

## PETITS RIENS ET GRANDS DÉBATS

par Jean-Marie PONTIER,  
*Professeur à Paris I - Panthéon Sorbonne,  
Directeur du Centre de Recherches Administratives de la Faculté de Droit  
Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III*



L'année universitaire a commencé dans la double perspective, de la loi d'autonomie des universités d'une part, de la conclusion d'un nouveau contrat d'établissement entre l'État (mais lorsque l'on dit l'État, on veut dire évidemment le ministère chargé de l'enseignement supérieur) et notre université d'autre part. Ajoutons, comme perspective supplémentaire, et locale, la constitution d'une future université unique dans la région, à laquelle ont souscrit les trois universités, et l'on aura une idée de l'effervescence qui peut se manifester ici ou là, des préoccupations des uns et des autres, des interrogations de tous ordres qui se posent.

### TRENTE ANS

Il se trouve que tous ces événements qui se profilent coïncident avec les trente ans de l'annuaire, donc avec les trente ans de nos rencontres. A l'échelle nationale, à plus forte raison à l'échelle de l'humanité, trente ans est une durée dérisoire, ne parlons pas alors avec d'une comparaison avec l'histoire de l'univers.

Pour situer un peu les choses, du point de vue temporel, et en employant une image, si on ramène toute cette « histoire » (qui n'en est pas une puisque l'histoire suppose l'homme, qui l'a inventée) à 24 heures, l'humanité (représentée, en gros, dans ses origines, par des « ancêtres » assez lointains, que l'on prenne Lucy ou Toumaï, ou quelques autres) n'apparaît qu'à la dernière minute. C'est dire pour notre pauvre petite durée de trente ans ...

Cependant, à l'échelle de la vie humaine, trente ans c'est déjà beaucoup. Trente ans ce n'est plus l'enfance – même si certains y demeurent toute leur vie – c'est déjà la maturité, tout en ayant encore l'imaginativité, l'inventivité, le dynamisme, qui, plus tard, finissent par s'essouffler un peu (et même si certains demeurent créatifs et gardent leur génie jusqu'au dernier moment, si l'on pense, par exemple, à des peintres comme Cézanne ou encore Renoir, à la main cependant paralysée). Trente ans c'est, pour une personne, la capacité et la volonté de lancer des projets, d'innover, de

faire avancer les choses, comme l'on dit.

Pour une publication, trente ans c'est encore plus. On l'a souvent dit, le plus difficile, pour une revue, comme pour beaucoup d'autres choses, ce n'est pas de commencer, c'est de durer. Les débuts sont toujours grands, enthousiasmants, on imagine tout ce que l'on va faire, on est rempli d'idées, on est animé de la foi dans l'entreprise dans laquelle on s'est lancé. Avec le temps, les bonnes volontés s'émeussent généralement, de multiples difficultés apparaissent, auxquelles l'on n'avait pas songé, des obstacles, qui finissent par devenir épuisants, le doute ou le scepticisme s'installe. On risque d'être gagné par l'habitude, qui peut aider dans la vie quotidienne mais se révèle un redoutable danger par la sclérose des institutions qu'elle entraîne. Il faut se renouveler, ce qui suppose un effort permanent, réinventer les raisons de poursuivre, construire pour l'avenir.

Malgré toutes ces difficultés, qui ne sont pas propres à une œuvre, une institution, mais caractérisent toute entreprise humaine, l'équipe de l'annuaire est toujours là, fidèle à son poste, et l'annuaire a paru régulièrement depuis trente ans, cette régularité étant toujours, chaque année, une source d'angoisse et de frayeurs, tous ceux qui contribuent à sa réalisation passant par les affres du doute et de la peur. Si tout ceci a été possible, c'est d'abord par l'amitié de tous les participants à cette Table ronde, amitié qui a permis de surmonter un certain nombre de tempêtes. On le sait bien, la vie n'est pas « un long fleuve tranquille », et

cela vaut pour une institution, un groupe, comme pour une personne. Il y a des moments de joie, de satisfaction, il y en d'autres plus sombres, et quelquefois on peut être tenté de quitter le navire que l'on voit en perdition. Jamais la Table ronde n'a été abandonnée par ses membres, tous ont manifesté la solidarité qui a permis de tenir, de durer. Nous poursuivrons cette œuvre parce que nous sommes forts, assurés de la présence de chacun des autres. Et nous avons fait, nous continuerons de faire, œuvre utile pour les autres, parce que, ce que nous faisons n'est pas seulement, même si c'est aussi, le compte rendu d'une rencontre amicale. Nous entendons faire œuvre scientifique, contribuer à l'approfondissement de questions juridiques avec l'analyse de chaque pays.

Le droit comparé est plus que jamais nécessaire. On ne peut plus, c'est une évidence sur laquelle il n'y a pas eu lieu d'insister, s'en tenir aux droits nationaux. Mais on ne peut pas, non plus, s'en tenir à un dialogue entre les droits nationaux et le droit communautaire, pour des raisons presque tout aussi évidentes. Tout d'abord, tous les pays européens ne font pas partie de la Communauté, et la Table ronde compte des représentants de pays européens non membres de l'Union, le dialogue des droits est tout aussi important avec ces pays qu'avec l'Union, et l'un des intérêts de la table ronde est de permettre cet échange qui ne se limite pas à l'Union.

Au-delà de l'Europe, il existe d'autres droits, qui parfois s'inspirent de certains droits européens et qui, en tout état de cause, méritent

d'être connus. Des universitaires de pays non européens participent régulièrement à la Table ronde, ce qui donne un autre regard sur nos institutions et nos règles. Le droit comparé est indispensable, parce que, s'il est bien fait, il conduit à une réflexion mais également à des réformes de notre système juridique. Or, parce qu'il est difficile, le droit comparé arrête souvent les chercheurs, notamment les doctorants, rares à s'engager dans cette voie. Le Centre de recherches administratives est l'un des quelques centres, en France, à faire véritablement du droit comparé, grâce à l'équipe d'universitaires des différents pays, une équipe qui est unique en son genre. Le CRA fait partie du Groupement de droit comparé, organisé jusqu'à présent en groupement de recherche (GDR) et qui doit changer de statut parce que le statut de GDR ne peut être un statut permanent : c'est d'ailleurs là l'occasion de souligner l'une des caractéristiques du système français qui peut apparaître bien mystérieuse aux étrangers, cette multiplicité d'organismes, avec des complications dans lesquelles on semble se complaire, des principes ou des règles qui paraissent obscurs ou incompréhensibles pour ceux qui ne les ont pas posés. Quoiqu'il en soit, le Groupement de droit comparé (GDC) est en quête d'un nouveau statut mais, quel qu'il soit, le CRA en demeurera une composante forte, parce que l'on peut penser (et dire) que la Table ronde du CRA et l'annuaire qui en est (pour partie) l'expression sont effectivement indispensables en France

pour le développement du droit comparé.

### **RÉFORME DES UNIVERSITÉS, RÉFORME DE L'UNIVERSITÉ**

Il est difficile d'ignorer, en France, qu'une loi de réforme des universités a été adoptée, tant on en a parlé, tant on continuera d'en parler. C'est un thème inépuisable, il est probable que demain et après-demain, mais sous d'autres formes probablement, cette question reviendra sur le devant de la scène. La récurrence des réformes montre au moins, d'abord que cela préoccupe, ensuite que la préoccupation est justifiée par le fait que les réformes effectuées dans le passé n'ont pas donné toute satisfaction (c'est ce que l'on appelle un euphémisme) ou/et n'ont pas réglé les problèmes qui se posent. La seule consolation que l'on peut avoir, c'est que, dans d'autres pays du monde, on s'interroge également sur les réformes à apporter à l'université, en particulier dans le domaine du droit.

L'une des raisons de la loi qui a été adoptée l'été dernier sur l'université est l'adaptation à la compétition internationale. Les pouvoirs publics (mais ils ne sont pas les seuls, les universités sont tout aussi responsables), après avoir ignoré pendant longtemps la dimension internationale, se sont rendu compte de sa nécessité, en particulier, naturellement, lorsqu'une université d'extrême orient a eu l'idée d'établir un classement des universités. Les dirigeants sont désormais obnubilés par le « classement de Shanghai » et veulent que les universités françaises soient mieux classées (objectif louable) quels que soient les moyens et même si

cela est artificiel (ce qui est beaucoup moins louable). Une seule chose est sûre, il faut exister à l'échelon international, il ne faut pas ignorer la concurrence entre les universités, s'il y a compétition, il faut y entrer. Encore le faut-il avec les moyens qui sont de nature à pouvoir se confronter aux autres, et il n'est pas du tout certain que, sur ce plan, les pouvoirs publics aient pris la mesure de ce qu'il convenait de faire.

On parle beaucoup de l'autonomie des universités. L'autonomie est une notion faussement claire, elle ne signifie que ce que l'on y a mis. L'autonomie est en liens avec la liberté, elle est normalement la conséquence de la reconnaissance de cette dernière. L'autonomie des universités est une vieille revendication, on la trouve dans les plus anciennes universités qui ont été créées, au cœur du Moyen Age, en sa période de plénitude et de création intellectuelle et artistique. Mais l'on sait aussi que dans ces principautés qui n'étaient pas encore des États, et plus particulièrement en France, qui cherchait à l'être, les universités eurent maille à partir avec le prince (civil ou ecclésiastique) ou avec le roi.

En France l'État, depuis la Révolution, n'a jamais entendu l'autonomie sans un contrôle. Cela est sans doute logique et, partout, l'autonomie s'accompagne de contrôles, parce qu'il ne peut y avoir de liberté sans limites et que, de plus (et peut-être surtout) il faut rendre compte à la Nation des dépenses publiques, toujours très élevées, que

celle-ci consent pour son système d'enseignement et d'éducation. Cependant, les contrôles peuvent être conçus de différentes manières, et ils peuvent être plus ou moins étendus.

La particularité du système français est l'importance de la présence de l'État, qu'il s'agisse de l'autonomie des collectivités territoriales ou de celle des universités. L'État a ses représentants dans les deux cas, le préfet pour les collectivités territoriales (et, naturellement, pour les services déconcentrés, mais c'est une autre problématique) et le recteur pour les universités. Ce terme de recteur est trompeur : dans la plupart des pays il désigne le président de l'université, en France il est tout autre chose, d'abord le représentant de l'État. Certes les textes l'affublent du titre de « chancelier de l'Université », ce qui fait joli et impressionnant pour ceux qui ne savent pas ce que cela représente et, normalement, il n'a pas le même rôle à l'égard des universités qu'à l'égard de l'enseignement secondaire. En réalité l'expérience montre qu'une université ne peut pas se passer de l'accord du recteur, celui-ci pèse parfois lourdement sur le fonctionnement des universités.

L'État a inventé un moyen très habile pour orienter les universités, c'est la contractualisation. Les universités sont autonomes, mais par le biais de la contractualisation il est possible d'imposer aux universités ce que veut l'État. Car, constatation banale que font les hommes et les institutions depuis des millénaires, la clef de tout ceci est

évidemment faite de financements, de ressources. L'argent, pour dire les choses plus familièrement, est la source de difficultés ou de solutions. Si une université ne va pas dans le sens voulu par l'État, les ressources sont coupées, ou réduites. Il faut s'inscrire dans la politique de l'État pour obtenir les financements adéquats. Rien que de plus normal, dira-t-on, sauf que, alors, il vaut mieux ne pas proclamer *urbi et orbi* que les universités sont autonomes. D'autant que la politique de l'État n'est pas toujours d'une grande clarté et que, au surplus, elle peut parfaitement opérer des virages à 90° sans que l'on sache les raisons de ces changements : ainsi, par exemple, à un moment c'est la politique de site qui est privilégiée, trois ans plus tard c'est une politique thématique.

Le transdisciplinaire est à la mode, ce qui est évidemment très satisfaisant sur le plan théorique – et, par goût comme par formation, je suis très porté sur d'autres disciplines que le droit – encore faut-il que cela puisse se faire de manière concrète, ce qui n'est pas vraiment le cas, ou vraiment pas le cas (chacun choisira la nuance qu'il veut) : la transdisciplinarité ou l'interdisciplinarité peut parfaitement, et c'est souvent le cas, être artificielle, de façade, et l'affichage peut être simplement le moyen de faire plaisir au ministère et d'obtenir le financement pour une opération ou une recherche. Ceci étant, les torts sont largement partagés, l'État a quelquefois bon dos, il est facile de lui imputer ce qui ne fonctionne pas. Les universités ne se conduisent pas toujours

de manière responsable, elles laissent perdurer des situations qui devraient disparaître, elles commettent des gaspillages, la gestion d'une université est quelquefois catastrophique, on n'en finirait pas d'énumérer les erreurs commises, les corporatismes enkystés, les inégalités entre les services, les disciplines, les oppositions stériles...

Quoi qu'il en soit, cependant, il reste que l'un des nœuds gordiens (il n'y en avait certes qu'un, mais étant le succès de l'expression, on en décompte un nombre incalculable) est celui des finances des universités, et que la loi adoptée n'apporte rien de nouveau de ce côté-là. Pour dire les choses plus clairement, on n'a pas touché du tout à deux points clés, les droits d'inscription et la sélection. Ce sont plus que des points clés, ce sont des tabous. On entend dire habituellement que les tabous disparaissent, c'est sans doute vrai en certains domaines (encore que ...) mais ceux qui ont disparu ont été remplacés par d'autres tabous, nos sociétés sont remplies de tabous, nous en créons de nouveaux en permanence. Et dans ce petit monde universitaire qui est le nôtre, figurent ces deux tabous. Ils font trembler les pouvoirs publics, toute idée de les remettre en question est immédiatement écartée, le pouvoir qui s'affirme réformateur ne touche pas à ces aspects.

Depuis l'affaire Dewaquet – c'était en 1986 – il ne peut être question de modifier (pour, naturellement, les augmenter) les droits d'inscription à l'université, droits dont on ne peut dire, cependant, qu'ils seraient d'un montant exorbitant. Le double mythe de l'égalité

et de la démocratisation de l'université (vieux thème ou chiffon que l'on agite depuis la Libération en 1945) interdit d'apporter quelque changement que ce soit. C'est bien là un mythe dans ses trois sens de représentation, d'idée force et, surtout, troisième sens, d'idée fausse. Car la démocratisation se résume, pour ceux qui tiennent ce discours, à l'ouverture de l'accès de l'université au plus grand nombre. Le sort de ceux qui entrent n'intéresse plus les idéologues accrochés à ce mythe.

Et cependant, les enquêtes dont on dispose aujourd'hui sont cruelles pour ces mythes et devraient dessiller les paupières : le nombre de ceux qui sortent du système universitaire avec un diplôme et trouvent un travail en adéquation avec ledit diplôme, et qui sont issus des classes modestes ou défavorisées de la population, est plus élevé dans les pays qui pratiquent la sélection et ont instauré des droits d'entrée sans comparaison avec ceux qui existent en France que dans notre pays. Mais rien n'y fait, les chiffres peuvent être ce qu'ils sont, certains préfèrent demeurer arc-boutés sur leur principes et leurs mythes plutôt que de voir la réalité.

Face à ces difficultés financières, les universités ont bien cherché des voies de traverse, des moyens de pallier les insuffisances budgétaires. Ce moyen, légalement autorisé, était celui des redevances. Il est très vite apparu que les redevances au sens strict du terme étaient très difficiles à mettre en œuvre (comment réserver un service à ceux qui ont effectivement payé ?) et le

système a été contourné ou détourné : les facultés ont institué de fausses redevances qui, en fait, étaient payées par tous, du genre le paiement du dossier d'inscription. Les sommes demandées étaient modiques mais, sur des milliers d'étudiants, cela représentait des sommes non négligeables et permettaient, comme l'on dit, de colmater les trous. L'État était parfaitement informé de la chose et « fermait les yeux », tout au moins tant que des syndicats étudiants ne se sont pas mis dans l'idée de contester ces « redevances » qui n'étaient évidemment pas conformes aux règles. Plutôt que de régulariser dans la loi ces paiements, ce qui aurait été facile et n'aurait pas pesé outre mesure sur les étudiants (d'autant que, de manière logique, et ceci a été réitéré à maintes reprises, le changement de système aurait impliqué, nécessairement, un changement dans le système des bourses, attribuées moins chichement qu'elles ne le sont aujourd'hui), les dirigeants, « tétanisés » par le passé, par la peur de la descente des étudiants dans la rue, ont rejeté cette idée.

La réforme de l'université est également en cours, sans que l'on puisse affirmer qu'elle ira à son terme. Ce terme c'est l'université unique sur Aix Marseille, soit le regroupement des trois universités existant à l'heure actuelle (université de Provence, université de la Méditerranée et université Paul Cézanne) en une seule. Si cela se fait il y aura une énorme université de plus de 70 000 étudiants sur un grand nombre de sites, et l'on peut imaginer toutes les questions que cela peut soulever. C'est le classement évoqué plus

haut qui explique ce regroupement (et bien que les universités qui sont bien classées soient des universités de taille tout à fait moyenne) ainsi que la volonté de rationalisation qui anime le ministère (rationalisation très utile, sans doute, pour des sciences physiques, chimiques, de la vie ou de la terre, beaucoup moins en ce qui concerne le droit), sans compter les données purement locales, qui ne manquent pas. Il se peut que l'université unique soit une solution à certains problèmes, mais on peut éprouver un certain scepticisme, vu du côté du droit, sur l'intérêt réel de l'opération, et l'on peut se demander si l'on ne cherche pas, aussi ou avant tout, un effet d'affichage, affichage à la fois local, national et international. L'avenir dira ce qu'il en est.

#### **LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE ET LA RÉFORME DES INSTITUTIONS**

Le Président de la république, dans son ardeur à réformer, a désigné une commission pour réfléchir à la réforme (éventuelle) des institutions. Nul ne peut présumer de ce qu'il en sera des conclusions que rendra la commission, conclusions qui n'affectent en rien les idées que chacun peut avoir lui-même sur la question. Quelques remarques peuvent être faites à cet égard.

Tout d'abord on ne peut que trouver quelque peu curieux, pour ne pas dire étrange, que le président de ladite commission fasse part de son sentiment et de ses préférences avant que la commission n'ait rendu son rapport ni même ait vraiment travaillé sur le sujet. A quoi sert-il de réunir une commission

dont tous les membres sont (bien évidemment) éminents, si les conclusions auxquelles on veut parvenir sont déjà arrêtées ?

La manifestation de cette expression, comme d'autres opinions déjà émises, montrent qu'une orientation, c'est-à-dire un régime, a, suivant une expression imagée, le vent en poupe, c'est le régime présidentiel, présenté comme la solution à nos problèmes. Le régime présidentiel a déjà été expérimenté dans notre pays, on ne peut pas dire que cela ait donné de bons résultats : la malheureuse Deuxième République, si attachante par ailleurs, n'a guère eu le temps de mettre en œuvre ses idées. A peine était-elle adoptée qu'elle a été pratiquement enterrée, et sans fleurs ni couronnes. Certes, objectera-t-on, le président était un certain Louis Napoléon, et l'on pouvait se douter qu'il n'abandonnerait pas si facilement le pouvoir (comment certains ont-ils pu croire, comme Lamartine, qu'ils avaient des chances d'être élus face au neveu ?). Sans doute, encore, la constitution de 1848 comportait des faiblesses, et l'une des erreurs a peut-être été (il est toujours plus facile de le suggérer après coup que sur le moment) de prévoir que le président de la République ne serait pas rééligible. Sans doute, de plus, les circonstances d'alors n'ont pas grand-chose à voir avec celles d'aujourd'hui ... Il n'en reste pas moins que la France n'est pas assimilable, pour son fonctionnement, au États-Unis, que le régime présidentiel, s'il était institué dans notre pays, n'y fonctionnerait certainement pas comme dans les premiers. C'est que, malgré tous les efforts, considérables, du président de la République

pour « casser » le clivage traditionnel droite-gauche, en France, avec un régime présidentiel, on n'imagine guère, pour l'instant, un fonctionnement harmonieux du Parlement et la compréhension réciproque entre les partis qu'exige un tel régime.

#### **DE L'ÉTAT (ENCORE ET TOUJOURS)**

Ce titre pourrait signifier que les Français demandent de l'État, en redemandent, ce qui serait à moitié vrai et s'exposerait à l'objection selon laquelle nous n'en sommes plus là, la tendance est (ou serait) plutôt au retrait de l'État. Il est pris dans un autre sens, qui n'est évidemment pas entièrement dénué de tout lien avec le précédent, en utilisant le « de » au sens latin du terme : au sujet de. On veut dire par là qu'il est encore et toujours possible de s'interroger sur l'État, sur son rôle, et qu'il est probable que ce type d'interrogation n'est pas près de disparaître dans notre pays. Pour faire se rejoindre les deux sens on pourrait avoir recours à une image, celle de la marée, qui tantôt est montante, tantôt descendante. S'agissant de la place et du rôle de l'État, si l'on posait la question de savoir si l'on est dans le cas d'une marée montante ou descendante, la réponse serait massivement, et quels que soient les sentiments ou les convictions des intéressés, que l'on se trouve bien dans la situation d'une marée descendante. Mais l'histoire, quoi qu'en aient dit certains (et sans vouloir non plus caricaturer leur pensée, beaucoup moins tranchée que les résumés que l'on en a souvent présentés) n'est pas achevée, rien ne dit qu'il n'y aura pas, un jour, un retour

de l'État, à moins qu'une autorité mondiale ne lui succède, ce qui est à l'heure actuelle, il faut bien le dire, une vue de l'esprit.

Le retour de l'État n'est-il pas déjà amorcé ? Certains signes vont en ce sens, à moins que l'État n'ait jamais vraiment cédé sa place, que l'on se soit illusionné sur ses faiblesses, sur sa disparition un peu trop prématurément annoncée. Il y a peu de temps, encore, on se gaussait des appels au « patriotisme économique » lancés par un Premier ministre français. Et cependant, lorsqu'un dirigeant parle de « préserver les intérêts nationaux face à des investissements étrangers problématiques », nul ne trouve à redire. Ce dirigeant est celui d'un pays qui passe pour être autrement plus favorable au libéralisme économique que la France, c'est la chancelière allemande Angela Merkel, s'exprimant en août 2007. Y'a-t-il deux poids et deux mesures selon que celui qui s'exprime est un dirigeant français ou un dirigeant allemand ? Ou bien est-ce la perception de la mondialisation qui a changé ? La mondialisation s'est présentée, pendant au moins deux décennies, comme rimant avec libéralisation des échanges, privatisations et recul des États.

Dans un article récent un auteur (F. Lamaître) écrit que demain, « par un étrange retournement de situation, globalisation rimera de plus en plus souvent avec nationalisations ». Selon cet auteur, les entreprises ne seront plus la propriété des États dans lesquels elles ont vu le jour, mais des nouveaux banquiers de la planète : Chine, Russie, Norvège, pays du Golfe

persique notamment. Ces pays ont beaucoup d'argent, provenant de l'augmentation du prix des matières premières ou des excédents commerciaux. Ils se sont contentés d'abord d'acheter des bons du Trésor américain, puis se sont mis à acquérir des actions, d'un meilleur rendement. Pour l'instant les participations qu'ils prennent sont des participations très minoritaires, ce qui permet de ne pas intervenir dans la gestion tout en tirant profit de l'activité de l'entreprise par les dividendes perçus. Ainsi par exemple la Norvège gère 300 milliards de dollars de participation (soit environ 219,5 milliards d'euros), l'État norvégien est présent dans le capital d'environ 90 sociétés françaises (avec 1% de participation dans chaque cas, ces participations étant donc très discrètes).

Certains font l'hypothèse que, dans l'avenir, ces États pourraient accroître leurs participations, monter en puissance dans le capital de certaines sociétés. C'est déjà le cas de certains États du Golfe persique qui, par l'intermédiaire de Fonds, augmentent de manière significative leur participation dans des entreprises jugées intéressantes. Selon Morgan Stanley les fonds publics (dits souverains) gèrent aujourd'hui environ 2500 milliards de dollars (dont le tiers provient du seul fonds des Émirats arabes unis) et ce chiffre pourrait s'élever, en 2015, à 12 500 milliards de dollars. La Russie va créer, en 2008, un fonds doté chaque année d'une quarantaine de milliards de dollars pour prendre de telles participations. La Chine a annoncé qu'elle allait créer un fonds similaire

doté de 300 milliards de dollars chaque année pour effectuer des investissements à l'étranger (à titre de comparaison, le plan Marshall lancé en 1945 pour la reconstruction de l'Europe représenterait aujourd'hui, recalculé, un chiffre d'environ 100 milliards de dollars, ce qui donne une idée de l'ampleur et de la capacité d'intervention de certains États aujourd'hui). Avec 300 milliards par an, fait-on remarquer, la Chine pourrait s'offrir l'ensemble des valeurs du CAC 40 en l'espace de cinq ans. On reste rêveur ...

D'où une sorte de nouvelle légitimité de l'interrogation sur la liberté de circulation des capitaux. Ainsi que l'écrit encore F. Lemaître : « faut-il laisser des États étrangers faire leur marché et mettre la main sur les technologies occidentales ? ». D'autant que l'intervention de ces fonds n'est pas plus transparente que celle des fonds privés, c'est au contraire l'opacité la plus grande qui règne. Si l'Allemagne, par l'intermédiaire de sa chancellerie, cependant très attachée au libéralisme économique, s'interroge, c'est parce qu'elle s'inquiète des risques d'influence politique de ces fonds. Les États-Unis, présentés, un peu abusivement (car ils ont un sens très direct de leurs intérêts) comme les chantres d'un libéralisme débridé, ont pris des mesures depuis 2007 pour contrôler les investissements étrangers dans les domaines sensibles que sont, pour eux, le transport, les télécommunications, l'énergie, la santé. La procédure mise en place prévoit qu'en cas de demande de contrôle d'une entreprise par un État étranger, un comité de contrôle des

investissements étrangers examine le dossier, le directeur du renseignement national est obligatoirement averti, le Congrès doit être informé du résultat de ces investigations, et le secrétaire d'État au Trésor comme le secrétaire d'État à la sécurité nationale doivent donner leur accord.

Les mesures prises en France, et que l'on a tourné en dérision, pour protéger des secteurs sensibles (que n'a-t-on pas dit sur la volonté des pouvoirs publics d'éviter de voir Danone passer dans des mains étrangères, cette remarque n'impliquant ni approbation, ni contestation de ces mesures, mais étant un simple constat), sont finalement très douces par rapport au mécanisme mis en place aux États-Unis. Cela montre également qu'il existe plusieurs sortes d'États, que la puissance est à plusieurs vitesses ou à plusieurs degrés, que certains États n'ont plus que l'apparence de ce qu'ils prétendent être, étant sous la dépendance d'autres puissances, entreprises ou États, tandis que d'autres États, en apparence modestes, ou n'ayant pas le passé de gloire de certains, sont en train d'acquiescer discrètement une puissance que perdent les premiers. Depuis qu'il existe des États, certains sont faibles, d'autres forts. Mais dans le passé la réalité correspondait le plus souvent aux apparences. Désormais il existe un jeu complexe des apparences et de la réalité, il est beaucoup plus difficile qu'auparavant d'appréhender cette réalité.

Pour s'interroger sur le rôle de l'État on peut changer de registre, examiner, dans le cadre national, ce qu'il en est. Par exemple,

dans le domaine des risques, l'État conserve un rôle essentiel et difficilement remplaçable. Imaginons une pandémie à l'échelle mondiale qui serait provoquée par une mutation de ce désormais célèbre virus connu sous le nom de H5N1 : l'hypothèse n'est nullement invraisemblable, c'est même celle que les scientifiques tiennent pour être la plus sûre (ce qui est une façon de dire ou, si l'on préfère, la moins improbable). Il y a peu de temps, encore, ce virus a subi des mutations inquiétantes car si le passage à l'homme n'est pas acquis pour l'instant, cela pourrait venir. Le virus est sous haute surveillance, et une course de vitesse est lancée pour découvrir un vaccin. Mais cela prendra vraisemblablement des années et, d'ici là, comme l'on dit, le virus a le temps de faire des siennes.

Si, donc, le passage à l'homme se produisait, ce serait une catastrophe, et nul ne sait d'où la pandémie pourrait partir, ne serait-ce que en raison de la circulation des hommes (au sens générique, cela va de soi) et de tout ce qu'ils transportent avec eux, une personne infectée (ou un animal) pouvant se trouver en quelques heures de l'autre côté de la planète. En cas d'épidémie qui serait vite une pandémie, il faudrait probablement prendre très vite des mesures draconiennes. Qui, en dehors de l'État, serait en mesure de prendre de telles mesures ? De plus la peur, justifiée, des citoyens, se transformant rapidement en panique et comportements parfaitement irrationnels serait à l'origine d'une demande pressante d'intervention de l'État. Celui-ci prend d'ailleurs

d'autant plus la menace au sérieux que des circulaires ont été adressées à tous les préfets sur les mesures qu'il conviendrait de prendre en pareille hypothèse.

On ne peut que se réjouir d'ailleurs que, pour une fois, les pouvoirs publics fassent de la prévision et de l'anticipation, et envisagent les dispositions à prendre. Celles-ci soulèveraient d'ailleurs de délicats problèmes d'éthique, qui ont été fort bien perçus : dans cette hypothèse de pandémie, malgré les commandes de médicaments faites par les pouvoirs publics – médicament dont, au surplus, l'efficacité est très relative, mais c'est le seul dont on dispose actuellement – les ressources pharmaceutiques seraient insuffisantes pour faire face aux besoins. On voit immédiatement le problème : les autorités sanitaires auraient à faire des choix dans la population pour savoir quelles sont les personnes qui bénéficieraient, en priorité, du médicament en question. On imagine facilement ce que pourraient être les réactions et les comportements. Serions-nous plus rationnels que nos ancêtres face à l'épidémie de peste ? La connaissance nous donnerait-elle plus de sagesse ?

On demeure avec ce risque, fort heureusement, dans le domaine de l'hypothèse. D'autres faits nous invitent à nous interroger sur le rôle de l'État. Un premier fait est celui dit de la mondialisation, terme un peu passe-partout qui recouvre plusieurs réalités. Cette mondialisation est apparue, et a été présentée, comme une menace pour l'État, celui-ci paraissait, paraît toujours, perdre

progressivement de ses prérogatives, moins au profit d'autorités publiques internationales qu'au profit des mécanismes du marché, qu'il subit le plus souvent. Certains auteurs très sérieux, reconnus et ayant écrit des ouvrages remarquables (on peut penser, par exemple, à un auteur tel que M. Castells), annonçaient la fin prochaine de l'État, dépouillé peu à peu de ce qui faisait sa nature, la souveraineté se dissolvant sous l'effet conjugué de plusieurs facteurs liés à la mondialisation. Et il faut bien reconnaître qu'effectivement à l'heure actuelle, sur la scène internationale, certains États n'en ont que le nom, étant sous l'emprise, ou bien d'autres États, ou bien de groupes, qui peuvent être industriels mais également ethniques. Cependant aujourd'hui on peut s'interroger sur un éventuel retour de l'État, un retour à la puissance de l'État ou, du moins, à la nécessité de son intervention.

Lorsque l'on parle de l'État, en France, on passe obligatoirement par la « case » « Réforme de l'État », car c'est une figure imposée dans le jeu politique : même si l'on remonte loin dans le temps, on rencontre ce thème, qui est une véritable exigence. Et l'on ne peut oublier que, parmi les multiples facteurs de la Révolution, l'un d'eux fut l'incapacité de l'État à se réformer, malgré les projets, dont plusieurs étaient remarquables, qui furent soumis au roi. La Cinquième République s'est construite sur la nécessité de la réforme de l'État, à commencer par celle consistant, selon la formule de de Gaulle, à « restaurer l'autorité de l'État ». Les débuts de la Cinquième République sont loin

(même si cela représente un laps de temps très court dans notre histoire, mais le sentiment d'accélération de l'histoire est largement partagé, qu'il soit ou non fondé), comme est très loin, à beaucoup de points de vue, le temps de de Gaulle. Les préoccupations d'aujourd'hui ne sont plus celles des années 60. Mais une réforme retient aujourd'hui à juste titre l'attention, c'est celle du ministère chargé des finances.

Le ministre portant l'appellation officielle de ministre du budget, des comptes publics et de la comptabilité publique a annoncé la mise en œuvre d'une réforme consistant à fusionner la Direction générale des impôts (DGI) et la Direction générale de la comptabilité publique (DGCP). Disons immédiatement que l'on espère que, cette fois, elle sera menée à bien. En simplifiant, la DGI est chargée de calculer l'impôt, tandis que la DGCP assure le recouvrement de l'impôt et contrôle les dépenses des collectivités territoriales. Cela représente, pour la première, environ 75 000 agents et, pour la seconde, environ 55 000, ces chiffres constituant, déjà, un début d'explication à la question de savoir pourquoi ce système, qui date (lui aussi) de Napoléon, n'a pas été réformé plus tôt. Car ce système est à la fois coûteux et inadapté à un État moderne : les citoyens (pardon, les contribuables, car, malgré la formule de la Déclaration de 1789, les services fiscaux et ceux de la comptabilité considèrent que les redevables sont d'abord des contribuables avant d'être des citoyens) ne comprennent pas

(et on comprend qu'ils ne comprennent pas) qu'ils doivent se rendre dans des endroits différents pour leurs démarches, ce qui occasionne perte de temps, d'énergie et énervement ; certains ont parlé de situation ubuesque, ils ont parfaitement raison. Au surplus, ce double système engendre des lourdeurs, il soulève des problèmes parfois délicats de coordination (comment pourrait-il en être autrement ?).

Alors pourquoi n'a-t-on pas réformé le système ? A vrai dire on a essayé, mais sans succès. Un ministre y a même perdu son ministère, c'était M. Sauter en 2000 : les agents du ministère s'opposèrent à la volonté de réforme du ministre et, chose incroyable, dans cette sorte de confrontation, de « bras-de-fer », c'est le ministre qui perdit, et dut céder sa place. On n'en croit pas l'histoire, tant elle est stupéfiante : voici un régime que l'on dit fort, avec une administration qui, constitutionnellement, est soumise au gouvernement (s'il y a une disposition qui est claire, c'est bien celle de l'article 20 de la Constitution qui déclare que le gouvernement « dispose de l'administration » ; que l'on sache, le verbe « disposer » a une signification qui ne présente aucune ambiguïté, aucune possibilité d'interprétation, l'administration est l'instrument du gouvernement), et c'est l'administration, une administration, qui impose sa « loi » au gouvernement. On a l'impression d'un singulier et irritant décalage entre les principes et la réalité. Il est toujours possible de contester les décisions d'un gouvernement, mais il y a le Parlement pour cela, les médias, et,

avant tout naturellement, les élections. Qu'une administration puisse l'emporter sur une volonté politique est anormal, inadmissible, c'est l'expression d'un pur corporatisme qui cherche à se justifier en invoquant un intérêt public que l'on aurait beaucoup de mal à trouver, même en cherchant bien.

Il est vrai qu'en l'espèce le Premier ministre ne soutint pas son ministre et, suivant une formule un peu familière, le « lâcha ». Il est vrai aussi, et encore, que les agents du ministère trouvèrent un allié *a priori* inattendu, et auquel spontanément on ne pense pas, les autorités locales décentralisées, plus particulièrement communales. Car la réforme en question, se traduisant par une fusion, aboutit nécessairement à fermer de nombreuses trésoreries. Les élus locaux se sont effrayés de cette perspective, une telle suppression venant, avant ou après, d'autres fermetures : fermeture de classes, de bureaux de postes, d'hôpitaux. Et tout ceci ne peut qu'alimenter le thème de l'abandon des services publics. Soit dit entre parenthèses, on voit par là un autre inconvénient du nombre extrêmement élevé de nos communes : avec moins de communes, le problème ne se poserait pas, ou pas de manière aussi aiguë. L'aménagement du territoire devient un véritable casse-tête : comment concilier la rationalisation indispensable de nos administrations avec, ainsi que le dit la loi elle-même, « le maintien des services publics en milieu rural » ? Quoi qu'il en soit on peut espérer que, cette fois, la réforme ira à son terme, car, de manière qui paraît peu

discutable, c'est l'intérêt général qui l'applique. Cet exemple montre aussi qu'il est temps de cesser de s'esbaudir sur le système napoléonien, qui a eu, certes, son heure de gloire, mais qui est complètement dépassé aujourd'hui.

Et, puisque l'on y est, et dans la même veine, ne pourrait-on pas procéder à une autre réforme, celle consistant à supprimer la séparation des ordonnateurs et des comptables ? Le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables est présenté traditionnellement aux étudiants comme un principe « sacro-saint » et intangible. Mais au nom de quoi ? Ce n'est pas parce que depuis longtemps il en est ainsi que la chose est justifiée et qu'elle doit être maintenue.

Deux arguments au moins plaident en faveur d'un réexamen de ce principe. D'une part, il n'existe pas dans tous les pays, nombreux sont ceux qui ne connaissent pas cette séparation. Et, que l'on sache, ces pays ne connaissent pas plus de cas de détournements, de fraude, que la France. Si, donc, les autres peuvent s'en passer, pourquoi ne le pourrions-nous pas ? Ce principe repose sur un postulat de départ, fort désagréable, celui qu'il peut y avoir un risque de détournement de l'argent public, on présuppose que l'agent est malhonnête, tout le système repose sur la méfiance. D'autre part, ce principe présente des inconvénients, les mêmes que ceux signalés précédemment, la lourdeur et le coût. Les institutions publiques, qu'il s'agisse des universités ou, par exemple, des établissements publics de santé, se plaignent de ce système, dont on ne voit plus les justifications

et dont on ne voit plus que les défauts. A quand la disparition du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables ?

### **RETOURS ENCORE**

Il ne s'agit pas d'évoquer ici le thème de « l'éternel retour », d'autant que, du point de vue scientifique, le caractère cyclique que suppose ces conceptions est très sujet à caution : jusqu'à preuve du contraire, ce que paraissent démontrer les connaissances scientifiques que nous avons, c'est plutôt le caractère linéaire, et irréversible, du développement historique.

Quoi qu'il en soit, un retour ne manque pas de surprendre, et a été salué comme tel, c'est celui de l'agriculture. C'est là un phénomène très étonnant. Après le spectaculaire développement de l'agriculture française, et sa modernisation tout aussi remarquable, l'un et l'autre datant des années 60 avec le vote des lois (bien inspirées) sur la modernisation (terme retenu par la loi) de l'agriculture, le tout coïncidant naturellement avec l'ouverture des frontières et la création du Marché commun, l'agriculture française était entrée en crise, les crises succédaient aux crises, toutes se résumant, plus ou moins, au thème de la surproduction : crise de l'élevage (crise du porc, notamment, que l'on sait, pour le coup, elle, cyclique, crise du poulet, avec la concurrence d'autres pays, en particulier, aujourd'hui, d'Amérique latine), crise du lait, avec des quotas de plus en plus stricts imposés par Bruxelles et déclenchant, de manière tout aussi classique, la réaction d'agriculteurs en

colère, crise des céréales avec des subventions pour écouler les surplus sur le marché mondial. Tout cela coûtait fort cher – d'où la mise en cause de la politique agricole commune, considérée comme entravant les politiques communautaires dans les autres domaines – et les autorités communautaires revoyaient chaque année à la baisse les productions pouvant bénéficier d'une aide.

Que s'est-il donc passé pour que l'on puisse parler de retournement de tendance ? Remarquons tout d'abord que malgré l'exode rural, qui n'est pas terminé, malgré les crises permanentes que connaît l'agriculture et la baisse du niveau de vie des agriculteurs, l'agriculture française représente encore environ 800 000 emplois ETP (équivalents à temps plein) et que, si l'on ajoute tous ceux qui travaillent dans l'agroalimentaire, cela représente un total d'environ 1,6 million de personnes. L'agriculture, à elle seule, représente trois fois plus d'emplois que l'industrie automobile (un peu plus de 200 000 personnes, beaucoup plus si l'on prend en compte toutes les activités liées à l'automobile).

Les choses ont basculé à partir de 2006. L'évolution la plus spectaculaire est peut-être celle des céréales et, malgré tous les instruments de prévision dans tous les pays, malgré les prospectivistes et autres analystes des évolutions à venir, apparemment personne n'a vu venir ce retournement. Cela devrait nous rendre au moins modestes dans les prévisions que nous établissons à échéance de 20 ou 30 ans et que nous présentons orgueilleusement comme des

certitudes de notre science (bizarrement, d'ailleurs, les domaines dans lesquels la prévision est la plus sûre, comme la démographie, ne donnent pas lieu aux politiques que, cependant, une telle évolution impose ou imposerait).

Les facteurs (on pourrait même parler de causes) sont identifiés. L'un de ces facteurs, que nos instituts, dans les pays développés, auraient pu tout de même prévoir, est l'augmentation de la demande mondiale. La consommation de céréales augmente dans tous les pays dits émergents, et il suffit de citer la Chine et l'Inde pour comprendre rapidement qu'une augmentation de la demande dans ces pays ne peut que rapidement déséquilibrer les cours. La production mondiale de céréales, qui était excédentaire, est devenue déficitaire. La spéculation prenant le relais, la conséquence immédiate est l'envolée du cours des matières premières. En un an, en France (mais le phénomène est mondial) le prix de la farine de blé a augmenté de 60%. Étant donné que la demande mondiale semble, non pas s'affaiblir, mais se développer, étant donné que les stocks mondiaux sont au plus bas, on ne voit pas comment la situation pourrait revenir à l'état antérieur. Ajoutons à cela, dans le cadre des modes actuelles, la vogue très discutée pour les biocarburants : les agriculteurs préfèrent cultiver des céréales en vue de la production desdits biocarburants, parce que cela est plus rentable, qu'en vue de productions alimentaires. On se trouve en pleine aberration économique et politique. Il est certain, en tout

état de cause, que tous les schémas faisant des agriculteurs des sortes de jardiniers pour entretenir la nature sont à remiser dans le placard des vieilleries. Cela pèsera probablement sur la définition de la nouvelle politique agricole commune. Mais on demeure perplexe devant de tels retournements de situations, en s'interrogeant, une fois de plus, sur la crédibilité de toutes les projections que l'on établissait, et que l'on présentait comme de quasi-certitudes.

#### **DÉFINITIONS ET CATÉGORISATIONS JURIDIQUES**

Définir c'est nommer une réalité, lui donner sens, l'individualiser par rapport à d'autres réalités, définir c'est ordonner le monde, le rendre plus compréhensible. C'est aussi, de ce fait, et nécessairement, inscrire cette réalité dans un cadre, qui est limitatif. Le droit cherche à définir, le droit administratif, plus particulièrement, et par sa nature, cherche à appréhender le réel tel qu'il est structuré par le législateur, et déjà filtré par le juge, et même si ce droit ne se réduit pas à ce qu'en dit le juge administratif. Nous induisons des concepts de ce que dit l'auteur de la norme, nous créons des métaconcepts pour parler des premiers. Le législateur ou le juge utilise des concepts qu'il ne définit pas, les juristes s'interrogent ensuite sur ce que sont ces concepts en utilisant différents instruments d'analyse.

C'est ainsi que le concept de service public a connu un succès qui a dépassé toutes les espérances de ceux qui l'avaient utilisé sans savoir la portée qu'il acquerrait. L'établissement public, mais plus particulièrement

l'établissement public territorial, est une autre illustration assez remarquable de cette recherche de définition. C'est la doctrine qui a inventé ce concept, à partir du constat de l'étrangeté des traits de certains établissements publics qui les distinguaient des établissements publics classiques, et si tant est que l'on puisse donner une définition satisfaisante de l'établissement public. Le législateur lui-même a repris la formule d'établissement public territorial, qui est devenu une catégorie juridique propre et, sur un plan quantitatif, très fournie.

Le droit français et, plus largement, l'esprit français, aime bien procéder par la voie de la catégorisation en utilisant des concepts. Ce n'est pas la démarche du droit communautaire qui, pour des raisons compréhensibles tenant, notamment, à la pluralité des législations et des droits, procède plutôt en utilisant la technique de l'énumération.

Une illustration est caractéristique de cette différence de démarche, et des difficultés que cela peut soulever, c'est en ce qui concerne la prise en considération de choses présentant un caractère culturel. Le législateur français a utilisé, dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, une expression courante, que l'on trouve également dans certaines disciplines, comme l'histoire de l'art ou la philosophie, c'est l'expression d'« œuvre d'art », et il a adopté des dispositions en vue de la protection de ces œuvres d'art. La difficulté est évidemment de savoir une œuvre d'art et elle est double. Elle

est de savoir, d'une part, si, pour une catégorie dont chacun admet qu'elle peut constituer une œuvre d'art – par exemple une peinture – il s'agit vraiment d'une œuvre d'art au sens législatif d'une œuvre méritant une protection particulière.

La question ne comporte aucune réponse nécessaire, compte tenu des divergences, que l'on peut observer, et qui sont par ailleurs légitimes, sur la *qualité* de l'œuvre. Pour éviter cette difficulté insurmontable le droit de la propriété littéraire et artistique (droit de la propriété intellectuelle plus largement) ne se prononce pas sur la qualité, mais sur l'originalité, ce qui lui évite des questions ontologiques et des réponses qui seraient toujours contestables. Cependant, dans la mesure où le législateur a prévu des règles protectrices pour certaines œuvres d'art le juge a été amené à se prononcer, quelquefois, sur la nature ou non d'œuvre d'art d'une œuvre que voulait vendre ou exporter son propriétaire. On peut imaginer l'embarras du juge, obligé de se prononcer alors qu'il n'a pas plus de légitimité que quiconque pour dire si une œuvre est ou non une œuvre d'art. Certes, le juge cherche naturellement une « échappatoire » pour éviter de se prononcer sur la question de la nature de l'œuvre, mais il n'y parvient pas toujours, devant alors, *volens nolens*, se livrer à une opération de qualification de l'œuvre.

La difficulté est redoublée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des expressions culturelles plus contemporaines qui, inévitablement, divisent beaucoup plus : peu contesteront qu'un

tableau de Watteau est une œuvre d'art, ils seront sans doute plus nombreux à éprouver une réticence pour appliquer cette qualification au cinéma ou à la bande dessinée, sans parler de nouvelles expressions encore plus éloignées de ce que l'on entendait traditionnellement par œuvre d'art. Et cependant, un juge judiciaire a été amené, une fois, à qualifier un film d'œuvre d'art, c'était à propos du film *Les enfants du paradis*. Que faut-il pour qu'une œuvre soit ainsi considérée comme œuvre d'art ? Est-ce le consensus, comme en certains autres domaines ? Les scholastiques, reprenant une partie des thèses de Socrate, résumaient en disant : *Quod visum placet*. Mais il n'y a plus de consensus sur ce point.

Il fut un temps où ce qui définissait l'œuvre d'art, c'était la beauté. Et, sans revenir sur tous les débats qui ont eu lieu sur ce qu'était la beauté, notamment l'un des dialogues de Socrate, les scholastiques avaient résumé la beauté par cette formule *Quod visum placet*. Nous sommes loin, aujourd'hui, de cette conception, non que la beauté ait disparu mais parce que, d'une part, tout d'abord, la beauté semble avoir parfois déserté l'œuvre d'art pour se retrouver dans les produits industriels, ensuite parce que l'art ne cherche plus à s'affirmer nécessairement par la beauté, qu'il récuse même parfois, enfin parce qu'il n'existe plus du tout d'accord sur ce que doit être l'art.

Le droit communautaire ne procède pas ainsi, cherchant à éviter les définitions abstraites qui ne pourraient que multiplier, en

fonction de la diversité des approches des différents pays, les difficultés. Le droit communautaire utilise le concept de *bien culturel*, ce qui peut paraître plus large que le concept d'*œuvre d'art*, mais sans définir le bien culturel. Il renvoie à une annexe pour une liste de biens considérés comme culturels. L'énumération évite la difficulté précédente, il n'y a aucune question à se poser, il suffit de voir si un bien entre ou non dans l'énumération. Cette démarche très réaliste n'est pas exempte d'inconvénients. On peut d'abord s'interroger sur l'énoncé de la liste que l'on peut trouver trop large ou trop étroit (il est plutôt, d'ailleurs, large, précisément pour répondre aux différentes demandes qui se manifestent) et qui, surtout, ne permet évidemment pas de s'interroger sur ce qu'est un bien culturel. Un autre inconvénient, pour des pays tels que la France, tient au fait que la notion d'œuvre d'art n'a pas disparu de notre droit et doit être combinée, avec plus ou moins de bonheur, avec celle de bien culturel.

Il arrive également que le droit communautaire soulève des questions de concepts par les énumérations auxquelles elle procède. Une affaire qui présente un caractère quelque peu amusant, tout en étant très sérieuse, est celle ayant donné lieu à une décision du Conseil d'État du 7 mai 2007 et dans laquelle a conclu notre ami Yann Aguila. Deux associations ont intenté un recours contre un décret modifiant la nomenclature des installations classées, décret qui modifie une vingtaine de rubriques de la nomenclature sur lesdites installations. Jusqu'ici il n'y a rien que

de très banal. L'une des rubriques concerne les élevages de volailles et de gibiers à plume. Le décret a procédé à un relèvement du seuil du nombre d'animaux à partir duquel il est nécessaire d'obtenir une autorisation d'installation classée pour un élevage.

Là où les choses commencent à devenir intéressantes c'est que les pouvoirs publics, à la suite des autorités communautaires, raisonnent en termes d'« animaux équivalents », ce qui fait songer, bien qu'il n'y ait aucun rapport entre les deux, aux célèbres « animaux machines ». Un tableau précise la notion d'« animaux équivalents » en précisant, notamment, que le coefficient d'« animaux équivalents » est de 2 pour les canards, de 1 pour les poules et de 0,125 pour les cailles (on admirera au passage la précision de ce rapport d'équivalence, qui ne peut plonger le lecteur que dans l'admiration ou la plus grande des perplexités). Cela signifie, concrètement, qu'une autorisation est nécessaire pour un élevage de 15 000 canards, de 30 000 poules ou de 240 000 cailles.

Les deux associations requérantes, dont l'intérêt à agir est facilement admis par le juge, font valoir que le décret viole un des objectifs de la directive du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution. En simplifiant, sont soumises à autorisation, selon la directive, les installations destinées à l'élevage intensif de volailles disposant de plus de 40 000 emplacements. Ces derniers deviennent, dans le décret attaqué, 30 000 « animaux équivalents ». Le

mécanisme des « animaux équivalents » aboutit à un seuil ne respectant pas celui des 40 000 emplacements fixés par la directive pour trois catégories de volailles : les cailles, les pigeons et les perdrix. Cependant, et l'affaire trouve ici tout son intérêt, le ministre soutient qu'il n'y a là aucune illégalité parce que, selon lui, les cailles, pigeons et perdrix ne sont pas des volailles au sens de la directive. Il se trouve que la directive ne définit pas clairement la notion de volaille. La question de savoir si les cailles, pigeons et perdrix, sont des volailles est apparue comme une difficulté sérieuse justifiant le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes.

Voilà donc une affaire réjouissante nous amenant à nous demander ce que sont volailles et volatiles et autres animaux qui partagent au moins un point en commun, que l'on ose à peine évoquer, tant il paraît éloigné des préoccupations du juge, celui de pouvoir être mangés et, qui plus est, de procurer du plaisir dans cette occupation de nutrition. Peu de personnes qui mangent de temps en temps ou régulièrement gibier et ce qui ne l'est pas (autre distinction dans laquelle il vaut mieux ne pas trop s'aventurer) se sont sans doute interrogées, en dégustant, sur l'appartenance à une catégorie juridique de leur nourriture. Il faut espérer que ce plaisir sera préservé.

Les questions de définitions et de catégorisations ne sont jamais neutres, elles produisent des conséquences de tous ordres. Ne parlons pas de la catégorie « Français » et de la catégorie « étranger » dont on sait les

implications, juridiques et politiques. D'autres qualifications, qui paraissent anodines, le sont moins qu'elles ne paraissent.

Ainsi dans les relations de l'administration avec les particuliers. Qui sont-ils, exactement, ces particuliers, du point de vue des catégorisations ? La catégorie « particuliers » n'existe pas administrativement et juridiquement. L'administration a longtemps utilisé, continue quelquefois d'utiliser, le terme d'*administré*. Cette qualification est significative. D'abord, elle implique ou présuppose la passivité de celui qui est qualifié comme tel, elle établit immédiatement un rapport avec l'administration qui est un rapport de subordination. Plus encore, ensuite, elle signifie que l'administré est celui qui subit et doit subir la « loi » de l'administration. Seule celle-ci dispose du savoir, qui lui permet de dire ce qui est bien et bon pour l'administré, lequel doit accepter et obéir. D'autres qualificatifs, tout aussi désagréables, sont utilisés par l'administration : tel est le cas du terme d'assujetti, qui va, lui aussi, dans le sens de la dépendance, pour ne pas dire d'une forme d'infériorité (les auteurs d'ouvrages de science-fiction utilisent quelquefois le terme d'assujettis pour désigner un groupe ou un peuple placé dans une situation d'esclavage).

Il n'est pas très difficile d'affirmer que cette conception est aujourd'hui dépassée. Il est cependant assez étonnant que, d'une part, il ait fallu attendre une période toute récente pour que le terme citoyen soit utilisé – et encore est-ce à l'initiative du Parlement, la loi de 2000

étant dénommée officiellement, ce qui constitue un véritable aveu, loi d'amélioration des relations entre les citoyens et l'administration – d'autre part que ces citoyens aient supporté si longtemps de se faire traiter de la sorte sans réagir, mais peut-être ne pouvaient-ils guère le faire. Nous voilà donc reconnus comme citoyens à part entière, nous en sommes honorés mais il n'est pas certain que tous les citoyens en voient concrètement les expressions du changement dans leurs relations quotidiennes avec l'administration.

#### **DE LA SIMPLIFICATION (SUITE SANS FIN)**

Dans le genre, c'est-à-dire dans ces relations entre l'administration et les citoyens, un thème constitue désormais un véritable serpent de mer (ce qui ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'un faux problème, contrairement audit serpent), celui de la simplification administrative. Qui ne serait favorable à la simplification, et qui ne s'est trouvé aux prises, un jour ou l'autre, aux absurdités et autres comportements ubuesques de l'administration ? Ce qui est remarquable, dans tout cela, c'est l'accord unanime pour demander cette simplification, et les résultats plus que modestes auxquels on parvient lorsque des efforts sont engagés en ce sens. Il y aurait beaucoup à dire sur la simplification, qui appellerait des développements pouvant être différents mais ne pouvant pas s'en tenir à des considérations simples qui seraient simplistes.

Limitons-nous à constater que, une nouvelle fois, et après les ordonnances, prises sur le fondement de deux lois d'habilitation

promulguées, la première le 2 juillet 2003, la seconde le 9 décembre 2004, un nouveau texte est en préparation pour simplifier le droit, avec la différence qu'il s'agit d'une proposition de loi. Il faut croire que deux lois d'habilitation, dont on aurait pu penser qu'elles avaient permis au gouvernement d'épuiser le sujet, n'ont pas suffi, que des matières ou des domaines appelant une simplification ont été laissés de côté.

Un chapitre préliminaire de cette proposition de loi (non encore adoptée au moment où ces lignes sont écrites, mais le gouvernement n'y est pas hostile, ce qui laisse présager un avenir heureux à cette proposition) impose à l'administration l'obligation d'abroger les dispositions réglementaires illégales ou sans objet, ce dispositif se présentant comme inspiré par la jurisprudence *Alitalia*. On imagine déjà les débats au sein de l'administration pour discuter de ces deux points, les dispositions illégales et celles qui sont devenues sans objet (sans compter celles qui pourraient cumuler les deux caractéristiques).

La proposition de loi comporte de nombreuses dispositions qui mériteraient un commentaire, mais on se bornera à faire référence à son chapitre IV intitulé « Abrogation de dispositions diverses ». Le texte abroge certaines dispositions relatives au code national, une loi de 1843 sur la forme des actes notariés, une loi de 1922 supprimant dans les actes de naissance des enfants naturels les

mentions relatives au père ou à la mère, lorsque ceux-ci sont inconnus ou non dénommés, une loi de 1942 réprimant la perte ou la détérioration des denrées alimentaires, une loi de 1944 relative à la perte ou à la détérioration des denrées ou produits destinés à l'alimentation des animaux, un décret de 1935 portant réglementation de la vente par camions bazars, une loi de 1936 portant réglementation de la vente par camions bazars, un décret de 1937 portant réglementation de la vente par camions bazars : qui aurait cru que la vente par camions bazars avait autant préoccupé les pouvoirs publics ?

Il ne s'agit là que de quelques exemples et, en tout état de cause, le bilan sera modeste si on le compare au nombre de lois (environ 8000) et de décrets (plus de 120 000) applicables. Mais il ne faut pas décourager les bonnes volontés, à force de supprimer quelques textes d'ici de là on arrivera peut-être à un résultat. Il faudrait cependant, pour que le chiffre global ne continue pas d'augmenter, que le nombre de textes nouveaux ne soit pas considérablement plus élevé que le nombre de textes que l'on supprime. On peut éprouver les plus grands doutes sur ce point, tant l'activisme du législateur paraît grande, et quelles que soient, par ailleurs, ses idées politiques. Au fond, c'est une sorte de reconnaissance de l'importance de la norme pour changer la société. Reste à se demander si les juristes, qui font d'une certaine manière leur fonds de commerce de tous ces textes, peuvent s'en réjouir ou s'ils doivent s'en désoler.



## LA CONSÉCRATION DE LA DOUBLE FONCTION DU PARLEMENT

### Retour sur la décision d'Assemblée du Conseil d'État du 8 février 2007, Gardedieu

par Frédéric COLIN

*Maître de conférences*

*à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III*

La récente décision d'Assemblée du Conseil d'État du 8 février 2007, Gardedieu opère une évolution considérable de jurisprudence. La Haute juridiction accepte en effet d'engager la responsabilité de l'État du fait d'une loi (de validation) qui ne respecte pas un traité international (la Convention Européenne des Droits de l'Homme). Déjà quelques décisions isolées de juridictions du fond envisageaient une solution de ce type (CAA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1992, Sté Jacques Dangeville ; conf. CAA Paris, 23 janvier 2006, Société Groupe Salmon Arc-en-Ciel, n° 04PA01092).

Mais c'est dans sa portée que la décision du Conseil d'État innove considérablement. On se propose dans cette brève note d'envisager une présentation de la position du Conseil d'État qui permette de légitimer cette évolution jurisprudentielle qui pourrait laisser supposer, de prime abord, que le Conseil d'État opère un contrôle de constitutionnalité a posteriori, que la hiérarchie des normes, telle qu'elle est aujourd'hui, n'autorise pas.

Le requérant avait présenté une requête devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), en décharge de cotisations versées à la caisse de retraite des chirurgiens-dentistes, en raison de l'illégalité du décret prévoyait ces cotisations. L'illégalité avait été constatée par le Conseil d'État. Une loi de validation a cependant validé les appels de cotisations effectués en application du décret, conduisant le TASS à rejeter la requête. Le requérant demande donc à la justice administrative la réparation du préjudice causé par cette loi qu'il estime contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au titre de la violation du principe du respect du droit au procès équitable. Le Conseil d'État lui donne raison, condamnant l'État pour violation de la Convention : sans l'intervention de la loi de

validation, M. Gardedieu aurait en effet obtenu satisfaction.

En réalité, à l'image de la théorie des actes de gouvernement, qui suppose la distinction, pour un même organe (l'exécutif), de deux catégories d'actes du fait de la fonction exécutée (fonction administrative, ou fonction gouvernementale), le Conseil d'État a nécessairement admis, par sa décision d'assemblée du 8 février 2007 que la fonction du Parlement, organe du pouvoir législatif, peut faire l'objet d'une double qualification, entraînant un contrôle radicalement différent. Le Parlement, dans sa fonction d'élaboration normative, n'est toujours pas contrôlé, et la responsabilité de l'État ne peut dans cette hypothèse être engagée pour faute. Par contre, dans l'exercice de sa fonction d'intégration normative, le Conseil d'État consacre dans cette décision Gardedieu la possibilité pour le Parlement d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement de la faute en cas de méconnaissance d'une Convention internationale, dans les cas où l'administration se borne à faire usage des pouvoirs qu'elle tire directement de la loi.

#### I – LA FONCTION D'ÉLABORATION NORMATIVE

On entend ici par fonction d'élaboration normative le rôle législatif du Parlement attaché au domaine de la loi, tel que décrit notamment à l'article 34 de la Constitution.

Le communiqué de presse du Conseil d'État sous la décision indique que « Le Conseil d'État n'est pas juge de la loi ; mais il est le juge de la responsabilité de l'État, y compris dans sa fonction de législateur. Traditionnellement, cette responsabilité de l'État du fait des lois ne pouvait être engagée que dans le cas où une loi a rompu l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Mais cette voie de droit a vocation à demeurer exceptionnelle : l'indemnisation des personnes qui ont subi un préjudice est en effet

subordonnée à ce que, d'une part, la loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation, d'autre part, le préjudice en cause revête un caractère grave et spécial, c'est-à-dire affecte certaines personnes dans des conditions telles que soit manifestement rompue l'égalité des citoyens devant les charges qu'ils doivent normalement supporter dans l'intérêt général ». Il précise aussi que « Le recours de M. Gardedieu a donné au Conseil d'État l'occasion d'affirmer que, compte tenu des obligations qui sont celles de l'État pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, il est tenu de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France, et notamment du droit européen ».

C'est la première phrase de ce communiqué qui fait question. A notre sens, on peut avantageusement la préciser, en distinguant deux fonctions poursuivies par le Parlement. La fonction de législateur (interne) stricto sensu reste à notre sens toujours non contrôlable, et donc non susceptible de recours ni d'indemnisation (y compris en ce qui concerne d'éventuelles lois de validation qui n'entreraient pas en contradiction avec des normes internationales). Par contre, celle d'intégration des traités devient susceptible d'engager la responsabilité de l'État.

### **A) La liberté dans l'exercice de la fonction législative *stricto sensu***

La souveraineté du Parlement, dans sa fonction législative interne, reste absolue, en tout cas du point de vue du Conseil d'État ; les formulations utilisées par la Constitution dans différents articles du texte fondamental restent d'ailleurs très explicites sur ce point. L'article 3 dispose ainsi que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Seul le Conseil constitutionnel peut contrôler la constitutionnalité des lois par le biais de l'article 61 de la Constitution. Par ailleurs, l'article 34 consacre une conception organique de la loi, précisant dans son premier alinéa que « La loi est votée par le Parlement » ; ce n'est qu'après que l'article décrit dans quels

domaines la loi « fixe les règles » ou « détermine les principes fondamentaux ».

C'est sur la base de cette conception essentiellement organique que l'on peut construire une théorie de la distinction des fonctions normatives du Parlement, qui entraîne une modification profonde du mécanisme de contrôle juridictionnel selon la branche en cause.

La logique du domaine de la loi impliquée par l'article 34 reste toujours celle de la souveraineté du législatif, incontrôlable sur le fondement de la faute par la juridiction administrative. En effet, dans ce cadre, le Conseil d'État, dès 1838 (CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelet*, p. 7), a consacré l'irresponsabilité du fait de la fonction législative, dans le silence de la loi. Plus tard, assouplissant sa jurisprudence, le Conseil s'est fondé sur le critère tiré de la volonté de la loi (CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, p. 424 ; voir aussi CE, 6 janv. 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, p. 3).

Cette irresponsabilité a été clairement affirmée dans l'arrêt de principe Arrighi, dans lequel le Conseil d'État a jugé qu'un acte administratif d'application d'une loi ne peut faire l'objet d'un contrôle d'inconstitutionnalité (CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, p. 966).

Le Conseil constitutionnel se situe dans la même logique lorsqu'il affirme régulièrement qu'il ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation en opportunité, et qu'il est limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation quand il examine la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement (p. ex. Cons. const., déc. 86-207 DC, consid. 55 ; hormis peut-être le cas des « services publics constitutionnels », qui interdiraient toute privatisation au législateur).

### **B) L'absence consécutive de faute du fait de la fonction législative *stricto sensu***

Longtemps, le principe d'irresponsabilité de l'État à raison de la loi a prévalu, sauf disposition expresse en sens contraire, en raison de la souveraineté parlementaire. Mais la naissance puis le développement d'un régime de responsabilité sans faute ont rendu possible l'admission de la responsabilité de l'État du fait des lois sur le fondement de la *volonté* du législateur, par application de la référence à la rupture d'égalité devant les charges publiques (CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des*

produits laitiers « La Fleurette », p. 25 ; jurisprudence étendue à la Constitution par la cour administrative d'appel de Paris : CAA Paris, 8 octobre 2003, *Demaret* : au sujet de la limitation à des personnes déterminées du droit de participer aux scrutins organisés en Nouvelle-Calédonie en application des articles 76 et 77 de la Constitution).

La jurisprudence fut ensuite élargie aux dommages résultant de conventions internationales (CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, p. 257 ; CE, Sect., 29 oct. 1976, *Dame Burgat*, p. 452 ; CE, 29 décembre 2004, *Almayrac*, RFDA 2005, p. 586, concl. Stahl, AJDA 2005, p. 427, chron. C. Landais et F. Lenica).

En vertu des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État, le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer. Ainsi, le Conseil d'État a jugé qu'en l'absence même de dispositions le prévoyant expressément, l'exploitant d'une installation dont la fermeture ou la suppression a été ordonnée sur le fondement d'une loi en raison des dangers ou inconvénients qu'elle représentait, le requérant est fondé à demander l'indemnisation du dommage qu'il a subi de ce fait lorsque, excédant les aléas que comporte nécessairement une telle exploitation, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé (CE, 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564, concl. M. Guyomar, RFDA 2006, p. 349 ; C. Guettier, La responsabilité du fait des lois : nouveaux développements, RFDA 2006 p. 355 ; Rappr. CE, Assemblée, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, p. 367 ; CE, Section, 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, p. 478).

Les conditions de mise en jeu de cette responsabilité sont bien établies, et restent très restrictives. La première condition tient à la volonté du législateur, qui ne doit pas pouvoir être interprétée comme excluant implicitement, en raison de son objet d'intérêt général, toute

indemnisation des préjudices causés par son application (condition entraînant généralement le rejet de la requête : CE, 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*, p. 359 ; CE, Sect., 14 mars 1975, *Société civile immobilière de la vallée de la Chevreuse*, p. 197 ; CE, 8 avril 1994, *SA Établissements Charbonneaux-Brabant*, p. 187). La seconde condition tient à la rupture d'égalité proprement dite : la réparation n'intervient que si « le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement; que cette charge créée dans l'intérêt général doit être supportée par la collectivité » (décision « La Fleurette », préc. ; sur la condition tenant à l'intérêt général : CE, 15 mai 1987, *Société « Transports et affrètements fluviaux »*, p. 176 ; CE, 23 décembre 1988, *Martin et Société « Michel Martin »*, p. 470).

Ainsi, la juridiction a accepté d'indemniser plusieurs requérants sur ce fondement. La prolifération des grands cormorans, animaux sauvages protégés sur le fondement de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, est susceptible d'entraîner réparation du fait que ni les travaux préparatoires de la loi, ni la volonté du législateur ne laissent entendre l'exclusion de l'engagement de la responsabilité de l'État en raison d'un dommage d'une particulière gravité du fait de l'application de cette loi (CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en Région Centre et autres*, préc.). A la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 2003, la cour administrative d'appel de Bordeaux, a condamné l'État à indemniser des pisciculteurs victimes des cormorans (CAA de Bordeaux 26 février 2004, *Ministère de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*). Déjà, la cour administrative d'appel de Lyon avait admis que soit engagée la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par la prolifération de flamants roses, espèce protégée au nom de l'intérêt général par cette même loi du 10 juillet 1976 (CAA de Lyon, 1<sup>er</sup> févr. 1994, *Plan*).

Les conditions tenant aux caractères du préjudice sont strictes : le préjudice causé par la loi doit être « d'une gravité suffisante », c'est-à-dire excéder les charges incombant normalement, aux particuliers et inhérentes à la vie en société (CE, 22 octobre 1943, *Société des Établissements Lacaussade*). Il doit de plus présenter « un caractère spécial », c'est-à-dire ne

concerner qu'un nombre restreint de victimes. Ainsi, le préjudice causé à certains propriétaires par l'ordonnance du 3 janvier 1959 interdisant l'expulsion de leurs appartements des militaires combattant en Afrique du Nord ou de certains de leurs parents ou alliés est spécial (CE, Sect., 30 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ Bovero*).

On remarquera que dans sa décision Société coopérative agricole Ax'ion, du 2 novembre 2005, le Conseil d'État vise à la fois la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (y compris son premier protocole additionnel). C'est-à-dire que le Conseil d'État consacrait déjà une lecture de la loi dans le cadre d'une relation de compatibilité à la convention internationale (v. aussi CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, p. 288 ; CE, Sect., 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, p. 478, préc. ; v. aussi C. Broyelle, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Bibliothèque de droit public, t. 236, LGDJ, 2003, p. 351 s.). La référence à la volonté du législateur est essentielle, car c'est en réalité elle qui permet à la Haute juridiction d'engager la responsabilité de la puissance publique, sans pouvoir aller jusqu'à porter de jugement sur l'action du législateur. Autrement dit, la faculté d'appréciation du législateur implique une réparation cantonnée au terrain de la responsabilité sans faute, même si dans l'arrêt Ax'ion l'origine du préjudice résulte bien de la loi elle-même. Et le reproche d'injustice apparente que l'on serait tenté de formuler dans les domaines dans lesquels le Conseil d'État refuse de consacrer une indemnisation tombe de lui-même.

La formulation retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt Gardedieu clarifie les choses sur ce point aussi, retenant que « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, (...) à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation » : c'est donc bien la volonté du législateur qui doit être prise en compte dans ce cas.

## II – LA FONCTION D'INTÉGRATION NORMATIVE DU PARLEMENT

L'évolution de jurisprudence consacrée par la décision Gardedieu ne constitue pas sur ce point un revirement, mais à notre sens plutôt une précision. Comme le souligne le Conseil d'État dans son communiqué de presse, sa décision reflète « l'intégration croissante entre l'ordre juridique interne, au sommet duquel se trouve la Constitution, et l'ordre juridique européen, c'est-à-dire le droit de l'Union européenne et des Communautés européennes, d'une part, et le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'autre part ».

A l'image de la jurisprudence *Nicolo* de 1989, qui ne remet aucunement en cause la suprématie de la loi dans l'ordre interne, la décision Gardedieu ne la remet en vérité pas non plus, mais « boucle » simplement le système de contrôle juridictionnel en offrant au requérant, toujours privé de la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi, même de transposition, celle d'obtenir réparation du préjudice causé par une absence (ou une mauvaise) transposition.

### A) La compétence liée dans l'exercice de la fonction d'intégration des traités

En réalité, le Conseil d'État consacre dans la décision Gardedieu une « théorie de la transparence » normative, qui résulte simplement de l'application stricte de l'article 55 de la Constitution. Celui-ci dispose en effet que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Dans un système d'État de droit tel que le nôtre, compte tenu de la hiérarchie des normes ainsi établie, cela signifiait jusqu'à maintenant que, sans pouvoir l'annuler, le juge pouvait écarter l'application d'une loi, si elle était considérée comme incompatible avec le traité ou l'accord international régulièrement incorporé dans l'ordonnement juridique.

Parallèlement, se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution consacrant « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO 24 novembre 2004), le Conseil constitutionnel a jugé que la Constitution française ne peut faire obstacle à la transposition en droit interne d'une directive (Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Économie numérique* ; Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, loi « *droit d'auteur* »). Pour le Conseil constitutionnel, la contrariété entre les normes constitutionnelles et internationales est avérée si ces dernières « contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Et s'il ne contrôle pas une loi qui se contente de « tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive, l'examen de la loi est possible en cas d'atteinte à « une disposition expresse contraire de la Constitution » (Cons. const., 10 juin 2004, préc.). Cette jurisprudence a amené le Conseil d'État à modifier sa position.

Il jugeait déjà depuis longtemps *l'État* non responsable dans le cas où il devait être considéré comme tenu d'appliquer les dispositions du droit communautaire dans l'attente du constat de leur irrégularité par la CJCE, en raison du fait qu'il ne dispose alors *d'aucun pouvoir d'appréciation*. La responsabilité pour faute n'est dans cette hypothèse pas celle des autorités françaises, tenues d'appliquer le traité communautaire, mais celle de la Communauté européenne (CE, 5 novembre 1971, *Comptoir agricole du Pays-bas-normand*, p. 901 ; D. 1973, J. 481, note G. Grimaud ; CE, Sect., 12 mai 2004, *Société Gillot*).

La solution consacrée dans la décision Gardedieu précise ce point, dans un contexte différent, avec une position finalement logique : le législateur ne peut dans certains cas pas exprimer de volonté propre dans l'exercice de sa fonction de transposition, lorsque sont en jeu les principes essentiels du traité international, qui lient les États. La formulation employée par le Conseil d'État est

claire sur l'absence de marge de manœuvre de l'État : « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, (...) d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ».

Le Conseil indiquait déjà que l'application de lois de validation était subordonnée à une justification par d'impérieux motifs d'intérêt général (CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoires Genevrier*, n° 257797), considération confirmée dans l'affaire Gardedieu dans laquelle le Conseil rappelle qu'un intérêt financier ne peut suffire seul à caractériser un motif impérieux d'intérêt général permettant de justifier une validation législative.

Dès lors, le Conseil d'État considère qu'il peut engager la responsabilité pour faute de l'État pour carence dans sa mission de transposition sans censurer pour autant le « Parlement-législateur », qui est devenu « transparent » ; son interlocuteur est devenu le « Parlement-transposeur », en tant qu'organe des pouvoirs publics représentant l'État.

## **B) La consécration logique de la responsabilité pour faute du fait de l'exercice de la fonction d'intégration des traités**

Dans sa décision du 8 février 2007, le Conseil d'État a constaté que la loi de validation en cause ne reposait pas sur un impérieux motif d'intérêt général. Elle est donc contraire à l'article 6 de la Convention tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Celle-ci avait déjà consacré le principe dans une affaire ancienne (CEDH, plén., 13 août 1981, *Young, Webster c. Royaume Uni*, req. n° 7601/76, Série A, n° 44 : responsabilité de l'État britannique en raison d'une loi ayant permis un accord obligeant l'adhésion à un syndicat), indiquant que lorsque la violation de l'un des droits de la Convention « dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État ». La Cour ne fait pas de distinction explicite sur les fonctions du Parlement, évoquant un « manquement du législateur

national » ; la qualité de l'organe interne chargé de faire respecter la Convention lui est indifférente, elle n'a d'autre interlocuteur que l'État.

Le contrôle de la compatibilité de la loi avec les engagements internationaux ainsi opéré ne peut d'ailleurs toujours pas conduire à l'invalidation de la loi par le Conseil d'État, ce qui confirme implicitement son refus du contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil condamne cependant désormais l'État, du fait de la méconnaissance par la loi française de la Convention. Il doit indemniser le requérant du préjudice subi du fait de l'intervention de la loi de validation, et lui verser le montant des cotisations dont il aurait pu obtenir le remboursement si cette loi n'était pas intervenue.

Il s'agit donc de l'affirmation de la responsabilité pour faute de l'État dans l'exercice de sa fonction d'intégration des traités, indépendamment de l'organe compétent pour ce faire, ce qui ne remet pas en cause sa jurisprudence traditionnelle refusant le contrôle de constitutionnalité. En effet, en admettant même que la Constitution de 1958 ne laisse ponctuellement aucun pouvoir d'appréciation au législateur, ce qui semble pour l'instant contraire à la position du Conseil constitutionnel (cf. supra), le monopole dont celui-ci dispose actuellement en matière de contrôle de constitutionnalité interdit au Conseil d'État de se substituer à lui et d'envisager la responsabilité pour faute du fait de la fonction législative en droit purement interne.

D'ailleurs, le Commissaire du gouvernement, Luc Derepas, situe bien l'apport de la position qu'il suggère au Conseil en se fondant bien dans ses conclusions sur le fait que ni la lettre ni l'esprit de l'article 55 de la Constitution n'habilitent le juge administratif à qualifier une loi inconstitutionnelle d'acte fautif, et que « ce serait lui faire beaucoup dire que d'en inférer une telle conséquence ».

Le but du Conseil d'État est résumé dans son communiqué : « Cette décision contribue ainsi à renforcer l'obligation, pour l'ensemble des pouvoirs publics, de respecter les engagements internationaux de la France, notamment le droit européen des droits de

l'homme, et, dès lors, à rendre plus effective la garantie des droits qui en résultent pour les citoyens ». Reste que l'on ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la place de la loi dans ce mécanisme.

En définitive, on observe donc dans la décision d'assemblée du 8 février 2007 un élargissement de la jurisprudence du Conseil d'État (Ass., 28 février 1992, *Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris*, p. 78), dans laquelle il acceptait déjà d'engager la responsabilité d'une collectivité publique en cas d'application d'une loi inconstitutionnelle.

Le Conseil d'État confirme ici encore une fois la « banalisation » du Parlement, qui intègre la sphère des « pouvoirs publics » (au même titre que l'administration) sans pouvoir bénéficier du principe de souveraineté dont il jouit en droit interne, lorsqu'il s'agit d'examiner au contentieux son action d'intégration des dispositions impératives du droit international régulièrement incorporées.

-----

Résumé :

Le Conseil d'État consacre une nouvelle lecture de son contrôle juridictionnel sur la loi, en consacrant une distinction des deux fonctions normatives poursuivies par le Parlement. Cette solution permet de préciser le statut de la fonction normative du Parlement, et d'offrir de meilleures garanties aux administrés.

-----

MOTS CLEFS :

Responsabilité ; État ; Responsabilité pour faute ; Responsabilité du fait des lois ; Loi de validation ; Convention Européenne des Droits de l'Homme

-----

TEXTE INTÉGRAL DE LA DÉCISION

CE, Assemblée, 8 février 2007, M. GARDEDIEU, n° 279522

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 11 avril et 5 août 2005 au secrétariat du contentieux du

Conseil d'État, présentés pour M. Alain GARDEDIEU, demeurant Résidence Les Fontaines, 18, rue de Gouvieux à Chantilly (60500) ; M. GARDEDIEU demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler les articles 2 et 3 de l'arrêt du 19 janvier 2005 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant, d'une part, à l'annulation du jugement du 9 avril 2002 du tribunal administratif de Paris rejetant sa demande tendant à ce que l'État soit condamné à l'indemniser du préjudice subi du fait de l'intervention de la loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale, d'autre part, à la condamnation de l'État à lui payer la somme de 400 000 euros à titre de dommages et intérêts, majorée des intérêts de droit à compter du jugement à intervenir ;

2°) statuant au fond, de faire droit à ses conclusions de première instance et d'appel et d'assortir en outre la condamnation de l'État du versement des intérêts légaux à compter de la demande préalable d'indemnité, ainsi que de la capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge de l'État le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son préambule et son article 55 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n° 94-637 du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale, notamment son article 41 ;

Vu le décret n° 85-283 du 27 février 1985 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Michel Delpéch, Rapporteur,

- les observations de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, avocat de M. GARDEDIEU,

- les conclusions de M. Luc Derepas, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour

assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ;

Considérant que, saisi d'un litige opposant M. GARDEDIEU à la caisse de retraite des chirurgiens-dentistes et portant sur le paiement des cotisations prévues par le décret du 27 février 1985 relatif au régime d'assurance vieillesse complémentaire géré par cette caisse, dont l'intéressé contestait la légalité, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais a sursis à statuer sur la question préjudicielle dont dépendait l'instance portée devant lui ; que, par décision du 18 février 1994, le Conseil d'État statuant au contentieux a jugé que ce décret était entaché d'illégalité ; que, toutefois, à la suite de l'intervention de la loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale dont le IV de l'article 41 dispose que : « sont validés, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, les appels de cotisations du régime d'assurance vieillesse complémentaire des chirurgiens-dentistes effectués en application du décret n° 85-283 du 27 février 1985 (...) », le tribunal des affaires de sécurité sociale a en définitive écarté les prétentions de M. GARDEDIEU ; que, celui-ci ayant recherché la responsabilité de l'État, la cour administrative d'appel de Paris a, par l'arrêt attaqué, confirmé le jugement du tribunal administratif de Paris refusant de condamner l'État à l'indemniser du préjudice qu'il imputait à l'intervention de cette loi ; que M. GARDEDIEU demande au Conseil d'État, à titre principal, d'annuler cet arrêt en tant qu'il a jugé que la responsabilité de l'État n'était pas engagée à son égard en raison de la contrariété de la loi aux engagements internationaux de la France et, à titre subsidiaire, en tant que la cour a également rejeté ses conclusions fondées sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques ;

Considérant qu'aux termes du § 1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ;

Considérant que, pour écarter le moyen tiré de ce que le IV de l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994 était incompatible avec ces stipulations, la cour a jugé que la validation litigieuse, qui avait eu pour objet de préserver l'équilibre financier de la caisse autonome de retraite des chirurgiens-dentistes, était intervenue dans un but d'intérêt général suffisant ; qu'en statuant ainsi, alors que l'État ne peut, sans méconnaître ces stipulations, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant, au cours d'un procès, des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est la validation des décisions objet du procès, sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, M. GARDEDIEU est fondé à demander l'annulation des articles 2 et 3 de l'arrêt attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant, d'une part, que l'intérêt financier auquel ont entendu répondre les dispositions de l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994 ne peut suffire à caractériser un motif impérieux d'intérêt général permettant de justifier la validation législative des appels de cotisations intervenus sur la base du décret du 27 février 1985 ; que ces dispositions sont, dès lors, incompatibles avec les stipulations citées plus haut du §1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, par suite, leur intervention est susceptible d'engager la responsabilité de l'État ; que, d'autre part, la validation litigieuse est directement à l'origine

du rejet, par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais, des conclusions de M. GARDEDIEU tendant à être déchargé des cotisations qui lui étaient réclamées sur le fondement d'un décret jugé illégal par le Conseil d'État ; qu'il suit de là que le requérant est fondé à demander la condamnation de l'État à en réparer les conséquences dommageables ; que M. GARDEDIEU est, par suite, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande ;

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la réparation à laquelle M. GARDEDIEU peut prétendre doit être déterminée en tenant compte du montant des cotisations dont le bien-fondé était en cause dans l'instance l'opposant à sa caisse de retraite ; qu'en l'absence de tout autre élément utile produit par l'intéressé, il y a lieu de retenir les indications figurant dans le jugement avant dire droit du tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais et d'évaluer le préjudice indemnisable à la somme de 2 800 euros ; que M. GARDEDIEU a droit aux intérêts au taux légal de cette somme à compter du 24 décembre 1996, date de réception de sa demande préalable d'indemnité par le Premier ministre ;

Considérant, enfin, que M. GARDEDIEU a demandé la capitalisation des intérêts le 5 août 2005 ; qu'à cette date, il était dû au moins une année d'intérêts ; que, dès lors, il y a lieu de faire droit à cette demande, tant à cette date qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de l'État le versement à M. GARDEDIEU d'une somme de 5 000 euros au titre des frais exposés par lui, tant en première instance qu'en appel et en cassation ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : Les articles 2 et 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 19 janvier 2005 sont annulés.

Article 2 : Le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 9 avril 2002 est annulé.

Article 3 : L'État est condamné à verser à M. GARDEDIEU la somme de 2 800 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du

24 décembre 1996. Les intérêts échus à la date du 5 août 2005, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 4 : L'État versera la somme de 5 000 euros à M. GARDEDIEU au titre de

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

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de M. GARDEDIEU est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à M. Alain GARDEDIEU et au ministre de la santé et des solidarités.





## L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE

Par Jean-Christophe TEILLIER-MOURET  
Docteur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

L'amiante ou asbeste, est un minéral fibreux de la famille des silicates, formé naturellement au cours du métamorphisme des roches. On distingue deux variétés principales d'amiante : la serpentine, communément appelée chrysolite ou « amiante blanc » (95 % de la production mondiale), et les amphiboles, qui comprennent cinq espèces distinctes : le crocidolite ou « amiante bleu », l'amosite ou « amiante brun », la trémolite, l'anthophyllite et l'actinolite.

Après qu'une opération mécanique appropriée transforme ce matériau en fibres minérales utilisables industriellement, celles-ci sont dotées de qualités physiques et chimiques exceptionnelles : faciles à travailler, légères, imputrescibles, isolantes et incombustibles. Cette matière fibreuse et soyeuse a alors constitué un enjeu économique très important, à la source de centaines de milliers d'emplois. En effet, son utilisation a concerné, sous de multiples formes, la fabrication de nombreux produits industriels de grande consommation, et la construction des bâtiments.

Près de trois mille produits contenant de l'amiante ont été recensés. L'amiante-ciment a été l'un des **matériaux de couverture** le plus fréquemment utilisés dans le secteur de la construction depuis les années 1960. Il a servi à fabriquer des plaques ondulées, des panneaux de cloisons et de faux plafonds, des gaines de ventilation, des clapets coupe-feu, des dalles de revêtement de sol. **Incorporé à divers types de liants**, l'amiante peut être présent dans certains enduits, colles, résines ou joints d'étanchéité, dans le bitume, les garnitures de friction, de freins, d'escaliers mécaniques ou d'ascenseurs. **En feuille ou en plaque**, il a été utilisé pour l'isolation thermique des appareils d'électroménager (papiers et cartons dans les chauffages, fours, fers à repasser, grille-pain). **Tissé ou tressé**, l'amiante a permis la mise au point de vêtements de protection ignifugés, de filtres à air ou à gaz. **En calorifugeage**, il a servi pour isoler des chaudières, des gaines, des véhicules. Son utilisation la plus connue, **le flocage**, consiste à projeter et à coller, sur un support donné, un mélange de fibres agglomérées par un liant pour la protection thermique ou phonique des bâtiments. Tout cela explique l'engouement pour l'emploi industriel de l'amiante, bien qu'il ait été, dès 1945, classé comme produit dangereux, risquant de provoquer des maladies professionnelles touchant l'appareil respiratoire (fibroses interstitielles du poumon, fibroses et cancers de la plèvre, cancers des bronches).

Consommation moyenne par an en tonnes <sup>1</sup>	1951-55	1956-60	1961-65	1966-70	1971-75
Amiante-ciment	38450	59320	78030	93600	103900
Revêtement de sol	1830	5060	8060	9190	12140
Filature	1970	3440	3060	3670	4160
Cartons/papiers	2360	3485	6265	7560	10103
Joints	790	995	1160	1560	1935
Garnitures de friction	645	1175	2055	2970	4180
Objets moulés et calorifuges	2260	2180	2730	2790	2715
Autres	1150	1680	1915	2450	3600

Depuis près d'un siècle, l'amiante est dénoncé comme dangereux pour la santé. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner le Rapport d'information de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques<sup>2</sup>, établi par le sénateur Henri Rivol. On y découvre, entre autre, que la première description des lésions de fibroses pulmonaires survenant chez les travailleurs de l'amiante date de 1906. Cependant, comme l'écrit monsieur Christophe Guettier<sup>3</sup> « *Le nombre des victimes a été pendant longtemps beaucoup trop faible*

<sup>1</sup> Cour des comptes, Rapport d'information n° 301, *L'indemnisation des victimes de l'amiante*, Sollicité par la commission des Affaires sociales du Sénat, Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 avril 2005, *Tableau montrant la consommation d'amiante brut en France par secteurs d'activité de 1951 à 1975*, Annexe n° 2, p. 110, [www.senat.fr/rap/r04-301.html](http://www.senat.fr/rap/r04-301.html)

<sup>2</sup> RIVOL Henri, Rapport d'information de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *L'amiante dans l'environnement de l'homme : ses conséquences et son avenir*, octobre 1997.

<sup>3</sup> GUETTIER Christophe, *L'État face aux contaminations liées à l'amiante*, A.J.D.A. 20 juin 2001, p. 529.

*pour que soit remise en cause la prospérité que ce matériau engendre* ». Il faudra ainsi attendre jusqu'en 1945<sup>4</sup> pour que les médecins du travail et les autorités sanitaires françaises inscrivent l'asbestose, une maladie engendrant un déficit respiratoire due à l'amiante, au tableau des maladies professionnelles (tableau n° 30).

Durant plus de trois décennies, les pouvoirs publics vont rester muets sur la question, estimant avoir donné un gage au monde ouvrier. Mais le mésothéliome, redoutable cancer de la plèvre, relativement rare pour certains, peu diagnostiqué pour d'autres, paraissait en constante augmentation. Or, cette maladie, qui ne laisse que très peu de chances de rétablissement, peut être considérée comme la signature pathologique de la contamination des voies respiratoires par les poussières d'amiante.

Face à ce constat inquiétant et alarmant, et comme le souhaitait la Commission des Communautés Européennes, le tableau n°30 fut révisé, en **1976**, pour permettre l'entrée en vigueur d'un registre français des mésothéliomes<sup>5</sup>, **c'est-à-dire 31 ans plus tard**.

Les premières mesures réglementaires ont été adoptées en 1931 en Grande-Bretagne, et les valeurs limites maximales d'exposition professionnelle progressivement réduites dans de nombreux États.

Aux États-unis, la première des recommandations de l'A.C.G.I.H. (American College of Governmental Industrial Hygienists) concernant l'amiante date de 1946. Elle visait à limiter le risque d'asbestose, en recommandant une valeur limite de la concentration moyenne en fibres d'amiante de l'atmosphère inhalée par un salarié durant sa journée de travail.

En France, la première valeur moyenne d'exposition professionnelle (VME) sur 8 heures, a été adoptée par **un décret<sup>6</sup> du 17 août 1977**, et était de 2 fibres par millilitre (f/ml). Elle a ensuite été progressivement réduite, pour atteindre en 1996, un taux maximum de 0,3f/ml en ce qui concerne le chrysotile, et de 0,1f/ml sur une heure pour les mélanges de chrysotile et d'amphiboles.

Parallèlement, des mesures réglementaires ont été mises en place pour les expositions dites « passives », rencontrées dans les bâtiments. Le flochage, massivement utilisé à partir des années 1960, a été interdit en France en 1977 pour les locaux d'habitation<sup>7</sup>, et en 1978 pour tous les bâtiments<sup>8</sup> dès lors que la concentration d'amiante dépassait 1% dans les produits utilisés.

L'Office Parlementaire d'Evaluation des Technologies écrivait, page 41 du rapport d'octobre 1997 établi par le sénateur Henri Rivol<sup>9</sup> : « *Nous avons été frappés, lors d'une récente visite à l'usine Eternit de Thiant, dans le nord, d'apprendre que, dès 1984, l'usine fabriquait des produits sans amiante, ... mais qu'elle les destinait à l'exportation. Les acteurs industriels ont eu tendance à privilégier l'intérêt économique sur celui de la santé publique et à repousser le plus possible l'échéance de leur reconversion. Face à eux, les représentants des pouvoirs publics et de la communauté médicale n'ont guère fait le poids.* ».

Après l'Allemagne, l'Italie, le Danemark, la Suède, la Norvège, les Pays-Bas et la Suisse, la France est le huitième État européen à avoir décrété l'éradication de l'amiante. Le ministre français du Travail et des Affaires sociales, Jacques Barrot, a annoncé le 3 juillet 1996, l'interdiction définitive du minéral sur le territoire<sup>10</sup>. La déclaration a fait grand bruit. Elle est intervenue après la diffusion d'une expertise de l'Institut national de la

---

<sup>4</sup> L'ordonnance du 3 août 1945 a permis d'inscrire des maladies engendrées par des poussières d'amiante au tableau des maladies professionnelles. Inscrites tout d'abord avec la silice, elles le sont ensuite dans un tableau spécifique, le tableau 30 des maladies professionnelles de l'article R461-3 du CSS par un décret du 31 août 1950. Ce tableau évoluera à plusieurs reprises.

<sup>5</sup> Par un décret du 5 janvier 1976, le cancer broncho-pulmonaire et le mésothéliome, considérés comme une complication de l'asbestose, sont inscrits au tableau des maladies professionnelles. De plus, au titre des travaux susceptibles de provoquer ces maladies, sont retenues : l'application, la destruction et l'élimination des produits d'amiante ou à base d'amiante et notamment la fabrication de l'amiante-ciment.

<sup>6</sup> Décret n° 77-949, 17 août 1977.

<sup>7</sup> Arrêté 29 juin 1977.

<sup>8</sup> Décret n° 78-394, 20 mars 1978.

<sup>9</sup> RIVOL Henri, *op.cit.*, p. 1.

<sup>10</sup> Décret n° 96-1133, 24 décembre 1996. Ce décret interdit à quelques exceptions près, la fabrication, la transformation, la mise en vente et l'importation de l'amiante à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1997.

santé et de la recherche médicale (I.N.S.E.R.M.)<sup>11</sup>, qui chiffrait à 1950 le nombre de décès attribuables à l'amiante en France en 1996.

Une polémique sur les données scientifiques s'est aussitôt engagée, après la diffusion d'un rapport de l'Académie nationale de médecine intitulé « *Amiante et protection de la population exposée à l'inhalation de fibres d'amiante dans les bâtiments publics et privés* ». Cette étude, en désaccord total avec celle de l'I.N.S.E.R.M., assurait que le mésothéliome ne frappait qu'un ouvrier sur 2000, tandis que l'I.N.S.E.R.M. aboutissait à la proportion de 200 décès pour 2000 personnes exposées.

Mais les conclusions différaient sur d'autres points extrêmement importants, notamment sur le rôle du tabagisme dans l'établissement du lien causal entre exposition à l'amiante et cancer du poumon, et sur le seuil de danger lié à la teneur des concentrations des fibres d'amiante dans l'air, et aux circonstances de l'exposition.

L'interdiction prononcée par le gouvernement français est donc intervenue dans un contexte juridique tendu, craignant après l'affaire « *du sang contaminé* », celle de « *l'air contaminé* », avec un nouveau scandale de santé publique. Bien que l'année 1996 marque le départ d'une politique active de la part de l'État français en ce qui concerne les dommages liés à l'amiante, le mal était fait, et des personnes s'estimant victimes de ce matériau et de l'inaction de l'État ont entamé des recours pour déterminer la part de responsabilité des différents acteurs de ce dossier, et obtenir réparation de leurs préjudices. Les procédures isolées se sont ensuite succédées jusqu'à la création, en février 1996, d'une Association nationale de défense des victimes de l'amiante ou A.N.D.E.V.A.

Une plainte contre X, déposée par l'A.N.D.E.V.A. au parquet de Paris le 25 juin 1996, a placé sous les projecteurs le « *scandale* » de l'amiante. Visant les industriels du secteur, mais aussi les experts du Comité permanent amiante et les pouvoirs publics, accusés d'avoir minimisé les risques pendant des années. Cette plainte retient cinq incriminations possibles : empoisonnement, voie de fait ayant entraîné la mort, homicide involontaire, coups et blessures involontaires, abstention délictueuse.

Une première information judiciaire pour blessures involontaires a été ouverte le 5 septembre 1996, à Paris, sur dépôt de plainte d'un électricien atteint d'un mésothéliome professionnel, et un autre le 29 octobre 1996, par le parquet de Valenciennes (Nord), contre les dirigeants de la société Eternit pour « *infractions aux règles d'hygiène et de sécurité dans une entreprise utilisant de l'amiante* ». L'A.N.D.E.V.A. et le Comité antiamiante du campus universitaire de Jussieu (Paris) ont par ailleurs porté plainte contre le rapport de l'Académie de médecine pour « *publication et diffusion de fausses nouvelles* ».

Relayées par de nombreux médias, plusieurs associations ont obtenu que soient mises en place des opérations de déflocage dans l'ensemble des bâtiments publics concernés, notamment des établissements d'enseignement. Mais si les estimations divergent, certains considèrent que le nombre de cancers imputables à l'exposition de personnes, travailleurs ou victimes passives, qui se déclareront durant les vingt prochaines années, devrait avoisiner le chiffre de **100 000 à 150 000 cas**. Le temps des responsables est alors arrivé. Des actions sont entreprises par les victimes ou leurs ayants droit contre les employeurs, aussi bien en responsabilité civile pour obtenir une réparation du dommage subi, qu'au pénal, afin que soit condamnée et punie la personne responsable. Toutefois, le juge administratif est loin d'être inactif, car la puissance publique s'étant également trouvée au cœur du dossier de l'amiante, des recours contre l'État permettent de mettre en cause sa responsabilité devant les juridictions administratives sur le fondement d'une carence fautive.

Il est clair que par rapport aux quelques mots qui viennent d'être écrits, on peut d'ores et déjà mesurer la complexité du problème. Mais face à ce drame collectif, le plus important reste l'indemnisation des victimes de cette tragédie, autant actuelles qu'à venir. Ce qu'il ne faut pas oublier, c'est que pour les personnes atteintes des maladies les plus graves, l'espérance de vie se situe au mieux dans les dix-huit mois. La gravité des conséquences exigeait d'accomplir un geste fort, évitant des procédures longues afin d'obtenir réparation.

L'État a tenté de répondre à ces exigences par deux mesures, et ce sont ces réponses institutionnelles qui constitueront le cœur de notre étude.

D'une part, l'article 41 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999, du 23 décembre 1998 a créé le **Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (F.C.A.A.T.A)**<sup>12</sup>, dont le but est

---

<sup>11</sup> I.N.S.E.R.M., Rapport remis au gouvernement français en juin 1996 intitulé « *Effets sur la santé des principaux types d'exposition à l'amiante* », édition I.N.S.E.R.M., 1997.

de financer une allocation de cessation anticipée d'activité, c'est-à-dire une préretraite, destinée aux travailleurs de l'amiante âgés de plus de 50 ans. Ce dispositif était initialement ouvert aux personnes atteintes d'une maladie professionnelle liée à l'amiante et aux personnes ayant travaillé dans un établissement de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, au motif que leur espérance de vie serait réduite du fait de cette exposition. Un décret du 29 mars 1999<sup>13</sup> fixe les modalités de fonctionnement de ce fonds.

Cette première mesure de la part des pouvoirs publics pour répondre aux attentes des victimes de l'amiante est intéressante, car elle s'inscrit dans une logique totalement différente des fonds d'indemnisation créés auparavant. Les lois du 9 septembre 1986<sup>14</sup> et du 31 décembre 1991<sup>15</sup> ont respectivement pour objet d'indemniser les victimes d'attentats terroristes, et celles contaminées par le virus du s.i.d.a à la suite de transfusions sanguines, c'est-à-dire de réparer les préjudices effectivement subis par ces personnes.

Or, le F.C.A.A.T.A jouit de particularismes, car d'une part, ainsi que nous le verrons dans la section qui lui est consacrée, il n'a pas pour but de réparer les préjudices subis par les victimes de l'amiante, d'autre part, ce dispositif permet à des travailleurs de bénéficier d'une allocation, non seulement sur le fondement de la réalisation du risque de pathologie lié à une exposition à l'amiante, mais aussi, de la seule possibilité que celui-ci se concrétise.

### **La conséquence est un nombre d'allocataires trop important, qui pose la question du financement du fonds.**

D'autre part, le législateur a institué le **Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (F.I.V.A)**<sup>16</sup>, par l'article 53 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 du 23 décembre 2000, afin de procéder à la réparation intégrale des préjudices subis par les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante, ou par les personnes ayant été directement exposées à ce matériau. Le F.I.V.A est un établissement administratif doté de la personnalité morale, et ses modalités de fonctionnement sont définies par le décret 2001-963 du 23 octobre 2001<sup>17</sup>.

La création de ce fonds est la seconde disposition prise par les pouvoirs publics, et est censée apaiser une préoccupation forte des victimes de l'amiante, celle de la réparation intégrale de leurs préjudices. Après avoir été indemnisée par le F.I.V.A, la victime doit être replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu. Bien qu'on ne puisse réparer l'irréparable, le principe de la réparation intégrale est essentiel, car il couvre tous les préjudices, qu'ils soient patrimoniaux ou extra patrimoniaux.

L'objectif du F.I.V.A est donc l'obtention d'une solution d'indemnisation rapide pour la victime, lui évitant une procédure lourde et coûteuse, et le désengorgement des tribunaux pour les pouvoirs publics. Mais la trop lente mise en place de l'institution, **et l'absence d'harmonisation dans les décisions rendues par les différents juridictions, ont conduit des victimes à opérer un choix d'opportunité dicté par le montant de l'indemnité espéré.**

Pour l'année 2006, ces deux institutions représentent une somme globale de **1 200 millions d'euros**. Le fondement de ces dispositifs étant la solidarité nationale, toute personne est en droit de s'interroger sur la pertinence des moyens mis en place pour d'une part, faire bénéficier d'une allocation de cessation anticipée d'activité les travailleurs ayant été soumis aux risques encourus par une exposition à l'amiante, et d'autre part, réparer intégralement les préjudices effectivement subis par les victimes. Mais, cette interrogation ne peut intervenir qu'après un éclaircissement sur les dangers liés à ce matériau.

## **SECTION 1 : LES RISQUES ENCOURUS PAR UNE EXPOSITION À L'AMIANTE**

Ces risques se mesurent par une connaissance des conséquences de l'exposition de l'amiante tant au point de vu pathologique que de l'impact de ces maladies sur la population.

---

<sup>12</sup> Loi n° 98-1194, 23 décembre 1998, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999.

<sup>13</sup> Décret n° 99-247, 29 mars 1999.

<sup>14</sup> Loi n° 86-1020, 9 septembre 1986.

<sup>15</sup> Loi n° 91-1406, 31 décembre 1991.

<sup>16</sup> Loi n° 2000-1257, 23 décembre 2000, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001.

<sup>17</sup> Décret n° 2001-963, 23 octobre 2001.

## **Paragraphe 1 : Les conséquences de l'exposition à l'amiante**

Il ne s'agit pas ici de dispenser au lecteur un cours de médecine, mais de récapituler les principales informations disponibles sur les conséquences négatives de l'amiante concernant la santé des personnes qui y sont exposées, par une activité professionnelle ou de façon passive. Ces connaissances s'avèrent nécessaires à la compréhension des développements qui suivent dans l'étude.

L'amiante est un matériau hautement toxique. Aussi, lorsque ses fibres en suspension dans l'air sont inhalées, elles peuvent provoquer des pathologies respiratoires. Ses effets délétères sont liés à leur caractère indestructible et à leur dépôt dans le tissu pulmonaire qui précède leur migration vers l'enveloppe du poumon, c'est-à-dire la plèvre et le péritoine. Une fibre d'amiante est 400 à 2000 fois plus petite qu'un cheveu, ce qui lui permet de pénétrer jusqu'aux alvéoles pulmonaires : lieu d'échange gazeux entre l'air et la circulation sanguine. Piégées, ces fibres peuvent provoquer des inflammations non cancéreuses ou des anomalies chromosomiques, point de départ de maladies bénignes ou de cancers.

### **A : Les asbestoses :**

Les fibres d'amiante pénètrent dans le poumon et provoquent une inflammation qui se transforme en fibrose, en fait, un épaississement du tissu pulmonaire. Il se passe généralement une dizaine d'années entre l'inhalation et la survenue de la maladie. Essoufflement, toux sèche, sensation d'oppression, sont les premiers symptômes qui peuvent évoluer vers une insuffisance respiratoire, qui est potentiellement mortelle.

Le diagnostic repose sur la radiographie, le scanner et les explorations fonctionnelles, et la détection de corps asbestosiques dans les sécrétions bronchiques.

Il n'existe pas, en l'état des connaissances actuelles de la médecine, de traitement efficace de cette maladie. Elle est toutefois en recul depuis la diminution des taux d'exposition à l'amiante.

### **B: Les atteintes pleurales bénignes**

Ces lésions de la plèvre ne constituent pas les prémices d'un cancer du poumon ou de la plèvre (mésothéliome). On distingue différents types d'atteintes pleurales bénignes : la pleurésie bénigne qui est un épanchement de liquide, la fibrose pleurale ou sclérose consécutive à une pleurésie pouvant parfois entraîner des calcifications, atelectasie par enroulement caractérisée par une masse bénigne se développant au contact de la plèvre. Ces atteintes entraînent parfois une diminution de la capacité respiratoire ou des douleurs.

### **C : Les cancers du poumon**

Chaque année, plus de 25 000 cancers du poumon sont diagnostiqués en France. Parmi eux, 5 à 10% seraient liés à l'inhalation d'amiante, mais il est très difficile de distinguer son influence de celle du tabac chez le fumeur notamment. Il apparaîtrait en moyenne 15 à 20 ans après l'exposition à l'amiante, celle-ci multipliant par 5 le risque de développer ce cancer.

Trop souvent tardif, le diagnostic du cancer du poumon est réalisé par radiographie ou scanner avant d'être confirmé par fibroscopie.

Le pronostic de la maladie dépend fortement de la précocité de son diagnostic, de la localisation des tumeurs et de l'état général de santé du patient. Le traitement repose principalement sur la chirurgie, la chimiothérapie et la radiothérapie. Les protocoles de traitements dépendent, entre autres choses, du type de tumeur et de son étendue.

### **D: Les mésothéliomes<sup>18</sup>**

Le mésothéliome atteint la membrane de la plèvre ou, plus rarement, le péritoine qui est la membrane protectrice des intestins dans la cavité abdominale, ou le péricarde, membrane qui entoure le cœur. Ce cancer de

---

<sup>18</sup> **Mésothéliome** : « On distingue le cancer primitif de la plèvre et le cancer secondaire de la plèvre.

La plèvre est le sac constitué d'une séreuse (couche de cellules) à 2 feuillets, qui enveloppe la totalité du poumon, sauf le hile (entrée des vaisseaux et des nerfs dans les poumons). Le feuillet profond, viscéral, tapisse l'ensemble de la surface du poumon. La plèvre pariétale recouvre la paroi du thorax et le médiastin. Les 2 feuillets s'unissent au pourtour du hile, dessinant des culs-de-sac pleuraux.

Le mésothéliome, également appelé cancer primitif de la plèvre, pleurome ou endothéliome pleural, est une tumeur maligne qui se développe à partir du mésothélium (couche de cellules recouvrant l'intérieur des tuniques séreuses telles que le péritoine et la plèvre pulmonaire) de la plèvre », [www.vulgaris-medical.com](http://www.vulgaris-medical.com), 28/10/2001.

la plèvre est quasi-exclusivement lié à une exposition à l'amiante. Le tabac n'est aucunement impliqué dans le mésothéliome. Cette maladie peut se développer 30 à 40 ans après l'exposition à l'amiante.

Le mésothéliome se manifeste par des douleurs thoraciques, un essoufflement dû à la présence de liquide dans la plèvre (pleurésie), plus rarement par un amaigrissement et un état de fatigue général.

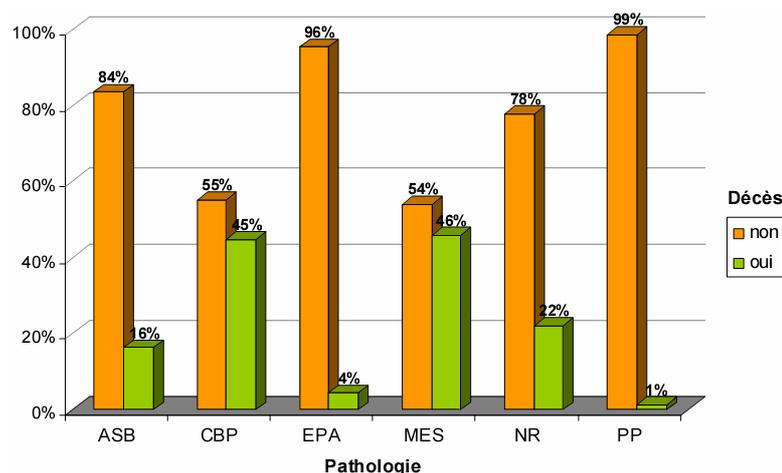
Le diagnostic repose sur une thoroscopie, à savoir un examen qui consiste à visualiser la plèvre, et un prélèvement des cellules tumorales (biopsie). Aucun traitement n'ayant fait la preuve de son efficacité, ce cancer est de très mauvais pronostic. Dans une majorité de cas, le patient meurt dans l'année qui suit le diagnostic. Le traitement se limite à diminuer la douleur et à traiter l'épanchement pleural par ponction ou méthode chirurgicale.

#### Ces affections ont 3 points communs :

- Tout d'abord, on constate un temps de latence le plus souvent élevé, qui peut se compter en dizaines d'années, entre le début de l'exposition et les premières manifestations radio cliniques.
- Ensuite, la persistance du risque toute la vie durant.
- Enfin, l'absence fréquente de traitement curatif.

Mais leur pronostic diffère considérablement. Il est très mauvais pour le mésothéliome, la plupart des patients mourant dans l'année qui suit le diagnostic, et mauvais pour les formes non opérables de cancer broncho-pulmonaire. Le pronostic est intermédiaire pour l'asbestose, qui expose au risque d'insuffisance respiratoire. Enfin, la mortalité est faible ou nulle pour les plaques pleurales, leur présence ne semblant pas indiquer un niveau d'exposition particulier, ni constituer un facteur de risque supplémentaire d'asbestose, de cancer broncho-pulmonaire ou de mésothéliome. L'existence de plaques pleurales calcifiées ne correspond pas à un risque accru de dégénérescence maligne, si on compare ce risque avec celui que court une personne exposée dans les mêmes conditions et qui ne présente pas de plaques pleurales. L'évolutivité des plaques pleurales est lente ou nulle mais il n'existe aucun traitement<sup>19</sup>.

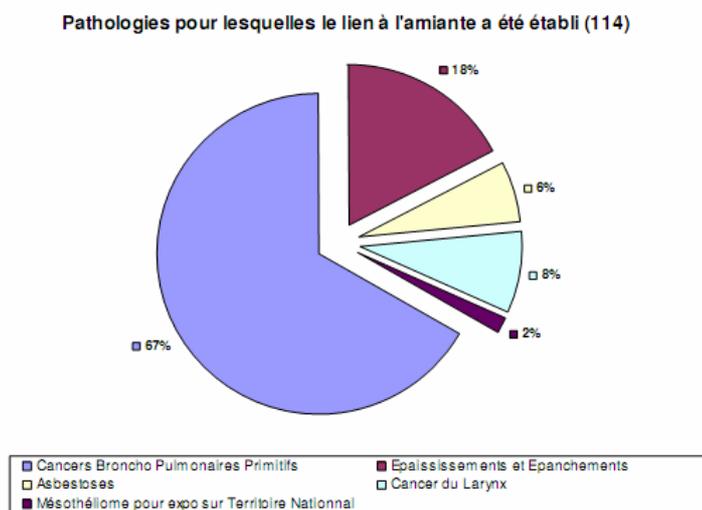
Part des victimes vivantes par pathologie<sup>20</sup> (Le graphique illustre une mesure réalisée sur l'ensemble des dossiers des victimes reçus depuis les débuts de l'activité du F.I.V.A) :



<sup>19</sup> AMEILLE J. et LETOURNEUX M., *Pathologie asbestosique bénigne*, Encyclopédie Médicale Chirurgicale, 1997, p. 10.

<sup>20</sup> F.I.V.A., 6<sup>ème</sup> rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement juin 2006/ mai 2007, p. 18, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

Le tableau qui suit montre la proportion de chaque maladie ayant un lien avec l'amiante<sup>21</sup>, à partir de 114 dossiers de demande d'indemnisation acceptés par le F.I.V.A :



Une fois le type de pathologie pouvant toucher les victimes défini, nous devons déterminer dans quelle mesure ces maladies affectent la population.

## Paragraphe 2 : L'impact de ces maladies sur la population

En raison d'une part, de la prise de conscience tardive de la dangerosité de l'amiante par les pouvoirs publics, et d'autre part, du nombre d'années parfois très important qui peut s'écouler avant l'apparition des premiers symptômes d'une maladie liée à une exposition à l'amiante, il est extrêmement difficile de quantifier avec exactitude l'ampleur des conséquences sur la population. Il existe toutefois un certain nombre d'indicateurs nous permettant d'établir des estimations dont la fiabilité est acceptable.

### A : Les indicateurs à prendre en compte

Les premiers sont issus de 3 documents qui font autorité :

- Les rapports de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, ou I.N.S.E.R.M :** L'I.N.S.E.R.M a publié 2 expertises collectives sur l'amiante. La première, présentée en 1996, a pour titre « *Effets sur la santé des principaux types d'exposition à l'amiante* »<sup>22</sup> et a abouti à l'interdiction de l'amiante en France l'année suivante. La seconde, présentée en 1998 s'intitule « *Effets sur la santé des fibres de substitution à l'amiante* »<sup>23</sup>. Notre intérêt porte surtout sur la première. Cette expertise a réuni 11 spécialistes, qui ont effectué en sous-groupes durant 6 mois, une analyse exhaustive de la littérature scientifique mondiale à travers 1200 articles et rapports.
- Le bulletin épidémiologique hebdomadaire ou B.E.H, N°50 de 1999 :** Celui-ci aborde le sujet suivant « *Estimation de la prévalence de l'exposition professionnelle à l'amiante des retraités récents (1994-1996) du régime général de la sécurité sociale* »<sup>24</sup>. L'étude présentée permet une estimation de la prévalence de l'exposition à l'amiante et de la durée moyenne d'exposition parmi les salariés du Régime Général de Sécurité Sociale ayant pris leur retraite pendant les années 1994, 1995 et 1996. Un échantillon de 6 000 hommes retraités du Régime Général

<sup>21</sup> F.I.V.A, Idem, Tableau illustrant les pathologies pour lesquelles le lien à l'amiante a été établi, p. 12.

<sup>22</sup> I.N.S.E.R.M, Rapport remis au gouvernement français en juin 1996 intitulé « *Effets sur la santé des principaux types d'exposition à l'amiante* », édition I.N.S.E.R.M, 1997.

<sup>23</sup> I.N.S.E.R.M, « *Effets sur la santé des fibres de substitution à l'amiante* », édition I.N.S.E.R.M, 1998.

<sup>24</sup> Bulletin épidémiologique hebdomadaire n° 50, Estimation de la prévalence de l'exposition professionnelle à l'amiante des retraités récents (1994-1996) du Régime Général de la Sécurité Sociale, 1999, Disponible sur le site Internet [www.invs.santé.fr](http://www.invs.santé.fr)

de Sécurité Sociale, a été tiré au sort dans 6 départements tests, à partir des bases de données informatisées du système d'information de l'assurance maladie ou S.I.A.M. Un questionnaire postal a été adressé à chacun d'entre eux avec des demandes d'informations sur leur parcours professionnel. Chaque épisode professionnel a été croisé avec une matrice d'emplois afin de le classer selon sa probabilité d'exposition à l'amiante.

- **Le rapport de l'Institut national de veille sanitaire ou I.N.V.S :** Sous la direction du docteur Imbernon, l'I.N.V.S a rédigé en avril 2003, un rapport intitulé « *Estimation du nombre de cas de certains cancers attribuables à des facteurs professionnels en France* »<sup>25</sup>, l'objectif étant d'établir une évaluation quantitative.
- **Le programme national de surveillance du mésothéliome ou P.N.S.M<sup>26</sup> :** Il a été mis en place à la demande des pouvoirs publics par la Direction des relations du travail et de la Direction générale de la santé, et a débuté de façon effective au début de l'année 1998. Ses objectifs sont notamment d'estimer l'incidence du mésothéliome en France et son évolution, d'étudier la proportion de mésothéliomes en France attribuables à une exposition à l'amiante et de contribuer à la recherche d'autres facteurs étiologiques éventuels.

Les seconds sont des indices à prendre en considération :

- **Les pathologies enregistrées par le F.I.V.A :** (*Nous ne nous attarderons pas sur les informations qui concernent le F.I.V.A, dans la mesure où celui-ci fait l'objet d'une étude spécifique un peu plus loin*). Chaque année, le F.I.V.A remet un rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, afin que ceux-ci puissent constater la situation de l'établissement public. Le plus récent est le 6<sup>ème</sup> rapport d'activité du F.I.V.A, couvrant la période de juin 2006 à mai 2007. Certains tableaux et graphiques sont extrêmement intéressants, car ils nous permettent de bénéficier de statistiques fiables et donc de se prémunir contre l'avenir.
- **Les maladies reconnues par le régime général :** Les insuffisances de suivis statistiques des maladies professionnelles constituent une carence fortement handicapante. L'amélioration des statistiques fait ainsi l'objet de dispositions dans le projet de convention *d'objectifs et de gestion accidents du travail maladies professionnelles* entre l'État et la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés ou C.N.A.M.T.S. Ce projet prévoit en particulier la création d'une base de données permettant

Par ailleurs, l'article L 1413-3 (6°) du code de la Santé publique, dans sa rédaction issue de l'article 15 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, a également confié à l'I.N.V.S, la mise en œuvre d'un outil permettant la centralisation et l'analyse des statistiques sur les accidents de travail, les maladies professionnelles, les maladies présumées d'origine professionnelle et de toutes les autres données relatives aux risques sanitaires en milieu de travail.

**Il s'agit ainsi d'une source à suivre dans un avenir proche.**

## **B : Les informations qui en résultent**

- Les victimes de l'amiante sont principalement de sexe masculin. La répartition des victimes par sexe : 94 % d'hommes et 6 % de femmes semble un peu évoluer depuis les dernières données publiées par le F.I.V.A (95 % d'hommes). Cette légère évolution, calculée depuis la création du FIVA, devra être vérifiée les années suivantes.
- L'âge moyen constaté au moment du diagnostic (certificat médical initial) tend à s'élever par rapport aux tendances constatées depuis la création du F.I.V.A. L'âge continue de se situer majoritairement entre 51 ans et 70 ans, avec une moyenne à 61,1 ans.

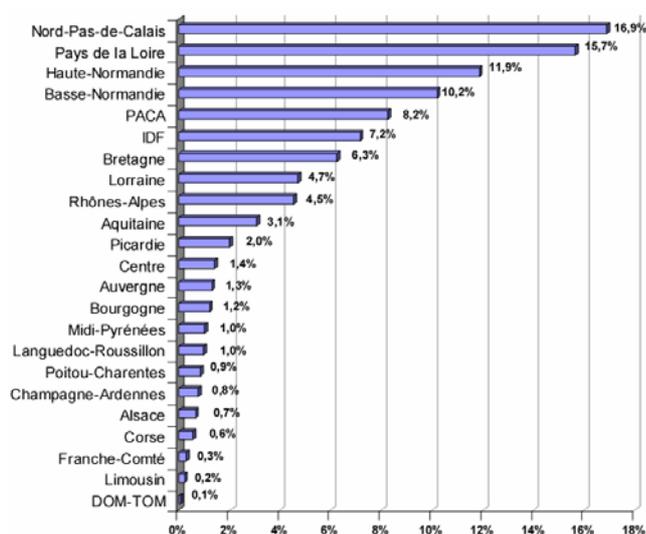
<sup>25</sup> Rapport I.N.V.S, Estimation du nombre de cas de certains cancers attribuables à des facteurs professionnels en France, Avril 2003, [www.invs.santé.fr](http://www.invs.santé.fr)

<sup>26</sup> Symposium, *Amiante et risques professionnels : études épidémiologiques récentes*, ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, lundi 17 mars 2003, Résumés des interventions publiés sur : [www.invs.santé.fr](http://www.invs.santé.fr)

Au moment du diagnostic, l'âge moyen constaté n'est pas identique selon les pathologies : celui-ci reste plus élevé pour les mésothéliomes (66,3 ans) et les asbestoses (63,9 ans), ce qui correspond aux données épidémiologiques relatives au temps de latence entre la moment de l'exposition et l'apparition de la maladie.

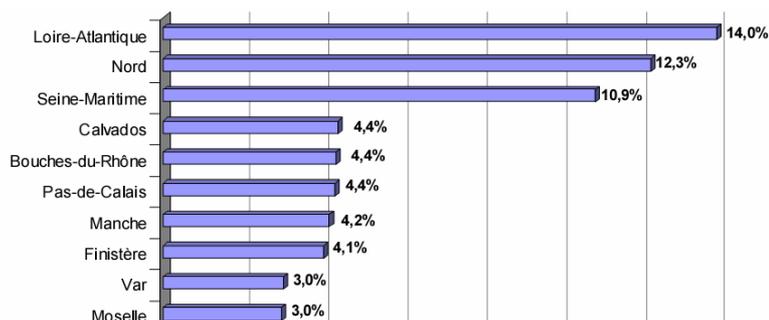
- L'origine professionnelle reste la principale voie d'entrée dans le dispositif. Même si la part du nombre de maladies spécifiques, valant justification de l'exposition à l'amiante, semble progresser (8,9 % au lieu des 3,9 % précédemment constatés) une très large majorité des demandes, plus de 85 %, continue d'être déposée par des victimes exposées à titre professionnel.
- La part des victimes reconnues en maladie professionnelle par le régime général de protection sociale reste largement prépondérante parmi les demandeurs qui s'adressent au F.I.V.A. Les années précédentes étaient marquées par la part croissante des victimes relevant du régime général parmi les demandeurs s'adressant au F.I.V.A. Pour la première fois, cette tendance semble stoppée : 84,35 % des victimes relèvent du régime général, contre 88,12 % au cours de la période précédente et 87,60 % au cours de la période antérieure. Cette récente évolution doit cependant être observée avec prudence. La part occupée par les victimes relevant du ministère de la Défense augmente en revanche tant du côté des personnels civils qui représentent 3,18 % de la population au lieu de 2,03 % précédemment constatés (cette catégorie passe au 2ème rang des catégories, les bénéficiaires du Régime des Mines passant du 2ème rang au 5ème), que du côté du personnel fonctionnaire qui représente 1,33 % au lieu des 0,44 % observés antérieurement<sup>27</sup>.
- La répartition des dossiers par maladie, selon l'année de leur réception, confirme la part de plus en plus prépondérante des maladies bénignes. Ainsi, en 2005, les dossiers de victimes atteintes de plaques pleurales et d'épaississements pleuraux représentent désormais les trois quarts des dossiers reçus, la part des asbestoses continuant de décroître, et celle des maladies graves baissant un peu aussi, mais moins sensiblement.
- Parmi les victimes enregistrées dans les fichiers du F.I.V.A, le pourcentage de victimes décédées continue de baisser chaque année : il était de 23,8 % pour les dossiers reçus de juin 2003 à mai 2004, 18,4 % pour les dossiers reçus de juin 2004 à mai 2005 ; 16,7 % pour les dossiers reçus de juin 2005 à mai 2006, et se situe à 16,3 % dans le dernier rapport.
- Quatre régions concentrent toujours plus de la moitié des victimes, soit 54,7 %. Dans ces régions, trois départements détiennent désormais un peu plus de 37 % des victimes.

Les graphiques ci-après<sup>28</sup> illustrent la répartition des victimes par région et par département :



<sup>27</sup> F.I.V.A, *op. cit.*, p. 6, Données p. 11.

<sup>28</sup> F.I.V.A, Idem, Graphiques illustrant la répartition des victimes par région et par département, pp. 20 et 21.



Les différentes études réalisées et les chiffres exposés dans les statistiques, tableaux et graphiques, démontrent à quel point les conséquences d'une exposition à l'amiante sont graves. Peut-être qu'une personne ayant été confrontée à la nocivité et aux dangers de ce matériau ne développera jamais une pathologie en rapport avec lui. Mais en raison d'un délai souvent très long entre l'exposition et l'apparition des premiers symptômes, et du risque permanent encouru par ces individus, le législateur a créé le **Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante** ou **F.C.A.A.T.A.**

## SECTION 2: LE FONDS DE CESSATION ANTICIPÉE D'ACTIVITÉ DES TRAVAILLEURS DE L'AMIANTE OU F.C.A.A.T.A.

C'est par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998<sup>29</sup>, loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999, que le législateur a créé cette institution. Un décret du 29 mars 1999<sup>30</sup> en fixe les modalités de fonctionnement. Après avoir exposé la structure administrative et le dispositif du F.C.A.A.T.A, nous mettrons en évidence le problème majeur du fonds, l'éventail trop large des bénéficiaires de l'allocation.

### Paragraphe 1: La structure administrative du F.C.A.A.T.A.

La question est de savoir par qui est administré le fonds et comment il est financé.

#### A : Un partage des compétences compliqué

Le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est un fonds ad hoc, c'est-à-dire sans personnalité juridique. L'article 6 du décret du 29 mars 1999 confie la gestion du fonds à la Caisse des dépôts et consignations, mais, la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999 dispose dans l'article 41-II, que « l'allocation est attribuée et servie par les caisses régionales d'assurance maladie ». Il en résulte une architecture institutionnelle excessivement complexe. La Caisse de dépôts et consignations assume 3 prérogatives :

- Tout d'abord, elle centralise la rétrocession annuelle de droits sur le tabac faite au F.C.A.A.T.A par l'État, au titre de sa participation au fonctionnement du fonds.
- Ensuite, elle verse aux régimes de retraite complémentaires tels que l'A.R.R.C.O<sup>31</sup>, l'A.G.I.R.C<sup>32</sup>, ou l'I.R.C.A.N.T.E.C<sup>33</sup>, les cotisations dues par les bénéficiaires de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.
- Enfin, elle verse 2 fois par an à la Caisse nationale d'assurance maladie, et plus spécifiquement à sa branche accidents du travail et maladies professionnelles, son solde semestriel des opérations sur le F.C.A.A.T.A s'il est positif, sinon procède à un appel de fonds auprès de la C.N.A.M/A.T-M.P.

<sup>29</sup> Loi, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> Décret, *op. cit.*, p. 3.

<sup>31</sup> A.R.R.C.O, Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés.

<sup>32</sup> A.G.I.R.C, Association générale des institutions de retraite des cadres.

<sup>33</sup> I.R.C.A.N.T.E.C, Institution de retraite compl. des agents non titulaires de l'État et des collectivités publiques.

Les caisses régionales d'assurance maladie participent à la gestion du fonds par des missions spécifiques :

- Elles gèrent les dossiers d'admission et versent les allocations de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante aux bénéficiaires, après avoir précompté les cotisations maladies et les contributions sociales (Contribution sociale généralisée et Contribution au remboursement de la dette sociale).
- De plus, elles versent à la Caisse nationale d'assurance vieillesse les cotisations d'assurance volontaire vieillesse dues par les salariés non agricoles bénéficiaires de l'allocation.
- Pour finir, elles avancent au F.C.A.A.T.A le financement nécessaire, dans la limite de la contribution fixée par la loi de financement de la Sécurité sociale.

Lorsque les pouvoirs publics ont confié la gestion du F.C.A.A.T.A à la Caisse des dépôts et consignations, l'objectif était d'« éviter tout risque d'extension ultérieure du dispositif à l'ensemble des maladies professionnelles ou aux métiers pénibles »<sup>34</sup>.

Toutefois, cette motivation a perdu de sa pertinence. En effet, l'article 12 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites<sup>35</sup> dispose, que dans un délai de 3 ans les partenaires sociaux négocieront un dispositif de prise en charge de la pénibilité dans les conditions de départ à la retraite. Néanmoins, juridiquement, l'allocation n'est pas une prestation de la Sécurité sociale. A l'heure d'aujourd'hui, « pénibilité-retraite anticipée » est toujours un sujet d'actualité sans véritable réponse.

La structure administrative du F.C.A.A.T.A étant exposée, il convient de répondre à une question essentielle pour toute institution, celle de son financement.

#### **B : Le coût du F.C.A.A.T.A et ses ressources**

Depuis quelques années, on observe une tendance prononcée à la dégradation de la situation financière de la branche accidents du travail et maladies professionnelles (A.T-M.P) de la Sécurité sociale. Or, l'une des raisons majeures de cette dégradation réside dans l'augmentation sensible des versements effectués par la branche au profit du Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

Réunie le 13 avril 2005, sous la présidence de M. Nicolas ABOUT, Président, la commission des Affaires sociales du Sénat a procédé à l'audition de M. Philippe SÉGUIN, Premier président de la Cour des comptes<sup>36</sup>. Celui-ci a notamment indiqué que « l'indemnisation des conséquences de l'utilisation de l'amiante représentait déjà en 2004 une charge annuelle de **1,4 milliard d'euros**, soit **14 %** des dépenses d'accidents du travail et maladies professionnelles.

*Cette dépense correspond essentiellement au financement de deux fonds : le fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (F.C.A.A.T.A) pour **660 millions d'euros** et le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (F.I.V.A) pour **554 millions d'euros**, qui reposent tous deux sur la branche A.T-M.P de la sécurité sociale. Pour obtenir une vue complète de la question, il convient d'y ajouter les financements de l'État, destinés à l'indemnisation des maladies professionnelles rattachées à l'amiante, votés en loi de finances, qui se sont élevées, en 2004, à **81 millions d'euros**. Depuis 1999, date de la création du F.C.A.A.T.A, le financement de ces deux fonds a été assuré pour **2,6 milliards d'euros** par la branche A.T-M.P et à hauteur de **294 millions d'euros** seulement par l'État : la sécurité sociale a donc supporté **90 %** de la charge.*

*Or, ce partage des financements n'est pas le résultat d'une clef de répartition : s'il correspond sensiblement à la part relative de la fonction publique d'État dans la population active, au moment de l'exposition des victimes à l'amiante, il n'intègre pas ce qui est imputable à la responsabilité de l'État en sa qualité de puissance publique ».*

Ces quelques lignes sont riches d'enseignements. Alors que la contribution de l'État est restée presque stable, celle de la branche A.T-M.P a été multipliée par **6 en 5 ans**, de **102,9 millions d'euros en 2000**, à **600 millions d'euros en 2005**.

<sup>34</sup> Cour des comptes, *op. cit.*, p. 2, Citation p. 40

<sup>35</sup> Loi n° 2003-775, 21 août 2003.

<sup>36</sup> SÉGUIN Philippe, *Audition du Premier président de la Cour des comptes devant la commission des Affaires sociales du Sénat*, 13 avril 2005 (Rapport sur la question de l'indemnisation des conséquences de l'utilisation de l'amiante, *op. cit.*, p. 2).

Même si la participation financière de l'État peut être qualifiée de modeste par rapport à celle de la branche A.T-M.P de la sécurité sociale, sa contribution se manifeste depuis l'année 2000 par l'affectation d'une fraction des recettes des droits perçus sur la consommation des tabacs. Si certains y voient des avantages tels que la possibilité pour le F.C.A.A.T.A de jouir d'une autonomie de financement, il existe toutefois un inconvénient notable, celui qu'une partie des ressources de ce fonds est soumise à la bonne santé économique d'un marché, celui des tabacs. Ainsi, les recettes fiscales au titre du droit de consommation étaient particulièrement faibles début 2004, et en repli de **6,3 %** par rapport à la moyenne de l'année 2003, comme le prouve le tableau<sup>37</sup> ci-dessous :

	en K€					
	2001	2002	2003	2004	2005	Taux d'évolution 2004 /2005
Contribution AT/MP Régime général	205 806	300 000	450 000	500 000	600 000	20 %
Fraction des droits sur les tabacs	31 536	34 315	32 319	27 933	29 084	4 %
Contribution MSA	-	-	(1)-	200	(2)	-
Contribution sur les entreprises (3)					68 025	-
Produits financiers	646	681	245	118	118	0 %
<b>Total</b>	<b>237 988</b>	<b>334 996</b>	<b>482 565</b>	<b>528 251</b>	<b>697 227</b>	<b>32 %</b>

Deux autres ressources sont venues, par la suite, alimenter les besoins financiers toujours plus importants du F.C.A.A.T.A :

D'une part, une contribution de la Mutualité sociale agricole (MSA) au titre du régime AT-MP des salariés agricoles, créée en 2003, et dont le montant est fixé par arrêté.

Et d'autre part, depuis le 5 octobre 2004, une contribution à la charge des entreprises dont les salariés ont été exposés à l'amiante. Ce mode de financement complémentaire a été institué par les articles 46, 47 et 48 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2005<sup>38</sup>. Le décret n° 2005-417 du 2 mai 2005 en précise les modalités d'application. Ce dernier dispositif, est particulièrement important car il a permis, dans une certaine mesure, d'apporter un peu de « justice ».

En effet, en consultant les rapports annuels d'activité du F.C.A.A.T.A<sup>39</sup> précédant cette mesure, on constate que certains établissements ont un poids particulièrement important dans le dispositif. Ainsi, **84** ont été concernés par le versement de plus de **1 millions d'euros** d'allocations en 2003. Deux exemples sont criants : d'une part, les dépenses au titre des chantiers et ateliers de la méditerranée sur les deux sites de la Ciotat et de La Seyne dépassaient **20,5 millions d'euros** pour **1200 salariés**. D'autre part, celles au titre des chantiers de l'Atlantique étaient supérieures à **12,2 millions d'euros** pour **522 salariés**.

Même s'il est évident que le fondement de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante soit la solidarité nationale, il peut sembler injuste qu'une minorité d'entreprises se voient accorder un tel poids dans les charges financières du fonds sans pour autant participer à son financement. Face à cette situation, le législateur a décidé de réagir par la loi du 20 décembre 2004, loi de financement de la sécurité sociale pour 2005.

Cette mesure dispose la création d'une nouvelle recette pour le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante. Ainsi, une contribution est due, pour chaque salarié ou ancien salarié, à raison de son admission au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité. La nouveauté est que cette contribution est à la charge de l'entreprise qui a supporté ou qui supporte, au titre de ses cotisations pour accidents du travail et maladies professionnelles, la charge des dépenses occasionnées par la maladie professionnelle provoquée par l'amiante, dont est atteint le salarié ou ancien salarié.

<sup>37</sup> F.C.A.A.T.A, *Rapport annuel 2005*, p. 40, [www.cdc.retraites.fr](http://www.cdc.retraites.fr)

<sup>38</sup> Loi n° 2004-1370, 20 décembre 2004, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2005.

<sup>39</sup> Caisse des dépôts et consignations, *F.C.A.A.T.A. - Rapport annuel 2003*, [www.cdc.retraites.fr](http://www.cdc.retraites.fr), Rubrique : fonds d'indemnisation.

Lorsque le salarié n'est atteint d'aucune maladie professionnelle provoquée par l'amiante, la situation est un peu plus complexe pour déterminer à quelle personne revient le versement de la contribution :

- Soit elle est à la charge d'une ou plusieurs entreprises dont les établissements sont mentionnés au premier alinéa de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, loi de financement de la sécurité sociale pour 1999. En ce cas, 2 situations sont à souligner :

Lorsque l'établissement est exploité successivement par plusieurs entreprises, la contribution est due par l'entreprise qui exploite l'établissement à la date de l'admission du salarié à l'allocation.

Lorsqu'un salarié a travaillé au sein de plusieurs entreprises exploitant des établissements distincts, le montant de la contribution est réparti en fonction de la durée de travail effectuée par le salarié dans ces établissements pendant la période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante.

- Soit elle est à la charge d'une ou plusieurs entreprises de manutention, ou d'un ou plusieurs organismes gestionnaires de ports, en ce qui concerne les dockers professionnels et les personnels portuaires, assurant la manutention dans les ports mentionnés au même article 41.

Lorsqu'un salarié a été employé par plusieurs entreprises ou organismes, le montant de la contribution est réparti au prorata de la période travaillée dans ces entreprises ou organismes.

Le montant de la contribution est variable en fonction de l'âge du bénéficiaire au moment de son admission. En effet, il est égal, par bénéficiaire de l'allocation, à 15 % du montant annuel brut de l'allocation, majoré de 40 % au titre des cotisations d'assurance vieillesse et de retraite complémentaire à la charge du fonds. La somme obtenue est alors multipliée par le nombre d'années comprises entre l'âge d'admission à l'allocation et l'âge de 60 ans.

Toutefois, cette contribution fait l'objet d'un double plafond et d'une exonération. D'une part, le montant ne peut dépasser 2 millions d'euros par année civile pour chaque redevable (ce montant a été porté à quatre millions d'euros par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007<sup>40</sup>), et est plafonnée à 2,5 % de la masse totale des salaires payés au personnel pour la dernière année connue. D'autre part, les entreprises placées en redressement ou en liquidation judiciaire sont exonérées de la contribution.

L'article 48 de la même loi prévoit par ailleurs que, l'employeur concerné par l'inscription d'un établissement ou d'un port, sur la liste donnant droit aux salariés au bénéfice du dispositif de préretraite amiante, devra dorénavant en être préalablement informé. Cette décision devra faire l'objet d'un affichage sur le lieu de travail.

Enfin, l'article 49 de la loi impose désormais de prendre en considération l'équilibre financier de la branche des A.T-M.P pour fixer les éléments de calcul des cotisations d'accidents du travail et maladies professionnelles.

Pour information, **la contribution est appelée, recouvrée et contrôlée par l'URSSAF**. Décret n° 2005-417 du 2 mai 2005 (Journal Officiel du 5 mai 2005) : contribution des entreprises au financement du Fonds de Cessation Anticipée des Travailleurs de l'Amiante.

*Exemple d'attribution d'une allocation d'un montant brut mensuel de 1450 euros à un bénéficiaire de 56 ans : Montant annuel brut :  $1\,450 \times 12 = 17\,400$  euros ; Contribution à 15 % : 2 610 euros ; Contribution pour cotisations à la charge du Fonds :  $2\,610 \times 40\% = 1\,044$  euros ; Durée potentielle du versement : 4 ans ; Montant total de la contribution :  $(2\,610 + 1\,044) \times 4 = 14\,616$  euros.*

## **Paragraphe 2 : Le dispositif du F.C.A.A.T.A, un système de préretraite**

Le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante ou F.C.A.A.T.A est assimilé à un régime de préretraite car il permet, sous certaines conditions, à des personnes ayant travaillé en situation

---

<sup>40</sup> Loi n° 2006-1640, 21 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007.

d'exposition à l'amiante, et touchées par une maladie liée à ce matériau, ou risquant de l'être, de cesser de travailler et de percevoir une allocation subvenant aux besoins de la victime jusqu'à la retraite.

Il s'agit d'un dispositif original et bien différent de ceux connus jusqu'alors, car le fondement des sommes versées peut résulter du simple risque de la réalisation d'un dommage, sans que celui-ci ne se réalise jamais. Nous porterons notre intérêt sur les bénéficiaires de l'allocation, puis sur les conditions de son obtention.

### **A : Les bénéficiaires de l'allocation**

Le dispositif initial créé par l'article 41 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999, ne concernait que les personnes de plus de 50 ans reconnues porteuses d'une maladie professionnelle inscrite de l'amiante, ainsi que celles travaillant ou ayant travaillé dans les établissements, admis par arrêté, comme ayant fabriqué des matériaux contenant de l'amiante. Puis, sous la pression des médias et des demandes des associations de victimes, le dispositif s'est étendu :

- L'article 36 de la loi du 29 décembre 1999, loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000<sup>41</sup> accroît le champ des bénéficiaires en y ajoutant :

D'une part les salariés d'établissement de flochage et de calorifugeage à l'amiante, dont la liste est fixée par arrêtés des ministres chargés du Travail, de la Sécurité sociale et du Budget (liste 1).

D'autre part, les salariés ayant exercé certains métiers dans des établissements de construction ou réparations navales (liste 2), et les ouvriers dockers professionnels de certains ports (liste 2). Les mêmes ministres fixant par arrêtés la liste de métiers, établissements et ports concernés.

- L'article 44 de la loi du 21 décembre 2001, loi de financement de la sécurité sociale pour 2002<sup>42</sup>, étend les dispositions de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante aux personnels portuaires assurant la manutention (liste 2).

De plus, l'article 46 de la même loi modifie en profondeur les règles de non cumul et d'accès, en autorisant un cumul partiel de la prestation avec une pension de réversion, un avantage d'invalidité ou un avantage personnel de vieillesse servi par un régime spécial sous forme de versement d'une indemnité différentielle.

- L'article 54 de la loi du 20 décembre 2002, loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003<sup>43</sup>, étend les dispositions de l'A.C.A.A.T.A, aux personnes reconnues atteintes, au titre du régime général ou du régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles des salariés agricoles, d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante, et figurant sur une liste établie par arrêtés des ministres chargés du Travail, de la Sécurité sociale et de l'Agriculture.

*D'autre part, l'arrêté du 3 décembre 2001<sup>44</sup> ouvre le bénéfice de l'A.C.A.A.T.A aux malades souffrant de plaques pleurales. (L'arrêté initial excluant ces maladies du bénéfice de l'A.C.A.A.T.A).*

Mais pour bénéficier de l'allocation, il ne suffit pas d'avoir exercé un métier ou d'avoir travaillé dans un établissement figurant sur l'une des listes, le législateur a aussi prévu des conditions d'octroi très précises.

### **B : Les conditions d'obtention de l'allocation**

Les conditions sont fixées par l'article 41 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999 et le décret d'application pris par le ministre de l'Emploi et de la Solidarité du 29 mars 1999. Elles sont au nombre de 4. Un lecteur attentionné aura remarqué que pourtant, nous en présentons 5. La raison en est simple, 2 d'entre elles sont alternatives et non cumulatives.

---

<sup>41</sup> Loi n° 99-1140, 29 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000.

<sup>42</sup> Loi n° 2001-1246, 21 décembre 2001, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002.

<sup>43</sup> Loi n° 2002-1487, 20 décembre 2002, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003.

<sup>44</sup> Ministre de l'emploi et de la solidarité, Arrêté du 7 décembre 2001, JO n° 284, p. 19 489.

- Le législateur a posé une condition d'âge minimum requis afin de bénéficier de l'allocation. Cet âge peut varier en fonction de la durée du travail effectué dans les établissements visés, mais il est au minimum de 50 ans.
- Il faut travailler ou avoir travaillé dans un des établissements ou organismes qui ont été mentionnés dans le paragraphe précédent, ou exercer ou avoir exercé l'un des métiers figurant sur les listes mentionnées.
- Ont également droit à l'A.C.A.A.T.A les salariés ou anciens salariés reconnus atteints au titre du régime général d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante, et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du Travail et de la Sécurité sociale.  
*Nous l'aurons compris, cette condition est alternative à la précédente.*
- Le bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité ne peut se cumuler avec aucun des revenus ou allocations mentionnés à l'article L.131-2 du code de la sécurité sociale, ni avec aucun avantage personnel de vieillesse, d'invalidité ou allocation de préretraite.
- La suite logique de la condition précédente est que le bénéficiaire de l'A.C.A.A.T.A doit cesser toute activité professionnelle. Le salarié admis au bénéfice de l'allocation présente sa démission à son employeur. Cette rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, ouvre droit au bénéfice de celle-ci, au versement par l'employeur d'une indemnité de cessation d'activité d'un montant égal à celui de l'indemnité de départ en retraite.

Ces conditions remplies, le bénéficiaire de l'allocation de cessation anticipée d'activité va pouvoir en percevoir les montants. Toutefois, celle-ci cesse d'être versée lorsque l'allocataire devient admissible à l'obtention d'une retraite à taux plein.

La détermination de l'allocation est fixée par un salaire de base perçu par l'intéressé au cours des 12 derniers mois d'activité salariée. Le salaire de référence est égal à la moyenne mensuelle des rémunérations ainsi déterminées. Ces rémunérations peuvent le cas échéant faire l'objet d'une revalorisation, dans la limite d'un double plafond prévu à l'article L.241-3 du code de la Sécurité sociale.

L'article 2 du décret du 29 mars 1999 dispose que « *le montant mensuel de l'allocation est égal à 65 % du salaire de référence défini à l'alinéa précédent dans la limite du plafond prévu à l'article L.241-3 du code de la sécurité sociale auxquels s'ajoutent 50 % du salaire de référence pour la part de ce salaire comprise entre une et 2 fois ce même plafond.*

*Le montant minimal de l'allocation ne peut être inférieur au montant minimal de l'allocation d'assurance prévue à l'article L.351-3 du code du travail. Toutefois, le montant de l'allocation ainsi garantie ne peut excéder 85 % du salaire de référence ».*

L'allocation est attribuée et servie par les Caisses régionales d'assurance maladie, et de Mutualité sociale agricole.

Après avoir donné une présentation générale du F.C.A.A.T.A et des modalités d'obtention de l'allocation de cessation anticipée d'activité, il nous apparaît indispensable de mesurer l'activité de cette institution et ainsi d'établir des projections pour l'avenir.

### **Paragraphe 3 : L'activité du Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante ou F.C.A.A.T.A.**

Selon le rapport de la Cour des comptes de 2005, concernant l'indemnisation des victimes de l'amiante<sup>45</sup> « *dans une note du 13 novembre 1998, les pouvoirs publics évaluaient à 6 000 personnes les effectifs concernés par l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, dont 3 000 dès 1999 pour les industries de transformation de l'amiante, et à 1 200 les victimes de maladie professionnelle due à l'amiante, hors plaques pleurales, lésions bénignes qui ne se caractérisaient pas par une surmortalité avérée* ».

<sup>45</sup> Cour des comptes, *op. cit.*, p. 1, Citation p. 47.

Il est donc judicieux d'étudier les différents rapports d'activité du F.C.A.A.T.A afin de vérifier la véracité de ces prévisions.

### A : Quelques éléments statistiques

Plusieurs tableaux parlent d'eux-mêmes, mais seront suivis d'observations et de commentaires.

Le tableau n° 1<sup>46</sup> qui suit, indique le nombre total des entrées et des sorties du dispositif du F.C.A.A.T.A, couvrant la période de la création du fonds au 31 décembre 2005. Il présente, notamment, 2 séries d'informations :

- D'une part, le nombre total d'attributions d'allocations par Caisse régionale d'assurance maladie ou C.R.A.M.
- D'autre part, le nombre et la proportion d'allocations attribuées au titre des maladies professionnelles liées à l'amiante.

A fin décembre 2005	Accusés de Réception	%	Liste1	Liste2	Dossier/ manutention	M.P	Rejets	Liste1	Liste2	Dossier/ manutention	M.P	demande	Rejet implicite		Autre	Propositions d'opter	Liste1	Liste2	Dossier/ manutention	M.P	Acceptations	Liste1	Liste2	Dossier/ manutention	M.P	Retus	Liste1	Liste2	Dossier/ manutention	M.P	Sans suite
													tard	prém																	
Alsace-Moselle	1039	2	895	9	1	134	182	15	1	0	13	2	102	29	20	845	733	5	1	106	737	638	5	1	93	70	60	0	0	10	19
Aquitaine	3371	5	2564	284	304	219	789	49	10	48	1	9	640	21	11	2576	1959	195	209	213	2177	1616	184	195	182	59	38	3	5	13	269
Auvergne	847	1	632	13	5	197	264	21	1	2	10	2	219	1	8	583	391	7	2	183	476	329	6	2	139	30	19	1	0	10	48
Bourgogne	1094	2	922	52	2	118	135	8	4	0	7	2	109	0	5	956	805	41	1	109	846	711	37	1	97	78	68	2	0	8	6
Bretagne	5460	9	2674	2461	35	290	1539	186	138	1	12	22	1167	0	13	3781	1862	1633	21	265	3450	1723	1483	19	225	175	75	82	0	18	101
Centre	1148	2	1030	30	6	82	305	50	1	0	16	6	220	0	12	842	761	20	3	58	744	681	15	3	45	30	26	1	0	3	41
Centre Ouest	1190	2	764	310	48	68	126	18	16	1	3	5	74	6	3	1064	698	257	46	63	726	500	147	26	53	6	5	1	0	0	268
Ile de France	3116	5	2398	189	12	517	875	149	31	1	79	18	580	8	9	2199	1681	94	7	417	1763	1375	79	5	304	6	3	1	0	2	314
anguedoc-Roussillon	513	1	272	134	58	49	209	54	15	1	5	8	124	1	1	304	134	72	56	42	251	107	59	53	32	19	8	6	0	5	15
Midi-Pyrénées	481	1	396	43	10	32	165	22	6	1	3	0	126	3	4	316	260	19	8	29	269	227	15	8	19	13	8	2	0	3	11
Nord Picardie	10431	17	5253	3281	864	1233	2441	147	159	2	67	67	1847	84	68	7873	4106	2107	576	1084	7055	3732	1854	582	887	137	76	37	0	21	412
Normandie	9394	15	4349	3910		1135	2772	395	758		137	5	1477	0		6510	2980	2643		907	6372	2942	2576		854	106	48	45		13	
Nord-Est	1711	3	1534	16	0	161	555	33	0	0	22	5	486	0	9	1107	964	9	0	134	948	847	9	0	92	28	20	0	0	8	83
Pays de Loire	9086	15	3094	4407	181	1404	2195	123	261	4	95	25	1681	6	10	6891	2347	3115	127	1302	6136	2084	2763	122	1157	443	138	209	2	94	55
Rhône-Alpes	4169	7	3822	50	16	281	1147	154	1	4	25	76	838	31	18	2938	2657	36	9	236	2278	2072	30	9	167	144	129	3	0	12	181
Sud-Est	9144	15	1453	6260	873	558	2203	344	614	1	28	53	1114	1	48	6941	824	4718	863	536	6141	682	4190	812	457	170	35	100	17	18	322
Guadeloupe	13	0	5	5	1	2	4	0	0	0	0	0	4	0	0	8	2	3	1	2	7	2	2	1	2	0	0	0	0	0	1
Guyane	2	0	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	1	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
Martinique	21	0	6	10	4	1	6	2	0	0	0	0	4	0	0	15	3	7	4	1	10	2	4	4	0	0	0	0	0	0	0
Réunion	21	0	11	8	1	1	9	2	0	0	0	0	7	0	0	12	6	4	1	1	10	5	4	0	1	1	0	0	1	0	0
	62251		32075	21472	2222	6482	15922	1772	2016	579	513	305	10820	191	239	45762	23153	14985	1936	5688	40397	20285	13462	1844	4806	1515	756	493	28	238	2146

Le tableau n° 2<sup>47</sup> présente, notamment, les demandes d'allocations et le taux des acceptations, sur 5 ans, année par année. Il permet ainsi, de mettre en évidence, leur évolution :

	2001	2002	2003(*)	2004	2005	Situation cumulée au 31/12/05	
Accusés de réception (1)	8 919	12 633	11 703	10 518	9 577		62 251
Propositions d'opter	6 652	8 956	8 149	9 106	7 367		45 762
Acceptations (1)	5 803	8 335	7 685	7 322	7 036		40 397
Acceptations/prop. opter	87%	93%	94%	80%	95%		

<sup>46</sup> F.C.A.A.T.A, Rapport annuel 2005, op. cit., p. 11, p. 16.

<sup>47</sup> F.C.A.A.T.A, Idem, p. 14.

Le tableau n° 3<sup>48</sup> détaille la part des allocations versées aux établissements de la liste 1, de la liste 2, et sur le fondement d'une maladie professionnelle :

		2003		2004		2005
Etablissement (liste 1)	Montant	159 280		218 046		254 358
	Part/ total des allocations	45%		47%		46%
	<i>Evolution annuelle</i>		37%		17 %	
Chantier naval/port (liste 2)	Montant	163 820		195 348		231 005
	Part/ total des paiements	46%		42%		42 %
	<i>Evolution annuelle</i>		19%		18 %	
Maladie professionnelle	Montant	33 001		49 534		65 448
	Part/ total des paiements	9%		11%		12 %
	<i>Evolution annuelle</i>		50%		32 %	
Total allocations		356 101		462 928		550 811
<i>Evolution annuelle</i>			30%	(*)	19 %	

## B : L'essentiel

Il est très clair qu'à la lecture de ces tableaux, de nombreuses observations peuvent être formulées. Toutefois, nous en soulignerons seulement quatre, qui sont sans doute les plus importantes, afin qu'elles puissent marquer le lecteur :

- Depuis avril 1999 jusqu'au 31 décembre 2005, sur 62 251 demandes enregistrées, 15 922 ont été rejetées, 40 397 ont abouti à une acceptation, 1 515 ont été refusées par les salariés, le solde de 4 417 représentant les dossiers en cours d'instruction et les propositions d'opter n'ayant pas encore été acceptées ou refusées par les salariés.

La part des demandes rejetées sur l'ensemble des accusés de réception est de 25,57 % en 2005, dont plus de la moitié (67,95 %) en raison de la demande prématurée des salariés.

Or, au 31 décembre 2005, sur 40 397 acceptations, seules 4 806 le sont sur le fondement d'une maladie professionnelle liée à l'amiante. Cela signifie que seulement **12 % des bénéficiaires de l'A.C.A.A.T.A.** sont réellement touchés par une pathologie alors que dans les 90 % restant, certains ne le seront peut-être jamais.

Certes, l'un des fondements du versement de l'allocation est le risque encouru par les personnes qui ont été exposées à la nocivité de l'amiante durant leur cheminement professionnel. Mais, la proportion d'un peu plus de 1 pour 10 est un taux qui demande à être révisé car il traduit des abus.
- On constate de fortes disparités entre les différentes C.R.A.M. Certaines Caisses régionales d'assurance maladie totalisent une proportion importante d'allocataires issus des listes 1 et 2, ou victimes de maladies professionnelles, par rapport à d'autres.

Cela s'explique surtout par le fait que les régions ont eu des activités économiques et des secteurs d'activité différents. Ainsi, les régions ne situant pas géographiquement à proximité de la mer ou de l'océan connaissent peu d'allocataires issus de la liste 2.

Toutefois, 5 régions sont touchées par une très forte augmentation du nombre de bénéficiaires du dispositif. Il s'agit du Nord Picardie, du Sud-est, de la Normandie, du Pays de Loire et de la Bretagne.
- Nous remarquerons aussi, que depuis 2002, le rythme annuel des accusés de réception et des acceptations est en diminution constante avec une moyenne de - 9 % pour le premier et - 5 % pour le deuxième.

Ces différents constats entraînent la nécessité d'en expliquer les raisons, la principale étant la tendance persistante à l'extension du dispositif.

### Paragraphe 4: La question du champ d'application de l'A.C.A.A.T.A.

Comme nous l'avons souligné dans la partie consacrée à l'étude des bénéficiaires de l'allocation (p. 14), les lois successives de financement de la Sécurité sociale pour les années 2000, 2002 et 2003 ont élargi le périmètre

<sup>48</sup> F.C.A.A.T.A, Idem, p. 12.

d'intervention du F.C.A.A.T.A. L'une des conséquences est que le nombre d'allocataires s'est accru, du fait de la possibilité pour des personnes de solliciter l'A.C.A.A.T.A, alors qu'elles ne pouvaient y prétendre auparavant.

Mais d'autres facteurs engendrant les mêmes effets, ont été soulevés comme des problèmes à solutionner, par la Cour des comptes, dans son rapport d'avril 2004<sup>49</sup> concernant *l'indemnisation des victimes de l'amiante*, et qui a été présenté à la commission des Affaires sociales du Sénat. Il s'agit d'une part, de l'augmentation du nombre d'établissements concernés par le dispositif du F.C.A.A.T.A figurant sur les listes 1 et 2, et des périodes prises en compte d'exposition des victimes à l'amiante, et d'autre part, des dépenses A.C.A.A.T.A qui ne sont pas toujours corrélées au nombre des victimes.

#### **A : L'augmentation du nombre d'établissements concernés et des périodes prises en compte**

L'existence même de ce dispositif rend possible l'inscription à tout moment de nouvelles entreprises ou de nouveaux secteurs d'activité. De nombreuses personnalités politiques et associations de défense des victimes de l'amiante militent afin que de nouvelles personnes puissent bénéficier de ce dispositif :

- Ainsi en atteste la question écrite posée par M. BESSON Jean, Sénateur de la Drôme, le 28 octobre 2004 à Monsieur le ministre de la Santé et de la Protection Sociale, sur la question de l'extension du champ d'application de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante<sup>50</sup> :

*« M. Jean Besson souhaite attirer l'attention de M. le ministre de la santé et de la protection sociale sur le nombre restreint de professions donnant droit à l'A.C.A.A.T.A. En effet, selon l'article 41 de la loi 88-1194 de financement de la sécurité sociale pour 1999, une allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est versée aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flochage et de calorifugeage à l'amiante ou de construction et de réparation navales. Or, en dehors des professions susnommées, de nombreux autres salariés souffrent de la maladie occasionnée par l'amiante sans qu'ils puissent, au regard de la loi, bénéficier de cette disposition. Les conséquences en terme de handicap sont pourtant identiques, quelle que soit la profession exercée, dans le secteur privé ou dans la fonction publique. En attestent, à titre d'exemple, les neuf agents du centre hospitalier de Brest reconnus malades de l'amiante par leur employeur. C'est pourquoi il souhaite connaître les mesures que le Gouvernement compte prendre afin que la possibilité de cesser d'une manière anticipée ses activités soient étendues à tout salarié victime de l'amiante ».*

- L'Association nationale de défense des victimes de l'amiante ou A.N.D.E.V.A, par exemple, dans un document de mars 2003 intitulé *« Cahier revendicatif de l'A.N.D.E.V.A.<sup>51</sup> »*, demande l'extension du F.C.A.A.T.A à l'ensemble des salariés de la réparation navale, et donc pour le personnel administratif.

Elle souhaite de plus la transformation de la liste limitative en liste indicative susceptible d'être complétée au niveau régional. En effet, selon l'association, les Directions régionales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, et les C.R.A.M, qui connaissent mieux que le niveau national les entreprises de leur région, pourraient réparer les omissions et inscrire des salariés d'entreprises oubliées.

Pourtant, si de mars 1999 à décembre 2003, il est paru un arrêté fixant les listes des établissements, métiers et ports susceptibles d'ouvrir droit à l'A.C.A.A.T.A, durant la même période, plus de 20 arrêtés ont fixé ou modifié les listes en question.

Ainsi, la liste des établissements ouvrant droit à l'A.C.A.A.T.A s'est accrue régulièrement pour atteindre **1 442**, au moment de la publication du rapport de la Cour des comptes adressé à la commission des Affaires sociales du Sénat d'avril 2004<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Cour des comptes, *op. cit.*, p. 1.

<sup>50</sup> BESSON Jean, *Question écrite n° 14 324 - Sénat adressée au ministre de la Santé et de la protection sociale*, le 28 octobre 2004, L'observatoire des débats parlementaires, [www.cdc.retraites.fr/obsdeb.asp](http://www.cdc.retraites.fr/obsdeb.asp).

<sup>51</sup> A.N.D.E.V.A, *Cahier revendicatif de l'A.N.D.E.V.A*, Mars 2003, [www.andeva.free.fr](http://www.andeva.free.fr)

<sup>52</sup> Cour des comptes, *op. cit.*, p. 1, *Données* p. 49.

Il en est de même pour les périodes d'activité des salariés exposés à l'amiante, qui sont prises en compte dans le dispositif. Celles-ci ont été progressivement étendues sans qu'il soit toujours possible de distinguer les motifs ayant conduit à retenir telle période ou telle autre. Ainsi, les chantiers de l'Atlantique ont-ils fait l'objet de 3 arrêtés : un premier du 7 juillet 2000 couvrant la période de 1945 à 1975, un deuxième du 11 décembre 2001 portant la limite maximale de 1975 à 1982, et enfin un troisième étend cette limite jusqu'en 1996.

*(Tous les textes dont il a été fait mention figurent sur le lien direct [www.admi.net.fr](http://www.admi.net.fr)).*

On peut comprendre que les pouvoirs publics soient soumis à des pressions importantes. Elles sont d'autant plus fortes que durant des années, l'État est demeuré inactif ou presque face à l'utilisation massive d'un matériau dont la dangerosité était signalée depuis le début du 20<sup>ème</sup> siècle. De ce fait, si dans un premier temps l'objectif a été de rechercher toutes les victimes et les personnes potentiellement exposées au risque de pathologie lié à l'amiante, dans un deuxième temps, il est impératif d'assurer une bonne gestion du F.C.A.A.T.A afin de ne pas pénaliser les véritables victimes pour les abus du dispositif que seraient tentés de commettre ceux qui voudraient utiliser le fonds comme « un instrument de gestion de l'emploi ».

En effet, on ne doit pas oublier que l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est en train de devenir un des rares dispositifs de préretraite aidés financièrement par les pouvoirs publics. C'est pourquoi on ne peut ignorer que la sollicitation d'une inscription sur une liste par une entreprise puisse être motivée pour partie par la gestion de plans sociaux. Il en résulte notamment que les dépenses occasionnées par le versement de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, ne correspondent pas pleinement avec le nombre de victimes.

#### **B : Des dépenses A.C.A.A.T.A. pas toujours corrélées au nombre de victimes**

Les pouvoirs publics ont pris conscience de l'instrumentalisation qui peut être faite de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, ainsi en atteste la réponse donnée par le ministre concerné<sup>53</sup> à la question écrite posée par monsieur le Sénateur Besson :

*« ...Il n'est pas envisagé pour l'instant des extensions à des secteurs d'activité non directement concernés par la manipulation de cette fibre. Une récente communication de la Cour des comptes à la commission des affaires sociales du Sénat, consacrée à l'indemnisation des conséquences de l'utilisation de l'amiante en général, est par ailleurs venu mettre en lumière un certain nombre de difficultés liées au fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (F.C.A.A.T.A), en préconisant notamment son recentrage sur les victimes... ».*

Selon la Cour des comptes<sup>54</sup>, une étude comparative des fichiers du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante ou F.I.V.A avec celui des établissements, organismes ou ports ouvrant droit au dispositif de préretraite (A.C.A.A.T.A), **montre que 586 établissements sur 1 442 ne sont pas connus du F.I.V.A**, tout en représentant 50 millions d'euros de dépenses pour le F.C.A.A.T.A en 2003. Or, cela signifie que **40,6 %** des établissements concernés par le dispositif n'ont pas été touchés par des salariés victimes d'une pathologie liée à une exposition à l'amiante.

Cette situation traduit évidemment un dysfonctionnement du dispositif du F.C.A.A.T.A. En poursuivant l'enquête, la Cour des comptes a dévoilé des cas très révélateurs :

- Sadefa industries, située à Fumel est une entreprise de chaudronnerie qui emploie actuellement 400 salariés. Elle a représenté en 2003 une charge financière de 5,7 millions d'euros pour le F.C.A.A.T.A, répartie sur 375 salariés. Or, aucun n'est connu du F.I.V.A. Pourtant, c'est au titre des affections liées à l'amiante qu'ont été effectués les départs en préretraite.
- La société Moulinex est à l'origine du versement d'allocations par le F.C.A.A.T.A pour un montant de 12 millions d'euros en 2003. Selon le même rapport de la Cour des comptes, « à partir de 2001, il a été progressivement établi une doctrine administrative permettant l'inscription au titre de calorifugeage pour tout établissement ayant utilisé des matériaux amiantés pour leurs propriétés calorifuges aux fins

<sup>53</sup> Ministère de réponse : Solidarités, 7 avril 2005, JO du Sénat p. 1 000, l'observatoire des débats parlementaires, [www.cdc.retraites.fr/obsdeb.asp](http://www.cdc.retraites.fr/obsdeb.asp).

<sup>54</sup> Cour des comptes, *op. cit.*, p. 1, *Données* pp. 50, 51 et 52.

*de fabrication d'un produit fini* ». Sur cette disposition, les établissements Moulinex ont pu être inscrits sur les listes permettant aux salariés de bénéficier de l'A.C.A.A.T.A. En effet, les robots ménagers qu'ils fabriquaient comportaient des cordons amiantés !

À partir de septembre 2003, il a été décidé de ne plus permettre l'inscription au titre du calorifugeage, des établissements ayant utilisé des matériaux amiantés pour leurs propriétés calorifuges aux fins de fabrication d'un produit fini, ce critère étant jugé trop « extensif ».

Outre l'indignation que l'on peut éprouver face à des sociétés qui utilisent les défaillances d'un dispositif visant à indemniser les victimes d'une tragédie pouvant conduire à la mort, on ne peut que solliciter une réforme du F.C.A.A.T.A, afin d'éviter que cela ne se reproduise. Plusieurs pistes de réflexion sont à explorer.

#### **Paragraphe 5 : Les solutions envisagées aux dysfonctionnements du F.C.A.A.T.A.**

Les dépenses mises à la charge de cet organisme ont fortement augmentées, depuis sa création en 1999, pour atteindre un montant de 788 976 millions d'euros en 2005. Depuis 2003, le total des charges est supérieur à celui des produits, traduisant ainsi un déficit<sup>55</sup>.

Tout d'abord, l'architecture institutionnelle du F.C.A.A.T.A est bien trop complexe pour permettre une gestion optimisée du fonds. L'absence de personnalité juridique, et la répartition des compétences entre la Caisse des dépôts et consignations, et les caisses régionales d'assurance maladie, constituent autant d'entraves à la réalisation d'un objectif d'un dispositif cohérent et efficace.

D'une part, il serait envisageable de créer un organisme doté de la personnalité juridique, qui détiendrait la plénitude des compétences relatives au fonds. Certes, certains y verraient un alourdissement de la charge financière du dispositif. Mais un établissement spécialisé ne serait peut-être pas un mauvais investissement, car il ne faut pas oublier que les véritables conséquences de la nocivité de l'amiante ne sont pas actuelles mais à venir. Les estimations du nombre de futures victimes sont de 150 000 pour les études les plus optimistes et de 500 000 pour les plus alarmistes.

D'autre part, la Cour des comptes préconise de transférer la part de gestion de l'A.C.A.A.T.A assurée par la Caisse des dépôts et consignations au régime des accidents du travail et maladies professionnelles. La structure administrative existant déjà, cela permettrait de dégager des économies financières.

Ensuite, la question des ressources du F.C.A.A.T.A reste entière. Il semble logique et justifié que l'État assume chaque année le pourcentage de financement correspondant à sa part de responsabilité en tant qu'employeur de personnes victimes de l'amiante par une exposition à ce matériau. Cela doit se traduire par une clef de répartition claire, permettant de définir les charges incombant à l'État et celles revenant à la branche A.T-M.P de la Sécurité sociale. Les ressources du fonds liées aux tabacs se révèlent insuffisantes et instables.

Certes, la contribution des entreprises dont les salariés bénéficient de l'A.C.A.A.T.A, va dans le sens d'une responsabilisation des entreprises à l'origine des dépenses du versement de l'allocation.

Toutefois, le rendement de **68 025 millions d'euros en 2005**<sup>56</sup>, reste insuffisant au regard des besoins. Il est donc nécessaire de repenser le mode de financement du Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

Enfin, on ne peut que s'interroger sur le bien-fondé de l'extension du dispositif de l'A.C.A.A.T.A. En effet, il a été démontré dans le cadre de cette étude consacrée à l'indemnisation des victimes de l'amiante que 12 % seulement des bénéficiaires de l'allocation sont actuellement atteints d'une pathologie reconnue comme maladie professionnelle causée par l'amiante.

Les autres allocataires sont des anciens salariés ayant travaillé dans un établissement inscrit sur une liste, fixée par arrêté ministériel, des établissements ayant exposé leurs personnels à l'amiante.

Les magistrats de la Cour des comptes<sup>57</sup> « suggèrent de recentrer le bénéfice du F.C.A.A.T.A, afin de dégager les marges de manœuvre financières permettant d'améliorer l'indemnisation versée aux victimes de l'amiante par le F.I.V.A ». Ce « recentrage » auquel elle préconise de procéder paraît pertinent.

<sup>55</sup> F.C.A.A.T.A, *Rapport annuel 2005*, op. cit., p. 11, p. 7.

<sup>56</sup> F.C.A.A.T.A, *Idem*, p. 9.

<sup>57</sup> Cour des comptes, op. cit., p. 1, Citation, p. 6.

**La solidarité nationale impose que toutes les victimes, mais seulement les victimes, de dommages liés à une exposition à l'amiante voient leurs préjudices intégralement réparés. La création du Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante n'a pas pour objectif de rechercher cette réparation, mais il est une première réponse institutionnelle aux méfaits de ce matériau, à un moment où il n'existait aucun dispositif spécifique. Même s'il n'est pas parfait, le F.C.A.A.T.A a au moins le mérite d'exister.**

*Un lecteur assidu remarquera sans doute qu'il n'a pas été fait mention dans les solutions proposées aux problèmes du dispositif du F.C.A.A.T.A, du projet de prise en charge de la pénibilité dans les conditions de départ à la retraite. La raison en est simple, ce serait vite oublier que les pathologies liées à une exposition à l'amiante ne résultent pas de conditions de travail difficiles, mais de fautes commises par les pouvoirs publics et des entreprises pour leur manque de prise de décisions visant à empêcher le drame. Il n'est pas question de masquer une fois de plus les responsabilités de chacun, les victimes devant obtenir justice pour les bonnes raisons.*

La justice s'obtient nécessairement par la réparation intégrale des préjudices subis par les victimes, ce qui est l'objet du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante ou F.I.V.A.

### **SECTION 3 : LA RECHERCHE D'UNE RÉPARATION INTÉGRALE DES PRÉJUDICES SUBIS PAR LES VICTIMES : LE FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE, LA RÉPONSE DU LÉGISLATEUR.**

La recherche d'une réparation intégrale des dommages subis par les victimes de l'amiante s'est concrétisée par l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000, loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001<sup>58</sup>, qui dispose la création du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante ou F.I.V.A. Etablissement public administratif destiné à satisfaire ce besoin, ses modalités de fonctionnement sont définies par le décret du 23 octobre 2001<sup>59</sup>.

Mais, il faudra attendre avril 2003, pour que les premières indemnisations définitives rendues par le F.I.V.A interviennent, soit plus de 2 années après l'adoption du principe de sa création et la réunion du premier conseil d'administration.

En raison de cette très lente mise en place du dispositif, et des pathologies liées à la nocivité de l'amiante qui peuvent s'avérer fatales à brève échéance pour les personnes qui en souffrent, les victimes ont préféré se tourner vers des actions en justice afin d'obtenir la réparation escomptée.

La Cour de cassation fut ainsi amenée à se prononcer sur les principes généraux de la reconnaissance de la faute inexcusable en matière de risques professionnels, par les arrêts du 28 février 2002<sup>60</sup>, prenant de vitesse le système d'indemnisation qui était en train de se mettre en place.

Dans l'attente d'une institution opérationnelle, l'article 9 du décret du 23 octobre 2001 a prévu qu' « une convention de gestion peut être conclue à titre transitoire avec le fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse institué par l'article L. 421-1 du code des assurances afin de lui confier, pour une durée d'un an, l'instruction des dossiers de demandes, la préparation des offres et toute autre mission notamment d'assistance juridique au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante ».

Cette convention a été signée le 7 juin 2002 pour une durée d'une année et un avenant a permis sa prorogation.

Après une mise en place lente et laborieuse, le F.I.V.A. est aujourd'hui pleinement opérationnel, traitant un nombre de dossiers important qui ne cesse de croître, soit 1890 demandes par mois de juin 2006 à mai 2007.

---

<sup>58</sup> Loi n° 2000-1257, 23 décembre 2000, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001.

<sup>59</sup> Décret n° 2001-963, 23 octobre 2001.

<sup>60</sup> Cour de cassation, chambre sociale, 28 février 2002, la chambre sociale a rendu 30 arrêts dont 29 reconnaissent la faute inexcusable qui est une action contre un employeur devant le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale, et qui vise à démontrer qu'il a commis une faute d'une gravité exceptionnelle qui a été à l'origine de la maladie qui a touché un de ses salariés. Cette action, engagée par la victime ou ses ayants droit, peut permettre d'obtenir une majoration de la rente, ainsi que la réparation des préjudices subis. Au-delà de l'aspect financier, elle permet d'établir publiquement la responsabilité de l'employeur et constitue une incitation renforcée à la prévention. La liste des arrêts est donnée sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Nous en donnons 6 : n° 00-10 051, n° 99-18 389, n° 00-11 793, n° 99-21 255, n° 99-17 201, n° 00-13 172, *Les petites Affiches*, n° 62, 27 mars 2002, pp. 15-19, Note PICCA Georges, SAURET Alain.

Mais si ce dispositif paraît satisfaisant, les diverses études menées sur cette question démontrent une judiciarisation importante de l'indemnisation des victimes de l'amiante. Pour comprendre la réaction de ces dernières, il importe d'exposer l'institution, les mécanismes de l'indemnisation, et les problèmes rencontrés par l'établissement public.

Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante présente des particularités par rapport au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, tant au niveau de son architecture institutionnelle que de l'origine de ses ressources.

### **Paragraphe 1 : L'architecture institutionnelle du F.I.V.A :**

Selon l'article 53 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001, « *il est créé, sous le nom de Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, un établissement public national à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget* ».

Le F.I.V.A. est donc très différent du F.C.A.A.T.A, car il est une personne morale de droit public décentralisée et spécialisée. Il en résulte que :

- Le F.I.V.A est une personne de droit public car il est doté d'une personnalité juridique, ce qui lui permet notamment, d'ester en justice, posséder, échanger, aliéner des biens, embaucher du personnel, disposer d'un budget et de fonds propres.
- C'est une personne décentralisée, car il est doté d'une certaine autonomie et soumis à une certaine tutelle, celle des ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget.
- Le F.I.V.A. est une personne spécialisée, c'est-à-dire qu'il réalise la personnalisation d'un service public et ne peut donc faire que ce pour quoi il a été créé : « *Réparer les préjudices des personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité* ».

Le F.I.V.A. est administré par un conseil d'administration dont la composition est originale et tient compte des différents points de vue de tous les « acteurs » du dossier sur l'indemnisation des victimes de l'amiante. En effet, celui-ci est composé de : 5 représentants de l'État ; 8 représentants des organisations siégeant à la Commission des accidents du travail et maladies professionnelles de la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés ou C.N.A.M.T.S, dont 3 représentent les employeurs et 5 les salariés ; 4 représentants des organisations d'aide aux victimes de l'amiante ; 4 personnalités qualifiées, dont une de l'Inspection générale des affaires sociales ou I.G.A.S et le directeur de la C.N.A.M.T.S.

Le conseil d'administration du F.I.V.A. est présidé par un magistrat, et le directeur du fonds est nommé par arrêté conjoint des ministres chargés de la sécurité Sociale et du Budget.

Son rôle est très étendu puisqu'il consiste notamment en vertu de l'article 6 du décret du 23 octobre 2001 à « *définir la politique d'indemnisation du fonds en fixant les orientations relatives aux procédures, aux conditions de reconnaissance de l'exposition à l'amiante, d'indemnisation et de versement des provisions aux victimes et aux conditions d'action en justice du fonds* ».

Les membres du conseil d'administration défendant des intérêts extrêmement différents, celui-ci a régulièrement connu des débats difficiles, notamment en ce qui concerne l'adoption du barème d'indemnisation des victimes de l'amiante.

En raison des sommes de plus en plus importantes qui sont versées par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, les ressources de cette institution occupent une place centrale.

### **Paragraphe 2 : Les ressources du F.I.V.A :**

Les ressources du F.I.V.A. sont constituées des dotations de l'État et de la Sécurité sociale, et des recours subrogatoires.

## A : Les dotations de l'État et de la Sécurité sociale :

L'article 53-7 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 dispose que « *le fonds est financé par une contribution de l'État, dans les conditions fixées par la loi de finances, et par une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de la sécurité sociale dont le montant est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale, sur la base d'un rapport d'activité du fonds établi par son conseil d'administration et transmis au Parlement et au Gouvernement chaque année avant le 1<sup>er</sup> juillet* ».

Ainsi, chaque année le conseil d'administration remet aux institutions des pouvoirs publics un rapport d'activité sur l'année écoulée et qui fait état des prévisions des besoins de financement pour l'année à venir. Le dernier document de ce type est le 6<sup>ème</sup> *Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Juin 2006/Mai 2007*. On peut y trouver des informations fortement utiles, telles le tableau suivant<sup>61</sup>, présentant l'évolution des dotations versées au F.I.V.A depuis sa création :

Dotations au FIVA inscrites en loi de finances et loi de financement de la sécurité sociale (en milliers d'euros)			
Années	Etat	Branche AT / MP	Total ressources FIVA
2001		438 000	438 000
2002	38 110	180 000	218 110
2003	40 000	190 000	230 000
2004		100 000	100 000
2005	52 000	200 000	252 000
2006	47 500	315 000	362 500
<b>Total</b>	<b>177 610</b>	<b>1 423 000</b>	<b>1 600 610</b>
	11%	89%	

Pour l'année 2006, l'État a financé cet organisme à la hauteur de 47.5 millions d'euros, tandis que la Sécurité sociale a versé 315 million d'euros. Le montant total de ces dépenses, dont le fondement est la solidarité nationale, s'élève, pour la même période à 362.5 millions d'euros. Il est important de préciser que les différentes dotations de l'État sont versées chaque année en totalité au fonds, alors que les dotations de la branche accident du travail et maladie professionnelle du régime général ne le sont qu'en fonction des besoins que le F.I.V.A lui précise au fur et à mesure. La sécurité sociale demeure le premier « mécène » de l'établissement public.

Mais toutes les fois où une personne responsable de l'exposition du salarié à l'amiante peut être identifiée, celle-ci devra rembourser le F.I.V.A des indemnités versées.

## B : Les recours subrogatoires

L'article 53-6 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 dispose que « *le fonds est subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes ou organismes tenus à un titre quelconque d'assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes.*

*Le fonds intervient devant les juridictions civiles, y compris celles du contentieux de la sécurité sociale, notamment dans les actions en faute inexcusable, et devant les juridictions de jugement en matière répressive, même pour la première fois en cause d'appel, en cas de constitution de partie civile du demandeur contre le ou les responsables des préjudices ; il intervient à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi.*

*Si le fait générateur du dommage a donné lieu à des poursuites pénales, le juge civil n'est pas obligé de surseoir à statuer jusqu'à la décision définitive de la juridiction répressive ».*

Afin que le F.I.V.A dispose des informations nécessaires à la mise en pratique de ces dispositions, l'article 37 du décret du 23 octobre 2001 oblige toutes les juridictions à adresser une copie des actes de procédure les saisissant de toute demande en justice relative à la réparation des préjudices résultant de l'exposition aux poussières d'amiante. Cela permet aussi d'éviter une double indemnisation.

<sup>61</sup> F.I.V.A, 6<sup>ème</sup> rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement juin 2006/mai 2007, p. 76, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

Toutefois, comme l'ont indiqué les rédacteurs du rapport de la Cour des comptes adressé à la commission des Affaires sociales du Sénat, il ne semble pas que le conseil d'administration du F.I.V.A ait fait de ces procédures une priorité. En effet, il est extrêmement long et difficile, ou même non pertinent de récupérer les sommes versées à titre d'indemnité, et ce, pour plusieurs raisons : d'une part, il est des situations où l'employeur a disparu ou est insolvable. D'autre part, les recours subrogatoires du F.I.V.A ont un impact limité sur les finances publiques par l'apport de ressources autres que celles provenant des prélèvements obligatoires. C'est notamment le cas lorsque l'employeur est une personne publique ou l'État.

Concrètement, bien que le service du F.I.V.A qui mène des actions subrogatoires vienne d'être renforcé en 2007 par un nouveau juriste, ce qui porte l'équipe à 7 si l'on comprend son responsable, le F.I.V.A est loin d'être en capacité de mener toutes les actions qui lui incombent. Pour autant, entre les mois d'avril 2006 et avril 2007, le service contentieux a mené 797 actions. Le contentieux subrogatoire est donc en progression, mais demeure limité par le manque de moyens du F.I.V.A. Au total, depuis sa création, 602 décisions ont été rendues dans des instances engagées par le F.I.V.A<sup>62</sup>.

En 2006, **11.8 millions d'euros**<sup>63</sup> ont été récupérés, dont une part importante reposait sur la branche A.T-M.P en raison des mécanismes de mutualisation.

Compte tenu des multiples obstacles et difficultés auxquels se heurte le recouvrement des indemnités versées auprès des employeurs directement responsables, les recours subrogatoires ne peuvent pas être considérés comme une ressource appelée à connaître un développement significatif. Les derniers rapports du F.I.V.A ne mentionnant même plus dans le détail, les sommes récupérées par ce type d'actions.

On comprend ainsi que la priorité du F.I.V.A soit l'indemnisation des victimes plutôt que le contentieux subrogatoire, ce qui amène à s'interroger sur les modalités de celle-ci.

### **Paragraphe 3 : Le dispositif d'indemnisation du F.I.V.A.**

La réparation intégrale est fondée sur l'idée simple de réparer le préjudice subi par une victime afin de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.

Derrière ce principe se cache en fait une grande diversité d'appréciation des conditions de réparation de ce préjudice. En effet, on ne peut réparer l'irréparable et l'indemnisation se présente sous la forme d'une compensation monétaire.

De ce fait, le principe de la réparation intégrale s'oppose à toute idée d'indemnisation forfaitaire, qui ne prend pas en compte de manière individualisée chaque situation, dans le but d'adapter l'indemnité au cas par cas.

Cette approche est donc fondamentalement opposée à l'indemnisation forfaitaire de la Sécurité sociale pour laquelle, à un niveau de préjudice correspond un seul montant. La raison d'être du F.I.V.A est justement de compléter l'indemnité forfaitaire afin que la victime reçoive une réparation intégrale de ses préjudices, qu'ils soient patrimoniaux ou extra patrimoniaux.

Toutefois, l'indemnisation n'est pas automatique, c'est pourquoi il paraît important de porter notre attention d'une part sur la procédure préalable à l'offre d'indemnisation, et d'autre part sur l'offre d'indemnisation formulée par le F.I.V.A.

#### **A : La procédure préalable à l'offre d'indemnisation**

Afin de bénéficier d'une indemnisation du F.I.V.A, la victime doit démontrer qu'elle est, au regard de la loi, une personne pouvant bénéficier du dispositif, et répondre à certaines conditions.

#### **a : Les personnes susceptibles d'être indemnisées par le F.I.V.A.**

L'article 53-1 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 dispose que 3 catégories de victimes peuvent solliciter la réparation de leurs préjudices auprès du F.I.V.A :

---

<sup>62</sup> F.I.V.A, *op. cit.*, p. 21, pp. 50 et 51, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

<sup>63</sup> F.I.V.A, *Idem*, p. 76, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

- Tout d'abord, « *les personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité* ».
- Ensuite, « *les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République française* ».
- Enfin, « *les ayants droit des personnes visées* » ci-dessus.

De ce fait, si la personne a obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante, ou a été directement exposée à l'amiante en France, elle ou ses ayants droit peuvent solliciter une indemnisation auprès du F.I.V.A, afin d'obtenir une réparation intégrale de leurs préjudices, sous le respect de certaines conditions.

### **b : Les conditions à satisfaire pour l'obtention de l'indemnisation**

L'article 53-3 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 dispose que: « *Le fonds examine si les conditions de l'indemnisation sont réunies : il cherche les circonstances de l'exposition à l'amiante et ses conséquences sur l'état de santé de la victime ; il procède ou fait procéder à toute investigation et expertise utiles sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou industriel. Vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale* ».

Le demandeur doit donc justifier de l'exposition à l'amiante et de l'état de santé de la victime. Il sera toutefois dispensé d'apporter la preuve de son exposition à ce matériau si d'une part il est reconnu atteint d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante, ou d'autre part si la victime est atteinte d'une maladie provoquée par l'amiante figurant sur une liste établie par arrêté ministériel.

L'article 7 du décret du 23 octobre 2001 prévoit qu'une *Commission d'évaluation des circonstances de l'exposition à l'amiante* ou C.E.C.E.A, est chargée d'examiner les demandes des victimes qui ne sont, ni des victimes d'une maladie dite spécifique provoquée par l'amiante et figurant sur l'arrêté du 5 mai 2002<sup>64</sup> (mésothéliomes et plaques pleurales), ni des victimes d'une maladie liée à l'amiante reconnue comme relevant d'une exposition professionnelle. Il est précisé dans ce décret que la commission se prononce « *dans le cadre des orientations définies par le conseil d'administration, sur le lien entre l'exposition à la maladie et l'exposition à l'amiante* ».

Le même article fixe la composition de la commission qui comprend, en plus du président nommé par arrêté conjoint du ministre chargé de la Sécurité sociale, du Garde des Sceaux, ministre de la Justice, et du ministre chargé du Budget :

« *Deux personnes ayant de connaissances particulières dans l'appréciation du risque lié à l'exposition à l'amiante* ».

« *Deux médecins spécialistes ou compétents en pneumologie ou en médecine du travail possédant des connaissances particulières dans le domaine des pneumoconioses* ».

### **B : L'offre d'indemnisation du F.I.V.A.**

Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante dispose d'un délai de 6 mois à compter de la réception d'une demande d'indemnisation, pour présenter au demandeur une offre d'évaluation, tel est le temps accordé par le législateur au F.I.V.A en vertu des dispositions de l'article 53-4 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001.

Dans le cas où les conditions d'indemnisation par le F.I.V.A. sont réunies, le législateur a prévu, si la victime en fait la demande, le versement d'une provision, pour laquelle le fonds statue dans le délai d'un mois. Cette disposition permet aux victimes de patienter et de faire face aux situations difficiles auxquelles elles sont confrontées, par des moyens financiers adéquats.

<sup>64</sup> GUIGOU Élisabeth, ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Arrêté du 5 mai 2002, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

Pour mesurer la pertinence de ces dispositions, 4 points sont à soulever, il s'agit des délais concrets d'attente entre le dépôt de la demande par la victime et la proposition d'une offre par le F.I.V.A, du barème d'indemnisation utilisé par le fonds, des dommages indemnisés et du taux d'acceptation des offres d'indemnisation de l'institution.

#### **a : Le délai réel d'attente des victimes**

Le rapport d'activité du F.I.V.A pour la période allant de juin 2006 à mai 2007, répond à cette préoccupation majeure pour les victimes de façon précise<sup>65</sup>.

Calculé sur la période écoulée depuis la création du FIVA, dès lors que le dossier est reconnu comme recevable, c'est-à-dire complet, ce qui peut prendre plusieurs semaines, le délai moyen d'instruction débouchant sur la présentation de l'offre, est de 6 mois et deux semaines.

Au cours des derniers mois, mars, avril et mai 2007, ce délai moyen s'est allongé : il est passé à 7 mois. Cette dégradation résulte de la progression très importante du nombre de demandes d'indemnisation enregistrées depuis la fin 2006 et impliquant des instructions simultanées. Il en résulte un plus grand nombre d'appels téléphoniques, de courriers, ou de sollicitations auprès des organismes sociaux, pour ne citer que ces exemples.

Une nette détérioration des délais d'instruction des offres pour les maladies graves est également constatée et ce, malgré le traitement prioritaire de celles-ci par les services du F.I.V.A : 5 mois et 2 semaines en moyenne au cours des trois derniers mois, au lieu de 3 mois et 3 semaines depuis la création du F.I.V.A.

Au-delà de la forte progression de la charge de travail traitée par des effectifs médicaux et juridiques en 2006, plusieurs autres facteurs expliquent l'allongement des délais moyens d'instruction des dossiers concernant plus spécifiquement les maladies graves.

D'une part, en ce qui concerne les dossiers de cancers-broncho-pulmonaires, un plus grand nombre d'entre eux, non reconnus en maladie professionnelle, ont été transmis pour examen à la C.E.C.E.A le délai d'instruction de cette dernière s'ajoutant à celui du F.I.V.A.

D'autre part, les dossiers de mésothéliomes ou ceux susceptibles d'en être, ont été par ailleurs, compte tenu de leur complexité, systématiquement transmis au groupe reconnu d'experts nationaux « *Mésopath*<sup>66</sup> » situé au Centre Hospitalier Universitaire de Caen. Les délais d'instruction du groupe, qui résultent de sa charge de travail de plus en plus importante, se sont également ajoutés aux délais d'instruction du F.I.V.A. A la fin de l'année 2006, environ 180 dossiers étaient ainsi en attente d'avis.

On constate que la priorité est accordée aux victimes souffrant de pathologies lourdes et dont la situation nécessite une rapidité d'action évidente de la part des services du F.I.V.A.

La réparation intégrale s'obtenant par une compensation financière, la question du barème utilisé par le F.I.V.A revêt un intérêt particulier.

#### **b : Le Barème du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante**

Le barème utilisé par le F.I.V.A pour la détermination du montant de l'indemnité à verser aux victimes de l'amiante est le résultat de nombreuses heures de travail tant pour le conseil d'administration que pour les groupes de travail. Son élaboration a fait l'objet de vifs débats entre les membres du conseil d'administration qui, comme nous l'avons déjà vu défendent des intérêts différents et parfois antagonistes. Il a été adopté lors de la séance du 21 janvier 2003.

Il a fait l'objet d'un recours de la part du COMITÉ ANTI-AMIANTE DE JUSSIEU et de l'A.N.D.E.V.A devant le juge administratif, en tant qu'il fixe pour règle que les victimes de l'amiante indemnisées par une procédure juridictionnelle ne pourront percevoir de complément d'indemnisation pour les préjudices que la

---

<sup>65</sup> F.I.V.A, *op. cit.*, p. 21, p. 29, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

<sup>66</sup> **MESOPATH** : Groupe de médecins anatomopathologistes français, dirigé par le Professeur Françoise Galateau-Sallé (CHU de Caen), se réunissant tous les mois à Paris pour revoir les biopsies de tumeurs de la plèvre dont l'interprétation est difficile ou douteuse.

juridiction a considéré comme inexistant, ou à indemniser à un niveau inférieur à celui prévu par des barèmes adoptés par le conseil d'administration du F.I.V.A.

Le Conseil d'État a rendu un arrêt le 3 mai 2004<sup>67</sup> dans lequel il indique que « ces délibérations se bornent à définir des orientations, et ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la situation particulière de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des directives qui leur sont ainsi adressées ; que, dès lors, ces délibérations, dont les termes, ainsi qu'il a été dit ci-dessus sont dénués de caractère impératif, ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

Le barème indicatif d'indemnisation permet de garantir l'égalité de traitement des demandeurs sur l'ensemble du territoire et d'assurer la cohérence dans la prise en compte des différents préjudices. Afin d'assurer une réparation intégrale des dommages subis par les victimes, il est nécessaire de prendre en compte de manière spécifique la situation de chacune d'entre elles, de l'importance de ses préjudices non seulement économiques mais aussi personnels. Ainsi, une offre d'indemnisation ne peut se fonder sur la seule application d'un barème.

2 critères objectifs s'avèrent déterminants pour établir la valeur de référence de l'indemnisation qui peut ensuite faire l'objet d'une adaptation en fonction de la situation individuelle :

- Le premier critère d'indemnisation est la pathologie et son degré de gravité mesuré suivant un barème médical d'incapacité.
- Le deuxième critère d'indemnisation est l'âge de la victime au moment de la constatation du dommage, avec pour preuve le certificat médical initial établi par le médecin concernant une pathologie liée à l'amiante.

À ce stade de la présentation on peut remarquer les qualités de rapidité, de simplicité et d'efficacité qui sont celles de ce dispositif. Mais la victime est en droit de se demander quels sont les dommages pris en compte dans l'offre d'indemnisation.

Ce tableau présente le montant indicatif de l'indemnisation de l'incapacité<sup>68</sup> :

Taux d'incapacité	5	10	15	20	25	30	35	40	45	50
Rente FIVA	406	855	1 346	1 880	2 457	3 077	3 739	4 445	5 193	5 983

Taux d'incapacité	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
Rente FIVA	6 817	7 693	8 611	9 573	10 577	11 624	12 714	13 847	15 022	16 240

### **c : Les dommages indemniser par le F.I.V.A.**

Il a déjà été dit que conformément au principe de la réparation intégrale, sont indemniser :

- Les préjudices patrimoniaux ou économiques : Il s'agit de l'indemnisation de l'incapacité fonctionnelle qui est déterminée par un taux d'incapacité à apprécier selon un barème médical, du préjudice professionnel en incluant les pertes de gains, et de tous les frais qui résultent de la pathologie restant à la charge de la victime tels que les frais de soins ou l'aménagement du logement et du véhicule.
- Les préjudices extra patrimoniaux ou personnels : Cela concerne les préjudices moraux et physiques, les préjudices d'agrément et les préjudices esthétiques.

<sup>67</sup> Conseil d'État, n° 254 961, 3 mai 2004, publié au recueil Lebon.

<sup>68</sup> F.I.V.A., *Barème indicatif d'indemnisation*, Présentation du barème d'indemnisation, p. 3, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

L'un de ces préjudices nécessite une explication, il s'agit de l'incapacité fonctionnelle : Le taux d'incapacité mesure le déficit fonctionnel, c'est-à-dire la réduction du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne.

L'indemnisation de l'incapacité par le F.I.V.A est servie sous forme de rente dont la valeur est croissante en fonction du taux d'incapacité. **Pour une incapacité de 100 %, la rente est de 16 240 euros par an.** (Valeur en septembre 2007). Le principe est le versement d'une rente dès lors que la rente annuelle versée par le F.I.V.A est supérieure à 500 euros. Voici quelques exemples d'indemnisation<sup>69</sup> :

- S'agissant d'une plaque pleurale (fibrose de la plèvre) pour une incapacité de 5 % (taux minimum de base), l'indemnisation totale est égale à 22.000 euros à 60 ans :

Valeur centrale	45	50	55	60	65	70	75	80	85
Incapacité <sup>2</sup>	7 850	7 282	6 654	5 959	5 207	4 402	3 561	2 717	1 960
Extra patrimonial	20 995	19 479	17 800	15 940	13 929	11 776	9 526	7 269	5 242
Total (arrondi)	29 000	27 000	24 000	22 000	19 000	16 000	13 000	10 000	7 200
FF	190 228	177 108	157 430	144 311	124 632	104 953	85 274	65 596	47 229

- Pour les mésothéliomes et les cancers graves, la victime perçoit une rente d'incapacité de 16.240 euros par an ainsi que l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux. Exemple d'une indemnisation possible, dans l'hypothèse d'un décès deux ans après la découverte de la maladie:

Valeur centrale	45	50	55	60	65	70	75	80	85
Extra patrimonial	150 000	139 000	127 000	114 000	100 000	84 200	68 200	52 000	37 500
Rente victime <sup>2</sup>	32 480	32 480	32 480	32 480	32 480	32 480	32 480	32 480	32 480
Total indemnisation victime (arrondi)	182 000	171 000	159 000	146 000	132 000	117 000	101 000	84 000	70 000
FF (arrondi)	2 310 000	2 157 000	1 989 000	1 805 000	1 606 000	1 388 000	1 164 000	937 000	735 000

*Les montants cités ne portent que sur l'indemnisation de l'incapacité et les préjudices extrapatrimoniaux (moral, physique et d'agrément). Les autres préjudices (esthétiques, pertes de revenus, frais non couverts par la Sécurité sociale) dépendent de l'évaluation concrète de chaque dossier.*

*La somme est versée par le F.I.V.A sous déduction de l'indemnisation (capital ou rente) versée par la Sécurité sociale à la victime ou à l'ayant droit. Si l'indemnisation versée par la Sécurité sociale est supérieure à celle due par le F.I.V.A au titre de la réparation intégrale, le F.I.V.A ne verse pas d'indemnisation complémentaire.*

#### **d : Le taux d'acceptation des offres du F.I.V.A.**

Le dernier rapport d'activité du F.I.V.A nous donne de précieuses informations concernant cette question. Le taux d'acceptation des offres d'indemnisation faites aux victimes de l'amiante est un indicateur du niveau de satisfaction de ces personnes. Le seuil d'acceptation des offres est passé de 96 % pour l'année 2005 à 93 % pour l'année 2006<sup>70</sup>.

Même si le nombre de contentieux reste encore faible dans les statistiques présentées, les rédacteurs du rapport constatent que ce nombre s'est accru en 2006, et continue à suivre une pente ascendante en 2007.

Le nombre de recours en contestation des offres du F.I.V.A demeure limité, même s'il est variable suivant les ressorts des Cours d'appel.

En effet, si la progression des contentieux résulte mathématiquement de la progression du nombre de demandes, elle résulte aussi de deux facteurs, le plus important étant la progression massive de la représentation des demandeurs par des avocats (45% désormais).

<sup>69</sup> F.I.V.A, Idem, p. 5, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

<sup>70</sup> F.I.V.A, *op. cit.*, p. 21, pp. 47 et 48, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

L'autre facteur, déjà longuement décrit dans les précédents rapports de l'établissement public, est le montant plus ou moins élevé des indemnités fixé par certaines Cours d'appel. On constate, en effet, un renforcement de la sur représentation de certaines cours d'appel, notamment les cours de Paris, Bordeaux et Aix-en-Provence, devant lesquelles sont portés près de 59% des contentieux, alors même que d'une manière générale les populations victimes de l'amiante dans ces régions restent sous représentées au regard de leur population générale. Ces trois cours sont aussi celles qui accordent les indemnités les plus élevées. Les victimes ayant la possibilité de relever du ressort de ces cours les plus généreuses ont donc intérêt à contester les offres du F.I.V.A.<sup>71</sup>.

Au regard de la volonté du législateur qui était d'assurer une plus grande homogénéisation des indemnités, l'existence de juridictions qui accordent systématiquement des indemnités beaucoup plus élevées induit une véritable inégalité de traitement des victimes, que ne semblent justifier, ni les situations individuelles telles que l'âge, la pathologie, ou le taux d'incapacité, ni les éléments justificatifs venant à l'appui du dossier.

Ainsi certaines victimes atteintes de pathologies bénignes, à taux d'incapacité le plus faible et sans préjudice particulièrement grave, bénéficient par certaines cours d'appel, d'indemnités aussi élevées que d'autres victimes, plus jeunes et atteintes de pathologies malignes, par d'autres juridictions.

Face à l'hétérogénéité des décisions, peu compatible avec l'objectif de traitement équitable de toutes les victimes de l'amiante sur l'ensemble du territoire, la Cour des comptes a formulé une recommandation en vue de regrouper les appels devant une seule cour.

Dans son rapport publié en octobre 2005<sup>72</sup>, la mission commune du Sénat sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante, sans en exclure le principe, en relevait la difficulté de mise en œuvre et préconisait l'application d'une série de mesures alternatives destinées à homogénéiser les décisions.

Enfin, on relèvera que, auditionné par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante le 18 janvier 2006, le Garde des Sceaux a écarté l'éventualité d'une cour d'appel unique, susceptible de centraliser le contentieux de l'indemnisation du F.I.V.A : « *Elle va en effet à l'encontre des objectifs de proximité des juridictions qui mérite d'être maintenu, les victimes pouvant être confrontées à des difficultés de déplacement.* »<sup>73</sup>, reprenant ainsi un argument souligné par le rapport du Sénat.

Mais l'acceptation de l'offre de la part de la victime n'emporte pas pour seule conséquence de recevoir une réparation intégrale de ses préjudices subis par l'exposition à l'amiante, elle renonce aussi à toute action juridictionnelle en indemnisation en cours, et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice.

Certains ont critiqué cette disposition, qu'ils représentent des victimes ou des associations de victimes, dénonçant ce mécanisme comme méconnaissant le droit d'accès à un tribunal.

#### **Paragraphe 4 : L'absence de recours juridictionnel**

La loi du 23 décembre 2000, loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001, dispose dans l'article 53-4 que « *l'acceptation de l'offre ou la décision juridictionnelle définitive rendue dans l'action en justice prévue au 5 vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. Il en va de même des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante* ».

Après de sérieuses critiques à l'encontre de la constitutionnalité de cette loi et de la légalité de son décret d'application, le Conseil constitutionnel puis le Conseil d'État ont été amenés à se prononcer sur ces questions.

---

<sup>71</sup> F.I.V.A, 5ème rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement juin 2005/ mai 2006, p. 58, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

<sup>72</sup> Sénat, Rapport d'information n° 37, Tome I, Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir, 26 octobre 2005, par MM. Gérard DÉRIOT et Jean-Pierre GODEFROY, rédigé au nom de la Mission commune d'information, p. 171, [www.sénat.fr](http://www.sénat.fr)

<sup>73</sup> Assemblée nationale, Rapport n° 2884, Tome II, XIIème législature, Ne plus perdre sa vie à la gagner : 51 propositions pour tirer les leçons de l'amiante, 22 février 2006, fait au nom de La mission d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante, [www.assemblée.nationale.fr](http://www.assemblée.nationale.fr)

## **A : La constitutionnalité de l'article 53-4 de la loi du 23 décembre 2000**

Cette disposition de la loi fut déférée au Conseil constitutionnel afin que celui-ci se prononce sur sa conformité avec la Constitution. Les requérants, plus de 60 sénateurs, ont notamment soutenu que cela portait « une atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif » qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et qu' « en cas d'acceptation de l'offre du fonds, la restriction en matière de droit d'accès aux tribunaux de droit commun apparaît excessive par rapport à l'objectif recherché à travers la création du fonds ». De plus, la voie de recours instituée par le 5 du même article « ne présente pas les mêmes garanties et les mêmes caractéristiques que les procédures d'indemnisation traditionnelles ». Enfin, qu'en contestant une offre du fonds, devant le juge d'appel, le requérant s'exposerait « à se voir fermer automatiquement toutes les voies de recours ultérieures ».

Dans la décision du 19 décembre 2000<sup>74</sup>, le Conseil constitutionnel a rejeté ces arguments en expliquant que « considérant qu'il résulte de l'article 53 de la loi déférée que le législateur a entendu garantir aux victimes la réparation intégrale de leurs préjudices tout en instituant une procédure d'indemnisation simple et rapide ; que la personne qui a choisi de présenter une demande d'indemnisation devant le fonds a la possibilité d'introduire un recours devant la cour d'appel si sa demande a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans un délai de six mois ou encore si elle a rejeté l'offre qui lui a été faite ; qu'en toute hypothèse, la décision de la cour d'appel pourra faire l'objet d'un pourvoi en cassation ; que les dispositions du dernier alinéa de 4 de l'article 53, relatives au désistement et à l'irrecevabilité des actions en réparation, s'entendent compte tenu de celles de son deuxième alinéa ; que les actions juridictionnelles de droit commun demeurent ouvertes, aux fins de réparation, aux personnes qui ne saisissent pas le fonds ; qu'enfin, la victime conserve la possibilité de saisir la juridiction pénale ; qu'ainsi, les dispositions contestées, qui trouvent leur justification dans la volonté de simplifier les procédures contentieuses, d'éviter qu'un même élément de préjudice ne soit deux fois indemnisé et d'énoncer clairement les droits des victimes, ne méconnaissent pas le droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

De ce fait, le Conseil constitutionnel écarte le moyen tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que le législateur du 23 décembre 2000 aurait créée.

## **B : La position du juge administratif**

Le Conseil d'État a lui aussi été amené à se prononcer sur la méconnaissance par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001, du droit d'accès au tribunal, mais sur un recours pour excès de pouvoir contre le décret du 23 octobre 2001, décret d'application de la loi dont il est question. Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'État du 26 février 2003, *MEKHANTAR*<sup>75</sup> :

Monsieur Mekhantar a vu son père mourir en juin 2001, des suites d'un mésothéliome péritonéal, maladie professionnelle liée à une exposition aux poussières d'amiante. Il avait contracté cette pathologie par le biais d'une activité salariée, au sein de la société Eternit, où il avait travaillé de 1953 à 1989. Le requérant, conteste le décret d'application de ladite loi, estimant qu'il institue une procédure d'indemnisation dans le but de prévenir et paralyser toute action destinée à rechercher et juger les responsables. Les moyens exposés par le requérant sont multiples mais 3 retiennent notre attention. Ils sont tirés de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de celle de l'article 13 combiné avec l'article 2.

- D'une part, l'article 6 reconnaît le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial, notamment lorsque sont en cause, comme en l'espèce, des droits et obligations de caractère civil. Ainsi, l'article 6-1 de cette convention<sup>76</sup> dispose « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et

<sup>74</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000.

<sup>75</sup> Conseil d'État, n° 241 385, 26 février 2003, *MEKHANTAR*, A.J.D.A 23 juin 2003, p. 1234, Conclusions FOMBEUR Pascale, Commissaire du Gouvernement.

<sup>76</sup> Conseil de l'Europe, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, Article 6-1, [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)

*obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.*

- D'autre part, l'article 13<sup>77</sup> dispose que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

M. Mekhantar estime qu'il peut évoquer ces dispositions car, dans le cas de son père, « le droit de toute personne à la vie », reconnu par l'article 2 de la Convention<sup>78</sup> a été violé.

Certes, ainsi que le souligne le Commissaire du Gouvernement, la critique vise la loi, mais le moyen est opérant, puisque le décret se trouverait privé de base légale dans certaines de ses dispositions si la loi devait être écartée comme incompatible avec la Convention européenne. En fait, le requérant critique 3 points :

- L'obstacle qui selon lui est posé à la mise en jeu directe de l'employeur et de l'administration.
- L'impossibilité d'intenter un recours juridictionnel pour le demandeur qui accepte l'indemnisation proposée par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, même si celle-ci se révèle insuffisante.
- La renonciation à tout autre type d'action juridictionnelle, dès lors qu'une personne saisit le fonds d'indemnisation, et même si elle conteste devant le juge la proposition qui lui est faite.

D'une façon plus générale, Monsieur Mekhantar estime que ce décret permet à l'administration et à ses représentants d'échapper à leurs éventuelles responsabilités administratives et pénales, au moment même où la responsabilité des pouvoirs publics pouvait être mise en cause.

Le juge administratif prend une position similaire à celle adoptée par le Conseil constitutionnel, et rejette la requête de Monsieur Mekhantar pour les raisons suivantes :

- Les actions juridictionnelles de droit commun aux fins de réparation restent ouvertes aux personnes qui ne saisissent pas le fonds. La seule réserve étant celle où l'une des juridictions saisies rendrait une décision définitive allouant une indemnisation intégrale, ce qui aurait pour effet de mettre fin aux autres instances.

Cette disposition ne nous paraît en rien critiquable, elle est motivée par le souci d'éviter un cumul d'indemnités pour un même préjudice.

- La loi dispose seulement en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice. Ainsi, la victime conserve la possibilité de saisir la juridiction pénale.
- La personne qui a choisi de déposer une demande auprès du F.I.V.A peut, si elle est rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans les 6 mois, ou si elle a décidé de ne pas accepter le montant de l'offre proposée, introduire un recours devant la Cour d'appel puis, le cas échéant, devant la Cour de cassation.

Ce qu'il faut comprendre est que par la création du F.I.V.A, le législateur a cherché à mettre en place un dispositif d'indemnisation à la fois simple et rapide. L'offre formulée par le fonds n'a pas pour objectif de faire échapper les employeurs à leurs responsabilités, mais d'assurer une réparation intégrale des préjudices subis par les victimes. Il ne faut pas omettre que le fonds est subrogé dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage.

Pour autant, les victimes peuvent se sentir lésées du fait que trop souvent, le responsable n'existe plus, ou tout simplement se « débarrasse de la filiale encombrante ». Les résultats des actions engagées par le F.I.V.A contre ces personnes sont probants. L'un des points essentiels du « dossier de l'amiante » est que les pathologies liées à une exposition à ce matériau ne se déclarent que de très nombreuses années après celle-ci. L'indemnisation, même importante, peut laisser un goût amer.

---

<sup>77</sup> Idem, Article 13.

<sup>78</sup> Idem, Article 2.

Cette situation explique peut être que de nombreuses personnes préfèrent se tourner vers une action juridictionnelle, mais ce n'est, comme nous allons l'étudier, qu'une partie du problème lié à la « judiciarisation » de l'indemnisation.

#### **SECTION 4 : LA RECHERCHE D'UNE RÉPARATION INTÉGRALE DES PRÉJUDICES SUBIS PAR LES VICTIMES : LA JUDICIARISATION DE L'INDEMNISATION:**

Lorsque la victime ne souhaite pas seulement obtenir une indemnisation des préjudices qu'elle a subi à cause d'une exposition à l'amiante, elle peut préférer rechercher d'une part, la responsabilité de l'employeur devant le juge judiciaire et, d'autre part, la responsabilité de l'administration, du fait d'une carence fautive, devant le juge administratif.

Depuis le décret du 23 octobre 2001, les juridictions ont l'obligation de transmettre au F.I.V.A l'ensemble des décisions allouant des indemnisations aux victimes de ce matériau. En effet, les articles 37 et 39 du décret disposent :

- *« Les greffes et secrétariats-greffes des juridictions des ordres administratif et judiciaire et les secrétariats des tribunaux des affaires de sécurité sociale adressent au fonds, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, copie des actes de procédure saisissant ceux-ci, à titre initial ou additionnel, de toute demande en justice relative à la réparation des préjudices résultant de l'exposition aux poussières d'amiante ».*
- *« Copie des décisions rendues en premier ressort et, le cas échéant, en appel, dans les instances auxquelles le fonds n'est pas intervenu est adressée à celui par le greffe ou le secrétariat-greffe ou le secrétariat du tribunal des affaires de sécurité sociale ».*

Le rapport d'activité du F.I.V.A couvrant la période de juin 2006 à mai 2007 indique que même si cette obligation ne semble pas totalement respectée, le fonds dispose à la date de la publication du rapport de statistiques fiables permettant d'établir, d'une part, qu'en 2006, la part des demandeurs qui s'adresse au F.I.V.A reste très prépondérante, avec 87 % de l'ensemble de ceux-ci<sup>79</sup>; et d'autre part, des comparaisons avec les indemnisations proposées par le F.I.V.A.

Ainsi, nous mettons en évidence tous les recours juridictionnels que peut tenter une victime qui ne souhaite pas obtenir une indemnisation de ses préjudices par le biais du F.I.V.A, puis nous procéderons à une comparaison entre les réparations proposées par le fonds et celles accordées par le juge, sur la base des informations notamment contenues dans le rapport.

##### **Paragraphe 1 : Les recours possibles devant le juge judiciaire**

Les personnes atteintes d'une maladie liée à une exposition à l'amiante peuvent agir en justice devant le juge judiciaire. 2 voies de recours leur sont ouvertes : l'action civile et l'action pénale. Chacune d'entre elles présente un intérêt et des conséquences différents pour la victime et la personne responsable du dommage. Nous verrons au cours de ce développement que la motivation du montant de l'indemnité allouée peut être extrêmement importante en fonction de l'action engagée et du juge qui tranche le litige.

##### **A : L'action civile :**

Le fondement de l'action de la victime ou de ses ayants droit, dès lors que celle-ci est décédée, n'est pas le même, selon qu'elle a subi un préjudice lié à une exposition à l'amiante dans le cadre de son activité professionnelle, ou que l'origine du dommage n'est pas attachée à un contrat de travail.

##### **a : La réparation du préjudice dans le cadre d'une activité professionnelle**

Les lois des 9 avril 1898<sup>80</sup> et 25 octobre 1919<sup>81</sup> sur les accidents du travail et maladies professionnelles créent une responsabilité sans faute de l'employeur qui est présumé responsable. La victime est indemnisée sur

<sup>79</sup> F.I.V.A, *op. cit.*, p. 21, p. 53, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

<sup>80</sup> Loi, 9 avril 1898. Cette loi reconnaît en matière d'accidents du travail la responsabilité sans faute de l'employeur qui peut s'assurer pour y faire face, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

une base forfaitaire et seulement au titre de certaines catégories de préjudices, l'employeur étant exonéré de sa responsabilité sauf en cas de faute inexcusable de celui-ci.

Pour les victimes relevant du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles, la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur ouvre la voie à une réparation majorée par rapport à la réparation forfaitaire. En effet, elle permet à la victime d'obtenir une majoration de la rente accordée dans le cadre du forfait, et surtout de prétendre également à l'indemnisation des préjudices extra patrimoniaux comme le *pretium doloris* ou les préjudices d'agrément. L'enjeu est donc très important.

Mais, il ne suffit pas que la pathologie ait été reconnue par la Caisse primaire d'assurance maladie pour que l'action aboutisse. En effet, le demandeur doit saisir le Tribunal des affaires de la Sécurité sociale ou T.A.S.S. De même, le fait que l'employeur ait produit ou utilisé de l'amiante dans l'activité de son entreprise ou organisme, n'implique pas automatiquement la reconnaissance de sa responsabilité. Pour obtenir une indemnisation revalorisée, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation de 1941<sup>82</sup>, la victime devait démontrer jusqu'en 2002 que 5 critères cumulatifs étaient réunis. Mais dans une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation le 28 février 2002<sup>83</sup>, celle-ci a assoupli les critères de reconnaissance de la faute inexcusable et affirme l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, de la part de l'employeur envers le salarié.

#### **Les 5 critères de la faute inexcusable avant 2002 :**

- **Une faute d'une gravité exceptionnelle** : La faute de l'employeur est d'une exceptionnelle gravité lorsque celui-ci a exposé ses salariés sans leur donner les moyens de protections nécessaires. La faute s'apprécie dans son contexte particulier et il doit être tenu compte de tous les éléments de la cause. 2 éléments sont le plus souvent avancés pour que la faute revête un caractère exceptionnellement grave, l'inobservation de la réglementation en vigueur et le non respect de l'obligation générale de sécurité. Il s'agit dans le cas qui nous intéresse, de l'absence de mise à disposition de dispositifs de sécurité individuels ou collectifs pour les travailleurs en contact direct avec l'amiante.
- **Un acte ou une omission volontaire** : Il peut s'agir d'une attitude positive ou négative de l'employeur. Bien souvent, le caractère volontaire de l'acte ou de l'omission n'est pas expressément rapporté par les juges, qui se contentent d'affirmer que l'employeur avait sciemment pris le risque.
- **La conscience du danger par l'employeur** : Le juge effectue une appréciation « *in abstracto* », c'est-à-dire que la conscience du danger n'est pas celle que l'employeur a eu, mais celle qu'il devait ou aurait dû normalement avoir, par rapport à l'employeur normalement prudent ou diligent placé dans la même situation. La conscience du danger s'apprécie en raison des circonstances, de la formation et de l'expérience professionnelle, des habitudes de la profession et de la réglementation. La jurisprudence rendue en matière d'amiante tend à démontrer que c'est souvent la date d'inscription de la pathologie liée à l'amiante au sein des tableaux de maladies professionnelles qui est retenue par le juge pour faire état de la conscience du danger par l'employeur.
- **L'absence de cause justificative et d'intention de provoquer le dommage** : Une cause justificative est la démonstration par l'employeur qu'il se trouvait au moment des faits soumis à ce que l'on peut considérer comme un état de nécessité, pour éviter un péril plus grand encore. Il s'agit ensuite du défaut d'élément intentionnel, qui marque la frontière entre la faute inexcusable et la faute intentionnelle. L'intention ne s'applique plus seulement à la volonté de créer un risque, mais à celle de rechercher le dommage.
- **Le caractère déterminant de la faute** : La faute commise par l'employeur qui ne s'assure pas que les règles de sécurité étaient respectées ne peut être retenue comme inexcusable, s'il est établi que le salarié, informé des règles à observer, s'était délibérément abstenu d'utiliser le matériel nécessaire pour les appliquer, qui était à sa disposition.

---

<sup>81</sup> Loi, 25 octobre 1919, Cette loi étend aux maladies d'origine professionnelles la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>82</sup> Cour de cassation, 15 juillet 1941, *Dame Veuve Villa*, J.C.P 1941.II, p. 1705, Note Mihura J.

<sup>83</sup> Cour de cassation, *op. cit.*, p. 20.

Mais, par ses arrêts rendus le 28 février 2002, la Cour de cassation assoupli les critères de reconnaissance de la faute inexcusable et affirme l'existence d'une obligation de sécurité de résultat.

### **La définition de la faute inexcusable après les arrêts du 28 février 2002 :**

Dans 29 des 30 arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 28 février 2002, les juges reprendront la formulation suivante :

- *« Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ;*
- *Et attendu que les énonciations de l'arrêt caractérisent le fait, d'une part, que la société avait ou aurait dû avoir conscience du danger lié à l'amiante, d'autre part, qu'elle n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en préserver son salarié ; que la Cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs invoqués, a pu en déduire que la société ( nom de l'employeur) avait commis une faute inexcusable ».*

Dans cette définition de la faute inexcusable, la Cour de cassation abandonne les critères d'une exceptionnelle gravité et de cause déterminante. Néanmoins, le salarié doit toujours apporter la preuve de la faute inexcusable de l'employeur. De plus, l'obligation de sécurité qui incombe à l'employeur envers le salarié est une obligation de résultat, c'est-à-dire que celui-ci est tenu à la réalisation de l'objectif de sécurité et ne peut se dégager de ses responsabilités qu'en cas de situation de force majeure.

Comme nous l'avons déjà noté, les effets de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur ont des conséquences importantes concernant l'indemnisation de la victime, notamment parce qu'elle permet la majoration de la rente de maladie professionnelle prévue à l'article L.452-2 du Code de la Sécurité sociale, en fonction de la gravité de la faute commise par l'employeur, mais aussi car elle implique l'indemnisation des préjudices extra patrimoniaux.

Toutefois, la victime peut, si son préjudice n'a pas pour origine une activité professionnelle intenter une action en responsabilité civile.

### **b : L'action en responsabilité civile**

Elle repose sur 2 fondements, d'une part la responsabilité pour faute énoncée dans l'article 1382 du Code civil, et d'autre part la responsabilité sans faute de l'article 1384 du même code.

#### **La responsabilité pour faute :**

L'article 1382 du Code civil dispose que *« tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »*. Pour que ce soit le cas, 3 éléments doivent être réunis : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Il peut s'agir par exemple, du fait que des industriels ou des distributeurs n'aient pas respecté leur obligation d'information vis-à-vis des transporteurs ou des consommateurs, sur les dangers et les effets qu'engendre une exposition à l'amiante.

Ainsi, la victime d'un dommage lié à ce matériau pourrait engager la responsabilité pour faute de ces entreprises pour avoir été imprudentes ou négligentes sur ces questions.

#### **La responsabilité sans faute à prouver :**

L'article 1384 alinéa 1 dispose que l'*« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais, encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »*.

Le législateur établi par cet article une présomption de responsabilité à l'encontre de celui qui a la garde d'une chose inanimée. La victime d'un dommage lié à une exposition à l'amiante pourrait sur le fondement de la

responsabilité sans faute à prouver, intenter une action contre les propriétaires d'un entrepôt stockant des objets composés notamment d'amiante, à proximité de son logement sans prendre les mesures de protection adéquates.

Nous l'aurons compris, l'intérêt majeur d'une victime de recourir au juge plutôt qu'au F.I.V.A est lorsque celle-ci souhaite **une meilleure indemnisation par la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur.**

Il en est autrement si l'objectif de la victime est que l'auteur du dommage soit pénalement condamné.

## **B : L'action pénale**

Ce type d'action a pour but que l'auteur d'un crime ou d'un délit soit pénalement condamné. Bien que les victimes puissent obtenir une indemnisation en se portant partie civile, l'objet premier de ce type de recours est la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction.

Des plaintes ont été déposées sur 2 fondements : d'une part, l'article 221-6 et d'autre part, l'article 121-3 du Code pénal :

- L'article 221-6 dispose « *Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*  
*En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.* »
- L'article 121-3 du même code dispose « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée d'autrui.*  
*Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* »

Si la victime recherche la responsabilité de l'administration, du fait d'une carence fautive, alors le juge judiciaire cesse d'être compétent, et c'est au juge administratif qu'il appartient de connaître du litige.

## **Paragraphe 2 : Le dossier de l'amiante porté devant le juge administratif**

Un lecteur attentif aura pu s'étonner qu'à la lecture de cet article consacré à l'indemnisation des victimes de l'amiante, la responsabilité des pouvoirs publics ait été très peu mentionnée. Pourtant, la non intervention de l'État durant tant d'années dans ce dossier devrait engendrer des conséquences. Dans la mesure où des victimes de pathologies liées à ce matériau sont prêtes à ne pas solliciter le dispositif du F.I.V.A afin de s'assurer de la possibilité de poursuivre elles-mêmes les personnes qu'elles considèrent comme responsables de leurs préjudices, n'est on pas en droit de penser que l'État fait partie de ces personnes ?

La réponse est positive. 4 victimes d'une pathologie liée à l'amiante ont cherché à engager la responsabilité de l'État fondée sur une carence fautive de la part de celui-ci en déposant un recours auprès du tribunal administratif de Marseille durant l'année 2000. Messieurs THOMAS, BOTELLA, BOURDIGNON et XUEREF ont été entendu, ainsi qu'en attestent les arrêts du Conseil d'État, 4 ans plus tard.

Le 3 mars 2004, le Conseil d'État a rendu 4 arrêts<sup>84 85 86 87</sup> d'un grand intérêt sur ces questions, mettant en cause la responsabilité de l'État dans des litiges liés à des victimes de l'amiante. Il s'agit d'une jurisprudence audacieuse qui donne aux personnes souhaitant obtenir une réparation de leurs préjudices, une voie de recours supplémentaire.

<sup>84</sup> Conseil d'État, Assemblée, n° 241 153, 3 mars 2004, *Xueref*.

<sup>85</sup> Conseil d'État, Assemblée, n° 241 150, 3 mars 2004, *Botella*.

<sup>86</sup> Conseil d'État, Assemblée, n° 241 152, 3 mars 2004, *Thomas*.

<sup>87</sup> Conseil d'État, Assemblée, n° 241 151, 3 mars 2004, *Bourdignon*.

Dans ces affaires, après avoir travaillé durant de longues années, dans des conditions d'exposition à l'amiante, les requérants avaient développé des pathologies liées au matériau. 2 d'entre eux souffraient de maladies professionnelles reconnues comme faisant suite d'une exposition à l'amiante sur le lieu de travail, les 2 autres étant atteints d'un cancer bronchique. Dans les 4 cas, le Conseil d'État déclare l'État responsable des préjudices subis par ces victimes, « *du fait de ces carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante, l'État* » ayant « *commis une faute de nature à engager sa responsabilité* ».

Le juge administratif motive ses arrêts par le raisonnement suivant : « *considérant que si, en application de la législation du travail désormais codifiée à l'article L. 230-2 du code du travail, l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* ».

Toutefois, le Conseil d'État distingue 2 périodes pour lesquelles les fondements de la responsabilité sont différents. En effet, 2 des salariés avaient été exposés à l'amiante avant 1977, et les 2 autres après cette date.

#### **A : La période antérieure à 1977**

Pour cette période, le considérant de principe qui figure dans 2 des arrêts, BOURDIGNON et THOMAS, est tout à fait éclairant.

« *Considérant qu'en relevant, d'une part, que le caractère nocif des poussières d'amiante était connu depuis le début du 20<sup>ème</sup> siècle et que le caractère cancérigène de celles-ci avait été mis en évidence dès le milieu des années cinquante, d'autre part, que, si les autorités publiques avaient inscrit progressivement, à partir de 1945, sur la liste des maladies professionnelles, les diverses pathologies invalidantes, voire mortelles, dues à l'exposition professionnelle à l'amiante, ces autorités n'avaient entrepris, avant 1977, aucune recherche afin d'évaluer les risques pesant sur les travailleurs exposés aux poussières d'amiante, ni pris des mesures aptes à éliminer ou, tout au moins, à limiter les dangers liés à une telle exposition* ».

Il est ainsi reproché à l'État, qui subodorait le risque, de ne pas avoir sollicité l'avis d'experts pour évaluer le danger, le comprendre et se donner ensuite les moyens, si ce n'est de la supprimer, tout au moins de le limiter.

Le 17 août 1977<sup>88</sup>, un décret a fixé à 2 fibres par millilitre la limite autorisée de concentration moyenne en fibres d'amiante de l'atmosphère inhalée pendant sa journée de travail par un salarié effectuant des travaux susceptibles d'être à l'origine d'émissions de fibres d'amiante. Pour le juge administratif, ce décret marque le point de départ d'un intérêt porté au problème de l'amiante en France. Comme nous allons le constater, ce n'est pas pour autant que l'État est exonéré de sa responsabilité à partir de cette date.

#### **B : La période postérieure au décret du 17 août 1977**

Pour la période postérieure à 1977, la carence fautive tient en quelque sorte à des défaillances dans la phase de gestion du risque depuis le décret cité ci-dessus. Dans les arrêts XUEREF et BOTELLA, le Conseil d'État indique que :

« *Considérant qu'en relevant, d'une part, que, si des mesures ont été prises à partir de 1977 pour limiter les risques que faisait courir aux travailleurs l'inhalation de poussières d'amiante, il n'est pas établi que ces mesures aient constitué une protection efficace pour ceux qui, comme (le requérant), travaillaient dans des lieux où se trouvaient des produits contenant de l'amiante, d'autre part, qu'aucune étude n'a été entreprise avant 1995 pour déterminer précisément les dangers que présentaient pour les travailleurs les produits contenant de l'amiante, alors pourtant que le caractère hautement cancérigène de cette substance avait été confirmé à plusieurs reprises et que le nombre de maladies professionnelles et de décès liés à l'exposition à l'amiante ne cessait d'augmenter depuis le milieu des années cinquante* ».

---

<sup>88</sup> Décret, *op. cit.*, p. 2.

En effet, ainsi que le fait remarquer Christophe GUETTIER<sup>89</sup>, professeur de droit à l'Université du Maine, « une directive européenne du 19 septembre 1983<sup>90</sup> a réduit au moins de moitié la valeur limite fixée en 1977 ; que cette valeur limite fixée par la directive n'a été transposée dans la réglementation nationale que le 27 mars 1987<sup>91</sup>. En outre, une seconde directive communautaire du 25 juin 1991<sup>92</sup> est intervenue pour réduire la précédente valeur limite. Or, celle-ci n'a été transposée en droit français que par le décret du 6 juillet 1992<sup>93</sup> ».

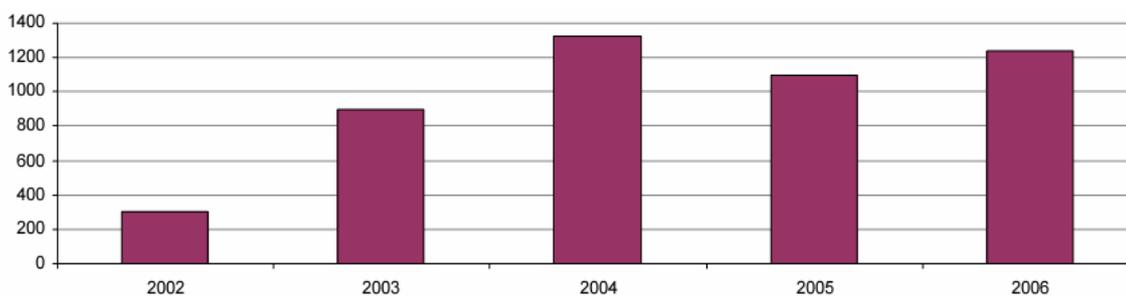
Il en résulte qu'au moins pendant ces périodes, le retard, pris par l'État pour adapter la réglementation de protection des salariés aux risques encourus, est fautif et de nature à engager sa responsabilité. Au fond, il lui est reproché d'avoir mis un délai trop long pour transposer les textes communautaires, voire de ne pas être allé plus loin que ce qu'ils commandaient.

Ainsi, les victimes souffrant de préjudices liés à une exposition à l'amiante disposent de possibilités différentes pour en obtenir la réparation, qu'il s'agisse du F.I.V.A, ou des recours juridictionnels. Pourtant, beaucoup se tournent vers le juge dans l'espoir de bénéficier d'une indemnisation plus importante. C'est là aborder la question du montant des réparations, ce qui amène à s'interroger sur des comparaisons entre d'une part, les montants accordés par le F.I.V.A et les juridictions, et d'autre part, entre les juridictions entre elles. Ces 2 questions seront traitées conjointement.

### **Paragraphe 3 : La question des différences de montant entre les indemnités allouées par le F.I.V.A et les institutions juridictionnelles**

Ainsi que nous l'avons souligné dans la partie relative au *taux d'acceptation des offres du F.I.V.A*, le dossier de l'amiante est marqué par une forte judiciarisation dont l'explication réside dans la recherche d'une indemnisation plus importante. Les victimes ont multiplié les contentieux devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, au civil et au pénal, devant les T.A.S.S ainsi que devant les juridictions de l'ordre administratif.

Même si le F.I.V.A assure la réparation intégrale de la grande majorité des victimes avec un taux d'acceptation des offres extrêmement important, on constate une forte croissance du nombre de jugements<sup>94</sup> :



Pourtant, la comparaison du montant de l'indemnisation moyenne par pathologie, démontre qu'il est sensiblement supérieur pour les offres formulées par le F.I.V.A.

Au risque de se répéter, cela s'explique par le fait que les juridictions ne sont pas soumises au respect d'un barème indicatif pour la détermination du montant des indemnités versées aux victimes de l'amiante. Ainsi, en l'absence d'une harmonisation des décisions de justice, il peut être plus ou moins intéressant pour les victimes de se tourner vers un tribunal, en fonction du montant des indemnités que celui-ci alloue. Certes, la domiciliation de la victime est importante, mais en fonction de la juridiction dont elle dépend, elle choisira de s'adresser au F.I.V.A ou au juge.

<sup>89</sup> GUETTIER Christophe, *op. cit.*, p. 1.

<sup>90</sup> Conseil, Directive 83/477/CEE, 19 septembre 1983, Concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail.

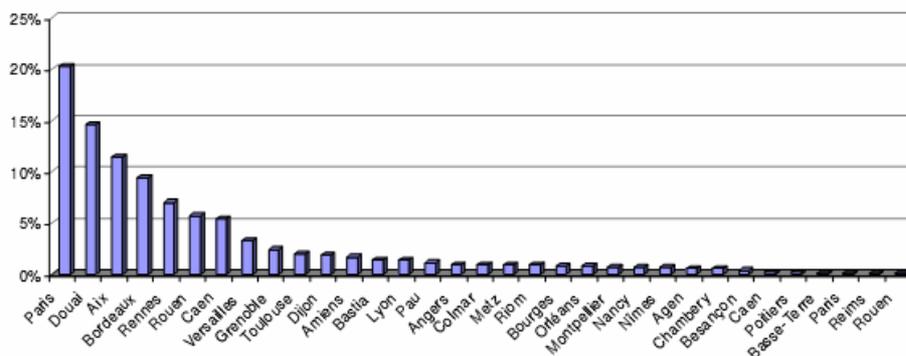
<sup>91</sup> Décret, n° 87-232, 27 mars 1987.

<sup>92</sup> Conseil, Directive 91/383/CEE, 25 juin 1991, visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire.

<sup>93</sup> Décret, n° 92-634, 6 juillet 1992.

<sup>94</sup> F.I.V.A, *op. cit.* p. 21, p. 54, [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr)

Le schéma suivant montre qu'un cinquième des contestations des offres est désormais présenté devant la cour d'appel de Paris :



Le F.I.V.A est une institution relativement récente qui a été créée pour répondre à un besoin à satisfaire avec célérité, celui de la réparation intégrale des préjudices subis par les victimes de l'amiante. Le législateur a souhaité que l'établissement public permette une indemnisation rapide et sans une procédure trop lourde, pour des personnes dont l'espérance de vie pouvait être réduite à quelques mois.

Si le taux d'acceptation des offres formulées par le F.I.V.A traduit un niveau de satisfaction élevé des victimes à plus de 95 %, certaines d'entre elles préfèrent se tourner vers des juridictions qui sont devenues des actrices majeures du dossier amiante.

La rupture de l'égalité de traitement entre les victimes de ce matériau est la conséquence d'une telle attitude.

Certains des rapporteurs de la Cour des comptes ont proposé diverses solutions telles que la création d'une cour d'appel unique pour connaître de ces questions, ou l'acceptation par le F.I.V.A d'une présomption de faute inexcusable de la part de l'employeur.

Certes, dans les 2 cas, cela conduirait à un désengorgement des tribunaux et à une égalité de traitement entre les victimes, avec toutefois l'instauration de nouveaux problèmes. D'une part, l'absence de proximité avec la justice pour la majorité des victimes pour la 1<sup>ère</sup> proposition, et d'autre part un surcoût financier important pour la seconde.

**Pourtant, le plus simple serait sans aucun doute que les juges s'inspirent du barème du F.I.V.A, qui nous le rappelons, n'est qu'indicatif et ne remettrait pas en cause leur indépendance dans leurs prises de décisions.**

**La victime d'une pathologie pouvant conduire au décès de celle-ci, ne devrait pas, dans un État de droit, à avoir à se comporter comme un commerçant cherchant le meilleur prix pour son produit.**

Les risques sanitaires que présente l'inhalation de fibres d'amiante ont peu à peu contribué à changer la perception que l'on pouvait avoir de ce matériau. De substance aux vertus tenant du miracle ayant contribué dans une large mesure à la bonne fortune d'entrepreneurs, il est devenu un produit maudit, provoquant une polémique dont les médias et les associations se sont fait l'écho. Les pouvoirs publics ont renforcé peu à peu la réglementation relative à l'utilisation de ce cancérogène, jusqu'à l'interdire à partir du premier janvier 1997, soit presque un siècle après que des doutes aient été émis quant à ses conséquences sur la santé des personnes qui y étaient exposées.

Si certains pensent que le scandale de « l'air contaminé » est passé, nous soutenons dans cette étude qu'il est à venir. En effet, même si le F.C.A.A.T.A et le F.I.V.A ont été créés par le législateur dans le but d'apporter des solutions à plusieurs décennies de léthargie, il ne s'agit en réalité que d'une ébauche de solution, pour un problème qui va peser de tout son poids dans les années proches.

En effet, il reste désormais, d'une part à gérer l'héritage du passé, et d'autre part à préparer l'avenir, ce qui soulève en réalité 3 séries de problèmes :

- Tout d'abord, ainsi que le démontre la découverte récente d'amiante à certains étages de la Tour Montparnasse, il faut garder à l'esprit que ce matériau est présent dans un grand nombre de locaux, et que sa détection n'est pas toujours évidente. Cela pose concrètement la question du désamiantage. On

ne peut qu'espérer que le remède ne soit pas pire que le mal. Il convient donc de prendre des précautions afin que de tels chantiers se déroulent dans les meilleures conditions de sécurité, tant pour les personnes qui les réalisent que pour celles qui travaillent à proximité, et tout en respectant les règles de protection de l'environnement. Doit-on insister sur l'affaire non si lointaine du Clemenceau ?

- Ensuite, nous avons soutenu dans l'introduction de ces recherches consacrées à l'indemnisation des victimes de l'amiante, que le temps des responsables était arrivé. Aux vues des enseignements dégagés à l'issue de notre travail, on ne peut qu'être extrêmement sceptique. Il a été clairement établi que les conséquences des allocations de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, et des indemnités versées par le F.I.V.A sont supportées pour une part très importante par la branche des accidents du travail et des maladies professionnelles du régime général de la sécurité sociale. Le constat est que le coût du « dossier amiante » a été mutualisé, alors que les décisions des tribunaux et les indemnisations des victimes soulignent une forte concentration des dommages de l'amiante sur quelques sociétés. **Les 10 % des plus gros employeurs ont employé à eux seuls plus de 43 % des victimes.**

La question des responsabilités demeure ainsi, selon nous, entière, et nécessite d'y répondre afin que chacun assume ses obligations, car une indemnité, aussi forte soit elle, ne répare pas tout, c'est le cas du sentiment d'injustice.

- Enfin, la montée en charge progressive des sommes versées par le F.C.A.A.T.A et le F.I.V.A amène à s'interroger sur le financement de ces institutions. Nous ne répèterons pas à ce sujet tout ce qui a déjà été dit dans le corps de l'étude. Or, en raison des informations développées précédemment, on ne peut que solliciter 2 requêtes qui nous paraissent parfaitement justifiées :

D'une part, une meilleure et plus juste répartition des charges entre l'État, la branche A.T-M.P de la Sécurité sociale et les entreprises responsables.

D'autre part, une accentuation des montants versés par le F.I.V.A, financé par une traque sans pitié des allocataires du F.C.A.A.T.A qui ne devraient pas bénéficier du dispositif, sans toutefois pénaliser ceux qui se sont réellement trouvés dans une situation d'exposition à l'amiante durant leur cheminement professionnel, et qui laisse supposer que cela crée un risque d'en subir les conséquences.

**Gernardt HAUPTMANN, écrivain allemand et prix Nobel de littérature en 1912, à la source d'une œuvre dramatique inspirée notamment d'Antoine et de Zola a posé ces quelques mots sur le papier : « sommes-nous responsables de ce qui nous arrive ? Pouvons-nous en changer le cours ou non ? Non, car nous n'en sommes pas responsables. Au moins, cela nous enlève-t-il le sentiment d'être coupables ».**

**Une victime de l'amiante peut accepter beaucoup de raisons à sa situation, mais la fatalité serait la pire.**





## LE PRIVILÈGE DU PRÉALABLE N'EST NI UN PRIVILÈGE NI UNE ILLUSION

Par Ibrahim MBOUP

*Ingénieur de recherches au C.R.A.*

*Doctorant à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III*

Le privilège est une norme dérogatoire au droit commun accordant un avantage spécifique à son bénéficiaire. Entendues au sens strict, les dérogations au droit commun s'appliqueraient à des sujets déterminés en fonction de leurs caractères spécifiques ou de leur situation en tant qu'elle est propre à un groupe social, à une catégorie de personnes physiques ou morales : les célibataires, les époux, les agents publics, les commerçants, les collectivités publiques, les sociétés par actions... Dans cette perspective, s'il faut entendre par droit commun l'ensemble des règles communes à tous les citoyens, le droit applicable à chacune de ces catégories serait constitutif d'une dérogation à cet ensemble. Ainsi, les règles du droit commercial, tout comme la plus grande partie du droit administratif seraient alors des dérogations au droit commun. Mais, pour constituer un privilège, la seule existence d'une dérogation ne suffit pas : celle-ci doit être favorable. Sans doute qu'en présence d'une norme dérogatoire qui attribuerait à l'individu un droit dont les autres sujets n'auraient pas la jouissance, ou qui l'exempterait de l'exécution d'une obligation à laquelle seraient tenus les autres sujets, le caractère favorable de la dérogation serait constituée. C'est dans ce sens que « le privilège est considéré comme une dérogation au droit commun qui assure à des bénéficiaires plus ou moins nombreux des avantages juridiques ou économiques par attribution d'un droit particulier ou par soustraction à une obligation générale »<sup>1</sup>. La dérogation ne suffit donc pas à la constitution du privilège. Pour exister, celui-ci doit nécessairement comporter un avantage particulier.

En droit administratif, l'acte administratif, et plus précisément la décision exécutoire, désignée à juste titre comme « un symbole de

l'action administrative »<sup>2</sup>, a pendant longtemps été présenté comme la manifestation d'un traitement particulièrement avantageux accordé à l'administration, en sa qualité de puissance publique. Le Conseil d'État lui-même rappelle que de « nombreux privilèges accompagnent l'acte administratif unilatéral : le privilège du préalable, complété, dans certaines hypothèses par la procédure d'exécution forcée, à quoi s'ajoutent les conséquences de l'autorité de chose décidée qui s'attache à la décision »<sup>3</sup>.

Le privilège du préalable, tout comme d'autres expressions aux significations voisines, fait partie de ces institutions de droit administratif dont l'usage comporte à bien des égards des ambiguïtés et des imprécisions malheureusement perpétuées et répétées. Ces notions paraissent tellement participer de l'ontologie du droit administratif qu'il peut sembler surprenant d'éprouver cette impression iconoclaste à leur évocation. Mais il ne s'agit pas là d'une propension à vouloir remettre en cause tout ce qui s'attache à un passé. Simplement, à analyser de près ces notions et principes, un certain nombre de questions peuvent se poser quant à la pertinence de leur signification réelle.

L'idée du privilège du préalable a des origines anciennes. Elle est la traduction d'une conception de la puissance administrative qui semble avoir balayé les temps et les âges par la constance de l'interrogation qu'elle a nourrie (I) : l'administration, même si elle ne doit pas être considérée en sa qualité de puissance publique comme bénéficiant d'un véritable privilège de décision (II), dispose toutefois d'un pouvoir spécifique de prendre unilatéralement et préalablement à toute intervention juridictionnelle, des décisions qui s'imposent à leur destinataire sans qu'il soit besoin de requérir le consentement de ces derniers (III).

<sup>1</sup> G. Dupuis, *Les privilèges de l'administration*, thèse, Paris, 1962, p. 15 (dactylographiée).

<sup>2</sup> J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », D. 1998, chron. p. 327.

<sup>3</sup> CE, *L'intérêt général*, rapport public 1999, EDCE n° 50, 1999, p. 277.

## I - LA CONSTANCE DE L'INTERROGATION SUR LE POUVOIR DE DÉCISION UNILATÉRALE DE L'ADMINISTRATION

Si le Doyen Maurice Hauriou, qui a toujours vu dans le droit administratif le fruit de sa perception de l'autorité publique en termes de puissance publique, a été l'un des plus éminents théoriciens de cette idée, bien avant, et même après lui, le débat sur la détention par l'administration d'un tel pouvoir n'a jamais manqué de nourrir une forte controverse sur ce qu'est ce privilège de décision exécutoire. Dans la deuxième moitié du 19<sup>e</sup> siècle, par saccades parfois, la plupart des auteurs de l'époque ont évoqué la question. Mais c'est surtout dans la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle que la doctrine a fortement renouvelé et approfondi la conception que les auteurs du début du siècle se faisaient de l'idée du pouvoir de décision unilatérale de l'administration.

### A - L'évidence du pouvoir administratif de décision unilatérale

La plupart des grands auteurs de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle qui ont traité de la question du pouvoir de commandement unilatéral de l'administration l'ont fait, tout comme le fera le Doyen Hauriou, avec cette volonté de mettre en évidence que l'administration, par la jouissance de prérogatives exorbitantes, se trouve dans une situation avantageuse différente de celle du simple particulier. Mais à l'époque, cette conception restait encore embryonnaire.

**Vivien** explique par exemple que dans une société où certaines activités présentent un caractère d'intérêt général, on ne peut pas demander à un particulier d'assurer la gestion de celles-ci. Le particulier étant mu par son intérêt propre n'est pas en mesure de supporter le prix de certaines concessions que nécessite la prise en charge d'un tel service. L'administration quant à elle peut le faire car, en raison du privilège qu'elle a de pouvoir conférer des droits, manifestant parfois une certaine « complaisance » dont ne pourrait faire montre le particulier, bénéficie d'une position particulièrement avantageuse lui permettant de faire supporter par tous le prix

de l'activité d'intérêt général dont elle a la charge<sup>4</sup>.

Chez d'autres auteurs comme Léon **Aucoc**, l'idée, même si elle n'est pas théorisée, reste toujours présente, mais de façon embryonnaire, que l'administration détient un pouvoir particulier lui permettant de prendre des décisions unilatérales par lesquelles elle peut créer au profit ou la charge des administrés des droits ou des obligations indépendamment de leur volonté<sup>5</sup>. Mais c'est surtout avec Édouard Laferrière que la « première des prérogatives de puissance publique »<sup>6</sup> sera consacrée dans sa plénitude à travers l'utilisation et la généralisation par l'auteur de la notion de décision exécutoire.

C'est en la cantonnant à son sens contentieux que **Laferrière** utilise l'expression décision exécutoire pour signifier la possibilité d'une exécution de force par l'administration préalablement à toute intervention juridictionnelle. L'idée correspond à la notion de privilège du préalable, telle que conçue plus tard par Hauriou comme pouvoir de l'administration de prendre des décisions susceptibles d'être mises en œuvre indépendamment de toute intervention préalable du juge<sup>7</sup>. Selon Laferrière, le caractère exécutoire des décisions administratives doit conditionner la recevabilité des recours devant le Conseil d'État tant dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans celui de la pleine juridiction : « Le recours pour excès de pouvoir, ne saurait être un simple procès de tendance ; pour le former valablement, il ne suffit pas qu'on se croie menacé par une décision éventuelle, il faut qu'on soit réellement touché par une décision actuelle »<sup>8</sup>. En ce qui concerne le plein contentieux, comme nous le savons, au lendemain des réformes de l'an VIII,

<sup>4</sup> A. Vivien, *Etudes administratives*, 2<sup>e</sup> éd., tome 2, Guillaumin, 1852, p. 336.

<sup>5</sup> L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome 3, Dunod, 1876, p. 140.

<sup>6</sup> R. Chapus, préc., n° 668.

<sup>7</sup> Laferrière considère notamment que « le droit d'imprimer la force exécutoire à une décision est un attribut exclusif du pouvoir exécutif, car les décisions judiciaires elles-mêmes ne possèdent cette force qu'en vertu de la formule exécutoire apposée aux arrêts et jugements, formule qui contient un mandement adressé aux agents d'exécution par le pouvoir exécutif », E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, 1<sup>ère</sup> éd., Berger-Levrault, 1887, p. 403 (réédité en 1989 par la LGDJ).

<sup>8</sup> E. Laferrière, préc., pp. 397 et s.

la juridiction ministérielle n'avait pas été affectée par l'institution du Conseil d'État et des conseils de préfecture.<sup>9</sup> Avec l'évolution jurisprudentielle qui se dessinera par la suite, notamment sous le Second Empire, Laferrière invitera le Conseil d'État à abandonner la théorie du ministre-juge en fondant son approche sur la particularité du pouvoir qu'a l'administration de prendre des décisions exécutoires : « Partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre, affirme-t-il, et pouvant rendre des décisions administratives exécutoires par elles-mêmes, un débat contentieux peut naître, et [...] le Conseil d'État peut en être directement saisi ».

Deux ans après la parution du Traité, le Conseil d'État, en 1889, mettra fin à la théorie du ministre-juge par son célèbre arrêt *Cadot*<sup>10</sup>, ralliant ainsi la position de l'auteur. Mais en cette fin du 19<sup>e</sup> siècle, c'est surtout avec Maurice Hauriou que, pour bien mettre en valeur ce pouvoir de l'administration, sera renouvelé, essentialisé et théorisé le concept de décision exécutoire considérée dans son essence comme un privilège dont jouirait l'administration dans l'accomplissement de sa mission.

## **B - Le privilège du préalable et la décision exécutoire chez Maurice Hauriou et ses contemporains**

Dans l'analyse des écrits du doyen de Toulouse, une précision s'impose quasiment toujours comme préalable nécessaire à la compréhension de sa pensée : sa construction relève certes du génie mais elle reste complexe de par son foisonnement. Privilège du préalable, procédure de décision exécutoire, privilège de l'exécution provisoire, privilège de l'exécution préalable... toutes ces expressions sont utilisées, sans dissociation foncière, pour désigner un même pouvoir<sup>11</sup>. La

<sup>9</sup> Les ministres demeurent les juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif. Le justiciable, souhaitant contester une décision administrative devait d'abord saisir le ministre, supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision litigieuse, et ensuite porter l'affaire, en appel, devant le Conseil d'État.

<sup>10</sup> CE 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec.* p. 1148 ; GAJA 13<sup>e</sup> édition, 2001, n° 5, p. 36.

<sup>11</sup> Sur ces notions, voir notamment les pp. 22, 373, 375, 385 et 418 de la 7<sup>e</sup> éd. du *Précis de droit administratif et de droit public* ; les pp. 20, 353, 393, 938 de la 10<sup>e</sup> éd. du

diversité des expressions n'empêche pas ainsi l'unité de la conception du pouvoir notamment au travers du prisme de la décision exécutoire. L'idée du privilège du préalable n'a donc pas en elle-même d'existence propre, elle est matérialisée, toute organisée et conçue autour de la notion de décision exécutoire. C'est l'existence de celle-ci qui donne sens et essence à l'être de l'autre.

**Hauriou**, il est vrai, défend la spécificité de la prérogative d'action unilatérale de l'administration comme fondée sur la nécessité d'une prééminence de l'intérêt général de la puissance publique sur les intérêts particuliers. C'est d'ailleurs par cette identité qu'il propose de définir le droit administratif. Il ne sombre cependant pas dans une quelconque apologie de l'omnipotence exécutive. Comme ses prédécesseurs chez qui était déjà présente l'idée d'« administration-puissance », il conçoit les pouvoirs détenus par l'autorité publique comme seulement exercés, non de façon arbitraire, mais discrétionnaire.

L'utilisation du concept de décision exécutoire, « expression synthétique du pouvoir », lui a permis de saisir l'une des manifestations les plus caractéristiques de la puissance publique : le privilège du préalable, l'acte administratif unilatéral et son autorité. « On sait, disait Hauriou, que l'exécution préalable est la grande prérogative de la puissance publique. Les administrations publiques prennent des décisions exécutoires, qu'elles font elles-mêmes exécuter par des mesures de police, et ainsi elles vont jusqu'à l'extrême limite de leurs droits réels ou prétendus, avant que ces droits aient pu être vérifiés par un juge. C'est une prérogative exorbitante du droit commun. Les particuliers ne peuvent pas ainsi réaliser leurs droits sans les avoir fait vérifier par un juge, si ce n'est dans une mesure très restreinte ».

Par ailleurs, le doyen de Toulouse explique que le privilège du préalable, par cela même qu'il permet à l'administration de prendre des décisions exécutoires, l'oblige à accepter « de comparaître devant un juge, fut-ce devant un juge administratif, et de venir rendre compte devant un magistrat des décisions ou des mesures d'exécution qu'elle aura prises à

même Précis ainsi que les pp. 23 et 379 de la 2<sup>e</sup> éd. du *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929.

l'encontre d'un administré»<sup>12</sup>. Il considère d'ailleurs que c'est cette même prérogative qui justifie la fin de la théorie du ministre-juge<sup>13</sup>.

Cette théorie de la décision exécutoire, en dépit des imprécisions qui ont accompagné sa construction<sup>14</sup>, allait néanmoins connaître une grande fortune surtout à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle. Sans doute, parce qu'au-delà de sa complexité, elle rendait compte d'une réalité incontestable : celle de la puissance publique et de l'autorité qui s'attache à ses actes.

**Duguit** reconnaissait d'ailleurs que sa prérogative de décision unilatérale permettait à l'État d'assurer lui-même, et sans le concours de personne, la réalisation de ses droits par la force, et ce, nonobstant les recours susceptibles d'être formés par l'administré. Cette

---

<sup>12</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10 éd., p. 404 ; « La décision exécutoire contient l'affirmation des prétentions de droit de l'administration dans l'opération qu'elle entreprend. Cette affirmation [étant] produite au regard des intéressés aussi bien que des tiers, il est logique que la décision exécutoire soit l'objet d'un contentieux, c'est-à-dire d'un litige porté devant un juge... Non seulement elle crée un contentieux contre elle-même, mais elle joue le rôle de conclusions prises d'avance par l'administration en vue du contentieux et, par conséquent elle contient, de la part de l'administration, une acceptation anticipée de l'intéressé » (M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., p. 403).

<sup>13</sup> La théorie du ministre-juge « masquait la difficulté de la liaison du contentieux, le ministre, en rendant sa décision sur la réclamation de l'administré, acceptait que sa décision, considérée comme un jugement de première instance, fût porté en appel au Conseil d'État. Ainsi, il acceptait l'instance, non pas à la façon d'une partie, mais à la façon d'un juge du premier degré qui accepte que sa sentence soit portée en appel et qui, d'ailleurs, vient la défendre devant le juge du second degré ». Par la suite, toutefois, on aurait pris conscience de ce que la décision du ministre n'était pas un jugement mais une décision administrative exécutoire. Aussi selon Hauriou, « si le ministre continuait à venir devant le Conseil d'État défendre sa décision, ce n'était plus en qualité de juge du premier ressort, mais en qualité de plaideur : il n'y avait plus deux degrés de juridiction, il n'y en avait qu'un. Mais alors, quel rôle allait jouer dans l'instance la décision préalable du ministre ? Autrefois on pouvait admettre qu'en la prenant il avait implicitement accepté de venir devant le Conseil d'État en appel ; maintenant, on admettrait qu'en la prenant, il avait implicitement accepté de venir devant le même Conseil d'État en premier ressort, non plus comme juge, mais comme plaideur », M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., pp. 405-406.

<sup>14</sup> L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 5.

prérogative, fondée à la fois sur le fait que « l'État est la puissance publique et monopolise dans le pays les moyens de contrainte matérielle », ainsi que sur la nécessité d'éviter qu'un particulier puisse entraver la marche des services publics par ses contestations, doit toutefois s'accompagner d'une contrepartie constituée par l'organisation du contentieux administratif en garantie de la protection des droits et libertés des administrés<sup>15</sup>.

Par la suite, Duguit rompra avec l'essentiel de ce premier enseignement. Tout en ne rejetant pas expressément l'idée d'une administration privilégiée dans l'exercice de ses activités de service public, il soutient que « dans la conception française, tout acte d'exécution sur les personnes ou sur les biens doit être fait par agent judiciaire ou en vertu d'une décision prise par un agent judiciaire ». Il fait reposer cette règle sur le principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles<sup>16</sup>. Dès lors, pour lui, « c'est seulement dans le cas où il est établi que la loi a donné expressément et exceptionnellement compétence à un agent administratif pour procéder à un acte d'exécution sur la personne ou sur les biens », qu'il n'y aura pas usurpation par l'administration du pouvoir appartenant en principe aux autorités juridictionnelles<sup>17</sup>.

Mais c'est surtout avec Gaston **Jèze** que se manifesterait la rupture foncière des conceptions dans la façon de présenter les prérogatives de l'administration. Jèze explique qu'il faut abandonner un certain nombre de concepts, de notions et de théories relatifs à l'idée de puissance publique qui, de par la façon dont ils sont utilisés, laissent croire que l'administration, privilégiée, bénéficie d'un droit dérogatoire à un droit commun que serait le droit civil<sup>18</sup>. La société française a fortement changé et ces évolutions qui ont retenti sur le sens du pouvoir et la façon de l'exercer ont fait de celui-ci, en priorité, un moyen, non pas de contrainte mais

---

<sup>15</sup> L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1907, pp. 71 et 219 ; « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413, spéc. p. 424.

<sup>16</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, 3<sup>e</sup> éd., de Bocard, 1930, p. 762 ; voir aussi tome 2 paru en 1928, pp. 49-50.

<sup>17</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, préc., p. 764.

<sup>18</sup> Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, 3<sup>e</sup> éd., Giard, 1926, pp. 158-160.

de protection des droits et libertés individuels. « Sans doute, nous dit Jèze, il y a collaboration forcée, en ce sens que, si l'individu ne fournit pas la prestation qu'on lui réclame, on emploiera, contre lui, la force. Mais, de plus en plus, l'idée de force est reléguée au second plan. En fait, les individus fournissent leur collaboration dès qu'ils en sont requis, sans qu'il soit besoin d'user de la contrainte. Le recours à la contrainte est tout à fait exceptionnel.[...] Ce qui est vrai, c'est que *le bâton est derrière la porte*. Mais à mesure que l'instruction publique et l'éducation critique se développent, les individus connaissent mieux ce qu'est un service public et les raisons d'intérêt général pour lesquelles certains agents publics adressent des injonctions auxquelles les individus doivent se conformer ; l'idée de force – raison ultime – est perdue de vue<sup>19</sup>.

En définitive, ainsi que nous pouvons le remarquer, les importants développements que Maurice Hauriou a consacrés au privilège du préalable à travers la notion de décision exécutoire ne reçurent pas immédiatement un écho doctrinal favorable, sauf, auprès notamment de Félix Moreau<sup>20</sup>. Jèze et Duguit ont préféré s'en démarquer. Mais s'il a pu y avoir contradiction dans l'énoncé, un fond demeure certain : c'est la force obligatoire des actes administratifs. La contradiction ne retombera pas d'ailleurs après Hauriou. Au contraire, certains de ses successeurs critiquèrent avec virulence son analyse. D'autres essayèrent de la restaurer et de la renouveler en opérant des distinctions entre les différentes expressions que le doyen de

<sup>19</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, préc., pp. 158-160.

<sup>20</sup> Moreau déclare notamment que « L'acte administratif est exécutoire : il est parfait, complet ; il produit tous les effets de droit dont il est susceptible et il légitime tous les actes matériels d'exécution... la formation même du recours contentieux n'arrête pas ces effets et cette exécution, à moins que le tribunal n'en décide ainsi expressément » (*Manuel de droit administratif*, Fontemoing, 1909, p. 140). Il précise toutefois que ce pouvoir que détient l'administration n'est pas un privilège car « les conditions juridiques des personnes administratives et des particuliers ne sont pas de même nature, parce que les personnes administratives exercent naturellement les facultés comprises dans la puissance publique et qui n'appartiennent pas naturellement aux particuliers » (p. 137).

Toulouse utilisait sans véritable dissociation pour exprimer la spécificité de la prérogative d'action unilatérale de l'administration.

### C - Restauration et renouvellement de l'analyse du pouvoir de décision unilatérale de l'administration

De par le rejet formel qu'ils ont manifesté à l'encontre de l'analyse faite par Hauriou des pouvoirs de l'administration au travers de l'acte unilatéral, deux auteurs, Francis-Paul Bénéoit et Charles Eisenmann retiendront notre attention car ils apportent à la réflexion sur les pouvoirs de l'administration, une analyse novatrice qui éclaire considérablement le sens de la terminologie usitée à l'époque.

Le professeur **Bénéoit** commence ainsi par remarquer que sous l'expression « pouvoir de décision unilatérale » de l'administration, se conçoit d'abord un ensemble de compétences pouvant paraître conférer aux autorités administratives, qui en sont investies, un véritable pouvoir de décider – et donc d'imposer – unilatéralement, c'est-à-dire par leur seule volonté, un certain nombre d'obligations mais également aussi de conférer par cette même seule volonté un certain nombre de droits aux administrés. Ce pouvoir de décision unilatérale est d'autant plus remarquable qu'il n'a pas son équivalent dans les rapports entre particuliers. Cette aptitude est, pour ce motif, regardée comme devant être assimilée à un privilège, une dérogation favorable accordée à l'administration, par le droit qui le régit, le droit administratif. Mais « en dépit de l'audience qui lui est très généralement accordée, ce point de vue correspond à une expression très inexacte de la réalité, tant sur le plan logique que sur celui de l'histoire ». En effet, rappelle le professeur Bénéoit, « ce pouvoir de décision unilatérale n'a aucune existence propre intrinsèque. Il n'est rien d'autre qu'une vision globale de compétences séparées, distinctes, qui constituent la seule réalité juridique. Sous cette réserve, il faut toutefois reconnaître que, à ce titre d'image de synthèse, l'expression de *pouvoir de décision unilatérale* est acceptable et parfois commode pour exprimer, en raccourci, la réalité des multiples et diverses compétences »<sup>21</sup>. Ce

<sup>21</sup> F.-P. Bénéoit, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, pp 507-508.

faisant, il rejette non seulement la notion de décision exécutoire<sup>22</sup> si chère à Hauriou mais également celle de privilège du préalable<sup>23</sup> qui en est l'acolyte.

**Eisenmann** ne dira pas quelque chose de foncièrement différent de l'analyse de Benoît. Il relève que le pouvoir détenu par l'administration de créer des droits ou d'imposer des obligations n'est pas nécessairement un pouvoir de créer des normes de soumission. S'il est vrai que « toute norme juridique est dans la pensée de celui ou de ceux qui la posent, faite pour être exécutée, c'est-à-dire réalisée en fait par une conduite conforme »<sup>24</sup>, il demeure que l'inconvénient d'appeler les actes administratifs « décisions exécutoires » est d'associer les décisions de l'administration à l'idée de décisions d'injonction, de normes autoritaires. Or la principale critique que l'on peut formuler à

<sup>22</sup> L'auteur considère notamment que « le terme de décision exécutoire, assez souvent employé pour désigner les actes administratifs unilatéraux en général, est tout à la fois dangereux et incorrect. Nul n'ignore en effet que dans son sens fort, qui est au demeurant son seul sens exact, le mot exécutoire désigne l'acte qui, non seulement a valeur juridique, mais qui constitue par lui-même de surcroît un titre d'exécution forcée, sans qu'il soit besoin qu'un autre acte juridique autorise le recours à cette exécution pour assurer la sanction de cette valeur juridique ; ce n'est donc que par abus de langage qu'on lui donne le sens faible d'acte ayant valeur juridique. Cet abus est précisément dangereux dans la mesure où il conduit, comme cela arrive trop souvent, à penser que tout acte administratif unilatéral a non seulement valeur juridique en lui-même, mais constitue un titre d'exécution forcée permettant à l'administration, en règle générale, de recourir à la force de sa seule volonté, ce qui est contraire à la réalité » (pp. 527-528).

<sup>23</sup> Selon Benoît, l'utilisation du terme privilège pour présenter les pouvoirs de l'administration comme étant des prérogatives exorbitantes de droit commun, constitue une idée erronée. Elle n'est qu'« un relent des idées fausses répandues au siècle dernier sur le prétendu caractère de droit commun du droit civil, qui conduisirent à faire abstraction totale des données de fait, vieilles de plusieurs siècles, des problèmes administratifs, et à raisonner comme si avant la Révolution il n'y avait rien et qu'après elle, il y eut d'abord le droit civil, et, ensuite seulement, le droit administratif, simple ensemble de dérogations et de privilèges par rapport au premier. La réalité est tout autre : notre droit actuel n'est, sur ce terrain des actes administratifs unilatéraux, que le résultat d'une lente soumission de la force à des règles juridiques ou, plus exactement, le résultat d'un lent encadrement de la force, qui peut disparaître, par des règles, qui rendent cette force supportable » (*Ibid.*).

<sup>24</sup> Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ, 1983, p. 741.

l'encontre de la « théorie de la décision exécutoire » réside dans cette assimilation fautive qu'elle opère et qui est d'autant plus fâcheuse qu'elle laisse penser à l'exécution forcée contre les administrés<sup>25</sup>.

Aujourd'hui, au-delà des contestations conceptuelles, la doctrine publiciste n'a nullement remis en cause l'existence spécifique du pouvoir d'action unilatérale de l'administration. Bien au contraire elle s'accorde à proclamer, tout comme par le passé, que l'acte administratif unilatéral demeure la manifestation la plus topique des procédés de droit public. Le professeur René Chapus affirme ainsi « que le pouvoir de prendre des décisions s'imposant par la seule volonté de leur auteur et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent est un pouvoir remarquable de l'administration : la première des prérogatives de la puissance publique »<sup>26</sup>. D'autres auteurs contemporains ont abordé dans le même sens l'analyse de ce pouvoir de l'administration avec une volonté affichée de renouvellement et d'approfondissement des notions<sup>27</sup>.

## II - LE PRIVILÈGE DU PRÉALABLE N'EST PAS UN VÉRITABLE PRIVILÈGE

En droit administratif, lorsqu'il s'agit de procéder à une étude des prérogatives de l'administration, et notamment du « privilège du préalable » c'est-à-dire du pouvoir de décision unilatérale de l'administration, le recours à la comparaison avec la situation des personnes

<sup>25</sup> Eisenmann dénonce ce qu'il appelle les « fanfares du privilège de l'exécution d'office et du privilège du préalable » qui laissent croire qu'il n'y a pas à distinguer clairement, les unes et les autres, le pouvoir de prendre des décisions en général, de celui de prendre des décisions portant sanction, et enfin du pouvoir de réaliser par l'emploi de la force.

<sup>26</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2001, n° 668.

<sup>27</sup> Selon A. de Laubadère et Y. Gaudemet : « Le privilège du préalable résulte de la possibilité qu'a l'administration de prendre des *décisions exécutoires* ; on veut dire par-là que l'administration se trouve dispensée, pour réaliser ses droits, de s'adresser préalablement à un juge (d'où l'expression : privilège du *préalable*)... Quant au privilège de l'action d'office, il « consiste dans la faculté qu'a l'administration, lorsqu'elle a pris une décision exécutoire, d'en réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte, en mettant en mouvement la force publique contre le particulier récalcitrant » (A. de Laubadère et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1 *Droit administratif Général*, 16<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, pp. 649-650).

privées est quasi systématique : il permet de mieux mettre en valeur le caractère spécifique de la matière. Cette analyse traditionnelle d'une antinomie entre le droit civil et le droit administratif, fondée sur l'idée que ce dernier serait un droit dérogatoire au premier, trouve sa justification dans une idée qui paraît simple : lorsque surgit un problème de droit mettant en cause l'administration et que la solution ne se trouve pas inscrite dans les textes ou principes établis par le droit administratif, on tend naturellement à se tourner vers le droit civil. La conséquence, dès lors qu'on pourrait solutionner la problématique soulevée par une règle juridique tirée du droit civil, serait alors de considérer le droit administratif comme étant dérogatoire au droit civil.

#### **A - L'antinomie droit civil – droit administratif : les données d'une confusion**

Dans sa thèse consacrée à « L'inexistence des privilèges de l'administration », Patrick Goffaux nous explique qu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, cette vision antinomique des deux matières n'avait rien de surprenant. En effet, à cette époque le droit civil était la matière à laquelle était formé quasiment tout juriste. Et dans les Facultés de droit l'enseignement du droit public occupait une place très modeste. C'est donc par simple logique, qu'en raison de la formation qu'ils ont reçue, les premiers théoriciens en droit administratif ont étudié la matière au regard du droit civil, de ses concepts et de ses instruments.

Cette perception du droit administratif comme droit dérogatoire au droit civil aidait, à cette époque du libéralisme, à mieux encadrer et fortement limiter l'exercice des prérogatives de l'administration. Le principe étant la règle de droit civil, la règle de droit administratif, puisque exceptionnelle, ne pouvait être qu'interprétée restrictivement. En ce sens, le droit civil devait trouver à s'appliquer toutes les fois que la règle particulière applicable à l'administration ne serait pas prévue. D'où, par exemple, la pensée que l'action administrative n'échappait pas au principe d'égalité des volontés libres des personnes.

Ce rigorisme d'expression libérale devait toutefois plier devant la réalité spécifique de l'action administrative : le service de l'intérêt

général. Les libéraux ne l'ignoraient pas. D'ailleurs leur volonté n'était pas de soumettre toute l'activité de l'administration au « droit de tous les gens », le droit civil, mais de faire en sorte que toutes les fois où elle devait bénéficier d'un régime spécial, que ce soit à titre dérogatoire du droit applicable par nature à tous, le droit privé.

L'antinomie droit administratif – droit civil trouve également une des raisons de sa fortune dans l'attribution à chacune des matières de techniques d'action quasiment exclusives l'une de l'autre : l'acte unilatéral pour le droit public (droit administratif) et le contrat pour le droit privé (droit civil). Garant de la primauté de l'intérêt général, le droit administratif diffère profondément du droit privé qui, lui, est animé par l'idée d'équilibre entre les intérêts particuliers. L'un repose sur l'autorité et la contrainte, l'autre se fonde sur le libre consentement et le contrat. A des esprits différents correspondent des techniques différentes.

En droit civil, parce que l'égalité entre individus est un principe fondamental, nul ne peut en principe être obligé sans son consentement : la volonté de chaque particulier doit être respectée. Le contrat apparaît dès lors comme le meilleur instrument. Il permet, par la rencontre des volontés individuelles, de créer des droits ou des obligations au profit ou à la charge d'autrui sans qu'il soit besoin d'utiliser la voie du commandement unilatéral. On s'oblige librement à donner, faire ou ne pas faire quelque chose et l'autonomie de la volonté en est ainsi sauve tout comme l'égalité des cocontractants.

En droit administratif, l'administration décide. Elle dit, parce qu'elle a la charge de l'intérêt général, la façon la mieux à même de permettre la réalisation de sa mission. Elle n'a pas besoin du consentement des tiers pour édicter la norme, elle le fait unilatéralement car l'intérêt général ne peut pas s'accommoder des incertitudes d'une instance contentieuse. La technique d'action unilatérale y est privilégiée. Cette conception est d'un esprit inégalitaire. « La puissance publique procède par voie de commandement », assurait Romieu dans ses célèbres conclusions sur l'affaire *Société immobilière de Saint-Just*. L'impératif, l'autorité, l'inégalité sont les idées qui semblent nourrir le droit administratif. A l'inverse, le droit

privé semble avoir pour essence la liberté de l'individu, la souveraineté de sa volonté.

Cette démarche assez commune à la plupart des auteurs des débuts de notre droit administratif contemporain se retrouve notamment chez Hauriou qui affirmait à l'époque : « à l'heure actuelle, où les branches du droit sont séparées, les lois civiles constituent le droit commun et le juge chargé d'appliquer les lois civiles est le juge de droit commun. Les rapports entre le droit commun et les autres formes de droit sont ceux qui existent entre une règle et les exceptions à cette règle »<sup>28</sup>.

Mais ce départ entre deux mondes du droit aux techniques d'action et aux esprits antagonistes témoigne-t-il de la réalité ? Dans une critique de l'ouvrage de M. Savatier intitulé *Du droit civil au droit public*, publié en 1945, Eisenmann s'insurgeait contre ce qu'il appelait « la double équation : droit privé égale droit de liberté, droit d'autonomie ; droit public égale droit de commandement, droit impératif »<sup>29</sup>. Benoît abondera d'ailleurs dans le même sens en considérant que l'utilisation du terme privilège pour parler des pouvoirs de l'administration comme étant des prérogatives exorbitantes de droit commun, constitue une idée erronée. Elle n'est qu'« un relent des idées fausses répandues au siècle dernier sur le prétendu caractère de droit commun du droit civil, qui conduisirent à faire abstraction totale des données de fait, vieilles de plusieurs siècles, des problèmes administratifs, et à raisonner comme si avant la Révolution il n'y avait rien et qu'après elle, il y eut d'abord le droit civil, et, ensuite seulement, le droit administratif, simple ensemble de dérogations et de privilèges par rapport au premier. La réalité est tout autre : notre droit actuel n'est, sur ce terrain des actes administratifs unilatéraux, que le résultat d'une lente soumission de la force à des règles juridiques ou, plus exactement, le résultat d'un lent encadrement de la force, qui peut disparaître, par des règles, qui rendent cette force supportable »<sup>30</sup>. Benoît trouve

<sup>28</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 1911, p. 84.

<sup>29</sup> Ch. Eisenmann, « Droit public et droit privé », *RDP*, 1952, pp. 903 et s., spéc. pp. 921 et 924.

<sup>30</sup> F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 508.

donc « inacceptable », de présenter comme des privilèges, les pouvoirs ainsi détenus par l'administration. Car « c'est exactement l'inverse qui s'est produit. Aux origines des institutions actuelles de la France, existaient des seigneurs, autorités de l'époque qui disposaient d'un pouvoir de commandement global qu'ils s'étaient d'ailleurs attribués à eux-mêmes. Tous les efforts des juristes de la Monarchie naissante à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, ont tendu à scinder ce pouvoir de commandement global en des compétences séparées. Bien loin de conférer un privilège à l'administration, le Droit a eu pour objet de briser le monolithique pouvoir initial. Ce que l'on peut appeler le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives n'est donc rien d'autre que la mise en forme juridique du pouvoir de commandement initial, sans cesse divisé, défini et enserré dans des règles de plus en plus précises. Le Droit n'a jamais conféré ici un privilège, il a tout au contraire sans cesse cherché à mieux soumettre »<sup>31</sup>.

## **B - Le trouble des repères et les limites de l'interférence entre procédés de droit public et de droit privé**

La Révolution industrielle intervenue au 19<sup>e</sup> siècle a bouleversé la société occidentale en transformant de façon radicale les habitudes et les besoins des populations. Avec l'accroissement de ces besoins, l'État a vu s'accroître et se diversifier ses missions. Ses interventions se sont ainsi multipliées et de plus en plus banalisées dans des secteurs qui, jusque-là, étaient réservés au privé.

Mais si l'État a changé, c'est parce qu'également le citoyen a changé. Le citoyen d'aujourd'hui est utilitariste et consommateur de services. La société de consommation dans laquelle nous vivons, a fortement retenti sur l'administration et sur les services que les citoyens attendent d'elle. Dans ses relations avec l'administration, l'individu n'est plus un simple administré. Il est d'abord et avant tout un citoyen exigeant auprès de l'État des prestations de service de qualité, parfois nouvelles.

Un constat semble donc s'imposer avec la force de l'évidence : l'État français d'aujourd'hui est différent de celui du 19<sup>e</sup> siècle. Déjà, au début du 20<sup>e</sup> siècle Hauriou poussait

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 508.

son fameux cri d'alarme en déclarant : « On nous change notre État »<sup>32</sup>. Ce qui peut sembler paradoxal, c'est que le développement de ces interventions des personnes publiques s'est accompagné d'une sorte de réduction, transformation volontaire est-on tenté de dire, de leur pouvoir d'action unilatérale. A l'unilatéralisme est combiné de plus en plus un « contractualisme » administratif assumé et, en même temps, dans le sens inverse, bien des thèses sont venues démontrer que l'administration n'avait pas le monopole de l'acte unilatéral.

### ***1 - Le « contractualisme »***

#### ***- Le développement du procédé contractuel et du consensualisme en droit public.***

Le développement du procédé contractuel dans l'action administrative est devenu un phénomène de mode. Le constant développement du contrat dans l'action administrative tient sans doute à ses capacités de synthèse. Mais, comme le pense le professeur Richer, c'est peut-être en raison de l'influence proudhonienne<sup>33</sup> et d'une volonté de légitimation de l'action administrative qu'on assiste à ce phénomène.

Dans sa circulaire du 28 mai 1988 relative à la méthode de travail du Gouvernement, le Premier ministre Michel Rocard déclarait :

---

<sup>32</sup> Note sous CE 8 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, Sirey 1900, III, p. 49.

<sup>33</sup> Dans son ouvrage consacré au *Droit des contrats administratifs* (2<sup>e</sup> éd. LGDJ 1999, p. 43), le professeur Richer explique que « pour réaliser la justice et l'égalité, Proudhon envisage une organisation sociale à base d'association où la liberté de chaque membre est respectée. Ce système repose sur le contrat. Le contrat, dans ce système fédératif envisagé par Proudhon, est différent du *contrat social* de Rousseau. C'est plus qu'une fiction, c'est un pacte positif, effectif, réellement proposé, discuté, voté et adopté. Dans cette organisation politique, les cocontractants sont les chefs de famille, les communes, les provinces, l'État. La coordination entre les différents groupes géographiques est réalisée grâce à des contrats synallagmatiques qui permettent à la fois de concilier *autorité* et *liberté* et de réaliser l'idée de justice : « Le contrat résout tous les problèmes. Le producteur traite avec le consommateur, l'associé avec sa compagnie, le paysan avec sa commune, la commune avec le canton, le canton avec le département » (*Idée générale de la Révolution au 19<sup>e</sup> siècle*). Compte tenu du poids du proudhonisme dans l'histoire des idées politiques et de sa forme très juridique, on peut identifier là une origine du contractualisme moderne ».

« Nous devons préférer, toutes les fois que c'est possible, aux arguments d'autorité, des négociations réelles, loyales, méthodiques et, s'il y a lieu, formalisées dans des conventions ». La conclusion d'accords entre les services et les ministères apparaissait dès lors comme l'un des meilleurs moyens d'assouplir les règles de gestion tout en améliorant les performances de l'administration<sup>34</sup>. La même idée a été reprise dans la circulaire du Premier ministre M. Alain Juppé du 26 juillet 1995, relative à la réforme de l'État et des services publics, qui prévoit la conclusion de « contrat de service » entre les services déconcentrés et les administrations centrales.

L'influence des méthodes de gestion du secteur privé est sans doute à prendre en compte dans ce développement du contractualisme : une des bases du « management » est la définition d'objectifs qui doivent être atteints en un temps donné par les responsables ; la technique contractuelle est particulièrement adaptée à la mise en place d'une telle organisation. L'administration, aujourd'hui, utilise cette méthode dans des domaines aussi variés que ceux de la justice, de la police, de l'éducation, etc. Mais s'agit-il vraiment de contrats au sens plein du terme ? Y a-t-il en ce sens substitution du contrat à l'acte unilatéral dans les domaines précités ?

#### ***- Les limites du « contractualisme » administratif.***

Il faut d'abord commencer par relativiser le développement du phénomène contractuel. Tous les « contrats » de l'administration ne sont pas des contrats. Il ne faut pas donner à l'emploi du terme contrat plus d'importance qu'il n'en a. Les circulaires du Premier ministre Rocard de 1988 et de 1989 entendaient seulement mettre en exergue l'importance de la négociation en tant qu'élément de légitimation de l'action administrative.

La mise en place, notamment en 1996, de ce qu'on a appelé des « contrats de service » liant les administrations centrales à certains de leurs services déconcentrés ne correspond pas à l'institution de véritables contrats. Les services concernés restent des services de l'État et quand ils concluent un contrat, ils n'expriment qu'une

---

<sup>34</sup> Circulaire du 28 février 1989 relative au *Renouveau du service public*, JO 24 février 1989.

seule et unique volonté : celle de l'État. Compte tenu des impératifs qui sont à l'origine du principe d'unité de la personne juridique de l'État, considéré comme garant de la continuité et de la cohésion de la République, il est difficile pour le droit administratif français de concevoir la rencontre de volontés de deux organes de l'État : la volonté étatique est une, le contrat entre deux organes de l'État ou deux autorités de l'État est juridiquement inconcevable.

Ces actes conclus entre autorités de l'État, s'ils devaient être rapprochés d'un acte conventionnel, seraient plutôt des « gentlemen's agreements », c'est-à-dire des accords qui diffèrent du traité par l'absence d'intention de s'obliger formellement. Dans l'administration il arrive, par exemple, que soient signés des protocoles d'accord pour mettre fin à une grève ou pour résoudre des difficultés d'une entreprise publique. De tels protocoles, s'ils prévoient la prise de certaines décisions, ne peuvent valoir eux-mêmes acte décisoire, ni même lier les autorités administratives compétentes : il n'y a pas d'engagement juridique, donc pas d'obligation juridique. Ce n'est pas, en fait, la sanction juridique qui est recherchée par la conclusion de tels accords, mais seulement un engagement moral et politique. On parle de contrat d'objectif ici, mais il s'agit en réalité plus d'actes unilatéraux négociés que de contrats.

Ces développements montrent que la distinction entre contrat et acte unilatéral n'est pas aisée<sup>35</sup>. Sans doute, un acte qui a un seul auteur ne peut être qu'un acte unilatéral. Mais un acte peut fort bien être unilatéral alors qu'il a plusieurs auteurs ; on parle alors d'acte unilatéral négocié à l'exemple des arrêtés interministériels. Le critère n'est donc pas d'ordre quantitatif. Ce qui est déterminant c'est le contenu de l'acte. Il sera unilatéral lorsqu'il sera destiné à régir le comportement de personnes qui sont tierces par rapport à lui. Il est contractuel lorsqu'il n'est destiné à régir que les relations réciproques de ses auteurs. Cette considération est, toutefois, à nuancer puisque l'effet relatif des contrats n'est pas entendu de façon absolue.

<sup>35</sup> Voir à ce propos, J.-M. Pontier, « De la distinction parfois difficile entre subvention et délégation de service public », *AJDA* 2006, p. 369.

Par ailleurs, la difficulté de la distinction est parfois renforcée par le fait que le contrat et l'acte unilatéral peuvent, dans certaines hypothèses, être utilisés l'un ou l'autre pour la réalisation d'un même objectif. L'administration peut, par exemple, se procurer un bien mobilier en l'achetant, mais elle peut aussi recourir à la réquisition ; elle peut recruter des fonctionnaires par voie de décision unilatérale, mais elle emploie aussi des agents contractuels ; quand elle accorde une autorisation d'occuper le domaine public ou une subvention, elle peut le faire par voie de décision unilatérale ou par contrat.

Toutefois, entre l'instrument contractuel et l'acte unilatéral, la liberté de choix de l'administration est parfois limitée. Il y a des domaines dans lesquels le recours au contrat est impossible<sup>36</sup>. Il y en a d'autres où l'autorité administrative dispose d'une option : elle peut

<sup>36</sup> En principe, selon la jurisprudence, sont nulles et sans effet, les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale (CE 8 mars 1985, *Association les amis de la Terre*, conl. Jeanneney, *Rec.* p. 73). Cette solution peut paraître quelque peu inadaptée et dépassée par l'expansion du « contractualisme ». Plusieurs explications ont été données pour justifier cette jurisprudence. Dans un article célèbre, le professeur Jaques Moreau a étudié « l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel » (*AJDA* 1965, p.3). Il estime que cette interdiction est fondée à la fois sur le caractère d'ordre public des compétences et sur la contradiction qui existerait entre le mécanisme contractuel et la fin légale assignée aux interventions de police. Il est cependant permis de mettre en doute la spécificité de la police à cet égard. En effet, selon le professeur Richer, le but d'ordre public n'entraîne pas l'interdiction des conventions concourant à ce but lorsqu'elles n'ont pas pour objet le pouvoir d'action unilatérale. Ainsi, l'enlèvement des véhicules en stationnement illicite est confié à des personnes privées sans que le juge y ait trouvé à redire et a été admise la légalité d'une convention mettant à la charge des propriétaires d'emplacement sur un marché à la brocante « une indemnité forfaitaire annuelle en contrepartie « des sujétions de sécurité, de police et de ramassage des ordures qu'entraîne le marché pour l'administration communale (CE 19 février 1988, *SARL Poré Gestion*, *Rec.* p. 77). Une autre explication pourrait être tirée de l'indisponibilité des compétences, principe dérivé de l'article 3 de la Déclaration de 1789 : les compétences ne sont pas des droits subjectifs. Mais cette explication va trop loin car elle n'admet pas les exceptions qui, pourtant, existent. C'est pourquoi on est amené à retenir une explication beaucoup plus simple : les contrats en cause sont illégaux parce que l'autorité signataire n'est pas compétente pour les signer. Elle n'est pas compétente pour les signer car la réglementation en vigueur prévoit seulement une décision unilatérale (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 43) .

utiliser, soit le contrat, soit l'acte unilatéral. Pour se procurer un bien mobilier par exemple, la collectivité publique doit normalement conclure un contrat, car le pouvoir de réquisition ne lui est reconnu qu'exceptionnellement. De même, en matière de recrutement de personnels, la loi pose le principe du caractère exceptionnel du recours aux agents contractuels.

Finalement, on le voit, la transformation de l'État n'a pas modifié, en droit, la règle reconnaissant à l'administration cette prérogative particulière qu'elle a de pouvoir prendre des actes unilatéraux ayant un contenu et un effet obligatoire.

## 2 - L'unilatéralisme

### - L'existence de l'acte unilatéral en droit privé.

L'existence d'actes unilatéraux en droit privé est un fait qu'on ne saurait nier. Mais l'acte unilatéral, s'il existe en droit privé, n'y occupe pas une place aussi importante que celle de l'instrument contractuel. Dans sa thèse sur *Les privilèges de l'administration*, M. Dupuis proposait de classer les actes unilatéraux de droit privé en deux catégories qui seraient fonction de leur mode d'édiction soit par des « collectivités de droit privé », soit dans le cadre de « relations interindividuelles »<sup>37</sup>.

A l'intérieur de la société étatique se sont multipliées des « sociétés partielles ». Chacune de ces collectivités de droit privé est le cadre de rapports juridiques entre ses membres. En leur sein, les relations entre les individus changent d'allure générale. Des rapports de domination se dessinent lorsque, de l'égalité entre les membres du groupe, on passe à une inégalité entre les organes directeurs et les simples membres. En quelque sorte, l'autonomie de la volonté s'estompe derrière l'affirmation de l'autorité des organes de ces collectivités, puisque leurs actes sont obligatoires pour les membres. Ce caractère fait alors penser qu'on peut considérer comme comparables aux actes des autorités publiques, ces actes émanant des dirigeants du groupe.

Dans sa thèse, M. Dupuis a longuement analysé cette question du rapport de l'individu

<sup>37</sup> G. Dupuis, *Les privilèges de l'Administration*, thèse Paris, 1962 (dactylographiée).

au groupe. L'individu, ce n'est pas simplement le citoyen membre d'un État. L'individu, c'est également un membre d'une famille, d'une entreprise, d'un syndicat, d'une association... Or dans une famille l'existence d'actes unilatéraux paraît indiscutable. Il suffit pour cela de penser à l'autorité parentale<sup>38</sup>.

De même il importe également de relever le cas des actes unilatéraux dans le cadre des relations professionnelles, des relations de travail, spécialement au sein de l'entreprise. « Personne, écrit M. Dupuis, ne songe à nier l'existence de ce pouvoir d'action unilatérale du chef d'entreprise ». L'entreprise constitue une communauté hiérarchisée. A sa tête, le chef d'entreprise détient en tant que tel un pouvoir de décision, s'exerçant sous des formes diverses qui évoquent, de très près, le droit public.

Cependant, s'il peut paraître légitime de noter une certaine analogie, une certaine interférence des techniques d'action employées dans les deux disciplines, il reste que cette interférence rencontre d'inévitables limites.

### - Les limites de l'unilatéralisme en droit privé.

L'acte unilatéral existe en droit privé. Nous le répétons à nouveau. Mais que cette existence soit acquise ne lui donne pas toutes les vertus attachées à l'acte unilatéral de droit public. Du point de vue de l'efficacité de l'utilisation de la technique en droit privé et en droit administratif, les conséquences sont profondément différentes. Parée de la force obligatoire, l'acte administratif s'impose à ses destinataires indépendamment de leur adhésion. L'administration n'a pas besoin du consentement de l'administré pour faire valoir une prétention à son égard. Là est sans doute la différence : il n'y a donc rien de foncièrement identique dans cette identité formelle entre acte unilatéral de droit public et acte unilatéral de droit privé.

<sup>38</sup> Le droit de garde investit par exemple les parents qui en sont titulaires du pouvoir de prendre la décision de fixer le domicile de leur enfant mineur. Cette décision s'impose non seulement à ce dernier mais également aux tiers : le mineur « ne peut, sans permission des pères et mères, quitter la maison familiale » (art. 371-3 du Code civil), et les tiers qui entraîneraient le mineur ailleurs, même avec son accord, seraient coupables du délit de détournement puni par les articles 227-7 et suivants du Code pénal. De même, l'autorité parentale investit son titulaire du droit de surveiller les activités et relations de l'enfant. Ainsi est-il maître d'interdire ou d'autoriser les visites et fréquentations de l'enfant, ainsi que contrôler sa correspondance.

En droit privé, le principe dominant est celui du consensualisme. Ainsi que le rappelle M. Schwartzberg : « En droit privé, tout acte unilatéral, sauf exception, correspond à un consentement explicite ou implicite, initial ou subséquent, de son destinataire »<sup>39</sup>.

Que la doctrine ait donc noté l'existence parfois d'un pouvoir de décision unilatérale en droit privé n'enlève rien à cette différence substantielle. D'ailleurs, en amont de cette question de l'identité formelle entre actes unilatéraux de droit privé et de droit public, l'existence même de ce mécanisme en droit privé peut poser problème si l'on s'en tient à une interprétation stricte du principe de l'autonomie de la volonté.

Il faut cependant apporter une précision à ce propos : l'impératif de l'acte unilatéral de droit privé dépend d'une condition. On nous dira que cet impératif est également conditionnel en droit public puisqu'il n'est pas arbitraire et qu'il doit toujours répondre à l'impératif d'intérêt général. Mais, en droit privé il est d'abord et avant tout le produit d'un consentement de l'individu à son énoncé. Il ne faut donc pas surestimer la portée de son existence. Malgré ces exceptions, le principe demeure en droit privé que, à défaut de stipulations contractuelles, on ne peut pas, par acte unilatéral, obliger, par sa seule volonté, autrui<sup>40</sup>. Les individus étant égaux en droit, il est, en principe, impossible à l'un d'eux, par sa seule volonté, de créer un rapport d'obligation avec un tiers.

Les tentatives de rapprochement par les mécanismes d'action, entre le droit civil et le droit administratif, sont peut-être louables. Elles ne doivent cependant pas forcer les traits de caractère du droit privé et du droit public

<sup>39</sup> R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, LGDJ, 1970, p. 50.

<sup>40</sup> Aux termes de l'article 1165 du Code civil, « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». On sait qu'en dehors de l'article 1121 relatif à la stipulation pour autrui, le principe de l'effet relatif des contrats n'est pas aussi absolu que pourrait le laisser croire la force de l'affirmation de l'article 1165. Si, en principe, les conventions ne nuisent ni ne profitent à ceux qui n'y ont pas été parties, il ne s'ensuit pas que le juge ne pourra pas considérer que les clauses d'un contrat auront pour effet de créer une situation de fait vis-à-vis des tiers (Cass. com., 19 oct., 1954, D. 1956, p. 78).

pour arriver à cette fin. En droit administratif l'acte unilatéral est d'un type particulier : il est doté d'une « autorité de chose décidée ».

### III - LA TRADUCTION DE LA SPÉCIFICITÉ DU POUVOIR D'ACTION UNILATÉRALE DE L'ADMINISTRATION

#### A - La consistance du pouvoir de décision unilatérale de l'administration

« Privilège du préalable », la terminologie est sans doute problématique en ce qu'elle laisse penser que l'administration bénéficie de par le droit qui lui est applicable d'une situation avantageuse dérogatoire au droit commun. Cependant, elle n'exprime pas moins l'énoncé d'une idée simple sur laquelle s'accorde toute la doctrine publiciste : l'existence d'un pouvoir de décision unilatérale de l'administration. Pourtant, se suffire de ce constat d'une évidence élémentaire serait contribuer à banaliser un élément intrinsèque de l'identité de la puissance publique : l'acte unilatéral décisoire dispose en tant que tel d'une force obligatoire sans équivalent.

#### 1 - La force obligatoire des décisions administratives

La force obligatoire de l'acte administratif permet à l'administration de pouvoir imposer des obligations – ou éventuellement de conférer des droits – aux tiers sans leur consentement. Elle permet également d'imposer aux tiers, préalablement à tout contrôle juridictionnel, l'obligation d'obéir aux dispositions ainsi édictées. La faculté de donner à ses actes un contenu impératif constitue une illustration d'un pouvoir général détenu par l'administration : le pouvoir de modification unilatérale de la situation juridique d'autrui. Certes, l'administration ne pose pas seulement que des normes qui créent des obligations à la charge d'autrui. Elle émet aussi des actes permissifs, des actes qui attribuent des droits à leurs destinataires.

La force obligatoire est donc constituée de deux éléments : un contenu obligatoire et un effet obligatoire. Au premier correspond le fait que l'administration peut modifier les situations juridiques par sa seule volonté, sans le consentement des intéressés. Au second

correspond le fait qu'« Obéissance immédiate est due à cet acte créateur d'un rapport d'obligation. Le contenu obligatoire de la décision prend tout son poids avec cet effet obligatoire. L'acte administratif impose un rapport obligatoire – à contenu souvent impératif -, et exige obéissance immédiate aux normes posées. De même que le défaut de consentement du destinataire n'empêche pas l'acte d'avoir un contenu obligatoire, de même son éventuel mise en contestation devant un juge ne le prive pas d'effet obligatoire. Il requiert une obéissance préalable à tout contrôle juridictionnel et nonobstant tout contrôle juridictionnel en cours »<sup>41</sup>.

## 2 - L'absence de recours de l'administration au juge

L'absence de recours de l'administration au juge constitue le trait essentiel de la définition de ce privilège du préalable, de cette force obligatoire. Elle permet, d'une certaine façon, à l'administration de se faire justice elle-même. Car, alors qu'en droit privé les individus ne peuvent pas donner par leur simple volonté force exécutoire à une prétention de droit qui leur appartiendrait, ils sont obligés de passer par le juge pour se faire délivrer un titre exécutoire, en droit administratif, quand l'administration émet des prétentions de droit, elle peut et parfois, doit se passer de l'aval du juge pour mettre à exécution celles-ci<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, préc., p. 55.

<sup>42</sup> A. de Laubadère et Y. Gaudemet déclarent par exemple : « Lorsqu'un particulier se prétend titulaire d'un droit vis-à-vis d'un autre particulier et que celui-ci conteste ce droit et s'oppose à sa réalisation, le premier est obligé de s'adresser à un juge afin d'obtenir, d'une part, la *constatation juridictionnelle* de ce droit, d'autre part, le *titre exécutoire* qui résultera du jugement et lui permettra de provoquer l'intervention de la contrainte publique ; nul, dit-on, ne peut se faire justice à soi-même... Ces principes, en droit administratif, se trouvent écartés par les privilèges du préalable et de l'exécution d'office... L'administration se trouve dispensée, pour réaliser ses droits, de s'adresser préalablement à un juge (d'où l'expression privilège du *préalable*) ; si l'administré conteste les prétentions de l'administration, c'est lui qui devra saisir le juge » (A. de Laubadère, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome I, *droit administratif général*, LGDJ, 16<sup>e</sup> éd., 2001, p. 649).

Le Conseil d'État, dans son arrêt de principe du 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*<sup>43</sup>, avait ainsi déclaré irrecevable le recours d'un préfet hésitant, qui lui demandait de déterminer la commune du domicile de secours d'un enfant hospitalisé. Il faut noter avec Louis Cavaré que la formule utilisée dans cet arrêt « a l'allure d'un rappel à l'ordre... Le Conseil d'État paraît avoir été surpris d'une telle demande. Il s'empressa en tout cas, de la rejeter, en des termes particulièrement nets, d'une concision un peu cinglante, à travers laquelle perce le désir de rappeler à la réalité un fonctionnaire oublieux des principes. Le préfet, dit-il, n'avait qu'à délivrer un état de recouvrement contre la commune qu'il jugerait, après réflexion, le siège du domicile de secours de l'assisté, sauf à la commune à faire opposition au titre émis contre elle devant le Conseil de préfecture. C'est rappeler, on ne plus exactement, l'emploi de la procédure par décision exécutoire »<sup>44</sup>.

Le Conseil d'État est même allé plus loin en déclarant dans son arrêt *Huglo* du 2 juillet 1982 que le caractère exécutoire des décisions administratives constituait « la règle fondamentale du droit public français »<sup>45</sup>. Selon le professeur Chapus, si le Conseil s'est prononcé ainsi, c'est pour faire comprendre « que cette règle fondamentale est celle qui permet à l'administration de *décider* en édictant des obligations ou des interdictions ou en conférant des droits, sans avoir à saisir préalablement un juge de ses prétentions ». Il tient toutefois à préciser qu'« on ne saurait qualifier de fondamental le fait que les décisions prises, ou du moins certaines d'entre elles, seront exécutoires : il s'agit là de leur destin normal. Être exécutoire, c'est pour ces décisions, la conséquence banale de leur caractère de décision »<sup>46</sup>. Ce qui compte donc pour Chapus, c'est d'abord et avant tout le mot *décision*, elle emporte caractère exécutoire.

Cependant, dans certaines situations, l'administration ne peut pas utiliser cette

<sup>43</sup> CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Sirey, 1915, III. p. 9, note Hauriou. Cf. aussi CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, concl. M. Long, *RDJ*, 1956, p. 580.

<sup>44</sup> L. Cavaré, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, p. 7.

<sup>45</sup> CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, *AJDA* 1982, p. 657, concl. J. Biancarelli, note de B. Lukaszewicz.

<sup>46</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2001, p. 504.

prérogative. Ce n'est pas que l'administration y renonce, mais « c'est le privilège qui se dérobe de lui-même » en raison du fait que des obstacles juridiques empêchent son utilisation. Dès lors, la puissance publique ne saurait se voir « reprocher de renoncer à un privilège qu'elle n'a pas et elle est recevable à se porter elle-même demanderesse devant le juge »<sup>47</sup>.

## **B - Raison d'être et fondement du pouvoir de décision unilatérale de l'administration**

### **1 - La continuité du service de l'intérêt général**

Le fonctionnement régulier du service public sans interruptions autres que celles prévues par la réglementation en vigueur, telles sont les exigences du principe de continuité des services publics consacré par le Conseil constitutionnel comme étant un principe de valeur constitutionnelle<sup>48</sup>, et qualifié par le Conseil d'État de « principe fondamental »<sup>49</sup>.

De longue date, on a affirmé la supériorité du service de l'intérêt public sur l'initiative privée, capable de n'assurer aux besoins généraux qu'« une satisfaction incomplète et intermittente... ». Or si la satisfaction continue de ces besoins constitue « l'essence du service public »<sup>50</sup>, les activités exercées à cette fin doivent se poursuivre d'une façon régulière et demeurer à l'abri d'interruptions intempestives et nuisibles, qui seraient provoquées à la seule initiative d'un administré.

La reconnaissance à l'administration du pouvoir d'édicter des décisions unilatérales est en ce sens une condition essentielle à la continuité des services publics. « Dans une administration vaste et compliquée, explique Hauriou, où les affaires doivent être solutionnées d'une façon quotidienne et régulière, il faut éviter les discussions inutiles, et pour cela, mettre les intéressés en face du fait accompli, les obliger à l'effort d'une réclamation contentieuse, afin qu'ils ne fassent résistance que si la chose en vaut la

<sup>47</sup> M. Bernard, concl. sur CE, 7 février 1964, *Association syndicale du canal de Gap*, Rec. p. 81.

<sup>48</sup> CC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec., p. 33

<sup>49</sup> CE, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, Rec. p. 274.

<sup>50</sup> Tardieu, concl., sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, D. 1911, III, p. 17.

peine »<sup>51</sup>. « L'administration perdrait beaucoup de temps si elle était obligée d'actionner d'une façon préalable tous ceux dont elle a à exiger quelque chose et, en réalité, l'exécution des services deviendrait impossible, tandis qu'en allant de l'avant comme elle le fait, en réalisant son droit par décision exécutoire, sauf réclamation des intéressés, d'abord tous les intéressés ne réclament pas, ensuite les réclamations, s'il y en a, sont jugées sans que cela arrête l'exécution des services, parce que les recours ne sont pas suspensifs de l'exécution des décisions »<sup>52</sup>.

Le but poursuivi légitime donc la détention par l'administration de prérogatives particulières. La puissance des moyens d'action de l'administration découle directement de « sa raison d'être », de la mission imminente qui lui est conférée d'assurer la satisfaction de l'intérêt général. Il est dès lors raisonnable qu'elle ne se voie pas imposer un traitement identique à celui réservé aux simples particuliers. L'acte de l'administration étant présumé fait dans l'intérêt général puisque celui-ci est sa raison d'être, il ne faut pas que le service de cet intérêt soit compromis par la reconnaissance d'un droit aux administrés de pouvoir faire obstacle, par leurs simples contestations, à la mise en œuvre d'une décision prise sur un fondement transcendantal : l'intérêt de tous.

Ce qui ne veut pas dire qu'aucune garantie ne protège le particulier d'un éventuel abus, par l'administration, de l'exercice de ce pouvoir. Il convient à ce propos de rappeler que le pouvoir ainsi reconnu à l'administration n'est que discrétionnaire et non arbitraire et qu'en amont de cette remarque, c'est surtout parce qu'elle bénéficie d'une présomption de légalité que la décision administrative peut être mise en œuvre préalablement à toute intervention juridictionnelle.

### **2 - La présomption de légalité des décisions administratives**

Le devoir de se conformer à ce qui a été décidé par l'administration est en réalité d'abord lié à la présomption de légalité dont bénéficient

<sup>51</sup> M. Hauriou, note sous CE 27 avril 1903, *Olivier et Zimmermann*, S. 1905, III, p. 17.

<sup>52</sup> M. Hauriou, note sous CE 21 novembre 1913, *Larose*, S. 1915, III, p. 25.

ces décisions. La décision administrative est présumée légale, et cette considération est beaucoup moins discutable que celle de sa présomption de légitimité. C'est à cette première présomption qu'est liée l'« autorité de chose décidée » et c'est elle qui justifie que, dès son entrée en vigueur, toute décision soit introduite dans l'ordonnement juridique sans vérification de sa régularité.

L'« autorité de chose décidée » est la traduction de la puissance intrinsèque des actes administratifs unilatéraux. L'acte administratif présente en ce sens une force médiane aux caractères intermédiaires. Il n'a pas la « force de vérité légale » qui s'attache aux décisions de justice. La décision de justice définitive ne peut pas être contestée ou retirée. En revanche, l'acte administratif « définitif » n'exclut pas sa contestation : il peut donner lieu à une action en responsabilité ou, s'il est réglementaire, à une action en exception d'illégalité. L'acte administratif présente cependant une puissance supérieure à celle reconnue à l'acte de droit privé. Cette supériorité résulte du pouvoir de décision préalable qui permet à l'administration d'imposer aux tiers des obligations sans leur consentement et par-là même, de se délivrer, sans recourir au juge, un titre exécutoire pour assurer l'exécution de ses propres décisions.

Cette force obligatoire des décisions administratives résulte de la loi. La loi procède par dispositions générales. Elle se particularise dans son application par l'exécution qui en est faite par le pouvoir réglementaire dont l'instrument d'action est l'administration. L'administration n'a donc pas, en principe, de pouvoir normatif initial, son pouvoir normatif reste subordonné à la loi. Elle n'est que l'agent de la Nation et non son représentant puisque seul le législateur est l'organe d'expression de la volonté générale.

Cette place occupée dans la hiérarchie des normes donne aux décisions de l'administration une autorité singulière vis-à-vis des administrés. Puisqu'elles interviennent en application de la loi, elles lui empruntent son autorité, ce qui implique qu'elles s'imposent et qu'on leur doive obéissance.

Cependant la présomption de légalité attachée aux actes administratifs, simple, n'est pas irréfragable. L'administration peut se passer de l'assentiment préalable de

l'administré, se dispenser de l'approbation préalable du juge, mais elle encourt le désaveu postérieur de celui-ci. C'est l'expression d'un nécessaire contre-balancement du pouvoir administratif d'action unilatérale garanti au travers d'un contrôle juridictionnel postérieur. Au fond, le privilège du préalable consiste simplement à voir différer un éventuel contrôle : on exécute d'abord, on discute après.

« C'est qu'en effet, rappelle Schwartzberg, l'acte administratif possède un aspect ambivalent. Parce qu'il intervient en application ou pour l'application de la loi, il emprunte à celle-ci sa force, il a immédiatement puissance et autorité. Pour la même raison, il est soumis à un éventuel contrôle postérieur, ce dernier visant à s'assurer la fidélité aux normes supérieures, dont il emprunte la puissance juridique. Acte d'autorité, la décision administrative n'est pas cependant un acte de souveraineté. Dépourvue de caractère initial et suprême dans la hiérarchie des normes, elle doit subir un contrôle de coïncidence, de correspondance avec les normes qui lui sont supérieures »<sup>53</sup>.

Par essence donc, l'acte administratif demeure contestable en dépit du devoir d'obéissance préalable que lui doivent les administrés. Il possède seulement un statut privilégié face à la contestation. Empruntant provisoirement les attributs de l'acte souverain, la décision administrative requiert d'abord obéissance, mais ensuite elle est susceptible d'être exposée et soumise à la censure du juge. La contestation postérieure ne semble pas superflue car l'administration n'est pas infaillible. Il est donc nécessaire que puisse intervenir, *a posteriori*, un contrôle portant sur la conformité au droit de l'acte présumé légal.

## CONCLUSION

Le particularisme est une condition nécessaire mais non suffisante à la constitution d'un privilège. L'existence d'un privilège suppose un plus : la nécessité d'un avantage. Or, l'administration-puissance publique, se trouve évidemment, dans l'accomplissement du service de l'intérêt dont elle a pour mission essentielle d'assurer la satisfaction, dans une situation différente de celle du particulier qui exerce ses

<sup>53</sup> R. G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1970, p. 77.

droits. Elle n'est cependant pas en position de privilège par rapport à ce dernier. On ne peut pas prétendre qu'entre le droit applicable à l'administration et celui applicable aux particuliers, l'un serait en position de dérogation par rapport à l'autre qui serait le droit commun. La comparaison se comprend. Elle ne doit cependant pas servir à définir un privilège, mais à montrer une spécificité qui n'est pas nécessairement avantageuse.

De même, lorsqu'on parle des pouvoirs de l'administration, il ne faut pas perdre de vue que leur exercice est encadré par la loi. Le pouvoir reconnu à l'administration de prendre des décisions exécutoires n'est que discrétionnaire<sup>54</sup>. Il n'est pas arbitraire. L'administration, lorsqu'elle décide de l'opportunité de créer des droits ou obligations au profit ou à la charge d'un administré, ne peut le faire que dans les limites de la loi. L'existence et l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration sont donc subordonnées au droit, c'est le minimum qu'on peut attendre d'une administration dans un État de droit.

Par ailleurs, l'existence de sujétions administratives est bien la preuve que l'administration, si elle se voit appliquer un droit spécial, ne bénéficie pas nécessairement de règles plus avantageuses que celles applicables en droit privé. « Certes les intérêts dont l'administration a la charge appellent pour celle-ci une protection particulière ; mais ils comportent aussi leurs exigences qui obligent l'administration à respecter des procédures et certains principes de fond, dont l'initiative

---

<sup>54</sup> Depuis les débuts du droit administratif, la doctrine a reconnu la notion de pouvoir discrétionnaire comme une des notions maîtresses de cette branche du droit. Dans l'exercice de ses activités, l'administration est investie d'un pouvoir discrétionnaire lui laissant la liberté de prendre l'initiative de certaines décisions, l'opportunité ou pas de leur édicton. Mais cette liberté de choix se comprend aisément : « l'intérêt général ne saurait s'accommoder d'une administration se trouvant dans une situation de robot au comportement programmé. La légalité n'importe pas seule. L'opportunité compte aussi. Il serait navrant que le principe de légalité ait des exigences si constamment strictes qu'elles imposeraient trop souvent aux autorités administratives des comportements inopportuns ou inadaptés. C'est précisément de la liberté d'apprécier ce que l'opportunité recommande que ces autorités sont investies quand elles disposent du pouvoir discrétionnaire » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 1056).

privée peut s'affranchir. Le droit spécial de l'administration, le droit administratif, est ainsi fait de prérogatives et de sujétions, les unes et les autres étrangères au droit privé »<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> A. de Laubadère, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, *Droit administratif général*, 16<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2001, p. 4.

# ACTUALITES DU CRA

Rentrée universitaire 2007/2008

**Mlle Laurence DESFONDS** a été recrutée comme maître de conférences à l'Université de Boulogne-sur-Mer.

**M. Olivier GABARDA** a été recruté comme maître de conférences à l'Université d'Amiens.

**Mlle WU Tchin Wen**, étudiante taïwanaise, a soutenu sa thèse avec la mention très honorable et les félicitations du jury sur « La coopération entre les personnes publiques en droit public français en matière culturelle », le samedi 29 septembre 2007 en Salle du Conseil n° 1.



## TABLE DES MATIÈRES

### ● PETITS RIENS ET GRANDS DÉBATS

Introduction par Jean-Marie PONTIER..... 3

### ● La consécration de la double fonction du Parlement

par Frédéric COLIN..... 23

### ● L'indemnisation des victimes de l'amiante

par Jean-Christophe TEILLIER-MOURET..... 33

### ● Le privilège du préalable n'est ni un privilège ni une illusion

par Ibrahim MBOUP ..... 73

● Actualités du C.R.A. .... 89

