



Université Paul Cézanne Aix-Marseille III



Centre de Recherches Administratives
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix Marseille

3 avenue Robert Schuman F-13628 Aix-en-Provence cedex 1

Tél. : 33 (0)4.42.17.29.29 / Fax : 33 (0)4.42.17.29.30

Mel : marie-beatrice.de-cerou@univ-cezanne.fr

jacqueline.bellot@univ-cezanne.fr

Sites : <http://cra.univ-cezanne.fr>

<http://www.gdc.cnrs.fr> - <http://cra-aix.com>

LES



Mai 2007

CAHIERS DU

ENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES

R A



ÉQUIPE

EA 893
CNRS. GDR 1199

Directeur
Professeur Jean-Marie Pontier

Professeurs :

Jacques BOURDON
Christian DUVAL (associé)
Jean FRAYSSINET (associé)
Hervé ISAR (associé)
Jean-Marie PONTIER
Thierry RENOUX
Jean-Claude RICCI
Kyun Sung PARK
Hoon JEON

Maîtres de conférences :

Frédéric COLIN
Odile BERTHIER (associée)
Claude GUEYDAN
Frédéric LAURIE (associé)
Christophe MONDOU (associé)
Patrick MOZOL (associé)
Urbain NGAMPIO
Emmanuel ROUX
Laurent TESOKA (associé)

Ingénieur de recherches :

Marie-Béatrice de CÉROU

Allocataires-Moniteurs, ATER :

Clarisse CADET
Anne-Laure DEBONO
Hervé GERARD
Fleur GIOCANTI

Chercheurs et Moniteurs

Florènt BLANCO - Séverine CHÂTAIN
Laurence DESFONDS - Nicolas FONT
Romaric GUEGUEN- Claire LAJAUNIE
Romain ISOARD - Jérôme STEPHAN

Magistrats de l'ordre administratif :

Samuel DELIANCOURT

Chercheur étranger

Ali AL JARBANI

Personnel administratif :

Jacqueline BELLOT

Date de création : 1966

Statut Centre, à la Faculté de Droit, de l'École Doctorale Sciences juridiques et politiques (ED 67) de l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III. Membre du Groupement de Droit comparé - GDR 1199 CNRS. Équipe associée 893. Laboratoire d'accueil du doctorat de droit public, il porte le master mention Droit public spécialité Droit administratif et collectivités territoriales.

Présentation

Le Centre de Recherches Administratives est avant tout un centre d'accueil de nombreux doctorants et de chercheurs de haut niveau de tous pays, particulièrement européens. Il porte aussi le Master 2 recherche, mention Droit public, spécialité Droit administratif et collectivités territoriales.

Outre une abondante documentation mise à leur disposition, les étudiants bénéficient au C.R.A. d'une équipe d'enseignants-chercheurs qui dirige et oriente leurs recherches.

Chaque année, depuis 1978, une *table ronde* est organisée réunissant une vingtaine de spécialistes européens en droit public. Ces rencontres régulières sont pour les étudiants une occasion fort intéressante d'échanges d'informations et de contacts avec d'éminents juristes venus d'horizons différents. Les doctorants ont alors la possibilité de confronter leurs recherches et de s'ouvrir à une véritable conscience européenne.

À l'issue de ces tables rondes, est publié chaque année, l'*Annuaire Européen d'Administration Publique*, principale publication dans le domaine comparatif en science et droit administratifs. Ces ouvrages comptent environ 600 pages et constituent un instrument de travail toujours actualisé pour tous les doctorants et chercheurs en Droit et science administratifs.

Des réunions ouvertes aux chercheurs et enseignants ainsi qu'aux étudiants de master 1 et 2 et doctorat (PhD) sont régulièrement organisées, ainsi que des journées d'étude. Les membres de l'équipe du C.R.A. y exposent les principales évolutions du droit administratif et les questions qu'elles soulèvent.

Des rencontres spécifiquement doctorales voient aussi le jour.

Le C.R.A. a pour objet d'apporter par ses activités pédagogiques et de recherche, ses publications et les rencontres scientifiques qu'il organise, ou auxquelles il participe, une contribution au niveau national et européen au développement de la science administrative, du droit administratif, du droit des collectivités territoriales et du droit public économique.

Bibliothèque

Le C.R.A. gère une salle de bibliothèque comportant plus de 3500 ouvrages et plus de quarante-huit revues spécialisées françaises et étrangères (11 en anglais, allemand, italien, espagnol, américain) concernant la fonction publique, le droit des collectivités locales, le droit public européen, le droit administratif, le contentieux administratif, la science administrative, le droit public économique, les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Deux moniteurs sont disponibles pour aider les étudiants dans leurs recherches. L'accès à internet est possible.

La bibliothèque est ouverte à la consultation du Lundi au Vendredi compris de 9 h. à 12 h. et de 14 h. à 17 h.

CONTINUITÉ, RENOUVELLEMENT, RÉFORMES ET AUTRES AVATARS DE LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE

par Jean-Marie PONTIER
Directeur du Centre de Recherches Administratives
Directeur de l'École doctorale
Sciences juridiques et politiques



L'année 2007 est déjà avancée, les réflexions qui suivent ont été faites pour un numéro qui devait sortir en janvier, les aléas divers ont conduit à repousser un peu la parution de ce numéro, le texte a donc été modifié en suivant au fil des jours les événements depuis le 1^{er} janvier, mais en conservant les remarques qui ont été faites, et qui valent pour toute nouvelle année qui commence. Voici donc, en effeuillant le temps, quelques remarques sur des événements qui se sont produits depuis le début de cette année.

DE LA DIVINATION

Au début d'une nouvelle année, il est habituel, c'est même une tradition, de se laisser aller à des supputations, des estimations, voire des prévisions de ce qui va se passer. Des prévisions, il est facile de passer aux anticipations, voire à la divination. C'est probablement une bonne période pour les

voyants de toutes sortes, et cela ne date pas d'aujourd'hui.

Les techniques divinatoires sont extraordinairement variées (ce qui ne plaide pas nécessairement en faveur de leur efficacité mais qui témoigne au moins de l'imagination des hommes), et, dans l'antiquité, on y a eu largement recours : ornithomancie, empyromancie, lécanomancie, axinomancie, alectryonomancie, cléromancie, oniromancie, nécromancie, liphomancie, hydromancie, ichtyomancie, chresmologie, coracomancie, extispicine, onychomancie, brontoscopie, néphélomancie ... Et la liste n'est pas close. Aujourd'hui, dans nos pays, on pratique surtout la cartomancie, la chiromancie, l'oniromancie ; la boule de cristal et le marc de café demeurent utilisés. Le chiffre d'affaires de la profession n'est pas négligeable, il y aurait en France environ 45 000 « praticiens » en ce domaine, et l'on est un peu surpris de voir tant de Français

(mais les autres Européens se comportent de la même manière) dépenser ainsi des sommes aussi considérables pour des « prédictions ».

DES ÉLECTIONS PRÉSIDENTIELLES

Il est difficile d'échapper, en 2007, à la préoccupation, voire à l'obsession des élections présidentielles. Il y a belle lurette que les candidats potentiels ou probables se sont préparés, même si la désignation de certains d'entre eux, au sein de leur parti, a été pour partie une surprise. Si l'élection présidentielle concentre à ce point l'attention, c'est qu'elle est devenue l'élection clé de la vie politique. Tout le reste découle plus ou moins de cette élection, cela a été voulu par le fondateur de la Cinquième République, qui considérait que le président de la République devait être le « garant » – ainsi que le déclare d'ailleurs explicitement la Constitution – de la continuité de l'État.

Quant à savoir si de Gaulle s'y retrouverait aujourd'hui, c'est-à-dire se reconnaîtrait dans des hommes politiques (au sens générique, évidemment, puisque précisément parmi eux se trouvent plusieurs femmes dont une, au moins, a des chances plus ou moins grandes d'être élue Président de la République) qui se réclament de lui, c'est une autre affaire. Qui, aujourd'hui, représente le mieux la pensée gaulliste ? Vaste question comme aurait dit sentencieusement le Général... Y a-t-il, d'ailleurs, une pensée gaulliste ? La querelle des héritiers n'est pas près de s'éteindre, et on peut en discuter longuement.

A priori, cependant, il devrait y avoir un changement à la tête de l'État. Une question que l'on se posait au début de l'année a reçu une réponse, fournie par l'intéressé lors d'une allocation radiotélévisée le dimanche 11 mars 2007 à vingt heures : « Je ne solliciterai pas vos suffrages pour un nouveau mandat », a déclaré le président J. Chirac. Le temps du bilan est ouvert, mais, en tout état de cause, il y aura un renouvellement. Le tout est de savoir quelle sera l'ampleur du changement.

Les Français sont un étrange peuple, capable de se précipiter dans les bras de n'importe qui (pas de fausse pensée, on pense ici par exemple à un homme comme Boulanger, personnage médiocre si l'on en juge par ce qu'il a été, les décisions qu'il a prises ou n'a pas prises, et qui, cependant a suscité chez de nombreux Français un emballement qui a failli emporter la République), d'engouements passagers qui sont regrettés aussitôt.

D'un point de vue plus analytique, les spécialistes des élections relèvent tous le caractère « volatil » du vote : un pourcentage non négligeable d'électeurs est en mesure de changer de vote d'une élection à l'autre, et de se déterminer même au dernier moment. Or étant donné la faiblesse de l'écart de voix entre le gagnant et le perdant – phénomène qui n'est pas propre à la France – un faible déplacement de voix suffit à changer les résultats de l'élection. Ceci n'est pas nécessairement rassurant du point de vue démocratique parce que l'on peut rêver d'un citoyen éclairé et pondéré, dominant ses passions et capable de

prendre la mesure de l'intérêt général du pays. Il n'est pas du tout certain que ce citoyen-là existe, c'est un idéal, par définition inaccessible. On pourrait au moins espérer que l'écart ne soit pas trop important entre l'homme réel, « l'homme situé », dont parlait G. Burdeau, et ce citoyen idéal.

DES CHANGEMENTS ...

Si, donc, il y a changement, je ne me risquerai surtout pas à jouer au devin, et à dire ce qui changera ou pourrait changer. Ce qui paraît certain, selon l'analyse d'observateurs venant d'horizons différents, c'est que des changements sont inéluctables, et que les Français manifestent une certaine résistance (pour ne pas dire une résistance certaine) à ces changements. On a parlé de crispations pour décrire cet attachement exagéré aux avantages, si petits soient-ils, que chacun croit avoir, cette peur du lendemain alimentée par de nombreuses craintes, dont celle du chômage, la peur des risques que, plus généralement, on trouve chez de nombreux Français.

Les changements possibles, attendus ou redoutés, souhaitables ou inévitables, ne sont pas seulement de l'ordre du politique, plus précisément ils retentissent sur l'ordre administratif, et il ne peut en être autrement. La Constitution affirme clairement que le gouvernement « dispose de l'administration » (et de la force armée mais cet aspect ne nous retiendra pas ici). D'où de nombreuses questions parmi lesquelles, inévitablement, celle des personnels, c'est-à-dire des agents

publics, plus spécialement, au sein de ces derniers, des fonctionnaires.

UNE QUESTION QUI FÂCHE : LE NOMBRE DE FONCTIONNAIRES

Une question sensible entre toutes est celle du nombre de fonctionnaires. Même en prenant les précautions d'usage, en sachant que l'on ne peut comparer que ce qui est comparable, et que cette comparaison est particulièrement difficile avec les autres pays en raison des qualifications différentes qui sont données, il n'en reste pas moins que la France est sans doute le pays développé qui compte le plus de fonctionnaires, c'est-à-dire, pour simplifier, de personnes disposant d'un statut protégé, par rapport à sa population.

Il est d'ailleurs curieux de constater que ce chiffre est sous-évalué par un certain nombre de spécialistes : assistant il y a peu à la conférence d'un supposé spécialiste de la société française, j'ai entendu le conférencier déclarer qu'il y avait en France environ 3 millions de fonctionnaires, et les personnes qui assistaient à la conférence l'ont cru, malgré la rectification que j'ai apportée : officiellement, d'après les derniers chiffres du conseil supérieur des fonctions publiques, celles-ci totalisent environ 5,2 millions de personnes, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. Il faudrait pouvoir apprécier de manière « scientifique » si cette caractéristique – le nombre de fonctionnaires, avec tout ce que cela implique du point de vue statutaire – a ou non une incidence sur la vie de la nation et, dans l'affirmative, laquelle. Or il est difficile de répondre à cette question, tant

sont nombreux les paramètres à prendre en considération et que pèsent les *a priori*, les suspicions, les jugements à l'emporte-pièce.

Les réformes sont indispensables. Mais au-delà de cet accord de principe, les divergences se manifestent rapidement. Quelles réformes à quelles fins ? On avait tendance, il y a quelques années, à proposer, parmi les sujets de culture générale, le sujet suivant : réforme et révolution. On attendait plutôt des candidats, appelés à devenir de futurs fonctionnaires, qu'ils se prononcent en faveur des réformes.... Mais cela ne fournissait guère d'indications, et le problème était le même : soit pour des réformes, mais quelles réformes ? Et qui ne voudrait apporter des réformes pour améliorer le fonctionnement de nos sociétés ? Au fond, tout le monde est pour les réformes, à condition que celles-ci touchent le moins possible à nos intérêts, aux « droits acquis » auxquels nous tenons tant.

LA RÉFORME DES COLLECTIVITÉS LOCALES (SUITE D'UN FEUILLETON)

Parmi toutes ces réformes figure la réforme des collectivités territoriales. Il est d'abord intéressant – voire étonnant, au moins à première vue – de constater que, selon les enquêtes d'opinion, on serait allé loin, voire trop loin, dans la décentralisation, et qu'il conviendrait de faire une « pause » : selon un sondage Ipsos pour *La Gazette des communes*, 45 % des Français jugent aujourd'hui que la décentralisation est allée trop loin, 31 % estiment qu'elle a atteint un niveau suffisant, et 18 % (seulement) qu'elle n'est pas allée assez

loin. Et, pour un tiers des personnes qui se prononcent en faveur d'une pause, le risque est que la décentralisation entraîne des inégalités entre les territoires, et il est encore utile de relever – c'est sans doute un trait français – que cette crainte des inégalités est plus grande que la crainte d'une augmentation des impôts locaux. Des inquiétudes commencent à se manifester chez les élus locaux, qui craignent les conséquences et les incidences – notamment, bien entendu, financières – des transferts de compétences.

Plusieurs rapports ont été déposés récemment. L'un de ces rapports, confié à M. P. Richard, a porté sur la rénovation de la fiscalité locale, dont on peut dire qu'il s'agit d'un vieux serpent de mer (ou, au choix, d'une vieille lune) dont on parle depuis la Révolution. La seule consolation que l'on peut avoir est que, sur ce point, les autres pays ne sont pas mieux lotis que nous et que tous sont en quête de cette quadrature de cercle qui donnerait réponse à toutes les questions.

Un rapport parlementaire à l'Assemblée nationale (rapport de la commission des finances présenté par Marc Laffineur et Augustin Bonrepaux) fait valoir que le transfert des compétences se traduit par un creusement des inégalités. Selon le rapport : « Les handicaps se cumulent et plusieurs départements ou régions tendent à être perdants sur plusieurs transferts à la fois, en dépit de l'équilibre à l'échelle du pays ». Ainsi, par exemple, le nombre d'allocataires du RMI-RMA peut varier de 8,1 pour mille habitants,

dans l'Ain et la Mayenne, à 38,2 pour mille en Seine-Saint-Denis (les dépenses des départements en ce domaine se sont montées à 5,850 milliards d'euros en 2005). Les inégalités sont tout aussi manifestes en ce qui concerne l'aide personnalisée à l'autonomie (APA, les dépenses des départements en ce domaine ayant été de 1,855 milliard d'euros en 2002, 3,591 en 2004), le fonds de solidarité pour le logement (FSL) ou les dépenses liées à l'aménagement (voirie et transports ferroviaires).

Les départements les plus pénalisés sont, selon le rapport, ceux qui supportent les plus fortes dépenses sociales. Inversement, entre 2000 et 2005, les droits de mutation (DMTO) perçus par les départements ont enregistré une progression de 79 %, progression qui s'explique par la hausse des prix de l'immobilier durant cette période. Mais le rapport montre que cette progression est inégalement répartie, que les principaux bénéficiaires ne sont pas ceux qui supportent les plus fortes dépenses sociales.

LES INÉGALITÉS, LES COLLECTIVITÉS LOCALES, L'ÉTAT

On peut s'étonner que certains s'étonnent que la décentralisation puisse avoir pour effet d'accuser les différences, de créer des inégalités. Une formule imagée déclare que l'on ne peut courir deux lièvres à la fois. Si l'on transpose dans l'ordre de la société, il est vain de croire que l'on peut avoir à la fois l'égalité et la liberté – entendons, à la fois une très grande égalité et une très grande liberté – parce que la première atténue, voire supprime la seconde, et

que celle-ci conduit inévitablement à des inégalités entre les personnes, entre les groupes, entre les collectivités. Si l'on donne plus de libertés aux collectivités territoriales, il ne faut pas s'étonner que certaines d'entre elles deviennent plus riches, que d'autres soient défavorisées.

Comment sortir de ce dilemme inacceptable ? Il n'existe aucune solution miracle, aucune « potion magique » qui permettrait d'avoir à la fois toute l'égalité et la plus grande liberté. Les solutions que l'on adopte sont toujours des solutions de compromis, lesquels sont plus ou moins satisfaisants, plus ou moins « boiteux ». Ces compromis ne peuvent, tout au moins dans la conception française – mais il y en a d'autres – que passer par l'État.

Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore l'État demeure, en France, un acteur central des équilibres dont on pense qu'il convient de les sauvegarder, c'est vers lui que l'on se tourne pour la mise en œuvre de solutions acceptables par tous. Il est peu probable que cela change après les élections de 2007, parce que c'est là ce que l'on peut appeler une tendance lourde de la société française, qui s'ancre dans un lointain passé.

Quel que soit le prochain Président de la République (en l'entendant toujours, bien entendu, et conformément aux règles de la langue française, de façon générique), ce dernier tiendra compte de ces deux aspects, la demande très forte d'égalité et l'aspiration à la liberté. Tout est question de dosage, mais il va

de soi que, selon le dosage, le résultat peut être très différent, c'est comme les alcools ou les vins auxquels on rajoute un peu ou beaucoup d'eau gazeuse ...

UNE FAUSSE FORMULE MAGIQUE : LA PÉRÉQUATION

Le compromis entre la liberté et l'égalité, en ce qui concerne la décentralisation, porte un nom, presque magique, celui de péréquation. Pour éviter les inégalités il faut développer cette dernière, dit-on couramment. C'est en ce sens que se prononce le rapport parlementaire précité, « afin d'éviter que l'impact très inégal de cette charge (résultant des transferts de compétences) sur les finances départementales ne conduise à creuser les écarts excessifs entre les collectivités ». Les rapporteurs estiment que la poursuite de ce qu'ils appellent, après bien d'autres, et à tort (car, naturellement, ce n'est pas l'acte II et, si l'on veut rester dans la métaphore du théâtre, on est au moins à l'acte IV, je me suis expliqué là-dessus dans une chronique) « l'acte II » de la décentralisation, « suppose la création d'un ou plusieurs outils de péréquation entre les ressources dont disposent les collectivités ».

Cela est fort bien mais on peut également, sans avoir l'esprit mal tourné, et sans remettre en cause la légitimité de cette politique de péréquation, faire preuve d'un peu d'esprit critique.

Tout d'abord, la péréquation n'est pas quelque chose de nouveau, elle a, non seulement été expérimentée, mais appliquée depuis de nombreuses années, et sous

différentes formes. Lorsque, donc, on demande de la péréquation, c'est pour dire ou sous-entendre que celle qui existait jusque-là n'a pas fonctionné, ou n'a pas donné de résultats satisfaisants.

Ensuite, étant donné que des mesures simples de péréquation se révèlent inadaptées, voire peuvent aboutir, ainsi d'ailleurs qu'on a pu le voir dans le passé, à des résultats contraires à ce que l'on recherchait, on essaie « d'affiner » le système, ce qui revient, nécessairement, à le rendre complexe (avec des mécanismes de pondération, d'écrêtement, etc., qui aboutissent à une alchimie très ésotérique) et à peu près incompréhensible pour la plupart des intéressés.

Enfin, on peut se demander si on prend le problème par le bon bout : et si c'était la collectivité, le département, qu'il fallait mettre en cause ? Malheureusement, il y a fort peu de chances que ce soit le cas. Dans nos sociétés soi-disant libérées, il subsiste des tabous (sans parler de ceux que l'on crée) et, parmi eux, celui-ci : on ne touche pas au département. Là encore, il est plus qu'improbable qu'après les élections présidentielles de 2007, on porte atteinte au département, et cela quelle que soit la personne élue Président de la République. Foin donc de la suppression du département.

DISPARITION ET MUTATION D'UNE INSTITUTION : LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Dans le domaine du contentieux, l'année 2007 comporte une quasi-certitude, celle de la disparition du commissaire du gouvernement.

Précisons tout de même, la disparition de l'appellation commissaire du gouvernement car, pour la fonction, il serait dommage qu'il y ait des transformations trop profondes. Que l'on change de nom est sans doute souhaitable, peut-être cela aurait-il dû être fait depuis plusieurs années. Cette appellation commissaire du gouvernement était inadéquate : il fallait en permanence expliquer que le commissaire du gouvernement ne représentait pas le gouvernement mais seulement lui-même, et qu'il intervenait en toute indépendance, ainsi que l'avait fort bien dit la décision *Gervaise* du 10 juillet 1957 (L'arrêt déclarait : « Il a pour mission d'exposer (...) les questions que présente à juger chaque recours et de faire connaître (...) en toute indépendance (...) son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et sur les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à sa juridiction »).. De plus, il fallait préciser que, dans les entreprises publiques, le commissaire du gouvernement représentait effectivement le gouvernement. Pour les étudiants, il y avait de quoi être perplexe, et avoir des doutes (sans jeu de mots) sur la rationalité du pays de Descartes. En d'autres temps, on aurait pu dire qu'il y avait de quoi perdre son latin, mais comme celui-ci est déjà largement perdu, l'image, elle aussi, a perdu de son sens. Les paris sont donc ouverts sur la nouvelle appellation, bien que, en définitive, le choix soit relativement restreint.

Quant au fond de l'affaire, dont tout le monde connaît bien les origines, il serait parfaitement regrettable que le commissaire du gouvernement fût sacrifié sur l'autel d'on ne sait très bien quelle indépendance du juge ou quel procès équitable. A tout prendre, l'institution du commissaire du gouvernement paraît mieux répondre à certaines exigences que d'autres formules : l'indépendance des intéressés ne saurait être mise en doute, et plusieurs affaires ont montré cet esprit d'indépendance ; et la partie, dans une affaire, est sans doute mieux éclairée par les conclusions d'un commissaire du gouvernement que par un arrêt d'une longueur démesurée et avec des opinions dissidentes qui plongent les intéressés dans la perplexité. En revanche, ce que l'on pourrait attendre, c'est une publicité systématique des conclusions, alors qu'aujourd'hui, les commissaires du gouvernement sont libres de publier ou de ne pas publier leurs conclusions. La question des droits de propriété intellectuelle pourrait être facilement résolue.

L'AUDIOVISUEL ET LA TÉLÉVISION DU FUTUR (SELON LE LÉGISLATEUR)

Une loi importante (mais on pourrait dire qu'une loi est importante, même si son sujet est perçu comme inintéressant ou futile, parce qu'elle est une loi) a été adoptée le 5 mars 2007, la loi n° 2007-309 « relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur ». Une telle formule ne peut manquer de faire fantasmer ou rêver :

comment ne pas être séduit par cette « télévision du futur » ?

Le futur est une bonne occasion de réfléchir. Le futur n'est pas l'avenir, ou pas nécessairement, il est ce qui sera, demain ou après-demain, tandis que l'avenir est rempli d'un caractère volontariste (G. Bernanos, écrivain malheureusement un peu oublié, et de fort tempérament, écrivait : « L'avenir est quelque chose qui se surmonte. On ne subit pas l'avenir, on le fait », *La liberté pour quoi faire ?*).

B. Cazes avait écrit, il y a quelques années, une « Histoire des futurs », qui était (et demeure) un ouvrage remarquable, et dans lequel il étudie la manière dont, au cours de l'histoire, on a pensé l'avenir. D'autres se sont demandés si le futur avait un avenir, manière de nous mettre en garde contre les possibilités, de plus en plus variées, dont nous disposons pour faciliter notre anéantissement. Mais le futur ne peut que fasciner, parce que le progrès technique est cumulatif (on n'en dira pas autant d'autres domaines) et que demain, nous disposerons de moyens que nous n'avons pas aujourd'hui, nos possibilités seront multipliées.

La télévision est l'un de ces objets qui font partie de notre vie courante, même si nous ne l'avons pas, même si, l'ayant, nous ne la regardons pas. En son temps, Mac Luhan avait fait valoir que le médium (la télévision) était le message, que le fait d'avoir la télévision allumée était le phénomène essentiel, quoi qu'il puisse se passer sur l'écran. On sait aussi désormais qu'en politique, l'image l'emporte

sur le discours, qu'il faut apparaître convaincant et séduisant.

D'une certaine manière, la télévision du futur est déjà présente, c'est celle qui se présente, techniquement et esthétiquement, sous la forme des écrans plats si prisés en 2006 des Français, et qui vont renvoyer aux oubliettes le tube cathodique, et aussi sans doute, par voie de conséquence, l'expression de « démocratie cathodique » que l'on avait ingénieusement inventée pour désigner ce nouveau rapport des dirigeants au peuple dont certains se demandent s'il est vraiment démocratique. La télévision haute définition est largement en route, et comme le progrès ne s'arrête jamais (ce serait dommage d'abord pour les fabricants, qui tirent profit de l'obsolescence des produits, induisant chez le consommateur l'envie de renouveler l'équipement qu'il a pour être plus en phase avec son temps), on pense déjà à la télévision en relief. Nul doute que l'on trouvera bien d'autres choses pour nous appâter et nous tenir en haleine.

En attendant, c'est le législateur qui court après les progrès, qui tente d'encadrer les évolutions, se donnant le sentiment ou l'illusion de les maîtriser. Les lois succèdent aux lois, et à peine viennent-elles d'être publiées qu'il faut recommencer. Ce n'est pas exactement « cent fois sur le métier remettez votre ouvrage », qu'il faut relever, cela ressemble plutôt à une entreprise de colmatage d'une digue. On aurait mauvaise grâce, au demeurant, de reprocher aux pouvoirs publics de chercher à établir des

règles : on leur reprocherait leur inaction ou leur inertie s'ils ne faisaient rien.

La loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur sacrifie doublement à la mode, d'abord par la référence à la modernisation (comment refuser la modernisation, sorte de laisser passer pour un monde meilleur ? Un auteur célèbre disait « Il faut être moderne »), ensuite par cette invocation du futur déjà présent.

D'ailleurs, le futur en question se trouve déjà réalisé dans certains pays, et lorsqu'on lit, dans l'exposé des motifs de la loi que celle-ci vise à « faire de la France l'un des pays les plus avancés dans le domaine du numérique en faisant bénéficier l'ensemble des Français de cette révolution technologique majeure », on ne peut s'empêcher de penser que l'on manque un peu de modestie : en la matière, d'autres pays, notamment en Extrême Orient, sont plus avancés que nous, et nous serions quelquefois bien inspirés de regarder ce qu'ils font, et la manière dont ils s'y prennent. Cela n'enlève rien à l'intérêt, voire la nécessité de la loi.

En moins d'un an et demi, la télévision numérique terrestre (TNT) a connu le succès, avec une offre de programmes démultipliés associée à une meilleure qualité d'image et de son. La loi prévoit que le basculement complet de la télévision traditionnelle ou analogique vers la télévision numérique devra démarrer progressivement en mars 2008 pour être réalisé au 30 novembre 2011, dans les conditions fixées par un schéma national d'arrêt de la diffusion analogique et de basculement vers le

numérique, défini par le gouvernement, après consultation publique et sur proposition du Comité stratégique pour le numérique, qui a été installé en mai 2006.

Cette démarche s'inscrit d'ailleurs dans celle de l'Europe : le Conseil de l'Union européenne, dans ses conclusions en date du 1^{er} décembre 2005, a invité les États membres à mener à terme, dans la mesure du possible, le passage au numérique avant 2012.

L'extinction (comme la qualifie le texte) de la diffusion analogique suppose en premier lieu d'étendre la couverture du territoire par la TNT. Selon les chiffres officiels, la TNT était accessible, fin 2006, à 58 % de la population, ce taux devrait atteindre les 85 % au cours de l'année 2007. Ce sera à vérifier, car les effets d'annonce ne sont pas toujours suivis d'effets. Le secteur public se voit assigner cet objectif comme prioritaire, les éditeurs de services privés doivent être incités à étendre leurs zones de diffusion géographique en contrepartie de prorogation de leurs autorisations. Une offre par satellite gratuite devrait permettre d'accéder aux chaînes numériques même dans les zones qui ne seront pas couvertes en diffusion hertzienne terrestre.

En second lieu, la loi organise l'arrêt de l'analogique à partir de mars 2008. Cette extinction doit intervenir zone par zone selon un calendrier établi par le CSA. La mise en œuvre des mesures d'accompagnement qu'elle implique, notamment les aides financières en direction de certaines catégories de téléspectateurs, particulièrement les plus

démunis, est confiée, cela est à relever, à un groupement d'intérêt public.

Les éditeurs de « chaînes historiques » qui non seulement devront renoncer définitivement à la diffusion analogique, mais verront en outre dès 2008 la portée de leur autorisation analogique progressivement réduite avant son échéance normale, se voient reconnaître, en contrepartie, (et comme l'avait prévu la loi du 1^{er} août 2000), un droit d'usage de la ressource radioélectrique pour éditer un nouveau service à l'extinction complète de la diffusion analogique : cette fréquence supplémentaire sera accordée par le CSA sous condition de satisfaire à des critères posés par la loi.

NOUVELLES RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES. L'INTERDICTION DE LA PEINE DE MORT

Bien qu'il ne s'agisse pas de droit administratif mais de droit constitutionnel – ce qui fait marcher sur les plates-bandes d'autres spécialistes – il convient de signaler la salve des trois lois constitutionnelles qui ont été votées en ce début d'année 2007, le même jour, le 23 février 2007.

La première, (première, non par la chronologie mais par choix personnel), est la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort.

Sa première caractéristique est sa brièveté, la loi constitutionnelle ajoutant au titre VIII de la Constitution un article 66-1 ainsi rédigé : « Nul ne peut être condamné à la peine de mort ».

Un deuxième trait est l'unanimité qu'a suscitée ce texte, et qui est à mettre en parallèle avec les débats très vifs qui ont eu lieu lors de l'abrogation de la peine de mort par le législateur en 1981. On est tenté de dire que de l'eau est passée sous les ponts, que ce qui pouvait diviser il y a un quart de siècle unit aujourd'hui. Après tout, on ne peut que s'en féliciter, la suppression de la peine de mort paraissant être – c'est la conviction au moins de l'auteur de ces lignes – un progrès de la conscience universelle.

Un troisième trait est apparemment le caractère très symbolique et un peu inutile de cette disposition. Qu'ajoute-t-elle à l'abrogation de cette peine de mort par la loi ? Cette abrogation paraît être un acquis sur lequel il serait difficile de revenir. Et une telle démarche ne traduit-elle pas une instrumentalisation de la Constitution, appelée un peu trop facilement à être une catharsis, ou un pavillon destiné à façonner un portrait pour l'histoire ? Même si ces reproches sont fondés, il n'en reste pas moins que la portée de l'interdiction de la peine de mort dans la norme constitutionnelle est plus grande que si l'on en restait à la loi. Et, au fond, la dimension symbolique peut aussi aider à lutter contre l'éventuel retour des vieux démons.

RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES (SUITE) : LA RESPONSABILITÉ DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Une deuxième loi constitutionnelle adoptée le même jour peut, à l'inverse de la première, susciter d'abondantes discussions et contro-

verses (qui, à vrai dire, ont déjà eu lieu), c'est la loi n° 2007-238 portant modification du titre IX de la Constitution et relative, pour simplifier, à la responsabilité du président de la République.

Celui-ci était responsable, en vertu de l'article 68 de la Constitution, et n'était responsable que, pour « Haute trahison ». On a dit pis que pendre de cette dernière. On a notamment reproché à cette incrimination, et à juste titre d'ailleurs, d'être vague, certains avaient même parlé de « monstruosité ». Je ne partage pas cet opprobre à l'égard de la Haute trahison. Car son inconvénient était aussi un avantage. N'étant définie nulle part, la Haute trahison pouvait recouvrir ce que l'on voulait, c'est-à-dire ce que le Parlement aurait voulu qu'elle fût. Cela donnait un élément de souplesse au fonctionnement des institutions et l'on pouvait aussi analyser la Haute trahison comme une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête du président de la République, et une sorte de contrepartie aux importants pouvoirs qui lui sont remis par la Constitution.

Quoi qu'il en soit, nous ne saurons jamais ce qu'était la Haute trahison dans la Constitution de 1958. Le titre IX de la Constitution est remplacé par un autre titre ayant pour intitulé « La Haute Cour » (on reste dans quelque chose de haut, les Français n'aiment pas ce qui est bas, il en est de même des départements dénommés « Bas ... » qui, à l'exception notable du Bas Rhin, ont tous demandé à abandonner cette qualification de « bas », jugée quelque peu déshonorante). Bassement est un terme méprisant, à plus forte

raison s'il s'agit d'une « basse trahison » qui marque non seulement la félonie mais aussi la noirceur des sentiments. La Haute trahison est plus « noble » en quelque sorte, ou tout au moins elle est supposée se situer à un niveau élevé : la Haute trahison, c'est la trahison au fond d'un idéal, on n'imagine pas la Haute trahison pour des raisons vénales.

Désormais, le président de la République ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite, et tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Quant à la cause ou aux motifs de mise en responsabilité, le président ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La formulation est plus correcte sur le plan de la forme comme sur le plan juridique.

Mais sur le fond le manquement aux devoirs peut donner lieu, lui aussi, à de multiples interprétations. Espérons au moins que nous n'aurons pas à mettre en cause un président de la République pour un tel manquement, même si l'histoire de la République, fort riche d'épisodes en tous genres, nous enseigne que l'on peut tout rencontrer, y compris chez les présidents de la République qui, c'est une platitude, sont des êtres humains comme les autres, faillibles.

**TROISIÈME LOI CONSTITUTIONNELLE :
LA NOUVELLE-CALÉDONIE**

La troisième loi constitutionnelle, la loi n° 2007-237 du 23 février 2007, modifie l'article 77 de la Constitution, elle est relative au gel du corps électoral en Nouvelle-Calédonie. C'est la concrétisation d'un engagement qui avait été pris par le président de la République, mais cette disposition n'en soulève pas moins de nombreuses interrogations par rapport aux principes républicains traditionnels.

Nos amis de l'Institut de droit de l'outre mer ont déjà beaucoup disserté sur le sujet. Je me contenterai d'observer que la situation calédonienne illustre les limites de la démocratie telle que nous la concevons habituellement : la démocratie se caractérise par la loi de la majorité, la minorité devant s'incliner devant la précédente – sans pour autant reconnaître, comme le demandait J.-J. Rousseau, qu'elle s'est trompée, ce qui, selon moi, conduit au totalitarisme – et tout simplement appliquer et respecter les lois, sous la réserve (mais que l'on a connue dans un passé assez récent, avec le régime de Vichy), consacrée par la Déclaration des droits, du devoir de désobéissance, dans des cas très limités.

En Nouvelle-Calédonie, la règle majoritaire a montré ses limites puisque, en l'état actuel des choses, il semble bien que, du fait de l'importance respective des communautés, tout référendum se traduirait nécessairement par un vote systématiquement

favorable au maintien dans la République française. En d'autres termes, l'expression d'un vote majoritaire ne règle en rien le problème représenté par un groupe qui veut (actuellement) l'indépendance, et qui estime que les règles du jeu sont faussées par le déséquilibre des communautés.

**LA FRANCE ET LES AUTRES :
UNE RECTIFICATION DE FRONTIÈRES**

Parmi les lois récemment adoptées, on peut également s'arrêter sur deux d'entre elles qui concernent des accords avec deux pays qui participent, par un ou plusieurs de leurs ressortissants, aux activités du CRA.

La première de ces lois est la loi n° 2007-273 du 1^{er} mars 2007 autorisant l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Grand-Duché du Luxembourg portant rectification de la frontière franco-luxembourgeoise suite, d'une part, à la convention-cadre instituant la convention relative au développement transfrontalier lié au projet Esch-Belval et, d'autre part, à la convention relative à la réalisation d'infrastructures liées au site de Belval-Ouest. La loi comporte un seul article qui autorise l'approbation de la convention portant rectification de frontière, la publication de ladite convention devant intervenir ultérieurement.

Les travaux parlementaires permettent cependant de connaître le dossier de manière détaillée. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les accords de rectification de frontières

ne sont pas rares. Au cours des vingt dernières années, deux rectifications de la frontière avec le Luxembourg ont été réalisées, par les accords du 24 mai 1989 et du 15 mars 2000, un échange de territoires entre la France et la Principauté d'Andorre a été autorisé par le Parlement en 2001 pour permettre la construction d'un viaduc destiné à faciliter la liaison routière entre les deux pays.

La convention signée le 20 janvier 2006 avec le Luxembourg relève de la même logique, il s'agit de permettre au Luxembourg de réaliser, sur une portion de territoire actuellement française, un parc de stationnement et un giratoire, afin de faciliter la desserte d'un pôle d'activités qu'il est sur le point de développer sur une ancienne friche industrielle située tout près de la frontière. L'aménagement de cette zone devrait générer des activités très variées, sur le territoire luxembourgeois mais aussi en France, d'où l'intérêt de cet échange de territoires. Précisons que ledit échange porte sur des terrains de 8 hectares, 76 ares et 79 centiares soit, pour ceux qui sont fâchés avec ces mesures, 87 679 mètres carrés.

**DES RELATIONS FRANCO-CORÉENNES, ET DE
L'HISTOIRE QUI NOUS POURSUIT, NOUS
RATTRAPE ET NOUS INTERROGE**

Un second accord concerne un pays avec lequel le CRA a désormais une coopération bien ancrée, la Corée, avec des échanges réguliers et approfondis, se traduisant notamment par la présence de doctorants coréens de plus en plus nombreux (nous

sommes sans doute l'université qui compte le plus de doctorants en droit coréens). Mais avant de parler de la convention, on peut évoquer un autre problème, inspiré par l'actualité.

Une « publicité » est parue, il y a peu, dans plusieurs journaux, sur une pleine page, avec la photo d'un document entouré d'une chaîne, bouclée par un cadenas sur lequel se trouve un drapeau français, et la légende suivante : « Incapables de trouver le sommeil en Corée » (écrit en gros caractères rouges), avec le texte suivant : « tant que les archives Oe-Gyujujanggak, pièces importantes de notre patrimoine culturel, ne nous aurons pas été restituées, nous Coréens ne trouverons pas le sommeil ».

Un texte en plus petits caractères explique les motifs de la demande, sous forme d'une lettre adressée aux Français : « Chers amis français, nous vous sollicitons afin que vous interveniez en notre faveur, vous qui êtes citoyens d'un pays de civilisation très avancée. Dans la Bibliothèque Nationale de France, repose une pièce importante de notre patrimoine culturel : les archives Oe-Gyujujanggak. Conservées auparavant sur l'île de Ganghwa, située à l'ouest de notre pays, ces archives royales ont été saisies en 1866 par les forces navales françaises. Les archives Oe-Gyujujanggak sont une série de livres concernant le rituel de la cour et le pays. L'ouvrage rituel, déposé à la BNF, est d'autant plus précieux qu'il était destiné à l'usage du roi et qu'il est l'unique original qui existe. Il est temps que nous, Français et Coréens, collaborions pour

permettre aux biens culturels de retrouver leur place d'origine. Nous, Coréens, sommes convaincus que vous saurez prendre la bonne décision, au nom de votre fierté culturelle. Lorsque les livres de Oe-Gyujanggak seront restitués, nous pourrons trouver le sommeil avec la joie de retrouver la fierté et l'esprit de notre peuple ».

On ne peut rester insensible à ce texte, fort bien écrit par ailleurs, et je me sens doublement concerné, par l'intérêt que je porte à tout ce qui touche aux biens culturels, et par l'estime et l'attachement que je porte à la Corée. Cette demande soulève un problème qui, au-delà des archives en question, est très délicat à régler, c'est le problème de la restitution des biens culturels. Dans les siècles précédents – mais surtout au 19^{ème} siècle – les pays européens ne se sont pas gênés pour prendre, dans les pays étrangers, des biens culturels. Cela peut concerner les pays d'Europe entre eux : la Grèce revendique auprès de la Grande-Bretagne les fresques du Parthénon.

Pour l'histoire, rappelons que c'est Lord Elgin, pair écossais et ambassadeur de la Grande-Bretagne auprès de la Sublime Porte, qui profita de ses fonctions diplomatiques pour enlever les métopes, les frontons et les frises du Parthénon. Il a eu le triste privilège de donner son nom à une forme de vandalisme : ce que l'on appelle l'*elginisme* est une forme de vandalisme consistant à enlever une partie ou le tout d'un monument de son emplacement d'origine pour le transférer dans un autre pays, dans un musée ou sur une place publique (je

laisse de côté le cas, très différent, des pilliers privés animés uniquement par l'esprit de lucre). Lord Elgin fut sévèrement jugé par un de ses compatriotes, le poète philhellène Lord Byron, mais aussi par un de nos grands écrivains, Chateaubriand. Celui-ci écrit, dans son ouvrage célèbre *Itinéraire de Paris à Jérusalem* :

« Il a ravagé le Parthénon en arrachant les bas-reliefs de la frise, en brisant la corniche au lieu de faire glisser les métopes par leurs coulisses.

Au temple d'Érechthée, il a enlevé la colonne angulaire, de sorte qu'il faut soutenir avec une pile de pierres l'entablement qui menace ruine ».

Et Chateaubriand de conclure, ce qui ne peut que convenir à nos amis grecs : « Les monuments d'Athènes ont besoin de la lumière de la Grèce ».

L'*elginisme* a commencé, évidemment, bien avant Lord Elgin. Les Romains se sont servis, déjà, dans la Grèce, et ce fut une pratique très répandue chez les peuples vainqueurs. Il est tout aussi évident que nous, Français, devons également battre notre coulpe, pour éviter de tomber sous le coup de la morale de la fable.

En dehors des biens meubles, dont on parle moins parce qu'ils ne se voient pas – et sauf lorsque se manifeste une demande, telle que celle des archives coréennes, nous avons également rapporté des immeubles. On pense, naturellement, à l'un des biens les plus imposants, l'obélisque de la Concorde (250 tonnes), érigé sur la place éponyme en

1836. On sait, d'ailleurs, combien l'opération pour le rapporter fut longue et compliquée. Mais le cas de l'obélisque est différent, puisque ce fut un cadeau au roi du vice-roi d'Égypte, Méhémet Ali. D'ailleurs, à ma connaissance, l'Égypte n'a jamais demandé la restitution de l'obélisque. Cela ne supprime pas le problème, mais montre simplement que les données de celui-ci sont compliquées.

Dans le cas des archives coréennes, les troupes françaises ont bien pris les archives en question. C'était en 1866, à la suite de l'assassinat de neuf missionnaires français et de quelque 9000 fidèles coréens. Le cas des archives coréennes paraît d'autant plus facile à régler – la restitution des archives en question – que, si j'en crois le même document se faisant l'avocat de cette dernière, le président de la République (en l'espèce F. Mitterrand) aurait promis de rendre les archives en question en échange de la construction du TGV sur le territoire coréen.

Si la chose est vraie, on voit mal pourquoi nous ne restituons pas lesdites archives. Le président de la République serait-il moins puissant qu'il ne le paraît ? Pouvait-il, juridiquement, s'engager ? Je serais tenté de penser qu'à supposer qu'il ait effectivement voulu rendre les archives, il a dû rencontrer une opposition des conservateurs d'archives, et comme nous ne sommes plus en royauté, que nous sommes un État de droit, il y a fort à parier que les administrations concernées ont su faire jouer efficacement les procédures pour faire échec à la volonté du prince. Ce n'est là

qu'une hypothèse de ma part, qui n'est étayée sur rien, mais qui est parfaitement plausible.

Une autre hypothèse soutenue après la parution de cette publicité ait qu'il y aurait eu malentendu : la France aurait parlé de prêt, les Coréens auraient pensé restitution. On a cependant peine à penser qu'il ait pu y avoir une méprise aussi grave. Il paraît qu'une mission confiée en 1999 à un haut fonctionnaire de la Cour des comptes, M. Jacques Sallois, a échoué. Le directeur de la BNF, M. Jean-Noël Jeanneney, a fait valoir, début mars 2007, un argument qui ne peut guère convaincre un juriste : « Ces manuscrits sont inaliénables, comme toutes les collections publiques », a-t-il déclaré.

On ne peut qu'être un peu surpris par l'invocation de cet argument qui consiste à se défausser, à se réfugier derrière un talisman juridique qui n'en est pas un. Car si la règle de l'inaliénabilité existe bien, n'importe quel étudiant ayant quelques souvenirs de son cours sur le domaine sait que l'inaliénabilité n'est pas un principe constitutionnel, c'est une règle qui s'impose certes à l'administration, mais qui peut être levée, comme pour la plupart des règles, il suffit de suivre la procédure adéquate.

La position de la France mériterait à tout le moins d'être un peu plus explicitée. « Paris vaut bien une messe », aurait dit le futur Henri IV. De bonnes relations avec la Corée ne valent-elles pas la restitution de ces archives dont l'immense majorité des Français ignore jusqu'à l'existence ?

L'ACCORD DE SÉCURITÉ SOCIALE ENTRE LA CORÉE ET LA FRANCE

Venons-en maintenant à cet accord entre la France et la Corée qui résulte de la loi n° 2007-247 du 26 février 2007 autorisant l'approbation de l'accord de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Corée. Là encore, pour savoir ce que contient l'accord, qui n'est pas encore publié (pour des raisons qui ne sont pas évidentes, la publication de l'accord peut prendre des mois, voire des années), il faut se reporter aux travaux parlementaires. Rappelons que la France et la Corée ont célébré, en 2006, le 120^{ème} anniversaire de leurs relations diplomatiques.

A l'occasion de la visite officielle en France du Premier Ministre sud-coréen, il a été proposé d'autoriser l'approbation d'un accord bilatéral de sécurité sociale signé le 6 décembre 2004. Au cas où un lecteur estimerait que le délai entre la signature et l'approbation est un peu long, il faut rappeler que la négociation de l'accord de sécurité sociale franco-coréen s'est ouverte en 1996... Il s'est donc écoulé 8 ans entre le début des négociations et la signature, 10 ans entre le début des négociations et l'approbation. On veut bien admettre que les problèmes techniques sont nombreux, complexes, qu'il faut du temps pour réfléchir. Mais tout de même, un tel délai paraît démesurément long, sans que l'on sache, en l'espèce, s'il faut incriminer une partie ou l'autre, ou les deux, et quels facteurs ont pu allonger à ce point la procédure. On sait que les

diplomates prennent leur temps, mais sans doute un peu trop. Je ne sais pas ce qu'il en est de la Corée, mais les habitudes des diplomates français, un peu trop sûrs d'eux au demeurant, sont connues, il faudrait arriver à comprendre que les pratiques d'autrefois peuvent être modernisées et raccourcies.

Quoi qu'il en soit, cet accord repose sur ou découle du constat du développement des échanges entre la France et la Corée. Celle-ci est le troisième partenaire commercial de la France en Asie. L'évolution a surtout bénéficié, jusqu'ici, aux exportations coréennes, notre solde commercial étant déficitaire. La France occupe le quatorzième rang parmi les investisseurs étrangers en Corée, et encore le KTX représente-t-il une part majeure des investissements français, avec la prise de contrôle de Samsung Motors par Renault.

Le gouvernement coréen s'est également prononcé en faveur de BNP-Paribas pour la privatisation de la Choung Bank, qui est le plus ancien établissement de crédit du pays. Le groupe EADS-Eurocopter a été sélectionné en décembre 2005 comme principal partenaire de l'industriel KIA (Korea aerospace industries) pour un programme d'hélicoptères militaires de transport logistique. Les investissements coréens en France représentent 7 % des investissements coréens dans l'Union européenne, la France ayant été particulièrement touchée par la contraction des investissements coréens en Europe après la crise asiatique de 1997. Les projets coréens ont repris, mais sont de taille modeste.

C'est dans le but de renforcer l'attractivité du territoire français pour les entreprises coréennes et celle du territoire coréen pour les entreprises françaises qu'a été négocié l'accord de sécurité sociale faisant l'objet de la convention (et, vu le temps pour la signer et l'approuver, et compte tenu des évolutions intervenues entre-temps, on peut imaginer que la copie a été revue plusieurs fois ; mieux vaudrait, sans doute, un accord imparfait mais plus rapidement signé qu'un délai aussi caricatural).

L'une des explications de la longueur des procédures tient à la divergence accentuée, au départ, des points de vue. Le projet coréen de départ ne prévoyait pas d'égalité de traitement, fixait une durée de détachement des travailleurs coréens trop longue aux yeux des Français, retenait la possibilité de dissocier le régime d'affiliation selon que les risques étaient de court terme (maladie, accidents du travail) ou de long terme (vieillesse, invalidité), et intégrait dans le champ de la convention des domaines traditionnellement exclus des conventions signées par la France (régimes complémentaires de retraite et d'assurance chômage).

En définitive, l'accord consacre le régime habituellement retenu dans les conventions, mais avec certaines spécificités. Les risques auxquels s'applique l'accord sont les risques maladie-maternité, vieillesse (à l'exception des régimes complémentaires non obligatoires, et accidents du travail). Le régime spécial de la fonction publique est exclu du champ de l'accord.

L'accord consacre un principe retenu par tous les accords de sécurité sociale auxquels la France est partie, le principe de l'égalité de traitement : tout Français visé par le texte et vivant en Corée, et tout Coréen visé par le même texte vivant en France, bénéficient du même traitement que, respectivement, un Coréen vivant en Corée et un Français vivant en France. Les personnes qui travaillent sur le territoire d'un État contractant sont soumises uniquement à la législation de cet État, quel que soit leur lieu de résidence et celui du siège ou du domicile de l'entreprise qui les emploie dans le cas où ils sont salariés. Des dérogations sont néanmoins prévues (personnel navigant des entreprises de transports internationaux, personnels diplomatiques et consulaires). Des règles dérogatoires existent aussi pour les travailleurs salariés détachés, qui demeurent placés sous les législations de leur pays d'origine si la durée prévisible de détachement ne dépasse pas une certaine durée.

Certaines dispositions sont spécifiques. La première concerne l'affiliation des Français au régime d'assurance maladie coréen. Les ressortissants français en Corée peuvent, s'ils le souhaitent, ne pas cotiser au régime coréen d'assurance maladie et choisir d'être couverts par la Caisse des Français de l'étranger pour ce risque. La dérogation facultative prévue par le texte s'explique par le fait que la couverture offerte par le régime coréen d'assurance maladie est beaucoup moins complète que celle assurée par le régime français (ex. les frais d'hospitalisation).

La seconde spécificité concerne les personnels détachés. L'employeur coréen n'a pas d'obligation de pourvoir à la couverture maladie du salarié qu'il détache en France, cette charge pouvant être transférée à l'employeur qui l'accueille dans notre pays, par le recours à une assurance privée. Cette particularité est une conséquence du droit coréen, qui ne permet pas l'exportation de la couverture maladie hors du territoire coréen. Le texte exige également que le travailleur coréen détaché en France soit couvert par une protection contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ; s'il n'est pas soumis au régime coréen, son employeur devra souscrire une assurance contre ces risques ; si cette obligation n'est pas respectée, le travailleur ne sera plus considéré comme détaché et relèvera de la règle générale

d'assujettissement à la législation du pays où il travaille, donc à la loi française.

Ces quelques observations, non seulement n'épuisent pas les sujets, mais ne font que les effleurer. Presque chacun des thèmes évoqués pourrait donner lieu à des travaux approfondis, et ces thèmes, ainsi que bien d'autres qui n'ont pas été évoqués, bien qu'étant d'actualité, fournissent des occasions de réfléchir non seulement aux juristes mais aussi, et d'abord, aux citoyens que nous sommes. Le monde n'a jamais été figé, mais notre temps est riche de transformations permanentes, plus encore ailleurs que chez nous. Espérons au moins qu'en France nous n'oublierons pas qu'une des lois de la nature est de s'adapter – traduisons aussi : évoluer – pour ne pas disparaître.



ON A ASSASSINÉ TRENET !

par Frédéric COLIN
Maître de conférences
à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

Route nationale 7

*De toutes les routes de France d'Europe
Celle que j' préfère est celle qui conduit
En auto ou en auto-stop
Vers les rivages du Midi*

Nationale Sept

*Il faut la prendre qu'on aille à Rome à Sète
Que l'on soit deux trois quatre cinq six ou sept
C'est une route qui fait recette*

Route des vacances

*Qui traverse la Bourgogne et la Provence
Qui fait d'Paris un p'tit faubourg d'Valence
Et la banlieue d'Saint-Paul de Vence*

Le ciel d'été

*Remplit nos cœurs de sa lucidité
Chasse les aigreurs et les acidités
Qui font l'malheur des grandes cités
Tout excitées*

On chante, on fête

*Les oliviers sont bleus ma p'tite Lisette
L'amour joyeux est là qui fait risette
On est heureux Nationale 7.*

Paroles et Musique : Charles Trenet, 1955

L'intitulé de ce modeste billet d'humeur aurait dû être : « Le droit public a assassiné Trenet ».

La chanson « Nationale 7 », bien qu'ayant plus d'un demi-siècle, constitue l'un des grands classiques de la chanson française. Sa simplicité apparente, les symboles auxquels elle renvoie, en font une référence incontournable, connue de toutes et tous.

Mais voilà, les temps changent, et les symboles du passé sont inexorablement broyés par la « modernisation ». La Nationale 7, axe de « transhumance » incontournable des vacanciers depuis la généralisation des congés payés, devient petit à petit un axe secondaire, de délestage autoroutier, ou de transit de

transport routier de marchandises. L'aménagement de voies de train à grande vitesse, qui doit à terme relier la Côte d'Azur au reste de la métropole va sans doute accélérer le mouvement. Certaines départementales du Sud de la France sont désormais plus fréquentées que la célèbre Nationale.

On connaît actuellement, sans le réaliser pleinement, un phénomène similaire à celui qui a touché la fameuse Route 66 aux États-Unis, voie mythique s'il en est, et pourtant aujourd'hui largement désertée, abandonnée, et interrompue sur de nombreuses portions. Les raisons sont identiques : amélioration des dessertes ferroviaires et aériennes.

Faut-il s'en désoler ? Peut-être pas, mais l'oubli si rapide et surtout si facile de ces petits symboles du quotidien est significatif de la difficulté actuelle de l'État à se situer dans un projet de développement cohérent, respectueux des générations et des actions passées, comme des spécificités qu'elles ont su engendrer. Sa qualité de garant de l'unité du territoire semble aussi s'effacer.

Après ces remarques générales, venons-en au cœur de la réflexion. L'Acte II de la décentralisation, représenté par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, conduit à de nouveaux transferts de compétences de l'État au « profit » des collectivités territoriales.

Parmi ces nouvelles compétences, figurent certaines routes nationales. Au résultat, et sans développer ici la question du transfert des personnels administratifs, la grande majorité des routes nationales ont été transférées aux Conseils Généraux, après délibérations des intéressés, par un arrêté de transfert de routes nationales par le préfet (cf. Circulaire n° 2005-85 du 6 décembre 2005 relative à l'application de la loi Libertés et responsabilités locales ; transfert et déclassement des routes nationales d'intérêt local, *BO Équipement* n° 2006/24 du 10 janvier 2006). Au résultat, l'État, sur les 30 000 km de routes nationales, ne conserve que 11 600 km d'un « réseau principal structurant », c'est-à-dire des « routes d'intérêt national ou européen » (art. L. 121-1 du Code de la voirie routière).

L'arrêté de transfert se double d'un arrêté du président de chaque Conseil Général portant classement et renumérotation des routes nationales transférées dans le domaine public routier départemental.

Le transfert peut donc conduire, à l'occasion de la renumérotation, à des pratiques hétérodoxes en matière d'affichage : les bornes indicatrices de bord de route ont tout d'abord en principe changé de couleur pour passer du rouge au jaune. Ensuite, les références des routes transférées s'avèrent variables : certaines bornes sont coiffées de l'appellation DN, et d'autres sont devenues D. Changements qui passent pour l'essentiel inaperçues, pour des raisons variées : les utilisateurs quotidiens ne portent plus attention à ces bornes ; et les nouvelles technologies

d'aide à la « navigation automobile » gommant souvent les références exactes des voies routières : les GPS n'indiquent souvent que le sens des bifurcations à emprunter.

Quelle ne fut donc pas ma surprise lorsque, empruntant un tronçon bien connu de la RN7, je réalisai il y a peu que certaines bornes ou panneaux indicateurs avaient été changés pour passer de RN7 à D7 ; mais d'autres en DN7 (peut-être d'ailleurs en raison de l'attachement de la population envers cette voie de communication si symbolique), et d'autres encore en D7^N. En d'autres termes, la loi du 13 août 2004 prend actuellement une forme concrète, visible en tout cas en terme d'affichage, pour les usagers de la route.

Le domaine public du département comprend bien évidemment les routes départementales, dont il a la charge de l'entretien, mais ce n'est pas le problème ici. Il s'agit en effet de s'intéresser à l'incarnation des transferts de compétence en matière de voirie routière, et plus précisément en ce qui concerne la RN7. En application de la loi du 13 août 2004, c'est le décret n° 2005-1499 du 5 décembre 2005 relatif à la consistance du réseau routier national qui décline la RN7 dans sa quasi-totalité. Seules quelques portions ponctuelles conservent un caractère national : entre l'autoroute A 77 et la route nationale 82 ; entre l'autoroute A 46 et l'autoroute A 7 à Orange ; la liaison Grenoble-Marseille via Aix-en-Provence pour les sections assurant la continuité de la route nationale 296 ; la liaison Clermont-Ferrand-Lyon entre la route nationale 82 et la route nationale 489 ; la section doublant l'autoroute A 89 tant que l'autoroute n'est pas mise en service ; une partie de la liaison entre les autoroutes A 75 (Lempdes-sur-Allagnon) et A 7 (Montélimar). En définitive le transfert aux départements, concerne plus de la moitié de l'« ex » RN7.

Par un effet de « frontiérisation », le changement de département à l'occasion d'un déplacement routier peut donc conduire à un changement de numéro de la route empruntée. La simplification administrative a encore frappé...

Avec, de plus, un changement éventuel dans la qualité de la route empruntée. Ainsi, il n'est pas rare, lors du franchissement des limites de circonscription départementales, de repérer ce passage à l'occasion d'une

matérialisation physique représentée par une « ligne de démarcation », c'est-à-dire une séparation nette des revêtements utilisés.

Conclusion

Le fait est qu'aujourd'hui, on ne peut plus, au sens strict, relier Paris à Rome ou Sète par la Nationale 7 (D. Buffier, La N7 devient une départementale, *Le Monde*, 25 novembre 2004). Or, c'est souvent dans les petits détails de la vie quotidienne qu'il faut rechercher le sens profond d'évolutions sociales. La disparition programmée de la N7 participe, en un sens, au recul apparemment inexorable de l'État, qui s'efface, tout comme Charles

Trenet, du paysage. Et pour tout avouer, il est difficile à un publiciste d'accepter que pour des préoccupations financières, le droit public s'organise de telle façon qu'il oublie certains patrimoines, certes immatériels, mais indéniablement culturels, et partagés par l'ensemble de la population.

Il est bien fini enfin le temps du jeu « des mille bornes », pour le nom duquel les créateurs s'étaient inspirés de la longueur approximative de la RN7...

Tout ce qui passe n'est que symbole.
Johann Wolfgang von Goethe
Second Faust, scène finale



LE LICENCIEMENT D'UN COLLABORATEUR DE CABINET DES ADMINISTRATIONS PARISIENNES

Note de jurisprudence sous Cour Administrative d'Appel de Paris, 11 avril 2006,
Ville de Paris, req. n° 05PA04055 (Mentionné aux Tables du Recueil Lebon)

par Frédéric COLIN
Maître de conférences
à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

L'administration de Paris, communale et départementale, est après la Révolution placée sous la responsabilité d'administrateurs étatiques, nommés par Bonaparte. Le préfet de police est responsable de la prévention des troubles à la sûreté et à l'ordre public ; le préfet de la Seine est chargé, en plus de ses fonctions de maire, de l'administration civile. Ce rattachement des personnels parisiens au préfet a conduit à les doter d'un statut proche de celui des agents de l'État. Le législateur préférera ainsi écarter explicitement pour eux l'application de la loi du 28 avril 1952 relative aux personnels des communes et départements. Il faudra attendre la loi du 31 décembre 1975 pour que le maire de Paris soit élu, ce qui aura une influence déterminante dans l'élaboration du statut des administrations parisiennes, servant de base à la construction d'un statut organisé en corps à mi-chemin entre fonction publique de l'État et fonction publique territoriale. Les agents des « administrations parisiennes » (commune, département, et leurs établissements publics tant administratifs qu'industriels et commerciaux en tant que les personnels de ces derniers relèvent du droit

public) connaissent toujours aujourd'hui une situation juridique particulière.

La réforme du statut général, en 1983, a confirmé la place particulière des personnels parisiens dans la fonction publique. Ils constituent en effet des fonctionnaires territo-riaux à part, malgré leur soumission de principe à la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions relatives à la fonction publique territoriale. L'article 118-I de la loi du 26 janvier prévoit en effet que la commune et le département de Paris, ainsi que leurs établissements publics, disposent de fonctionnaires soumis à un statut fixé par décret en Conseil d'État, qui peut déroger aux dispositions de la loi du 26 janvier 1984. C'est finalement le décret n° 94-415 du 24 mai 1994 qui porte dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes, et consacre de multiples dérogations (inspirées des règles relatives à la fonction publique de l'État) à ladite loi qui leur reste pourtant applicable de plein droit (V. Tchen, Les sources du nouveau statut des personnels des administrations parisiennes, *AJDA* octobre 1994, p. 716).

I – LA SOUMISSION DE PRINCIPE DES PERSONNELS DES ADMINISTRATIONS PARISIENNES AUX RÈGLES DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

A. L'adaptation de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale

En application de l'article 118 de la loi du 26 janvier 1984 et du décret du 24 mai 1994, les statuts particuliers des corps des administrations parisiennes se réfèrent, selon la nécessité des mesures d'adaptation, soit à la fonction publique d'État, soit à la fonction publique territoriale. Le décret de 1994 se contente souvent d'une simple modification de certains termes des textes applicables à la fonction publique territoriale : « chef de l'administration parisienne concernée » au lieu d'« autorité territoriale » ; « fonctionnaires des administrations parisiennes » au lieu de « fonctionnaires territoriaux ». Mais certaines modifications sont lourdes de sens : « corps » au lieu de « cadre d'emplois » (différence essentielle : le fonctionnaire des administrations parisiennes est dans une situation plus favorable que son homologue de la fonction

publique territoriale, en ce qu'il est titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative et a droit à être nommé dans un emploi, à l'image du fonctionnaire d'État). D'autres différences concernent notamment : les centres de gestion, les commissions administratives paritaires et comités techniques paritaires ; les concours internes sur épreuves ; la règle selon laquelle le concours donne lieu à l'établissement d'une liste d'aptitude classant par ordre alphabétique (le candidat aux administrations parisiennes est dans une situation plus favorable que son homologue de la fonction publique territoriale, en ce qu'il bénéficie du classement par ordre de mérite, ce qui évite le phénomène de « reçus-collés ») ; les règles relatives à la perte d'emploi ; la possibilité de pourvoir par la voie du recrutement direct à certains emplois de la haute fonction publique parisienne ; certaines règles de fin de détachement ; les modalités de rémunération des membres des cabinets ainsi que leur effectif maximal (sur ces deux points, cf. décret n° 87-1004, 12 décembre 1987, art. 6). Certaines dispositions de la loi relative à la fonction publique territoriale ont par ailleurs été explicitement écartées, comme la vocation à occuper les emplois de la fonction publique territoriale.

B. La gestion des personnels des administrations parisiennes

La liberté des autorités locales en matière de gestion des personnels locaux résulte du principe constitutionnel de

libre administration, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel (Cons. const., 20 janvier 1984, Fonction publique territoriale, *Rec. Cons. const.* 1984, p. 38 ; *AJDA* 1984, p. 257, note J. C. Némery ; *RDP* 1984, p. 689, note L. Favoreu). Le législateur doit notamment laisser ces autorités recruter librement les collaborateurs des cabinets des exécutifs territoriaux.

De manière plus générale, et en application du principe de libre administration des collectivités territoriales, c'est l'organe délibérant de l'administration parisienne concernée, ou le conseil de Paris pour les corps communs à plusieurs administrations, qui fixe par délibération les statuts particuliers, les classements hiérarchiques, les échelons indiciaires et les indemnités de l'ensemble des emplois, et qui détermine par délibération, après avis du Conseil supérieur des administrations parisiennes, quels emplois des administrations parisiennes sont équivalents à ceux des fonctions publiques de l'État, territoriale ou hospitalière.

Les « chefs des administrations parisiennes », au sens du décret de 1994, sont le maire de Paris, le président du conseil de Paris siégeant en formation de conseil général, le préfet de police pour les personnels placés sous son autorité et les présidents des établissements publics de la commune ou du département de Paris (sachant que les fonctions de maire et de président du conseil général sont fusionnées en une même personne). Les conditions d'emploi des personnels et la détermination des règles particulières de fonctionnement

de chaque administration sont établies par le chef de l'administration parisienne concernée. Les actes individuels relatifs à la gestion des personnels sont pris par le chef de l'administration parisienne concernée ou par le maire de Paris, s'ils concernent des fonctionnaires qui appartiennent à un corps ou sont nommés dans un emploi commun à plusieurs administrations parisiennes.

Les collaborateurs de cabinet du maire de Paris, du président du conseil de Paris en tant que conseil général, des présidents des établissements publics de la commune et du département voient donc leurs conditions d'emploi fixées par délibération de l'assemblée délibérante concernée, comme pour les collaborateurs de cabinet des autres collectivités territoriales qui relèvent des dispositions de la loi du 26 janvier 1984. Ils sont soumis aux dispositions applicables aux agents non titulaires des administrations parisiennes (Décret du 24 mai 1994, art. 56). La nomination de non-fonctionnaires à ces emplois de cabinet ne donne aucun droit à titularisation, conformément au statut général (Titre III, art. 110 préc.).

II – LES RÈGLES APPLICABLES AU LICENCIEMENT DES COLLABORATEURS DE CABINET DES ADMINISTRATIONS PARISIENNES

A. La précarité des fonctions

En ce qui concerne les emplois de cabinet, la fin anticipée du service semble constituer la règle. Leur

proximité politique avec l'autorité territoriale fragilise en effet leur situation professionnelle.

La première hypothèse de fin de fonction d'un collaborateur de cabinet des administrations parisiennes est le terme du mandat politique de l'élu de rattachement (CAA de Bordeaux, 1^{er} juillet 1993, Heuillet c/ Commune Agde, *Rec.*, tables, p. 857). Le décret en Conseil d'État n° 87-1004 du 16 décembre 1987 (article 6) précise en effet que les fonctions des membres du cabinet dans la fonction publique territoriale prennent fin avec le mandat de l'élu auquel ils sont attachés (CE, 18 mai 1994, Mme Mercier, *Rec.* p. 243). C'est « la logique même des emplois de cabinet » (cf. conclusions Serge Lasvignes sur CE, 22 février 1992, Région d'Aquitaine c/ Mlle Lesca, *Rec.* p. 1178, *Petites affiches* 1991, n° 126, p. 16, note F. Chouvel ; concl. citées in Touvet (L.), *Fonction publique territoriale : actualité récente de la jurisprudence, Emplois fonctionnels et emplois de cabinet*, *AJDA* 1995, p. 180).

En cours de mandat, le licenciement est possible pour des motifs classiques, comme l'insuffisance professionnelle ou la faute disciplinaire (sur ce dernier cas, v. CAA de Marseille, 29 mai 2001, Commune de Vitrolles, *AJFP* n° 1/2002, p. 50). Dans ce cas l'agent a droit à la communication du dossier, en tant que mesure prise en considération de la personne (CE, 11 décembre 2000, Commune de Villeparisis, préc.) et à l'information de ce droit préalablement au

licenciement (CE, 6 octobre 1995, Commune de Saint-Paul de la Réunion, n° 115668).

Le licenciement est aussi possible suite à une divergence de vues avec l'élu, pour perte de confiance. Une hypothèse fréquente de fin des fonctions de ces contractuels à part réside en effet dans un choix discrétionnaire de l'élu. La jurisprudence peut se montrer sévère à cet égard ; ainsi, même si le contrat ne le mentionnait pas expressément (en l'espèce, faisait référence à un emploi de chargé de mission), l'occupation de fait d'un emploi de collaborateur de cabinet d'un maire d'arrondissement de Paris, fait relever ledit emploi des dispositions de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984, qui dispose que « L'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre fin librement à leurs fonctions » (cf. Poujade (B.), *La situation des collaborateurs de cabinet*, *Gazette des communes, des départements, des régions*, 2000, n° 1569, p. 48-54). Dès lors, la décision mettant fin aux fonctions dudit collaborateur de cabinet n'a pas à être motivée. L'indemnité de licenciement, qui n'était pas considérée comme due en cas de rupture du contrat (CAA de Bordeaux, 1^{er} juill. 1993, Commune Agde, préc. ; TA de Paris, 9 janvier 2003, Mme de Lesquen, n° 0113513/5, *AJDA* 2003, p. 1016), doit aujourd'hui être versée au collaborateur de cabinet licencié, sauf éviction pour motifs disciplinaires. L'indemnité est à la charge de la collectivité (pour le calcul, cf. décret n° 88-145 du 15 février 1988 mod.).

Mais si le collaborateur de cabinet était non titulaire, il a droit à l'assurance-chômage (CE, 30 octobre 1995, Commune de Moins, n° 114735) ; s'il s'agit d'un fonctionnaire, il a droit à réintégration dans son cadre d'emploi ou son corps d'origine. L'exécutif dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire pour rompre la relation de travail (CE, 17 juin 1992, Leclerc, *Rec.* tables p. 1062 ; CE, 5 juillet 2000, Mermet, *RFD adm.* 2000, p. 1159).

Les garanties dont l'ex-collaborateur de cabinet dispose en cas de licenciement sont faibles. Toutefois, il bénéficie des dispositions de l'article 42 du décret n° 88-145 du 15 février 1988, qui prévoient la notification de la décision, et l'indication des motifs (CAA de Bordeaux, 21 juillet 1997, Département Tarn-et-Garonne, n° 96BX02447 ; CAA de Paris, 18 mai 1995, Région de Guyane, n° 94PA00398).

En conséquence de ce large pouvoir discrétionnaire, le juge administratif n'opère en cas de licenciement, en excès de pouvoir, qu'un contrôle restreint : il vérifie seulement si la décision mettant fin aux fonctions d'un collaborateur de cabinet ne repose pas sur un motif matériellement inexact ou une erreur de droit et n'est pas entachée de détournement de pouvoir, mais il ne contrôle pas l'appréciation des faits (CE, Ass., 22 décembre 1989, Morin, p. 279 ; CE, 28 décembre 2001, Commune de saint Jory, n° 225189 : divergence d'objectifs et dissension sur les politiques à suivre entre le maire et la requérante ; Sénors (F.), *Le contrôle du juge administratif sur le licenciement d'un*

collaborateur de cabinet d'un élu local, *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, novembre 2001, n° 20, p. 1194 ; *Dr. adm.* 2002, comm. n° 89, obs. D. Jean-Pierre).

En cas d'annulation du licenciement, la réintégration du collaborateur de cabinet est induite à la date de son éviction, mais seulement sous réserve de l'examen de la date à laquelle le contrat aurait normalement pris fin si la mesure d'éviction illégale n'était pas intervenue (CE, 11 décembre 2000, Commune de Villeparisis, n° 202573 : le contrat aurait en tout état de cause en l'espèce pris fin à l'occasion des élections municipales).

L'annulation pour vice de forme n'ouvre pas droit à réparation à l'intéressé si le licenciement s'avère justifié sur le fond (CAA de Bordeaux, 14 décembre 1998, Lanzibucero, n° 97BX02394), ni n'empêche l'exécutif de mettre une nouvelle fois fin aux fonctions du collaborateur. Et, conformément à une jurisprudence classique, l'illégalité du licenciement n'ouvre pas droit au versement du traitement que le collaborateur aurait dû percevoir dès lors qu'en application de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984, l'autorité territoriale peut librement mettre fin à ses fonctions (CAA de Nancy, 15 juin 2000, Carpentier, n° 96NC00509).

B. Un contrôle strict de la répartition des compétences en matière de licenciement

En principe, un exécutif territorial ne peut déléguer sa signature qu'au directeur

général, au directeur général adjoint des services et au directeur général et au directeur des services techniques (article L. 2122-19 du code général des collectivités territoriales), mais pas à ses collaborateurs de cabinet notamment en matière de licenciement d'agents non titulaires (CE, 24 janvier 1994, Commune de Vigneux-sur-Seine, n° 141143). Mais il apparaît que par dérogation, le maire de Paris peut donner délégation de signature à ses directeurs de cabinet, sur le fondement de l'article L. 2511-27 du code général des collectivités territoriales, qui précise que le maire peut déléguer sa signature au directeur général des services, et aux « responsables de services communaux ». Or, « le directeur de cabinet du maire doit être regardé comme un responsable de services communaux auquel le maire peut, en application, déléguer sa signature » (CE, 16 septembre 2005, Ville de Paris, n° 280202, *AJDA* 2005, p. 1757).

La Cour administrative d'appel de Paris, dans l'arrêt qui nous intéresse, a été amenée à préciser les règles relatives à la délégation de signature des chefs des administrations parisiennes en matière de licenciement des collaborateurs de cabinet, sur un point inédit.

Les faits étaient les suivants : par arrêté du 30 janvier 2003, le maire de Paris avait délégué sa signature à son directeur de cabinet « à l'effet de signer tous arrêtés, actes et décisions préparés par les services relevant du cabinet du Maire, dans la limite de leurs attributions, ainsi qu'aux arrêtés, actes et décisions

relatifs au recrutement de l'ensemble des collaborateurs de cabinet... ».

La Cour procède ensuite à une interprétation stricte de la délégation de signature, appliquée à l'article 110 de la loi du 26 janvier 1986 et à l'article L. 2511-27 du code général des collectivités territoriales, précisant que le maire est compétent pour procéder au recrutement de collaborateurs de cabinet et pour mettre fin aux fonctions de ces derniers, et pour déléguer sa signature à son directeur de cabinet, lequel devait être regardé comme un responsable de services communaux.

Mais, si la délégation de signature était explicitement étendue aux décisions relatives au recrutement de l'ensemble des collaborateurs de cabinet, la Cour relève qu'en « l'absence de délégation explicite du maire précisant qu'il entendait également donner délégation de signature à son directeur de cabinet pour les actes mettant fin aux fonctions desdits collaborateurs, et, notamment pour procéder à leur licenciement », le directeur de cabinet ne pouvait être considéré comme ayant implicitement reçu une telle délégation. Par suite, la Cour en déduit qu'il n'était pas compétent pour signer la décision de licenciement de la requérante, qui n'avait pas été préparée par les services relevant du cabinet du maire

La Cour applique ici une jurisprudence classique en matière de délégation de signature. Cette dernière ne constitue qu'une simple mesure d'organisation interne du service, sans transfert de compétence. Le délégant

autorise, intuitu personae, l'un de ses subordonnés à signer certains actes à sa place, mais sous son contrôle : le maire garde la possibilité de régler lui-même directement les cas soulevés. La Cour développe en l'espèce trois des contraintes liées à la délégation de signature. Elle doit tout d'abord désigner seulement un des agents retenus par les textes d'habilitation, comme destinataire potentiel. Ici, la condition est remplie, car en application de la jurisprudence du Conseil d'État du 16 septembre 2005, Ville de Paris (préc.), le directeur de cabinet peut recevoir une telle délégation.

Ensuite, elle est circonscrite par les compétences de l'autorité délégante, qu'elle ne peut excéder (d'autant qu'elle doit demeurer partielle), ce qui est le cas en l'espèce, car le maire de Paris dispose bien, en vertu de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1986, du pouvoir de licencier à tout moment ses collaborateurs de cabinet.

L'apport de l'arrêt concerne surtout une troisième condition de la délégation de signature, qui veut qu'elle demeure précise (p. ex. CE, 27 avr. 1987, Min. budget c/ Société Mercure Paris Etoile, *Rec.*, p. 47). En substance, la Cour consacre en la matière une absence de symétrie : une délégation de signature relative au recrutement de collaborateurs de cabinet ne peut s'analyser en une délégation symétrique implicite relative à la cessation des fonctions (au licenciement) de ces collaborateurs. Cette solution est conforme à l'esprit des règles strictes de répartition des compétences dans l'admini-

nistration, même si une solution inverse aurait pu être envisagée. En effet, la règle du parallélisme des compétences aurait pu conduire à considérer que, s'agissant de défaire la décision initiale, c'est-à-dire de prononcer un licenciement qui est exactement l'acte contraire (ou inverse) du recrutement, la délégation pouvait être considérée comme applicable. Mais ce n'est pas la solution retenue par la Cour, qui implicitement consacre une théorie du parallélisme des compétences excluant la délégation de signature. Ce n'est pas non plus une question de parallélisme des procédures qui est en jeu dans l'arrêt de la Cour (de plus, en l'occurrence, la particularité de la situation d'emploi des collaborateurs de cabinet, on l'a vu, implique des garanties relativement faibles en cas de licenciement).

En tout état de cause, cette solution est tout à fait conforme à l'interprétation stricte qui a toujours été consacrée par le juge administratif dans le domaine du contrôle des délégations, et plus largement en matière de répartition des compétences au sein de l'administration (en matière de collectivités territoriales : Vigouroux (C.), Les délégations consenties par le maire ou le président du conseil général, *RGCT*, 1998, n° 1, p. 3 ; Heinis (M.), La délégation de signature devant le juge administratif, *Gaz. Pal.* 29 novembre 1998).

MOTS CLEFS :

Fonction publique, fonction publique territoriale, administrations parisiennes, collaborateur de cabinet, répartition des compétences,

délégation de signature, licenciement.

TEXTE de l'arrêt :

Cour Administrative d'Appel de Paris, 11 avril 2006, Ville de Paris, req. n° 05PA04055 (Mentionné aux Tables du Recueil Lebon)

Vu la requête, enregistrée le 6 octobre 2005, présentée pour la Ville de Paris, représentée par son maire, par Me Foussard ; la Ville de Paris demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0502778/5 en date du 28 juillet 2005 par lequel le Tribunal administratif de Paris a fait droit à la requête de Mme Parvine X en annulant la décision du 29 décembre 2004 par laquelle le directeur de cabinet du maire de Paris l'a licenciée de ses fonctions de collaborateur de cabinet ;

2°) de rejeter la demande faite devant le tribunal par Mme Parvine X ;

3°) de condamner Mme Parvine X à verser à la Ville de Paris une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée ;

Vu le décret n° 84-145 du 15 février 1988 modifié ;

Vu le décret n° 94-415 du 24 mai 1994 modifié ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 28 mars 2006 :

- le rapport de Mme Appèche-Otani, rapporteur,
- les observations de Me Frogier, pour la Ville de Paris, et celles de Me Picard, pour Mme X,
- et les conclusions de Mme Giraudon, commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée : « L'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre fin librement à leurs fonctions » ; qu'aux termes de l'article L. 2511-27 du code général des collectivités territoriales : « Le maire de la commune peut donner sous sa surveillance et sa responsabilité, par arrêté, délégation de signature () aux responsables de services communaux » ; que, par arrêté du 30 janvier 2003, le maire de Paris a délégué sa signature à M. Bernard Y « à l'effet de signer tous arrêtés, actes et décisions préparés par les services relevant du cabinet du Maire, dans la limite de leurs attributions, ainsi qu'aux arrêtés, actes et décisions relatifs au recrutement de l'ensemble des collaborateurs de cabinet () » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions législatives sus-énoncées, le maire est compétent pour procéder au recrutement de collaborateurs de cabinet et tient des mêmes dispositions compétence pour mettre fin aux fonctions de ces derniers ; que le maire de Paris a, par l'arrêté susvisé du 30 janvier 2003, délégué sa signature à son directeur de cabinet lequel devait être regardé comme un responsable de services communaux, à l'effet de signer les décisions relatives au recrutement de l'ensemble des collaborateurs de cabinet ; que, toutefois, contrairement à ce que soutient la Ville de Paris en appel, en l'absence de délégation explicite du maire précisant qu'il entendait également donner délégation de signature à son directeur de cabinet pour les actes mettant fin aux fonctions desdits collaborateurs, et, notamment pour procéder à leur licenciement, M. Y, directeur de cabinet ne pouvait être considéré comme ayant implicitement reçu une telle délégation ; que, par suite, c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que M. Y n'était pas compétent pour signer la décision de licenciement de Mme X, qui n'a pas été préparée par les services relevant du cabinet du maire ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant qu'il y a lieu de condamner la Ville de Paris à verser à Mme X une somme de 3 000 euros en application des dispositions sus-rappelées ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 susmentionnées font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions sus-analysées présentées par la Ville de Paris ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la Ville de Paris est rejetée.

Article 2 : La Ville de Paris versera à Mme Parvine X la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.



L'A.R.S. (AGENCE RÉGIONALE DE SANTÉ) UNE DÉCENTRALISATION DU SYSTÈME DE SANTÉ EN TROMPE-L'ŒIL ?

par Fleur GIOCANTI
Allocataire-Moniteur au C.R.A.

Problématique fondamentale de nos sociétés contemporaines, la question de la décentralisation concerne de nombreux domaines dont celui de la santé. En France, le débat touchant la régionalisation de la santé n'est pas récent. Depuis vingt ans maintenant, une véritable réflexion sur ce sujet s'est développée. Cependant, l'Agence régionale de santé (ARS) est tout à fait singulière ; elle synthétise un certain nombre de problématiques sur l'évolution du système de santé français. Créée par la loi relative à l'assurance maladie du 13 août 2004¹, l'ARS est conçue pour approfondir la régionalisation de la santé en intégrant en son sein deux conseillers régionaux et l'Union régionale des caisses d'assurance maladie (URCAM). Elle pose ainsi la question de ce qui est régalien et de ce qui ne l'est pas, et de la remise en cause d'une santé cloisonnée. Cette seconde problématique, si fondamentale soit-elle, sera mise de côté pour se concentrer sur la question de la décentralisation de la santé.

Il est nécessaire à titre préliminaire de comprendre dans quel contexte cette institution s'inscrit. Ce développement permettra peut être de comprendre pourquoi cette ARS est restée inaperçue.

La répartition actuelle des compétences sanitaires entre les collectivités territoriales est le résultat de la combinaison de deux logiques : la rationalisation, et ainsi l'extension de l'action de l'État, et la décentralisation². Les réformes successives ont stratifié l'organisation sanitaire française sans conforter un échelon local en particulier³. Ce n'est qu'après

la loi du 7 janvier 1983⁴, que l'on va assister à une certaine spécialisation des collectivités, et l'on va s'éloigner d'une politique sanitaire globale. La seconde vague décentralisatrice interviendra avec la loi du 13 août 2004⁵, quatre jours après la loi du 9 août 2004⁶ affirmant le rôle central de l'État. Certains y ont vu une incohérence flagrante. En réalité la logique de ces deux lois est de recentraliser pour mieux conforter l'échelon régional.

Un contexte de décentralisation sanitaire résiduelle

Parmi les collectivités locales françaises, le département était celle qui avait des compétences les plus larges en matière sanitaire avant la loi du 9 août 2004. Cette tendance a été inversée au bénéfice de la région. Toutefois, il est nécessaire de relativiser l'importance des transferts opérés au profit des régions en matière sanitaire. La commune quant à elle, ne possédant pas de compétences propres dans ce domaine⁷, mène une action qui repose sur le volontariat et l'associatif. On relève ainsi des disparités en fonction de la taille des communes. Les petites communes restent moins avantagées que les

¹ Voir article 68 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

² MARROT (B.), *L'administration de la santé en France*, Paris, L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 1995, p. 25.

³ Le rapport Guichard (Vivre ensemble 1986) est plutôt pour le renforcement de la région et du système communal, alors que les gaullistes craindront qu'une collectivité territoriale puisse avoir trop de poids menaçant l'unité nationale.

⁴ Loi n° 83.8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions, et l'État., JO du 9 janvier 1983.

⁵ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

⁶ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

⁷ A l'exception de dispositions extrêmement précises telle que l'obligation pour les communes de plus 20 000 habitants de mettre en place des mesures de désinfections dans en cas de maladies contagieuses, d'établir un fichier de vaccination, d'être responsable de la liste de vaccination anti-poliomyélitiques, la commune ne possède aucune autre compétence spécifique. En effet, les services communaux d'hygiène et de santé prévus à l'article L. 1422-1 CSP sont facultatifs.

grandes villes où le tissu associatif est diversifié⁸.

L'émergence tardive de compétences régionales en 2004

La région, qui avait été oubliée lors de la dernière loi décentralisatrice du 7 janvier 1983, se voit confier certaines compétences par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Jusque là, la région pouvait financer des équipements sanitaires et hospitaliers lorsqu'il existait un intérêt régional, au titre de la clause générale de compétence. D'autre part, avant 2004, la région répartissait entre les départements, des crédits concernant les dispensaires, les établissements ou services de protection maternelle ou infantile et de médecine scolaire. Les compétences transférées par la loi du 13 août 2004 restent résiduelles en comparaison de celles que possède le département. Encore aujourd'hui, la région n'a qu'un rôle mineur en ce qui concerne la santé.

Traditionnellement, la région possède des compétences en matière de formation et c'est pourquoi et de manière très logique, la formation paramédicale lui est transférée⁹. Les professions comprises dans le paramédical sont : infirmier, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, ergothérapeute, psychomotricien, orthophoniste, orthoptiste, manipulateur d'électroradiologie médicale, audioprothésiste, opticien-lunetier, et diététicien. Les aides soignants, les auxiliaires de puériculture, les ambulanciers, les techniciens de laboratoires d'analyses de biologie médicale sont eux aussi concernés¹⁰.

⁸ PONTIER (J-M.), « Les communes et la santé publique », *Revue administrative*, n° 294, 1996, p. 673-680.

⁹ Article 73 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

¹⁰ L'État reste compétent en ce qui concerne le niveau, le contenu de la formation, le *numerus clausus*, les modalités d'évaluation, mais l'autorisation pour la création d'une école ou institut de formation relève maintenant de la région après avis du préfet de région. Le président du conseil régional donne l'agrément aux directeurs de ces écoles. La région doit financer les écoles et les instituts de formation lorsqu'ils sont publics ; et lorsqu'ils sont privés, la région a la possibilité de participer au financement. Par le biais des aides, la région peut mener désormais une politique incitative.

Le second aspect plus intéressant est la possibilité pour la région de participer à l'agence régionale de l'hospitalisation.

La région de par sa taille, est une collectivité dont la vocation est de gérer l'aménagement du territoire. C'est pour cette raison que la plupart des actions d'aménagement sanitaire, de prévention, de planification hospitalière se réalisent à l'heure actuelle à l'échelle régionale. Dans cette logique, les articles 69 et 70 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, donne la possibilité à la région d'être associée ou de participer à l'Agence régionale d'hospitalisation (ARH). L'article 69 prévoit que deux conseillers régionaux, avec voix consultatives, peuvent faire partie de la commission d'exécution de l'ARH. L'article 70 donne la possibilité aux régions qui souhaitent participer à l'expérimentation, d'avoir un tiers des voix délibératives de l'ARH en échange du financement d'équipements sanitaires.

Ces dispositions sont très intéressantes car replacées dans le contexte d'adoption de la loi, on se rend compte qu'elles préparent les futures ARS. En effet, les ARS, dont l'expérimentation est prévue par la loi du même jour sur l'assurance maladie, intégreront dans leur structure, deux conseillers régionaux. Il y a donc une correspondance entre les deux lois du 13 août 2004. Le législateur a voulu sensibiliser, en premier lieu les régions, avant de les associer directement.

Dans la pratique, la plupart des régions, à l'exception de la région PACA et de la Corse¹¹, disposent de leurs deux voix consultatives. En revanche, aucune région ne possède un tiers des voix délibératives. Le bilan est assez négatif et il révèle surtout que, les régions ne sont pas encore prêtes à supporter le coût de la gestion d'une part de la santé. Contrairement à ce qui a été écrit, les régions ne sont pas forcément demandeuses de compétences dans ce domaine.

On peut aussi penser que le paiement du « ticket d'entrée », a causé quelques problèmes. L'imprécision de ce que la loi entend par « équipements sanitaires », ne permet pas de savoir avec exactitude, l'étendue

¹¹ Dans ces deux régions, les élus régionaux n'ont pas souhaité être associés à l'ARH.

de l'engagement¹². Le montant des investissements résultera de négociation et d'une convention signée entre la région et l'ARH.

La recentralisation des compétences en matière de prévention sanitaire

Les compétences proprement sanitaires des départements portaient essentiellement sur la lutte contre les fléaux sociaux.

Avant 2004, les départements étaient notamment responsables de la prophylaxie des maladies vénériennes, et de la tuberculose. Cela comprend la gestion des établissements anti-tuberculeux « destinés à assurer dans le département la prophylaxie individuelle, familiale, et collective de la tuberculose. »¹³ et des dispensaires anti-vénéériens. Le département veillait au respect de la vaccination obligatoire pour la tuberculose. Il mettait en place des mesures de dépistage des maladies vénériennes¹⁴. A partir de 1988, un dépistage gratuit et anonyme du virus du SIDA fut mis en place dans les dispensaires anti-vénéériens mais également dans les centres de planification familiale.

Le département participait à la lutte contre le cancer à travers le dépistage et la surveillance après traitement. Notons aussi que les départements d'outre-mer étaient chargés de lutter contre la lèpre.

Les compétences transférées par la loi du 22 juillet 1983, bien qu'elles semblent ciblées, ont parfois fait l'objet d'une lecture extensive par les départements démontrant une attitude positive et volontaire¹⁵.

2004 fut une année « malheureuse » pour les départements à qui furent retiré l'ensemble des compétences énumérées en vertu du principe de subsidiarité de l'article 72, al. 2 de la Constitution¹⁶. La loi du 9 août 2004 relative

à la politique de santé publique, rend l'État compétent pour définir la politique de vaccination (article L.3111-1 CSP). Puis la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, recentralise la lutte contre la tuberculose et la lèpre (article L.3112-2 CSP), la lutte contre le virus du SIDA et contre les infections sexuellement transmissibles (article L.3121-1 CSP), ainsi que la lutte contre les insectes susceptibles de transmettre des maladies humaines (article L.3114-5). Les départements pourront encore intervenir s'ils le désirent mais ils devront avoir conclu une convention avec l'État. Ces modifications sont en accord avec la loi du 9 août 2004, et surtout avec l'article L.1411-1 CSP, qui dispose que l'État définit la politique de santé selon des objectifs pluriannuels, et notamment concernant la lutte contre les épidémies.

Ainsi le rôle des départements a été fortement diminué par la loi du 13 août 2004 en ce qui concerne le secteur sanitaire. Mais, les compétences du département restent axées, aujourd'hui, sur le médico-social bien que la loi créant la couverture maladie universelle¹⁷ ait déjà limité l'action de celui-ci dans l'aide aux populations sensibles¹⁸.

Un paysage institutionnel stratifié et illisible

La complexité du système sanitaire actuel vient de la prolifération d'institutions répondant à des besoins de déconcentration, rationalisation, et parallèlement de démocratie sanitaire. Depuis bientôt trente ans les réformes se suivent tout en ne se ressemblant pas. Sont apparus en premier des organes déconcentrés : les DDASS¹⁹ (directions départementales de l'action sanitaire et sociale), puis en 1977 les

¹² CORMIER (M.), « La décentralisation en matière sanitaire, sociale et médico-sociale : une étape transitoire ? », *JCP-Administration et Collectivités territoriales*, n° 1-2, 10 janvier 2005, p. 31.

¹³ Article L.129 CSP

¹⁴ Le code de la santé publique ne connaît pas les maladies sexuellement transmissibles ; il existe uniquement des maladies vénériennes (la syphilis, la gonococcie, la chancrelle, la maladie de Nicolas-Fabre).

¹⁵ Voir ADSP n° 5, décembre 1993, dossier *les collectivités locales et la santé publique*.

¹⁶ La décentralisation et la subsidiarité se distinguent car la première se caractérise par un mouvement descendant

de répartition de compétences alors que le second peut avoir un effet ascendant. Voir DELCAMP (A.), « Les problèmes de déconcentration dans les pays européens », *RFDA*, juillet-août 1995, p. 731

¹⁷ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO 28 juillet, p. 11229.

¹⁸ PONTIER (J.-M.), « La CMU et les collectivités locales », *Revue administrative*, n° 314, p. 179.

¹⁹ Décret n° 64. 783 du 30 juillet 1964 relatif aux attributions des services extérieurs du Ministère de la santé publique et de la population, JO 1^{er} août 1964

DRASS²⁰ (directions régionales des affaires sanitaires et sociales). Ces deux institutions sont venues concurrencer le préfet de région et le préfet de département.

Rapidement des critiques dénoncent une santé dont la gestion est émiettée. Le rapport Soubie en 1993²¹ accuse le coût de la centralisation et prône une approche locale et décloisonnée de la gestion. La volonté d'associer l'assurance maladie et l'État est ainsi clairement affichée. L'ordonnance du 24 avril 1996 prend acte de ces revendications et crée les agences régionales de l'hospitalisation²². Elles semblent préfigurer les « Agences régionales des services de santé » dont parle le rapport Soubie, à l'exception de leur caractère décentralisé. Les agences régionales des services de santé correspondraient plus aux ARS.

L'article L.6115-1 CSP dispose que le rôle des ARH est de « définir et mettre en œuvre la politique régionale d'offre de soins hospitaliers, d'analyser et de coordonner l'activité des établissements de santé publics et privés et de déterminer leurs ressources ». L'ARH exerce le pouvoir de police sur les hôpitaux, délivre les autorisations, conclut des contrats d'objectifs avec les établissements, fixe les budgets des établissements... Le directeur arrête le schéma régional d'organisation sanitaire (SROS)²³, et contrôle les délibérations des conseils d'administration des établissements. L'ordonnance du 4 septembre 2003 augmente sensiblement les pouvoirs de l'ARH et de son directeur²⁴ que l'on appelle aussi préfet sanitaire. Face au pullulement d'institutions, l'ARH est la seule qui arrive à impulser une politique globale et cohérente. C'est d'ailleurs ce constat d'efficacité qui a poussé le législateur à

²⁰ Décret 77.429 du 22 avril 1977, portant organisation des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales, JO 24 avril 1977

²¹ Rapport du commissariat général du Plan présenté par R. Soubie *Santé 2010*, La documentation française, juin 1993.

²² Article 10 de l'ordonnance du 24 avril 1996.

²³ Avant le directeur de l'ARH était également compétent pour la carte sanitaire mais celle-ci n'existe plus depuis l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 (JO 6 septembre 2003, p. 15391 et s.)

²⁴ Voir APOLLIS (B.), TERRIER (E.), La réforme de la planification hospitalière, *AJDA*, 27 février 2006, p. 426.

concevoir en 2004, la future ARS sur le même modèle que l'ARH²⁵.

À l'échelon régional viennent encore s'ajouter les observatoires régionaux de santé, le comité régional des politiques de santé²⁶, mais aussi les conférences régionales de santé et les conseils régionaux de santé visant à promouvoir la démocratie sanitaire. Le véritable problème provient du fait que chaque réforme successive a apporté une nouvelle institution sans jamais supprimer celles qui avaient été mises en place précédemment.

Enfant de réflexions aporétiques, l'ARS naît chétive et fragile; elle est aussi remplie de paradoxes à l'image de ses géniteurs. L'ARS est aujourd'hui emprisonnée dans une machine sanitaire qui ne lui permet pas de se développer. La question essentielle est de savoir si elle va réussir à trouver sa place dans un système institutionnel byzantin.

Créée dans un objectif de baisse des dépenses de santé, cette nouvelle étape dans la décentralisation, est-elle un choix pertinent pour mettre fin aux diatribes qui pèsent sur le système de santé français ? Inscrite dans la demi-mesure (I), elle semble être un moindre mal à une véritable décentralisation (II); pourtant les raisons de l'absence de sa mise en place révèlent un désaccord sur la réforme du système de santé (III).

I - L'ARS ENTRE DÉCONCENTRATION ET DÉCENTRALISATION DE LA SANTÉ

La France s'engage dans la décentralisation à petits pas. Certes, la création d'une ARS est un approfondissement de la régionalisation, mais la question du transfert de compétences aux régions est encore hypothétique.

²⁵ Article 68 de la loi du 13 août 2004 relative à l'Assurance maladie.

²⁶ Mis en place en 1998, il s'agit d'une instance régionale placée sous l'autorité du préfet, qui a pour objet d'assurer la concertation entre les institutions concernées par les politiques de santé publique (affaires sociales éducation nationale)

A. Le consensus apparent des parlementaires à propos de l'Agence régionale de santé

Attendue depuis des années, l'ARS n'a vu le jour qu'en 2004 avec la loi relative à l'assurance maladie du 13 août. Déjà en 1993, le Rapport Soubie prônait la création dans chaque région d'une « Agence régionale de services de santé » dotée d'un conseil d'administration composé de représentants élus, d'assurés sociaux et de professionnels de santé qui auraient pour mission d'organiser localement l'offre de soins. Cette structure qui s'apparentait par le nom aux ARH ou aux ARS, accordait une place assez importante aux professionnels de la santé.

Cette idée d'agence, très novatrice à l'époque, a été reprise par de nombreux auteurs et parlementaires. Il s'agit notamment de parlementaires de droite, de l'UDF, et du RPR qui s'engagent à plus décentraliser sans toutefois confier la santé aux régions. La première proposition de loi relative à la régionalisation de la santé a été déposée le 18 octobre 2000, et prévoyait une ARS. La proposition précise que celle-ci ne pourra être mise en place tant que « les régions n'auront pas de compétences effectives »²⁷. J.-L. Prél, député UDF, a déposé une proposition de loi tendant à instaurer une régionalisation de la santé le 24 juillet 2002 dans laquelle il propose la création d'une ARS²⁸. L'ARS y serait l'exécutif fort de la région regroupant « l'hôpital, les cliniques, l'ambulatorio, la prévention. Il sera composé d'un conseil d'administration : élus par le conseil régional de santé, élus régionaux, financeurs (...) Le directeur à terme pourrait être nommé par la région ». Les rapports et avis du Conseil économique et social du 26 mai 2004 consacrent une partie de leur développement à l'ARS jugée souhaitable pour un pilotage plus « efficace du système de santé »²⁹

²⁷ Proposition de loi n° 2657 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2000.

²⁸ Proposition de loi n° 128 tendant à instaurer une régionalisation de la santé, déposée le 24 juillet 2002, par M. J.-L. Prél et les membres de l'UDF.

²⁹ Avis et rapports du Conseil économique et social présenté par M. Michel Picard au nom de la section des économies régionales et de l'aménagement du territoire,

Leurs vœux furent exaucés avec la loi portant réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004. L'article 68 s'inscrivant dans la section 6 de la loi relative à l'organisation régionale dispose ainsi : « Les ARS sont chargées des compétences dévolues à l'ARH et à l'URCAM. Elles sont constituées selon les modalités définies par décret en Conseil d'État, sous la forme de groupement d'intérêt public entre les organismes d'assurance maladie, la région, si elle est déjà membre de l'ARH, et l'État. » En première lecture, le Sénat a rajouté le second alinéa de l'article 68 prévoyant la forme de l'ARS, ses membres, son personnel³⁰. La commission mixte paritaire a adopté un amendement rédactionnel de J-M Dubernard, rapporteur pour l'Assemblée nationale. L'analyse des amendements et des votes montre que l'ARS est largement consensuelle.

B. ARS, une alternative à la décentralisation

Benoît Péricard en 2002 avait établi un diagnostic sur l'état du système de santé. Quatre scénarii de l'évolution du système de santé furent présentés : « la résurrection de la Sécurité sociale, l'an II de la décentralisation, l'agence régionale de santé ou le mariage des légitimités, les chariots du désert. »³¹ La description de ces solutions est d'ailleurs reprise dans le Rapport du Commissariat général du Plan de 2005³².

Ainsi la décentralisation n'est pas la seule solution envisageable mais c'est celle qui est fortement encouragée par le Rapport du groupe Poles³³. L'expérience étrangère montre que

Aménagement du territoire et établissements de santé, 2004, p. 131.

³⁰ Voir DUBERNARD (J.-M.), VASSELLE (A.), Rapport de la commission mixte parlementaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à l'assurance maladie du 29 juillet 2004, doc. AN n° 1778, p. 179.

³¹ PERICARD (B.), *Déconcentration, décentralisation, régionalisation du système de santé*, in Pour une approche territoriale de la santé, Sous la direction d'E. Vigneron, Paris, éd. de l'aube DATAR, bibliothèque des territoires, 2002, p. 43-63.

³² Rapport du groupe Poles, *Pour une régionalisation du système de santé en 2025, offres régulation et acteurs : essai de prospective*, Commissariat général du Plan, Novembre 2005.

³³ Rapport du groupe Poles, *Pour une régionalisation du système de santé en 2025, offres régulation et acteurs : essai de prospective*, *ibid.*, L'une des six

plusieurs formes de décentralisation sont envisageables.

Apparaît en premier lieu le problème de la détermination précise de ce que l'on entend par décentralisation. En France, il s'agit de la reconnaissance par l'État d'autres personnes publiques habilitées à intervenir dans certains domaines avec un pouvoir de décision et disposant dans cette action d'une certaine autonomie. Ce que l'on désigne par décentralisation en France, peut être appréhendé sous un autre terme à l'étranger.

Les modèles théoriques de décentralisation de la santé se révèlent très diversifiés. Ainsi, on peut citer la typologie de Rondinelli, Nellis et Cheema³⁴, celle de Saltman, celle de Vrangbaeck³⁵, celle de Denis, Contandriopoulos, Langley et Valette³⁶. En dépit de la précision de ces typologies, la pratique montre que les modèles empiriques ne rentrent pas toujours dans le moule de ces classifications. La réalité est donc plus complexe et chaque pays emprunte un peu à chaque cadre conceptuel. Ainsi, « un système de santé ne peut être correctement décrit qu'en sollicitant les concepts produits par de nombreuses disciplines : médecine, santé publique, économie, droit sociologie, etc. »³⁷ Sans prétendre à une étude aussi complète,

recommandations de ce rapport est : « Politiques emparez-vous franchement de la santé. ». Ce rapport dont le parti pris est original, plonge le lecteur dans l'organisation du système de santé en 2025 avec l'ARS.

³⁴ RONDINELLI (D.-A.), NELLIS (J.-R.), CHEEMA (S.), *Decentralization in developing countries : a review of recent experiences.*, World Bank Staff working paper, n° 581, World Bank.

Modèle ayant le mérite de la clarté. Il s'agit d'ailleurs de la classification utilisée par l'Organisation mondiale de la santé.

³⁵ DENIS (J.-L.), CONTANDRIOPOULOS (D.), LANGLEY (A.), VALETTE (A.), *Les modèles théoriques et empiriques de régionalisation du système socio-sanitaire*, Université de Montréal, Faculté de médecine, Groupe de recherche interdisciplinaire en santé (GRIS), Montréal, CAN (éd.), Montréal : GRIS, 135 p.

³⁶ VRANGBAECK (K.), *Decentralization and recentralization in Scandinavian health care*, 5th European conference of health economists, European health Policy Group session, London School of Economics, 8-11 septembre 2004.

³⁷ BERTHOD-WURMSER (M.), (sous la direction de), *la santé en Europe*, coll. vivre en Europe, IIAP-Doc. Fr. 1994, cité dans BERRANGER de (T.), « Les compétences des régions en matière de santé dans les quinze États membres de l'Union européenne », *RDSS* avril-juin 1996, p. 250.

Dominique Polton donne une typologie tout à fait satisfaisante car elle reprend les classifications décrites plus haut³⁸.

On peut distinguer trois formes de décentralisation : la dévolution politique ou décentralisation politique, la délégation à des acteurs collectifs, et la déconcentration ou décentralisation administrative.

Parmi les États qui ont adopté un modèle de décentralisation politique ou dévolution, on compte les pays scandinaves, ainsi que l'Espagne et l'Italie. Si l'on devait établir une classification en fonction du degré de décentralisation, on pourrait dire que se sont des systèmes largement décentralisés. Néanmoins, la dévolution n'est jamais totale et l'État tient à garder un droit de regard. Chaque expérience reste originale et il est donc assez difficile de tirer des conclusions sur l'efficacité de la décentralisation politique sachant qu'en Suède par exemple plusieurs tendances s'exercent simultanément. Un mouvement de déconcentration administrative s'opère en même tant que celui de dévolution politique et de décentralisation économique³⁹. De la même manière il est délicat comparer un pays comme le Danemark où l'autonomie locale est un principe constitutionnel depuis 150 ans avec la France qui a une expérience moins lointaine dans ce domaine.

D'autre part, la délégation qui peut se définir comme le transfert de compétences et de fonctions à des organisations agissant en marge de l'administration centrale⁴⁰, est un modèle qui prend de multiples formes. La privatisation est une forme de délégation à des acteurs collectifs privés⁴¹. Ces formes de décentralisation se retrouvent le plus souvent

³⁸ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *Revue française des affaires sociales*, 2004, n° 4, p. 267-299

³⁹ D. POLTON, Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international, *ibid.*, p. 277

⁴⁰ Définition de la délégation donnée par POLTON (D.) dans son article « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *ibid.*, p. 277.

⁴¹ On retrouve ce modèle essentiellement en Allemagne où les décisions concernant l'ambulatoire et la médecine de ville résultent d'une négociation entre assurances maladies et les associations de médecins alors que le secteur hospitalier est géré par les Länder. Aux États-Unis, l'assurance maladie est largement privatisée et donc l'affiliation repose sur le volontariat ou le salariat. En revanche le programme *Medicaid* destiné aux personnes défavorisées reste sous le contrôle de l'État.

dans les systèmes bismarckiens⁴² ou d'assurance privée.

Seul le Portugal s'engage dans une déconcentration assez pure et traditionnelle⁴³. Il est de ce point de vue assez proche de la France actuellement. Les ARH restent des structures déconcentrées. Bien qu'elles possèdent la personnalité morale, car organisées sous la forme de groupement d'intérêt public (GIP)⁴⁴, et disposent de l'autonomie administrative et financière, les ARH sont placées sous la tutelle du ministère de la Santé. La commission exécutive des ARH est composée de représentants de l'État désignés par le ministre de la Santé et de la sécurité sociale, et de représentants administratifs et médicaux des organismes d'assurance maladie. Le directeur de l'ARH est, lui, désigné en conseil des ministres par un décret.

La présence de deux élus régionaux au sein des ARS aurait tendance à rapprocher le système français d'un modèle de dévolution. Dans le même temps, la présence des Unions régionales d'assurance maladie évoquerait plutôt une délégation. La France va se situer au carrefour des trois modèles de décentralisation.

L'ARS représente une solution transitoire entre la décentralisation, entendue comme dévolution, la déconcentration et la délégation. On peut s'interroger d'ores et déjà sur la réalité de l'autonomie dont vont jouir les ARS. Le poids politique de ces conseillers régionaux dépendra des capacités d'investissement financier de la région. Ils devront composer de plus avec l'assurance maladie, et l'État (ARH).

L'ARS sera vraisemblablement soumise à des prescriptions étatiques contraignantes. Elle devra appliquer notamment les principaux outils de responsabilisation créés par la loi sur l'assurance maladie, portant sur le médecin référent, la promotion du médicament générique et la tarification à l'activité pour

⁴² On distingue traditionnellement le système Beveridgien où le régime unique de l'assurance maladie est financé par l'impôt et le système Bismarckien où les droits sociaux du citoyen découlent de son appartenance à une profession. La France actuellement présente un régime mixte.

⁴³ COHU (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Les systèmes de santé du sud de l'Europe des réformes centrées sur la décentralisation », *Revue Etudes et Résultats, éditions de la DREES*, n° 475, mars 2006, p. 5.

⁴⁴ Article L.6115-2 CSP

l'hôpital. Il semble déjà que la marge de manœuvre des ARS ne soit pas immense et on ne peut pas considérer que l'ARS introduise une véritable décentralisation même si dans les pays les plus décentralisés, l'État central impulse les grandes lignes du système de santé⁴⁵.

Il apparaît alors clairement qu'une véritable décentralisation ait été refusée par une partie des parlementaires. La volonté politique n'a alors pas, contrairement à ce qu'elle affirme, tenté de réformer le système de santé.

L'analyse des arguments en défaveur de la décentralisation permet de déterminer les véritables obstacles à la décentralisation de la santé.

II - LES OBSTACLES TECHNIQUES ET POLITIQUES À LA DÉCENTRALISATION DE LA SANTÉ

Si la décentralisation d'une manière générale, en France, est une question controversée quant à ses effets, la question de la décentralisation de la santé l'est encore plus. Confier la gestion tant de l'ambulatoire que de l'hospitalier aux régions, pourrait voir naître la crainte d'une politisation du débat sanitaire. Pourtant cette problématique n'a pas été soulevée et la rupture d'égalité dans l'accès aux soins a été mise en avant. D'autre part, l'existence d'entraves techniques à la décentralisation permet de s'interroger sur les conséquences du transfert de compétences aux régions.

A. La décentralisation de la santé et l'égalité dans l'accès aux soins

Les détracteurs de l'ARS et de la décentralisation d'une manière générale, créent la controverse sur une éventuelle rupture d'égalité. Aussi, les discussions actuelles sur la forme que va prendre l'expérimentation de l'ARS sont révélatrices de cette crainte. La question qui se pose au gouvernement est de savoir si les ARS peuvent être expérimentées

⁴⁵ Voir BERRANGER de (T.), « Les compétences des régions en matière de santé dans les quinze États membres de l'Union européenne », *RDSS* n° 2 avril-juin 1996, p. 271-272.

de manière libre⁴⁶ par les régions ou si un cadre doit être fixé. L'expérimentation n'a de sens que si les collectivités qui y participent, disposent d'une marge de manœuvre certaine.

La décentralisation de la santé aura pour conséquence la diversification des modèles sanitaires et des conditions de prise en charge et d'accès aux soins. Le besoin d'égalité étant plus prononcé en France que celui de la diversité, on peut penser que le projet de décentralisation dans un domaine comme la santé ne sera pas accepté.

La concurrence entre les régions est l'effet directement escompté par la décentralisation. L'objectif est de trouver le système le plus efficient. Il existe effectivement des inégalités dans les conditions d'accès aux soins dans les États décentralisés. La réalité de ces inégalités est alors contestable selon que l'on se place du point de vue de l'égalité ou de l'égalitarisme⁴⁷.

Des inégalités dans l'accès aux soins sont constatées dans des pays comme l'Espagne ou l'Italie mais aussi en Suède.

La dévolution en Suède a eu pour effet de mettre en concurrence les comtés. Les patients disposent de la liberté de choix de leur médecin, et de leur hôpital. Si le patient va chercher des soins à l'extérieur du comté où il est domicilié, le comté de résidence devra assurer les frais relatifs aux soins. L'inégalité de qualité des soins provoque des listes d'attente assez importantes⁴⁸.

Le fédéralisme fiscal, mis en place en Espagne, a accentué les écarts entre régions du point de vue de la couverture médicale⁴⁹. En 2004 les dépenses publiques de santé par habitant variaient de 1151,3 euros dans la communauté de Navarre à 786,6 euros dans les Baléares. L'Espagne est aussi confrontée au

problème de l'accroissement de l'attente dans l'accès aux soins. Un cinquième des patients sur liste d'attente pour une intervention chirurgicale à Madrid, viennent de communautés extérieures⁵⁰.

En Italie, les disparités Nord-Sud sont frappantes. S. Cohu et D. Lequet-Salma reprennent les travaux de Valeria Fargion qui considère que la différence Nord-Sud « demeure pratiquement intacte trente ans après l'instauration du service national de santé. »⁵¹ La prise en charge par le secteur public est réduite de moitié dans les régions du Sud. Valeria Fargion note aussi une différence comportementale face à la maladie accentuée par un « sous-développement des soins ambulatoires dans le Sud. » Chaque année, un million de patients habitants dans le Sud montent se faire soigner en Lombardie, Vénétie, et Émilie Romagne.

Une conclusion hâtive conduirait à dire que les pays décentralisés n'arrivent pas à maintenir une équité sur leur territoire. Pire, que la dévolution accentuerait les inégalités. Des contre-exemples permettent de relativiser ce raisonnement. La France, dont le système est plus déconcentré que décentralisé, n'a pas su réduire les inégalités spatiales et les inégalités de moyens. De même au Portugal, des disparités existent entre les régions même si leur modèle d'organisation est identique⁵².

D. Polton cite même des exemples comme le Chili ou la Colombie où la dévolution a amélioré la situation des régions les plus défavorisées⁵³. En réalité, la maîtrise spatiale de la santé dépend plus des outils mis en œuvre comme la péréquation financière, sur le court terme, et la régulation par la planification de l'offre, que du choix centralisation/

⁴⁶ L'expérimentation est un phénomène qui est toujours encadré par le gouvernement ou le législateur. Cependant, le décret en Conseil d'État ou la loi d'habilitation précise les conditions d'exercice de l'expérimentation. Ces conditions peuvent être plus ou moins restrictives.

⁴⁷ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 290.

⁴⁸ CHAMBARETAUD (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Le système de santé dans les pays nordiques de l'Union européenne : Suède, un système géré librement par les comtés », *ADSP*, n° 46, mars 2004, p. 9-12.

⁴⁹ COHU (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Les systèmes de santé du sud de l'Europe des réformes centrées sur la décentralisation », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁰ COHU (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Les systèmes de santé du sud de l'Europe des réformes centrées sur la décentralisation », *ibid.*, p. 7. En 2002, il existait 22580 lits d'hôpitaux dans la communauté de Madrid pour 924 dans la Rioja. Les écarts entre la densité de professions médicales sont elles aussi importantes.

⁵¹ COHU (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Les systèmes de santé du sud de l'Europe des réformes centrées sur la décentralisation », *ibid.*, p. 8.

⁵² COHU (S.), LEQUET-SALMA (D.), « Les systèmes de santé du sud de l'Europe des réformes centrées sur la décentralisation », *op. cit.*, p. 6. Alors que l'on compte 27 hôpitaux dans le Nord, seuls 3 hôpitaux existent dans la région de l'Algarve.

⁵³ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 291.

décentralisation. Ces conclusions sont assez pertinentes et permettent d'expliquer les variétés de situations. D. Polton soutient que : « La décentralisation n'est pas nécessairement synonyme d'accroissement des inégalités ; l'impact des caractéristiques organisationnelles des systèmes de santé, ainsi que les arbitrages sociaux entre les valeurs d'efficience, de liberté, d'équité, apparaissent à beaucoup d'égard plus importants que le degré de décentralisation. »⁵⁴ Ainsi, le maintien de l'égalité passe par la solidarité nationale. Elle est un choix politique qui appartient à l'État. La décentralisation ne rend pas impossible toute égalité.

Il apparaît donc que l'argument de la rupture d'égalité n'est pas fondé et ainsi il ne peut pas être considéré comme un obstacle à la décentralisation de la santé. Il existe en revanche dans l'organisation sanitaire actuelle des difficultés juridiques retardant une décentralisation.

B. Les difficultés techniques liées à la décentralisation de la santé

Le rapport Humbert du Commissariat Général du Plan, décrivait en 1986 les aménagements nécessaires à une décentralisation de la santé⁵⁵. Si certaines recommandations sont aujourd'hui périmées⁵⁶, le fond du rapport reste encore très pertinent. L'absence d'expérience sanitaire des collectivités territoriales avait été soulevée dans ce rapport. En 2006, cette affirmation est toujours vraie en ce qui concerne les régions puisque celles-ci n'ont reçu de compétences sanitaires qu'en 2004.

De plus, les principes régissant la décentralisation doivent être adaptés, en l'espèce, car le domaine sanitaire présente de

⁵⁴ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 293.

⁵⁵ Rapport présenté par M. Humbert, *Une décentralisation de la santé*, Commissariat général du Plan, 1986, Chapitre III

⁵⁶ Des recommandations du rapport ont été mises en pratique et donc ne représentent plus aujourd'hui un obstacle. Il s'agit en premier lieu de « la nécessité de gérer de façon coordonnée la médecine publique et privée. » (p. 90), d'« assurer la collaboration entre des organismes de sécurité sociale et des autorités publiques » (p. 95). L'ARH, les MRS et les futures ARS remplissent cette mission.

nombreuses particularités⁵⁷. Trois raisons majeures expliquent donc l'absence de décentralisation : la nécessité de transférer la santé à une seule catégorie de collectivité, la question de la place de l'assurance maladie et en troisième lieu, le poids économique de la santé.

1) Les compétences sanitaires du département, une entrave à la décentralisation

Certes l'existence de « blocs de compétences » est contestable d'une manière générale⁵⁸ mais elle l'est plus particulièrement dans le domaine sanitaire.

La répartition de compétences sanitaires entre régions, départements, communes, poserait très vite un problème de lisibilité. Alors qu'actuellement, l'ordre du jour est de joindre le sanitaire et le social, il serait complètement incohérent de confier la santé à plusieurs catégories de collectivités locales. Il apparaît alors inconcevable de scinder la santé entre la prévention, l'hôpital, la médecine générale et la médecine de spécialité. La conséquence serait un cloisonnement des actions ; ce serait aller à contre-courant des réformes entreprises récemment. Cette analyse incite à reconnaître des compétences à seulement une catégorie de collectivité locale⁵⁹. Le rapport du Commissariat général au Plan suggère même de donner à la collectivité locale, une compétence générale d'intervention dans le secteur sanitaire⁶⁰.

Actuellement, la région est pressentie pour ce rôle ce qui explique la recentralisation des compétences du département opérée par la loi du 9 août 2004. Or, cette même loi propose

⁵⁷ Rapport présenté par M. Humbert, *Une décentralisation de la santé*, Commissariat général du Plan, 1986, p. 70.

⁵⁸ PONTIER (J.-M.), « Semper manet sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1446-1447. « L'idée d'une répartition des compétences entre collectivités par « blocs » procède d'un double constat : les compétences de l'État et des collectivités locales sont trop souvent enchevêtrées inextricablement ; cette situation n'est pas saine et ne peut qu'être source de conflits sans fin. »

⁵⁹ Le rapport du Commissariat général du Plan suggère même p. 81 de reconnaître à la collectivité locale une compétence générale d'intervention dans le secteur sanitaire.

⁶⁰ Rapport présenté par M. Humbert, *Une décentralisation de la santé*, *op. cit.*, p. 81.

aux départements de continuer à mener des actions dans les domaines où ils étaient avant compétents, s'ils concluent un contrat avec l'État. Forts de leur expérience, il est probable que les départements aient tendance à exploiter cette possibilité. Dans l'hypothèse où la santé serait transférée aux régions, l'intervention parallèle des départements dans le domaine de la prévention et du médico-social pourrait être préjudiciable à la gestion de la santé.

2) La coordination entre la région et l'assurance maladie

L'assurance maladie a eu tendance à se désengager. Les missions régionales de santé ont été mises en place dans le but de renforcer les liens qu'entretiennent les ARH avec les URCAM. L'assurance maladie, qui a un rôle de financeur et de contrôle des activités médicales, ne peut être exclue du système décisionnel. Certains ont même envisagé de renforcer sa responsabilité en lui confiant les missions de l'ARH⁶¹. Cette option semble peu réaliste car elle impose une réorganisation des caisses d'assurance maladie avec la mise en place d'élections. Le rapport Humbert avait considéré ce scénario comme totalement exclu. « Ces organismes n'ont jamais eu à se préoccuper de choix techniques et politiques essentiels qui relèvent de l'administration de la santé (...) (Les caisses d'assurance maladie) restent sans doute mal fondées à effectuer des choix qui emportent des conséquences sur l'équilibre entre les formes de soins libérales et publiques, la part des cotisations... »⁶²

Il en résulte que dans le cas d'une dévolution aux régions, celles-ci devront composer avec l'assurance maladie qui se structure, elle aussi, à l'échelle régionale avec les URCAM. La forme de la collaboration entre région et assurance maladie reste problématique sachant que les régions n'ont jamais encore eu de contact avec celle-ci. L'ARS créera éventuellement des liens entre région et sécurité sociale.

⁶¹ PERICARD (B.), « Déconcentration, décentralisation, régionalisation du système de santé », in *Pour une approche territoriale de la santé*, Sous la direction d'E. Vigneron, *op. cit.*, p. 59.

⁶² Rapport présenté par M. Humbert, *Une décentralisation de la santé, op. cit.*, p. 96.

En l'espèce, la décentralisation complexifie plus qu'elle ne simplifie. Avec la formule de l'ARS, la question de la collaboration entre ces deux acteurs ne se pose pas puisque l'ARS les réunit en son sein. Faire le choix d'une décentralisation sanitaire aux régions, c'est faire le choix d'une solution fragile, reposant uniquement sur les relations qu'entretiendront l'assurance maladie et la région.

3) Le poids économique de la décentralisation

Le dernier principe devant être adapté à la décentralisation de la santé est celui de l'unité du décideur et du payeur⁶³. Subséquemment, les régions devront assumer le coût de leurs compétences sanitaires. Le rapport Humbert notait l'inadéquation entre les masses financières en jeu et les budgets locaux, l'hétérogénéité des ressources du système de santé, l'inégale répartition territoriale des ressources fiscales actuelles et potentielles⁶⁴. En 2003, les collectivités territoriales ne finançaient que 1 % des dépenses de santé alors 77 % des dépenses étaient couvertes par la sécurité sociale. Leur investissement étant limité, il semble que la période de transition risque d'être aléatoire. La région sera-t-elle capable de gérer à la fois la santé et les autres domaines qu'elle a traditionnellement investis ? Comparativement, dans les pays comme les Pays-Bas, les dépenses de santé représentent 40 % des budgets locaux. La région sera-t-elle capable d'assumer les éventuels déficits ?

Un obstacle majeur n'a cependant pas pu être pris en compte par le rapport Humbert. Il ne serait pas possible actuellement que les régions puissent gérer librement leur budget relatif à la santé. La réforme de 1996 sur la Sécurité sociale donne des pouvoirs au Parlement sur les finances sociales alors qu'avant, il n'en était qu'informé. Le Parlement vote chaque année une loi de financement de la Sécurité sociale qui contient un objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM). En effet, l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée

⁶³ La formulation « Qui décide paie » est plus couramment utilisée.

⁶⁴ Rapport présenté par M. Humbert, *Une décentralisation de la santé, op. cit.*, p. 75-76.

des dépenses de soins prévoit que le montant des dépenses remboursables est fixé par une convention entre l'État et les caisses nationales d'assurance maladie, en fonction de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM). Désormais, pour le secteur hospitalier, les ministres du Budget et des Affaires Sociales déterminent le montant total des dépenses hospitalières en fonction de l'ONDAM. La dotation globale est alors divisée en dotations régionales que les ARH répartissent sur leur secteur. La maîtrise du Parlement sur les dépenses de santé devrait alors être modifiée pour permettre une décentralisation du financement. La solution la plus vraisemblable serait d'allouer des enveloppes financières aux régions.

La situation française se rapproche du cas espagnol sur ce point où il existe un découplage entre la décentralisation de la gestion et la responsabilité du financement⁶⁵. Ce mélange de décentralisation et déconcentration a été appelé « fédéralisme asymétrique » et a été très préjudiciable à l'Espagne. Des tensions résultent de cette organisation⁶⁶. C'est pour remédier à ce problème que l'Italie, en 1999, a appliqué un fédéralisme fiscal dans le domaine sanitaire. Ainsi, la responsabilité de la gestion et du financement doit appartenir à la même personne sous peine de voir des blocages se créer. C'est une épreuve que la France devra surmonter absolument si elle souhaite mettre en place une décentralisation sanitaire au profit des régions.

Toutes ces difficultés ne sont pas définitives, elles pourraient être résolues sur le long terme. Les éventuels inconvénients de la décentralisation sanitaire tels que les inégalités, quand bien même ils ne sont pas fondés, pèsent plus de les obstacles juridiques.

D'autre part, décentraliser aurait l'effet néfaste d'enfermer la santé dans des contingences politiques. La santé est un domaine qui se gère et se planifie sur le long terme, alors que les élus régionaux raisonnent sur la durée d'un mandat, c'est à dire six ans. Décentraliser risquerait de bloquer les futures réformes du système. Par ailleurs, la corruption

⁶⁵ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 289.

⁶⁶ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 289.

est aussi une éventualité⁶⁷. Il semble que ce soit un inconvénient à la décentralisation sanitaire envisageable.

Décentraliser au sens classique du terme, c'est à dire transférer des compétences aux collectivités locales, ne va pas forcément dans l'intérêt des régions. C'est justement ce que G. de Pourville a désigné comme le paradoxe de la régionalisation de la santé⁶⁸. Dans la situation antérieure aux ARH, dit-il « chaque acteur local pouvait user de son pouvoir d'influence au niveau national justement pour faire pièce aux tentatives des DRASS d'ajuster l'offre de soins aux besoins, de réallouer les ressources en fonction de la performance des établissements : pouvoir des directeurs généraux de CHU, appuyés par les maires des grandes agglomérations, pouvoir de certains élus locaux au détriment d'élus moins influents, pouvoir d'influence de médecins réputés. » C'est pour limiter les sphères d'influence des élus locaux que l'ARH a été mise en place. Confier la santé à une agence et non pas à une collectivité territoriale est un gage d'égalité dans l'allocation des ressources

Les ARS qui succéderont aux ARH devront, elles aussi, exploiter cette indépendance vis à vis du pouvoir local bien que la présence des deux conseillers régionaux n'aille pas dans ce sens.

III - LE DÉCRYPTAGE DE L'ABSENCE DE MISE EN PLACE DE L'ARS

On ne parle des ARS encore qu'au futur. Ceci reflète bien le fait que le consensus relatif à cette nouvelle institution n'est qu'apparent. Au delà du débat qui concerne le degré de décentralisation, il en existe un autre qui s'attache à la forme que prendra l'ARS. De plus des questions techniques sont en suspens. Les débats parlementaires n'ont abordé l'ARS que d'un point de vue théorique.

⁶⁷ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 285.

⁶⁸ POUVOURVILLE de. (G.), « Les agences régionales de l'hospitalisation : du modèle à la réalité », *ADSP*, n° 37, décembre 2001, dossier spécial « Les agences dans le système de santé », p. 19-21.

A. L'incohérence des avatars de l'agence régionale de santé

La réforme de 2004 demeure timide. Non seulement une simple expérimentation est prévue pour l'ARS, mais la loi du 13 août 2004 crée une nouvelle structure très proche de l'ARS : la mission régionale de santé. Les futures ARS passent inaperçues entre les missions régionales de santé (MRS) et les groupements régionaux de santé publique (GRSP) créés quatre jours plus tôt.

Le choix de recourir à l'expérimentation est compréhensif, l'ARS étant une structure qui, a priori, devrait absorber l'URCAM et l'ARH. L'expérimentation, instaurée par l'article 72-4 de la Constitution, autorise sous certaines conditions, les collectivités territoriales à déroger aux lois et règlements qui régissent l'exercice de leurs compétences, pour une durée déterminée. L'article 68 alinéa 1 dispose que « au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la présente loi, les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale désignent les régions qui, sur la base du volontariat, sont autorisées à mener pendant une durée de quatre ans une expérimentation créant une agence régionale de santé [...] » Le but de cette expérimentation est de proposer différentes solutions afin de pouvoir en généraliser une qui soit performante par la suite. Le rapport sur la mise en application de la loi du 13 août 2004 révèle que le gouvernement souhaite attendre l'avis du conseil de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés avant d'élaborer un décret d'application. Le décret d'application selon le rapport aurait dû être pris au cours de l'été 2006. Aucun décret d'application de l'article 68 n'a été pris pour l'instant⁶⁹. Il sera difficile de ne pas passer par l'expérimentation pour mettre en place ces ARS.

En revanche, ce qui est plus frappant, c'est la création consécutive de deux institutions dont le rôle est très proche des ARS. C'est d'ailleurs sur ce point que de nombreuses critiques se sont élevées. La MRS

⁶⁹ Voir l'état d'application de la loi du 13 août 2004. Au 17 février 2006 le décret d'application prévoyant les modalités de constitution sous la forme d'un groupement d'intérêt public des agences régionales de santé était en attente de publication.

prévue à l'article L. 162-47 CSS, est constituée entre l'ARH et l'URCAM et est chargée d'exercer et de préparer les compétences conjointes de ces deux institutions. Elle détermine notamment : « les orientations relatives à la répartition territoriale des professionnels de santé libéraux (...) des propositions d'organisation du dispositif de permanence des soins (...), au programme annuel de gestion du risque (...) » La MRS et l'ARS ont des compétences identiques puisque l'article 68 de la loi du 13 août 2004 renvoie expressément à l'article L.162-47 CSS.

Le consensus décrit plus haut n'est qu'apparent. Beaucoup plus discutée que l'ARS, la MRS a fait l'objet de revendications multiples. L'ARS est une fusion de l'ARH et de l'URCAM alors que la MRS tente de rapprocher ces deux institutions en instaurant une coopération approfondie. C'est justement l'articulation entre les MRS les GRSP et les ARS qui a été contestée. Yves Bur s'inquiète très tôt de l'absence de véritable ARS, et Claude Évin dénonce « un patchwork de réformes »⁷⁰. La question au cœur des débats était de savoir pourquoi l'ARH n'était pas transformée directement en ARS⁷¹. J-L Prél considérera à juste titre la solution alternative des MRS comme « peu fonctionnelle »⁷². Le pragmatisme invoqué par le gouvernement⁷³, ici, peut être considéré comme de l'incertitude. L'ARS est appréhendée comme un dossier complexe dont l'entrée en vigueur doit être différée⁷⁴.

La réforme a créé une ARS qui n'est qu'une coquille vide. De véritables ARS seront

⁷⁰ Rapport de l'assemblée nationale sur le projet de loi relatif à l'assurance maladie du 24 juin 2004, doc. AN, n° 1703.

⁷¹ C. Évin, *JOAN* déb. Parl. 8 octobre. 2003, p. 8199.

⁷² DUBERNARD (J.-M.), VASSELLE (A.), Rapport de la commission mixte parlementaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à l'assurance maladie du 29 juillet 2004, doc. AN n° 1778.

⁷³ DUBERNARD (J.-M.), Rapport sur la mise en application de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie du 23 mars 2005, doc. AN. n° 2208.

⁷⁴ DUBERNARD (J.-M.), Rapport sur la mise en application de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie du 23 mars 2005, *ibid.*, p. 11.

probablement créées lors d'une étape ultérieure⁷⁵.

B. Les incertitudes et problématiques relatives à l'ARS

L'ARS n'est encore qu'une « coquille vide ». Un certain nombre d'incertitudes persistent quant à sa forme, et aux modalités de participation des régions.

1) La participation financière de la région en suspens

L'article 68 de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie dispose que les ARS « sont constituées, selon des modalités définies par décret en Conseil d'État, sous la forme d'un groupement d'intérêt public entre les organismes d'assurance maladie, la région si elle est déjà membre de l'agence régionale de l'hospitalisation, l'État. » Les ARS reprennent la forme juridique des ARH, c'est-à-dire un groupement d'intérêt public (GIP). Les groupements d'intérêt public sont créés par la loi d'orientation et de programmation pour la recherche du 15 juillet 1982. Les groupements d'intérêt public sont des structures souples de coopération. Leur but est d'associer plusieurs partenaires privés et publics. Leur volonté de s'associer se manifeste dans la convention constitutive du GIP. Celle-ci contient la dénomination et l'objet du GIP, l'identité des membres, le siège social, la durée du GIP. Les conventions constitutives fixent aussi le montant de la contribution annuelle de chacun des membres.

C'est justement cette disposition qui semble poser un problème. Dans le cadre de l'ARS, la convention constitutive sera signée entre l'État, l'assurance maladie et la région. La convention constitutive d'une ARS peut-elle déterminer le montant d'investissement des régions ? L'entrée des régions dans l'ARS est conditionnée par le paiement par les régions d'un « ticket d'entrée » conformément au principe « qui décide paie ». Les régions devront *a priori*, investir dans du matériel sanitaire. Est-ce que la région a la possibilité de négocier le montant de son engagement ?

⁷⁵ MARTIN-PAPINEAU (N.), « Entre confirmation et réorientation : la régionalisation de la santé en France », *RDSS*, n° 2, Mars-avril 2005, p. 263.

Peut-être cela va-t-il à l'encontre du principe libre administration des collectivités territoriales. A travers la participation de la région, c'est son champ d'intervention, ses compétences qui sont négociées. Des situations très diversifiées vont apparaître : des régions s'investiront plus que d'autres. Or, en vertu du principe de compensation de l'article 72-2, al. 4, « toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée des ressources déterminées par la loi. » La compensation s'effectuera en fonction de la négociation entre la région et les autres membres de l'ARS. Une collectivité peut-elle d'elle-même déterminer l'étendue de ses compétences ? Il faut aussi se demander si le paiement sera négocié chaque année.

Des demandes la résiliation de la convention constitutive sur ce motif semblent alors envisageables. Il n'ira pas forcément dans l'intérêt des régions de faire cette requête.

D'ores et déjà, on peut noter qu'aucune région ne participe à l'ARH, alors que cela est rendu possible par la loi du 13 août 2004. Peut-on l'interpréter comme un manque de volonté politique des régions ou comme une impossibilité technique liée à cette problématique ?

Derrière tout cela, se cache une certaine hypocrisie de l'État qui tente de faire supporter un coût aux régions sans leur accorder un pouvoir de décision. Selon les cas, il se peut que l'influence des deux élus régionaux ne soit pas suffisamment forte pour s'imposer.

2) L'agence régionale de santé une institution démocratique ou technocratique ?

Actuellement, les débats se rapportent à la forme que va prendre l'ARS. L'article 68 de la loi du 13 août 2004 est muet sur ce point. Deux possibilités sont envisageables. Le premier où l'ARS est composée de deux instances, « le conseil de surveillance » et le « directoire ». Le conseil de surveillance serait un lieu d'échange entre usagers, organisations représentatives et experts⁷⁶. Le « directoire » serait la « tête » de l'agence, composé de l'assurance maladie,

⁷⁶ GARCIA (A.), « Évolution des politiques régionales : l'agence régionale de santé en perspective », *ADSP* n° 46 mars 2004, p. 69.

l'État et la région. Le second scénario fait abstraction du conseil de surveillance et est plus technocratique.

a) *Le risque technocratique*

Le système québécois a cherché à promouvoir une démocratie sanitaire à travers des systèmes d'auditions et de consultations publiques. Les usagers du système de santé ont été régulièrement consultés et fortement associés à la décision. Ce modèle s'est soldé par un échec en 2001 avec le passage de l'élection à la désignation⁷⁷. Cet abandon de la démocratie sanitaire au Québec, inciterait plutôt la France à faire de même, en évinçant ce « conseil de surveillance ». Le risque de technocratie est-il alors avéré ?

Il faut d'abord définir ce que l'on entend par technocratie. La technocratie est un régime politique où les techniciens ont une grande influence. La technocratie se distingue du technicisme qui consiste à « prôner en toutes circonstances, des solutions purement techniques pour résoudre des problèmes qui en débordent le cadre »⁷⁸. La technocratie est un régime où l'on observe un déséquilibre dans les rapports entre le décideur politique et l'expert. Le technocrate ou l'expert emporte une appréciation péjorative. La technocratie sous-entend la négation de l'humain et de l'individu. Dans le domaine de la santé, la critique de la technocratie est assez récente. Elle est un point de heurt entre les partisans de l'ARS et ceux qui défendent une décentralisation. D'autre part, l'emprise de la santé par la région peut s'accompagner d'un risque d'arbitraire politique et de développement de la bureaucratie. Celle-ci aussi, peut faire preuve d'inhumanité, comme la technocratie⁷⁹.

En l'espèce, l'appellation « technocratique » de l'ARS est-elle appropriée ? L'intérêt même de cette ARS est

d'être composée d'experts. Experts, s'entend ici, comme des techniciens qualifiés dans la gestion de la politique de soins. Ainsi, il est probable que, à l'instar des ARH, les ARS soient dirigées par des hauts fonctionnaires. Dans le cas où il n'y aurait pas de conseil de surveillance, seuls les représentants de l'URCAM, de l'État, et les élus régionaux seraient présents. Par conséquent, l'ARS sera moins technocratique que l'ARH⁸⁰. Avec la création de l'ARS il n'y a pas d'aggravation du risque de technocratie.

b) *Agence régionale de santé et démocratie sanitaire*

L'agence régionale de santé n'est pas en soi, étrangère à la démocratie sanitaire. Il est évident que la simple délégation de compétences par une institution ayant été élue démocratiquement, ne suffit pas à conférer à l'ARS un caractère démocratique. La mise en place d'un conseil de surveillance répond au besoin de démocratie sanitaire. Ce conseil de surveillance, comme son nom l'indique, a pour rôle de contrôler les activités de l'agence. Peut-on alors parler de contrôle démocratique ? Deux problèmes peuvent alors se poser. Le premier se rapporte aux critères de sélection des représentants des usagers du système de santé. Le second problème est lié en quelque sorte au premier. Il se peut que l'ARS devienne alors un lieu privilégié d'exercice de pressions et lobbying. Les usagers du système seront censés représenter l'intérêt général mais que se passera-t-il s'ils s'en détournent ? Il s'agit de ce que Gary Becker⁸¹ a qualifié de « capture de la rente »⁸². Il démontre que, paradoxalement, les groupes de pression les plus influents sont souvent ceux qui concernent un petit nombre de personnes. Donc, ce seront les intérêts d'une minorité de personnes qui seront défendus. De plus, les conférences régionales de santé et les conseils régionaux de santé mettent déjà en place une démocratie sanitaire. Comme a priori, ils ne seront pas supprimés après la mise en place des ARS,

⁷⁷ D. POLTON, « Décentralisation des systèmes de santé : un éclairage international », *op. cit.*, p. 280.

⁷⁸ FRIEDMANN (G.), « Les conséquences sociales du progrès technique », *Bulletin international des sciences sociales*, vol. IV, n° 2, 1952, cité dans TAGUIEFF (P-A), *L'effacement de l'avenir*, éd. Galilée, 2000, p. 82.

⁷⁹ DRAÏ (R.), *Science administrative, éthique, et gouvernance*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002. C'est le phénomène que R. Draï décrit comme le passage de la bureaucratie à la « bourreaucratie ».

⁸⁰ En effet, rappelons que pour le moment, bien qu'elles en aient la possibilité, les régions n'ont pas demandé à disposer de deux voix délibératives au sein de la Comex. (Voir article 70 de la loi du 13 août 2004.)

⁸¹ Prix Nobel d'économie en 1992.

⁸² Traduction française du « rent seeking ».

celles-ci pourront s'appuyer sur leurs travaux comme le font actuellement les ARH.

La mise en place d'une plus grande lisibilité de l'action des ARS peut aussi servir la démocratie. Le développement de l'évaluation pourrait pallier l'absence de participation des usagers et citoyens. L'évaluation s'inscrit dans le cadre de l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. ». L'évaluation aurait pour but de faire un bilan de l'action menée par l'agence. Le rapport d'évaluation pourrait être rendu public et ainsi les usagers du système de santé seraient à même de juger les performances de l'agence.

CONCLUSION

Portalis lors de son discours préliminaire du projet du code civil explique « Qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir, qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux. » Ce conseil ne trouve-t-il pas à s'appliquer en l'espèce ? Compte tenu de la méfiance qui entoure les futures ARS, maintenir les ARH peut paraître plus prudent.

Derrière des raisonnements complexes sur l'évolution du système sanitaire se cache simplement la volonté de réduire les dépenses de santé. Depuis quelques années maintenant, l'augmentation de dépenses de santé est attribuée à la fois au fait que les différents acteurs institutionnels ne communiquent pas entre eux et à la centralisation de la santé. Si L'ARS représente un progrès certain du point de vue du décloisonnement de la gestion de la santé⁸³, il a été démontré en revanche que la décentralisation n'était pas une solution pertinente dans ce domaine. Est-il nécessaire de créer une nouvelle institution pour plus impliquer l'assurance maladie ?

⁸³ L'ARS réunit le payeur (URCAM) et le décideur (ARH) en son sein.

L'INTERVENTION DE LA COMMUNE EN CONCURRENCE : LA GESTION DIRECTE DU SERVICE EXTÉRIEUR DES POMPES FUNÈBRES

par Ted GINSBURGER

Assistant de justice à la Cour administrative d'appel de Marseille

Doctorant au C.R.A.

Le déni de la mort est aujourd'hui une caractéristique des sociétés occidentales. Il est notamment lié à la mise en avant de valeurs telles que le bien-être individuel et à l'espoir en une durée de vie toujours plus longue. Les comportements face au décès ont ainsi beaucoup évolué depuis un demi-siècle¹. La mort ne se passe plus dans les mêmes lieux et est souvent rejetée par les vivants, qui désirent que celle-ci soit entièrement prise en charge par un organisme spécialisé.

La loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 portant l'abandon du monopole communal du service extérieur des pompes funèbres, dite loi Sueur, a ouvert l'exercice du service extérieur des pompes funèbres, qui était alors un monopole communal, à la concurrence des opérateurs privés. Le service extérieur des pompes funèbres, selon l'article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), est une mission de service public qui recouvre l'ensemble des opérations liées aux obsèques, de la prise en charge du corps, jusqu'à l'inhumation, à l'exception des plaques funéraires, emblèmes religieux, fleurs, travaux divers d'imprimerie et de la marbrerie funéraire. Ce n'est donc pas l'ensemble des opérations funéraires qui a été ouvert à la concurrence. Relèvent toujours du monopole communal l'ensemble des opérations de gestion et d'entretien des cimetières, la création et la gestion des crématoriums. De plus, certaines compétences relèvent de la mission de police administrative du maire. Enfin le service extérieur se distingue du service intérieur des pompes funèbres, c'est-à-

dire la fourniture des « objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et les décorations intérieure et extérieure de ces édifices », pour lequel les fabriques et consistoires jouissent toujours d'un monopole.

L'idée que ce service soit une activité commerciale exercée par divers opérateurs en concurrence est aujourd'hui intégrée aux comportements des familles des défunts. Elles n'hésitent plus, au moment de l'organisation des obsèques, à demander plusieurs devis à différents opérateurs funéraires. Le marché lui-même a par ailleurs beaucoup évolué depuis l'ouverture à la concurrence. Sous le monopole communal, une entreprise, les Pompes Funèbres Générales (PFG), détenait un quasi monopole des concessions du service sur l'ensemble du territoire. En 2002, le groupe OGF-PFG ne réalise plus que 25 % des convois, le réseau des agréés du Vœu funéraire en réalise 33 % et le réseau des franchisés Leclerc 14 %. Le secteur public quant à lui réalise 17 % des convois.

Alors que les opérateurs funéraires privés occupent de manière très active le marché du service extérieur des pompes funèbres, l'exercice par la commune de ce service ne semble pas aller de soi. En effet le principe énoncé par la jurisprudence reste que les collectivités locales, pour l'exercice d'activités industrielles et commerciales sont liées par un principe de non-intervention. En application de ce dernier, la commune ne peut, hors les cas prévus par la loi, exercer de telles activités qu'à la condition de carence de l'initiative privée à satisfaire les besoins essentiels de la population². Hors dans l'exemple ici traité, c'est précisément la loi qui autorise les collectivités à assurer le service extérieur des pompes funèbres en concurrence avec des

¹ Plus de 70 % des décès ont lieu aujourd'hui en milieu médical. Le corps ne retourne plus au domicile et depuis les années cinquante, plus de 1650 chambres funéraires ont été créées sur le territoire pour accueillir le corps du défunt jusqu'à l'inhumation ou la crémation : Rapport du Conseil national des opérations funéraires (CNOF) 2003/2004, février 2005, site Internet de la Direction générale des collectivités locales : (www.dgcl.interieur.gouv.fr).

² CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec.*, p. 583, *GAJA*, 15e édition, 2005, n° 44, p. 272.

opérateurs privés³. Les communes peuvent soit exercer le service en concurrence avec des opérateurs privés, soit laisser se développer librement la concurrence sur leur territoire.

Au travers de cet article, nous essaierons d'apporter des éléments de réponse à la question que pose Didier Truchet : « Doit-on encore protéger les personnes privées contre la concurrence des personnes publiques ? »⁴. En effet, pour justifier le principe de non-concurrence, est le plus souvent mis en avant que les personnes publiques disposent de prérogatives de puissances publiques qui seraient de nature à instaurer une inégalité à leur profit au sein du marché. Pourtant le principe d'égle concurrence implique que l'opérateur public intervenant sur le marché, le fasse dans les mêmes conditions que les opérateurs privés. Il semble en cela constituer une garantie que l'intervention des collectivités locales se fera sans que celle-ci puisse être avantagée. De plus, la réalité du marché des pompes funèbres pousse à se poser la question de savoir si le régime de droit public n'est pas un handicap pour les opérateurs funéraires communaux et intercommunaux, qui exercent directement ou par la voie de la gestion déléguée, le service extérieur. On s'intéressera plus précisément à la gestion directe par les communes du service. Il s'agit donc du cas où une entité disposant de la personnalité publique, et soumise pour partie à un régime de droit public, intervient sur le marché et pour les mêmes activités, en concurrence avec les opérateurs privés.

Ainsi, alors que l'ouverture du service extérieur des pompes funèbres à la concurrence fut l'occasion d'une nouvelle réglementation de la profession et d'une clarification de la nature du service (I), les communes désirant l'assurer par la voie de la gestion directe, ont du adapter leur gestion aux nouvelles conditions d'exercice (II) et ceci dans le respect du droit de la concurrence (III)

³ En effet, selon l'article L. 2223-19 du CGCT issu de l'article 1^{er} de la loi du 8 janvier 1993, le service extérieur des pompes funèbres « peut être assuré par les communes, directement ou par la voie de la gestion déléguée ».

⁴ Truchet (D.), « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français de la liberté d'entreprendre ? », *D. Affaires* 1996, p. 732.

I – OUVERTURE À LA CONCURRENCE D'UN SERVICE PUBLIC LOCAL

La loi du 8 janvier 1993, entérine l'évolution d'une situation dans laquelle un opérateur privé, les PFG, détenait une situation de quasi-monopole, et où se développait une concurrence sauvage. L'instauration de la concurrence, accompagnée d'une réforme de la réglementation était censée répondre aux objectifs de moralisation et de transparence des prestations des opérateurs funéraires. La loi du 8 janvier 1993 a aussi marqué la confirmation de la nature de service public du service extérieur des pompes funèbres et la consécration de son caractère industriel et commercial.

A. Du monopole mal contrôlé à une concurrence réglementée

Alors même qu'à chaque fois que la commune a exercé le monopole du service extérieur des pompes funèbres, elle n'a jamais été en mesure d'en contrôler correctement l'exécution, c'est bien avec l'ouverture à la concurrence de l'activité que va s'imposer un contrôle de la profession.

Du monopole à la concurrence

L'organisation du service des pompes funèbres fut traditionnellement confiée à l'Église en France. Les racines de ce monopole semblent se trouver au début même de l'ère chrétienne⁵. Pendant une courte période, la Révolution, mit fin à ce dernier. Si dans un premier temps, il revint aux familles de se charger des funérailles, assez rapidement, pour des raisons de salubrité et de décence, la commune dut organiser le service funéraire de la manière la plus dépouillée, suivant les principes d'égalité et de gratuité. Mais la commune était alors incapable financièrement

⁵ « Au début de l'ère chrétienne, on raconte que ce sont les « fossors », membres du clergé, à qui revenait le soin d'inhumier les fidèles ». « Dès 422, saint Augustin énonce dans son *De pura pro mortuis gerenda* (Paris, Bibliothèque augustinienne, II) les soins qu'il faut apporter aux morts. », Touzeil-Divina (M.), « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802) – 2002) », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, 2004, p. 400.

et techniquement d'organiser le service. « On ne comptait plus les vols et les pillages de tombes : il n'était pas rare de voir les fossoyeurs utiliser le même cercueil plusieurs fois de suite et jeter ensuite les cadavres nus dans un charnier »⁶.

C'est pour mettre fin à ces abus, mais aussi pour dédommager les églises de la nationalisation des biens du clergé, que Napoléon remit aux autorités ecclésiastiques le monopole des funérailles. Le décret du 23 prairial an XII confère, ainsi que l'énonce son article 22, aux fabriques des églises et aux consistoires le droit exclusif de « fournir les voitures, tentures, ornements, et plus généralement, toutes les fournitures nécessaires pour les enterrements pour la décence ou la pompe des funérailles ». A l'époque des possibilités de délégations étaient déjà prévues, puisque le même article prévoyait que « les fabriques et consistoires pourront faire exercer ou affermer ce droit avec l'approbation des autorités civiles sous la surveillance desquelles ils sont placés ». La contrepartie d'un tel monopole était la prise en charge par les fabriques et consistoires des obsèques des indigents.

Le décret du 18 mai 1806 opéra une distinction quant à certains objets du monopole, distinguant ainsi le service extérieur et intérieur, auxquels était appliqué un régime différent au point de vue du vote et de l'approbation des tarifs. Le service intérieur comprenait la décoration de l'église ou du temple et les fournitures faites dans ces édifices. Le service extérieur comprenait la décoration de la maison mortuaire, le transport du corps et l'inhumation. Ce monopole sur les deux services dure jusqu'au début du XIX^e siècle.

Pour comprendre les raisons qui ont amené à la fin du monopole des autorités ecclésiastiques sur les funérailles, il faut se situer dans l'anticléricalisme de la Troisième République. En effet, la loi du 28 décembre 1904 portant abrogation des lois conférant aux fabriques des églises et aux consistoires le

⁶ Touzeil-Divina (M.), « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802) – 2002) », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, 2004, p. 400.

monopole des inhumations⁷, qui précède de peu la loi de séparation de l'Église et de l'État du 9 décembre 1905, procède principalement d'une volonté de dessaisissement des Églises, ce que le ministre de l'intérieur ne dissimulait d'ailleurs aucunement dans une circulaire de 1905.

La loi du 28 décembre 1904 codifiée aux articles L. 362-1 et suivants du Code des communes confie exclusivement le service extérieur aux communes. Ce dernier comprend alors, selon l'article L.362-1, « le transport des corps, la fourniture des corbillards, cercueil, tentures extérieurs des maisons mortuaires, les voitures de deuil ainsi que les fournitures et le personnel nécessaire aux inhumations, exhumations, et crémation ». Ce service, selon le même article « appartient aux communes à titre de service public ». Est ainsi créé un véritable service public des pompes funèbres.

Néanmoins, au delà de l'anticléricalisme, il s'agissait aussi d'assurer la liberté de funérailles consacrée par la loi du 15 novembre 1887 relative à la liberté des funérailles, qui dispose dans son article 3, 1^{er} alinéa : « Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture ». Le sénateur Labiche, rapporteur de cette loi, avait déclaré en 1880 : « ce que nous voulons édicter, c'est une loi de liberté, une loi de tolérance, conforme aux grands principes sur lesquels est fondée la société moderne, l'égalité devant la loi, la liberté de conscience ». L'article 2 de la loi de 1904 précise donc bien que « le matériel fourni par les communes devra être constitué en vue aussi bien d'obsèques religieuses que de tout caractère confessionnel. »

De plus, ainsi que le remarque Monsieur le ministre de l'intérieur Eugène Etienne dans une note adressée au Préfet de Meurthe-et-Moselle, la loi de 1904 ne retire pas aux établissements ecclésiastiques le monopole des pompes funèbres, « mais seulement la partie du monopole qui correspond au service extérieur ». « Ces établissements conservent au

⁷ Loi du 28 décembre 1904 portant abrogation des lois conférant aux fabriques des églises et aux consistoires le monopole des inhumations, *Bulletin des lois de la République*, n° 2610, p. 1073.

contraire le service intérieur qui leur est expressément réservé » par l'article 3 de la loi⁸. Une autre raison avancée de cette réforme a été la prise en charge par la commune des obsèques des indigents. Une telle justification doit, semble-t-il être relativisée, dans la mesure où les fabriques et consistoires avaient eux-mêmes obligation d'assurer ce service.

Outre les problèmes que cette loi a posés quant à la définition du service extérieur lui-même, celle-ci connut de grandes difficultés d'application, qui furent synthétisées dans un rapport des inspections générales des finances, de l'administration et des affaires sociales du 12 juillet 1989. Il s'agissait notamment de « la grande dispersion et de l'opacité quasi-totale des prix », de l'« ignorance des consommateurs » et du « rôle mal tenu des pouvoirs publics ». Le premier point pourrait sembler paradoxal. En effet, on pourrait attendre d'une situation monopolistique une uniformité au niveau des tarifs, et une grande transparence de ceux-ci. De plus, même en l'absence d'une réglementation nationale des prix, une régulation de ceux-ci pourrait être envisagée au travers des cahiers des charges des concessions. Néanmoins, le respect de ces derniers n'était que peu contrôlé par les communes, qui ne pratiquaient d'ailleurs pas de réelle mise en concurrence pour l'octroi des concessions.

Les tarifs de la société Pompes Funèbres Générales, qui disposait d'un quasi-monopole de fait des concessions, n'étaient en aucune manière uniforme sur l'ensemble du territoire national. Cette position dominante a d'ailleurs été dénoncée par le Conseil de la concurrence dans son avis n°88-A-01⁹, et par la Cour de Justice des communautés européennes, dans un arrêt du 4 mai 1988¹⁰. Selon le rapport du 12 juillet 1989, « l'implantation des Pompes

Funèbres Générales couvre la majeure partie du territoire. ».

De plus l'hétérogénéité, quant à leur contenu et leur prix, des forfaits proposés par les différents opérateurs publics ou privés rendait extrêmement difficile la comparaison des prestations. Le rapport du 12 juillet 1989 a aussi mis en avant des différences de prix pouvant aller du simple au double, pour des prestations identiques, selon les communes et les entreprises. Les prix les plus élevés étant pratiqués par le réseau Leclerc, celui des Pompes Funèbres Générales et des régies publiques¹¹. A cela se surajoutait l'absence d'information des familles à un moment d'extrême vulnérabilité, tant sur le système de tarifs, que sur les entreprises habilitées.

Par ailleurs, ainsi que cela est noté dans le rapport de la mission interministérielle, le contrôle des pouvoirs publics sur les concessionnaires apparaissait aussi très insuffisant et les mécanismes de contrôle exercés par l'État défailants. La procédure d'agrément des opérateurs funéraires, instituée par la loi du 9 janvier 1986¹², y est décrite comme inopérante. Celui-ci étant attribué sur de simples critères fiscaux et sociaux, il revêtit rapidement un caractère systématique, n'apportant aucune garantie quant à la qualité des prestations et la moralité de l'opérateur funéraire.

Certains conseils municipaux avaient, de plus, mis en place un système de « multiconcessions », confiant à plusieurs concessionnaires l'exercice du service extérieur, par des contrats identiques. Le tribunal administratif admettait la légalité de ces concessions, « dès lors que les conditions du contrat sont rigoureusement identiques pour toute les entreprises concernées »¹³. Ainsi la loi n'assurait donc le monopole qu'au profit de la commune, et non à celui du concessionnaire. Le Conseil d'État ne semblait admettre la solution qu'implicitement à l'occasion de recours portant sur d'autres points¹⁴.

⁸ Notes de M. le ministre de l'Intérieur Eugène Etienne à M. le préfet de Meurthe-et-Moselle du 25 février 1906 sur la loi du 28 décembre 1904.

⁹ Avis n° 88-A-01 des 12 et 21 janvier 1988, relatif à des questions posées par la cour d'appel de Paris : dans cet avis, le Conseil de la concurrence assimile les concessions accordées aux PFG à un monopole de fait contraire aux règles de la concurrence.

¹⁰ CJCE, 6^e chambre, 4 mai 1988, *Bodson contre Société des pompes funèbres des régions libérées* (aff. 30/87) : JCP, 1988, II, n° 21145 avec une note Boutard-Labarde.

¹¹ « Vers la fin du monopole communal ? », *La Gazette des communes*, 19 janvier au 1^{er} février 1990, p. 30.

¹² Loi n° 86-29 du 9 janvier 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

¹³ TA 28 décembre 1989, *Préfet du Nord c/ Ville de Roubaix*, non publié et non frappé d'appel.

¹⁴ CE 9 octobre 1985, *S.A. des Pompes funèbres réunies*, req. n° 49721 et 49814, *Rec.*, p. 275.

A cela il fallait encore ajouter l'existence d'une concurrence sauvage, dont les sanctions pénales étaient inapplicables, dans la mesure où l'article R. 362-4 du Code des communes, qui punissait de peines d'amende de tels comportements ne définissait « aucune incrimination en termes clairs et précis » et ne mettait donc pas « le juge pénal en mesure de s'assurer que les faits poursuivis sont ceux que l'autorité réglementaire a entendu réprimer »¹⁵.

Cet exercice illégal du service extérieur était d'autant plus encouragé que dans les dernières années du monopole, nombre de communes avaient totalement abandonné l'exercice de celui-ci, que cela soit « directement » ou « par entreprise ». La fin du monopole du service extérieur des pompes funèbres ne fit en définitive qu'entériner une situation de fait dans laquelle plus de la moitié des communes avait déjà abandonné le monopole pour laisser se développer, dans la plus totale anarchie, la concurrence.

La loi du 9 janvier 1986 consacra les premières atteintes au monopole. Selon celle-ci, quand la commune de mise en bière est différente de la commune d'inhumation ou de crémation ou de celle du domicile du défunt, les familles peuvent s'adresser au service organisé, la régie ou l'entreprise concessionnaire ou, en l'absence d'organisation du service extérieur des pompes funèbres, à toute entreprise privée de l'une de ces trois communes.

Il faut néanmoins attendre la loi du 8 janvier 1993 pour que le monopole communal de l'exercice du service extérieur soit abandonné. La nouvelle loi, modifiant l'article L. 362-1 du Code des communes, élargit la définition du service extérieur, et maintient le principe selon lequel celui-ci est un service public. Il comporte toujours le transport de corps, mais il est précisé « avant et après la mise en bière », la fourniture des corbillards et des voitures de deuil et cercueil auxquels sont ajoutées les urnes et les tentures extérieures des maisons mortuaires. Consacrant les évolutions des pratiques funéraires, la loi énonce que le service extérieur comprend les soins de conservation, la fourniture des housses et accessoires des

cercueils, la gestion et l'utilisation des chambres funéraires. Enfin, est inclus « la fourniture du personnel et des objets de prestation nécessaires aux obsèques, inhumation, exhumation, et crémation, à l'exception des plaques funéraires, emblèmes religieux, fleurs travaux divers d'imprimerie et enfin la marbrerie funéraire ».

La principale innovation de cette loi est donc l'abandon du monopole communal. Ainsi le nouvel article L. 362-1 du Code des communes, précise que le service extérieur « peut être assuré par les communes directement ou par la voie de la gestion déléguée. Les communes ne bénéficient d'aucun droit d'exclusivité pour l'exercice de cette mission. Il peut être exercé par toute autre entreprise ou association bénéficiaire de l'habilitation prévue à l'article L. 362-2-1 du nouveau du Code des communes ». L'article 28 de la loi de 1993 a toutefois précisé que les régies communales et intercommunales de pompes funèbres existant au 9 janvier 1993 pouvaient pendant une période de cinq ans à compter de cette date, assurer seules le service extérieur des pompes funèbres.

En conséquence, les entreprises et associations, à la condition, ainsi que nous le verrons, que celles-ci y soient habilitées par le préfet, peuvent exercer le service extérieur, et ceci alors même que la commune ne l'exercerait pas, ni de manière directe, ni par la gestion déléguée. La suppression du monopole est donc totale.

L'ouverture à la concurrence d'une activité de service public, implique pour que l'ensemble des préoccupations lié à la nature du service soit pris en compte, qu'une réglementation de son exercice soit édictée. De cette manière, dans des domaines où le système monopolistique est défaillant, la meilleure satisfaction de l'intérêt général peut passer par l'ouverture à la concurrence.

Une réglementation de la profession, sans régulation du marché

Le législateur de 1993 a mis en place un dispositif « destiné d'une part à accroître la déontologie et la transparence et la qualité des conditions d'exercice de la profession funéraire et à renforcer la liberté de choix et les garanties accordées aux familles dans des

¹⁵ Cass.crim. 1^{er} février 1990, *Devauchelle*, *Bull. crim.*, p. 153.

circonstances où elles sont particulièrement vulnérables »¹⁶.

La loi du 8 janvier 1993 fut rapidement suivie par un décret n° 95-653 du 9 mai 1995¹⁷, codifiée aux articles R. 2223-24 à R. 2223-55 du CGCT qui a établi le règlement national des pompes funèbres posant l'ensemble des règles de transparence et de déontologie pour protéger les familles. Il définit notamment les modalités d'information des familles et les obligations des opérateurs funéraires habilités à fournir les prestations du service extérieur des pompes funèbres. Nous aurons l'occasion de mettre en avant certaines de ces dispositions quand nous traiterons de l'obligation de neutralité des opérateurs funéraires.

L'encadrement déontologique des métiers du funéraire s'est par ailleurs traduit par l'élaboration du décret n° 95-330 du 21 mars 1995 relatif à la procédure d'habilitation dans le domaine funéraire, aujourd'hui codifié aux articles L. 2223-23 et suivant du CGCT. Dans le cadre de cette réglementation le préfet n'a, quant à l'attribution de l'habilitation des opérateurs funéraires, qu'une compétence liée, excluant tout pouvoir de régulation économique. Il dispose néanmoins d'un véritable pouvoir d'appréciation en matière de sanction, dans le cadre de l'article L. 2223-25 qui lui donne un pouvoir de suspension pour une durée maximum d'un an ou retrait de l'habilitation, notamment, ainsi que cela a été ajouté par l'ordonnance du 28 juillet relative aux opérations funéraires¹⁸ en cas de non-respect des dispositions du code général des collectivités territoriales auxquels sont soumises les régies, les entreprises ou les associations habilitées. De plus, le préfet dispose d'un pouvoir d'appréciation en matière de qualification de l'infraction. En effet aucun texte ne précise les infractions pouvant entraîner l'une ou l'autre sanction, et en l'absence de jurisprudence, il appartient au préfet de déterminer la sanction la plus adéquate.

¹⁶ Réponse ministérielle, n° 6588, JOAN 9 février 1998, p. 733.

¹⁷ Décret n° 95-653 du 9 mai 1995 relatif au règlement national des pompes funèbres, JO 10 mai 1995, p. 7693 et s.

¹⁸ Ordonnance n° 2005-855 du 28 juillet 2005 relative aux opérations funéraires.

On peut se demander si au travers de son pouvoir de sanction, le préfet ne sera pas à terme investi d'un pouvoir de régulation « a posteriori », lui permettant notamment d'intervenir en fonction des différentes évolutions du secteur funéraire. En l'état du droit, une telle affirmation doit être relativisée, notamment du fait de l'obligation de motivation des mesures préfectorales et du contrôle de la légalité de ces décisions. La décision du préfet est soumise au contrôle par le juge de l'excès de pouvoir de la proportionnalité de la sanction au vu de la gravité et du nombre des infractions commises par l'opérateur funéraire. Elle ne saurait par ailleurs trouver ses fondements que dans une infraction à la réglementation.

Au travers de l'ensemble de la réglementation funéraire, l'exercice de la profession est bien mieux encadré. Toutefois l'instauration de la concurrence, qui était censée entraîner une baisse des prix, n'a pas su enrayer leur augmentation. Ainsi, depuis l'ouverture à la concurrence, les prix ont augmenté d'environ 20 %. Le prix moyen des obsèques est aujourd'hui de 2 200 euros hors taxes. On peut donc s'interroger sur la nécessité d'une régulation des prix dans le domaine du funéraire.

B. La nature du service extérieur des pompes funèbres

Si la nature de service public communal du service extérieur des pompes funèbres est contestée, celle de service public industriel et commercial a été définitivement acquise avec l'ouverture à la concurrence de l'activité.

La qualification contestée de service public communal

Selon la loi du 28 décembre 1904, « le service extérieur de pompes funèbres (...) appartient aux communes à titre de service public ». La loi de 1904 consacre donc le service extérieur comme un service public dont le monopole revient à la commune. Le caractère de service public du service extérieur n'a pas été remis en cause par la loi du 8 janvier 1993, dont l'article 1, qui modifie l'article L. 362-1 du Code des communes, qui est aujourd'hui l'article L. 2223-19 du CGCT,

énonce que « le service extérieur des pompes funèbres est un service public ». Il s'agit donc d'un service public par détermination de la loi. Ce service, au terme du même article L. 2223-19, « peut être assuré par la commune, directement ou par la voie de la gestion déléguée » et « peut être également assuré par toute entreprise ou association bénéficiaire de l'habilitation » préfectorale prévue à l'article L. 2223-23 du CCGT. Ainsi défini, le service extérieur a vu sa qualification de service public contesté par la doctrine, en particulier sa qualification de service public communal.

Si juridiquement il est incontestable qu'il s'agit bien d'un service public, on peut se demander si le service extérieur des pompes funèbres, tel qu'il est défini par l'article L. 2223-19, correspond à la définition traditionnelle donnée par la doctrine du service public. Selon la définition de René Chapus, « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne en vue d'un intérêt public ». Il y a donc deux critères, celui de l'intérêt public, et celui du rattachement organique de l'activité, qui est soit direct, la personne publique « assure » alors elle-même par ses propres moyens l'activité, soit indirect, la personne publique « assume » alors le service en le « déléguant » à une institution de droit privé¹⁹.

Si la qualification de mission d'intérêt général de l'activité de pompes funèbres ne semble pas poser de problème, notamment du fait de l'importance de sa fonction sociale, il en va différemment du second critère. La question qui se pose donc est de savoir quelle est l'autorité publique dont dépend le service public en dernier ressort.

Une première réponse pourrait être l'État, qui exercerait son contrôle par l'habilitation préfectorale. Ainsi Guillaume d'Abbadie et Claude Bouriot définissent le service extérieur des pompes funèbres comme un service public, c'est-à-dire une « mission d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou par une personne privée habilitée »²⁰.

¹⁹ Chapus (R.), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e édition, 2001, p. 578.

²⁰ Abadie (G. d'), Bouriot (D.), *Code pratique des opérations funéraires*, Paris, Le Moniteur, 3^e édition, 2004, p.925.

On peut tout d'abord remarquer qu'une telle définition semble remettre en cause le caractère communal du service, qui est affirmé par la doctrine²¹ et par la jurisprudence²². En effet, ainsi que le remarque Mathieu Touzeil-Divina « une habilitation donnée par un représentant de l'État (article L. 2223-23 du CCGT) fait du service public une activité étatique et non communale, puisque l'État en habilitant un opérateur deviendrait ainsi le gestionnaire stratégique du service public » et il ajoute « comment oser parler de service communal alors que l'habilitation est valable sur l'ensemble du territoire national ? »²³.

Pour savoir si l'État est bien la personne qui « assume » le service, on peut se demander, selon le critère exposé par René Chapus, si la mesure intervenue procède à une délégation ou bien ne fait qu'accorder une autorisation. Ainsi que nous l'avons vu, l'habilitation préfectorale est attribuée du fait de la présence d'un certain nombre de conditions. Le préfet ne fait que constater l'habilitation et cela alors même que les besoins de la population seraient couverts. Il ne dispose d'aucun pouvoir de régulation pour des motifs d'ordre public. En cela, il semble que nous puissions considérer que dans les faits, l'habilitation préfectorale n'est qu'un simple acte d'autorisation et que le service extérieur des pompes funèbres n'est pas « assumé » par l'État. Cette affirmation paraît pourtant juridiquement fautive, dans la mesure où elle implique que les opérateurs privés du service extérieur exerçant leur profession sur le marché au seul titre de leur habilitation, n'exerce pas un service public, alors que l'article L. 2223-19 énonce le contraire. Elle nous paraît néanmoins correspondre à la réalité.

On peut au surplus remarquer que la commune, lorsqu'elle assure directement le service est, tout comme tout opérateur désirent intervenir sur le marché, soumise à l'habilitation préfectorale. Or le service ne

²¹ Viel (M.-T.), *Droit funéraire et gestion des cimetières*, Paris, Berger-Levrault, collection « Administration sociale », 2^e édition, 1999, p. 138 et s.

²² CE Avis n° 358 102 du 19 décembre 1995, *Statut des régions municipales des pompes funèbres* : « le caractère national de l'habilitation ne fait pas obstacle au caractère communal du service extérieur des pompes funèbres ».

²³ Touzeil-Divina, précité n. 5, p. 427-429.

saurait être à la fois assuré par la commune et assumé par l'État.

Une seconde possibilité est donc que seule la commune assure directement le service public, ou l'assume au moyen de délégation de service public en application de l'article L. 2223-19 du CGCT. Dans le premier cas, la commune assure bien le service au moyen de ses propres services. Dans le second elle délègue celui-ci et exerce un contrôle sur le délégataire. Les seuls prestataires de service public seraient donc, soit la commune exerçant directement le service extérieur, soit son délégataire. Le service public est alors effectivement communal puisque s'applique le principe de territorialité selon lequel la commune ne peut intervenir que sur son territoire.

Le fait que seuls les opérateurs funéraires publics et les concessionnaires privés soient dans les faits des opérateurs de service public semble confirmer par le fait qu'en application de l'article L. 2213-7 et L. 2223-27 du CGCT, il revient à ceux-ci de prendre en charge les dépenses des obsèques des personnes dépourvues de ressources suffisantes. Cela est une application du principe d'égalité d'accès au service public qui implique que tous les administrés doivent pouvoir recevoir des obsèques, sans distinction de revenu.

Si la notion de service public communal peu porter à discussion, avec la loi du 8 janvier 1993 est acquise celle de service public industriel et commercial.

Le caractère industriel et commercial de l'activité

Suite à l'ouverture à la concurrence, le caractère industriel et commercial du service extérieur ne semble plus être contesté. Il a été confirmé par le conseil d'État dans son avis du 19 décembre 1995. Par application de la méthode du faisceau d'indices, le Conseil d'État considère que le service extérieur des pompes funèbres revêt « le caractère d'un service public industriel et commercial (...) eu égard à l'origine de ses ressources constituées par les prix acquittés par les familles en paiement des prestations assurées, et aux modalités de fonctionnement, marqués par la pluralité des intervenants publics ou privés agissant dans le cadre de la loi précitée du 8 janvier 1993 ».

Le Conseil d'État revient donc sur la position du tribunal des conflits, dans sa décision du 20 janvier 1986 « Ville de Paris contre SA Roblot »²⁴, selon laquelle « compte tenu tant de son objet, que de son mode de financement et des modalités de son fonctionnement, le service extérieur des pompes funèbres présente un caractère administratif ».

On peut noter que cette qualification de service public administratif, antérieur à l'ouverture à la concurrence du service extérieur, est remise en cause par Mathieu Touzeil-Divina. Il fait valoir que les partisans de la qualification de service public administratif, qui s'appuient sur la jurisprudence « Roblot » semblent tirer de l'existence du monopole la conséquence de la nature administrative. Or, bien que selon René Chapus, un monopole légal devrait imprimer un caractère administratif au service⁹¹, la jurisprudence ne fait pas de ce critère une contre-indication au caractère industriel et commercial⁹². On peut par ailleurs rajouter que dans les faits, à la fin du monopole s'était développée une concurrence sauvage, mettant largement en cause le caractère monopolistique de l'activité de service extérieur de pompes funèbres.

De plus, selon Mathieu Touzeil-Divina, le fait que la décision « Roblot » déclare que le service extérieur des pompes funèbres de la ville de Paris, parce qu'il est exploité en régie, a le caractère de service public administratif, n'implique pas que tout le secteur des pompes funèbres, ait le caractère de service public administratif. Ainsi, le service extérieur, sauf peut-être en ce qui concerne les cas de certaines régies, aurait toujours été un véritable service industriel et commercial. On peut par ailleurs remarquer que le fait que le service public soit géré en régie n'est qu'un indice à la qualification de service public administratif et « ne saurait être une contre indication à la qualification de service public industriel et commercial »²⁵. Enfin, et alors même que cet indice n'est pas déterminant à lui seul, on peut

²⁴ TC, 20 janvier 1986, *Commissaire de la République de la Région Ile-de-France et du département de Paris contre cour d'appel de Paris ; maire de Paris contre SA Roblot et Jean Bouissox*, AJDA, 1986, jurisprudence p. 267, avec les observations de Laurent Richer.

²⁵ Chapus (R.), *op.cit.* n. 19, p. 599.

remarquer le fait que, avant l'ouverture à la concurrence, l'essentiel des ressources du service provenait déjà de redevances pour services rendus, ce qui semble aller dans le sens du caractère industriel et commercial.

A la vue de l'ensemble de ces indices on peut largement mettre en doute le caractère administratif du service avant même l'ouverture de l'exercice du service extérieur à la concurrence. Toujours est-il qu'avec la loi du 8 janvier 1993 et l'avis du Conseil d'État du 19 décembre 1995, la question de la nature industrielle et commerciale du service extérieur des pompes funèbres est aujourd'hui acquise. Cela implique dans l'hypothèse où la commune fait le choix d'assurer le service en concurrence avec les opérateurs privés, qu'elle choisisse un mode de gestion lui permettant d'être concurrentielle et qu'elle le fasse dans le respect du droit de la concurrence.

II – LE SERVICE EXTÉRIEUR ASSURÉ DIRECTEMENT PAR LA COMMUNE

Alors même que l'activité est assurée sur le marché par des opérateurs privés, on peut se demander ce qui peut motiver la commune à intervenir. L'attachement de la population à leur service municipal de pompes funèbres, mais aussi la volonté de garantir un service de qualité a pu motiver le maintien de son exécution par la voie de la gestion directe. Certaines communes mettaient par ailleurs en avant le rôle moralisateur que se doit de tenir la personne publique au sein du marché, ainsi que celui qu'elle peut jouer dans le cadre d'une régulation des tarifs. Il y avait en 2004, 2083 régies habilitées sur le territoire métropolitain, soit une diminution de 29 % par rapport à 1999²⁶. Ces structures, face à une concurrence toujours plus importante ont du rechercher l'ensemble des modes de gestions donnant la compétitivité nécessaire à leur pérennité sur le marché, que cela soit au travers de la forme que prend la régie, ou par la détermination des activités que celle-ci exerce.

A. La recherche organique de compétitivité

La régie se définissant comme « le mode de gestion des services publics consistant en

²⁶ Rapport du CNOF, précité n.1

une prise en charge directe de l'organisation et du fonctionnement du service par une personne publique territoriale »²⁷ est le mode de gestion directe du service extérieur des pompes funèbres. On peut noter qu'en application du principe selon lequel, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement » la Cour de justice des communautés européennes a considéré que peut constituer une « entreprise » un service administratif non doté d'une personnalité juridique propre de type régie d'une collectivité publique. Les régies de pompes funèbres, gestionnaires d'une activité industrielle et commerciale et donc économique, semblent donc être au sens communautaires des entreprises. Si les conditions d'exploitation de ces « entreprises » diffèrent de celles des entreprises privées, le Conseil de la concurrence a déjà affirmé que « dans l'hypothèse d'opérateurs bénéficiant de statuts différenciés sur un même marché, le bon fonctionnement de la concurrence n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation spécifiques ».

Le régime administratif qui s'applique aux régies de pompes funèbres peut néanmoins constituer en lui-même un handicap à sa compétitivité sur le marché. Les opérateurs publics recherchent par conséquent les moyens d'une plus grande souplesse et autonomie dans la gestion directe du service²⁸.

Les différents types de régie de pompes funèbres

La régie directe est le mode de gestion traditionnel du service extérieur par les communes, notamment pour celle dont l'origine du service existant aujourd'hui remonte au début du XXe siècle. C'est le cas où la commune assure la gestion du service avec ses propres moyens. La régie ne possède pas l'autonomie financière, les opérations

²⁷ Lachaume (J.-F.), Boiteau (C.), Pauliat (H.), *Droit des services publics*, Paris, Armand Colin, 3^e édition, 2004, p. 172.

²⁸ L'ensemble des modes de gestion directe du service a été décrit dans la circulaire FPP/I/96/10030/C du 14 mars 1996, relative au statut des régies municipales de pompes funèbres compte tenu de l'intervention de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993.

financières et comptables sont intégrées au budget de la ville. Elle n'a pas la personnalité morale et constitue un service municipal comme un autre. Son organisation est définie par le Conseil municipal et sa direction revient au maire. Elle n'a donc pas d'autonomie. Le Conseil municipal peut élire en son sein une commission spéciale qui en contrôle le fonctionnement. La seule caractéristique de ces régies est d'offrir les prestations contre le paiement d'un prix.

Le décret-loi du 5 novembre 1926 a mis fin à la possibilité de créer de telles régies. Celles existantes avant le 28 décembre 1926 ont pu conserver leur régime, mais celles créées après cette date doivent être dotées de l'autonomie financière²⁹. Dans les faits de telles régies ont continué à être créées après 1926, en particulier pour certains services qui ne géraient que certaines parties du service extérieur, comme par exemple les compétences de fossoyage. Dans ce cas la création d'un budget annexe pour la gestion de ces simples opérations apparaissait comme trop complexe. La compétence de fossoyage pouvait aussi se trouver être gérée par les simples services municipaux, et notamment par des agents dont les fonctions étaient partagées entre différents services.

Les régies dotées de la seule autonomie financière n'ont pas de personnalité morale. Elles sont administrées sous l'autorité de l'organe exécutif compétent et de l'organe délibérant de la collectivité par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur. Les membres du conseil d'exploitation sont désignés par l'organe délibérant, sur proposition de l'exécutif local et révoqués selon les mêmes formes. Le conseil d'exploitation élit en son sein son président et un ou plusieurs vice-présidents. L'organe exécutif nomme et révoque le directeur.

Seul l'organe délibérant et l'organe exécutif détiennent véritablement le pouvoir de décision. L'organe délibérant fixe les conditions de recrutement et d'exercice du personnel, affecte les résultats de l'exploitation, approuve les investissements. L'exécutif local peut néanmoins, sous sa responsabilité et sa surveillance, déléguer sa signature au directeur de la régie pour toutes

²⁹ Article L. 2221-8 du CGCT.

les matières intéressant le fonctionnement de la régie. Les opérations de recettes et de dépenses afférentes à la gestion du service font l'objet d'un budget spécial annexé au budget de la commune et voté par l'organe délibérant. Ces régies résultent notamment de la mutation de certaines régies directes dans le but de bénéficier d'une plus grande autonomie administrative et comptable.

Les Régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière sont un mode de gestion peu répandu. Elles sont créées par délibération de l'organe délibérant de la collectivité, qui détermine leur organisation administrative et financière. Elles sont administrées par un conseil d'administration dont les membres sont désignés par l'organe délibérant, un président du conseil, élu par ce dernier en son sein et un directeur nommé formellement par le président, qui ne peut que nommer le candidat désigné par l'organe délibérant sur proposition de l'exécutif local. Elles possèdent un patrimoine distinct de celui de la collectivité et un budget propre. Elles ont donc une autonomie à la fois administrative et financière. C'est peut-être de ce fait que ces régies, pour la gestion des pompes funèbres, sont peu répandues, les villes préférant garder le contrôle sur leurs services. Ces régies sont dotées de la personnalité morale et par conséquent la majorité de la doctrine les assimile à des établissements publics. Pour certains auteurs ce type de mode de gestion ne constitue pas une régie dans la mesure où l'absence de personnalité morale distincte est la caractéristique fondamentale de la gestion en régie³⁰.

La régie intercommunale recouvre deux cas, en application de l'article L. 2221-13 du CGCT. Dans le premier cas, il s'agit du cas où l'exploitation service est assurée par une commune qui agit à l'égard des autres communes comme concessionnaire. On est en fait ici dans un cas de gestion déléguée. Dans le second cas, l'exploitation du service est assurée par un syndicat de commune regroupant les diverses communes intéressées. En application de l'article L. 2221-13 *in fine*, si ce syndicat est constitué exclusivement en vue

³⁰ Douence (J.-C.), « Les services publics locaux », in *Encyclopédie juridique Dalloz (Collectivités locales)*, mises à jours régulières, p. 6143-3 et s., et 6223-11 et s.

de l'exploitation d'un service administratif ou industriel ou commercial, les communes peuvent demander que l'administration du syndicat se confonde avec celle de la régie. Cette mesure de simplification administrative ne s'applique néanmoins pas toujours, dans la mesure où certains syndicats créés pour la gestion d'opérations funéraires, gèrent à la fois des activités industrielles et commerciales relevant du service extérieur et des activités administratives relevant de la gestion des cimetières. Dans ce dernier cas, l'activité de pompes funèbres fait l'objet d'un budget spécial annexé au budget du syndicat et voté par le comité syndical du syndicat intercommunal.

La recherche d'une plus grande autonomie de gestion et d'une extension du champ d'intervention territoriale : l'intercommunalité

Ainsi que cela est énoncé dans une réponse ministérielle du 19 août 1999, la nature des contraintes qui pèsent sur les régies municipales de pompes funèbres résulte des règles de fonctionnement de l'ensemble des régies³¹. La lourdeur administrative du fonctionnement des régies municipales apparaît comme un grave handicap pour celles-ci dans le cadre d'un marché concurrentiel nécessitant une grande réactivité des acteurs de celui-ci. La complexité du fonctionnement administratif des régies municipales et leur absence d'autonomie, peut pousser les opérateurs publics du service extérieur des pompes funèbres à rechercher des formes de gestion plus souples, de manière à ce que le service puisse acquérir une plus grande indépendance, mais aussi une plus grande réactivité, notamment à la vue de la lenteur du processus décisionnel d'une commune.

Par ailleurs, face à des opérateurs privés, dont l'habilitation est valable sur l'ensemble du territoire, le fait que les régies municipales voient leur action délimitée au territoire de leur commune constitue un handicap à leur compétitivité au sein du marché. En effet, le principe de territorialité, en vertu duquel la commune ne peut intervenir que sur son territoire, implique que les régies municipales

voient leur action délimitée au territoire de celle-ci. Pourtant, l'article L. 2223-23 du CGCT prévoit que l'habilitation préfectorale nécessaire à l'exercice du service extérieur est valable « sur l'ensemble du territoire national ». On pourrait alors se demander si une régie municipale bénéficiaire de cette habilitation est en possibilité d'intervenir sur l'ensemble du territoire. Ce n'est pas la solution qui est retenue par le Conseil d'État dans un avis du 19 décembre 1995, selon lequel la loi de 1993 n'ayant pas modifié le caractère de service public communal du service extérieur des pompes funèbres, le principe de territorialité s'applique. Ainsi, une commune décidant d'assurer directement le service extérieur au moyen d'une régie municipale, voit l'intervention de celle-ci limitée, alors même que les opérateurs privés ne sont pas liés par ce principe.

L'avis du Conseil d'État envisage néanmoins certaines possibilités où l'intervention peut avoir lieu sur le territoire d'autres communes. Tout d'abord il y a le cas où « des communes s'associent pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération ou concluent entre elles des conventions par lesquelles l'une d'entre elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre les services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences ». Il y a ensuite le cas déjà évoqué où la commune du lieu de décès, de la mise en bière, de l'inhumation ou de la crémation est distincte de celle du défunt. La solution de la mise à disposition ne règle néanmoins pas le problème du manque de souplesse et d'autonomie des structures. D'autres solutions sont recherchées pour créer des structures d'une taille plus grande, plus compétitives et plus autonomes, pouvant intervenir sur le territoire de plusieurs communes. Ainsi une réponse peut être le recours à l'intercommunalité de manière à élargir le territoire d'intervention. Dans ce cas l'intervention de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) reste néanmoins limitée au territoire des communes adhérentes, toujours en application du même principe de territorialité.

Cette possibilité est confirmée par la circulaire du 14 mars 1996, relative au statut des régies municipales de pompes funèbres compte tenu de l'intervention de la loi n° 93-

³¹ Réponse ministérielle n° 17416, JO, Sénat 19 août 1999, p. 2824.

23 du 8 janvier 1993, qui précise que le service extérieur peut être organisé par plusieurs communes dans le cadre d'un syndicat de communes, d'une communauté urbaine, d'une communauté de communes ou d'une communauté d'agglomérations. Selon une réponse ministérielle l'intercommunalité « est d'autant plus aisée à mettre en œuvre que le dernier alinéa de l'article L. 2221-13 du CGCT prévoit que lorsqu'un syndicat intercommunal est constitué exclusivement en vue de l'exploitation d'un service administratif ou industriel et commercial, tel que le service extérieur des pompes funèbres, son administration peut se confondre sur option avec celle de la régie intercommunale »³², qu'il est obligatoire de créer en vertu de l'article L. 1412-1 du CGCT, pour la gestion d'un service public industriel et commercial. Cette disposition ne s'applique néanmoins pas pour les syndicats intercommunaux qui gèrent à la fois des activités industrielles et commerciales relevant du service extérieur et des activités administratives relevant de la gestion des cimetières.

En définitive si le recours à l'intercommunalité, en particulier par un syndicat intercommunal, n'est pas une solution miracle, notamment à la vue de la complexité de sa structure interne, cela apparaît être une bonne solution en terme d'autonomie de gestion et pour étendre la limite territoriale d'action des opérateurs publics de service extérieur des pompes funèbres.

B. La recherche matérielle de compétitivité : le choix des activités exercées

Peu de régies fournissent de manière globale l'ensemble des prestations essentielles du service extérieur. Les régies pratiquent néanmoins souvent un certain nombre d'activités annexes au service extérieur, tel que la fourniture de plaque funéraire.

L'absence majoritaire de prise en charge globale du service

Au 31 mars 2004, sur les 2 083 régies de pompes funèbres existantes, seules 59 sont habilitées pour la fourniture des six prestations essentielles (transport de corps avant mise en

³² Réponse ministérielle n° 17416, précité n. 31.

bière, transport de corps après mise en bière, organisation des obsèques, fourniture des cercueils, fourniture des corbillards et fourniture des personnels) et 73 le sont pour ces prestations, à l'exception du transport de corps avant mise en bière³³. Le choix de la prise en charge globale de l'activité de pompes funèbres par une régie n'est donc pas courant. Il est généralement le fait de grandes communes ou de structures intercommunales qui exerçaient traditionnellement le service avant l'ouverture à la concurrence et qui se trouvent aujourd'hui en prise avec la réalité d'un marché hautement concurrentiel.

La prise en charge d'activités relevant du service extérieur des pompes funèbres par les communes prend dans la majorité des cas deux formes, celle de la fourniture des personnels nécessaires aux inhumations, exhumations et crémations, c'est-à-dire les activités de fossoyage, et celle de l'organisation des obsèques. Sur les 2 083 régies existantes en 2004, 1 872 exerçaient l'activité de fourniture de personnel, objets et prestations nécessaires aux obsèques, inhumations, exhumations et crémations. **Le fossoyage, au sein de ces activités est celle la plus fournie par les communes.** Cela s'explique notamment par le fait que l'activité de fossoyage, si elle relève du service extérieur, relève aussi d'une compétence exclusivement communale, au sein de la gestion et l'entretien des cimetières, qui est celle des opérations d'exhumation des restes mortels dans des sépultures en terrain commun au terme du délai de rotation, dans les concessions non renouvelées ou dans des concessions en état d'abandon. Lorsque cette compétence était exercée par la commune avant l'ouverture à la concurrence du service extérieur, les mêmes agents pratiquaient les opérations de fossoyage afférentes au service extérieur et à la gestion des cimetières.

L'ouverture du service extérieur à la concurrence et le changement de nature de l'activité de service public administratif en service public industriel et commercial, ont affecté la situation des agents communaux chargés de réaliser dans le cimetière les opérations de fossoyage. A l'issue de la période transitoire prévue par l'article 28 de la loi du 8 janvier 1993, les familles, pour réaliser

³³ Rapport du CNOF précité n. 1.

les opérations de fossoyage relevant du service extérieur ont du choisir entre le service municipal et les opérateurs privés habilités pour réaliser cette prestation. Dans les faits certains fossoyeurs municipaux, pratiquant l'activité de fossoyage relevant du service extérieur, pratiquent aussi celle faisant partie de la gestion et de l'entretien des cimetières. Dans ce cas, quand le service extérieur est organisé sous forme de régie autonome, le salaire de l'agent municipal figure sur le budget général de la commune, mais la régie reversera à ce dernier, de son budget annexe, une somme correspondant aux activités de service extérieur exercées.

En ce qui concerne l'organisation des obsèques, les régies de pompes funèbres font largement appel à la sous-traitance, notamment pour les soins de conservation et les transports sur civière. Ainsi que le précise la circulaire du ministère de l'intérieur n° 95-169 du 15 mai 1995, la sous-traitance est possible pour tout ou partie des prestations relevant du service extérieur des pompes funèbres, à condition, d'une part, de rester à l'égard des familles, responsable de l'exécution de celles-ci, d'autre part, d'être habilité pour l'exercice des prestations du service extérieur des pompes funèbres qu'il fournit directement aux familles. L'opérateur funéraire qui sous-traite n'a par ailleurs aucune obligation de mentionner, dans son devis, ni les opérations réalisées en sous-traitance, ni le nom des sous-traitants ou le montant net facturé à ce dernier³⁴.

L'opérateur funéraire qui confie à un sous-traitant tout ou partie du service, doit être habilité directement pour la prestation qu'il sous-traite, sinon il doit l'être pour l'exercice d'une activité d'organisation d'obsèques. En 2004, sur les 2 083 régies, 498 sont habilitées pour l'organisation des obsèques, 63 seulement le sont pour la pratique de soins de conservation. On peut par ailleurs citer dans les activités qui sont couramment sous-traitées, les transports sur civière. La sous-traitance des soins de conservation, pour les régies exerçant un grand nombre d'activités au sein du service

³⁴ Note de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (modalités d'application de l'arrêté du 11 janvier 1999, relatif à l'information sur les prix des prestations funéraires).

extérieur, est motivée par le fait qu'il est plus rentable de sous-traiter, plutôt que d'exercer en direct ces activités.

Les thanatopracteurs salariés, qui fournissent ces soins sont assujettis à des règles très strictes quant à l'exercice de leur profession, et doivent notamment obtenir le diplôme national de thanatopracteurs³⁵. Ils relèvent au minimum du niveau 4.1 de la convention collective nationale des pompes funèbres n° 3269 du 1^{er} mars 1974. Certaines régies ne désirant pas employer de thanatopracteur, car le paiement de celui-ci serait difficile à amortir, ont donc recours à la sous-traitance de cette activité par des entreprises privées spécialisées, pratiquant ces activités et qui généralement pratiquent aussi les transports sur civière.

L'exercice des activités annexes au service extérieur

Alors même que la loi donne la possibilité d'exercer le service extérieur à la commune, elle ne lui donne pas explicitement la possibilité d'exercer un certain nombre d'activités connexes à ce service telles que la vente de fleurs naturelles et artificielles, la fourniture de divers travaux d'imprimerie (enveloppes, faire-part de décès, annonces dans la presse), la construction, l'entretien et la vente de caveaux dans le cimetière, l'entretien et le nettoyage des sépultures et des monuments funéraires³⁶. Ainsi, pour autoriser ce type d'intervention de la commune, le Conseil d'État a eu recours à la théorie des activités annexes pour énoncer l'absence d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Cette même théorie trouve une application identique, mais sur un fondement différent à partir du moment où le service est assuré par une personne morale distincte de la commune.

La question se pose donc de savoir si l'exercice direct par la commune de ces activités connexes porte atteinte au principe de

³⁵ Article L. 2223-45, L. 2223-122, D. 2223-123 et s. du CGCT.

³⁶ Énumération non limitative, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux compétents, Circulaire du ministère de l'intérieur n° 97-211 du 12 décembre 1997 – Gestion des régies municipales des pompes funèbres.

non-concurrence et donc à la liberté du commerce et de l'industrie. La légalité de l'exercice des activités annexes des services publics, non prévues par les textes et qui étaient de nature à concurrencer les activités privées a très tôt été reconnue par la jurisprudence en matière de concession, par exemple pour la construction d'un hôtel près d'une gare par une compagnie concessionnaire de chemin de fer, qui n'est « que le développement naturel et une amélioration du service »³⁷. Elle n'est pas liée à la notion d'établissement public, mais à l'exercice d'une compétence.

Cette jurisprudence a ensuite trouvé son application dans le cadre de la diversification des activités des prestataires de service public. Il faut alors que ces activités en tant que complément de la mission principale satisfassent à un besoin de l'utilisateur et qu'elles favorisent le bon fonctionnement d'un service public existant à sa création. La jurisprudence allait avoir une acception très large de ce dernier critère, en considérant qu'une activité favorise le bon fonctionnement du service dans la mesure où elle présente un intérêt financier³⁸. Ainsi, dans un arrêt Dame Berthod du 4 juin 1954, le Conseil d'État va considérer que la vente de fourniture funéraire constitue une activité accessoire du service extérieur des pompes funèbres, car elle répond à l'intérêt de l'utilisateur, qui « peut ainsi pour l'ensemble des opérations et fournitures s'adresser à un seul établissement », et qu'elle a pour but « d'assurer l'équilibre financier de la régie »³⁹.

De la même manière dans un arrêt Mezy de 1988, le Conseil d'État considère que « une commune peut en dehors des fournitures qui sont comprises dans le service extérieur des pompes funèbres, dans l'intérêt de la population et sous l'égide du service public mis en place, organiser la vente de fournitures

³⁷ C. cass. 19 décembre 1882, *Julien et Blanc*, S. 1884, 1^{ère} partie, p.433.

³⁸ Le Conseil d'État admet ainsi la création d'une station service dans un parc de stationnement et de location au mois de places de garage, au motif que « lesdites locations, prévues dans l'intérêt financier de l'exploitation, constituent en outre le complément normal du parc de stationnement (CE 18 décembre 1959, *Delansorme*, *Rec.*, p. 692, *AJDA* 1960, p. 213, concl. Mayras).

³⁹ CE 4 juin 1954, *Dame Berthod*, *Rec.*, p. 335.

se rattachant de façon suffisamment directe au fonctionnement du service ». L'exercice de ces activités répond alors « tant à l'intérêt du public qu'à celui du bon fonctionnement du service »⁴⁰.

Cette solution semble en définitive assez pragmatique. En effet, si cette solution est nécessaire pour garantir le bon fonctionnement du service, c'est bien car l'exercice de ces activités annexes favorise la compétitivité de l'opérateur. Si leur exercice ne représente pas une part importante du chiffre d'affaire des opérateurs funéraires, il permet surtout à ceux-ci d'être sûr que la famille du défunt n'ira pas voir un autre opérateur pour les lui fournir, ce qui aboutirait le plus souvent à perdre le client qui préfère généralement s'adresser à un seul opérateur pour l'ensemble des prestations. L'interdiction d'exercice de ces activités, au-delà de toutes considérations d'intérêt public, reviendrait à handicaper l'opérateur public face à ses concurrents.

En définitive l'application du critère de l'intérêt financier des activités annexes apparaît comme une garantie de l'égalité concurrence entre les différents acteurs du marché. Néanmoins, **c'est par exception à la liberté du commerce et de l'industrie que les communes peuvent assurer directement certaines activités connexes, alors que c'est par exception au principe de spécialité que la même théorie des activités connexes trouve son application pour les établissements publics chargés du service extérieur.**

Le principe de spécialité est un principe suivant lequel les activités des personnes morales sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créés. Plus spécifiquement pour les personnes publiques le principe de spécialité signifie que « la personne morale dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission »⁴¹. S'il est lié à la notion de personnalité morale, il ne s'applique néanmoins pas aux collectivités publiques à « vocation générale », telles que les

⁴⁰ CE Sect. 10 février 1988, *Mezy*, *Rec.* 53 ; *D.* 1988, SC. 263 obs.

⁴¹ CE, avis sect. Trav. Publ., 7 juillet 1994, *RFDA* 1994.1146, note Rodrigues.

collectivités locales, qui disposent d'une clause générale de compétence et dont les compétences ne sont pas limitatives⁴². Ce principe s'impose donc à l'ensemble des institutions spécialisées, publiques ou privées, qui sont spécialisées dans l'exercice d'activités et qui ont en commun d'être dotées de la personnalité morale et d'une autonomie de gestion. A ce titre il s'impose notamment aux établissements publics.

En imposant aux établissements publics de n'exercer que les compétences qui lui ont été confiées, le principe de spécialité apparaît comme étant le garant de la non-immixtion de ces établissements dans les activités privées. Néanmoins le principe de spécialité reste avant tout, selon l'expression de René Chapus, « un principe d'ordre, strictement conçu et destiné à assurer le respect de la répartition des compétences »⁴³. Le respect de la liberté du commerce et de l'industrie est une conséquence de son application.

Une application trop stricte de ce principe pourrait avoir pour effet d'aller à l'encontre de la diversification des activités souvent nécessaire aux opérateurs économiques pour être concurrentiels sur un marché. Une première réponse a été dans la définition large de l'objet de certaines entreprises publiques par la loi. Une seconde a été l'application de la théorie des activités annexes. Le Conseil d'État dans son avis du 7 juillet 1994 énonce que le principe de spécialité « ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition : d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution des techniques, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses

compétences, tous moyens mis au service de son objet principal. »⁴⁴

Par cet avis, le Conseil d'État précise les limites de la portée de la théorie des activités annexes et celles du principe de spécialité. L'arrêt précise qu'« il en va ainsi notamment des activités représentant un apport de savoir-faire, ou d'assistance technique qui se fixent pour objectif la formation du personnel (...), les échanges techniques et la valorisation de ses compétences ». Selon Martine Lombard⁴⁵, l'emploi de l'expression « valorisation de ses compétences » permet à la théorie des activités annexes de s'appliquer « à toute opération dès lors qu'il ne paraît guère concevable qu'un opérateur économique, quel qu'il soit, ait pour objectif de dévaloriser ses compétences ». On peut néanmoins remarquer que la jurisprudence reste attachée à la notion de « complémentarité normale » de l'activité principale et que si un opérateur économique public ne saurait avoir pour objectif de dévaloriser ses compétences, il ne peut pas non plus exercer d'activités non en rapport avec celles-ci.

Par application de la théorie des activités annexes, un établissement public assurant le service extérieur des pompes funèbres (régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, établissement public de coopération intercommunale) peut donc, comme nous l'avons vu avec la jurisprudence Mezy, exercer un certain nombre d'activités annexes au service extérieur des pompes funèbres. Le fait que l'on arrive à l'application de la même théorie, par exception à deux principes différents amène à se demander si une simplification est possible. La question se pose d'autant plus que la jurisprudence communautaire qualifie de la même manière d'entreprise publique les régies qui exercent une activité économique et les établissements publics exerçant le même type d'activités⁴⁶, et

⁴² Pontier (J.-M.), « Semper Manet, sur une clause générale de compétence », *RDP* 1984, p. 1443-1472.

⁴³ Chapus (R.), *op. cit.* n. 19, n° 519.

⁴⁴ Avis du 7 juillet 1994, précité n. 169.

⁴⁵ Lombard (M.) « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chr. 163, n° 17.

⁴⁶ Selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement » (CJCE 23 avril 1991, *Hofner et Elser c/ Macroton*, *Rec.*, CJCE, p. 1979). En application de ce

développe une jurisprudence relative à l'extension de l'activité de ces entreprises publiques à des activités accessoires⁴⁷.

La régie sans personnalité morale voit son objet délimité dans ses statuts et donc ses missions clairement définies, cette définition ne devant pas elle-même porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. De la même manière, lors de la formation de l'EPCI, les communes doivent strictement délimiter les compétences qui sont transférées à l'établissement et qui sont définies dans les statuts de celui-ci. Est-il inenvisageable de considérer que les régies sans personnalité morale, qui constituent des entités économiques à part entière intervenant sur le marché, qui sont des entreprises publiques au sens communautaire, sont liés par un principe de spécialité ?

Une telle hypothèse basée sur une approche matérielle des activités au sein du marché n'apparaît pas compatible avec la notion française du principe de spécialité qui est, ainsi que nous l'avons vu, liée à celle de personnalité morale. Pourtant n'est ce pas ce qu'implique le fait que la mission des régies doive être délimitée dans leurs statuts ? Considérer que toute entreprise publique au sens communautaire est liée par un principe de spécialité amènerait à deux choses : réaffirmer l'importance d'une définition précise de l'objet de l'entreprise publique, qui ne doit pas porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et clarifierait la position de la commune en tant qu'acteur du marché, susceptible d'y intervenir par le biais d'entreprises publiques, sans nécessairement passer par des transferts ou des délégations de compétences. N'est ce pas ce qu'elle fait déjà dans le domaine des pompes funèbres ?

C. La gestion des personnels des régies de pompes funèbres : vers une gestion privée

S'il n'est pas dans notre propos de mettre en cause de manière globale le statut de la

principe, la Cour de justice a considéré que peut constituer une « entreprise » un service administratif non doté d'une personnalité juridique propre de type régie d'une collectivité publique (CJCE 16 juin 187, *République Italienne*, Rec. CJCE, p. 2599).

47 CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, affaire n° C-320-91, *Petite Affiches*, 1993, n° 147, p. 22, note Cartou (L)

fonction publique territoriale, tout au moins peut-on constater que celui-ci n'est pas nécessairement adapté à l'exercice d'activités industrielles et commerciales. Bien qu'il apparaisse tout à fait naturel que les fonctionnaires qui exerçaient avant l'ouverture du service extérieur à la concurrence, aient la possibilité de conserver leur qualité d'agent public, il apparaît plus problématique que les communes aient pu continuer par la suite à affecter des fonctionnaires aux régies de pompes funèbres. Le maintien des personnels de droit public, l'affectation de nouveau, et le recrutement d'agents privés ont pu créer par ailleurs des situations où des agents publics et privés ont eu à cohabiter au sein des mêmes structures, notamment au sein des établissements publics de coopération intercommunale.

Le maintien des fonctionnaires

Le changement de nature du service extérieur de service public administratif en service public industriel et commercial n'a pas remis en cause le statut des fonctionnaires existant⁴⁸. Pour le recrutement de nouveaux agents les régies disposent actuellement de deux options : le recrutement de personnels de droit privé et l'affectation de fonctionnaires territoriaux. La cohabitation au sein de mêmes structures d'agents privés et publics peut amener à des complexités dans les relations sociales.

Le maintien de la pratique de l'affectation de fonctionnaires territoriaux par certaines régies

Selon une jurisprudence classique, les personnels affectés à des services publics industriels et commerciaux sont soumis à un régime de droit privé, à l'exception du directeur et de l'agent public supérieur si celui-ci a le statut de comptable public⁴⁹, ce qui est

⁴⁸ La circulaire du 14 mars 1995 relative au statut des régies municipales des pompes funèbres précise que « quelle que soit la forme juridique de la régie (régie simple ou directe antérieure à 1926, régie autonome ou régie personnalisée), les personnels relevant actuellement de la fonction publique territoriale conservent leur statut ».

⁴⁹ CE 26 janvier 1923, *de Robert Lafrégeyre*, *GAJA*, 15^e édition, 2005, n° 39, p. 238 ; CE 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec. p. 158.

le cas pour les régies de pompes funèbres. Cette règle, ainsi que le Conseil d'État l'énonce dans son avis rendu le 3 juin 1986, s'applique aux services publics industriels et commerciaux des collectivités locales. Néanmoins, selon le même avis, ce principe ne fait pas obstacle à l'affectation par la commune de fonctionnaires territoriaux par les collectivités territoriales dans des services publics industriels et commerciaux gérés directement par la commune. Le personnel restant alors juridiquement employé par la commune de rattachement qui le paie, il est placé sous la subordination hiérarchique du maire de cette commune. Si la régie dispose d'un budget annexe, la régie versera au budget général de la collectivité, une somme correspondant à la paie des personnels publics.

Beaucoup de régies, gardant les habitudes antérieures à la loi de 1993 ont continué à affecter des fonctionnaires. Cela pouvait être dû à une volonté de la mairie, alors que se posaient des questions quant à la recherche de la structure adéquate pour faire face à la concurrence, de ne pas bloquer le dialogue social avec les personnels. L'absence d'adaptation du statut général de la fonction publique à l'exercice d'activités industrielles et commerciales, notamment la garantie de l'emploi de celui-ci, qui aujourd'hui, selon Jean-Michel Lemoyne de Forges, « s'oppose aujourd'hui aux principes managériaux de "responsabilisation" des agents et de culte de la performance »⁵⁰, a pu notamment pousser certaines régies, à rechercher une souplesse d'action dans le recrutement d'agents contractuels à durée déterminée.

Le recrutement de personnels privés par les régies

Ainsi que nous l'avons vu, les personnels affectés à des services publics industriels et commerciaux sont soumis à un régime de droit privé. Par conséquent « le recrutement des personnels de droit privé dans les services publics industriels et commerciaux s'opère directement et n'est soumis à aucune procédure particulière, sous réserve du respect des compétences respectives de l'assemblée

⁵⁰ Lemoyne de Forges (J.-M.), « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *AJDA* 2003, Chron. p. 1917.

délibérante et de l'exécutif en matière de personnel. Les contrats de travail doivent respecter les dispositions des articles L. 121-1 et suivants du Code du travail et, pour ce qui concerne les contrats à durée déterminée, les dispositions des articles L. 122-1 et suivants du même code. »⁵¹ On constate encore la plus grande indépendance ici des régies de pompes funèbres dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, puisque leur directeur « recrute et licencie le personnel nécessaire dans la limite des inscriptions budgétaires »⁵², alors que pour les régies dotées de la simple autonomie financière, c'est l'assemblée délibérante de la collectivité qui règle les conditions de recrutement, de licenciement du personnel⁵³.

Certaines régies ont ainsi, suite au changement de nature de l'activité, commencé à recruter directement des agents contractuels, en contrat à durée indéterminée et en contrat à durée déterminée pour les besoins saisonniers. Cela a occasionné, du fait du maintien des agents publics, un mélange au sein de mêmes structures d'agents publics et d'agents privés. Ainsi certains agents se trouvaient donc être dans des statuts différents, ce qui dans une approche de gestion des relations sociales peut se révéler complexe, chacun en venant à comparer les avantages et les inconvénients de son propre statut (salaires plus hauts dans le privé, garanties sociales plus importantes pour les agents publics, notamment en ce qui concerne les retraites et la sécurité de l'emploi). Les collectivités gérant de tels services ont été amenées à accorder aux agents privés certains avantages dont bénéficient les agents publics, en particulier dans la mesure où les régies ne détiennent pas assez d'employés pour que soit formé un comité d'entreprise. La gestion des relations sociales devient d'autant plus complexe que la structure est grande, les deux corps d'agents disposant alors chacun d'institutions représentatives.

⁵¹ Circulaire du 14 mars 1995 relative au statut des régies municipales de pompes funèbres.

⁵² Article R. 2221-27 du CGCT.

⁵³ Article R. 2221-72 du CGCT.

Le transfert des agents privés et publics au sein d'un EPCI : l'application de deux droits au sein d'un même structure

En application de l'article L. 5211-4-1 du CGCT pour les agents publics, et L. 122-12 alinéa 2 du code du travail, la création d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) auquel est transférée la compétence d'exercice du service extérieur a pour conséquence le transfert des agents des régies municipales de pompes funèbres à l'EPCI des villes adhérentes. L'évolution de la gestion des établissements publics employant à la fois des personnels de droit public et de droit privé est décrite par Jacky Chorin comme révélant « un glissement vers des formes de gestion de plus en plus privée du service public »⁵⁴. Elle implique notamment, du fait de la décroissance relative des personnels publics au cours du temps et du recrutement de personnels privés, que l'ensemble du personnel sera à terme contractuel. Cela est particulièrement vrai pour les syndicats intercommunaux créés principalement pour la gestion d'opérations funéraires relevant du service extérieur.

En attendant cette évolution, les situations auxquelles peuvent amener la constitution d'EPCI, en terme de gestion des personnels, peuvent apparaître comme complexes. A titre d'exemple, à partir de onze agents privés, des délégués du personnel doivent être élus⁵⁵ et à partir de 50 doit être formé un comité d'entreprise⁵⁶. Les personnels publics relèvent eux-mêmes de leurs propres institutions représentatives, en application de la loi du 11 janvier 1984 qui prévoit l'existence des commissions administratives paritaires, des comités techniques paritaires et des comités d'hygiène et de sécurité. On peut noter le cas de l'institut français pour l'exploitation de la mer (IFREMER), qui est un EPIC, pour lequel le pouvoir réglementaire est intervenu pour lui permettre d'unifier la représentation de ses personnels sur la base d'institutions représentatives de droit commun du travail. Le décret d'adaptation du 15 mai 1985 pris sur la

⁵⁴ Chorin (J.), « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA* 2000, Chron. p. 382.

⁵⁵ Article L. 421-1 du Code du travail.

⁵⁶ Article L. 431-1 du Code du travail.

base de l'article L 413-1 du Code du travail a prévu que « le comité d'entreprise et les comités d'établissement de l'IFREMER exercent pour les fonctionnaires et agents publics de l'institut les attributions du comité technique paritaire », les fonctionnaires étant dès lors appelés à voter lors des élections du comité d'entreprise. Une telle option, pour les syndicats intercommunaux créés principalement pour la gestion d'opérations funéraires relevant du service extérieur, pourrait à terme apporter une simplification importante des relations sociales au sein de l'établissement.

IV – L'INTERVENTION DE LA COMMUNE DANS LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Le contrôle de la jurisprudence du conseil de la concurrence visant à ce que les opérateurs publics ne puissent bénéficier d'ancien privilège datant du monopole, a impliqué des changements dans les habitudes des municipalités. Néanmoins, il ne saurait se limiter à cela et concerne dans de nombreux cas, aussi bien les régies que les opérateurs privés de pompes funèbres, qui sont susceptibles de se trouver dans des situations semblables. Le respect du droit de la concurrence implique une neutralité à la fois des personnes qui n'exercent pas le service extérieur mais qui peuvent avoir une influence sur la famille du défunt, mais aussi des opérateurs du service extérieur, publics ou privés, qui gère des chambres funéraires.

A. La neutralité des services administratifs des mairies et des établissements hospitaliers

L'ouverture à la concurrence de l'activité du service extérieur de pompes funèbres implique que soit strictement appliquée une obligation de neutralité des services municipaux et des centres hospitaliers, de manière à ne pas fausser la concurrence. La jurisprudence du conseil de la concurrence veille ainsi à ce qu'il n'y ait pas de confusion entre les opérateurs publics de pompes funèbres et les services administratifs de la mairie. Ces derniers, ainsi que les établissements hospitaliers, publics ou privés ont, par ailleurs, une obligation d'information

destinée à ce qu'aucun opérateur ne soit favorisé sur le marché.

L'absence de confusion entre les services administratifs de la mairie et les services de l'opérateur public

L'ensemble des services municipaux d'état civil, des cimetières et de pompes funèbres étaient avant l'ouverture à la concurrence des services administratifs dont il était fréquent qu'ils soient situés dans les mêmes locaux. Avec l'ouverture à la concurrence, de nouvelles obligations s'imposent aux services municipaux. La séparation entre les services doit être suffisamment précise pour empêcher que se produise un amalgame dans l'esprit des familles entre les services administratifs et les services des opérateurs publics de pompes funèbres. Ainsi, selon le conseil de la concurrence, le fait que les locaux réservés à l'accueil des familles d'un syndicat intercommunal soit implanté dans les mêmes locaux qui abritent la section de l'état civil et le service des cimetières d'une des communes adhérentes, alors que ces locaux sont desservis par une entrée commune, sans aménagement séparatif, est de nature à créer une confusion entre la section de l'état civil de la commune et le syndicat. Cette confusion est propre à orienter exclusivement les familles vers le syndicat et à les dissuader de s'adresser à des entreprises de pompes funèbres concurrentes. Il s'agit donc d'une pratique ayant pour objet de fausser la concurrence sur un marché, mise en œuvre par un opérateur qui en l'espèce est en position dominante sur ce marché. Ces pratiques constituent donc un abus de la part du syndicat de sa position dominante, sanctionnable au titre de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁵⁷.

Toutefois, les locaux, en l'espèce d'une régie municipale, peuvent se trouver à côté du service de l'état civil et des cimetières, dans la mesure où une cloison interdisant le passage sépare les locaux desdits services, que ceux-ci disposent d'une porte d'entrée distincte. Les

⁵⁷ Décision n° 97-D-84 du 25 novembre 1984, relative à des pratiques mises en œuvre par le syndicat intercommunal à vocation unique des Pompes Funèbres des Communes Associées de la région brestoise dans le secteur des pompes funèbres.

services administratifs et ceux de la régie doivent par ailleurs disposer d'une signalétique et de lignes de communication téléphoniques distinctes⁵⁸.

L'information des familles par les services municipaux et les établissements hospitaliers

Les services municipaux doivent afficher à la vue du public, dans le service d'état civil de la mairie et des mairies annexes ainsi que dans le local de conservation du ou des cimetières communaux, la liste des régies, entreprises, associations et de leurs établissements habilités à fournir les prestations du service extérieur des pompes funèbres. Cette liste doit être communiquée par les services municipaux à toute personne sur simple demande⁵⁹. Ont pu être constatées des pratiques de communes qui, par un message répondeur, ou par affichage, communiquaient à leurs administrés les seules coordonnées d'un opérateur en cas de décès, notamment de la régie de pompes funèbres ou encore d'une SEML.

Néanmoins, il apparaît manifestement difficile de condamner un opérateur funéraire, alors même que certains faits tendraient à démontrer que certaines communes orientent les familles vers celui-ci. En effet, le Conseil de la concurrence considère, à défaut de preuve d'un accord de volonté entre l'opérateur funéraire et les municipalités, que l'opérateur ne peut être responsable des éventuelles discriminations⁶⁰. Cette position apparaît assez commode, dans la mesure où un tel accord, qui, selon le conseil, serait pourtant de nature à caractériser une entente anticoncurrentielle visant à désavantager les concurrents de l'opérateur, semble assez difficile à prouver. Les services municipaux tendent néanmoins aujourd'hui à s'astreindre à de strictes obligations de neutralité envers l'ensemble des opérateurs funéraires, du fait de l'importance du contentieux du conseil de la concurrence en la matière.

⁵⁸ Décision n° 03-D-33 du 3 juillet 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse.

⁵⁹ Article R. 2223-31 du CGCT.

⁶⁰ Décision n° 04-D-21 en date du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise.

Les établissements de santé, public ou privé, en application de l'article L. 2223-39, doivent disposer d'une chambre mortuaire dans laquelle doit être déposée le corps des personnes qui y sont décédées. Ces établissements doivent afficher dans les locaux de leur chambre mortuaire, à la vue du public, et communiquer à toute personne sur sa demande, la liste des chambres funéraires habilitées⁶¹.

Il apparaît, de la même manière, difficile de condamner un opérateur funéraire, alors même que certains faits tendraient à démontrer que certains établissements hospitaliers orientaient les familles vers une chambre funéraire spécifique. Cela tient aux mêmes raisons, c'est-à-dire l'absence de preuve d'un accord de volonté entre l'opérateur funéraire gestionnaire de la chambre funéraire et l'établissement hospitalier, accord tout autant difficile à prouver. Néanmoins, a été considéré comme constitutif d'un abus au sens de l'article 420-2 du Code de commerce, le fait pour une société en position dominante sur le marché, de signer des conventions avec des établissements publics prévoyant l'exclusivité de la réception des corps décédés dans cet établissement en contre partie de la gratuité du transfert des personnes décédées. Les familles, dès lors qu'elles s'adressaient à un autre prestataire pour l'organisation des obsèques, devaient alors prendre en charge le coût préalable du transport au funérarium⁶².

Pourtant, alors qu'un certain nombre de témoignages démontrent que le personnel hospitalier d'un établissement de santé oriente les familles vers une société, le fait que celle-ci ait diffusé au sein de ce personnel une plaquette destinée à faire connaître son offre de services n'est pas considéré par le conseil de la concurrence comme une pratique abusive. Selon le conseil, aucun élément ne permet de considérer que le comportement des personnels serait la conséquence de la diffusion de la plaquette en cause⁶³. Devant le pragmatisme de cette décision, peut-on alors conclure que si le

⁶¹ Article R. 2223-32 alinéa 2 du CGCT.

⁶² Décision n° 04-D-37 en date du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne.

⁶³ Décision n° 03-D-15 du 17 mars 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitry et des communes limitrophes.

comportement des personnels hospitaliers semble assujéti à une obligation de neutralité, il n'est manifestement pas interdit de tenter de l'influencer ?

On peut aussi ici noter que relève des délits de corruption active ou passive le fait respectivement de proposer à une personne qui, à l'occasion de son activité professionnelle a connaissance d'un décès, ou pour cette personne de solliciter, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour que soit recommandé aux familles les services d'une entreprise ou association déterminée⁶⁴.

B - La neutralité de la gestion des chambres funéraires

Les chambres funéraires ont pour objet de recevoir, avant l'inhumation ou la crémation, le corps des personnes décédées⁶⁵. Le développement de l'implantation de ces chambres à partir des années cinquante est caractéristique d'une évolution des comportements face à la mort. Elles permettent ainsi d'éviter le séjour à la morgue ou à la chambre mortuaire de l'hôpital, mais aussi le traditionnel retour du corps au domicile. La création ou l'extension de la chambre funéraire est autorisée par le préfet après avis du conseil municipal. En application de l'article R. 2223-74 du CGCT, l'autorisation ne peut être refusée qu'en cas d'atteinte à l'ordre public ou de danger pour la salubrité publique.

Ainsi que le précise le conseil de la concurrence, la possession par un opérateur d'une chambre funéraire située à proximité immédiate du magasin où sont vendues les autres prestations funéraires constitue un avantage concurrentiel. Cette entreprise sera généralement la première à rencontrer les familles et pourra profiter de cette circonstance pour leur proposer l'ensemble de leurs services⁶⁶. Cette situation est d'autant peu propice à favoriser la concurrence quand il n'existe qu'une seule chambre funéraire dans la zone géographique concernée. Ainsi, de

⁶⁴ Article L. 2223-35 du CGCT.

⁶⁵ Article L. 2223-38 du CGCT.

⁶⁶ Décision n° 04-D-70 en date du 16 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye.

manière à assurer le développement de la concurrence, une série d'obligations visant à assurer la neutralité de la gestion et de l'utilisation des chambres funéraires ont été consacrées par la loi du 8 janvier 1993 et par le règlement national des pompes funèbres. Ces obligations concernent l'accès à la chambre funéraire par les opérateurs habilités. Elles concernent aussi la différenciation des locaux et l'information des familles, dont le respect est nécessaire pour que n'existe pas dans l'esprit des familles de confusion entre les activités de gestionnaire de la chambre funéraire et d'opérateur de pompes funèbres.

L'accès à la chambre funéraire par les opérateurs habilités

L'article 1^{er} de la loi du 8 janvier 1993 a modifié le statut des chambres funéraires, dont la gestion et l'utilisation font, depuis l'entrée en vigueur de la loi, partie du service extérieur des pompes funèbres. Elles peuvent en conséquence être gérées par toutes régies, entreprise, ou association, sous réserve expresse d'être habilitées. Ainsi, si une commune souhaite gérer une chambre funéraire, le contrat de délégation qui serait éventuellement conclu par une entreprise à cet effet ne peut valablement comporter de clause d'exclusivité au profit de l'entreprise partie au contrat. En effet, conformément à l'article R. 2223-75 du CGCT, les personnels des régies, entreprises ou associations de pompes funèbres habilités, mandatés par toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles ont accès aux chambres funéraires pour le dépôt et le retrait des corps, la pratique des soins de conservation et de la toilette mortuaire.

L'absence de confusion entre les activités de gestionnaire de la chambre funéraire et d'opérateur de pompes funèbres

La jurisprudence du conseil de la concurrence contrôle que ne puisse exister dans l'esprit des familles de confusion entre l'activité du gestionnaire de la chambre funéraire et ses autres activités de service extérieur. Cela implique que celui-ci respecte certaines obligations en matière de distinction des locaux et d'information des familles.

Sur la différenciation des locaux, ainsi que le précise l'article L. 2223-38 alinéa 2 du CGCT, « les locaux où l'entreprise ou l'association gestionnaire de la chambre funéraire offre les autres prestations énumérées à l'article L. 2223-19 du CGCT doivent être distincts de ceux abritant la chambre funéraire ». La violation de ces dispositions est punie, selon l'alinéa 3 du même article, d'une amende de 75 000 euros. M. François Colombet, rapporteur au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale du projet de loi, a précisé au cours des débats sur ces deux alinéas que « la commission a souhaité que le local servant de chambre funéraire dans lequel serait déposé le défunt ne soit pas celui dans lequel seront fournies les autres prestations. Il n'est pas impossible qu'il s'agisse d'un local voisin, éventuellement desservi par la même entrée ». Cette citation fut reprise dans la circulaire n° 95-51 du 14 février 1995, relative à la législation funéraire.

Cela ne semble pas être la position du conseil de la concurrence qui dans sa décision n° 03-D-15, a condamné une entreprise pour abus de sa position dominante en raison de la confusion dans l'esprit des familles entre son activité de gestionnaire de la chambre funéraire et ses autres activités de service extérieur. Concernant l'agencement des locaux, il a notamment été constaté que « bien que possédant deux entrées distinctes, les locaux où s'exercent les activités de funérarium et ceux où sont offerts les autres prestations funéraires sont reliés par deux portes communicantes, situés au niveau du hall et de l'accueil du funérarium et permettant d'accéder directement dans le magasin »⁶⁷. Il faut donc non seulement que les deux locaux aient des entrées distinctes, mais encore qu'ils ne communiquent pas directement. De la même manière, constitue une infraction à l'article L. 2223-38 du CGCT et est constitutif d'un abus de position dominante, notamment le fait d'intercaler entre le bureau des agents du funérarium servant d'accueil pour les familles et la chambre funéraire, le local commercial de l'entreprise⁶⁸.

⁶⁷ Décision n° 03-D-15, précité n. 53.

⁶⁸ Décision n° 04-D-70 précitée n. 56.

De plus, les indications au moyen de panneau directionnel ne doivent pas non plus créer une confusion dans l'esprit des familles, notamment par la juxtaposition de la mention chambre funéraire avec le logo de l'opérateur de pompes funèbres. Ainsi, le fait qu'à l'entrée du parking de la chambre funéraire, un panneau porte à la fois mention « maison funéraire » et le logo de la société PFG, qu'à la porte d'entrée de la chambre funéraire, soit fixée une plaque portant la mention « PFG information », est de nature à créer la confusion dans l'esprit des familles⁶⁹.

L'obligation d'information des familles consiste notamment, pour les gestionnaires de chambres funéraires, dans le fait qu'en application de l'article R. 2223-71 du CGCT, « la liste des régies entreprises et associations et de leurs établissement soit affichée dans les locaux des chambres funéraires (...) et y être disponible ». Répond ainsi à ces obligations la société d'économie mixte locale qui affiche cette liste, de manière visible, dans la chambre funéraire et dans les salles d'attentes⁷⁰. Par contre, n'est pas suffisant le fait d'afficher la liste des opérateurs dans le hall d'accueil de la chambre funéraire dans la mesure où ce hall n'est pas utilisé pour l'accueil des familles⁷¹. En tout état de cause, il conviendra pour les opérateurs funéraires gestionnaires de chambres funéraires d'apprécier au cas par cas si l'affichage est bien suffisant pour que l'existence des autres opérateurs soit bien mise à la connaissance des familles afin que soit évitée toute confusion dans leur esprit.

Aucun document, de nature commerciale et relatif aux autres prestations de service extérieur, ne doit être visible dans la partie du site affecté à la chambre funéraire⁷² et les gestionnaires de la chambre funéraire ne peuvent accepter aucune commande de prestations du service extérieur, avant d'avoir reçu un document attestant que la personne habilitée à procéder aux funérailles a pris connaissance, au préalable, de la liste des

⁶⁹ Décision n° 2000-D-59 en date du 6 décembre 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par la société PFG (nouvellement OGF) dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Seine-Maritime.

⁷⁰ Décision n° 04-D-21, précitée n. 50.

⁷¹ Décision n° 04-D-70, précitée n. 56.

⁷² Article L. 2223-72 du CGCT.

opérateurs concurrents⁷³. A titre d'exemple, le fait, pour un syndicat intercommunal de pompes funèbres, d'exposer des articles funéraires et de diffuser des documents de nature publicitaire concernant le syndicat, dans le hall d'entrée commun à la chambre funéraire et aux locaux commerciaux de celui-ci, est de nature à entretenir la confusion dans l'esprit des familles⁷⁴.

Par ailleurs, le fait que n'existe pas de confusion dans l'esprit des familles entre les activités de gestionnaire de la chambre funéraire et celles d'opérateur de pompes funèbres implique aussi une différenciation des numéros téléphoniques de chacune des structures, ainsi le numéro d'appel ne saurait être commun, ce qui laisserait à penser que les prestations dispensées dans la chambre funéraires sont liées à celle offertes en aval par la société gestionnaire de la chambre⁷⁵. On peut citer l'exemple d'une SEML qui utilisait un numéro d'appel unique pour ses activités de pompes funèbres, de crématorium et de chambre funéraire, le centre funéraire n'étant pas lui-même répertorié en tant que tel, ni sur le minitel, ni sur l'annuaire. Le conseil de la concurrence a néanmoins considéré dans ce cas que l'affectation d'un numéro unique n'apparaissait pas à lui seul de nature à entraîner un risque de confusion, dans la mesure où les obligations d'affichage de la liste préfectorale des opérateurs funéraires étaient remplies⁷⁶.

* *
*

L'ouverture à la concurrence du service extérieur des pompes funèbres, si elle n'a pas eu les conséquences attendues quant à la baisse du prix des prestations obsèques, a néanmoins permis d'améliorer grandement les conditions d'exercice et de transparence de la profession, au travers d'une meilleure information des familles des défunts et d'un renforcement de la garantie de leurs droits. Ces objectifs sont encore renforcés par la récente réforme de la prévoyance funéraire de 2005. L'augmentation

⁷³ Article L. 2223-88 du CGCT.

⁷⁴ Décision n° 97-D-84 précitée n. 57.

⁷⁵ Décision n° 03-D-15, précitée n. 53.

⁷⁶ Décision n° 04-D-21, précité n. 50.

des pouvoirs de sanction du préfet devrait permettre à celui-ci d'assurer un contrôle plus efficace sur l'activité des opérateurs funéraires, alors même que lui est aujourd'hui reproché le caractère quasi-systématique de l'octroi de l'habilitation.

Pour les communes qui assuraient le service avant l'ouverture du monopole, l'arrivée de la concurrence a été l'occasion de pouvoir intégrer de nouvelles problématiques dans la gestion des opérations funéraires. Cela est notamment le cas pour celles qui exerçaient le service extérieur au moyen de régies directes, dont la doctrine décrit souvent les travers : « un outil de travail vétuste, un personnel peu motivé et médiocrement encadré, un coût croissant sans amélioration équivalente du service »⁷⁷. Ainsi, les communes désirant assurer le service de manière directe au sein de leur service, ont été dans l'obligation d'opérer un véritable changement dans leur gestion, et plus loin encore, dans leurs mentalités. Que cela soit par l'introduction d'une comptabilité analytique, la gestion des personnels ou la recherche de la performance et de l'efficacité, les opérateurs publics intervenant directement sur le marché ont dû accomplir une véritable mutation. Cela les a aussi poussé à aller vers des modes de gestion plus adaptés au marché, tel que l'intercommunalité ou encore l'économie mixte locale.

Malgré tout, l'intervention publique reste enserrée par des contraintes qui nuisent encore à sa compétitivité. La lourdeur du processus décisionnel d'une mairie n'en est pas une des moindres. Les régies doivent aussi faire face à l'inadaptation à l'exercice d'une activité industrielle et commerciale, d'une fonction publique territoriale toujours très présente, malgré le recrutement d'agents privés. Les quelques avantages que certaines régies municipales pouvaient tirer de l'ancien monopole, notamment du fait de certains liens avec les services municipaux tendent aujourd'hui à disparaître du fait de la jurisprudence du conseil de la concurrence. Ainsi peut-on dire que si l'intervention de la commune se doit d'être encadrée, notamment en ce qui concerne le strict exercice de mission de service public, au vu de ses conditions

⁷⁷ Mancel (J.-F.), « Gestion publique, gestion privée : la fin du clivage », *AJDA* 1990, chr. p. 175.

d'intervention sur le marché du funéraire, les personnes privées semblent très largement protégées. En témoignent les difficultés actuelles que les régies rencontrent pour se maintenir sur le marché, malgré la persistance de certains avantages fiscaux. En 2004, elles étaient 29 % de moins par rapport à 1999⁷⁸.

L'intervention de la commune directement pour l'exercice du service extérieur relève alors d'une réelle motivation de maintien d'un service public. Nombre d'opérateurs publics se sentent ainsi investis d'une mission de régulation du marché, que cela soit au niveau des prix ou de la qualité des prestations, mission que la réglementation du service extérieur n'a pas su mettre en place. Le choix de l'exercice d'une activité commerciale par une commune, reste un choix stratégique, qui semble caractéristique de sa volonté de présence dans certains domaines sociaux. La concurrence pousse alors les collectivités à assainir leurs conditions de gestion. L'intervention des collectivités peut être, en retour, un facteur de moralisation de la profession. C'est dans cette acception que les communes doivent intégrer leur intervention sur le marché, et ce n'est qu'en mettant en avant la spécificité de leur rôle, garant de mission de service public, que celles-ci seront légitimes dans ce choix.

⁷⁸ Rapport du CNOF, précité n.1.

DISTINCTIONS

- Premier prix de thèse et prix de l'Association des Docteurs en Droit

Attribué à l'étudiant ayant soutenu la meilleure thèse, toutes disciplines confondues
décerné à : ***Mademoiselle Laurence DESFONDS***

Thèse : « Langage et conceptualisation du contentieux provisoire des décisions administratives »

- Prix du Master Professionnel Conseil juridique au commandement

Attribué au Major du Master Professionnel Conseil juridique au commandement
décerné à : ***Monsieur Léon MEHOBA***

Mention Droit Public

- Prix EDF

Attribué au Major du Master Recherche Droit administratif et collectivités territoriales
décerné à : ***Mademoiselle Fleur GIOCANTI***

- Médaille du Conseil général

Attribuée à l'étudiant ayant rédigé la meilleure thèse traitant des collectivités territoriales
décernée à : ***Monsieur Emile-Henri BISCARRAT***

Thèse : « L'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre et le développement local »



TABLE DES MATIÈRES

● <i>Continuité, renouvellement, réformes et autres avatars de la vie politique et administrative</i>	
Introduction par Jean-Marie PONTIER.....	3
● <i>On a assassiné Trenet !</i>	
par Frédéric COLIN.....	21
<i>Le licenciement d'un collaborateur de cabinet des administrations parisiennes</i>	
par Frédéric COLIN.....	25
● <i>L'A.R.S., une décentralisation du système de santé en trompe l'œil ?</i>	
par Fleur GIOCANTI.....	31
● <i>L'intervention de la commune en concurrence : la gestion directe du service extérieur des pompes funèbres</i>	
par Ted GINSBURGER.....	47
● <i>Distinctions</i>	71

