 6 % du montant de la redevance audiovisuelle peut leur être reversé.⁴ La redistribution au sein de la SSR se fait selon un principe de solidarité, afin de proposer un

¹ DL n° 177 du 31 juillet 2005, art. 38 §§1-3. De plus, conformément au contrat national de service, les canaux thématiques de la Rai dédiés aux enfants doivent être dépourvus de tout message publicitaire.

² <https://www.key4biz.it/ilprincipenudo-contratto-servizio-rai-tutte-le-novita-testo-esclusiva/208850/>

³ LRTV 2006, art. 68.

⁴ LRTV 2006, art. 40.

programme d'une qualité équivalente dans toutes les régions linguistiques. Elle pèse davantage sur les cantons alémaniques. Il convient de noter que depuis 2015, en vertu d'une décision d'une décision du Tribunal fédéral suisse, la redevance de réception de radio et de télévision n'est plus soumise à la TVA de 2.5 % appliquée jusqu'alors¹. Par conséquent, la SSR a été contrainte de réduire son budget à due concurrence.

La redevance audiovisuelle s'élève actuellement à 451 CHF (387 €) par an et par ménage. Ce montant constitue l'un des plus hauts d'Europe, même après conversion en parité de pouvoir d'achat. D'après le Conseil fédéral, « *ce montant élevé de la redevance est dû [...] en grande partie à l'obligation de la SSR de diffuser dans tout le pays des programmes complets et de même valeur dans chaque langue nationale. Du fait d'une telle obligation, la redevance y est nettement plus élevée que dans un pays monolingue comme l'Allemagne, la France ou l'Italie.* »²

Le « non » qui a réuni 71% des suffrages lors du referendum du 4 mars 2018 a permis de pérenniser, au moins temporairement, le financement de l'audiovisuel public par le biais d'une redevance obligatoire. Dès avant cette votation populaire initiée par les sections de jeunes du Parti libéral radical et de l'Union démocratique du centre, qui visait la suppression des redevances de radio et de télévision, le régime applicable avait déjà connu une profonde mutation dont l'entrée en vigueur est prévue pour 2019.

Une précédente votation populaire du 14 juin 2015 portait en effet sur la révision de la loi fédérale sur la radio et la télévision de 2006. Il s'agissait alors de remplacer la redevance de réception, liée à la possession d'un appareil de réception de télévision ou de radio, par une redevance générale qui s'appliquerait obligatoirement à tous. Ce projet a été adopté avec 50,1 % des voix, ce qui a permis au Conseil fédéral en octobre 2017 d'approuver le montant et de fixer les modalités d'application de la nouvelle redevance. Le montant sera significativement plus faible qu'aujourd'hui, tout en restant élevé. Pour un ménage privé, la redevance se montera à 365 CHF (307,5 €) par an.

¹ Décision ATF 141 II 182 du 13 avril 2015. Le montant de la redevance a mécaniquement baissé de 462 CHF à 451 CHF en conséquence.

² Conseil fédéral, Rapport d'analyse de la définition et des prestations du service public de la SSR compte tenu de la position et de la fonction des médias électroniques privés, 17 juin 2016, p. 22

Réforme de la redevance audiovisuelle en Suisse à compter de 2019

	Montant de la redevance annuelle (en francs suisses)
Ménages	
Ménages privés	365
Ménages collectifs*	730
Entreprises (en fonction du chiffre d'affaires annuel en francs suisses)	
jusqu'à 499'999 CHF	0
de 500'000 à 999'999	365
de 1 mio. à 4'999'999	910
de 5 mio. à 19'999'999	2'280
de 20 mio. à 99'999'999	5'750
de 100 mio. à 999'999'999	14'240
1 mrd CHF et plus	35'590

(* maisons pour personnes âgées, EMS, foyers, prisons, internats, centres d'accueil pour requérants d'asile, etc.) *Source : Conseil fédéral suisse, Office fédéral de la Communication.*

En outre, la redevance audiovisuelle est pour l'heure collectée par *Billag*, une entreprise privée mandatée par la Confédération¹. Elle possède le statut d'autorité administrative et est, à ce titre, habilitée à rendre des décisions obligatoires² en matière par exemple d'inscription de tous les appareils de réception de radio et de télévision. À la suite du renouvellement de l'appel d'offres public, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a octroyé le 7 mars 2017 le mandat d'encaissement de la redevance de l'audiovisuel public à *Serafe SA*, qui prendra la relève de *Billag* le 1^{er} janvier 2019.

En **Allemagne**, une décision de la Cour Constitutionnelle de 1992 a consacré l'obligation de garantie financière du législateur envers les diffuseurs publics de radio et de télévision, en contrepartie de l'exercice de leur mission de service public.³ Le financement est assuré par deux moyens : une forme de redevance ou contribution à l'audiovisuel (*Rundfunkbeitrag*) et la publicité.⁴ Subissant la concurrence des radiodiffuseurs privés, le financement par la publicité a régulièrement diminué et ne représente plus que 6 % des recettes de l'ARD.

¹ Article 69 d (*Perception de la redevance des ménages*) de la LRTV.

² Article 69 e (*Tâches et compétences de l'organe de perception*) de la LRTV.

³ BVerfGE 87, 181 *Hessen 3* (1992).

⁴ § 13 *RSfV*.

Conformément au traité national de financement des institutions de diffusion radio et télévisée¹, périodiquement révisé, les diffuseurs publics doivent être dotés de moyens suffisants pour remplir leur mission telle qu'elle est définie par la loi. Le budget conféré permet le développement des organismes de droit public de radiodiffusion tout en garantissant l'équilibre financier.² Le montant de la redevance est déterminé de manière indépendante et démocratique par les ministres-présidents des Länder et par la commission de détermination de la charge financière (*Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs* - KEF). La KEF est une commission indépendante, dont les 16 membres ne sont tenus par aucun ordre de mission, ni aucune instruction mais doivent respecter une stricte confidentialité de leurs travaux. Chaque Land, par l'intermédiaire de son ministre-président, nomme un membre pour cinq ans renouvelables. Tous les membres sont des experts en comptabilité, en finance d'entreprise, en droit des médias, en économie des médias ou en technologie de diffusion. Cinq d'entre eux doivent venir d'une cour des comptes régionale.³

La procédure de fixation du montant de la redevance s'organise en trois temps. Tous les deux ans, les organismes du service public présentent leurs prévisions budgétaires pour les quatre années suivantes.⁴ L'estimation du budget se fait à l'aide des critères suivants :

- le développement compétitif des programmes ;
- la participation aux nouvelles technologies de création et diffusion des programmes et à la création de nouvelles formes audio-visuelles ;
- l'inflation économique générale et celle propre aux domaines des médias ;
- et les crédits obtenus.⁵

Les prévisions sont vérifiées par la KEF. Elle rend un avis sur le budget envisagé par les diffuseurs, qui peut notamment augmenter ou réduire le montant des frais envisagés. Finalement, les ministres-présidents votent le montant final du budget.

¹ *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV) des 8 et 16 décembre 2016.*

² *Préambule du RStV.*

³ §§ 2-3 *RFinStV.*

⁴ § 1 *Abs. 1 RFinStV. Les prévisions pour la chaîne européenne ARTE sont présentées séparément.*

⁵ § 14 *Abs. 2 RStV.*

Le montant de la contribution audiovisuelle est fixé à 17,50 € par mois par habitation, soit 210 € par an.¹ Elle n'est pas liée à la détention d'un appareil de réception. Les entreprises sont également redevables par site avec des montants appropriés. De 2009 à 2015, le montant de l'impôt était de 17,98 €. La diminution du prélèvement fut possible grâce au supplément de recettes obtenu en 2013 et 2014 suite à la modification de l'assiette d'imposition, auparavant propre au type d'appareils de radiodiffusion possédés par le contribuable. L'impôt est désormais unique selon le principe d'un prélèvement forfaitaire. L'ARD obtient environ 70 % (12,31 € par mois par habitation) du produit de la contribution audiovisuelle tandis que la ZDF et DeutschlandRadio n'en perçoivent collectivement que 30 % (5,19 €).²

Dans une décision du 11 novembre 2007,³ la Cour constitutionnelle allemande rejeta la diminution du montant de la redevance voté par les Länder. La diminution de la taxe, inférieure de 28 centimes au montant retenu par la KEF et justifiée par des raisons purement politiques selon la Cour, représentait une violation de la liberté de diffusion radio et télévisée de l'ARD, la ZDF et DeutschlandRadio.

Le champ d'application des règles du Rundfunkstaatsvertrag relatives à la publicité est limité à l'ARD et la ZDF. Il n'y a pas de publicité sur DeutschlandRadio. La publicité est autorisée sur les chaînes publiques allemandes sous certaines règles.⁴ Les opérations relatives à la publicité sont réalisées par les filiales de l'ARD et de ZDF. Les filiales gérant la publicité de chaque chaîne publique sont réunies en une communauté de travail et leur fonctionnement est encadré.

Chaque réclame ou message publicitaire doit être en lui-même facilement reconnaissable et différenciable du contenu rédactionnel des programmes. Durant la diffusion d'un programme, la publicité est autorisée si celle-ci ne recouvre que partiellement l'écran et est située au premier plan, clairement identifiée comme telle. La publicité continue est autorisée si le caractère publicitaire est facilement reconnaissable et représente une part importante du programme. Elle doit être annoncée comme telle dès le début et tout le long de sa diffusion.

¹ § 8 RFinStV.

² « Was wird aus dem Rundfunkbeitrag finanziert ? », http://www.ard.de/home/die-ard/fakten/Entwicklung_des_Rundfunkbeitrags/1015754/index.html.

³ BVerfG E 119, 181 (2007).

⁴ § 7 RStV.

Les *spots* publicitaires ne doivent pas nuire à l'émission et rester adaptés à la longueur du programme. Ainsi, ils ne peuvent interrompre les programmes pour jeunes et la retransmission des émissions de culte religieux.¹ La moyenne annuelle de la durée maximale de publicité diffusée par jour ouvré est fixée à vingt minutes. Les placements de produits et les parrainages ne sont pas décomptés de cette durée. Si la durée moyenne n'est pas atteinte, elle peut être rattrapée à hauteur de cinq minutes par jour ouvré. La durée de la publicité ne peut excéder vingt pour cent pour une heure d'émission.² Les coupures publicitaires sont constituées de spots de dix, quinze ou vingt secondes et doivent être séparées à chaque fois par une image ou un dessin fixe. Aucune publicité ou parrainage ne peut être diffusé après 20 h, ainsi que les dimanches et les jours fériés.

Les *Länder* peuvent augmenter la durée moyenne de publicité diffusée dans la limite de 90 minutes de publicité par jour. Ils peuvent aussi modifier la limitation de la publicité en matière de jours ouvrés.³

c) Le recours à la subvention budgétaire aux Pays-Bas, en Belgique et en Espagne

Si la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne présentent la particularité de ne pas connaître de redevance payable par les usagers et d'avoir recours essentiellement à un financement public par le budget de l'État ou des autorités publiques compétentes, il faut néanmoins distinguer selon que la publicité est interdite sur le service public (Espagne, Flandre) ou permise quoiqu'encadrée (Pays-Bas, Wallonie-Bruxelles). En outre, pour tenter de restaurer l'équilibre financier de la RTVE, l'Espagne a mis en place en 2009 une série de taxes sur les opérateurs privés du secteur.

L'audiovisuel public des **Pays-Bas** est essentiellement financé par des dotations budgétaires et par la publicité. Aucune redevance spécifique ne lui est affectée.⁴ La continuité du financement par l'État du service public des médias dans son ensemble est garantie par la loi. Un plancher de 578 millions €, basé sur l'année de référence 1998, est assigné aux dotations budgétaires. Ce montant est revu annuellement en fonction de la croissance du nombre de foyers néerlandais et de l'indice des prix à la consommation.⁵

¹ § 7a RStV.

² § 16 RStV.

³ § 17 RStV.

⁴ Il faut en revanche tenir compte des cotisations versées par leurs adhérents aux associations reconnues agissant comme société de programmes. Avec 150 000 adhérents versant une cotisation légale de 5,72 euros, ces organismes reçoivent 858 000 euros au moins.

⁵ Mediawet 2008, art. 2.143 & 2.144.

Une régie¹ gère l'ensemble des espaces publicitaires pour le compte de NPO. La publicité rapporte environ 200 millions € par an au service public. Les règles applicables sur les chaînes publiques sont plus contraignantes que sur les chaînes commerciales. Les programmes ne peuvent pas être interrompus par des réclames. Le volume horaire des publicités ne peut représenter plus de 10 % du temps d'antenne annuel, pas plus de 15 % par jour et pas plus de 12 minutes par heure légalement. Le parrainage est restreint aux programmes culturels, éducatifs et sportifs ; il est interdit dans les autres cas.²

Par ailleurs, un débat important a eu lieu aux Pays-Bas sur l'encadrement des salaires des présentateurs travaillant pour l'audiovisuel public. La loi sur les médias donne à la NPO la mission d'établir une charte de déontologie (*gedragscode*) interne, qui comprend notamment un cadre salarial (*beloningskader*), soumis à l'approbation du ministre de la culture.³ La NPO a adopté en conséquence un encadrement des rémunérations des présentateurs. Leur plafond des salaires a été fixé à 181 000 euros pour 2017.⁴ Il est prévu dans un certains cas, par exemple des contrats de mission, des majorations de 25 %. La NPO peut faire au plus huit exceptions, c'est-à-dire rémunérer à des niveaux plus élevés huit présentateurs.

En **Belgique**, la RTBF dispose d'un budget annuel d'environ 315 millions d'euros. Ces recettes sont essentiellement constituées de la subvention affectée annuellement par la Communauté française en contrepartie de l'exécution de la mission de service public et les revenus de la publicité, du parrainage et de placement de produits.⁵ La RTBF est ainsi financée à hauteur d'environ 70 % par la Fédération Wallonie-Bruxelles. La dotation ordinaire 2016 s'est élevée à un montant de 232,6 millions €, ce qui représente 8,3 millions supplémentaires par rapport à la dotation ordinaire 2015⁶. Les recettes publicitaires représentent environ 25 % des recettes globales.

Le dernier contrat de gestion en vigueur pour la RTBF contient des mesures en matière de publicité et de parrainage qui vont tantôt dans le sens de la restriction comme l'interdiction de la publicité et du parrainage des programmes pour enfants ou la diminution de la durée maximale autorisée du temps publicitaire entre 19 h et 22 h, tantôt dans le sens de la libéralisation comme l'assouplissement des conditions d'insertion des annonces de parrainage et la prolongation de la mesure d'exception permettant depuis 2009 à la RTBF d'insérer des coupures commerciales dans les fictions cinématographiques. Le temps de transmission consacré à la publicité sur les chaînes de la RTBF est limité à une durée journalière moyenne de 6 minutes par heure de transmission, avec une limitation totale à 30 minutes sur la tranche horaire 19 h-22 h.⁷

¹ Il s'agit de la *Stichting Etherreclame (Ster)*.

² *Mediawet 2008*, art. 2. 95, 2.96 & 2. 106; *Mediabesluit du 29 décembre 2008*, art. 5.

³ *Mediawet 2008*, art. 2.3.

⁴ C'est le même montant plafond, prévu toutefois dans une loi différente, qui vaut pour les hauts fonctionnaires et par conséquent pour les membres du conseil d'administration de la NPO.

⁵ *Décret 1997, statuts RTBF*, art. 27.

⁶ *Rapport annuel RTBF 2016*, p. 92

⁷ *4^{ème} Contrat de gestion RTBF*, art. 73a.

En **Espagne**, l'endettement structurel de la RTVE et le souci de renforcer l'identité du service public audiovisuel ont conduit le gouvernement espagnol à jeter les bases en 2009 d'un nouveau modèle de financement. Aucune redevance sur les ménages n'a été introduite. La publicité a été supprimée. L'équilibre financier est atteint par le biais de dotations sur le budget de l'État et de taxes sur les diffuseurs et entreprises de télécommunications, en considérant notamment que les opérateurs privés tirent profit de la suppression de la publicité sur le service public.

Une taxe déjà existante sur l'utilisation des fréquences du spectre radioélectrique, c'est-à-dire une redevance due par les entreprises utilisant le domaine public radioélectrique, est maintenue. En 2009, le législateur a fixé à 80 % la quote-part du produit de cette taxe destiné à la RTVE, pour un revenu maximal de 330 millions €. Depuis, la totalité du produit de la taxe est affectée à la RTVE dans un plafond de 380 millions €. ¹ En outre, des prélèvements ont été introduits en 2009 :

- sur les chaînes de télévision commerciales en clair à hauteur de 3 % de leurs recettes de l'année précédente, à concurrence de 15 % maximum des revenus prévisionnels de la RTVE pour l'année ;
- sur les chaînes à péage, à hauteur de 1,5 % des recettes, à concurrence de 20 % des revenus de la RTVE ;
- sur les opérateurs de télécommunications, 0,9 % de leurs recettes, à hauteur de 25 % des revenus de la RTVE.

Les dotations budgétaires de l'État pour soutenir l'équilibre financier et le produit des taxes sont destinées uniquement à l'accomplissement des missions de service public et ne peuvent servir à surenchérir face à des concurrents pour l'acquisition de contenus à haute valeur commerciale. Les dotations de l'État se présentent comme des compensations des prestations de service public qui ne peuvent en dépasser le coût net. Ont été ainsi inscrits au budget de l'État espagnol 331,5 millions € en 2016 comme subventions pour compensation du service public audiovisuel.

¹ CRTVE, Cuentas anuales e informe de Gestión – ejercicio 2016, p. 8.

En outre, un cadre économique rigide a été imposé à la RTVE par la loi de 2009. Le budget de la RTVE a été plafonné à 1,2 milliard € pour les années 2010 et 2011. Ce plafond vaut autant pour les recettes que pour les dépenses à chaque exercice. Sur la période 2012-2014 a été autorisée une croissance de 1 % par an du budget. Depuis l'exercice 2015, l'augmentation du budget de la RTVE est indexée sur l'inflation. Ces plafonds théoriques ne sont pas atteints notamment sous l'effet des coupes budgétaires et des plans d'économie. À la fin de 2017, il semble que l'effort d'assainissement financier ait porté des fruits. La RTVE a enregistré un excédent de 25 millions € en 2017 et une réduction de sa dette de 80 % par rapport à 2016. Les revenus se sont élevés à 980 millions €, soit 3 millions € de plus que les prévisions en raison de bons revenus commerciaux. Les dépenses se sont élevées à 952 millions €, 2 % de moins que les prévisions. Les coûts opérationnels ont été réduits de 5 % depuis 2016 dans la lignée d'importants efforts depuis 2009.¹

¹ Communiqué, « RTVE cierra sus cuentas de 2017 con un resultado positivo de 25 millones de euros », 28 février 2018.

LA PROFESSION D'HERBORISTE

À la demande de la Mission commune d'information sur le développement de l'herboristerie et des plantes médicinales, la division de la législation comparée a mené une recherche sur la réglementation de la profession d'herboriste dans huit pays, l'Allemagne, la Belgique, le Canada (Québec), l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse.

I. SYNTHÈSE

L'analyse comparée montre que le contenu de l'activité des herboristes s'est largement diversifié mais que le besoin de reconnaissance d'un statut propre et d'un diplôme attestant de la compétence professionnelle se fait parfois sentir.

Pour les pays de l'Union européenne, la directive 2004/24/CE sur les médicaments traditionnels à base de plantes pose des éléments de cadre commun. En effet, c'est bien souvent l'activité de préparation ou de délivrance de produits à base de plantes qui est réglementée, au sein de l'Union européenne comme en Suisse ou au Canada, plutôt que la profession d'herboriste en tant que telle. Il est rare que le statut de l'herboriste soit précisément encadré comme s'il s'agissait d'une profession réglementée. Lorsqu'il existe, le statut est parfois obsolète, précédant dans certains cas la Seconde guerre mondiale comme en Allemagne ou en Italie, pays où toutefois une réforme importante vient de s'engager. L'absence de normes particulières à la profession laisse alors assez flou son statut juridique, ce qui motive des demandes récurrentes de reconnaissance de la part d'organisations professionnelles plus ou moins fortes et structurées. On peut noter que la convention collective applicable aux employés du secteur de l'herboristerie peut être commune au service de la droguerie et de la parfumerie comme en Espagne et aux Pays-Bas.

La question centrale demeure celle de la distinction avec les professions de santé au sens strict. Or, les activités sont nettement distinctes de celles des médecins et des pharmaciens : les herboristes ne peuvent ni vendre des produits à l'effet thérapeutique avéré, ni poser de diagnostic. Le Royaume-Uni fait, sous cet angle, figure d'exception puisque la « dérogation des herboristes » (*herbalist exemption*) leur permet de vendre sur place un médicament qu'ils ont préparé, sous réserve de délivrer une consultation à la personne qui l'achète et s'en servira. Dans l'ensemble des pays considérés, les herboristes ou assimilés ne peuvent pas plus que quiconque commercialiser de végétaux dangereux interdits à la vente.

Les herboristeries ne se limitent pas usuellement à la vente de produits médicaux à base de plantes. Désormais les compléments alimentaires, les produits destinés à améliorer le bien-être, voire les produits alimentaires issus de l'agriculture biologique, occupent une part de leur activité. Le cas des *drogisten* néerlandais est emblématique à cet égard puisqu'ils vendent, outre des produits à base de plantes, toutes sortes de marchandises.

La question de la reconnaissance et de la réglementation de l'exercice de la profession renvoie directement à l'encadrement de la formation. Or, l'écart est grand entre les pays marqués par l'absence de diplôme et de formation reconnus (Allemagne, Espagne), ceux qui proposent plutôt des formations complémentaires pour les professionnels du soin dans des instituts privés (Suisse), ceux qui prévoient la délivrance d'un diplôme par les organismes de formation continue (Belgique) ou les organisations professionnelles désignées par le Gouvernement (Pays-Bas), ceux qui exigent une formation reconnue par les organisations professionnelles et sanctionnée par un diplôme de *bachelor* pour être inscrit sur les listes des praticiens (Royaume-Uni) et ceux enfin qui ont instauré un diplôme spécifique préparé dans les facultés de pharmacie (Italie).

En l'absence d'une réglementation de la profession par les pouvoirs publics, son exercice est laissé à l'autorégulation, à l'exception du contrôle de la législation sur la vente de médicaments à usage humain ou de compléments alimentaires à base de plantes, qui ressort de la compétence des agences sanitaires nationales. Généralement les herboristes ne sont pas soumis au contrôle d'une autorité unique mais de plusieurs entités compétentes sur divers sujets (questions sanitaires, médicaments, alimentation...).

Le secteur de l'herboristerie a pu se structurer autour d'organismes professionnels qui ont publié des codes de conduite ou des chartes que leurs membres s'engagent à respecter. Aux Pays-Bas, par exemple, ces organismes sont, de surcroît, compétents en matière de délivrance des diplômes et de certification des magasins. Au Royaume-Uni, la profession est très engagée dans l'accréditation des diplômes et la déontologie des praticiens. Au Québec, la Guilde des Herboristes a joué un rôle important dans la réglementation des produits de santé naturels et la structuration de la profession.

II. ÉTUDES DE CAS

1. Une profession difficile à positionner : entre guérisseur et droguiste, les cas de l'Allemagne, de l'Espagne et des Pays-Bas

En **Allemagne**, le métier d'herboriste tel qu'il est conçu en France peut être assimilé au *Heilpraktiker*, littéralement guérisseur, dont la profession est réglementée par la loi du 17 janvier 1939 sur l'exercice de la médecine sans titularisation.¹ Le terme de *Kräuter-Medizin* ou médecine par les plantes a été progressivement remplacé par le terme de *Phytotherapie*, emprunté à la langue française, suite à la publication en Allemagne du *Précis de phytothérapie* d'Henri Leclerc, en 1943. S'agissant des cultivateurs de plantes médicinales (*Kräuterbauer*), l'élément essentiel du cadre légal de leur activité réside dans l'indication de l'usage qui sera fait des plantes qu'ils cultivent, selon deux catégories : usage alimentaire (*Lebens- oder Nahrungsmittel*) ou usage médicinal (*Arzneimittel*). En fonction de cette déclaration, ils sont tenus au respect du code alimentaire² ou de la loi sur les médicaments³, sachant que cette dernière réglementation est plus stricte.

Est couverte par la profession de *Heilpraktiker* toute activité professionnelle entreprise en vue de la constatation, de la guérison ou du soulagement des maladies, souffrances ou dommages corporels chez les humains, même lorsque cette activité est exercée pour le compte d'une tierce personne⁴. Il n'existe pas de définition légale du phytothérapeute. La société pour la phytothérapie (*Gesellschaft für Phytotherapie e. V.*) a apporté sa propre définition : cette activité couvre le fait de soigner, de soulager ou de prévenir les maladies et les douleurs au moyen de fleurs, de racines ou de feuilles de plantes médicinales, de composants végétaux tels que des huiles essentielles ou de préparations de plantes médicinales telles que des extraits secs, des teintures ou jus pressés.⁵ Cinq associations de phytothérapeutes sont regroupées au sein de la Confédération des associations de guérisseurs allemands (*Dachverband deutscher Heilpraktikerverbände e. V.*).

¹ Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) du 17 février 1939 (dernière modification du 23 décembre 2016).

² Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) du 1^{er} septembre 2005 (version du 3 juin 2013).

³ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz -AMG) du 24 août 1976 (version du 12 décembre 2005).

⁴ § 1 II loi du 17 février 1939 précitée.

⁵ <https://phytotherapie.de/de/kontakt/was-ist-ein-phytotherapeut/>

La loi de 1939 précitée se limite à la réglementation des situations dans lesquelles l'exercice de la médecine sans diplôme peut être autorisé, en prévoyant des sanctions pénales en cas de violation de ces dispositions¹, sans référence spécifique à l'utilisation de plantes médicinales par les guérisseurs. Elle a été complétée par un décret d'application², qui vient notamment limiter l'exercice de la médecine par un *Heilpraktiker*, si celui-ci a moins de 25 ans (§ 2 al. 1a), lorsqu'il n'a pas la nationalité allemande (§2 al. 1b) ou lorsqu'il résulte de l'évaluation de ses connaissances que l'exercice de ce métier par le candidat présenterait un danger pour la santé de la population ou des patients qui le consulteraient (§ 2 al. 1i). Des précisions sur l'autorisation d'exercer ont été adoptées au niveau de certains Länder, par exemple en Bavière. L'autorisation nécessaire pour exercer la médecine sans le diplôme correspondant (*Heilpraktikererlaubnis*) doit être adressée aux autorités locales de santé.

Face au défaut d'encadrement public de l'activité de *Heilpraktiker* et aux lacunes dans le contrôle de l'exercice de professions de soin sans diplôme, a été créée au sein de la Confédération des associations de guérisseurs allemands une commission du médicament (*Arzneimittelkommission*), laquelle s'est donné pour rôle, en vertu de l'article 62 de la loi sur les médicaments³ consacré à la pharmaco-vigilance, d'informer l'Institut fédéral pour les médicaments et les produits médicinaux des risques liés à l'utilisation de certains médicaments et de leurs effets secondaires. Les cultivateurs de plantes médicinales sont, pour leur part, susceptibles d'être contrôlés par les différents services de santé des Länder (*Landesgesundheitsamt*), qui ont la possibilité d'engager des procédures s'ils constatent des violations des normes relatives aux aliments ou aux médicaments.

Il n'existe pas de formation de *Heilpraktiker* reconnue par l'État allemand. Pourtant, ils sont estimés aujourd'hui à plus de 40 000 en Allemagne. D'après la presse, le décès en juillet 2016 de trois patients ayant suivi une thérapie contre le cancer dans un cabinet de guérisseur en Rhénanie du Nord-Westphalie, a conduit le ministre fédéral de la santé à se prononcer pour une révision du cadre de la loi de 1939, tandis que la ministre de la santé de Rhénanie du Nord-Westphalie a exigé que la formation des guérisseurs soit contrôlée et structurée par l'État⁴. La société pour la phytothérapie soutient une initiative visant à créer au sein des universités publiques allemandes des instituts de recherche et des chaires de phytothérapie. Toutefois, à ce jour, ces annonces n'ont pas eu d'effet. La formation des phytothérapeutes ne compte pas parmi les formations reconnues par l'État listées par l'Institut fédéral pour la formation. Elle n'apparaît pas davantage dans la liste des professions dans le domaine de la santé constituée par l'Ordre fédéral des médecins.

¹ Peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an, ou peine d'amende pouvant aller jusqu'à 2 500 euros, § 5a.

² Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über die berufsmässige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung du 18 janvier 1939.

³ § 62, Arzneimittelgesetz (loi de 1976 précitée).

⁴ <https://www.stern.de/gesundheit/heilpraktiker-in-deutschland--so-gefaehrlich-sind-sie---der-grosse-stern-report-7434370.html>

En **Espagne**, il n'existe pas de régime spécifique aux herboristes. Il n'existe pas de formation ni de diplôme d'herboriste officiellement reconnu au niveau national, ce que déplorent les professionnels.

L'installation et l'activité des herboristes sont régies par les normes applicables à l'ensemble des commerces. Plusieurs textes relatifs à la vente de produits à base de plantes leur sont toutefois applicables. On notera également que les employés des herboristeries sont régis par une convention collective commune avec le commerce de détail en droguerie et en parfumerie.¹

Les herboristes ne peuvent vendre librement au public – sans autorisation – que les plantes « traditionnellement considérées comme médicinales et qui sont proposées sans référence à des propriétés thérapeutiques, diagnostiques ou préventives, et dont la vente ambulante demeure interdite ».² Les herboristes ne peuvent pas davantage vendre les plantes toxiques (aconit ou bolet de Satan par exemple) inscrites sur une liste dressée par arrêté ministériel.³ Les médicaments traditionnels à base de plantes doivent, quant à eux, être inscrits dans le registre tenu par l'Agence espagnole des médicaments et des produits sanitaires. Ils ne peuvent, comme tous les autres médicaments, être achetés qu'en pharmacie.

Les herboristes ne dispensant pas de médicaments, ils ne font pas l'objet d'un contrôle particulier distinct de ceux auxquels sont soumis les autres commerces mais certaines activités ou produits sont soumis à des contrôles spécifiques. Les producteurs d'infusions à usage alimentaire doivent être inscrits au registre général sanitaire des aliments et sont passibles des sanctions relatives aux infractions en matière agroalimentaire. Les compléments alimentaires sont assujettis au contrôle de l'Agence espagnole de sécurité alimentaire et de nutrition.

Aux **Pays-Bas**, il n'existe pas de profession spécialisée dans le domaine de l'herboristerie *stricto sensu*. La vente des produits phytothérapeutiques relève des *drogisten*. Compte tenu du caractère spécifiquement néerlandais de cette activité et de l'absence d'équivalent français de ce terme, on l'utilisera dans la présente note.

¹ Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

² Art. 51 al. 3 ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios). En pratique, la vente ambulante semble persister au moins dans certaines autonomies.

³ Arrêté ministériel du 28 janvier 2004 - Ministerio de Sanidad y consumo, Orden SCO/190/2004, por la que se establece la lista de plantas cuya venta al público queda prohibida o restringida por razón de su toxicidad.

Les *drogisten* relèvent d'une branche professionnelle dotée de sa propre convention collective. La dernière version en a été approuvée et étendue de façon obligatoire à toutes les entreprises et tous les salariés de la branche par le ministre de la santé le 26 mars 2018.¹ Beaucoup exercent un emploi salarié dans des magasins appartenant à des chaînes commerciales d'importance nationale qui vendent toutes sortes de produits, dont des médicaments ne nécessitant pas d'ordonnance, des compléments alimentaires, des produits diététiques jusqu'aux CD. Ils sont tenus d'avoir suivi une formation professionnelle sanctionnée par un diplôme de formation professionnelle² d'un niveau bac+2 où la phytothérapie occupe une place modeste. Il s'agit essentiellement de former au conseil et à l'accompagnement du client, ainsi qu'à la réglementation, à la sécurité (y compris les dangers d'empoisonnement) et au contrôle de qualité.³ Le ministère de la Santé a confié à un organisme collégial professionnel, le *Drogisterijcollege*, et à une fondation, la *Stichting Pharmacon*, le soin d'organiser les examens pour l'obtention du diplôme de *drogist* ou d'assistant.⁴

La loi sur les médicaments de 2007⁵ détermine diverses catégories de médicaments selon la personne habilitée à les offrir à la vente et à les remettre au client. On distingue trois échelons : les médicaments en vente libre (*algemeen verkrijgbare - AV genesmiddelen*) disponibles aussi en supermarché ou dans les stations-services ; les médicaments exclusivement réservés aux pharmaciens et *drogisten* (*Uitsluitend in apotheek en drogisterij - UAD-genesmiddelen*) ; les médicaments exclusivement réservés aux pharmaciens (*UA-genesmiddelen*). La catégorie intermédiaire (UAD) rassemble des produits qui, composés ou non à partir de plantes, ne nécessitent pas de prescription médicale. Ce sont les seuls que les *drogisten* peuvent délivrer.

En outre, le législateur fait obligation au *drogist* de renseigner de façon claire un client qui achète un médicament qu'il est habilité à délivrer, quelle que soit sa nature, phytothérapique ou autre, en lui communiquant « ce qu'il doit raisonnablement savoir sur la nature et l'objet du médicament ainsi que les suites et les risques prévisibles de celui-ci pour sa santé ». Ces informations ne peuvent être données que par un *drogist* ou un *assistent-drogist*, dont la présence sur le point de vente est obligatoire.⁶

¹ <http://www.drogistensite.nl/nieuws/detail/cao-drogisterijbranche-algemeen-verbindend-verklaard>.

² *Middelbaar beroepsonderwijs - mbo*, qui n'est dispensé ni dans les universités, ni dans les hautes écoles professionnelles. Le mbo de *drogist* ne donne pas accès à la poursuite d'études supérieures. Il existe d'autres formations professionnelles de niveau inférieur pour devenir *assistent-drogist* ou *vendeur en drogisterij*.

³ <http://www.drogistensite.nl/opleidingen/opleidingen/drogist>.

⁴ *Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, nr GMT\MVG-2987287 du 1^{er} mars 2010.*

⁵ *Geneesmiddelenwet du 8 février 2007.*

⁶ Art 62. loi précitée de 2007.

La vente des « produits de santé » (vitamines, minéraux, instruments médicaux, préparations à base d'herbes) distincts des médicaments est soumise aux dispositions générales de la loi sur les marchandises¹.

Outre l'intervention d'organismes professionnels tels que le Bureau central des entreprises du secteur (Centraal Bureau Drogisterijbedrijven), notamment pour la certification des magasins, et le Drogisterijcollege pour la délivrance des diplômes, le contrôle de l'activité est soumis aux règles générales applicables en vertu de la loi sur les médicaments et dépend du Ministère de la Santé, de l'Inspection du secteur de la santé (Inspectie Gezondheidszorg – IGZ), collège compétent pour l'appréciation des médicaments notamment, et de l'Autorité de sécurité de l'alimentation et des marchandises (Voedsel- en Warenautoriteit – VWA).

2. Les essais de création ou de révision du statut d'une profession reconnue en Italie, au Royaume-Uni et en Suisse

En **Italie**, le régime juridique applicable aux herboristes est fixé par des textes de portée nationale obsolètes. Il a fait l'objet de diverses tentatives de réforme au Parlement, qui ont toutes échoué, mais un nouveau décret législatif transformant le régime de culture, de récolte et de première transformation des plantes officinales vient d'être adopté en Conseil des ministres le 16 mai 2018.

Le régime applicable jusqu'à maintenant aux herboristes résultait de la loi du 6 janvier 1931² sur la culture, la récolte et le commerce des plantes officinales et des décrets royaux du 19 novembre 1931 pris pour son application³ et du 26 mai 1932 portant liste des plantes officinales.⁴ Une circulaire du ministère de la Santé n° 1 du 8 janvier 1981⁵ en rappelait les contours tout en estimant souhaitable une intervention législative dans ce domaine.

La loi de 1931 prévoyait un régime à trois niveaux : le récolteur patenté, l'herboriste et le pharmacien. Quiconque récoltait des plantes officinales⁶ était tenu d'obtenir une autorisation administrative du maire. Quiconque ne présentait pas sa carte à la demande des autorités était passible d'une amende. En outre, le législateur avait prévu qu'un diplôme d'herboriste soit délivré par les écoles d'herboristerie gérées par les écoles de pharmacie des universités. Ce diplôme permettait jusqu'à présent non seulement de cultiver et de récolter les plantes officinales mais aussi de procéder à leur préparation industrielle. En revanche, il n'ouvrait pas le droit de vendre des plantes médicinales au détail, car celui-ci était et demeure concédé aux seuls pharmaciens.

¹ Warenwet du 28 décembre 1935 (version en vigueur du 1^{er} août 2016).

² Legge 6 gennaio 1931 n° 99, *Disciplina della coltivazione, raccolta e commercio delle piante officinali*.

³ Regio decreto 19 novembre 1931 n° 1793.

⁴ Regio decreto 26 maggio 1932 n° 772, *Elenco delle piante dichiarate officinali*.

⁵ Ministero della Sanità, Direzione Generale del Servizio Farmaceutico, *Circolare del 8 gennaio 1981 n° 1, prodotti a base di piante medicinali*.

⁶ Les plantes officinales sont les plantes médicinales, aromatiques ou à parfum dont la liste est établie par le décret précité de 1932.

Selon la circulaire précitée du ministère italien de la Santé, les herboristes ne peuvent préparer des produits à base de plantes dans un but thérapeutique, même sur prescription médicale. Ils ne peuvent pas davantage suggérer à leurs clients des remèdes contre les maladies ou les maux symptomatiques, faute de quoi ils commettraient le délit d'exercice illégal de la médecine ou de la pharmacie qui est puni d'une peine maximale de six mois de prison et d'une amende. L'herboriste vend des produits emballés et ne peut faire de mélanges dans sa boutique. Il doit respecter les dispositions générales relatives à l'ouverture d'un commerce qui sont appliquées par les services de chaque commune, notamment dans les cas où le commerce vend des produits destinés à améliorer la santé déjà préparés.

Le cadre légal est bouleversé par le décret législatif adopté en Conseil des ministres le 16 mai 2018.¹ Seule la question de la vente n'est pas concernée par la réforme, le principe restant le monopole du pharmacien. Sur le fondement d'une habilitation du gouvernement à rassembler et réorganiser les normes applicables à différents secteurs agricoles homogènes² et en reprenant les conclusions de la Conférence de filière des plantes officinales mise en place en décembre 2013, le texte du gouvernement abroge la loi de 1931 et ses décrets d'application (art. 8).

À la place, le nouveau décret législatif définit les activités de culture, de récolte et de première transformation (lavage, effeuillage, triage, dessiccation, extraction des huiles essentielles) comme des activités agricoles (art. 1). Ces activités sont ouvertes à tout exploitant agricole sans nécessité d'autorisation préalable, ce qui renverse entièrement le régime ancien, tout en précisant qu'elles doivent répondre aux bonnes pratiques d'agriculture et de cueillette européennes (art. 2). En outre, la cueillette sauvage (*raccolta spontanea*) doit être encadrée par arrêté pour éviter l'extinction de certaines espèces protégées par la loi de biodiversité agricole (art.3).³

Pour l'heure, les facultés de pharmacie des universités de la péninsule délivrent, après trois ans d'études, des licences de « techniques herboristiques »⁴. Le gouvernement italien a indiqué face aux inquiétudes de la profession sur la réforme adoptée en mai 2018 que ces diplômes ne seraient pas touchés. En effet, l'article 6 de la loi de 1931 abrogée ne leur donnait pas une véritable base légale puisque cette disposition visait un diplôme qui de fait n'existait plus et qui avait été tacitement remplacé par un diplôme universitaire en 1995 puis par une licence en 1999 qui dépendent de décrets ministériels indépendants et toujours en vigueur. Demeurent valables les restrictions opposées aux activités des titulaires d'un diplôme d'herboriste et que rappelle la circulaire de 1981.

¹ Testo unico in materia di coltivazione, raccolta e prima trasformazione delle piante officinali, Atto del Governo 490, transmis à la Présidence du Sénat italien le 28 décembre 2017.

² Art. 5 - Legge 28 luglio 2016, n. 154.

³ Legge n.194/2015 - Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare, du 1^{er} décembre 2015.

⁴ Décret ministériel n. 509/1999 - Regolamento recante norme concernenti l'autonomia didattica degli atenei, du 3 novembre 1999.

Parallèlement, le gouvernement italien a souhaité structurer la filière des plantes officinales en prévoyant l'adoption d'un plan sectoriel destiné à cerner les axes d'interventions prioritaires, à stimuler le développement écologique de la filière, à définir des formes de regroupement professionnel et interprofessionnel, y compris pour coordonner la recherche scientifique, et à prévoir des modalités spécifiques de conversion aux cultures officinales de terres incultes ou en jachère, y compris par l'attribution gratuite de terrains (art. 4). Est également instituée de façon pérenne une Conférence technique (*Tavolo tecnico*) du secteur, à finalité consultative, dotée d'un observatoire économique permanent (art. 5). Le texte prévoit l'institution de registres des variétés de plantes officinales sur décret du ministre de l'agriculture, en accord avec la Conférence État-régions (art. 6). Y seront listées les plantes admises à la commercialisation et déterminées les modalités de certifications des semences afin de garantir la traçabilité des cultures.

Au **Royaume-Uni**, la question de la réglementation légale de la profession d'herboriste ou praticien en médecine à base de plantes (*practitioner of herbal medicine, herbalist*) est périodiquement étudiée par les pouvoirs publics depuis 2000.

En février 2011, le ministre de la Santé britannique a annoncé son intention de réglementer la profession d'herboriste. La réforme piétine toutefois et semble remise en cause, même si a été transposée avec effet à compter du 1^{er} mai 2011 la directive 2004/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant, en ce qui concerne les médicaments traditionnels à base de plantes, la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. Cette réforme s'est accompagnée d'une modification de la réglementation relative aux médicaments. En particulier, les herboristes, après une période où il leur a été permis d'écouler leur stock jusqu'en avril 2014, ne peuvent plus préparer et vendre des produits à base de plantes manufacturés à grande échelle ou par un procédé industriel, s'ils ne possèdent pas d'autorisation de mise sur le marché.¹

L'activité des herboristes continue toutefois à bénéficier d'une exemption qui fait du régime anglais un des plus libéraux d'Europe. Par dérogation à l'autorisation que doit obtenir un médicament pour être mis sur le marché, il est permis à une personne de vendre, fournir ou fabriquer un médicament exclusivement à base de plantes dans l'exercice de son activité sous les deux conditions suivantes :

- fabriquer le médicament exclusivement à base de plantes sur place dans des locaux dont ils sont les occupants légitimes et susceptibles d'être fermés pour en exclure le public ;

¹ Abrogation de l'article 12 (2) du Medicines Act 1968 du 25 octobre 1968.

- et vendre ou fournir le médicament exclusivement à base de plantes pour répondre aux besoins spécifiques d'un patient après une consultation individuelle.¹

Actuellement le métier d'herboriste ne fait toujours pas partie des professions de santé dont le titre est protégé et qui figurent sur le registre tenu par le Conseil des Professions de santé et de soin (*Health and Care Professions Council*) qui garantit notamment que les personnes inscrites ont une formation et une pratique répondant aux normes qu'il fixe.

Les évolutions annoncées en 2011 n'ont pas été mises en œuvre. Des rapports ont été à nouveau commandés et remis en 2014-2015.² La nécessité d'une régulation légale des herboristes au-delà de la réglementation sur les médicaments à usage humain ne ressort pas des éléments de preuve scientifiques disponibles sur les risques encourus. C'est le sens d'une déclaration récente du Gouvernement devant le Parlement britannique sur la base de ces rapports.³ Toute définition d'un statut légal de l'herboriste semble encore éloignée.

Quiconque peut, jusqu'à présent, exercer le métier d'herboriste, se livrer à des consultations individuelles et poser des diagnostics. Toutefois, l'Agence de contrôle des médicaments et des produits de santé (*Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency, MHRA*), chargée de protéger la santé publique, tient une liste de plantes dont l'utilisation est interdite ou soumise à des contrôles stricts.

Dans la pratique, il existe plusieurs associations professionnelles d'herboristes⁴ qui tiennent des registres de praticiens satisfaisant à leurs critères de qualité et d'éthique en termes de formation et de pratique. L'Institut national des herboristes médicaux (*National Institute of Medical Herbalists - NIMH*), organisation professionnelle fondée en 1864, organise la formation et l'activité de ses membres. Depuis 2002, l'Association européenne des praticiens en herboristerie et médecine traditionnelle, (*European Herbal and Traditional Medicine Practitioners Association - EHTPA*), association qui coiffe depuis 1993 les principales associations d'herboristes du Royaume-Uni accrédite des formations répondant à son programme de formation de base et son manuel d'accréditation complété par un guide.

¹ L'exemption, autrefois figurant à l'article 12 (1) du Medicines Act 1968 également abrogé, est reprise à l'article 241 des Human Medicines Regulations 2012 du 14 août 2012.

² UK Herbal Medicines Advisory Committee (HMAC), Safety, regulation and herbal medicines: a review of the evidence, Octobre 2014 & Pr. D. Walker, Report on the Regulation of Herbal Medicines and Practitioners, 26 mars 2015.

³ Government Response to Professor Walker's advice on Regulation of Herbal Medicines and Practitioners, HCWS505, 28 février 2017.

⁴ Quatre associations professionnelles sont membres de l'EHTPA.

Le tableau ci-dessous présente les matières obligatoires ainsi que le nombre d'heures minimum de formation pour chacune d'elles :

Module	Nombre d'heures minimum
Sciences humaines	250
Nutrition	80
Sciences cliniques	350
Chimie des plantes et pharmacologie	80
Pharmacognosie et préparations	100
Praticien et éthique	150
Recherche du praticien	150
Pratique clinique	500
Médecine occidentale à base de plantes	1 150
Total :	2 810

L'EHTPA et le NIMH accréditent ainsi la formation en trois ans de l'Université de Lincoln sanctionnée par le diplôme de *Bachelor* en Sciences, médecine par les plantes.

En Suisse, par une votation populaire organisée le 17 mai 2009, les citoyens ont approuvé à 67 % l'inscription dans la Constitution fédérale de la prise en compte des médecines complémentaires. En vertu du nouvel article 118a, « *la Confédération et les cantons pourvoient, dans les limites de leurs compétences respectives, à la prise en compte des médecines complémentaires* », au titre desquelles on compte notamment la phytothérapie. Bien que « *des prestations de médecine complémentaire [soient] proposées aujourd'hui tant par des médecins que par des thérapeutes non-médecins* »¹, la profession d'herboriste n'est pas envisagée en tant que telle ; elle complète toujours une formation initiale (pharmacien, phytothérapeute, guide de haute montagne, droguiste...).

¹ https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2773/Medecines-complementaires_Processus-et-criteres_fr.pdf

Il n'existe pas au niveau fédéral de texte réglementant le statut de l'herboriste. Pour des raisons de santé publique, certains cantons ont fait le choix de réglementer ce statut : c'est notamment le cas du canton de Genève. Les « pratiques complémentaires » sont réglementées par la loi sur la santé (LS) et le règlement sur les pratiques complémentaires (RPrC)¹. On trouve également des dispositions relatives aux drogueries dans le règlement sur les institutions de santé, qui dispose que « les termes de « droguerie », de « droguerie-herboristerie » ou d'« herboristerie » ne peuvent être utilisés que pour une droguerie. Toutefois les pharmaciens peuvent indiquer qu'ils vendent des articles de droguerie ou d'herboristerie. »² Cette disposition semble suggérer que le commerce de plantes médicinales ne peut avoir lieu ailleurs que dans une droguerie ou dans une pharmacie. En conséquence, le statut d'herboriste peut être rattaché à celui de droguiste.

Les conditions relatives à la délivrance d'une autorisation d'exercer pour un droguiste-herboriste sont déterminées par chaque canton. Au niveau national, le NAREG (Registre national des professions de la santé) répertorie les professionnels de la santé (y compris les droguistes) diplômés par les écoles supérieures (ES).

Dans le canton de Genève, « les demandes d'autorisation d'exploiter une [droguerie] sont adressées [...] au pharmacien cantonal »³. C'est également le cas dans le canton de Berne, où la délivrance de cette autorisation est notamment conditionnée par la présentation d'un extrait de casier judiciaire vierge datant de moins de trois mois⁴. Le canton de Fribourg prévoit quant à lui que la demande d'autorisation d'exploitation d'une droguerie soit validée par la Direction de la santé et des affaires sociales.⁵

En Suisse, les produits médicinaux sont classés selon un système de listes définies par Swissmedic, l'Institut suisse des produits thérapeutiques :

- Liste A : Remise sur ordonnance médicale ou vétérinaire non renouvelable
- Liste B : Remise sur ordonnance médicale ou vétérinaire
- Liste C : Remise sur conseil des professionnels de la santé
- Liste D : Remise sur conseil spécialisé
- Liste E : Remise sans conseil spécialisé ⁶

¹ Canton de Genève, loi sur la santé du 7 avril 2006 et règlement sur les pratiques complémentaires du 22 août 2006.

² Canton de Genève, règlement sur les institutions de santé du 22 août 2006 (art. 95).

³ Canton de Genève, Ibid (art. 1A).

⁴ http://www.gef.be.ch/gef/fr/index/gesundheit/gesundheit/gesundheitsberufe/drogistin_drogist.html

⁵ Canton de Fribourg, loi sur la santé du 16 novembre 1999 (art. 110).

⁶ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/mensch-gesundheit/biomedizin-forschung/heilmittel/abgabe-von-arzneimitteln.html>

Les droguistes-herboristes ne sont en général autorisés à commercialiser que les produits médicaux classés au titre de la liste D. Cependant, dans une dizaine de cantons, ils bénéficient de dérogations leur permettant de commercialiser certains des produits classés sur la Liste C.

Dans un rapport de la « Commission de la santé chargée d'étudier la pétition pour éviter que la droguerie ne soit étouffée par les lois et les règlements » du canton de Genève, daté de 2006, est développé l'argument selon lequel la législation fédérale a un impact négatif sur l'exercice de la profession de droguiste-herboriste dans le canton de Genève, en raison de deux facteurs agissant en ciseaux :

- *« le déclassement de médicaments de la liste D (vente sans ordonnance en pharmacie ou droguerie), progressivement transformés en alicaments ou compléments alimentaires commercialisés dans un cercle de distribution beaucoup plus large ;*
- *le passage progressif des médicaments de la liste D, par modification des indications thérapeutiques, en médicaments de la liste C (vente sans ordonnance en pharmacie uniquement. »¹*

Dans le canton de Fribourg, les professionnels n'ont pas le droit de prescrire ni de remettre ni d'appliquer des médicaments, et pas davantage dans le domaine de la phytothérapie, de l'homéopathie ou de toute autre pharmacothérapie alternative.²

Enfin, le pharmacien cantonal détient un rôle prépondérant en matière de surveillance de l'activité des droguistes-herboristes dans certains cantons (notamment dans les cantons de Genève et de Berne). Dans le cadre des mesures de contrôle des activités de droguiste, une communication du pharmacien cantonal à Berne indique aux droguistes du canton qu'en 2017, par exemple, les inspectrices et inspecteurs contrôlent en priorité, si un droguiste est présent pendant les horaires d'ouverture du magasin et si cette personne est en possession de l'autorisation d'exercer requise.³

Il n'existe pas de formation d'herboriste officiellement reconnue en Suisse. Néanmoins, l'École d'Alchémille propose une formation modulaire de technicien en herboristerie, qui s'adresse essentiellement aux accompagnateurs de haute montagne, droguistes et thérapeutes en médecine naturelle qui souhaiteraient acquérir une formation complémentaire. Dans la mesure où seuls les herboristes titulaires d'un diplôme de droguiste ou de pharmacien sont autorisés à vendre des plantes médicinales, cette formation en herboristerie vient s'ajouter à une formation initiale ; elle peut notamment venir compléter un diplôme de l'École supérieure de droguerie de Neufchâtel pour un individu souhaitant se spécialiser dans le commerce de plantes médicinales.

¹ <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/P01508A.pdf>

² Canton de Fribourg, loi sur la santé précitée (art. 112 & 113).

³ https://www.gef.be.ch/gef/fr/index/direktion/organisation/kapa/publikationen/rundschreiben.assetref/dam/documents/GEF/KAPA/fr/RS_Drogerien_2017_defV_F_mit_Beilagen_Original_und_Unterschrift.pdf

La formation dispensée par l'École d'Alchémille comprend un volume horaire de 456 heures de cours réparties les weekends sur une durée de deux ans, avec une formation théorique à Sion et des stages pratiques (botanique et galénique) à Evolène. La formation de technicien en herboristerie est organisée comme suit en première année, sachant qu'une journée de formation débute à 9h10 et finit à 17h55 :

Modules	Nombre d'heures en première année
Plantes médicinales	6 jours (3 weekends : Plantes médicinales 1, Plantes médicinales 2, Plantes médicinales 3)
Botanique	6 jours (3 weekends : Botanique 1, Botanique 2, Botanique 3)
Huiles essentielles	2 jours (1 weekend)
Anatomie/physiologie	4 jours (2 weekends)
Nutrition/vitamines/oligo-éléments	2 jours (1 weekend)
Biochimie	2 jours (1 weekend)
Plantes toxiques	2 jours (1 weekend)
Stage de botanique et de galénique	7 jours

A ces huit modules s'ajoute la formation de 2^{ème} année, qui comprend deux modules supplémentaires : cueillette/culture et visites extérieures. Le Département de l'éducation, de la culture et du sport du canton du Valais reconnaît le diplôme de technicien en herboristerie délivré par l'École d'Alchémille par le biais d'une attestation de formation continue, laquelle ne lui confère pas de valeur légale ni ne constitue un certificat cantonal¹. Ce diplôme bénéficie néanmoins de la reconnaissance de la Fondation suisse pour les médecines complémentaires (ACSA) et du canton du Valais, la formation théorique étant dispensée sur son territoire.

3. La constitution de référentiels-métier et de formations professionnalisantes en Belgique et au Canada

En **Belgique**, une loi du 1^{er} mars 1948 a supprimé le diplôme d'herboriste. Dans l'exercice de son métier, l'herboriste doit respecter la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits ainsi que l'arrêté royal du 29 août 1997 relatif à la fabrication et au commerce de denrées alimentaires composées ou contenant des plantes ou préparations de plantes.²

¹ <http://www.alchemille.swiss/th.html>

² https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/consolidated_version_rd_29_august_1997_v10-02-2017_fr.pdf (version consolidée 2017).

Cet arrêté dresse la liste des « plantes dangereuses » qu'il est interdit de mettre dans le commerce en tant que denrées alimentaires et contient des dispositions concernant les plantes autorisées dans les compléments alimentaires sous forme pré-dosée. Il interdit également la mise dans le commerce sous forme non préemballée des compléments alimentaires qui contiennent des plantes ou des préparations de plantes.¹

En vertu de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, l'herboriste ne peut pas faire valoir « *les propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines* » des produits qu'il vend, ce qui en ferait des médicaments à usage humain. Les pharmaciens demeurent seuls habilités à délivrer des médicaments au public. L'arrêté précité sur les compléments alimentaires précise que dans l'étiquetage, la présentation et la publicité pour des compléments alimentaires, « *il est interdit d'attribuer au produit des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie et d'évoquer des propriétés similaires.* »²

Comme tout intervenant dans la chaîne alimentaire, l'herboriste doit être enregistré auprès de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire (AFSCA). En vertu de l'arrêté de 1997, l'activité d'herboriste est contrôlée par l'AFSCA et par les fonctionnaires de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (AFMPS).

En outre, a été créée en 2015 une Commission d'avis des préparations de plantes qui est chargée de conseiller les services publics fédéraux responsables de la santé publique, de la sécurité de la chaîne alimentaire et de l'environnement, sur les matières relatives à la fabrication, au commerce et à la composition des denrées alimentaires composées de ou constituées de plantes ou de préparations de plantes.³ La Commission a vocation à donner son avis au ministre fédéral de la santé publique sur ses projets d'arrêtés.

L'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises (IFAPME) pour la région wallonne et le Service formation pour les petites et moyennes entreprises (SFPME), pour la région bruxelloise proposent une formation professionnelle continue de chef d'entreprise herboriste répertoriée A 29.

¹ Art. 5, §2, arrêté royal du 29 août 1997 (version consolidée 2017) relatif à la fabrication et au commerce de denrées alimentaires composées ou contenant des plantes ou préparations de plantes.

² Art. 5 bis, 1°, arrêté royal de 1997 précité.

³ Art. 22ter, loi belge du 24 janvier 1977 précitée (article introduit par la loi du 17 décembre 2012 sur le bien-être animal, la santé des animaux et la protection de la santé des consommateurs).

Cette formation donne lieu à la délivrance d'un diplôme de formation de chef d'entreprise herboriste homologué par la Communauté française qui n'a toutefois pas d'équivalence avec les titres délivrés par le ministère de l'Enseignement. Elle prépare à l'exercice d'une fonction dirigeante dans une PME ou à l'exercice d'une profession indépendante. Elle s'adresse en principe aux personnes de plus de dix-huit ans titulaires du certificat d'enseignement secondaire supérieur (C.E.S.S.) général, technique ou artistique ou toute autre formation équivalente. Elle dure deux ans et est organisée ainsi :

Modules	Nombre d'heures 1^{ère} année	Nombres d'heures 2^{de} année
Botanique	24	24
Biochimie végétale	28	20
Herboristerie	94	76
Localisation, concept et aménagement d'une herboristerie	28	0
Anatomie et physiologie, diététique	40	40
Techniques de vente	0	10
Autocontrôle	0	10
Gestion d'une herboristerie	56	64
Suivi du projet d'entreprise	0	20
Visites extérieures en botanique et/ou herboristerie	0	16
Totaux	270	280
Stages	40	40

Le document du 14 avril 2008 relatif à la formation de chef d'entreprise herboriste A 29 de l'IFAPME et du SFPME contient un « référentiel métier » élaboré par un groupe de travail d'un peu plus d'une dizaine de formateurs ayant des spécialités diverses (herboristerie, botanique, pharmacie, nutrition, diététique, biologie, biochimie, anatomie, agronomie). Ce « référentiel métier » présente l'herboriste comme un professionnel du bien-être :

« En tant que détaillant, il assure le conseil et la vente de produits de bien-être, le plus souvent à base de plantes et de substances naturelles, voire issues de l'agriculture biologique. Il veille à répondre très précisément à la demande du client par le choix d'un produit adapté, tout en étant conscient des limites d'utilisation et des risques liés à une utilisation abusive (personnes à risques, autres médicaments, etc.). Le cas échéant, il est amené à dispenser des conseils d'hygiène de vie. Il participe à l'exposition attractive des produits en magasin et en vitrine. Dans un contexte plus large, l'herboriste peut être amené à récolter et transformer les plantes dans le respect des règles de sécurité, d'hygiène et de protection de l'environnement. Pour ce faire, il utilise les techniques de production adéquates et suit rigoureusement toutes les procédures de fabrication et de contrôle de la qualité ».

Au **Canada**, aucune province ou territoire ne dispose d'une réglementation de la profession d'herboriste. La régulation interne à la profession prévaut.

Toutefois, les autorités publiques fédérales ont reconnu un statut particulier aux produits de santé naturels (PSN), catégorie distincte des produits alimentaires et des médicaments, régis par le règlement sur les aliments et les drogues.¹

Santé Canada, l'agence fédérale de santé, a préparé en concertation avec les herboristes et les pharmaciens un règlement sur les PSN², entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004. Le règlement couvre la vente, la fabrication, l'emballage, l'étiquetage, l'importation pour la vente, la distribution et l'emmagasinage des PSN.³ Son application est placée sous le contrôle de Santé Canada, plus particulièrement de sa Direction des produits de santé naturels et sans ordonnance (DPSNSO). En vertu de ce règlement (Définitions, paragraphe 1), un produit de santé naturel est un remède traditionnel⁴, un remède homéopathique, une substance ou une combinaison

¹ C.R.C., ch. 870b (version du 24 avril 2018) pris en application de l'art. 30 (1) de la loi sur les aliments et les drogues (1985), ch. F-27.

² Règlement sur les produits de santé naturels, DORS/2003-196, dernière modification du 4 avril 2018 <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/SOR-2003-196.pdf>

³ Sect. 2 (1), Règlement PSN précité.

⁴ Santé Canada définit les remèdes traditionnels comme la totalité des connaissances, des compétences et des pratiques fondées sur des théories, des croyances et des expériences dans différentes cultures, qu'elles soient expliquées ou non, et utilisées dans le maintien de la santé et dans la prévention, le diagnostic, l'amélioration ou le traitement de maladies physiques et mentales. Le remède traditionnel doit avoir été utilisé pendant plus de cinquante années consécutives.

de substances telles que plantes, algues, bactéries, champignons, vitamines, acide aminé, acide gras, minéral ou probiotique. En outre, le produit de santé naturel doit être « fabriqué, vendu ou présenté avec l'objectif de pouvoir servir :

- au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes chez l'être humain ;
- à la restauration ou à la correction des fonctions organiques ;
- à la modification des fonctions organiques, de manière à maintenir ou à promouvoir la santé. »¹

Toutefois, dès lors qu'elle est inscrite sur la liste des médicaments délivrés obligatoirement sur ordonnance conformément au règlement sur les aliments et les drogues, une substance ou une combinaison de substances ne peut être considérée comme un produit de santé naturel, même si elle satisfait les critères précédents.² Seuls les pharmaciens et praticiens habilités par les lois provinciales peuvent vendre un produit appartenant à la liste des médicaments sur ordonnance.³

En 2006 ont été instituées des licences de mise en marché obligatoires, sans lesquelles un PSN ne peut être vendu sur le territoire canadien.⁴ Octroyées par le ministre de la santé après instruction de Santé Canada, elles sont similaires aux autorisations de mise sur le marché européennes. En outre, un fabricant ou un importateur de PSN doit détenir une licence d'exploitation.⁵ La licence de mise sur le marché porte sur le produit, la licence d'exploitation porte sur la personne physique ou morale qui entend exercer certaines activités sur un produit homologué (fabrication, emballage, étiquetage et importation). Enfin, il est interdit de vendre au détail un PSN qui ne serait pas étiqueté et emballé conformément à la réglementation.⁶

Les herboristes doivent respecter le règlement PSN, qui couvre les plantes médicinales. S'est constituée en 1995 au Québec la Guilde des herboristes, une association professionnelle qui s'assure auprès de ses membres de la compréhension et de la connaissance des risques liés à la pratique de l'herboristerie, ainsi que du respect de la réglementation en vigueur. On trouve des associations similaires dans les autres provinces, notamment en Ontario et en Colombie britannique. Elles développent leur propre code de déontologie et leur système de formation et d'accréditation. Au niveau fédéral, on signalera également l'existence du Conseil canadien des Associations d'herboristes (*Canadian Council of Herbalist Associations*).

¹ Sect. 1 Définitions et Annexe 1, Règlement PSN.

² Sect. 2 (2), Règlement PSN.

³ Sect. C.01.041 (1) du Règlement sur les aliments et les drogues.

⁴ Sect 4 (1), Règlement PSN.

⁵ Sect 27 (1) Règlement PSN.

⁶ Sect 86 (1) Règlement PSN.

Il existe au Québec trois écoles agréées par la Guilde des herboristes dans le domaine de la formation des herboristes :

- **l'Herbothèque** : y sont proposées des formations en herboristerie, chaque niveau nécessitant que soient acquises les connaissances des cours du niveau précédent : herboriste familial (350 heures), herboriste traditionnel (1 442 h), herboriste thérapeute - naturopathe (2 229 h), herboriste clinicien - naturopathe (2 859 h), herboriste clinicien ayurvédique - naturopathe (3 339 h) ;
- **Flora Medicina** : on y propose un enseignement en herboristerie clinique dispensé exclusivement à **distance**, via les plateformes Moodle ou Drupal¹ ;
- **L'Académie Herboliste à Montréal**, où « un cumul de cours mène à un certificat, un cumul de certificats mène à un diplôme sur mesure et un cumul de diplômes sur mesure mène à un diplôme expert. »² Deux diplômes professionnels en herboristerie, ainsi que deux diplômes experts en herboristerie y sont proposés. Ils sont organisés sur un à trois ans à temps partiel pour les diplômes professionnels et sur trois ou quatre années d'études à temps complet pour les diplômes experts.

Pour donner un exemple, la maquette du diplôme expert d'Herboriste praticien aromathérapeute naturothérapeute de l'Académie herboliste est la suivante :

Numéro et titre des certificats requis	Crédits	Pondération des heures	
		Cours magistraux	Travaux de recherche
Prérequis	15	180	150
Pharmacologie végétale	5	60	50
Anatomie	19	216	202
Plantes médicinales	28	336	280
Aromathérapie	13.5	162	135
Naturothérapie	6	72	60
Thérapie florale	3	36	30
Nutrition	4.5	51	45
Fabrication des produits thérapeutiques	2	24	20
Art de communiquer	4	48	40
Culture biologique de plantes médicinales	5	60	50
Travail de fin d'études (herboriste praticien)	2	0	44

¹ <https://www.floramedicina.com/entree-des-etudiantes>

² <http://www.academieherboliste.com/cours-professionnels/>

En clôture de 2 351 heures d'études, ce diplôme permet de recevoir des personnes en consultation individuelle, de démarrer une entreprise d'herboristerie, d'enseigner ou de travailler dans tout secteur connexe.

Après obtention de l'un des diplômes dispensés dans ces écoles, le jeune diplômé en herboristerie peut déposer une demande d'accréditation auprès de l'aile professionnelle de la Guilde des herboristes. Après une étude du dossier, un entretien avec trois accréditrices et la réussite de l'examen prévu par la Guilde, le jeune diplômé peut être intégré à la liste des herbo-thérapeutes agréés par la Guilde des herboristes.

LA PLACE DES JURÉS POPULAIRES DANS LE PROCÈS PÉNAL

À la demande de la commission des lois, la division de la législation comparée a mené une recherche sur la place des jurés populaires dans le procès pénal sur un échantillon de huit pays, l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

1. L'absence de toute participation populaire à l'administration de la justice aux Pays-Bas

Les **Pays-Bas**, hormis très brièvement sous la domination française à l'époque napoléonienne, n'ont jamais connu de jurys populaires ou d'autres formes de participation du peuple à l'administration de la justice. En particulier, les affaires pénales de tout ordre sont traitées et décidées uniquement par des magistrats professionnels.¹

Trois types de formations de jugement peuvent être constitués dans les tribunaux néerlandais de première instance en fonction de la gravité de l'infraction pénale. Les contraventions (*overtredingen*) ainsi que certains délits (*misdriften*) très particuliers comme le braconnage (*stroperij*) sont décidés par le juge cantonal (*kantonrechter*) dont la compétence très étendue et mixte s'étend aussi à des affaires civiles et tous les litiges individuels du travail. Il appartient à une chambre à part du tribunal et juge seul.² En principe, les délits³ sont traités par un juge unique, le juge de police (*politierechter*), ou par la chambre collégiale (*meervoudige kamer*) du tribunal composée de 3 magistrats.⁴ Le juge de police a en principe à connaître des affaires que le procureur considère comme simple et pour lesquelles il ne requiert pas plus d'un an de prison. Le juge de police ne peut infliger une peine de prison supérieure à un an. Toutefois, il peut décider de renvoyer l'affaire devant la chambre collégiale s'il le juge nécessaire.⁵ Le juge de police est compétent par exemple en matière de vol simple, de recel (*heling*), de menaces, d'escroquerie simple (*oplichting*).

¹ On peut remarquer qu'aux Pays-Bas, la justice du travail est également entièrement rendue par des magistrats professionnels, sans même d'échevinage.

² Art. 382, code de procédure pénale néerlandais (*Wetboek van strafvordering – Sv*) du 15 janvier 1921.

³ Le droit pénal néerlandais ne fait pas la distinction entre crime et délit.

⁴ Art. 45 & 51, loi sur l'organisation judiciaire (*Wet op de rechterlijke organisatie – Wet RO*) du 18 avril 1827.

⁵ Art. 368 & 369 *Sv* précité.

2. Le modèle pur retenu en Espagne, aux États-Unis et au Royaume-Uni : un jury populaire seul compétent pour déterminer la culpabilité et un juge professionnel décidant de la peine

L'organisation des juridictions pénales¹ au **Royaume-Uni** (Angleterre-Pays de Galles) peut paraître inhabituelle. Toutes les affaires pénales débutent devant une *Magistrates' Court*, où elles sont entendues soit par un collège de 2 ou 3 *magistrates* appelés également *Justices of the Peace* (juges de paix), soit par un *district judge* siégeant seul dans les affaires plus complexes. N'intervient alors jamais de jury.

Les *magistrates* ne sont cependant pas des juges professionnels à la différence des *district judges* : les *magistrates* sont des profanes nommés par le Lord Chancellor sur recommandation de comités locaux. Ils ne sont pas nécessairement titulaires de diplômes en droit mais reçoivent une formation, sont placés sous la supervision d'un mentor et sont régulièrement évalués. Ils ne sont pas rémunérés mais indemnisés pour leurs frais. Les *district judges* sont des juges professionnels rémunérés. Ils doivent disposer d'une expérience d'au moins sept ans comme avocat (plaideur – *barrister* ou conseil – *solicitor*).

Les *Magistrates' Courts* traitent de l'ensemble des *summary offences*, c'est-à-dire des infractions peu graves, punies à de faibles peines et prescrites au bout de six mois généralement. Les peines infligées ne peuvent aller au-delà de six mois d'emprisonnement et une amende dont le montant longtemps limité à 5 000 £ est depuis mars 2015 à la discrétion de la cour sans plafond.² On parle de contraventions au code de la route, d'ivresse sur la voie publique, de racolage, etc.

En outre, elles peuvent être compétentes en partie pour certaines infractions plus graves telles que certaines agressions ou certains vols simples. Ces infractions ont la particularité de pouvoir être soumises à deux procédures concurrentes (*triable either-way offences*) : soit devant une *Magistrates' Court* sans jury, soit devant la *Crown Court* par un jury. Si l'accusé plaide coupable d'une infraction *either-way* alors il est automatiquement jugé par une *Magistrates' Court*. S'il plaide non-coupable alors il ne sera jugé par une *Magistrates' Court* qu'à la double condition qu'il en fasse le choix en rejetant la faculté d'être jugé par un jury devant la *Crown Court* et que la *Magistrates' Court* du ressort admette sa propre compétence.

¹ On laisse de côté dans la présente note la question des affaires civiles, où des jurys sont convoqués uniquement dans des cas de diffamation, d'emprisonnement abusif, de poursuites abusives ou de fraude. Le jury décide alors de la responsabilité des parties (*liable/not liable*) et fixe le montant des éventuels dommages et intérêts.

² Section 85, *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, entrée en vigueur le 12 mars 2015. Cependant, l'amende doit tenir compte à la fois de la gravité de l'infraction et des moyens financiers du condamné. Elle est aussi encadrée par les lignes directrices pour la détermination des sentences du ministère de la Justice.

En revanche, les *Magistrates' Courts* transmettent systématiquement les affaires graves à la *Crown Court*, qui constitue théoriquement une entité unique quoique déconcentrée en 77 antennes. Cela concerne automatiquement toutes les *indictable offences* qui donnent lieu à l'établissement d'un acte d'accusation formel (*indictement*) après audience préliminaire. Ces infractions sont les plus graves : trahison, homicide volontaire, agression à main armée, vol avec violence, viol notamment. Elles sont plus sévèrement punies et sont en principe imprescriptibles.

Si l'accusé plaide coupable, il reçoit directement sa peine d'un juge professionnel de la *Crown Court* siégeant seul. Un jury est constitué au sein de la *Crown Court* dès lors que l'accusé plaide non-coupable et que :

- soit l'infraction entre dans la catégorie la plus grave des *indictable offences* ;
- soit l'infraction fait partie des *triable either-way* et l'accusé a choisi d'être jugé par un jury.

Des textes de lois encadrent la formation et les compétences des jurys, en particulier le *Juries Act* de 1974 et le *Criminal Justice Act* de 2003. Le jury est composé de 12 membres en Angleterre et au Pays-de Galles.¹ Les jurés décident seuls des questions de fait et de la culpabilité, tandis que le juge qui préside l'audience décide des questions de droit et de procédure et fixe la peine seul. Le verdict de culpabilité ou de non-culpabilité nécessite une majorité d'au moins 10 jurés sur 12.² Si une telle majorité n'est pas atteinte dans un sens ou dans l'autre, le jury est considéré comme indéterminé (*hung jury*) et le ministère public peut ordonner la tenue d'un nouveau procès avec un autre jury (*retrial*). Les délibérations secrètes du jury doivent durer le temps que la cour estime raisonnable au regard de la nature et de la complexité de l'affaire et en tout état de cause, la *Crown Court* ne peut accepter de verdict si les délibérations ont duré moins de deux heures.³ La confidentialité des délibérations s'étend au-delà du verdict et de la dissolution du jury, à la différence des États-Unis. Une fois le verdict prononcé, le jugement ne peut être suspendu ou renversé pour des motifs liés à la convocation ou la sélection des jurés ou au fait qu'un juré ne soit pas légalement qualifié ou n'était pas en mesure d'exercer son office.⁴

¹ En Écosse, il comprend 15 membres.

² Sect. 17 "Majority verdicts", *Juries Act* 1974.

³ *Ibid.*

⁴ Sect. 18 "Judgements: stay or reversal", *Juries Act* 1974. Les motifs de contestation liés au jury peuvent toutefois être soulevés, si l'irrégularité a fait l'objet d'une objection au cours du procès sans être corrigée.

Il est interdit expressément aux jurés, entre leur prestation de serment et le verdict, de faire la moindre recherche personnelle ou de se procurer intentionnellement la moindre information sur l'affaire en dehors de ce qui leur est présenté à l'audience. Il s'agit d'une infraction pouvant être punie de 2 ans d'emprisonnement et d'une amende. Cela couvre des informations sur le juge, un témoin ou les parties à l'affaire, sur le droit au fond et sur la procédure applicable. Toutes leurs demandes doivent passer par le juge qui y répond.¹

Les jurés doivent répondre à la convocation de la Cour. Les motifs de disqualification ou d'excuse sont strictement limités. Sous l'empire du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015, qui a amendé le régime précédent, est qualifiée pour servir comme juré toute personne :

- âgée de 18 à 76 ans ;
- inscrite sur les listes électorales pour les élections parlementaires ou locales ;
- ayant résidé ordinairement au Royaume-Uni sur une période d'au moins cinq ans depuis ses 13 ans et qui ne souffre pas d'une maladie mentale.²

Il convient de remarquer qu'en Angleterre et au Pays de Galles, des citoyens de l'Union européenne ou du Commonwealth dès lors qu'ils remplissent la condition d'inscription sur les listes électorales – pour les élections locales – et la condition de résidence peuvent être appelés à faire partie d'un jury. Les jurés ne sont donc pas obligatoirement de nationalité britannique. Cela distingue nettement le Royaume-Uni des autres pays de l'échantillon et même de beaucoup d'États dans le monde. Le seul autre exemple comparable trouvé par la division de la législation comparée est la Nouvelle-Zélande. Malgré des débats sur cette question, l'Irlande au contraire disqualifie les résidents qui ne sont pas citoyens irlandais.

Outre les personnes dont la santé mentale est altérée, sont disqualifiées les personnes libérées sous caution, celles qui ont été condamnées à une lourde peine de prison d'au moins cinq ans et celles qui à n'importe quel moment dans les dix dernières années ont purgé une peine de prison, ont condamnées à de la prison avec sursis ou ont été soumises à certaines mesures comme un programme de réhabilitation ou de désintoxication aux drogues.³ Les participants au système pénal au sens large (juges, avocats, policiers,...) longtemps considérés comme ne pouvant être appelés à siéger dans un jury doivent depuis le *Criminal Justice Act* de 2003 répondre aux convocations comme tout un chacun. Les personnes handicapées ou ne maîtrisant pas suffisamment l'anglais peuvent être

¹ Sect. 20 A "Offence: research by jurors", *Juries Act 1974*, inséré par le *Criminal Justice and Courts Act 2015*.

² Sect. 1 « Qualification for jury service », *Juries Acts 1974*. Jusqu'en 2015, l'âge limite était fixé à 70 ans.

³ Sch. 1, Part 2, *Juries Act 1974*, version issue de Sch. 33 (15), *Criminal Justice Act 2003*.

disqualifiées sur décision du juge présidant l'audience après que la personne lui a été présentée.¹ Des excuses peuvent être accordées aux personnes qui ont déjà exercé comme juré dans les deux dernières années ou pour les militaires dans l'intérêt du service.² Les excuses discrétionnaires pour convenance personnelle sont sévèrement contrôlées par le *Jury Central Summoning Bureau*.³

La liste des personnes convoquées n'est pas encore la liste des membres du jury, puisqu'elles peuvent faire l'objet d'une récusation (*challenge*). Il n'est désormais plus possible au Royaume-Uni, ni pour la défense, ni pour l'accusation, de procéder à une récusation discrétionnaire (*peremptory*).⁴ C'est une différence nette avec les États-Unis. Toutes les demandes doivent être motivées par un biais particulier du juré contesté et décidées par le juge qui préside l'audience.⁵

Pouvoir choisir d'être jugé par un jury en cas d'accusation criminelle est considéré comme un droit fondamental. Toutefois, il existe des cas très restreints où ce droit est levé. Depuis 2004, certaines affaires de fraude ou d'interférence délictueuse dans les travaux du jury pour manipuler le verdict (*jury tampering* – par exemple corruption de jurés) peuvent être jugées par un juge de la *Crown Court* siégeant seul sans jury.⁶ Dans ce cas, le procureur doit en faire la demande et cette requête doit être validée par le juge compétent de la *Crown Court*. Cette procédure reste très peu usitée.⁷ De même les actes de nature terroriste, depuis les événements d'Irlande du Nord dans les années 1970, sont jugés par un juge de la *High Court* sans jury.

Enfin, l'appel des décisions de la *Crown Court* est décidé par la chambre criminelle de la *Court of Appeal* où décideront trois juges professionnels.

¹ Sect. 9B & 10, *Juries Act 1974*.

² Sect. 9, *Juries Act 1974*.

³ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/709844/jury-summons-guide-eng.pdf

⁴ En Angleterre et au Pays de Galles, le *Criminal Justice Act* de 1988 a mis fin aux récusations discrétionnaires. L'Irlande du Nord les a conservées jusqu'en 2007.

⁵ Sect. 12 « Challenge », *Juries Act 1974*.

⁶ Sect. 43 & 44, *Criminal Justice Act 2003*.

⁷ La première affaire remonte à *R v Twomey and Others* (2009). Il s'agissait de rejurer un braquage à main armée alors que le premier procès s'était effondré après une tentative de subornation de juré. La décision du juge de la *Crown Court* de ne pas constituer de jury a été validée par la *Court of Appeal* (conclusions Lord Judge).

La présente note ne tentera pas de présenter le système pénal et l'organisation judiciaire des **États-Unis**, qui sont extrêmement complexes. On se contentera de rappeler quelques éléments qui permettent de cerner la difficulté. Premièrement, la justice pénale américaine est massivement déconcentrée, voire selon certains commentateurs « désagrégée géographiquement et fonctionnellement »¹. La compétence principale en matière de justice criminelle revient aux États fédérés et non au gouvernement fédéral. Par conséquent, le droit pénal matériel, aussi bien la définition des infractions que les peines, le détail des procédures et les politiques pénales varient très significativement d'un État à l'autre, chacun disposant de ses normes constitutionnelles et légales propres en la matière, ainsi que de ses règles de procédure propres, qui se superposent aux normes fédérales. Il faut aussi tenir compte d'une intrication entre cours fédérales et cours étatiques. La plupart des infractions pénales (*crimes, offenses*) sont des infractions étatiques et non fédérales et elles sont jugées par des cours étatiques, à moins d'un privilège de juridiction des cours fédérales. Il ne faudrait pas penser que chaque État dispose des mêmes cours étatiques. En réalité, chaque État organise son propre système judiciaire comme il l'entend dès lors que les droits minimaux garantis par la Constitution fédérale sont respectés.

Nous n'essaierons pas d'aller plus loin dans la présentation ni de l'architecture du système, ni des différences de compétences entre cours fédérales et cours des États. On ne s'intéressera pas non plus aux compétences des jurys en matière civile, notamment sur les questions de responsabilité (*tort law*).² On considérera les principes du fonctionnement d'une *trial court*, d'une cour criminelle avec jury, sans se soucier qu'elle soit fédérale ou étatique sauf précision contraire. On considérera avant tout les règles générales applicables aux jurys, en application de la Constitution américaine et de la jurisprudence de la Cour Suprême.

Le Sixième amendement à la Constitution des États-Unis garantit à tout personne poursuivie au pénal le droit à un procès rapide et public par un jury impartial. Il est possible de renoncer à exercer ce droit. Les contours et les modalités d'exercice de ce droit sont précisés devant chaque juridiction par des instruments légaux fédéraux ou étatiques et par la jurisprudence fédérale et étatique. Les règles fédérales de procédure pénale reprennent le principe du jugement par un jury de 12 personnes et la possibilité d'être jugé sans juré avec l'accord des parties et après renoncement écrit.³

¹ Carol S. Steiker (Harvard Law School), "Criminal procedure", in Tushnet, Graber, Levinson, The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, OUP, 2015, pp. 651-654.

² Le droit au jury en matière civile est garanti par le Septième Amendement à la Constitution américaine.

³ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 23. Douze est le nombre classique mais le nombre de jurés peut être inférieur, soit en raison de décharge ou de décès d'un juré, soit dès la constitution du jury en fonction de la gravité de l'infraction. Si les lois de l'État le prévoient et si l'infraction n'est pas trop grave, la Cour suprême considère que le nombre de jurés peut descendre jusqu'à 6 sans enfreindre de droit constitutionnel. Cf. Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970) ; Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223 (1978) contre un verdict de culpabilité unanime obtenu par un jury de 5 jurés.

Comme alternative, l'accusé peut demander à être jugé par un juge unique (*bench trial*) ou choisir la négociation d'une peine avec l'accusation (*plea bargain*). La pression de l'accusation pour obtenir un plaider-coupable et une peine négociée est aujourd'hui tellement forte que la doctrine a pu parler de disparition du jury. Au plan national, à la fois devant les cours des États et les cours fédérales, 95 % des personnes condamnées pour crime (*felony*) le sont sur plaider coupable sans procès, sans jury.¹

Le droit d'être jugé par un jury de ses pairs ne s'applique obligatoirement qu'aux infractions passibles d'une peine supérieure à six mois d'emprisonnement en vertu de la jurisprudence de la Cour suprême.² Le droit au jury est réservé aux infractions considérées comme les plus graves, toutes les *felonies* et les plus graves *misdemeanors*. En général, à la fois au niveau fédéral et dans de nombreux États, les *felonies* sont des infractions punissables de la peine de mort ou d'une peine de prison supérieure à un an.³

Il faut distinguer le *grand jury* et le jury qui doit se déterminer sur les faits et le verdict de culpabilité au cours du procès (*petit jury, trial jury*). Dans le système fédéral et environ la moitié des États (Californie, Floride, Illinois, Texas, etc.), une accusation de *felony* est en principe approuvée par un grand jury constitué de jurés différents de ceux qui assisteront au procès et qui doivent établir s'il y a des raisons probables (*probable cause*) de croire que le défendeur a commis le crime. Dans les autres cas, un juge doit approuver tous les chefs d'accusation en audience préliminaire.

Pour pouvoir être légalement appelé à servir comme juré devant les cours fédérales (*District Courts*), il faut remplir les conditions suivantes :

- être un citoyen des États-Unis ;
- être âgé de plus de 18 ans ;
- avoir sa résidence principale dans le ressort depuis au moins un an ;
- maîtriser suffisamment l'anglais ;
- ne pas présenter de maladie ou de handicap physique ou mental qui entraverait le bon exercice de la fonction ;
- ne pas être poursuivi pour *felony* ;
- ne jamais avoir été condamné pour *felony*.

¹ Cf. *Statistiques fédérales citées par Carol S. Steiker (Harvard Law School), op. cit. , p. 659.*

² *Schick v. United States, 195 U.S. 65 (1904); District of Columbia v. Clawans, 300 U.S. 617 (1937) ; Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 154 (1968) ; Lewis v. United States, 518 U.S. 322 (1996).*

³ 18 U.S. Code § 3559 au niveau fédéral.

Sont exemptés, sans exception, les membres des forces armées en service actif, les membres des corps des pompiers et des forces de police, toute personne titulaire d'une charge publique au niveau fédéral, d'un État fédéré ou local. Il est possible d'être excusé par la cour mais chaque *District court* fixe sa propre politique en la matière. En général, peuvent être excusées les personnes de plus de 70 ans, celles qui ont servi dans un jury fédéral dans les deux dernières années, les pompiers volontaires et les membres de services d'urgences.¹

Les États fédérés ont adopté des règles de qualification et d'exemption des jurés globalement convergentes, quoique diverses dans le détail, pour leurs propres *trial courts*.²

Les jurés convoqués pour un procès sont soumis à une procédure d'examen et de récusation poussée, appelée *voir-dire*. Cette procédure, où le juge et les parties interrogent chacun des jurés sur son parcours et ses opinions, est considérée comme un élément essentiel pour la constitution d'un jury impartial. Les demandes de récusation de la défense et de l'accusation peuvent être motivées ou discrétionnaires. Dans ce dernier cas, la cour excuse automatiquement le juré récusé. Le nombre de récusations discrétionnaires est plafonné, les plafonds variant selon les États et selon la gravité de l'infraction. Ainsi au niveau fédéral, pour un crime pour lequel le gouvernement requiert la peine de mort, 20 récusations de chaque côté sont autorisées. Pour un crime passible d'au moins un an d'emprisonnement, la défense a droit à 10 récusations discrétionnaires et l'accusation à 6. Pour les autres infractions, chaque partie a droit à 3 récusations.³ Toutefois, la Cour Suprême a imposé une règle de non-discrimination si bien qu'une partie ne peut récuser un juré uniquement à raison de sa race ou de son sexe.⁴

Lorsqu'ont été présentées toutes les preuves et entendus les témoins et les conclusions des parties, les membres du jury se réunissent seuls à huis clos pour délibérer après avoir reçu les instructions du juge. Ces instructions concernent les éléments matériels de l'infraction, les définitions juridiques, les moyens de défense admissibles (soit en justification, soit en excuse) et la charge de la preuve. Les instructions contiennent à la fois des modèles-types publiés par les cours d'appel, des éléments demandés expressément par l'accusation et la défense et la façon propre dont le juge comprend le droit applicable.⁵ Le jury délibère ensuite pour établir les faits et répondre à tous les chefs d'accusation par un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. La plupart des juridictions demandent que le verdict soit atteint à

¹ <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/juror-qualifications>

² Pour l'exemple du Texas, en application de *Texas Government Code*, Sect. 62.102 & 62.106 cf. <http://www.plano.gov/363/Juror-Qualifications-Exemptions>

³ *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 24.

⁴ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986) ; *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127 (1994). En particulier, cela implique qu'il n'est plus permis de constituer des jurys "monoraciaux" contre une certaine tendance dans les États du Sud à constituer des jurys exclusivement « blancs ».

⁵ *Guyora Binder, Criminal Law, OUP, 2016, p. 54.*

l'unanimité.¹ Si le verdict ne peut être atteint en raison du désaccord du jury, le juge déclare l'échec du procès (*mistrial*) et le procureur peut demander à ce que les charges soient réexaminées au cours d'un nouveau procès. Lorsque le verdict est prononcé publiquement par le premier juré (*foreman*), la défense peut demander au juge de rendre un jugement contraire en arguant qu'aucun jury ne pouvait avoir atteint ce verdict au-delà du doute raisonnable sur la base des preuves présentées. C'est surtout un moyen pour préserver les capacités d'appel.

Une fois le verdict rendu, il revient au juge de prononcer la sentence au cours d'une audience distincte. Certaines juridictions ont adopté des lignes directives strictes pour la détermination de la peine, qui contraignent le juge. Le jury n'intervient dans la détermination de la sentence que dans certains cas particuliers. La Cour Suprême a imposé que ce soit le jury qui décide des circonstances aggravantes entraînant l'application de la peine de mort² et en général de toute peine supérieure à la peine maximale légale³. En particulier, le juge ne peut pas simplement s'appuyer sur un verdict de culpabilité pour un homicide volontaire et déterminer lui-même que les circonstances de l'infraction justifient l'application de la peine de mort. Il doit avoir demandé au jury dans ses instructions de se prononcer sur la présence de circonstances aggravantes entraînant l'application de la peine de mort. Cela revient à faire intervenir le jury dans l'application de la peine capitale.⁴

On doit aussi tenir compte du fait qu'il peut arriver que le jury ne suive pas les instructions du juge et s'écarte même de la loi pour acquitter un accusé sans tenir compte des preuves présentées. On parle d'annulation de la loi par le jury ou *jury nullification*.⁵ L'accusation ne peut faire appel sur ce seul fondement. Les cas sont très rares. Les instructions du juge tendent à prescrire aux jurés de suivre la loi strictement telle qu'il la leur a décrite et elles n'ont pas à contenir d'informations sur le pouvoir d'appréciation souverain du jury. Au moment du *voir-dire*, un juré peut être récusé s'il admet connaître la possibilité de *nullification*.

¹ Cf. au niveau fédéral, Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 31 et pour l'exemple du Texas, Code of Criminal Procedure, Ch. 37.

² *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004). La Cour Suprême a considéré sur le fondement du VI^{ème} amendement que les circonstances aggravantes constituaient des éléments de fait qui étaient de la compétence du jury et non du juge de la procédure et de la sentence.

³ *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

⁴ Dans certains rares États comme le Texas, le rôle du jury dans la détermination de la sentence est plus étendu et commun.

⁵ On parlera de « jury equity » au Royaume-Uni. Cf. l'affaire William Penn en 1670 sur la liberté religieuse des Quakers. Le premier cas aux États-Unis est intervenu lors de l'affaire John Peter Zenger en 1735 pour protéger la liberté de la presse alors que le journal de l'accusé attaquait violemment le Gouverneur de New York et l'autorité de la Couronne.

En Espagne, l'article 125 de la Constitution de 1978 énonce le principe que « les citoyens peuvent participer à l'administration de la justice par l'institution du jury, sous la forme et pour les procès à caractère pénal déterminés dans la loi ». Cette disposition constitutionnelle a été complétée et dotée d'effet en 1995 seulement avec l'entrée en vigueur de la loi organique constituant le tribunal du jury (LOTJ) sur le modèle anglo-saxon.¹ Cette loi organique a été modifiée d'abord lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en novembre 1995 puis lors de sa modification en 2015, qui a conduit à dépénaliser les contraventions (*faltas*) et à ne plus reconnaître que les délits (*delitos*) comme seul type d'infractions pénales.

Le *Tribunal del Jurado* est compétent pour quatre sortes de délits :

- délits contre les personnes ;
- délits commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ;
- délits contre l'honneur ;
- délits contre la liberté et la sécurité (art. 1^{er} LOTJ).

Avant la réforme pénale de 2015, le *Tribunal del Jurado* était également compétent pour traiter des incendies volontaires mais le législateur a estimé qu'au vu de leur complexité, les feux et incendies feront l'objet d'une instruction et d'un jugement menés par des tribunaux professionnels.²

À l'intérieur de ces quatre catégories, la compétence du *Tribunal del Jurado* est expressément limitée à certaines infractions comme les homicides, les menaces de mort, la non-assistance à personne en danger, la violation de domicile, les fautes graves des fonctionnaires en matière de conservation de documents publics ou de détention de prisonniers, la corruption, le trafic d'influence et le détournement de fonds publics. Le préambule de la loi organique de 1995 précise qu'ont été retenues des infractions qui, *a priori*, ne sont pas trop complexes et dont les éléments juridiques sont susceptibles d'être compris par tous les citoyens. On ne trouve dans cette liste aucun délit à caractère sexuel, exclus lors des débats d'adoption, traités par des tribunaux professionnels. Ne sont pas non plus de la compétence du jury populaire les faits de terrorisme, de crime organisé, de trafic de stupéfiants, de faux-monnayage ou les délits contre la Couronne, qui sont du ressort d'un tribunal central de Madrid, la *Audiencia Nacional*.³

Le *Tribunal del Jurado* est composé de 9 jurés et d'un magistrat professionnel faisant office de président qui dirige les débats (art. 2 LOTJ). Les jurés, via le magistrat, peuvent interroger par écrit les témoins, les experts et les accusés afin de clarifier des faits. Ils peuvent examiner les documents et autres pièces à conviction. S'il y a une inspection des lieux où ont été perpétrés les actes, les jurés y sont conviés.

¹ Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado (LOTJ) du 22 mai 1995.

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ J. Martínez Jiménez, Derecho procesal penal, Tecnos, 2017.

Une fois la phase orale du procès achevée, les preuves ayant été présentées et les témoignages entendus, le président récapitule toute l'affaire par oral aux jurés en leur rappelant leurs fonctions et soumet par écrit aux jurés populaires les questions sur lesquelles ils doivent se prononcer. Le jury se retire pour délibérer à huis-clos et en secret, sans magistrat. Les jurés désignent un porte-parole. Ils ne peuvent communiquer avec l'extérieur avant d'avoir rendu de verdict. Si l'un des jurés a un doute sur l'un des aspects faisant l'objet du verdict, il peut demander que le président vienne expliciter ses instructions ; la comparution du magistrat a alors lieu en séance publique en présence du procureur et de toutes les parties. Le magistrat peut lui-même provoquer cette rencontre si, après deux jours de délibérations, le jury n'a toujours pas rendu son verdict.¹

Le porte-parole soumet au vote l'ensemble des questions du verdict transmises par le président. Tous les jurés ont l'obligation de voter, que leur vote soit positif ou négatif. Ils ne peuvent pas s'abstenir. Ils votent oralement, par ordre alphabétique, sur chacun des faits puis sur la culpabilité. Les votes sur la réalité des faits sont décidés à la majorité de 7 voix sur 9. Il faut 5 voix sur 9 pour conclure à leur inexistence. Les votes sont réouverts jusqu'au franchissement d'un des seuils. Puis, de la même manière, pour établir la culpabilité, 7 voix sur 9 sont nécessaires et pour établir l'innocence (*inculpabilidad*), 5 voix sur 9 sont demandées. Lorsque le verdict désigne l'accusé comme coupable, le jury se prononce également sur un éventuel sursis ou demande de grâce (*petición de indulto*). Il est nécessaire de réunir 5 voix pour en faire bénéficier l'accusé.²

Une fois les votes conclus, le porte-parole rédige les réponses du jury aux différentes questions. Si l'accusé est désigné coupable, le verdict des jurés doit présenter les raisons pour lesquelles ils ont ainsi décidé. Le président convoque alors les parties pour que le verdict puisse être lu en séance public par le porte-parole. Le magistrat peut retourner le procès-verbal au jury si le jury ne s'est pas prononcé sur tous les faits ou n'a pas répondu à tous les chefs d'accusation pour tous les accusés, si la majorité n'a pas été atteinte pour l'un des chefs d'accusation, si les réponses du jury sont contradictoires ou si un vice de procédure a été constaté. Si le président retourne plus de trois fois l'acte du verdict au jury, ce dernier est dissous.³

¹ Art. 54 à 57, LOTJ 1995 précitée.

² Art. 58 à 60, LOTJ 1995 précitée.

³ Art. 61 à 65, LOTJ 1995 précitée.

Si l'accusé est déclaré « non-coupable » par le jury populaire, le magistrat-président prononce l'acquittement et la remise en liberté immédiate de l'accusé. Si l'accusé est déclaré « coupable », la peine est déterminée par le magistrat-président après consultation du ministère public et des parties. Si le jury s'est prononcé en faveur d'une peine avec sursis, le magistrat doit en tenir compte.¹

La fonction de juré est indemnisée et rémunérée car elle constitue un devoir civique personnel.² Pour être juré, les citoyens doivent remplir certaines conditions :

- être de nationalité espagnole ;
- être majeur ;
- être en possession de leurs droits civils et politiques ;
- savoir lire et écrire ;
- au moment de la désignation habiter une commune de la province où a eu lieu le délit ;
- être en pleine possession de ses moyens. Les personnes handicapées ne sont pas exclues de la fonction de juré³ puisqu'il est du devoir de l'Administration de la Justice de mettre à leur disposition les moyens nécessaires pour qu'elles puissent assurer leur fonction (art. 8 LOTJ).

Outre l'exclusion de personnes déjà condamnés pour un délit intentionnel ou contre lesquelles des poursuites sont engagées, de nombreuses incompatibilités sont prévues. Ne peuvent notamment assurer la fonction de juré les titulaires de charges et offices publics (roi, ministres, parlementaires, élus des communautés autonomes), pas plus que les membres de la magistrature et en général les fonctionnaires de l'administration de la Justice, les membres des forces et corps de sécurité de l'État et les fonctionnaires des institutions pénitentiaires, les avocats en activité et les professeurs d'université de droit ou de médecine légale (art. 10 LOTJ).

Peuvent notamment être excusées les personnes de plus de 65 ans, celles qui ont déjà rempli la fonction de juré pendant les quatre années précédant la nouvelle désignation, de même que les personnes ayant des problèmes dus à leurs responsabilités familiales, les militaires professionnels en service et les personnes alléguant un autre motif sérieux qui rendrait très difficile l'exercice de la fonction de juré (art. 12 LOTJ).

¹ Art. 67 & 68, LOTJ 1995 précitée.

² Le Real Decreto 385/1996, dont la dernière réforme date du 21 juillet 2006, recense les indemnités et rémunérations. À l'heure actuelle, un juré est rémunéré 67 euros par jour et est indemnisé pour ses frais de déplacement, de logement et de repas à hauteur de, réciproquement, 0,078 €/km (moto) ou 0,19 €/km (voiture); 65,97 € (par nuit, petit déjeuner compris) ; 18,70 € par repas.

³ "Las personas con discapacidad podrán ser jurado popular desde este miércoles", ABC, 13/02/2018 : http://www.abc.es/sociedad/abci-personas-discapacidad-podran-jurado-popular-desde-este-miercoles-201802131301_noticia.html

3. Les modèles échevinés de l'Italie, de l'Allemagne et du Danemark

En **Italie**, l'article 102 de la Constitution, après avoir posé le principe du juge naturel qui prohibe l'institution de juridictions extraordinaires ou spéciales, consacre la participation directe du peuple à l'administration de la justice. Il revient à la loi d'en déterminer les modalités, précisément les cas où cette participation est requise et les formes qu'elle prend.

Le modèle retenu par le législateur est l'échevinage, plutôt que le jury populaire pur.¹ Les cours d'assises et les cours d'assises d'appel sont composées de deux magistrats et de six juges populaires (*giudici popolari*) qui constituent ensemble un collège de jugement unique.² Ils se prononcent sur la culpabilité et sur la peine.

À la différence de la cour d'assises, le tribunal est uniquement composé de magistrats professionnels, en général un collège de trois juges. La distinction de la compétence entre la cour d'assises et le tribunal n'est pas fondée sur une distinction entre crimes et délits, celle-ci n'étant pas reconnue en droit italien qui divise uniquement les infractions pénales (*reati*) en délits (*delitti*) et contraventions (*contravvenzioni*).³ Le code de procédure pénale assigne à la cour d'assises les infractions les plus graves et les plus lourdement punies :

- les infractions pour lesquelles la loi prévoit la réclusion à perpétuité (*ergastolo*) ou une peine de prison maximale de 24 ans, à l'exclusion des tentatives d'homicide, des vols aggravés (*rapina*), des extorsions et des associations mafieuses, qui sont traités par le tribunal ;
- homicide d'une personne consentante, instigation ou aide au suicide, coups et blessures ayant entraîné la mort (*omicidio preterintenzionale*) et en général tout délit intentionnel entraînant la mort d'une personne, sauf rixe et non-assistance à personne en danger qui relèvent du tribunal ;
- reconstitution du parti fasciste, génocide, délits contre la personnalité de l'État pour autant que ces délits soient passibles d'une peine maximale supérieure à 10 ans de prison ;
- délits commis ou tentatives d'association de malfaiteurs à des fins de réduction ou de maintien en esclavage, d'immigration clandestine, de trafic d'organes, de traite des êtres humains ;
- actes de terrorisme pour autant que ces délits soient passibles d'une peine maximale supérieure à 10 ans de prison.⁴

¹ Legge n.287, *Riordinamento dei giudizi di Assise*, 10 avril 1951.

² Art. 3 à 5 de la loi de 1951 précitée.

³ Art 39, *codice penale*.

⁴ Art. 5, *codice di procedura penale*.

Les délibérations et les votes au sein du collège de jugement, sont présidés par un des deux magistrats professionnels, celui qui a conduit précédemment les débats. Une fois décidées les questions de fait et de droit concernant la culpabilité, intervient la détermination des peines et des mesures de sûreté, ainsi qu'éventuellement les questions de responsabilité civile. Tous les juges, professionnels et profanes, énoncent les raisons à l'appui de leur opinion et votent sur chaque question, quel qu'ait été leur vote sur les questions précédentes, et notamment la culpabilité. Les jurés populaires votent en premier en commençant par le plus jeune, le président vote en dernier. En cas d'égalité des voix, la solution la plus favorable à l'accusé prévaut en principe. Cependant, lorsqu'il s'agit de voter sur le niveau de la peine ou de la mesure de sûreté et que plus de deux opinions s'expriment, les voix apportées à la sanction la plus lourde s'additionnent à celles apportées à la sanction immédiatement inférieure et ainsi de suite jusqu'à dégager une majorité.¹

Les jurés populaires, dont l'office constitue un devoir civique, doivent posséder la citoyenneté italienne, jouir de leurs droits civils et politiques, manifester une conduite respectueuse des bonnes mœurs et être âgés de 30 ans au moins et de 65 ans au plus. En outre, ils doivent avoir achevé le premier cycle des études secondaires (collège) pour siéger en cour d'assises et le second cycle (lycée) pour siéger en appel.² Ne peuvent être appelés dans ces fonctions les magistrats et plus généralement les fonctionnaires en activité dans un service appartenant à l'ordre judiciaire, toute personne participant à un organe de police de quelque type que ce soit, les ministres du culte et les religieux de toute confession.³

En **Allemagne**, les *Amtsgerichte*, équivalents des tribunaux d'instance, constituent en matière pénale comme en matière civile les juridictions de base. Les infractions les plus graves qui leur sont soumises sont susceptibles d'être sanctionnées par une peine d'emprisonnement inférieure à quatre années.⁴ La gravité de l'infraction détermine la formation de jugement. En cas de plainte avec constitution de partie civile (*Privatklage*) ou lorsque l'infraction n'est pas susceptible d'être sanctionnée par une peine supérieure à deux ans d'emprisonnement, un juge professionnel unique (*Strafrichter*) rend la décision.⁵ Les autres crimes ou délits susceptibles d'être sanctionnés par une peine allant jusqu'à quatre ans d'emprisonnement seront jugés par un juge professionnel - voire deux juges professionnels sur requête du ministère public au vu de la complexité de l'affaire - assisté de deux citoyens (*Schöffengericht*).⁶

¹ Art. 527, *codice di procedura penale*.

² Art. 9 & 10 de la loi de 1951 précitée.

³ Art. 12, loi de 1951 précitée.

⁴ Art. 24, *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)* du 9 mai 1975.

⁵ Art. 25 GVG.

⁶ Art. 28 & 29 GVG.

À l'échelon supérieur, les chambres pénales des *Landgerichte* sont compétentes en matière pénale pour tous les crimes qui ne relèvent pas de la compétence des *Amtsgerichte*. Par conséquent, elles sont compétentes pour toutes les infractions susceptibles d'être sanctionnées par une peine supérieure à quatre années d'emprisonnement, par l'internement de l'accusé dans un hôpital psychiatrique ou s'il faut s'attendre à ce que soit prononcée une mesure de rétention de sûreté. Elles se constituent en grande chambre pénale (*große Strafkammer*) constituée au moins par deux juges professionnels assistés de deux citoyens.¹

Certains crimes particulièrement graves tel que l'homicide volontaire, avec ou sans préméditation, et d'autres infractions lourdes lorsqu'elles entraînent la mort de la victime comme l'enlèvement d'enfant, le viol, la prise d'otage, le vol à main armée, l'extorsion, l'incendie criminel, l'explosion atomique volontaire ou radiation ionisante abusive, doivent être jugés par les *Landgerichte* en formation de cour d'assises (*Schwurgericht*) par trois juges professionnels et deux citoyens assesseurs.² Dans certains ressorts sont également constituées des chambres spéciales avec la même composition pour juger certaines infractions en matière de droit pénal des affaires, de la concurrence, de la propriété intellectuelle, des banques, de la bourse du crédit (*Wirtschaftsstrafkammer*).³ Dans les autres affaires, l'ajout d'un troisième juge professionnel peut être décidé lorsque l'affaire est particulièrement complexe, notamment si l'audience principale est prévue pour durer plus de 10 jours.⁴

Les citoyens assesseurs bénéficient des mêmes droits et obligations que les juges professionnels, à ceci près qu'ils ne sont pas autorisés à avoir accès au dossier avant l'audience.

Le président mène les débats ; les citoyens assesseurs sont autorisés à soumettre leurs questions à l'accusé, aux témoins ou aux experts après y avoir été autorisés par le président. L'audition d'un témoin de moins de 18 ans ne peut être réalisée que par le seul président du tribunal. Les citoyens assesseurs peuvent néanmoins exiger du président du tribunal qu'il pose leurs questions au témoin mineur.

Les juges professionnels et citoyens assesseurs se prononcent ensemble sur la culpabilité et sur la peine ; à cet égard, les citoyens assesseurs disposent d'un droit de vote équivalent à celui des juges professionnels.⁵ En cas d'égalité des votes dans une formation de jugement composée de deux magistrats professionnels et de deux citoyens assesseurs, la voix du président est prépondérante. Les jurés votent les premiers en commençant par le plus jeune d'entre eux. Les magistrats professionnels votent en second, le dernier à voter étant le président.

¹ Art. 76 (2) GVG.

² Art. 74 GVG.

³ Art. 74c GVG. D'autres chambres spéciales sont également constituées pour juger de certaines infractions contre la sûreté de l'État (*Staatsschutzkammer*).

⁴ Art. 76 (3) GVG.

⁵ Art. 30 (1) GVG.

Seuls les citoyens allemands peuvent exercer la fonction de citoyen assesseur.¹ Chaque commune établissant une liste de personnes proposées à la fonction de citoyens assesseurs pour cinq ans doit veiller au respect des conditions d'exercice de la fonction de citoyen-assesseur :

- être âgé de 25 à 69 ans au début de la période d'entrée en fonction ;
- habiter sur le territoire de la commune au moment de l'établissement de la liste ;
- être dans un état de santé qui permette l'exercice de cette fonction² ;
- maîtriser suffisamment la langue allemande pour permettre l'exercice de la fonction ;
- ne pas être en état d'insolvabilité après liquidation de leur patrimoine (*Vermögensverfall*) (§ 33 GVG).

Une condamnation à une peine d'emprisonnement supérieure à six mois ou l'ouverture d'une information judiciaire exclut l'intéressé de l'exercice de cette fonction. De plus, il résulte d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande que les citoyens assesseurs sont soumis au respect du principe de loyauté à la Constitution (*Verfassungstreue*) y compris dans le cadre privé.³ Enfin, ne peuvent être désignées comme citoyens assesseurs les personnes qui se sont rendues coupables de violation des principes d'humanité ou de l'État de droit ou qui ont exercé des activités comme collaborateurs, officiels ou non, de la Stasi.⁴

Ne peuvent apparaître sur les listes d'assesseurs des tribunaux criminels le Président de la République fédérale, les membres du gouvernement fédéral ou du gouvernement d'un Land, les fonctionnaires susceptibles d'être mutés à tout instant, les juges professionnels, magistrats du parquet, notaires et avocats, les huissiers de justice, fonctionnaires de police, le personnel pénitentiaire ainsi que les agents de probation, de même que les religieux ou membres de communautés religieuses appelés à vivre en communauté (§ 34 GVG).

Enfin, sont en droit de refuser d'exercer la fonction de citoyen assesseur les catégories suivantes :

- les membres du Bundestag, du Bundesrat, du Parlement européen, d'un Landtag ou d'une seconde assemblée représentative ;
- les personnes ayant déjà exercé la fonction de citoyen assesseur lors de deux termes consécutifs de cinq ans ;

¹ Art. 31 GVG.

² Conformément à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les personnes aveugles sont incluses dans cette catégorie et ne sont donc pas admises à l'exercice de la fonction de citoyen assesseur (BVerfG, 10 mars 2004, 2 BvR 577/01).

³ BVerfG, 6 mai 2008, 2 BvR 337/08. Est ainsi justifié le renvoi par le tribunal régional du travail (Landesarbeitsgericht) d'un citoyen assesseur membre d'un groupe de rock d'extrême droite s'inscrivant dans le mouvement skinhead. Le même principe s'impose en matière pénale.

⁴ Art. 44a, Deutsches Richtergesetz (DriG) du 19 avril 1972.

- les personnes ayant déjà rempli les obligations d'un citoyen assesseur pendant au moins 40 jours ;
- les médecins, dentistes, infirmières, pharmaciens, sages-femmes ;
- les personnes pour qui l'exercice de la fonction de citoyen assesseur rend vraisemblablement difficile l'assistance qu'ils apportent à leur famille (§ 35 GVG).

Le **Danemark** présente la particularité de connaître deux types de formations de jugement échevinées en matière pénale, l'une composée de magistrats professionnels et d'assesseurs profanes (*domsmænd*), l'autre où les juges professionnels collaborent avec des jurés (*nævninge*). La participation des citoyens à l'administration de la justice pénale est garantie par l'article 65 al.2 de la Constitution danoise.¹

Les jurés, qui prêtent serment de juger ce qu'ils considèrent juste d'après la loi et sur le fondement des preuves présentées, interviennent dans les affaires où les infractions poursuivies sont punies de quatre ans d'emprisonnement ou plus et lorsque l'accusé peut être placé en détention de sûreté ou faire l'objet d'autres mesures de placement. Les formations avec assesseurs interviennent dans les autres cas, dès lors que la peine est supérieure à une amende (*bøde*) et peut comporter une peine de prison ou la privation de certains droits.² Toutefois, l'accusé qui devrait passer en principe devant un jury peut y renoncer et opter pour un jugement avec assesseurs.³

¹ Danmarks Riges Grundlov (1849/1953) §65 Skt.2 "I strafferetsplejen skal lægmænd medvirke. Det fastsættes ved lov, i hvilke sager og under hvilke former denne medvirken skal finde sted, herunder i hvilke sager nævninge skal medvirke." (Des citoyens profanes participent au procès pénal. La loi détermine les affaires concernées et les formes de cette participation, notamment les affaires auxquelles participent des jurés). La loi sur la procédure pénale (lov om rettspleje) de 1916 régulièrement remaniée complète cette disposition.

² Certains délits comme les faux, l'abus de confiance, l'extorsion, la fraude, le vol et le recel appartiennent aussi à la compétence des formations avec assesseurs même si la peine maximale peut être supérieure à 4 ans d'emprisonnement.

³ <http://www.domstol.dk/SAADANGOERDU/STRAFFESAGER/NAEVNINGESAGER/Pages/default.aspx>. C'est le choix qu'a fait l'accusé danois dans la fameuse affaire récente du sous-marin, où il avait attiré une journaliste suédoise pour la tuer, la démembrer et la jeter à la mer en feignant sa disparition.

Le tableau ci-dessous récapitule les différentes compositions des formations de jugement pénales au Danemark.¹

Formations de jugement	Affaire avec jurés (<i>nævningesager</i>)	Affaire avec assesseurs (<i>domsmandssager</i>)
Première instance (<i>i byretten</i>)	3 magistrats professionnels + 6 jurés	1 magistrat professionnel + 2 assesseurs
Appel (<i>i landsretten</i>)	3 magistrats professionnels + 9 jurés	3 magistrats professionnels + 3 assesseurs

Dans les deux types d'affaires, les juges profanes se prononcent avec les juges professionnels à la fois sur les questions de fait et de culpabilité d'une part, sur la peine éventuelle d'autre part. Pour la culpabilité, le déroulé du vote est le même : les juges profanes commencent, suivis des magistrats professionnels en terminant par le président. La seule différence réside dans le fait que les jurés votent dans l'ordre dans lequel ils ont été appelés au jury et que les assesseurs votent dans l'ordre croissant de leur âge. Pour la peine, dans les affaires avec jurés, votent alternativement deux jurés² et un magistrat professionnel, alors que dans les affaires avec assesseurs on garde le même ordre que pour la culpabilité.

En revanche, les conditions de décompte et de majorité diffèrent selon que la formation comprend des jurés ou des assesseurs, et selon que l'on vote sur le verdict ou sur la peine.

Conditions des votes	Affaire avec jurés³	Affaire avec assesseurs
Décompte pour le verdict de culpabilité	1 voix par magistrat et par juré	1 voix par magistrat et par juré
Majorité requise pour le verdict de culpabilité	Double majorité des 2/3 - première instance : 2 magistrats + 4 jurés - appel : 2 magistrats + 6 jurés	Majorité simple En cas d'égalité des voix en appel, décision la plus favorable à l'accusé
Décompte pour la peine	Deux collègues avec le même nombre de voix pour les magistrats ensemble et pour les jurés ensemble	1 voix par magistrat et par juré
Majorité requise pour la peine	Majorité simple En cas d'égalité des voix en appel, décision la plus favorable à l'accusé	Majorité simple En cas d'égalité des voix en appel, décision la plus favorable à l'accusé

¹ *Retsplejeloven*, § 7 & 12.

² *Ou trois jurés en appel.*

³ *Retsplejeloven*, § 891 & 894.

Les conditions de qualification pour les fonctions de juré ou d'assesseur, dont l'exercice constitue un devoir civique, sont les mêmes et analogues à celles qui prévalent dans les autres pays : ne jamais avoir été condamné (*uberygtet*), disposer du droit de vote aux élections législatives, être âgé de moins de 80 ans, maîtriser suffisamment la langue danoise, ne pas souffrir d'une grave faiblesse physique ou mentale (*åndelig eller legemlig svaghed*). Sont exclus des listes les ministres, les membres des forces de police, les juges, procureurs et employés de l'administration de la justice, ainsi que les avocats, les prêtres de l'Église d'État et des autres communautés religieuses reconnues (*trossamfund*). Peuvent être dispensés ou excusés les membres et les fonctionnaires du Parlement, les militaires en service, les services des douanes, les pompiers, les employés des postes et télécommunications, les médecins et sages-femmes, les plus de 60 ans, les personnes à la santé fragile ou qui subiraient un désavantage disproportionné (*uforholdmæssig ulempe*) notamment en raison de leurs charges familiales ou professionnelles.¹

4. Un partage entre jurys impurs et formations échevinées en Autriche

L'**Autriche** présente la particularité de connaître à la fois des jurys et des formations de jugement échevinées. L'expression *Laienrichter* y est régulièrement utilisée pour désigner, par opposition aux magistrats professionnels, les juges non-professionnels, qui peuvent être des jurés (*Geschworenen*) ou des assesseurs (*Schöffen*). Il convient de bien distinguer entre ces deux termes.

D'une part, les *Geschworenen* ont pour rôle de se prononcer seuls sur la culpabilité de l'accusé. Les juges professionnels mènent les débats, sans prendre part à la décision. Ensuite, les magistrats professionnels et *Geschworenen* procèdent ensemble à la détermination de la peine. Ainsi ce modèle n'est pas celui du jury pur dont la compétence, intégrale en matière d'établissement des faits et de la culpabilité, ne s'étend pas à la peine, comme en Espagne ou en *Common Law*. Le principe de la réunion des jurés aux magistrats professionnels pour déterminer la peine, une fois établi le verdict de culpabilité par le jury, vaut également en Belgique et en Norvège.

D'autre part, le terme de *Schöffen* désigne les assesseurs populaires d'une formation échevinée qui déterminent de concert avec les magistrats professionnels la culpabilité et l'éventuelle peine de l'accusé. Ils peuvent également être amenés à prendre des décisions relatives aux questions procédurales en amont.

¹ *Retsplejeloven*, § 68 à 71.

Les dispositions relatives à la participation des citoyens aux décisions en matière pénale sont contenues dans le code de procédure pénale autrichien (StPO) et dans la loi fédérale de 1990 sur la nomination des jurés et des assesseurs.¹

Aux fonctions de juré et d'assesseur correspondent des juridictions différentes en matière pénale. D'une part, le tribunal des jurés (*Geschworenengericht*) est composé de trois magistrats professionnels, dont un assure la présidence, ainsi que d'un jury de huit citoyens. Lors des votes, internes au jury sur les faits et la culpabilité et en commun avec les magistrats sur la peine, la décision est prise à la majorité.

D'autre part, le tribunal des échevins (*Schöffengericht*) est composé d'un ou deux magistrats professionnels et de deux citoyens assesseurs. Lors des votes, les assesseurs votent les premiers, par ordre alphabétique. Les magistrats professionnels votent ensuite. La décision est prise à la majorité. En cas d'égalité des votes dans les formations à quatre, la décision la plus favorable à l'accusé sera retenue.

Dans les deux types de tribunaux, après les interrogatoires menés par le président, les jurés et assesseurs sont autorisés à adresser leurs questions, notamment à l'accusé.

Au sein des Cours de justice (*Landesgericht*), les jurys sont constitués seulement en cas de crimes (*Verbrechen*) ou de délits (*Vergehen*) particulièrement graves. Il s'agit des infractions susceptibles d'être sanctionnées par la réclusion à perpétuité ou par une peine maximale de prison supérieure à 10 ans, notamment l'homicide volontaire. Sont également concernées les infractions politiques comme la livraison d'une personne à une puissance étrangère, la haute trahison, la constitution d'associations hostiles à l'État², le dénigrement de l'État ou de ses symboles, l'atteinte aux plus hautes autorités de l'État, la constitution d'un groupe armé, l'accumulation de moyens de combat ou la perturbation des relations avec l'étranger.³

¹ Bundesgesetz über die Berufung der Geschworenen und Schöffen (*Geschworenen- und Schöffengesetz 1990 - GSchG*) du 25 avril 1990.

² Le code pénal autrichien (StGB) définit en son article 246 ce qu'il faut entendre par « associations hostiles à l'État » : il s'agit de groupes constitués d'au moins 30 personnes qui refusent catégoriquement la souveraineté de la République. Cette catégorie n'inclut pas les actions ou protestations pacifiques contre des décisions politiques ou des décisions d'autorités étatiques.

³ § 31 (2) du code de procédure pénale autrichien (*Strafprozessordnung - StPO*) de 1975.

Les formations de jugement échevinées décident de la culpabilité et de l'éventuelle peine à infliger à l'accusé pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à 5 ans et expressément du meurtre sur demande de la victime, de l'aide au suicide, du meurtre d'un enfant à la naissance, du vol aggravé et des agressions sexuelles.¹ Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 de la loi modifiant le code de procédure pénale autrichien², la formation de jugement échevinée est composée de deux magistrats professionnels (contre un seul auparavant) et de deux citoyens assesseurs pour juger des homicides sous le coup d'une émotion violente (*Totschlag*), des incendies criminels, des viols, des délits financiers, des abus d'autorité, de l'appartenance à un groupe terroriste ou à une organisation criminelle.³

Les autres infractions pénales plus légères sont décidées uniquement par des magistrats professionnels, statuant soit seul, soit dans un collège de trois juges.

En principe, tout citoyen autrichien entre 25 et 64 ans et ayant sa résidence habituelle sur le territoire autrichien est susceptible d'être appelé à exercer la fonction d'assesseur ou de juré⁴. La loi prévoit néanmoins un certain nombre d'exceptions, au titre desquelles on compte des catégories de personnes exclues de l'exercice de cette fonction, tandis que d'autres peuvent en être exonérées.

Ainsi, sont exclues les personnes :

- dont l'état physique ou mental ne leur permet pas de remplir les obligations liées à la fonction de juré ou d'assesseur ;
- dont la capacité limitée de compréhension de la langue rendrait difficile le suivi de l'audience ;
- qui ont fait l'objet d'une condamnation judiciaire ne figurant pas parmi les informations réservées du casier judiciaire ;
- contre lesquelles a été engagée une procédure pénale pour des actes susceptibles d'être sanctionnés par une peine d'emprisonnement supérieure à six mois (§ 2 GSchG).

En outre, ne peuvent être appelés comme jurés ou assesseurs le président fédéral, les membres du gouvernement fédéral et des exécutifs régionaux, les parlementaires fédéraux et régionaux, les magistrats professionnels, avocats, notaires, avocats, les candidats à ces métiers, les agents du ministère de l'Intérieur et du ministère de la Justice, ainsi que les religieux des églises ou communautés reconnues par la loi (§ 3 GSchG).

¹ § 31 (3) StPO.

² Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Jugendgerichtsgesetz 1988, das Suchtmittelgesetz, das Staatsanwaltschaftsgesetz, das Geschworenen- und Schöffengesetz 1990 und das Gebührenanspruchsgesetz geändert werden (Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014).

³ § 32 (1a) StPO.

⁴ § 1 (2) Geschworenen- und Schöffengesetz 1990 (GSchG).

Peuvent être exemptées les personnes ayant déjà honoré la fonction de juré ou d'assesseur dans les deux dernières années, ainsi que les personnes prouvant que le respect de cette fonction présenterait une charge personnelle ou financière excessive (§ 4 GSchG).

LA DISTINCTION ENTRE CRIMES ET DÉLITS

À la demande de la Commission des lois, la division de la législation comparée a mené une recherche sur la distinction entre crimes et délits et sa traduction dans l'échelle des peines sur un échantillon de neuf pays, l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

1. La persistance d'une dichotomie entre crimes et délits en Autriche et en Allemagne

En **Autriche**, le code pénal autrichien connaît une distinction entre crime (*Verbrechen*) et délit (*Vergehen*). Les crimes sont des actes intentionnels susceptibles d'être sanctionnés par une peine d'emprisonnement à perpétuité ou supérieure à trois ans. Toutes les autres infractions pénales constituent des délits, qui sont en conséquence passibles au plus d'une peine de trois ans d'emprisonnement.¹ Les infractions décrites dans le code pénal ne sont pas, en revanche, ni expressément définies comme crime ou délit une par une, ni classées dans des livres distincts consacrés respectivement aux crimes et aux délits.

Deux peines principales sont prévues : la privation de liberté (*Freiheitsstrafe*) et l'amende (*Geldstrafe*). L'emprisonnement peut être à perpétuité ou à durée limitée. Dans ce cas, la durée de la détention est comprise entre un jour et 20 ans. Les amendes sont mesurées en quotités journalières qui sont fixées en fonction des capacités économiques et des relations personnelles du délinquant. L'amende s'élève au moins à deux quotités journalières, elles-mêmes d'une valeur comprise entre 4 euros et 5 000 euros. En cas d'incapacité du condamné à s'acquitter d'une amende, sa peine est convertie en détention, un jour de détention correspondant à deux jours-amendes (*Tagessätze*).² Bien qu'aucune disposition générale ne le prévoie, les amendes sont restreintes aux délits. Elles peuvent se substituer aux peines de détention d'une durée inférieure ou égale à un an.

On peut prendre l'exemple de l'homicide par négligence (*fahrlässige Tötung*) ou des coups et blessures (*Körperverletzung*). Ce sont des délits punis d'une peine allant jusqu'à un an de détention ou une amende égale à 720 jours-amendes. Si les faits qualifiés d'homicide par négligence ont conduit plusieurs personnes à la mort, cela reste un délit mais la peine est remontée à deux ans de prison sans possibilité alternative d'amende. Si, de surcroît, la négligence est particulièrement grave ou si les faits ont été commis sous l'influence de l'alcool ou de la drogue, cela devient même un crime passible de six mois à 10 ans de prison. De même, si les coups et blessures entraînent la mort (*mit tödlichem Ausgang*), ils sont requalifiés comme crimes punis d'une peine d'emprisonnement allant d'un à 10 ans.³

¹ Art. 17, code pénal autrichien (*Strafgesetzbuch -StGB Ö*) de 1974.

² Art.18 & 19 StGB Ö.

³ Art. 80, 81, 83 et 86 StGB Ö

Les contraventions (*Übertretungen*) existent mais sont considérées comme relevant du droit administratif, notamment de la loi sur les sanctions administratives¹ et la loi générale relative à la procédure administrative² de 1991. Elles sont punies d'amendes administratives. Les violations de certaines lois sur la circulation, sur le droit de la construction ou sur l'ouverture des magasins sont susceptibles d'être sanctionnées non seulement par des tribunaux, mais également par des autorités administratives compétentes. Le recours contre une sentence pénale administrative doit être adressé au tribunal administratif compétent.

En **Allemagne**, on retrouve la même architecture qu'en Autriche avec des infractions pénales divisées en crimes (*Verbrechen*) et délits (*Vergehen*) et une catégorie d'infractions administratives (*Ordnungswidrigkeit*) qui sont nées de la dépénalisation des contraventions en 1974 et qui sont régies par des lois spéciales sous l'autorité du juge administratif. De même, on retrouve la division des peines entre privation de liberté et amende dans les mêmes termes qu'en Autriche.

En outre, le code pénal allemand distingue crimes et délits en fonction des peines qui leur correspondent. Les crimes sont passibles au moins d'un an d'emprisonnement. Les délits sont punis d'une peine minimale inférieure à un an de prison ou d'une amende.³ Il est intéressant de noter une différence avec la définition autrichienne : pour fixer la limite entre crimes et délits, le code pénal autrichien vise la peine de prison maximale qui peut être infligée aux crimes les moins graves (« maximin »), alors que le code pénal allemand vise la peine minimale (« minimin »), ce qui l'amène à préciser que les amendes ne peuvent être la peine principale que pour les délits.

En fonction des circonstances appréciées par le tribunal *in concreto*, un accusé jugé pour une infraction qualifiée de crime au sens du code pénal, pourra se voir infliger une peine inférieure à ce que recevra un autre accusé jugé pour une infraction légalement définie comme délit. Le code pénal allemand précise que les circonstances venant alourdir ou atténuer la peine sont sans incidence sur la répartition des actes pénalement répréhensibles en crimes et délits.⁴ Ainsi, les coups et blessures peuvent être sanctionnés par une amende⁵ et, à ce titre, ils constituent un délit, bien que les circonstances particulièrement graves dans lesquelles ils ont été commis permettent d'infliger à leur auteur une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans.

¹ *Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VstG.*

² *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991.*

³ *Art. 12 (1) & (2) Strafgesetzbuch – StGB D de 1998.*

⁴ *Art. 12 (3) StGB D.*

⁵ *Art 223 StGB D.*

Le code pénal allemand prévoit que les crimes suivants seront punis d'une peine minimale d'un an d'emprisonnement : coups et blessures graves, mutilations génitales féminines, harcèlement sexuel et viol, vol commis avec violence et incendie volontaire.

2. *Le dualisme entre délits et contraventions en Italie, aux Pays-Bas et en Scandinavie*

En **Italie**, n'est pas retenue la distinction entre crimes et délits. Les infractions pénales (*reati*) sont divisées en délits (*delitti*) et contraventions (*contravvenzioni*) selon le type de peine que leur assigne le code pénal.¹ Il existe également un régime distinct de sanction des infractions administratives (*illeciti amministrativi*) par le préfet, régime créé par une loi de dépenalisation en 1981 pour désengorger les tribunaux.²

Trois types de peine correspondent aux délits : la réclusion à perpétuité (*ergastolo*), la réclusion (*reclusione*), une sanction pécuniaire (*multa*). Deux types de peine correspondent aux contraventions : la détention (*arresto*) et l'amende (*ammenda*). Il convient de distinguer *reclusione* et *arresto*, d'une part, *multa* et *ammenda*, d'autre part.

La *reclusione* varie entre 15 jours et 24 ans et est purgée dans une prison centrale, tandis que, plus léger, l'*arresto* varie entre 5 jours et 3 ans et est purgé dans une maison d'arrêt. Les deux peines prévoient l'obligation de travailler et l'isolement nocturne mais l'*arresto* permet de charger le prisonnier de travaux autres que ceux qui sont organisés par l'institution pénitentiaire, en fonction de son attitude et de sa profession passée. En outre, une peine de réclusion supérieure à cinq ans entraîne une interdiction définitive d'exercer des charges publiques.³

Par ailleurs, la *multa* est une somme payée à l'État d'un montant compris entre 50 euros et 50 000 euros, alors que l'*ammenda* pour une contravention est une somme payée à l'État d'un montant compris entre 20 euros et 10 000 euros. Dans le cas des délits pour lesquels est prévue uniquement la réclusion, le juge a le pouvoir d'infliger une *multa* supplémentaire jusqu'à 25 000 euros, s'il considère que le lucre a motivé le délit.⁴

¹ Art 39, *codice penale*.

² Legge n. 689 du 24 novembre 1981 ; Decreto legislativo n. 507 du 30 décembre 1999.

³ Art. 23, 25 & 29, *codice penale*. Lorsque la peine de réclusion est comprise entre 3 ans et cinq ans, l'interdiction d'exercer une charge publique est restreinte à cinq ans.

⁴ Art. 24 & 26, *codice penale*.

En examinant plus avant les articles spécifiques du code pénal italien consacrés aux différents délits et contraventions, on peut constater d'autres différences que l'échelle des peines. Les contraventions sont punies aussi bien en cas d'action intentionnelle dolosive qu'en cas d'imprudence ou de négligence, alors que les délits sont en principe dolosifs et ne peuvent être punis en cas d'imprudence ou de négligence que si la loi le prévoit expressément. En outre, les tentatives ne sont punies que pour les délits et non pour les contraventions. Enfin, les contraventions sont uniquement traitées par le juge de paix (*giudice di pace*), et non par le tribunal ou la cour d'assises.¹

Aux **Pays-Bas**, le droit pénal ne connaît également que la distinction entre délit (*misdrijf*) et contravention (*overtreding*). On ne trouve aucune définition générale dans le code pénal néerlandais dont le livre II est consacré aux délits et le livre III aux contraventions. La classification de l'infraction dépend uniquement du livre dans lequel elle est placée (*rubrica est lex*). Certaines infractions pénales ne sont pas rassemblées dans le code pénal mais sont établies par d'autres lois spéciales relatives notamment aux stupéfiants, aux armes et à la délinquance économique. Dans ce cas, c'est également la loi spéciale qui classe l'infraction comme délit ou comme contravention.

Les délits rassemblent les faits les plus graves et sont considérés comme des infractions contre le droit, c'est-à-dire comme les normes et les valeurs fondamentales de la société, tandis que les contraventions sont des délits contre la loi et des règles de comportement pour faciliter la vie en commun. On peut également remarquer que la prise en compte du caractère intentionnellement nuisible n'est pas nécessaire pour constituer une contravention, dans laquelle le comportement en lui-même et sa conformité objective aux règles sont jugés.² Les contraventions sont uniquement traitées par le juge cantonal (*kantonrechter*) sorte de juge d'instance compétent également au civil et en droit du travail, et non pas par le juge de police et les chambres pénales des tribunaux.

Les quatre peines principales sont la réclusion, à perpétuité ou pour 18 ans au plus sauf circonstances exceptionnelles, la détention (*hechtenis*), les travaux d'intérêt général (*taakstraf*) et l'amende.³ Seuls les délits peuvent donner lieu à une condamnation à la réclusion. Les contraventions sont au plus passibles de la détention, qui se déroule dans une maison d'arrêt et non dans une prison et qui dure un an au maximum. La durée maximale des travaux d'intérêt général est de 240 heures. Les amendes sont comprises entre 410 euros et 820 000 euros.⁴

¹ Art. 4, Decreto legislativo DL 274/2000.

² Cnossen & Jol, Strafrecht, Boomjuridisch, p. 15 & p. 30.

³ Art. 9, code pénal néerlandais (*Wetboek van strafrecht - Sr*) du 3 mars 1881.

⁴ Art. 10, 18, 22c et 23 *Sr* précité.

On retrouve également au **Danemark** et en **Norvège** le principe de l'unification des crimes et délits au sein de la même catégorie.

La différence réside dans le fait que le code pénal norvégien thématise la distinction entre les délits (*forbrytelse*) et les contraventions (*forseelse*), qui correspondent, comme en droit néerlandais, aux infractions recensées respectivement aux livres II et III du code. Il est précisé de plus que les peines d'emprisonnement de plus de 3 mois et l'interdiction d'exercer un office public sont réservées aux délits.¹

En revanche, le code pénal danois ne traite que des délits (*forbrydelse*), qu'il ne définit pas, et semble tendre vers l'unification de toutes les infractions proprement pénales (*straffeloveovertrædelse*) sous cette dénomination. Les peines principales sont la prison, soit à perpétuité soit pour une durée comprise entre 7 jours et 16 ans, et l'amende.²

3. Une unification en trompe-l'œil des infractions pénales en Espagne

En **Espagne**, le droit pénal ne connaît pas de différence entre crimes et délits. Lors de la dernière réforme³ du Code Pénal en 2015 a même été supprimée la division des infractions pénales entre délits (*delitos*) et contraventions (*faltas*), ces dernières étant soit réintégrées dans les délits, soit dépenalisées et transformées en infractions administratives (*infracciones*). Il n'existe plus qu'une seule catégorie globale d'infractions pénales, les délits, définis simplement comme « *les actions et omissions intentionnelles ou imprudentes punies par la loi* »⁴. En outre, la tentative de délit est aussi punie par la loi.⁵

Toutefois cette uniformité théorique dans la nature des infractions laisse subsister une tripartition des délits selon l'intensité de la peine encourue, ce qui réintroduit subrepticement la division classique à la française. Le code pénal espagnol (art. 13) distingue ainsi :

- les délits graves : infractions punies par la loi d'une peine grave ;
- les délits moins graves : infractions punies par la loi d'une peine moins grave ;
- les délits légers : infractions punies par la loi d'une peine légère.

¹ §2 *Straffeloven* (N).

² §§ 31 et 33, *Straffeloven* (Dk).

³ *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

⁴ Art. 10, *código penal.*

⁵ Art. 15, *código penal.*

Sont distinguées des peines privatives de liberté, des peines privatives d'autres droits et des amendes¹, qui sont classées en fonction de leur gravité par le code pénal espagnol :

- a. Les peines graves : la réclusion à perpétuité (*prisión permanente revisable*) ; l'emprisonnement supérieur à 5 ans ; le retrait des droits civiques, civils et familiaux ; le retrait provisoire des droits civiques, civils et familiaux pour une durée supérieure à 5 ans ; l'interdiction temporaire d'exercer une profession dans le secteur privé ou public supérieure à 5 ans ; le retrait du permis de conduire pour une durée supérieure à 8 ans ; l'interdiction de détenir une arme pour une durée supérieure à 8 ans ; l'interdiction de territoire ou de résidence pour une durée supérieure à 5 ans ; l'interdiction d'approcher la victime ou des membres de sa famille ou toute autre personne déterminée par le juge ou le tribunal pour une durée supérieure à 5 ans ; l'interdiction d'entrer en contact avec la victime des membres de sa famille ou toute autre personne déterminée par le juge ou le tribunal pour une durée supérieure à 5 ans ; le retrait de l'autorité parentale ;
- b. Les peines moins graves : une peine d'emprisonnement allant de trois mois à 5 ans ; le retrait provisoire des droits civiques, civils et familiaux pour une durée inférieure ou égale à 5 ans ; l'interdiction provisoire d'exercer une profession dans le secteur privé ou public pour une durée inférieure ou égale à 5 ans ; le retrait provisoire du permis de conduire allant d'un an et un jour à 8 ans ; le retrait du port d'armes allant d'un an et un jour à 8 ans ; l'interdiction d'exercer une profession liée aux animaux et de détenir des animaux allant d'un an et un jour à 5 ans ; l'interdiction de territoire ou de résidence provisoire comprise entre 6 mois et 5 ans ; l'interdiction d'approcher la victime ou des membres de sa famille ou toute autre personne déterminée par le juge ou le tribunal pour une durée comprise entre 6 mois et 5 ans ; l'interdiction d'entrer en contact avec la victime des membres de sa famille ou toute autre personne déterminée par le juge ou le tribunal pour une durée comprise entre 6 mois et 5 ans ; une peine de jours-amendes de plus de 3 mois ; une amende proportionnelle ; une peine d'intérêt général allant de 31 jours à 1 an ;
- c. Les peines légères : le retrait du permis de conduire allant de 3 mois à 1 an ; le retrait du port d'armes allant de 3 mois à 1 an ; l'interdiction d'exercer une profession liée aux animaux et de détenir des animaux allant de 3 mois à 1 an ; l'interdiction de territoire ou de résidence inférieure à 6 mois ; l'interdiction d'approcher la victime ou des membres de sa famille ou toute

¹ Art. 32, código penal.

autre personne déterminée par le juge ou le tribunal inférieure à 6 mois ; l'interdiction d'entrer en contact avec la victime des membres de sa famille ou toute autre personne déterminée par le juge ou le tribunal pour une durée comprise entre 1 mois et 6 mois : une peine de jours-amendes allant jusqu'à 3 mois ; l'assignation à résidence comprise entre 1 jour et 3 mois ; une peine d'intérêt général allant jusqu'à 31 jours.¹

La frontière entre délit grave et moins grave est définie en fonction de la peine maximale applicable, en déterminant si elle fait partie des peines graves ou moins graves. En revanche, la frontière entre délits moins graves et délits légers est définie en examinant la peine minimale encourue et en déterminant si elle est moins grave ou légère.²

Les délits graves sont en général présentés au verdict d'un jury populaire (*Tribunal del Jurado*) alors que les délits moins graves sont jugés par des tribunaux uniquement composés de magistrats professionnels.

Les délits légers ont absorbé une partie des anciennes contraventions. Les autres anciennes *faltas*, devenues des infractions administratives, sont divisées en très graves, graves et légères qui se distinguent par le montant de l'amende encourue.³

4. Les classifications de Common Law par la peine ou par la procédure

Les **États-Unis** connaissent une situation particulière du fait de l'interférence entre les législations pénales fédérales et celles des États fédérés, à la différence par exemple du Canada⁴ qui malgré sa structure fédérale dispose d'un Code criminel unifié avec une compétence exclusive de l'échelon fédéral pour la définition des crimes.

La définition des infractions (*crimes, offenses*) et des peines dépend d'abord des États fédérés américains même s'il existe aussi des infractions pénales fédérales établies par le Congrès. Cela veut dire qu'on trouve par exemple des définitions superposées mais pas nécessairement identiques d'homicide volontaire avec préméditation, de vol à main armée ou de viol par exemple au niveau fédéral et dans chaque État. Certaines incriminations n'existent que dans certains États. Les peines varient pour une « même » infraction, de même que les règles de poursuite et de prescription.

¹ Art. 33, código penal.

² Interprétation de l'art. 13 alinéa 4 du code pénal espagnol donnée dans une circulaire du ministère public espagnol (*Fiscalía general del Estado*), Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 : <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/06/Circular-Fiscalia-General-del-Estado-1-15-delitos-leves-Reforma-CP.pdf>

³ Art. 34 à 40, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

⁴ Une solution analogue est retenue également en Argentine, où l'État fédéral est compétent pour définir les délits rassemblés dans le code pénal, valable sur tout le territoire national, tandis que les provinces fédérées établissent et règlent les contraventions sur leur territoire.

Une partition fondamentale est toutefois respectée à la fois au niveau fédéral et dans tous les États entre les *felonies* et les *misdemeanors*. Il existe parfois une troisième catégorie d'infractions pénales moins graves qui sont définies selon les cas comme *infractions*, *petty offences*, *summary offences*, etc.

À la fois au niveau fédéral et dans de nombreux États, les *felonies* sont des infractions punissables de la peine de mort ou d'une peine de prison supérieure à un an.¹ Cette catégorie est donc très large. En général, les *infractions* ou *petty offences* sont soit uniquement passibles d'une amende ou ne peuvent être punies que de quelques jours de détention. Les *misdemeanors* constituent la catégorie intermédiaire de ce qui n'est ni une *felony*, ni une *infraction*.² Selon les codes pénaux, le législateur peut désigner telle ou telle infraction comme *felony* ou *misdemeanor*, ou bien se contenter de fixer une peine qui permet ensuite de déterminer la catégorie de l'infraction. Une même infraction peut appartenir à des catégories différentes selon les États et au niveau fédéral. Il existe souvent des subdivisions des grandes catégories d'infractions, à nouveau caractérisées en fonction de la peine maximale encourue.

¹ 18 U.S. Code § 3156 au niveau fédéral.

² Cf. California Penal Code, § 16 & 17 par exemple.

On présente en parallèle la hiérarchie fédérale et celles de trois États représentatifs, la Californie, la Pennsylvanie et le Texas. On remarquera que l'échelonnement des peines est très différent.

Catégorie (gravité décroissante)	Niveau fédéral ¹	Californie ²	Pennsylvanie ³	Texas ⁴
<i>Felony</i>	<p>Classe A : mort ou réclusion à perpétuité</p> <p>Classe B : plus de 25 ans de prison</p> <p>Classe C : entre 10 et 25 ans de prison</p> <p>Classe D : entre 5 et 10 ans de prison</p> <p>Classe E : entre 1 et 5 ans de prison</p>	<p>Pas de classification mais typologie des peines :</p> <p>-mort,</p> <p>-réclusion dans une prison d'État,</p> <p>-détention dans une cellule du comté pour plus de six mois.</p> <p>Lors que la durée de la réclusion encourue pour une <i>felony</i> donnée n'est pas précisée, par défaut elle peut être fixée à 16 mois, 2 ans ou trois ans.</p>	<p><i>Murder</i>⁵ (homicide volontaire) : mort ou réclusion à perpétuité</p> <p>Premier degré : plus de 10 ans de prison</p> <p>Deuxième degré : au plus 10 ans de prison</p> <p>Troisième degré : au plus 7 ans de prison</p>	<p><i>Capital felonies</i> : mort ou réclusion à perpétuité sans possibilité de libération⁶</p> <p>Premier degré : réclusion à perpétuité ou pour une durée comprise entre 5 et 99 ans</p> <p>Deuxième degré : réclusion pour une durée comprise entre 2 et 20 ans</p> <p>Troisième degré : réclusion pour une durée comprise entre 2 et 10 an</p> <p><i>State jail felonies</i> : détention dans une prison d'État pour une durée comprise entre 180 jours et 2 ans</p>
<i>Misdemeanor</i>	<p>Classe A : entre 6 mois et 1 an de prison</p> <p>Classe B : entre 30 jours et 6 mois de prison</p> <p>Classe C : entre 5 jours et 30 jours de prison</p>	<p>Pas de classification</p> <p>Au plus détention dans une cellule du comté pour 6 mois ou une amende de 1 000 \$</p>	<p>Premier degré : au plus 5 ans de prison</p> <p>Deuxième degré : au plus 2 ans de prison</p> <p>Troisième degré : au plus 1 an de prison</p>	<p>Classe A : détention pour un an au plus ou amende de 4 000 \$</p> <p>Classe B : détention pour 180 ours au plus ou amende de 2 000 \$</p> <p>Classe C : amende au plus de 500 \$</p>
Autre	<i>Infraction</i> : pas de prison ou au plus 5 jours	<i>Infraction</i> : aucune peine de prison	<i>Summary offence</i> : au plus 90 jours de prison	NA

¹ 18 U.S. Code § 3559.

² California Penal Code, §§ 17,18, 19 et 19.6.

³ Pennsylvania Penal Code, § 106.

⁴ Texas Penal Code, Title 3, ch. 12 "Punishments".

⁵ En Pennsylvanie, le chef de murder a été séparé des felonies pour constituer une catégorie à part entière, la plus grave des infractions.

⁶ Texas Penal Code, Sec. 12.31 La perpétuité simple avec possibilité de libération est ouverte si le condamné était âgé de moins de 18 ans au moment des faits.

Il peut exister d'autres façons complémentaires de subdiviser les infractions, notamment les *felonies*, afin de réserver un traitement en général plus sévère à certains condamnés. Ainsi, le droit fédéral connaît la catégorie de *serious violent felony*, telle que les récidivistes¹ sont automatiquement condamnés au moins à la réclusion à perpétuité sans réduction de peine. Cette catégorie rassemble par stipulation les crimes fédéraux suivants : les homicides volontaires avec préméditation, les homicides volontaires et involontaires, les tentatives d'homicide, les agressions, abus sexuels et tentatives de viol, les enlèvements et séquestrations, les vols aggravés, la piraterie, l'extorsion, l'incendie volontaire, la possession et l'usage illégal d'armes à feu.²

Il n'est pas possible de corrélérer strictement *felonies* et *misdemeanors* à des procédures pénales distinctes. On peut rappeler que le droit au jury protégé par le Sixième Amendement à la Constitution américaine est réservé aux infractions considérées comme les plus graves, toutes les infractions passibles de plus de six mois d'emprisonnement ce qui inclut systématiquement toutes les *felonies* et selon les États un plus ou moins grand nombre de *misdemeanors*.

À l'inverse, le **Royaume-Uni** a abandonné la division entre *felonies* et *misdemeanours*, remplacée en 1967 par la distinction entre *arrestable offences* punies de 5 ans d'emprisonnement ou plus et *non-arrestable offences*. Cette distinction a été abolie en 2006³ si bien que la seule division des infractions pénales dans le système anglais repose sur des règles de procédure et de compétence des juridictions. Il faut distinguer :

- les *summary offences* jugées par les *Magistrates' Courts* sans jury et passibles de six mois d'emprisonnement au plus ;
- les *triable either-way offences* jugées soit par une *Magistrates' Court* sans jury, soit devant la *Crown Court* par un jury, au choix de l'accusé ;
- les *indictable offences* jugées devant la *Crown Court* par un jury après l'établissement d'un acte d'accusation formel après audience préliminaire. Cette catégorie rassemble les infractions les plus graves : trahison, homicide volontaire, agression à main armée, vol avec violence, viol notamment.⁴

¹ Soit après avoir été condamnés deux fois pour une *serious violent felony* ou une fois sous ce chef et une fois pour un délit de stupéfiant.

² 18.U.S. Code § 3559. Cette catégorie des graves crimes violents contient en outre toute felony punie de plus de 10 ans de prison dès lors que la force physique a été employée ou qu'une menace en ce sens a été proférée.

³ *Serious Organised Crime and Police Act 2005*.

⁴ Pour plus de précisions, on renvoie à la note connexe de la division de la législation comparée sur la place des jurés populaires dans le procès pénal (juin 2018).

LE MÉCANISME DE TAGLIA-LEGGI : UN EXEMPLE ITALIEN DE SIMPLIFICATION NORMATIVE

1. Contexte d'adoption et justification du processus de simplification du corpus normatif

Le mécanisme de *taglia-leggi* (coupe-lois) est constitué d'une série de mesures de simplification du corpus législatif articulées dans un processus conduit de 2005 à 2012 en Italie. Fait significatif, il s'agit d'un des rares exemples récents de consensus politique en Italie puisque la démarche a été initiée sous un gouvernement de droite (Berlusconi) et poursuivie par un gouvernement de gauche (Prodi), puis par le cabinet technique présidé par Mario Monti. La crise financière n'en a pas empêché la mise en œuvre.

Les prémices du dispositif se laissent discerner dans les réformes Bassanini de 1997 qui avaient lancé le premier train de simplification administrative et normative, en prévoyant notamment l'adoption régulière -en principe, annuelle- de lois de simplification. Cette démarche d'amélioration continue s'accéléra brusquement, tout en changeant de nature, par le vote en 2005 d'une de ces lois de simplification. Issu d'un amendement parlementaire soutenu par le gouvernement et adopté à une très large majorité, l'article 14 de la loi n° 246 du 28 novembre 2005 introduisit un mécanisme d'abrogation généralisée par présomption d'obsolescence des actes législatifs antérieurs au 1^{er} janvier 1970. Cette « clause guillotine » fut baptisée *taglia-leggi* en renvoyant sciemment à l'image de la machette utilisée pour se frayer un chemin dans la jungle normative.

En effet, la situation italienne, qualifiée à l'époque dans le pays de chaos normatif, était marquée par une grande incertitude sur les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et un accès problématique au droit, aussi bien pour les praticiens que pour les citoyens. Les causes multiples en étaient à trouver non seulement dans l'instabilité normative mais aussi dans une codification inachevée, une faible consolidation des textes, l'absence de base publique centralisée, un recours excessif à l'abrogation tacite par application du principe *lex posterior*, le maintien de nombreux actes datant de la monarchie et de la période fasciste qui n'avaient pas été nettoyés dans l'après-guerre ou encore des divergences fréquentes entre les lois de ratification et les décrets législatifs ou les décrets-lois qu'elles ratifiaient. Ces problèmes de technique législative portaient à la fois sur le stock et sur le flux. Les mesures de *taglia-leggi* portèrent essentiellement sur le stock de lois et autres actes primaires à valeur législative.

2. Un principe simple, mis en œuvre en trois phases

Le législateur a donné pour première tâche au gouvernement italien en 2005 d'identifier dans un délai de 24 mois toutes les dispositions législatives nationales en vigueur, tout en mettant en évidence les incohérences et les antinomies entre les différentes normes. Il s'agissait à la fois de clarifier le stock sur lequel l'abrogation générale devait tomber et de jeter les fondations d'une base législative centralisée. La première phase s'est close en décembre 2007 par la transmission au Parlement d'un rapport de recensement d'environ 21 000 textes.

La deuxième phase consistait dans l'activation proprement dite de la guillotine pour abroger les dispositions inutiles ou obsolètes. Il ne s'agissait pas de dresser une liste précise des dispositions à abroger mais au contraire de repérer les actes primaires publiés avant le 1^{er} janvier 1970 dont le maintien en vigueur était considéré comme indispensable et d'abroger en bloc tous les autres, quand bien même ils auraient été modifiés par des lois postérieures à 1970. La loi 246/2005 donnait délégation législative jusqu'au 16 décembre 2009¹ au gouvernement pour identifier les dispositions à maintenir en vigueur. Le décret législatif *salva-leggi* (sauve-lois) 179/2009 du 1^{er} décembre 2009 est entré en vigueur à l'ultime moment. Un délai d'un an s'ouvrait ensuite avant l'activation de l'abrogation généralisée, qui a produit ses effets à compter du 16 décembre 2010.

Un cadre de sélection des normes législatives à sauver était fixé dans la loi 246/2005. Il incluait en particulier les dispositions dont l'abrogation lèserait un droit constitutionnellement garanti, celles dont l'abrogation pèserait même indirectement sur les finances publiques et celles qui étaient indispensables à la régulation d'un secteur d'activité. Toutes les normes nécessaires pour garantir la cohérence juridique, logique et systémique du corpus normatif devaient être préservées. Ne pouvaient être sauvées les dispositions déjà tacitement abrogées, qui avaient épuisé leurs effets, dépourvues de contenu normatif ou obsolètes d'une façon ou d'une autre.

À côté des normes identifiées comme devant être maintenues en vigueur par les départements ministériels, un certain nombre de textes et de matières étaient expressément protégés par la loi de toute application du *taglia-leggi* : les normes constitutionnelles et organiques, le statut de la magistrature, l'organisation des juridictions, le code civil, le code pénal, les codes de procédure civile et pénale, les normes budgétaires et fiscales, les actes nécessaires au respect des obligations internationales, les dispositions en matière d'assurance sociale, et en général tout acte législatif portant l'intitulé de code ou de texte unique.

¹ Soit 24 mois après la date butoir pour la remise du rapport de recensement des actes législatifs en vigueur.

La troisième phase était consacrée à la consolidation du droit par une relance de la codification ou l'établissement de textes uniques et par la correction des erreurs qui auraient pu être commises. La loi 246/2005 habilitait le gouvernement italien pour les deux années suivant la publication du décret législatif *salva-leggi* à prendre les mesures législatives nécessaires à la rationalisation et la restructuration du corpus législatif (intégration, codification, correction).

Enfin, était instituée une commission parlementaire à la simplification, organe bicaméral chargé de suivre l'évolution du processus et de prononcer des avis sur les projets de décrets législatifs pris sur les habilitations concédées dans la loi 246/2005.

3. Des ambiguïtés et des incertitudes inhérentes au processus ayant demandé des ajustements et des corrections

Des difficultés, prévisibles au regard de la complexité de la tâche, se sont accumulées à toutes les étapes du processus. Elles ont nécessité des ajustements du dispositif de 2005, auxquels a procédé la loi n° 69 du 18 juin 2009 pour le développement économique, la simplification et la compétitivité, entrée en vigueur avant la finalisation de la liste des actes législatifs à sauver. En particulier, c'est la loi de 2009 qui a décorrélé la publication de la liste des textes à sauver de l'activation de la guillotine pour donner un an de révision possible et éviter le chaos.

Le rapport de recensement des actes législatifs de 2007 s'est révélé lacunaire au cours de la procédure, car il omettait bon nombre d'actes en vigueur, notamment des textes de la monarchie et de la période fasciste dont la nature, la portée et les effets étaient incertains. Les rapports annexés aux abrogations dans les années suivantes ont estimé le stock de textes de valeur législative adoptés entre 1861¹ et 2008 à 33 490 lois, 5 403 décrets-lois et 10 091 décrets-lois royaux.

En outre, les départements ministériels auxquels était renvoyée l'identification des textes législatifs à sauver n'ont pas partagé d'approche véritablement commune. Certains ont été plus prudents ou conservateurs que d'autres. Surtout, des conflits de compétence négatifs ou positifs sont apparus : de nombreux textes concernaient évidemment plusieurs ministères qui ne s'accordaient pas sur leur caractère indispensable et d'autres n'étant pris en charge par aucun ministère ont été menacés d'une abrogation à l'aveugle par indifférence. Des débats ont eu lieu sur la nécessité de recourir à des sauvetages partiels (par article) ou complets (par texte), la première méthode étant plus précise mais source d'une complexité exponentielle.

¹ *Date de l'unification italienne.*

La frontière des matières préservées de toute abrogation est apparue moins claire dans la pratique avec des effets pervers dans les deux sens. Des dispositions obsolètes sont restées en vigueur car on les considérait à tort comme protégées, mais des dispositions pertinentes ont été victimes de la guillotine parce qu'on les pensait protégées alors qu'elles ne l'étaient pas. La Cour de Cassation italienne s'est prononcée sur des cas de ce type.

Il n'a pu être évité des abrogations intempestives dans plusieurs domaines, qui ont généralement été corrigées par l'adoption d'actes rectificatifs. La loi 69/2009 avait ouvert un délai d'un an supplémentaire, dans lequel d'autres décrets législatifs pouvaient encore être pris pour modifier jusqu'en décembre 2012 les premières restructurations du corpus législatif. Cependant, on pourrait toujours redécouvrir des effets néfastes d'abrogations hâtives dans les années à venir.

Un autre problème est apparu lors des corrections car la délégation du pouvoir législatif consentie en 2005 ne permettait pas de procéder à tout le nécessaire, d'autant que des mesures exceptionnelles d'abrogation expresses s'étaient superposées en cours de route au mécanisme d'abrogation par guillotine. Il a donc fallu recourir à des actes correctifs d'urgence hors du dispositif initialement conçu. On signalera notamment le décret-loi des « mille prorogations » n° 225 du 29 décembre 2010 qui a rétabli avec efficacité rétroactive des lois abrogées par erreur.

Enfin, les conséquences en cascade du *taglia-leggi* n'ont pas toujours été correctement appréciées. Cela vaut pour les actes réglementaires qui trouvaient leur base légale dans des lois abrogées. Cela vaut pour les actes des collectivités territoriales, en particulier les régions qui concourent à l'exercice du pouvoir législatif. La loi 69/2009 a rectifié le mécanisme de 2005 pour prévoir une sorte de clause-relais, de sorte que dans les domaines de compétence législative régionale, les lois nationales restent en vigueur jusqu'à ce que les régions fassent usage de leur compétence.

4. La superposition de dispositifs d'abrogation expresse : l'hésitation entre la guillotine et la liste de proscription

La procédure de *taglia-leggi* par guillotine a été complétée par d'autres mesures parallèles d'abrogation expresse de textes législatifs. En effet, les gouvernements successifs ont considéré qu'il n'était pas possible d'attendre la fin du processus pour éliminer des dispositions obsolètes. C'est pourquoi deux décrets-lois¹ d'abrogation de milliers d'actes listés ont été pris le 27 juin 2008 (n.112) et le 22 décembre 2008 (n.200), en dehors du processus décrit précédemment.

¹ Mesure d'urgence d'ordre législatif prise en Conseil des ministres qui n'a pas besoin d'une habilitation préalable, à la différence des décrets législatifs, même s'ils doivent être convertis en lois pour perdurer.

Cette initiative reflétait aussi un certain malaise face à l'abrogation à l'aveugle et un retour à l'identification précise des normes à abroger. Le Conseil d'Etat italien et la Commission parlementaire sur la simplification, sans freiner le processus *taglia-leggi*, avaient chacun émis des réserves. Le problème résidait dans le fait de ne pas savoir exactement ce qui allait tomber sous le coup de la clause guillotine, d'où des demandes reconventionnelles d'établissement de listes des normes abrogées, à rebours de l'esprit de la démarche initiale.

Ces réserves ont conduit dès 2009 le législateur à compléter le mécanisme de 2005 par une habilitation à prendre toute mesure d'abrogation expresse ciblant des dispositions législatives nationales obsolètes, y compris publiées après le 1^{er} janvier 1970. Cette habilitation expirait en même temps que l'activation de la guillotine pour garantir la cohérence du schéma global. C'est sur cette base qu'a été pris le décret législatif *taglia-leggi* n° 2012 du 13 décembre 2010 dans le but avoué d'accroître la précision de l'ablation normative.

La superposition d'actes *salva-leggi* et *taglia-leggi* est une source d'ambiguïtés et de contentieux : que décider quand le décret législatif *salva-leggi* maintient expressément en vigueur tout un texte dont certaines dispositions sont expressément abrogées par un décret-loi *taglia-leggi* ? De même, la superposition d'abrogation généralisée et indifférenciée et d'abrogation expresse et ciblée a généré des difficultés. Des débats subtils ont émergé¹.

5. Des bénéfiques connexes dans la consolidation du droit et dans l'accès au droit

Le bilan quantitatif précis est difficile à établir mais la réduction massive du nombre de lois est évidente. En conséquence de toutes les mesures d'abrogation confondues entre 2005 et 2012, le corpus des lois italiennes en vigueur compte aujourd'hui un peu plus de 10 000 textes, d'après le ministère pour la simplification et l'administration publique, soit une diminution d'au moins la moitié et peut-être des deux tiers selon les estimations incertaines des différents rapports officiels.

¹ Les débats ont porté notamment sur la différence entre être en vigueur et rester en vigueur lorsque par mégarde on a abrogé expressément des dispositions déjà tacitement abrogées : à quel moment l'abrogation est-elle véritablement intervenue ? L'abrogation expresse n'a-t-elle pas conduit à prolonger rétroactivement les effets d'une disposition caduque ? Les cas d'abrogations d'abrogation ont également posé problème : donnent-elles lieu involontairement à la revoiescence malheureuse de dispositions anciennes ? Lorsqu'elles sont souhaitées pour corriger une erreur, faut-il respecter un parallélisme des formes entre les deux actes ou peut-on recourir à deux types de véhicules différents ?

Demeurent des difficultés et des besoins de correction qui pourraient réapparaître à tout moment, mais qui semblent aujourd'hui jugulés. Ils étaient inévitables au regard de la tâche et ils n'ont pas conduit à accroître l'incertitude sur le droit en vigueur.

La clause guillotine ne devrait plus être réactivée pour l'instant, d'autant que la Cour constitutionnelle a fait écho aux préoccupations des régions italiennes dans sa décision 200/2012 du 17 juillet 2012 en sanctionnant des abrogations automatiques dès lors que leur portée est trop indéterminée et leurs conséquences pour les collectivités trop incertaines. Le recours ponctuel aux lois de simplification ciblant des mesures obsolètes paraît en revanche devoir perdurer.

Le vrai bénéfice à long terme serait plutôt à chercher dans la mobilisation collective au long cours sur un projet commun, dans l'effort de recensement du droit existant, dans la consolidation des textes et dans l'institution du site normattiva.it, équivalent de légifrance très longtemps attendu.

L'INSCRIPTION CONSTITUTIONNELLE DES ENJEUX ENVIRONNEMENTAUX

À la demande de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable et de la Commission des Lois, la division de la législation comparée a mené une recherche sur l'inscription constitutionnelle des enjeux environnementaux. Après une revue globale de littérature, elle a conduit une étude plus précise sur 11 pays en Europe (Allemagne, Belgique, Norvège, Pays-Bas, Portugal), en Amérique du Nord (Canada, États-Unis) et du Sud (Argentine, Brésil, Équateur) et en Asie (Inde). Pour chacun d'entre eux une fiche synthétique résume les principaux enseignements tirés de la lecture des textes constitutionnels, de la jurisprudence et de la doctrine.

I. SYNTHÈSE GÉNÉRALE

La constitutionnalisation des enjeux environnementaux, et en particulier la protection constitutionnelle de droits environnementaux, s'inscrit dans un processus généralisé touchant toujours davantage d'États depuis les années 1970. Elle vaut pour une très large majorité de pays, quels que soient leur système juridique et politique, leur culture, leur zone géographique. Pourtant certaines exceptions à ce mouvement mondial se révèlent frappantes : l'Australie, le Canada, le Danemark, les États-Unis, l'Irlande, le Japon et le Royaume-Uni ne reconnaissent pas constitutionnellement de droits environnementaux malgré des débats intérieurs vifs.

On remarque dans cette liste une forte prédominance de pays de Common Law, bien que le Danemark et le Japon n'appartiennent pas à cette tradition. Toutefois, l'Inde, le Pakistan, le Népal, le Bangladesh, les Philippines et l'Afrique du Sud qui relèvent de la Common Law ou d'un système mixte accordent une protection constitutionnelle aux droits environnementaux, notamment grâce à l'engagement des Cours suprêmes et l'exercice de leur pouvoir d'interprétation. Il est donc impossible de généraliser et de proposer un facteur explicatif global à ces exceptions, toujours liées à l'histoire politique particulière de ces nations et qui pourraient aussi s'effacer rapidement avec une décision de leur Cour suprême à défaut d'amendement constitutionnel.¹ En outre, ces pays francs-tireurs sont souvent parties à des conventions internationales spécialisées de protection de l'environnement, qui peuvent dans certains cas produire des effets en droit interne.

¹ Le cas du Royaume-Uni est plus complexe, en raison de la nature même de sa constitution, qui n'est pas totalement coutumière mais qui n'est pas rassemblée dans un texte consolidé, en raison du principe de la souveraineté parlementaire qui ne place rien au-dessus de la loi, et en raison de la division juridique entre l'Angleterre-Pays de Galles, l'Ecosse et l'Irlande du Nord. À l'évidence, le Bill of Rights d'Angleterre et du Pays de Galles de 1689, texte constitutionnel de protection des droits fondamentaux, ne prévoit pas le cas de la protection de l'environnement.

Dans les pays qui ont inscrit les enjeux environnementaux au sens large dans leur constitution, on peut distinguer différents types de dispositions selon plusieurs critères. Formellement, certaines constitutions (Bolivie, Brésil, Équateur, Portugal) sont très prolixes et détaillées dans le domaine environnemental, d'autres laconiques (Allemagne, Belgique, Norvège, Pays-Bas). Matériellement, les premières ont tendance à couvrir explicitement des domaines spécifiques (ressources non renouvelables, biodiversité, patrimoine génétique et OGM, déchets radioactifs, lutte contre la pollution de l'air, de l'eau et des sols, éducation à l'environnement, bien-être animal...) et à formuler des principes de gestion rationnelle des ressources naturelles, de précaution en cas d'incertitude scientifique et de responsabilité du pollueur, les secondes se contentent de formules génériques. L'approche anthropocentrique, assimilant la protection de l'environnement à la limitation des effets de la pollution ou de l'épuisement des ressources sur les sociétés humaines, prédomine.

Les constitutions peuvent prévoir la fixation d'objectifs ou de lignes directrices à l'État et aux pouvoirs publics, en général rassemblés dans une stratégie de développement durable tenant compte des responsabilités collectives à l'égard des générations futures. Au-delà de l'échantillon étudié ci-dessous, ces directives de politique publique concernent l'Algérie, le Cameroun, la Grèce, les Philippines, le Qatar ou encore l'Uruguay.¹ Il s'agit là d'un degré minimal de reconnaissance des enjeux environnementaux dans le texte constitutionnel.

De nombreux pays vont plus loin et complètent l'énoncé d'objectifs incombant à l'État en garantissant de surcroît un droit à un environnement sain, de qualité ou équilibré, sans pour autant systématiquement rendre ce droit opposable ou invocable directement à l'appui d'un recours. Dans certains constitutions, il est assimilé à un droit fondamental de niveau équivalent aux droits civils et politiques (Afrique du Sud, Bulgarie, Burkina Faso, Cap-Vert, Congo, Croatie, Estonie, Éthiopie, Hongrie, Mali, Roumanie, Russie, Serbie par exemple). Dans d'autres, il est davantage associé à des droits économiques et sociaux et placé au même rang que le droit au logement ou à l'éducation (Chili, Colombie, Corée du Sud, Espagne, Pologne, Turquie)².

Ces droits substantiels peuvent être associés à des droits procéduraux spécifiques d'accès à l'information, de pétition, de consultation et de participation à la prise de décision en matière environnementale. Des voies d'action propres pour faire cesser une atteinte au droit à l'environnement sain en tant que droit fondamental sont parfois prévues, notamment en Amérique Latine.

¹ J. R. May & E. Daly, *"Vindicating Constitutionally Entrenched Environmental Rights Worldwide"*, 11 *Oregon Review of International Law*, 2010, pp. 365-439 ; J.R. May (ed.), *Principles of Constitutional Environmental Law*, American Bar Association, 2011.

² *Ibid.*

Enfin, dans certains autres États, ce n'est pas la lettre de la Constitution qui a conduit à la reconnaissance de droits environnementaux mais la jurisprudence des cours qui ont interprété libéralement les dispositions protégeant le droit à la vie ou à la santé. Ce fut le cas en Italie, aux Philippines et en Asie du Sud (Bangladesh, Inde, Pakistan).

II. ÉTUDES DE CAS

1. Allemagne

La Constitution de la République de Weimar du 11 août 1919 accordait déjà une certaine protection à l'environnement en raison de leur valeur patrimoniale et esthétique qui les rapprochait des œuvres de la création humaine. Ainsi, « les monuments de l'art, de l'histoire et de la nature, ainsi que les paysages » bénéficiaient de la protection et des soins de l'État (art. 150 al. 1). Cette référence n'a pas été reprise dans la première version de la Loi fondamentale de 1949.

Malgré de multiples tentatives de réintégration de la protection de l'environnement dans la Loi fondamentale, la constitutionnalisation de la protection de l'environnement n'est venue qu'en 1994, après la réunification et à l'issue d'années de débat politique entre la CDU qui ne validait qu'un principe objectif et une approche anthropocentrique sans reconnaître aucune prééminence à la protection de l'environnement sur d'autres valeurs et les Verts qui réclamaient à l'inverse, « un droit subjectif susceptible d'être sanctionné par le juge »¹. La consécration de la protection de l'environnement au niveau fédéral finalisa une démarche déjà engagée au niveau des Länder, qui avaient tous intégré une clause relative à la protection de l'environnement dans leurs constitutions avant 1994.²

La révision constitutionnelle du 27 octobre 1994 a introduit un nouvel article 20a pour garantir la protection des fondements naturels de la vie (natürliche Lebensgrundlagen), qui est érigée au rang, non de droit fondamental opposable, mais de finalité assignée à l'État (Staatsziel). Très précisément, pour assumer sa responsabilité, y compris à l'égard des générations futures, l'État et les institutions publiques doivent protéger l'environnement en tant que cadre de déploiement de la vie. En outre, la révision constitutionnelle du 26 juillet 2002 a intégré à l'article 20a la protection des animaux, désormais associée à la protection de l'environnement comme objectif constitutionnel à la charge des pouvoirs publics.³

¹ M. Bothe, « Le droit à l'environnement dans la constitution allemande », *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial, 2005, *La charte constitutionnelle et l'environnement*, pp. 35-39.

² 1976 : Bade-Wurtemberg (art. 86) ; 1984 : Bavière (art. 2 II et 141) ; 1985 : Sarre (art. 59), Rhénanie du Nord-Westphalie (art. 29a), Rhénanie-Palatinat (art.73a, puis art. 69) ; 1986 : Brême (art.11a), Hambourg (préambule) ; 1990 : Berlin (art. 21a), Schleswig-Holstein, (art. 7) ; 1991 : Hesse (art. 26a), Saxe (art.10), Brandebourg (art. 39 et 40), Mecklembourg-Poméranie occidentale (art. 12), Saxe-Anhalt (art. 35), Thuringe (art. 31) ; 1993 : Basse-Saxe (art. 1 II).

³ Art. 20a GG - « Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. »

La catégorie des finalités assignées à l'État ne consacre pas de droit subjectif directement invocable par les particuliers mais revêt une dimension objective, à destination des pouvoirs publics.

L'examen des débats sur la révision constitutionnelle de 1994 révèle que sont visés par l'emploi des termes de fondements naturels de la vie, le sol, l'eau, l'air, la flore et la faune, le climat, les paysages et, plus généralement tout l'écosystème. À ce titre, la protection contre les émissions d'ondes ou de rayonnements, le tri des déchets, le contrôle des substances chimiques par exemple entrent dans le champ des obligations de l'État. La doctrine tend à considérer que, malgré l'absence de renvoi explicite au principe de précaution ou à une stratégie de développement durable, ces notions sont sous-jacentes dans la rédaction retenue dès lors qu'il est fait référence aux générations futures. À ce titre, l'État doit aussi être considéré comme responsable en matière de sauvegarde des ressources non renouvelables.¹

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle tend à confirmer cette interprétation. Avant que la protection de l'environnement ne trouve sa consécration constitutionnelle en 1994, la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'était déjà montrée réceptive à cet enjeu, affirmant notamment que l'environnement constituait un bien commun dont la préservation pouvait justifier la limitation d'autres droits fondamentaux, notamment du droit de propriété.² Depuis, elle s'est montrée active pour activer les synergies entre les droits constitutionnels à la vie et à la santé et l'objectif de protection de l'environnement.

Dans une décision³ concernant la loi sur les techniques génétiques sur un recours du Land de Saxe-Anhalt, la cour de Karlsruhe a rappelé que la protection de la vie et de la santé humaines et la protection de leurs fondements naturels constituaient d'importantes valeurs de rang constitutionnel qui pouvaient justifier des limitations non seulement de la liberté d'industrie et du droit de propriété, mais aussi de la liberté de la recherche scientifique. Elle a souligné l'obligation de diligence et de prudence particulière (*besondere Sorgfaltspflicht*) qui s'impose au législateur pour protéger la collectivité des dangers encourus dans un domaine encore mal connu comme les modifications génétiques.

¹ J. Germain, « La protection de l'environnement dans la Constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'État », *Pouvoirs* 2005/2, (n°113), pp. 177-211.

² *BVerfG, Nassauskiesungsbeschluss, 1 BvL 77/78, 15 juillet 1981. Cf. Kingreen & Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, Müller, 2017.*

³ *BVerfG, Gentechnikgesetz, 1 BvF 2/05, 24 novembre 2010.*

Bien que l'approche de la protection de l'environnement en droit allemand soit décidément anthropocentrique et interdise d'identifier aucun « intérêt de la nature » distinct des besoins humains, on peut relever que la Cour constitutionnelle a inclus le maintien de la biodiversité et la sauvegarde des espèces menacées parmi les biens environnementaux protégés par l'article 20a.¹

2. Argentine

La Constitution de l'Argentine date de 1853. Modifiée à plusieurs reprises, elle a été rétablie après le retour de la démocratie en 1983 à la chute de la junte militaire. Un accord politique entre les deux rivaux politiques Menem et Alfonsín aboutit à une refonte majeure du texte constitutionnel, approuvée par une Convention nationale le 22 mai 1994. La révision de 1994 a notamment permis de reconnaître un droit à l'environnement. Le dispositif prévoit également une clef de répartition des compétences entre l'État fédéral (Nación) et les États fédérés (provincias) et un recours juridictionnel commun avec les autres libertés fondamentales.

L'article 41 de la Constitution argentine accorde, en effet, à tous les habitants la jouissance d'un « droit à un environnement sain, équilibré, apte au développement humain et aux activités productives pour que celles-ci puissent satisfaire les besoins présents sans compromettre ceux des générations futures » (al. 1). On trouve ici les éléments essentiels d'un modèle ibéro-américain du droit à l'environnement : le lien avec le droit à la santé, l'assimilation théorique de tout déséquilibre écologique à un préjudice, le souci de préserver les ressources nécessaires au développement économique et social, la responsabilité à l'égard des générations actuelles et à venir. Parallèlement, selon une formule analogue à celle qui se trouvait déjà dans la constitution portugaise post-Salazar de 1976 et qui se retrouvera dans la constitution brésilienne post-dictature de 1988, ce droit est associé à un devoir de protection, qui s'adresse tant aux pouvoirs publics qu'aux citoyens. L'expérience des régimes autoritaires et la concomitance du retour à la démocratie et de la reconnaissance de droits environnementaux conduit à la nécessité de prévoir une participation active du public dans la sauvegarde de l'environnement.

Le texte reconnaît expressément le principe d'une responsabilité du pollueur qui doit réparer le préjudice écologique qu'il génère, prioritairement en reconstituant (recomposer) l'écosystème dégradé (art. 41 al. 1). Cette obligation de restauration, selon un cadre fixé par la loi, témoigne d'une préférence pour la réparation en nature sur les dommages-intérêts. D'après la doctrine, l'obligation de restauration ne comporte pas nécessairement la restitution des choses à leur état antérieur, qui peut se révéler concrètement impossible, mais elle peut se limiter à la mise en œuvre de mesures de substitution raisonnables.²

¹ *Ibid.*

² D. H. Lago, « La réforme de la Constitution argentine et la reconnaissance du droit à l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, 1998 -1, pp. 56-57.

Les autorités argentines ont pour mission de pourvoir « à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles, à la préservation du patrimoine naturel et culturel et de la biodiversité, à l'information et à l'éducation environnementales » (art. 41 al. 2). En outre, il revient à l'État fédéral de fixer les bases minimales de protection, les États fédérés déterminant toutes les règles complémentaires et prenant toutes les mesures d'application nécessaires (al. 3). On notera enfin une interdiction formelle de niveau constitutionnel de faire entrer sur le territoire national des déchets réellement ou potentiellement dangereux, ainsi que des résidus radioactifs (al. 4).

Pour assurer la défense effective du droit à un environnement sain et équilibré, l'article 43 de la Constitution argentine de 1994 prévoit l'ouverture d'un recours d'*amparo* en protection des libertés fondamentales. Cette voie d'action, caractéristique des systèmes légaux ibéro-américains, permet à toute personne d'élever un recours rapide et direct « contre tout acte ou omission d'autorités publiques ou de particuliers qui, de manière actuelle ou imminente, restreint, altère ou menace, avec illégalité ou arbitraire manifestes, les droits ou garanties reconnus par cette Constitution, un traité ou une loi » (al. 1). Le cas échéant, le juge déclare inconstitutionnelle la base juridique de l'acte dommageable. Les droits environnementaux sont explicitement visés comme des intérêts pouvant faire l'objet du recours d'*amparo*. Les personnes lésées, le Défenseur du peuple et les associations de défense de l'environnement sont compétents pour agir (al. 2).

La Cour suprême d'Argentine n'a pas hésité à ordonner des mesures correctives rigoureuses sur la base du droit à l'environnement constitutionnellement garanti. Elle s'est prononcée notamment sur la pollution catastrophique du fleuve Matanza-Riachuelo. À cette occasion, elle a ordonné au gouvernement de conduire une évaluation écologique globale du fleuve, d'inspecter toutes les activités polluantes installées dans son bassin, d'améliorer les systèmes d'assainissement et de retraitement et de développer un plan de santé environnementale régional en veillant à la qualité de l'eau fournie à la population.¹

Plusieurs États fédérés ont également inscrit les enjeux environnementaux dans leur propre constitution. C'est le cas notamment de la province de Córdoba, qui s'impose comme objectifs de garantir l'équilibre écologique, protéger l'environnement et préserver les ressources naturelles (art. 11). Le droit à un environnement sain est également garanti et longuement développé dans la constitution provinciale : il comprend « le droit de jouir d'un environnement physique et social dépourvu de facteurs nocifs pour la santé, le droit à la conservation des ressources naturelles et culturelles, ainsi que le droit à des valeurs esthétiques permettant un habitat (*asentamientos humanos*) digne, et la préservation de la faune et de la flore. » (art. 66 al. 1).

¹ Mendoza, M. 1569, 8 juillet 2008. Cf. L. Collins, « Environmental Constitutionalism in the Americas », in *UN Environment, New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, Mai 2017.

À cet effet, la province détermine les règles (al. 3) visant à assurer :

- l'harmonie des écosystèmes, ainsi que l'intégration, la diversité, le maintien et la restauration des ressources ;
- la compatibilité de la planification économique et sociale, avec la préservation et l'amélioration de l'environnement ;
- la distribution équilibrée de l'urbanisation ;
- l'affectation prioritaire de moyens suffisants pour l'amélioration de la qualité de vie.

3. Belgique

La constitution belge de 1831 a été refondue lors de l'adoption d'une nouvelle version coordonnée en date du 17 février 1994. Ce fut l'occasion d'inscrire une première référence aux enjeux environnementaux dans la partie consacrée aux droits fondamentaux. La révision constitutionnelle du 25 avril 2007 a permis l'introduction d'une seconde référence à l'environnement au titre des objectifs qui s'imposent à l'État fédéral, aux communautés et aux régions en matière de développement durable.

Depuis l'entrée en vigueur de sa version coordonnée en 1994, la Constitution belge garantit en son article 23 le droit de chacun de mener « une vie conforme à la dignité humaine » (al. 1), incluant notamment « le droit à la protection d'un environnement sain » (al. 3, 4°). Cette disposition a été adoptée pour inclure en droit constitutionnel belge certains droits économiques, sociaux et culturels reconnus par le droit international. Outre le droit à la protection d'un environnement sain, la dignité humaine impose de reconnaître le droit au travail, le droit à la sécurité sociale et à la santé, le droit à un logement décent et le droit à l'épanouissement culturel et social.

Toutefois, la formulation retenue n'est pas anodine ; il n'est pas véritablement reconnu de droit subjectif à un environnement de qualité mais un droit objectif à la protection de l'environnement, qui s'adresse d'abord aux pouvoirs publics, ce qui rapproche la solution belge du régime allemand validé la même année. En d'autres termes, l'article 23 de la Constitution belge est dépourvu d'effet direct et nécessite que les autorités compétentes prennent des mesures d'exécution concrètes pour donner corps aux droits fondamentaux qu'il reconnaît. Comme l'a souligné la Cour d'appel de Bruxelles, « *le droit à la protection d'un environnement sain reconnu à chacun à l'article 23 al. 3, 4° de la Constitution [...] n'est pas directement applicable en telle sorte qu'une action en justice ne pourrait se fonder exclusivement sur cette disposition constitutionnelle qui ne consacre pas un droit subjectif permettant à celui qui s'estime atteint dans la qualité de son environnement d'exercer un recours juridictionnel contre celui qui l'affecterait, par son fait non fautif ; qu'un tel droit subjectif n'existera que lorsque le pouvoir législatif ou décrétoal le mettra concrètement en œuvre* »¹. Ainsi, cette disposition ne peut être invoquée isolément ; elle doit toujours l'être en lien avec une règle de droit qui interviendrait en vue de sa mise en œuvre.

¹ CA Bruxelles, 24 janvier 1997, *Aménagement-Environnement*. Le pouvoir décrétoal correspond aux autorités wallonnes et flamandes.

Les travaux préparatoires à la révision constitutionnelle montrent que le législateur constituant a entendu donner à la notion d'environnement une portée très étendue ; il s'agit ici de protéger « *non seulement la nature, mais aussi entre autres de combattre la pollution de l'eau, de l'air et du sol, d'assurer un bon aménagement du territoire, de l'agriculture et de l'élevage et d'encourager, dans le secteur industriel et dans celui des communications, l'utilisation de techniques respectueuses de l'environnement* »¹.

Alors que les termes de développement durable et de responsabilité à l'égard des générations futures n'apparaissent pas encore en 1994, même si les notions pointent, ce sera chose faite avec la révision constitutionnelle du 25 avril 2007. Celle-ci insère un nouvel article 7 bis prévoyant que « *dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations.* » Il a été fait le choix d'intercaler ainsi un nouveau Titre I^{er} bis contenant cet unique article, entre le Titre I^{er} consacré à l'organisation fédérale de l'État et le Titre II dédié aux droits et libertés publiques. Les débats au Sénat ont souligné que « *l'inclusion dans la Constitution d'un Titre I^{er} bis vise à créer une nouvelle catégorie de disposition constitutionnelle qui ne doit pas être confondue avec l'actuel Titre II. Il s'agit d'un article dont la portée est celle d'une ligne de conduite qui s'impose aux pouvoirs publics, sans être la source d'un droit subjectif. Par ailleurs, le Titre I^{er} bis rappelle un devoir collectif de la population belge à l'égard des générations futures, là où le Titre II énonce des droits et des devoirs de chacun.* »²

Déposée le 25 avril 2017 par deux sénatrices belges, une proposition de révision constitutionnelle vise à compléter l'article 7bis pour ancrer dans la Constitution la reconnaissance d'un intérêt propre et d'une dignité propre des animaux³. Son adoption achèverait de confirmer le parallélisme très étroit avec l'article 20a de la Loi fondamentale allemande.

La jurisprudence belge en matière de protection de l'environnement sur le fondement des articles 7bis et 23 de la Constitution est abondante et dynamique.⁴ Bien que l'article 23 de la Constitution belge ne produise pas d'effet direct, les juges ont développé un principe de non-régression ou « effet cliquet ». Il interdit aux autorités publiques de diminuer le niveau de protection des droits reconnus par la Constitution. Cela vaut en matière de protection de l'environnement.⁵ Ainsi, la suppression des procédures d'étude d'impact et d'enquête publique préalablement à l'élaboration de

¹ Doc. Parl., Sénat, sess. Extr. 1991-1992, n°100-2/1°, p. 10 point 10.

² Doc. Parl Sén, session ordinaire 2005-2006, n° 3-1778/1.

³ Sénat de Belgique, Session 2016-2017, Révision de l'article 7 bis de la Constitution, proposition déposée par Mmes Sabine de Bethune et Christine Defraigne.

⁴ C. Romainville, « L'essor du droit à l'environnement sain en droit belge et ses défis », in Bräen, (ed.), Droits fondamentaux et environnement. Perspectives de la Belgique, du Canada et de la France» Actes du colloque du 25 janvier 2013 Université d'Ottawa, Wilson Lafleur.

⁵ Cour constit. belge, 1^{er} septembre 2008, cons. B.11.1. Cf. C. Krolik, « Vers un principe de non-régression de la protection de l'environnement », AJDA, 2013.

zones d'aménagement différé à caractère industriel a été jugée contraire au principe de non-régression¹. En outre, le juge tend à déduire des articles 7bis et 23 de la Constitution belge un principe de précaution qui impose aux pouvoirs publics de tenir compte des risques scientifiquement incertains pour la santé et l'environnement.²

4. Brésil

La Constitution fédérale brésilienne du 5 octobre 1988, adoptée après la chute de la dictature militaire, est influencée par la Constitution portugaise de 1976 et par la doctrine portugaise (Gomes Canotilho), notamment en matière de droits fondamentaux et de libertés publiques. Dans cette catégorie, il faut ranger le droit pour tous à l'environnement écologiquement équilibré (*direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*). L'article 225 de la Constitution brésilienne peut se lire en miroir de l'article 66 de la Constitution portugaise de 1976. Le modèle de droit constitutionnel environnemental du Brésil est le résultat de la conjugaison de l'expérience portugaise, travaillée par la doctrine et la jurisprudence brésiliennes propres, et de la prise en compte des particularités de l'Amazonie et des populations indigènes.

L'équilibre de l'environnement est expressément qualifié par l'article 225 comme un bien commun de la population (*bem de uso comum do povo*) essentiel à une qualité de vie saine. Il est fait expressément obligation aux pouvoirs publics et à la collectivité des citoyens de le défendre et de préserver pour les générations présentes et futures. Le droit à un environnement sain est considéré comme une condition de préservation et d'épanouissement de toute vie humaine et comme la matrice de tous les autres droits fondamentaux³. De ce point de vue, l'orientation anthropocentrique, que dénote encore le renvoi à la notion de qualité de vie, est nette.

La doctrine et la jurisprudence brésiliennes font expressément du droit à l'environnement un droit fondamental de troisième génération, à la fois individuel, collectif-social et intergénérationnel.⁴ Le Tribunal fédéral suprême l'envisage comme une étape nouvelle dans l'approfondissement et l'expansion de la protection des droits de l'homme. Tandis que les droits de première génération, civils et politiques, concrétisent un principe de liberté en faveur des individus formels et que les droits de seconde génération, économiques et sociaux, réalisent un principe d'égalité tenant compte de

¹ Cour d'arbitrage, 14 septembre 2006, n° 137/2006, cons. B.7.3. La Cour constitutionnelle belge s'appelait Cour d'arbitrage jusqu'à la réforme fédérale de mai 2007.

² Conseil d'État belge, 10 avril 2003, Mobistar, en matière d'installation d'antennes de téléphonie mobile.

³ J. A. da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2004.

⁴ P.C. Dias & M.T.S. Manfio, « O meio ambiente sob o ponto de vista constitucional no Brasil e em Portugal – Direito ao meio ambiente e a o desenvolvimento equiparados aos direitos humanos », *RJLB*, Ano 2 (2016), n° 5.

l'inscription sociale concrète des personnes, le droit à l'intégrité environnementale dans l'ensemble de ses facettes consacre un principe de solidarité qui s'impose à toutes les formes d'organisation sociale, actuelles et futures.¹ En d'autres termes, la protection de l'environnement est conçue comme nécessaire à la préservation pérenne de la société, dont les fondements seraient menacés par des préjudices écologiques majeurs ou un épuisement des ressources naturelles. On peut d'ailleurs remarquer que l'article 225 consacré à l'environnement fait partie du titre VI « De l'ordre social » de la Constitution brésilienne.

L'importance accordée à la protection de l'environnement justifie l'inscription dans la Constitution d'un principe de réparation et de sanction des préjudices écologiques. Ainsi tout exploitant de ressources minérales doit restaurer l'environnement dégradé par son activité (art. 225 §2°). De plus, indépendamment de l'obligation de réparer les dommages causés, les conduites et activités considérées comme préjudiciables (*lesivas*) à l'environnement assujettissent leurs auteurs, personnes physiques ou morales, à des sanctions administratives et pénales (§3°). Enfin, la défense des droits du public est complétée par la possibilité sur le modèle portugais d'entreprendre une action populaire devant la justice pour annuler tout acte préjudiciable à l'environnement (art. 5 - LXXXIII).

Pour assurer l'effectivité du droit à un environnement écologiquement équilibré, l'article 225 précité assigne une série de missions aux pouvoirs publics (§1°) :

- Préserver et restaurer les processus écologiques essentiels - sans précision- et pourvoir au maniement (*manejo*) écologique des espèces et des écosystèmes ;
- Préserver la diversité et l'intégrité du patrimoine génétique du pays et contrôler les entités dédiées à la recherche et à la manipulation de matériel génétique ;
- Définir des espaces naturels protégés ;
- Imposer la réalisation d'études d'impact environnemental comme préalable à l'installation d'un ouvrage ou d'une activité susceptible de causer des dommages sérieux à l'environnement ;
- Contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de vie ou l'environnement ;
- Promouvoir l'éducation à l'environnement ;
- Protéger la faune et la flore en interdisant notamment les pratiques qui provoquent l'extinction d'espèces ou soumettent les animaux à des actes cruels.

¹ Supremo Tribunal federal, Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Pleno, Min. Celso de Mello, 30 octobre 1995. Le « mandado de segurança » est une forme de recours juridictionnel en protection d'un droit fondamental, qui rappelle l'*amparo* hispanique et le *writ of mandamus* en Common Law.

Sur ce dernier point, il convient de noter qu'un amendement constitutionnel est venu tempérer en 2017 l'interdiction constitutionnelle de la cruauté à l'égard des animaux. Ne sont pas considérées comme cruelles les pratiques sportives utilisant des animaux faisant partie du patrimoine culturel brésilien. Une loi est toutefois censée encadrer ces manifestations.

On notera l'intérêt spécifique pour la protection du patrimoine génétique et la biodiversité que l'on retrouve dans l'ensemble de l'Amérique latine. La forêt amazonienne et certaines autres zones d'intérêt exceptionnel comme les marais du Mato-Grosso, sont déclarées patrimoine national et une loi spécifique doit préciser les conditions d'utilisation de leurs ressources. (art. 225 §4°). Les terres traditionnellement occupées par les populations indigènes leur sont dévolues avec l'usufruit exclusif de leur sol et de leurs eaux (art. 231 §2°). L'exploitation des ressources minérales doit y être autorisée par le Congrès Brésilien après avoir entendu les communautés affectées et leur avoir donné la garantie qu'ils en bénéficient (art. 231 §3°).

5. Canada

La Constitution du Canada est formée par un ensemble de lois et d'actes à valeur constitutionnelle échelonnés entre 1867 et 1982. La seule référence à l'environnement se trouve à l'article 92A de la loi constitutionnelle du 29 mars 1867 révisée, qui attribue compétence aux États fédérés ou provinces pour légiférer sur la prospection des ressources naturelles non renouvelables de leur territoire, sur l'exploitation, la conservation et la gestion de ces dernières et des ressources forestières, et sur l'aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

En revanche, aucune disposition explicite faisant référence à un quelconque droit à un environnement sain n'apparaît dans la Charte canadienne des droits et libertés, issue de la loi constitutionnelle du 17 avril 1982. Toutefois, il n'est pas à exclure que la Cour suprême du Canada n'adopte une interprétation extensive de l'article 7 du texte qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Des dispositions analogues ont été mobilisées autant par les juridictions italiennes dans la tradition civiliste que par la Cour suprême indienne, qui suit la Common Law. De même, l'article 25 qui protège les droits et libertés ancestraux des peuples autochtones du Canada pourrait être également déployé sur le modèle sud-américain pour protéger l'intégrité écologique de leurs terres. Pour l'instant, il ne s'agit que de possibilités sous-jacentes qui n'ont pas été systématiquement exploitées par la Cour suprême du Canada, bien qu'elle ait affirmé à de nombreuses reprises que la protection de l'environnement constituait une valeur fondamentale pour les Canadiens.¹

¹ *Cie pétrolière Impériale Ltée c/ Québec*, 2003 CSC 58 au para 19, [2003] 2 RCS 624 ; *Ontario c/ Canadien Pacifique*, [1995] 2 RCS 1031 au para 55, 125 DLR (4e) 385 ; *Friends of the Oldman River Society c/ Canada*, [1992] 1 RCS 3 aux pp 16-17, 88 DLR (4e) 1. Cf. S. Thériault et D. Robitaille, « Les droits environnementaux dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec : Pistes de réflexion », *McGill Law Journal*, Vol. 57, 2, décembre 2011.

C'est pourquoi l'adoption d'une Charte canadienne des droits de l'environnement est régulièrement évoquée, au moins par les défenseurs de l'environnement et au sein de la doctrine. Lors de la 42^e législature, la députée Linda Duncan a déposé pour la troisième fois, en décembre 2015, une proposition de loi en ce sens (C-202) à la Chambre des communes.

Il n'est toutefois pas inutile de présenter succinctement le contenu de la proposition C-202. Elle accorderait à tout résident canadien le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré (§ 9 (1)) et désignerait le Gouvernement du Canada comme détenteur d'une fiducie publique sur l'environnement qui lui imposerait la mission de préserver l'environnement pour les générations présentes et futures (§9 (2)). On retrouve ici l'expression de la doctrine du *public trust* de Common Law mobilisée notamment aux États-Unis pour éviter l'appropriation privée de certains espaces naturels.

En outre, la proposition C-202 reconnaît le droit d'accès à l'information environnementale (§10), le droit de participer à la prise de décisions gouvernementales en matière d'environnement (§11) et le droit de demander une enquête en cas de soupçon d'infraction à la réglementation environnementale (§14). Est également ouverte la possibilité d'exercer un recours en protection de l'environnement contre le gouvernement (§17) si celui-ci n'a pas rempli ses obligations de fiduciaires de l'environnement, n'a pas appliqué les lois environnementales ou a enfreint le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré, dès lors qu'est en cause un préjudice environnemental grave, réel ou potentiel.

Alors qu'au niveau fédéral, les enjeux environnementaux n'ont pas fait l'objet d'une consécration constitutionnelle, certaines provinces ont été plus allantes. Le Québec a été l'une des premières provinces canadiennes à reconnaître, par voie législative dans un premier temps¹, un droit du citoyen à la qualité de l'environnement et à la sauvegarde des espèces vivantes abritées par cet environnement, avec la possibilité d'un recours pour faire valoir ce droit. En 2006, la Charte des droits et libertés de la personne du Québec a été amendée pour y ajouter au sein du chapitre consacré aux droits économiques et sociaux un article 46.1, disposant que « *toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité* ». La doctrine semble assez partagée sur l'interprétation qui pourrait être faite par les tribunaux de cette disposition à valeur quasi-constitutionnelle, dans la mesure où elle appelle le législateur à préciser ces contours. Le fait est que dans un arrêt de principe, la Cour suprême du Canada, tout en reconnaissant l'invocabilité des droits économiques et sociaux protégés par la Charte québécoise, les a privés de toute portée normative sérieuse en limitant la sanction de leur violation à un jugement déclaratoire.²

¹ Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, 1977, articles 19,1 et 19.2.

² Gosselin c/ Québec, 2002 CSC 84 [2002] 4 RCS 429. Cf. Thériault et Robitaille (2011) précité, pp. 215-216.

Parallèlement, la province d'Ontario a adopté une Charte des droits environnementaux en 1993. Son préambule consacre le droit à un environnement sain et pose comme objectif commun à la population de l'Ontario de protéger, de préserver et de restaurer cet environnement au profit des générations actuelles et futures. Il est également précisé que « *si la réalisation de cet objectif incombe avant tout au gouvernement, la population doit avoir des moyens de veiller à ce qu'il soit réalisé en temps opportun et de manière efficace, ouverte et équitable* ». Les résidents de l'Ontario ont ainsi la possibilité de soumettre au gouvernement des commentaires sur les politiques, les lois, les règlements et actes par l'intermédiaire d'une plateforme en ligne, appelée le Registre environnemental de l'Ontario (art. 5 et 6). En outre, les résidents d'Ontario peuvent demander des enquêtes environnementales (art. 74 à 81), contester une décision du gouvernement qui serait susceptible d'avoir une incidence sur une ressource publique et intenter une action en justice contre toute infraction à une norme environnementale (art. 82 à 103). La proposition de loi fédérale visant à établir une Charte canadienne des droits de l'environnement évoquée précédemment puise une partie de son inspiration dans la charte de l'Ontario.

6. Équateur

L'Équateur fait figure de pionnier avec la reconnaissance constitutionnelle en 2008 de droits de la Nature *per se*, et non pas seulement de droits des hommes à un environnement sain et non pollué. La nouvelle constitution de la Bolivie entrée en vigueur en février 2009, poursuit une approche écocentrique similaire, quoiqu'un peu moins poussée et plus ambiguë, étant donné l'importance parallèle donnée à l'industrialisation et à la mobilisation des ressources du pays pour accroître le niveau de vie dans le texte bolivien.

Le préambule de la Constitution équatorienne, ratifiée par référendum et entrée en vigueur le 28 septembre 2008, fait référence à la Terre-Mère, la Pachamama des indiens quechua, comme personnification de la Nature, dont les hommes font partie et qui est vitale pour leur existence. Les références à la culture indienne se prolongent dans l'affirmation d'un idéal de vie harmonieuse (*sumak kawsay* ou *buen vivir*) comme finalité dernière de la société équatorienne. La nouvelle Constitution, toujours d'après son préambule, vise la construction d'une nouvelle forme de vivre-ensemble citoyen (*convivencia ciudadana*), respectueuse de la diversité et en harmonie avec la nature.

Après avoir garanti la protection de leurs droits fondamentaux aux personnes, communautés, peuples, nationalités et collectifs, l'article 10, reconnaît la nature (*naturaleza*) comme sujet des droits fondamentaux que lui attribue expressément la Constitution. Très novateur doctrinalement bien qu'incertain dans ses conséquences concrètes, cet article doit être lu en articulant les articles 12 à 15 du texte constitutionnel sur le droit à l'eau, à l'alimentation et à un environnement sain avec les articles 71 à 74 qui détaillent les droits de la nature.

L'article 71 de la Constitution équatorienne prévoit que la nature a droit au respect intégral de son existence, ainsi qu'au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions et de ses processus évolutifs (al. 1). Toute personne, communauté, peuple ou nation peut exiger des pouvoirs publics la réalisation des droits de la nature (al. 2). L'État encourage les personnes physiques et morales à protéger la nature, et ainsi promouvoir le respect de tous les éléments qui forment un écosystème (al. 3).

Aux termes de l'article 72, la nature a le droit à la restauration, indépendamment de l'obligation faite à l'État et aux personnes physiques et morales d'indemniser les individus et collectifs qui dépendent des systèmes naturels affectés (al. 1). En cas d'impact environnemental grave ou permanent, notamment occasionné par l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, l'État est tenu de mettre en place les mécanismes de restauration les plus efficaces possibles et d'adopter les mesures adaptées pour éliminer ou réduire au maximum les conséquences environnementales nocives (al. 2).

En outre, un principe de précaution et de restriction s'impose aux activités pouvant conduire à l'extinction d'espèces, à la destruction d'écosystèmes et à l'altération permanente des cycles naturels (art. 73 al. 1). Le souci de préserver la biodiversité justifie aussi des mesures contre les espèces invasives et l'importation de déchets ou de polluants minéraux. À ce titre, est interdite l'introduction d'organismes ou de matériel organique ou inorganique qui pourraient altérer définitivement le patrimoine génétique national (art. 73 al. 2). Est expressément prononcée l'interdiction -sur le même plan que la prohibition des armes chimiques, biologiques et nucléaires- de la production, du stockage et de l'emploi de polluants organiques persistants, de pesticides interdits à l'échelle internationale, d'agents pathogènes, d'organismes génétiquement modifiés nocifs pour la santé des êtres humains ou qui altèrent la souveraineté alimentaire et les écosystèmes (art. 15 al. 2).¹

La perspective écocentrique des droits propres de la Nature n'aboutit cependant pas à dénier aux personnes tout droit subjectif à la protection de leurs intérêts environnementaux. Le texte constitutionnel caractérise comme fondamental et inaliénable le droit humain d'accès à l'eau (art. 12). Il garantit le droit de disposer d'une alimentation saine, suffisante et nutritive de préférence produite localement (art. 13 al. 1), ainsi que le droit de vivre dans un environnement sain, écologiquement équilibré, qui garantit la durabilité et la qualité de vie (art. 14 al. 1).

¹ L'interdiction de principe des cultures et semences transgéniques est encore répétée à l'article 401.

Les individus, communautés, peuples et nations ont le droit de bénéficier de l'environnement et des richesses naturelles qui leur permettent une vie harmonieuse (art. 74 al. 1). Cela justifie que les biens et services environnementaux ne puissent faire l'objet d'une appropriation privée et que leur production, prestation, utilisation et exploitation soient réglementées par l'État (art. 74 al. 2). L'État promeut, dans le secteur public comme privé, l'utilisation de technologies respectueuses de l'environnement et d'énergies alternatives non polluantes et dont l'impact écologique est faible (art. 15 al. 1).

En effet, pour assurer l'effectivité concrète des droits substantiels déjà évoqués, la Constitution équatorienne prévoit des droits procéduraux d'information et de participation ainsi que des voies d'action. Ainsi, une consultation préalable à toute décision de l'État pouvant affecter l'environnement devra être organisée. Une information ample et pertinente devra être donnée au public à cette occasion. L'État n'est pas lié par le résultat de la consultation, mais en cas d'opposition, la décision finale revient à l'autorité administrative supérieure qui la motivera dûment (art. 398). En outre, est ouverte à toute personne physique ou morale, collectivité ou groupe humain la faculté de se tourner vers les organes judiciaires et administratifs, sans préjudice de son intérêt direct, pour obtenir une protection effective de l'environnement. Le requérant peut solliciter des mesures conservatoires pour faire cesser la menace ou le dommage écologique. La charge de la preuve à propos de l'inexistence d'un dommage potentiel ou réel pèse sur le défendeur (art. 397).

La nature ne pouvant bien évidemment faire elle-même valoir ses droits sans le truchement d'un sujet de droit classique, on retombe nécessairement dans la définition de droits et obligations pour l'État et les personnes à l'égard de la nature. Au-delà de la terminologie et de la perspective théorique, il n'était pas véritablement possible, intelligible et opérationnel de faire l'économie d'une approche anthropocentrique au profit de l'invocation des seuls droits de la Nature. C'est ce qui ressort clairement de l'ensemble articulé de la constitution équatorienne.

La jurisprudence se révèle assez ambiguë. Certaines décisions judiciaires se sont appuyées sur le moyen tiré de la violation des droits de la Nature par exemple à propos de l'impact de la construction d'une route provoquant le rejet de matériaux d'excavation dans une rivière.¹ Mais dans d'autres affaires, les juges ont été réticents à admettre l'intérêt à agir des requérants au nom de la Nature dès lors qu'ils n'étaient ni propriétaires d'un terrain, ni autrement affectés par l'activité polluante mise en cause.² En outre, dans certains jugements transparaît l'idée que l'intérêt général peut autoriser une violation des droits de la Nature dès lors qu'aucune zone protégée n'était affectée.³

¹ Corte provincial de Loja, 30 mars 2011, *Wheeler*, Caso No. 11121-2011-0010.

² Corte provincial de Chimborazo, 24 août 2015, *Bonilla*, Caso No. 06334-2014-1546.

³ Corte provincial de Pichincha, 20 juin 2013, *Viteri*, Caso No. 17111-2013-0317 à propos d'une mine à ciel ouvert. Cf. P. Villavicencio Calzadilla & L. Kotzé, « Environmental constitutionalism and the ecocentric rights paradigm: the rights of nature in Ecuador and Bolivia », in *UN Environment*, *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, Mai 2017.

Les droits de la Nature relèvent autant d'une innovation juridique encore incertaine dans ses effets que d'un discours politique destiné à réécrire des éléments fondamentaux de l'identité nationale donnant plus de place aux populations indiennes depuis la présidence Correa. La politisation des recours peut d'ailleurs justifier la prudence des juges.¹ La même appréciation pourrait être portée sur la Bolivie de Morales.

Enfin, comme dans la Constitution bolivienne, un très grand nombre de dispositions de la Constitution équatorienne viennent décliner encore les principes fondamentaux de la protection de l'environnement pour :

- garantir les droits des populations indigènes sur leurs terres et leurs ressources (art. 57 & 59) ;
- rappeler l'importance de la forêt amazonienne pour l'équilibre environnemental de la planète qui justifie un traitement particulier (art. 250) ;
- poser les bases d'un modèle de développement économique durable qui passe par la conservation de la nature, le maintien d'un environnement sain et l'égalité d'accès à une eau, un air et un sol de qualité (art. 275 & 276) ;
- développer une stratégie de souveraineté alimentaire et la promotion d'une agriculture respectueuse de l'environnement (emploi de techniques agroécologiques, récupération de l'agrobiodiversité, élevage dans un milieu salubre, normes de biosécurité, développement des biotechnologies, protection de la population contre la consommation d'aliments contaminés, principe de précaution alimentaire en cas d'incertitude scientifique – art. 281 & 282) ;
- expliciter un régime complet de protection de la biodiversité et de gestion rationnelle et durable des ressources naturelles qui puissent répondre aux besoins des générations actuelles et futures (Titre VII, Ch. 2, art. 395 à 415).

7. États-Unis

La Constitution américaine, dans sa version originale adoptée par la Convention le 17 septembre 1787, ne contenait à l'évidence aucune prescription en matière d'environnement. Les dix premiers amendements à la Constitution ratifiés en décembre 1791 forment la Charte des droits fondamentaux (*Bill of Rights*). Aucun ne concerne littéralement les enjeux écologiques.

¹ C. Kauffman & P. Martin, « Testing Ecuador's Rights of Nature: Why some Lawsuits Succeed and Others Fail », *International Studies Association Annual Convention Atlanta*, 18 mars 2016.

La Cour suprême a pu admettre dans certains cas des interprétations extensives téléologiques des dispositions constitutionnelles. C'est ce qui a motivé à partir des années 1970 des recours pour obtenir de la Cour suprême la reconnaissance de droits environnementaux. Le fondement textuel des argumentations soumises aux juges se trouve dans ce qui est qualifié de « pénombre » du IX^{ème} amendement, qui prévoit une clause conservatoire par laquelle l'énumération de certains droits dans la Constitution ne peut être interprétée comme une façon de nier ou de déprécier d'autres droits détenus par le peuple. Le IX^{ème} amendement laisse la possibilité de reconnaître des droits fondamentaux naturels hors de toute liste dressée par le pouvoir constituant.

Cependant, aucun recours n'a jamais abouti, si bien que jusqu'à présent il n'existe au niveau fédéral ni expressément dans le texte constitutionnel, ni dans la jurisprudence américaine de fondements à la reconnaissance, pas plus de droits substantiels ou procéduraux que d'objectifs de politique publique en matière environnementale.¹ De ce point de vue, les droits environnementaux se trouvent dans la même situation que les droits économiques et sociaux qui seraient opposables à l'État fédéral et que la Cour suprême n'a jamais voulu déduire de façon claire, prévisible et systématique de la Constitution.² Une partie de la doctrine, espérant une évolution de la position de la Cour suprême, poursuit toutefois sa campagne et les associations d'activistes continuent de déposer à l'occasion des recours.

Il existe, en revanche, une jurisprudence abondante sur les sources et les limites de la compétence fédérale et du Congrès en matière environnementale, ainsi que sur les limites du contrôle juridictionnel au nom de la protection de l'environnement. On peut retenir que généralement les réglementations environnementales sont des produits d'une collaboration entre l'État fédéral et les États fédérés, les décisions fédérales ne pouvant constituer de pures injonctions aux États fédérés ou des réquisitions de leurs ressources qui ne leur laisseraient d'autres choix que d'obtempérer. Ce serait une violation du X^{ème} amendement.³ En général les tribunaux se montrent réticents à admettre que les dispositions fédérales sont équivalentes à une réquisition par le Congrès et les États fédérés sont souvent déboutés.⁴

¹ L. Collins, "Environmental Constitutionalism in the Americas", in UN Environment, *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, Mai 2017.

² E. Zackin, « Positive Rights », in Tushnet, Graber & Levinson (ed.), *The Oxford Handbook of the US Constitution*, OUP, 2015, pp. 717-738.

³ *Supreme Court, New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992) sur la gestion de déchets faiblement radioactifs.

⁴ *Federal Court, Connecticut v. United States*, 369 F. Supp. 2d 237, 241-42 (D. Conn. 2005). Cf. J. May, "The Intersection of Constitutional and Environmental Law", in May (ed.), *Principles of Constitutional Environmental Law*, American Bar Association, 2011.

Un des freins importants à la reconnaissance de normes environnementales fondamentales se trouve dans l'interprétation extensive de la clause du V^{ème} Amendement protégeant la propriété privée de l'expropriation. Dans une affaire fameuse, la Cour Suprême a examiné la plainte d'un promoteur acquéreur de terrains en bord de mer qui furent soumis à une interdiction de construction pour préserver le littoral après la transaction. La Cour Suprême lui donna raison en considérant que le classement du littoral éliminait tout usage économique des terrains et constituait proprement une expropriation ouvrant droit à une indemnisation, quand bien même l'État de Caroline du Sud attaqué n'avait pas acquis les terrains. Sous l'égide du Juge Scalia, la Cour suprême a de ce fait restreint la possibilité pour des législations et des réglementations fédérales ou fédérées de justifier des limitations ou des interférences avec le droit de propriété.¹

Néanmoins, la jurisprudence Lucas a été partiellement contournée dans certains états fédérés en revitalisant la doctrine du *public trust* qui confie à la charge des pouvoirs publics certains biens naturels comme le rivage, les étangs et les eaux souterraines pour en éviter l'appropriation privée.²

On ne peut enfin omettre les dispositions contenues dans les constitutions des États fédérés. On trouve dans de nombreuses constitutions fédérées l'expression d'objectifs écologiques.

La conservation et la protection des ressources naturelles, ainsi que la lutte contre la pollution, font partie des missions des autorités publiques de l'État en Alabama (art. XI, §219.07), en Caroline du Nord (art. XIV, §5), en Floride (art. II, §7), en Louisiane (art. IX, §1), dans le Michigan (art. IV, §52), au Nouveau Mexique (art. XX, §21), et dans l'État de New-York (art. XIV, §4). Certaines ressources naturelles de haut intérêt localement donnent lieu à des provisions spécifiques comme l'eau en Californie (art. X, §2), les forêts dans le Colorado (art. XVIII, §6) et le rivage dans le Rhode Island (art. I, §17).³

Surtout six États fédérés reconnaissent dans leurs constitutions un droit à un environnement de qualité comme un droit fondamental : Hawaii (art. XI, §9), l'Illinois (art. XI, §2), le Massachusetts (art. XLIX), le Montana (art. II §3) et la Pennsylvanie (art. I § 27). Le lien avec le droit à la santé est souvent explicite.

¹ *Supreme Court, Lucas v. South Carolina's Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)*. Il s'agissait de l'extension d'une vieille jurisprudence de la Cour (*Pennsylvania Coal v. Mahon- 1922*) censurant partiellement une loi de Pennsylvanie qui interdisait certains forages de mines de charbon causant des tassements de terrain par ce qu'elle privait la compagnie propriétaire de son bien en minéral.

² *Esplanade Properties v. Seattle, 539 U.S. 926 (2003)*. Cf. J. Purdy, "Property in the US Constitution" in Tushnet, Graber & Levinson (ed.), 2015 précité, pp. 501-520.

³ J. May & W. Romanowicz, « Environmental Rights in State Constitutions », in May (ed.) 2011 précité.

Le régime de la Pennsylvanie paraît le plus développé. En effet, depuis l'adoption d'un amendement à sa déclaration des droits en 1971, sa constitution prévoit que les citoyens ont droit à une eau et à un air purs, et à la préservation des valeurs naturelles, historiques et esthétiques de l'environnement, que les ressources naturelles sont le bien commun de la population et des générations à venir, et enfin que la collectivité (*Commonwealth*) de Pennsylvanie agit comme mandataire (*trustee*) pour conserver et préserver les ressources naturelles dans l'intérêt du peuple.

En outre, la Cour suprême de Pennsylvanie a considéré que lorsqu'elles sont invoquées par un particulier ces dispositions sont d'effet direct et applicables de plein droit (*self-executing*) sans nécessiter d'actes législatifs de transposition ou de concrétisation.¹ Récemment, elle a censuré comme inconstitutionnelle une loi de Pennsylvanie exemptant les activités pétrolières et gazières du respect de certaines normes environnementales.²

8. Inde

La protection constitutionnelle de l'environnement en Inde résulte du travail d'interprétation très approfondi mené à partir des années 1980 par la Cour suprême indienne. Les autres cours suprêmes d'Asie du Sud, au Pakistan, au Bangladesh et au Népal, ont suivi le même chemin sur des bases et des arguments très similaires. Il est intéressant de constater que ces pays de Common Law sont parvenus à mobiliser des dispositions constitutionnelles parfois minimalistes pour servir de base à des constructions prétorienne garantissant la protection d'un droit à l'environnement, alors même que les grands pays historiques de Common Law (Royaume-Uni, États-Unis, Canada, Australie) n'ont pas été aussi loin.

La Constitution indienne du 26 janvier 1950 contient deux dispositions pertinentes en matière environnementale. L'article 21 protège le droit à la vie comme un droit fondamental.³ L'article 48A, issu d'un amendement constitutionnel de 1976, inscrit la protection et l'amélioration de l'environnement, ainsi que la sauvegarde des forêts et de la faune, parmi les principes directeurs de la politique de l'État.⁴ La distinction entre droits fondamentaux et principes directeurs de l'action publique s'est estompée depuis que la Cour suprême a considéré que les citoyens pouvaient exiger

¹ *Supr. Ct of Penn., Payne v. Kassab*, 361 A. 2d 263, 273 (Pa. 1976).

² *Supr. Ct of Penn., Robinson Township v. Commonwealth of Pennsylvania* (2013), J-127A-D-2012.

³ 21. Article 21. Personne ne sera privé de sa vie ou de sa liberté personnelle, sauf procédure établie par la loi.

⁴ 48क. (L'État s'efforcera de protéger et d'améliorer l'environnement du pays, et de sauvegarder la forêt et la faune sauvage.)

positivement l'accomplissement des objectifs constitutionnels comme s'ils ouvraient des droits positifs opposables.¹

C'est dans son interprétation du droit à la vie que la Cour suprême a fait œuvre de créativité pour transformer une liberté négative de non-ingérence en un droit positif : le droit à la vie est devenu un droit à une vie digne et valant la peine d'être vécue, dont la Cour a dérivé notamment un droit d'accès à la santé et un droit à un environnement de qualité et non pollué.² Elle a considéré que l'article 21 de la Constitution indienne devait être interprété comme incluant « le droit de vivre dans un environnement sain avec un minimum de perturbations de l'équilibre écologique, sans dommage évitable (*avoidable harm*) aux personnes, à leur bétail et à leurs terres agricoles et sans atteinte excessive (*undue affection*) à l'air, l'eau et l'environnement. »³

Dans plusieurs affaires très suivies, les requérants demandaient l'arrêt des rejets d'effluents polluants de tanneries dans le Gange. Quoiqu'elle les ait déboutés dans la première affaire pour défaut de qualité pour agir, la Cour suprême indienne avait néanmoins reconnu que les rejets d'effluents rendaient l'eau du fleuve impropre à la consommation et à l'irrigation, ce qui constituait une violation du droit à la vie protégé par la Constitution qui inclut le droit de jouir d'un air et d'une eau non pollués.⁴ Ultérieurement, sur le même sujet, la Cour Suprême a maintenu son appréciation de fond et ordonné la fermeture des tanneries à moins que les rejets polluants ne soient soumis à un traitement adapté approuvé par l'agence publique de l'environnement. Elle a reconnu que la fermeture des tanneries pourrait entraîner une augmentation du chômage et une perte de revenus, pour ceux qui dépendaient de cette activité, mais que cet intérêt économique ne pouvait contrebalancer l'intérêt supérieur de la vie, de la santé et de l'environnement.⁵

La protection des forêts a pu également justifier une injonction d'arrêt d'activités minières dans une zone forestière qui n'avait été classée qu'après l'octroi légal d'une licence d'exploitation.⁶

¹ *Vishaka v. State of Rajasthan* (1997), 6 S.C.C. 241.

² *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (1984), 3 S.C.C. 161 & *Charan Lal Sahu v. Union of India*, AIR 1990 S.C. 1480. Le droit à l'éducation, le droit à un logement décent, le droit de l'enfant à son plein développement en dérivent également. Cf. D. Annoussamy, *Manuel de droit indien, Sté Législation comparée*, 2016, pp. 54-55.

³ *Rural Litigation and Entitlement Kendra v. State of Uttar Pradesh*, AIR 1989 S.C. 359. Cf. E. Daly & J. May, « *Constitutional Environmental Rights and Liabilities* », (2012) 3 *Environmental Liability*, Lawtext Publishing.

⁴ *Subhash Kumar v. State of Bihar*, AIR 1991 S.C. 420.

⁵ *MC Mehta V. Union of India*, AIR 1987 4 S.C.C. 463. Cf. J. May & E. Daly, « *New Directions in Earth Rights, Environmental Rights and Human Rights: Six Facets of Constitutionally Embedded Environmental Rights Worldwide* », *IUCN Academy of Environmental Law*, eJournal Issue 2011 (1).

⁶ *Samatha v. State of Andhra Pradesh* 1997 Supp (2) SCR 305.

Les injonctions de la Cour suprême peuvent porter non seulement sur la prévention ou l'arrêt de dégradations environnementales potentielles ou en cours, mais aussi sur la réparation des dommages déjà causés et la restauration de l'état d'origine des milieux détériorés. Par exemple, elle a ordonné la remise en état de sites de carrières par les titulaires de concession.¹ De surcroît, elle reconnaît expressément le principe pollueur-payeur (*Polluter Pays principle*) en considérant qu'il revient à l'entreprise qui cause le dommage de supporter les coûts financiers de prévention et de remédiation et non au Gouvernement afin de ne pas transférer indirectement le fardeau financier au contribuable.²

Enfin, elle a repris la notion de développement durable pour demander que les impacts potentiellement négatifs sur l'environnement des projets d'aménagement soient évalués avant l'acquisition des terres nécessaires à leur réalisation.³

9. Norvège

Les préoccupations environnementales ne faisant pas partie ni des priorités politiques, ni véritablement de l'horizon mental des populations avant les années 1970, les constitutions anciennes ne les prenaient pas en compte, même lorsqu'elles prévoyaient un régime de protection des libertés publiques ou des droits fondamentaux. C'est ce qui explique encore largement l'absence des enjeux écologiques dans la constitution danoise datant de 1849 et remaniée pour la dernière fois en 1953 par exemple.

En Norvège, dans la foulée de la Conférence de Rio, la Constitution du 17 mai 1814 a été amendée pour introduire un nouvel article 112⁴ qui articule à la fois des droits substantiels et procéduraux et des objectifs de politique nationale. Ainsi est accordé à chacun le « droit à un environnement qui garantisse sa santé ainsi qu'à un milieu naturel dont soient préservées la capacité de production et la diversité » (al. 1). En outre, l'impératif de développement durable et la responsabilité à l'égard des générations futures sont reconnus puisqu'il est prévu que « les ressources naturelles soient utilisées dans une perspective de long terme et globale, qui préserve ce droit également pour la postérité. »

¹ *Kendra v. Uttar Pradesh* 1989 précitée.

² *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India*, 1996 AIR 1446.

³ *Karnataka Industrial Areas Development Board v. Sri Kenchappa*, ISC 2006 cité dans *Daly&May* (2012).

⁴ La numérotation date de la refonte de la Constitution norvégienne en mai 2014. Il s'agit de l'ancien article 110b.

Malgré l'approche anthropocentrique dont témoigne le lien avec la santé humaine, on peut relever l'intérêt pour la défense de la biodiversité de la faune et de la flore, qui participe d'une approche plus écocentrique. La doctrine considère que la constitution norvégienne reconnaît l'environnement naturel comme un bien commun doté d'une valeur intrinsèque, indépendamment de son utilité pour l'homme.¹

Pour assurer l'exercice concret de leur droit à un environnement salubre, les citoyens disposent également d'un droit à l'information sur l'état du milieu naturel ainsi que sur les conséquences des interventions humaines prévues et réalisées sur la nature (§ 112 al.2).

Il incombe aux autorités de l'État d'assurer la mise en application de ces principes (al.3).² En revanche, le droit à l'environnement salubre n'est pas directement invocable par un particulier devant un tribunal. Il faut pouvoir s'appuyer sur une disposition légale précisant le contenu des obligations en matière environnementale, notamment la loi de 2003 sur l'information environnementale et la loi de 2009 sur la biodiversité.

10. Pays-Bas

Comme dans les pays scandinaves, le régime constitutionnel néerlandais date du début du XIX^{ème} siècle et ne contenait initialement aucune mention de droits fondamentaux, au-delà des droits civils et politiques, *a fortiori* aucune inscription d'enjeux environnementaux. Toutefois, la Constitution néerlandaise qui remonte à 1815 a été refondue en 1983. Cette révision de grande ampleur a permis notamment l'inscription d'un nouvel article 21 sur la protection de l'environnement. Il fait obligation aux autorités de veiller à l'habitabilité du pays, ainsi qu'à la protection et à l'amélioration de l'environnement de vie (*leefmilieu*) de la population.³

Cette formule laconique appelle plusieurs remarques. Il s'agit d'un objectif assigné aux pouvoirs publics, sans qu'il soit fait mention expresse d'un droit et sans qu'il puisse en être déduit un droit opposable à un environnement sain et non pollué. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le juge pourra conclure qu'une décision ou un acte donné est contraire à cette disposition constitutionnelle.⁴

¹ A. Giunta, "Can an Ecocentric Approach Open New Frontiers for a Legally Binding International Environmental Right? A Study of Norway's Environmental Constitutional Right" in *UN Environment, New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, Mai 2017.

² § 112 Kongeriket Norges Grunnlov. "Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten. Borgerne har rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har etter foregående ledd. Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger."

³ Art. 21 Grondwet – Milieubescherming. "De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu."

⁴ F. Fleurke, "Wetenschappelijk Commentaar op artikel 21", in Hirsch Ballin & Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2018* (www.nederlanrechtsstaat.nl).

Il convient ici de rappeler que l'article 120 de la Constitution néerlandaise du 17 février 1983 interdit expressément au juge et à toute autre institution hors le Parlement d'examiner la constitutionnalité des lois. En tout état de cause, seuls des actes réglementaires ou des décisions individuelles peuvent être soumis à un contrôle de leur constitutionnalité et en particulier suspendus ou abrogés à titre exceptionnel s'ils contreviennent à l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement. En matière d'appréciation des lois, les garanties constitutionnelles des droits économiques et sociaux, dont on peut rapprocher l'exigence de protection de l'environnement ne sont cependant pas inopérantes car le Parlement néerlandais s'astreint à ne pas prendre de lois qui reviendraient à revenir sur des droits essentiels consentis ou à abaisser le niveau de protection auquel les citoyens peuvent légitimement s'attendre. La coutume et la pratique parlementaires retrouvent une forme d'effet-cliquet qui vaut aussi en matière d'enjeux écologiques.

On peut également retenir également l'approche anthropocentrique : l'environnement est avant tout considéré comme un milieu de vie habité par l'être humain. Malgré cette orientation, la Constitution néerlandaise ne va pas jusqu'à introduire formellement la notion de développement durable, ni de responsabilité à l'égard des générations futures. Ces notions peuvent toutefois être rattachées à la notion d'habitabilité du pays.

En effet, la mention de l'habitabilité renvoie au-delà des préoccupations environnementales à la menace existentielle qui pèse sur le pays dont 60 % de la population est exposée à un risque d'inondation catastrophique et inassurable. L'État néerlandais doit donc assumer la responsabilité de la protection pérenne des populations en faisant réaliser des **travaux d'endiguement majeurs** avec la construction de ceintures concentriques de barrages très résistants et durables. Il convient également de noter que les *wateringschappen* (*waterschappen*), organes locaux de gestion de l'eau qui participent à la prévention des risques, existent depuis le Moyen-Âge et sont reconnues par la Constitution néerlandaise (art. 133).

Cependant, la juxtaposition d'objectifs d'habitabilité et de sécurité du pays, d'une part, de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, d'autre part, ne va pas sans tension. Par exemple, l'élévation des digues pour assurer la sécurité peut entraîner des dommages aux espaces naturels. Pour pleinement respecter l'article 21, il revient aux autorités de trouver les voies et les moyens permettant la gestion des risques la moins préjudiciable écologiquement. Dans une affaire concernant des dommages causés par des infiltrations de nappes phréatiques, le juge a considéré qu'examinées à la lumière de l'article 21 de la Constitution, les mesures prises par la commune, ne formaient aucun exercice déraisonnable de ses compétences.¹

¹ *Rb. Amelo, 6 décembre 1995, NJ 1996, 723.*

L'objectif de protection de l'environnement n'est pas toutefois dépourvu de tout effet auprès des cours. Ainsi, a été soulevée devant le juge la question de savoir si l'État pouvait en référé demander l'enlèvement par l'entreprise responsable de résidus chimiques illégalement rejetés, la Cour de La Haye a accueilli favorablement la demande au motif que l'article 21 de la Constitution faisait obligation à l'État d'agir et qu'il n'existait pas d'autres moyens légaux ouverts pour obtenir un résultat équivalent. La Cour de Cassation néerlandaise a confirmé cette décision.¹

11. Portugal

La Constitution portugaise du 25 avril 1976, adoptée après la Révolution des œillets mettant fin au régime salazariste, contient de nombreuses dispositions concernant l'environnement. En la matière, elle assigne à l'État des objectifs et des tâches fondamentales et elle accorde des droits à la fois procéduraux et substantiels aux citoyens portugais.

Son article 66 consacré à l'environnement et la qualité de vie est essentiel ; il rassemble le noyau des dispositions qui sont rappelées, précisées ou déclinées dans d'autres articles de la Constitution. Il consacre le droit pour tous à un « environnement de vie humain, sain et écologiquement équilibré » et simultanément le devoir de chacun de le défendre (§1). Il s'agit non seulement d'un droit négatif de non-nuisance et de non-dégradation pour empêcher que les citoyens souffrent de préjudices écologiques mais aussi d'un droit positif exigeant des actions de la part des autorités publiques pour assurer un développement pérenne et équilibré.

Pour garantir ce droit à l'environnement (*direito ao ambiente*) dans le cadre d'un développement durable du pays (*desenvolvimento sustentável*), il incombe à l'État, avec l'implication et la participation des citoyens, de :

- prévenir et contrôler la pollution et ses effets, ainsi que l'érosion ;
- promouvoir un aménagement du territoire (*ordenamento do território*) équilibré ;
- créer des réserves et des parcs naturels et protéger les paysages et les sites de grand intérêt ;
- promouvoir l'exploitation rationnelle (*aproveitamento racional*) des ressources naturelles, pour sauvegarder la capacité de régénération et la stabilité écologique, en respectant le principe de solidarité entre les générations (*solidariedade entre gerações*) ;
- promouvoir, en lien avec les collectivités locales, la qualité environnementale des villages et des villes ;
- promouvoir l'intégration des objectifs environnementaux dans les différentes politiques sectorielles ;

¹ Hof 's Gravenhage, 25 juin 1987, M en R 1998, nr. 2 ; Hoge Raad, 14 avril 1989, AB 1989, 486.

- promouvoir l'éducation à l'environnement et le respect des valeurs environnementales ;
- assurer que la politique fiscale concilie le développement économique et la protection de l'environnement et de la qualité de vie (art. 66 §2).

La liste détaillée des obligations environnementales des pouvoirs publics trouve un écho dans d'autres articles de la Constitution portugaise qui fixent les grands axes de compétence et objectifs de l'État.

Ainsi, l'article 9 assigne notamment comme missions fondamentales (*tarefas fundamentais*) à l'État la promotion du bien-être et de la qualité de vie du peuple, y compris la mise en œuvre effective des droits économiques sociaux, culturels et environnementaux (point d), ainsi que la défense de la nature et de l'environnement, la préservation des ressources naturelles et la garantie d'un aménagement du territoire adapté (point e). L'article 81 décline ces missions fondamentales en trois priorités (*incumbências prioritárias*) dans le domaine environnemental : la définition d'une stratégie de développement durable (a), l'adoption d'une politique nationale de l'énergie préservant les ressources naturelles et l'équilibre écologique (m) et l'adoption d'une politique nationale de l'eau pour une gestion rationnelle des ressources hydriques (n). Enfin, la définition des bases du système de protection de la nature et de l'équilibre écologique appartient au domaine de compétence exclusif de la loi, aux termes de l'article 165.

Il convient de noter que la Constitution portugaise lie étroitement les concepts d'environnement et de qualité de vie, si bien que l'environnement est d'abord considéré de façon anthropocentrique comme un milieu de vie pour l'homme. La référence à l'aménagement du territoire et les parallèles avec la préservation du patrimoine culturel et historique participent du même esprit. C'est d'ailleurs pourquoi majoritairement la doctrine portugaise¹ considère le droit à l'environnement comme un droit de l'homme fondamental, apparenté au droit à la vie et au droit à la santé. C'est la raison pour laquelle la protection de l'environnement peut justifier des restrictions à d'autres droits et libertés comme le droit de propriété.

Certains droits d'information ou d'intervention des citoyens en matière environnementale sont garantis soit expressément, soit indirectement comme instruments généraux de protection des droits fondamentaux et libertés publiques dont fait partie le droit à l'environnement reconnu par la Constitution portugaise.

¹ F. dos Reis Condesso, « *Direito ambiental em Portugal. Fundamentos conceituais, caracterização e princípios gerais* », Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, 9, août 2013 ; J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2008 ; J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional, t. IV - Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993.

Ainsi, l'article 52 §3 confère à tous, personnellement ou à travers des associations, un droit d'action populaire (*direito de ação popular*) dans le but en particulier de prévenir, faire cesser ou faire poursuivre par la justice des infractions contre la santé publique, la qualité de vie et la préservation de l'environnement. Ce droit d'action comprend expressément le droit de requérir pour les personnes lésées une indemnisation correspondant à leur préjudice. Il permet l'activation du principe pollueur-payeur.

En outre, le droit à l'environnement bénéficie de l'ensemble des protections constitutionnelles consenties aux droits fondamentaux en général. Les citoyens disposent donc du droit d'accéder à l'information en matière environnementale, de constituer des associations de défense de l'environnement, de participer à la formation des décisions publiques ayant un impact environnemental et de les contester devant la juridiction administrative (art. 267 & 268 notamment). Le droit à l'environnement peut enfin théoriquement justifier la résistance des citoyens contre tout ordre qui y porterait atteinte (*direito de resistência* - art. 21). Ces possibilités demeurent soumises au régime prévu par les lois en vigueur qui en précisent l'application.