

En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© La Documentation française, Paris 2005  
ISBN : 2-11-005828-5

# Études et documents du Conseil d'État

## Fondateur

René CASSIN

## Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, vice-président du Conseil d'État.

Olivier FOUQUET, Bruno GENEVOIS, Marie-Eve AUBIN, Jean-Michel BELORGEY, Raphaël HADAS-LEBEL, Yves ROBINEAU, présidents de Section.

Jean-Michel BELORGEY, directeur de la publication.

Patrick FRYDMAN, secrétaire général du Conseil d'État.

Edwige BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études.

Jean COURTIAL, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Bertrand du MARAIS, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Christophe HUON, secrétaire de rédaction.



## Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

### **Collection « Études et documents du Conseil d'État »**

- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51), 2000.
- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
- Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004. »

### **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.

### **Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État**

- Années 1988 à 2002 (disponibles).
- Année 2003-2004, Documents d'études 6.21.

### **Collection « Notes et études documentaires »**

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n<sup>le</sup> éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

### **Collection « Les études de la Documentation française »**

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

### **Hors collection**

- La justice administrative en pratique, n<sup>le</sup> édition, 2001.

---

# Sommaire

## Éditorial

*Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État* . . . . . 7

## I. Rapport d'activité

<b>Activité juridictionnelle</b> . . . . .	15
Section du contentieux . . . . .	17
Bureau d'aide juridictionnelle . . . . .	41
<b>Activité consultative</b> . . . . .	43
Assemblée générale . . . . .	45
Section de l'intérieur . . . . .	49
Section des finances . . . . .	63
Section des travaux publics . . . . .	79
Section sociale . . . . .	95
Récapitulatif des statistiques pour 2004 . . . . .	109
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution . . . . .	111
<b>Activité de la Section du rapport et des études</b> . . . . .	115
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2004 . . . . .	117
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État . . . . .	125
L'action internationale du Conseil d'État . . . . .	129
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État . . . . .	133
<b>Bilan des formations</b> . . . . .	135
<b>Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives</b> . . . . .	141
<b>Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel</b> . . . . .	145
<b>Activité des juridictions spécialisées</b> . . . . .	155
Commission des recours des réfugiés . . . . .	157
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées . . . . .	163
<b>Avis du Conseil d'État en 2004</b> . . . . .	165



## II. Responsabilité et socialisation du risque

### ● Considérations générales

<b>Introduction</b> .....	205
Première partie	
<b>L'évolution générale</b> .....	207
Deuxième partie	
<b>Voies et moyens de la socialisation du risque</b> .....	231
Troisième partie	
<b>Perspectives</b> .....	287
<b>Conclusion</b> .....	337
Annexe 1	
<b>Liste des assurances obligatoires</b> .....	341
Annexe 2	
<b>Liste des fonds d'indemnisation mentionnés dans le rapport</b> .....	347

### ● Contributions

<b>Le droit administratif dans la société du risque</b> .....	351
<i>Jean-Bernard Auby</i>	
<b>L'État de précaution</b> .....	359
<i>François Ewald</i>	
<b>Responsabilité et risques : l'approche outre-Manche</b> .....	369
<i>Duncan Fairgrieve</i>	
<b>Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique</b> .....	377
<i>Olivier Godard</i>	
<b>Table des matières</b> .....	393



## Éditorial

**Renaud Denoix de Saint Marc,**  
Vice-président du Conseil d'État

*Le rapport public 2005 du Conseil d'État comporte, comme chaque année, deux parties distinctes. La première traite du bilan de l'activité juridictionnelle et consultative du Conseil au cours de l'année 2004. La seconde est une partie thématique, consacrée cette année à des considérations générales sur le thème « Responsabilité et socialisation du risque ».*

*L'activité contentieuse du Conseil d'État en 2004 est marquée par une augmentation sensible du nombre de nouvelles affaires. 12 868 affaires ont été enregistrées en 2004 contre 10 213 en 2003. Cette croissance était prévisible. Elle s'explique en partie par la réforme de l'appel des jugements des tribunaux administratifs, qui a supprimé la voie de l'appel au profit d'un recours direct en cassation pour certains litiges de faible importance. En outre, le Conseil d'État a continué à assumer le jugement des requêtes d'appel en matière de reconduite à la frontière, dont le flux n'a été transféré aux cours administratives d'appel qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005. Au total, si le nombre d'affaires jugées a augmenté, l'accroissement du nombre des entrées n'a pas été compensé. Toutefois, l'objectif atteint en 2003 d'un stock inférieur à la capacité de jugement annuelle est toujours réalisé.*

*L'amélioration des délais de jugement reste une préoccupation constante. La mise en œuvre de téléprocédures pour le dépôt des requêtes et tout au long de l'instruction, d'abord à titre expérimental, puis à terme de façon généralisée, devrait y contribuer.*

*L'activité consultative a été très soutenue, en raison tant du nombre de textes examinés que de leur portée et de leur complexité. Les sections administratives ont eu à connaître de 1 292 textes ou avis, soit 150 de*



plus qu'en 2003. Le nombre de lois, ordonnances et lois du pays s'accroît. L'Assemblée générale a été ainsi saisie de 195 textes, dont un projet de loi constitutionnelle, des projets de loi importants et 57 projets d'ordonnance.

Plusieurs constatations, qui au demeurant ne sont pas nouvelles, peuvent être faites. La question de la répartition de la compétence entre la loi et le règlement se pose de façon presque systématique lors de l'examen des projets de loi. Dans certains cas, on relève l'insuffisance de réflexion d'ensemble sur les dispositifs existants ainsi que sur les implications des projets de texte, ce qui contraint parfois l'administration à revenir devant le Conseil à quelques semaines ou mois d'intervalle pour modifier ces mêmes textes. La transposition des directives reste un exercice difficile et peu satisfaisant au regard de l'intelligibilité des textes de droit interne qui les transposent. Enfin, trop souvent encore, les consultations nécessaires sur les textes examinés n'ont pas été faites en temps utile ou ont été purement et simplement oubliées.

L'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions des juridictions administratives confirme que les affaires d'exécution trouvent le plus souvent leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution. Des difficultés non justifiées demeurent cependant, notamment pour le règlement des condamnations pécuniaires, ce qui est tout à fait anormal.

Trois études sont en cours, à la demande du Premier ministre, sous l'égide de la Section du rapport et des études. Elles sont consacrées au droit de l'espace, à l'action extérieure des collectivités locales et à la codification du droit de la communication. Dans le cadre du bicentenaire du Code civil, le Conseil d'État a organisé en novembre une journée d'étude sur « Le Conseil d'État et le Code civil » et participé à l'organisation de celle sur « Le rayonnement du droit codifié ».

Le rythme soutenu des activités de la cellule de droit communautaire témoigne de la place croissante de ce droit ainsi que de sa technicité de plus en plus marquée. Le développement des actions de coopération internationale du Conseil d'État se poursuit et donne lieu, en particulier, à des rencontres avec les représentants des hautes juridictions étrangères.

Les tribunaux administratifs sont toujours confrontés à la hausse du contentieux que l'augmentation pourtant sensible de la productivité n'a pas permis de compenser. En revanche, la situation des cours administratives d'appel s'est améliorée. Cette évolution favorable s'explique par la réforme de l'appel, qui a entraîné une baisse sensible des entrées, et par les efforts consentis pour accroître les moyens des cours dans le cadre de contrats d'objectifs. Les cours, depuis deux ans, jugent plus d'affaires qu'elles n'en reçoivent.



*Pour ce qui concerne les juridictions spécialisées, les recours enregistrés par la Commission des recours des réfugiés ont encore connu une hausse de 17 % après la très forte augmentation de 40 % constatée en 2003 et consécutive à l'accroissement des décisions rendues par l'OFPRA. En dépit du renforcement des moyens de la Commission et des efforts de productivité réalisés, le flux de recours a progressé plus rapidement que le nombre de décisions rendues, qui a pourtant augmenté de 32 %. Les résultats des derniers mois de l'année laissent espérer une nette amélioration de la situation en 2005.*

*Le Conseil d'État a décidé de consacrer les considérations générales de son rapport public 2005 au thème « Responsabilité et socialisation du risque ». Le rapport relève une tendance croissante à une « socialisation du risque » engendrée par l'évolution de notre société vers une demande accrue de sécurité et une plus grande exigence de couverture des risques, y compris dans des hypothèses dans lesquelles aucune responsabilité ne peut être retenue, ni de la puissance publique, ni d'une personne privée. Cette évolution participe de l'idée qu'il y a des risques sociaux dont la charge ne peut être laissée à la seule victime. La tendance constatée est elle-même liée à l'évolution des risques. Les risques classiques sont perçus différemment. On assiste à un changement d'échelle et des risques nouveaux apparaissent, tandis qu'aux risques avérés s'ajoutent des risques virtuels. Le seuil du risque acceptable a changé.*

*Le rapport s'attache à analyser ces évolutions et leurs conséquences sur les régimes de responsabilité et d'indemnisation des victimes. La puissance publique joue à cet égard un rôle moteur, que sa responsabilité soit mise en cause à raison d'activités qui lui sont propres ou qu'elle se préoccupe de risques causés par des activités autres que les siennes mais dont elle ne peut se désintéresser. Le rapport souligne en outre le rôle accru dévolu à l'État dans la prévention et la gestion des risques en amont, qu'il s'agisse de la prévention classique ou de l'application du principe de précaution dont il préconise une approche raisonnée et consensuelle.*

*Rappelant le contexte international et européen dans lequel s'inscrit l'évolution constatée en France, le rapport relève, chez nos partenaires, des régimes divers issus de conceptions juridiques différentes mais une tendance générale au développement de régimes particuliers pour répondre à des risques exceptionnels par leurs caractéristiques ou leur ampleur.*

*Tout en faisant valoir qu'il est juste et même indispensable, pour certains risques, de recourir à une solidarité élargie pouvant aller jusqu'à la solidarité nationale, le Conseil d'État s'interroge sur les limites de cette évolution. Il insiste sur l'équilibre à trouver entre responsabilité et socialisation du risque ainsi que sur les rôles respectifs que peuvent et doivent jouer la puissance publique, l'assurance et la*



*gestion individuelle des risques. Cet équilibre suppose que soient conciliées responsabilité, socialisation du risque et prévention.*

*Conformément à une coutume remontant à la création de la revue Études et documents du Conseil d'État, en 1947, à l'initiative du président René Cassin, une place est faite dans ce rapport public à des contributions individuelles. Cette année, des contributions sur des thèmes proches de celui retenu pour les considérations générales ont été apportées par le professeur Jean-Bernard Auby sur « Le droit administratif dans la société du risque », le professeur François Ewald sur le thème de « L'État précaution », le professeur Duncan Fairgrieve à propos de l'approche outre-Manche du thème « Responsabilité et risques » ainsi que par Olivier Godard, directeur de recherche au CNRS et professeur, sur « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique ».*



## Index des principales abréviations

<b>AJDA</b>	Actualité juridique, droit administratif
<b>B. ou Bull.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<b>Cass.</b>	Cour de cassation
<b>Cons. const.</b>	Conseil constitutionnel
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CIJ</b>	Cour internationale de justice
<b>CJCE</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>CJEG</b>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
<b>D</b>	Recueil Dalloz
<b>DS</b>	Droit social
<b>EDCE</b>	Études et documents du Conseil d'État
<b>GP</b>	Gazette du Palais
<b>JCP</b>	La Semaine juridique
<b>JORF</b>	Journal officiel de la République française
<b>JOCE</b>	Journal officiel des Communautés européennes
<b>LGDJ</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b>LPA</b>	Les petites affiches
<b>RDP</b>	Revue de droit public et de la science politique
<b>RFDC</b>	Revue française de droit constitutionnel
<b>RFDA</b>	Revue française de droit administratif

L'indication d'une page après une décision du Conseil d'État, d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel renvoie au recueil Lebon. Après une décision du Conseil constitutionnel, elle renvoie au recueil de ses décisions. Il en est de même pour les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.



# RAPPORT D'ACTIVITÉ



# Activité juridictionnelle





## Section du contentieux

### Activité de la Section

I. – Si les années 2002 et 2003 avaient été marquées par la suppression de la commission spéciale de cassation des pensions et par la modification de la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative, l'année 2004, quant à elle, se caractérise par l'incidence de la réforme introduite par le décret du 24 juin 2003, décret qui a prévu que pour certains litiges de faible importance les tribunaux administratifs statueraient désormais en premier et dernier ressort. Si les jugements correspondants ne peuvent plus ainsi être contestés par la voie de l'appel devant les cours administratives d'appel, ils peuvent, en revanche donner lieu à un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Applicable aux jugements rendus à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2003, cette réforme qui n'avait, compte tenu des délais de recours, donné lieu en 2003 qu'à 87 pourvois à ce titre, s'est traduite par 1 318 pourvois en 2004.

Dans le tableau qui suit les chiffres sont ceux qui résultent de ces différentes réformes.

	1999	2000	2001	2002	2003	2004
<b>Données brutes</b>						
– Affaires enregistrées	12 747	12 800	12 793	11 471 <sup>(1)(2)</sup>	10 213 <sup>(3)(4)</sup>	12 868 <sup>(5)</sup>
– Décisions rendues	13 551	13 837	13 155	11 739 <sup>(2)</sup>	11 209	11 528
<b>Données nettes</b>						
– Affaires enregistrées	12 330	12 274	12 642	11 281 <sup>(1)(2)</sup>	9 905 <sup>(3)(4)</sup>	12 074 <sup>(5)</sup>
– Décisions rendues	10 988	12 236	12 553	11 402 <sup>(2)</sup>	11 135	11 001
<b>Données nettes après déduction des ordonnances du Président de la Section du contentieux</b>						
– Affaires enregistrées	8 817	8 703	9 425	9 467 <sup>(1)</sup>	8 746 <sup>(3)(4)</sup>	10 581 <sup>(5)</sup>
– Décisions rendues	7 581	8 504	9 240	9 627	9 943	9 516

<sup>(1)</sup> Dont 901 affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité.

<sup>(2)</sup> La réforme de la procédure de règlement des questions de compétence minore ce chiffre d'environ 1 500 affaires par rapport à 2001.

<sup>(3)</sup> Dont 264 nouvelles affaires de pensions militaires d'invalidité.

<sup>(4)</sup> Dont 87 (données brutes) et 73 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (article 11 du décret du 24 juin 2003).

<sup>(5)</sup> Dont 1 318 (données brutes) et 1 107 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (article 11 du décret du 24 juin 2003).



**II.** – Ce tableau appelle les remarques suivantes :

**1.** Le nombre total d'affaires enregistrées qui passe de 10 213 en 2003 à 12 868 en 2004 a augmenté de 26 % soit 2 655 affaires de plus par rapport à l'année précédente. Après déduction des affaires de séries et des affaires réglées par ordonnances du président de la Section du contentieux au titre, d'une part, de la procédure de règlement des questions de compétence, et d'autre part, des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, le chiffre des entrées passe de 8 746 à 10 581 soit une augmentation de 21 % (+ 1 835 affaires). L'incidence, en année pleine, de la réforme de l'appel des jugements des tribunaux administratifs citée ci-dessus, explique à elle seule, pour moitié, cette augmentation. Par ailleurs, le nombre des pourvois en cassation dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel croît chaque année au fur et à mesure de l'application des contrats d'objectifs encadrant leur action. La création de la cour administrative d'appel de Versailles au 1<sup>er</sup> septembre 2004 va contribuer également, dans les mois à venir, à l'accroissement des arrêts rendus par les cours et donc à celui des pourvois en cassation devant le Conseil d'État. Les pourvois dirigés contre les décisions rendues en matière de référés connaissent eux aussi une augmentation. Quant aux appels des jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière, leur nombre a atteint son plus haut niveau en 2004. Enfin, le contentieux lié aux élections régionales et européennes qui ont eu lieu en mars et juin 2004 explique en grande partie l'augmentation du nombre des requêtes relevant de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État.

**2.** En ce qui concerne les affaires jugées en données brutes 11 528 en 2004 contre 11 209 en 2003, le chiffre de l'année 2004 bien qu'il soit supérieur à celui de l'année 2003 (+ 319 affaires) ne compense pas l'accroissement des entrées. Le rapprochement du nombre des affaires enregistrées et jugées fait même apparaître un déficit dans les deux autres rubriques : 11 001 en 2004 contre 11 135 en 2003 en données nettes, 9 516 en 2004 contre 9 943 en 2003 après déduction des ordonnances du président de la Section du contentieux.

Ces résultats ont pour effet d'augmenter le nombre des affaires en instance. Le stock global, en données brutes passe de 9 425 affaires au 31 décembre 2003 à 10 831 au 31 décembre 2004. Celui-ci représente 94 % du « flux » des affaires jugées contre 84 % en 2003. Toutefois, cette année encore, le stock ne dépasse pas la capacité annuelle de jugement.

**III.** – Depuis quelques années un développement particulier est consacré à la charge que représente pour l'activité juridictionnelle du Conseil d'État le contentieux des étrangers et, plus précisément, la part de ce contentieux correspondant aux trois masses que constituent les requêtes dirigées contre les refus de visas, les appels contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière et les pourvois en cassation contre les décisions de la commission des recours des réfugiés (ces trois rubriques ne recouvrent pas l'ensemble du contentieux du droit des étrangers ; mais il y a lieu de les regrouper en raison du nombre d'affaires que chacune d'entre elles représente et de la part qu'elles occupent dans le fonctionnement de la Section du contentieux).

Ainsi que le montre le tableau ci-après, le nombre d'affaires enregistrées à ce titre, après avoir atteint son plus haut niveau en 1999, a régulièrement baissé jusqu'en 2003 pour connaître à nouveau une forte augmentation en 2004 (+ 337 affaires).



Type de contentieux	Entrées						Sorties					
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Reconduite à la frontière	2 094	2 120	2 173	2 196	2 355	2 571	1 261	2 043	2 242	2 037	2 251	1 956
Réfugiés	1 104	1 392	1 078	776	580	656	813	1 082	1 358	792	944	604
Visas	1 860	1 383	575	387	251	296	647	1 124	1 133	1 098	466	351
<b>Total</b>	<b>5 058</b>	<b>4 895</b>	<b>3 826</b>	<b>3 359</b>	<b>3 186</b>	<b>3 523</b>	<b>2 721</b>	<b>4 249</b>	<b>4 733</b>	<b>3 927</b>	<b>3 661</b>	<b>2 911</b>

Ce contentieux des étrangers représente encore un tiers des entrées nettes, après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la Section du contentieux.

En 2004 et pour la dernière année, le contentieux de la reconduite à la frontière, avec 2 571 affaires enregistrées, a atteint son plus haut niveau (+ 216 affaires), mais le Conseil d'État se voit décharger de ce contentieux à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, date du transfert aux cours administratives d'appel. En 2005 resteront à juger les appels enregistrés jusqu'au 31 décembre 2004 soit un stock de 2 500 affaires.

Le nombre de pourvois en cassation dirigés contre les décisions de la commission des recours des réfugiés qui avait nettement diminué depuis trois ans a augmenté de 13 %.

Quant aux recours contre les refus de visas, ils connaissent eux aussi un accroissement de 18 %, nonobstant l'existence de la commission des recours contre les refus de visa, dont la saisine est préalable à toute action contentieuse.

**IV.** -2004 a été la quatrième année d'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001).

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 423 requêtes ce qui traduit une tendance à l'augmentation (386 pourvois en 2003, 364 en 2002 et 355 en 2001) et a statué sur 420 (390 en 2003, 364 en 2002 et 349 en 2001). Le délai moyen de jugement est de 12 jours pour les référés autres que les référés injonction (article L. 521-2 du Code de justice administrative).

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 996 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel et s'est prononcé sur 913, le nombre de pourvois en « stock » s'élevant au 31 décembre 2004 à 424. Après une légère tendance à la baisse en 2003, on constate une augmentation des entrées de 22 % en 2004 (+ 181 affaires).

**V.** – La durée moyenne de l'instance a augmenté. Calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires appelées à être réglées par ordonnance du président de la Section du contentieux, la durée théorique moyenne qui était d'un peu moins de quinze mois en 1999, d'un peu plus de quatorze en 2000, de treize mois et une semaine en 2001, de douze mois et quinze jours en 2002, de dix mois et quinze jours en 2003 s'établit à douze mois et quinze jours en 2004.

En ce qui concerne les affaires anciennes, la Section du contentieux s'était assigné pour 2004 un double objectif :

– que la part des affaires enregistrées depuis plus de trois ans, qui après avoir baissé de 19 % au 31 décembre 1998 à 7,5 % au 31 décembre 1999, à 5 % au 31 décembre 2000, puis 4 % au 31 décembre 2001 mais était remontée à 4,5 %



au 31 décembre 2002 pour s'établir à 3,5 % en 2003 soit ramenée au 31 décembre 2004 à 1 % ;

– que la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais moins de trois ans, qui, après avoir été de 6 % au 31 décembre 2000 était à 8 % au 31 décembre 2001 comme au 31 décembre 2002 puis à 5 % au 31 décembre 2003, soit abaissée à 2 %.

Ces deux objectifs n'ont pas été atteints, toutefois les taux ont diminué. S'agissant des affaires enregistrées depuis plus de trois ans, la part a été ramenée de 3,5 à 2 %. S'agissant des affaires enregistrées depuis plus de deux ans et moins de trois ans, la part a été ramenée de 5 à 4 %.

L'amélioration des délais de jugement est une préoccupation constante du Conseil d'État. À cet égard, l'outil informatique en constante évolution ne peut qu'apporter une précieuse contribution. En effet, dans l'ensemble de la juridiction administrative, les nouvelles technologies de l'Internet vont être utilisées pour le dépôt des requêtes, les échanges de mémoires et pièces, l'envoi des courriers et mises en demeure et la notification des décisions.

Une première expérimentation concernant le contentieux fiscal en cassation, est prévue très prochainement au Conseil d'État avec comme participants, quatre sous-sections au sein de la Section du contentieux, la direction générale des impôts et des cabinets d'avocats aux Conseils spécialisés dans cette matière.

La mise en œuvre des téléprocédures dans la juridiction administrative devrait permettre, dans les années à venir, par la dématérialisation des échanges entre les différents acteurs d'une instance, un traitement plus rapide des dossiers à chaque stade de la procédure.

Tableau 1

**Affaires enregistrées et décisions rendues par le Conseil d'État** <sup>(a)</sup>

	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires enregistrées	12 274 [12 800]	12 642 [12 793]	11 281 [11 471]	9 905 [10 213]	12 074 [12 868]
Décisions rendues <sup>(b)</sup>	12 236 [13 837]	12 553 [13 155]	11 402 [11 739]	11 135 [11 209]	11 001 [11 528]

<sup>(a)</sup> Les chiffres entre crochets incluent les séries.

<sup>(b)</sup> Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 73 en 2004 (soit 11 455 décisions qui règlent définitivement un dossier).

Tableau 2

**Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée  
Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs** <sup>(a)</sup>

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2003	2004	2003	2004	2003	2004
Affaires enregistrées	9 905 (10 213)	12 074 (12 868)	15 640 (16 436)	14 347 (14 813)	128 422 (138 060)	149 008 (162 508)
Affaires réglées	11 071 (11 145)	10 928 (11 455)	16 700 (17 899)	19 829 (20 979)	127 035 (134 479)	137 189 (147 242)
Affaires restant en instance <sup>(b)</sup>	8 993 (9 425)	10 122 (10 831)	40 058 (42 456)	35 031 (36 420)	197 913 (213 860)	209 439 (228 841)

<sup>(a)</sup> Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

<sup>(b)</sup> Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.



Tableau 3  
Affaires enregistrées et décisions rendues par matière (Conseil d'État) <sup>(a)</sup>

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2003	2004	2003	2004
Agriculture	167	175	176	258
Aide sociale	112	107	158	112
Armées	27	23	30	21
Collectivités territoriales	132	211	129	191
Comptabilité publique	16	18	30	7
Contentieux fiscal	716	1 188	539	788
Culture	8	3	16	5
Décorations	6	4	6	7
Domaine – voirie	100	97	78	97
Droits des personnes et libertés publiques	178	205	192	201
Économie	52	62	158	77
Éducation – recherche	101	79	191	116
Élections	70	358	57	217
Environnement	118	147	146	101
Établissements publics	19	19	24	13
Étrangers	3 556	3 942	4 014	3 318
Expropriation	47	55	81	60
Fonctionnaires et agents publics	980	1 560	1 206	1 258
Juridictions	109	91	130	64
Logement	42	49	32	59
Marchés et contrats	133	180	169	126
Pensions	839	918	728	1 181
Police	153	196	158	147
Postes et télécommunications	28	15	54	35
Professions	355	321	428	375
Radiodiffusion et télévision	59	66	55	53
Rapatriés	28	20	7	38
Santé publique	120	256	136	251
Sécurité sociale et mutuelles	94	104	102	89
Sports	34	24	29	35
Transports	38	65	50	40
Travail	164	178	177	171
Travaux publics	64	76	77	56
Urbanisme et aménagement	361	512	438	440
Divers	28	51	16	36

<sup>(a)</sup> À l'exclusion de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 4  
Affaires enregistrées (sauf séries)  
d'après le mode de saisine du Conseil d'État

Mode de saisine du Conseil d'État	2003		2004	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 052	21	2 242	19
Appels des jugements des tribunaux administratifs	2 560	26	2 912	24
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	2 239	23	2 388	20
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	758	8	943	8
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) <sup>(1)</sup>	73	1	1 107	9
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	1 156	12	1 181	10
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	311	3	534	4
Demandes d'avis (article L. 113-1 du Code de justice administrative)	14	ns	19	ns
Divers	742	8	748	6
<b>Total</b>	<b>9 905</b>	<b>100</b>	<b>12 074</b>	<b>100</b>

<sup>(1)</sup> Jugements rendus en dernier ressort (article 11 du décret du 24 juin 2003).

Tableau 5  
Affaires réglées (sauf séries)  
par les différentes formations du Conseil d'État

	2003	2004
Assemblée du contentieux	16	23
Section du contentieux	46	31
Sous-sections réunies	1 914	1 675
Sous-sections jugeant seules	3 687	3 370
Décisions du président de la Section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	1 422	1 357
Ordonnances du juge des référés	391	420
Ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle	1 192	1 485
Ordonnances des présidents de sous-section	2 403	2 567
<b>Total</b>	<b>11 071</b>	<b>10 928</b>

Tableau 6  
Durée des instances devant le Conseil d'État pour les décisions rendues

	2003		2004	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	33 %	27 %	40 %	33 %
Entre 1 et 2 ans	42 %	46 %	40 %	44 %
Entre 2 et 3 ans	17 %	18 %	15 %	17 %
Plus de 3 ans	8 %	9 %	5 %	6 %

(a) Ensemble des décisions rendues (sauf séries).

(b) Déduction faite de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 7  
Affaires en instance devant le Conseil d'État : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	Au 31 décembre 2003 sur 9 425 affaires	Au 31 décembre 2004 sur 10 831 affaires
Moins de 1 an	69 %	76 %
Entre 1 et 2 ans	22,5 %	18 %
Entre 2 et 3 ans	5 %	4 %
Entre 3 et 4 ans	2 %	1 %
Entre 4 et 5 ans	0,5 %	0,3 %
Au-delà de 5 ans	1 %	0,7 %

Tableau 8  
Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2003	2004	2003	2004
<b>Premier ressort</b>	<b>305</b>	<b>345</b>	<b>309</b>	<b>342</b>
– Référé suspension (article L. 521-1 du CJA)	202	234	204	231
– Référé injonction (article L. 521-2 du CJA)	73	76	75	76
– Autres référés <sup>(1)</sup>	30	35	30	35
<b>Appel</b>	<b>81</b>	<b>78</b>	<b>81</b>	<b>78</b>
– Référé injonction (article L. 521-2 du CJA)	81	78	81	78
– Dférés prévus par le Code général des collectivités territoriales (articles L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	0	0	0	0
<b>Total</b>	<b>386</b>	<b>423</b>	<b>390</b>	<b>420</b>

<sup>(1)</sup> Référés relevant des articles L. 521-3, R. 531-1, R. 532-1, R. 541-1, L. 553-1 et L. 554-4 du Code de justice administrative.

Tableau 9  
Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé

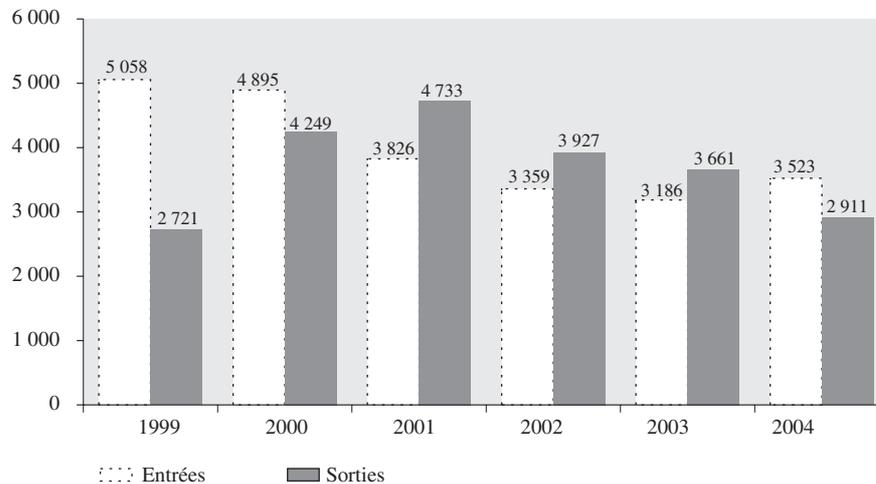
Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2003	2004	2003	2004
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	238	257	245	250
Ordonnances de référé suspension (article L. 521-1)	435	591	456	535
Ordonnances de référé en matière de contrats	30	37	16	44
Autres ordonnances de référé <sup>(1)(2)</sup>	110	103	92	81
<b>Total</b>	<b>815</b>	<b>996</b>	<b>817</b>	<b>913</b>

<sup>(1)</sup> À l'exclusion des ordonnances rejetant, au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, les demandes de référé.

<sup>(2)</sup> Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative.



## Contentieux des étrangers de 1999 à 2004 (reconduites à la frontière, réfugiés, visas)



## Jurisprudence

### Actes

Par une décision du 15 juillet 2004, *Époux Leroy*, le Conseil d'État a jugé que serait illégale l'application de l'interdiction de cumul de l'indemnité d'éloignement prévue par le décret du 22 décembre 1953 aux seuls couples de fonctionnaires mariés dès lors qu'une telle différence de traitement avec les couples vivant en concubinage ne reposerait sur aucune justification fondée sur la nature de l'indemnité d'éloignement. La Section du contentieux a toutefois estimé que dans la mesure où ne seraient ainsi méconnus ni les intentions des auteurs du texte, ni l'objet et le sens de la règle qu'ils ont posée, il y avait lieu d'opérer une interprétation neutralisante de l'article 8 du décret du 22 décembre 1953, compte tenu du changement de circonstances depuis sa publication, en le lisant comme prohibant le cumul de deux indemnités d'éloignement non seulement par les fonctionnaires mariés mais aussi par les fonctionnaires vivant en concubinage stable et continu.

Dans un avis contentieux rendu le 15 juillet 2004, *Époux Damon*, la Section du contentieux a précisé les règles applicables aux recours administratifs, gracieux ou hiérarchiques, formés par des tiers à l'encontre d'autorisations individuelles créant des droits au profit de leurs bénéficiaires. Soucieuse de renforcer la sécurité juridique qui doit s'attacher à ce type d'autorisation, elle a estimé que ces recours n'entraient pas dans le champ d'application des dispositions de l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens



dans leurs relations avec l'administration prescrivant aux autorités administratives d'accuser réception de toute demande dans des conditions dont le non-respect entraîne l'inopposabilité des délais de recours. Elle a ajouté que n'étaient pas davantage applicables à ces recours les dispositions de l'article R. 421-5 du Code de justice administrative, qui subordonnent l'opposabilité des délais de recours à l'encontre d'une décision administrative à l'indication des voies et délais de recours dans la notification de cette décision. Enfin, appliquant ces règles générales au cas particulier de la contestation par un tiers d'un permis de construire, elle a rappelé que le délai de recours à l'égard des tiers courait, conformément à l'article R. 490-7 du Code de l'urbanisme, à compter de l'affichage du permis sur le terrain et en mairie et a indiqué que, dans l'hypothèse où un recours administratif aurait été régulièrement formé contre ce permis, le délai recommençait à courir à compter du rejet – implicite ou exprès – de ce recours, sans que puisse avoir d'influence la circonstance que le recours administratif n'aurait pas fait l'objet d'un accusé de réception ou que la décision expresse ne contiendrait pas l'indication des voies et délais de recours.

### **Aide sociale**

Par une décision du 19 novembre 2004, *M. Roche*, la Section du contentieux s'est prononcée sur les conditions dans lesquelles un contrat d'assurance vie peut être requalifié en donation pour l'application de l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel le département, débiteur de l'aide sociale, peut exercer un recours contre le donataire lorsque la donation est intervenue postérieurement à la demande d'aide sociale ou dans les dix ans qui ont précédé cette demande.

Ainsi que l'a jugé la Section, un contrat d'assurance vie n'a pas en lui-même le caractère d'une donation, mais l'administration de l'aide sociale comme les juridictions de l'aide sociale possèdent le droit de rétablir la nature exacte des actes pouvant justifier l'engagement d'une action en récupération. S'agissant d'un contrat d'assurance vie, la requalification en donation est possible si, compte tenu des circonstances dans lesquelles ce contrat a été souscrit, il révèle, pour l'essentiel, une intention libérale de la part du souscripteur vis-à-vis du bénéficiaire. La requalification n'est cependant possible qu'après que le bénéficiaire a donné son acceptation, la circonstance que cette acceptation intervienne au moment du versement de la prestation assurée après le décès du souscripteur étant sans incidence sur la possibilité de requalification. Enfin, la Section a estimé que l'intention libérale devait être regardée comme établie lorsque le souscripteur du contrat, eu égard à son espérance de vie et à l'importance des primes versées par rapport à son patrimoine, s'y dépouille au profit du bénéficiaire de manière à la fois actuelle et non aléatoire en raison de la naissance d'un droit de créance sur l'assureur.

Par une décision du 19 novembre 2004, *M. Ramond*, la Section du contentieux s'est prononcée sur certains aspects du recours en récupération sur donation des sommes versées au titre de l'aide sociale aux personnes âgées, recours prévu à l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles. L'hypothèse de l'espèce était celle dans laquelle le donateur, bénéficiaire de l'aide sociale, et le donataire décident, pour faire échec à la procédure de récupération engagée par un département, de révoquer, avec effet rétroactif, la dona-



tion initialement consentie. La question se posait du caractère opposable de cette révocation à l'administration et au juge de l'aide sociale. La Section du contentieux y a apporté une réponse négative. Elle a tout d'abord jugé que les dispositions de l'article 953 du Code civil, limitant les possibilités de révocation d'une donation, ne concernent que la révocation unilatérale par le donateur et ne font pas par elles-mêmes obstacle à une révocation par consentement mutuel. Mais elle a ensuite rappelé que, s'agissant d'un recours exercé contre un donataire, la situation de la personne à l'encontre de laquelle l'action en récupération est exercée doit être regardée comme étant définitivement constituée lorsque les deux conditions de l'existence d'une donation et de l'admission du donateur à l'aide sociale sont réunies. Elle en a déduit que la clause de rétroactivité insérée dans l'acte de révocation, qui n'est pas opposable aux tiers, ne pouvait porter atteinte à la situation qui s'était trouvée juridiquement constituée du fait de la donation initiale.

## **Armées**

Saisi d'un recours dirigé contre le refus du ministre de la Défense de faire droit à une demande d'abrogation d'une instruction rendant notamment obligatoires, pour l'ensemble des militaires, la vaccination contre la méningite et, pour certaines catégories de personnels, les vaccinations contre la typhoïde et contre les hépatites A et B, l'Assemblée du Conseil d'État a jugé, par une décision du 3 mars 2004, *Association « Liberté, Information, Santé »*, que le ministre, responsable de l'emploi des militaires placés sous son autorité et du maintien de l'aptitude de ces derniers aux missions qui peuvent à tout moment leur être confiées, était compétent pour édicter de telles dispositions réglementaires, directement liées aux risques et exigences spécifiques à l'exercice de la fonction militaire.

## **Commerce, industrie, intervention de la puissance publique**

Par une décision du 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronics et autres*, le Conseil d'État a adopté, en matière de contrôle des concentrations, la théorie dite de « l'exception de l'entreprise défaillante » (CJCE, 31 mars 1998, *République française c/ Commission*, C-68/94). Saisi de plusieurs recours contre la décision autorisant la reprise de la société Moulinex par la société Seb, la Section du contentieux a jugé que le ministre chargé de l'économie, lorsqu'il apprécie les conséquences d'une opération de concentration au regard des articles L. 430-2 à L. 430-5 du Code de commerce dans leur rédaction applicable à l'espèce, peut imposer des conditions ne figurant pas dans le plan de cession arrêté par le tribunal de commerce. Il doit toutefois autoriser sans condition la reprise d'une entreprise en difficulté lorsque le bilan de cette opération fait apparaître que ses effets ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise, c'est-à-dire s'il est établi, d'une part, que les difficultés qu'elle rencontre entraîneraient sa disparition rapide en l'absence de reprise, d'autre part, qu'il n'existe pas d'offre de reprise de la totalité ou d'une part substantielle de l'entreprise qui soit moins dommageable pour la concurrence, et enfin, que sa disparition ne serait pas moins préjudiciable pour les consommateurs que la reprise projetée.



## Communautés européennes

À la suite de la découverte d'un cas de fièvre aphteuse en France, la Commission européenne avait prescrit diverses mesures de protection visant, notamment, à limiter la circulation de produits laitiers. Une société a recherché la responsabilité de l'État afin d'indemniser le préjudice qui en était résulté pour elle au motif que, par des instructions impératives à caractère général, il avait enjoint à ses services d'en assurer l'application. Après avoir relevé que la décision de la Commission, directement applicable dans l'ordre juridique interne, ne laissait aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales et qu'aucun vice propre n'entachait les circulaires litigieuses, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 12 mai 2004, *Société Gillot*, qu'à supposer même que les règles fixées par la Commission n'aient pas été conformes à des normes communautaires supérieures et que les instructions qui les réitéraient aient été, pour ce motif, illégales, une telle faute n'aurait, en tout état de cause, pas été de nature à engager la responsabilité de l'État. Refusant d'étendre la responsabilité du fait des conventions internationales aux actes de droit communautaire dérivé, il a également écarté l'argumentation que la société requérante avait présentée sur le terrain de la responsabilité sans faute. Seule la responsabilité des organes de la Communauté serait donc susceptible d'être engagée ; mais une telle action relève de la compétence des juridictions communautaires.

## Comptabilité publique

Dans un avis contentieux du 15 juillet 2004, *M. Chabert*, le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles s'exerce le droit de rectification des observations de gestion des chambres régionales des comptes, ouvert à toutes les personnes mises en cause par les observations définitives. Il a d'abord jugé que ce droit, initialement ouvert sans texte et désormais prévu à l'article L. 243-4 du Code des juridictions financières, porte non seulement sur une simple erreur ou inexactitude matérielle qui affecterait le rapport, mais également sur l'appréciation à laquelle s'est livrée la chambre régionale des comptes. La Section du contentieux a ensuite considéré que la décision par laquelle la chambre régionale statue sur la demande de rectification dont elle est saisie est susceptible, contrairement aux observations de gestion elles-mêmes, de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Enfin, eu égard à l'objet particulier de la procédure de rectification, le Conseil d'État a estimé que le contrôle exercé par le juge sur cette décision se bornait à la régularité de la procédure suivie, à la matérialité des faits et à l'exacte appréciation, par la chambre régionale, de l'étendue de son pouvoir de rectification ; en revanche, le juge ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'appréciation portée par la chambre régionale sur la gestion de la personne morale en cause.

## Contrats et marchés

Par une décision du 29 octobre 2004 *Sueur et autres*, le Conseil d'État a rejeté les requêtes dirigées contre l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Il a tout d'abord estimé qu'une partie des requêtes avait perdu son objet en cours de litige, la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique ayant



rendu applicable à la passation de certains contrats dans le domaine de la santé une série d'articles de l'ordonnance litigieuse, ce qui avait eu pour effet de leur conférer une valeur législative faisant obstacle au contrôle de la juridiction administrative. Statuant en revanche sur la légalité des autres articles, divisibles des précédents, qui n'avaient pas fait l'objet d'une telle ratification, le Conseil d'État a estimé possible d'interpréter les dispositions contestées de l'ordonnance dans un sens conforme aux exigences de la légalité. En réponse au grief tiré par les requérants de ce que les auteurs de l'ordonnance n'avaient pas défini avec précision les contours des deux cas de recours, au partenariat, fondés sur l'urgence ou la complexité du projet, le Conseil d'État a interprété le texte à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. Ainsi, l'urgence vise une « nécessité objective de rattraper un retard particulièrement grave, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, affectant la réalisation d'équipements collectifs ». Un projet ne pourra être qualifié de « complexe » que si la « personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins » ou si elle ne peut en « établir le montage financier ou juridique ». Les réserves exprimées par le Conseil d'État ont été intégralement reprises par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004. Après avoir relevé que les contrats de partenariat entraient bien dans le champ d'application de la nouvelle directive communautaire du 31 mars 2004 sur les marchés publics, le Conseil d'État a en outre jugé que la procédure prévue pour passer ces contrats était compatible avec celle de « dialogue compétitif » mise en place par l'article 29 de la directive. Il a enfin estimé que l'économie générale des contrats de partenariat imposait que les parties puissent avoir recours à l'arbitrage pour régler leurs litiges. La solution de non-lieu partiel et de rejet du surplus des conclusions présentées devant lui a conduit le Conseil d'État à réserver la question de la recevabilité des parlementaires à former une requête contre les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution.

## Contributions et taxes

Par une décision du 25 juin 2004, *SARL Philippe Filippini et Compagnie*, le Conseil d'État a précisé la portée de sa jurisprudence relative à l'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée des intérêts moratoires. La Section du contentieux a, tout d'abord, rappelé qu'il résulte des dispositions des articles 256-I et 266-1-a du Code général des impôts que le versement d'une somme d'un débiteur à son créancier ne constitue la contrepartie d'une prestation de service entrant dans le champ de la taxe sur la valeur ajoutée qu'à la condition qu'il existe un lien direct entre ce versement et une prestation individualisable. Elle a ensuite jugé, conformément à ce principe, que l'indemnité perçue par le créancier du fait du retard apporté au paiement de la somme due au titre de l'exécution d'un marché n'est pas la contrepartie d'une prestation, mais doit être regardée comme la réparation d'un préjudice, dissociable de la prestation fournie par l'entreprise bénéficiaire du versement. Faisant application de cette règle au litige dont elle était saisie, la Section du contentieux a estimé que les intérêts moratoires applicables aux marchés publics régis par le Code des marchés publics en cas de retard de paiement n'entraient pas dans le champ de la taxe sur la valeur ajoutée.



Par une décision d'Assemblée du 7 juillet 2004, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SARL Ghesquière Équipement*, le Conseil d'État a abandonné la règle prétorienne dite de l'intangibilité du bilan d'ouverture, qui résultait d'une décision de plénière fiscale du 31 octobre 1973 (Sieur X, p. 607). D'une part, l'Assemblée du contentieux a réaffirmé le principe selon lequel, lorsque les bénéfices imposables d'un contribuable ont été déterminés en application des dispositions du 2. de l'article 38 du Code général des impôts, applicables à l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 de ce code, les erreurs ou omissions qui entachent les écritures comptables retracées au bilan de clôture d'un exercice ou d'une année d'imposition et qui entraînent une sous-estimation ou une surestimation de l'actif net de l'entreprise peuvent, à l'initiative du contribuable qui les a involontairement commises ou à celle de l'administration, être réparées dans ce bilan. D'autre part, abandonnant expressément la limitation apportée au mécanisme de correction symétrique par la règle d'intangibilité du bilan d'ouverture, l'Assemblée a considéré que les mêmes erreurs ou omissions, lorsqu'il est établi qu'elles se retrouvent dans les écritures de bilan d'autres exercices, doivent y être symétriquement corrigées, dès lors qu'elles ne revêtent pas, pour le contribuable qui les invoque, un caractère délibéré, sans qu'ait d'incidence la circonstance que tout ou partie de ces exercices seraient couverts par la prescription prévue, notamment, aux articles L. 168 et L. 169 du livre des procédures fiscales. Cette jurisprudence a ultérieurement été privée d'effet par l'article 43 de la n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004.

Saisie par la cour administrative d'appel de Marseille sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, la Section a, par un avis contentieux rendu le 29 décembre 2004, *Ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Joseph Perasso et ses fils*, jugé qu'une sanction pécuniaire infligée par le conseil de la concurrence en application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, aujourd'hui codifiée au titre IV du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, pouvait être déduite du bénéfice imposable pour le calcul de l'impôt sur les sociétés. Elle a en effet estimé qu'une telle déduction, aujourd'hui prohibée, n'était pas interdite par les dispositions du 2. de l'article 39 du Code général des impôts tel qu'il était rédigé avant l'intervention de cette loi. Même si l'avis ne prend pas expressément position sur ce point, il est possible d'en déduire également que la Section n'a pas souhaité assimiler aux sanctions pénales, dont la déduction est interdite par la jurisprudence, les sanctions administratives de nature quasi pénale prononcées notamment par les autorités administratives indépendantes.

## Élections

Dans deux décisions d'Assemblée du 21 janvier 2004, *M<sup>me</sup> Boulanger et M. Guinde et Département des Bouches-du-Rhône*, le Conseil d'État a précisé les règles auxquelles est soumis le gouvernement, s'agissant du remodelage des circonscriptions cantonales d'un département, afin de respecter le principe d'égalité des citoyens devant le suffrage.

D'une part, saisi par une électrice du département des Bouches-du-Rhône d'une demande d'annulation du refus du Premier ministre de procéder au



remodelage de cinq cantons de ce département, le Conseil d'État a jugé que l'autorité gouvernementale ne pouvait refuser de faire droit à une telle demande de remodelage lorsqu'une transformation profonde dans la répartition de la population entre les cantons – laquelle est appréciée par rapport à la moyenne de la population cantonale dans le département et à la population des autres cantons de la même partie du département – fait apparaître des écarts de population manifestement excessifs entre les cantons.

D'autre part, saisi d'une demande d'annulation du décret n° 2003-156 du 27 février 2003 portant modification des limites cantonales dans le même département, le Conseil d'État a estimé que les opérations de remodelage ne pouvaient légalement augmenter les disparités d'ordre démographique existantes. De telles opérations ne sauraient avoir notamment pour objet ni, en principe, pour effet d'accroître, sauf pour des motifs d'intérêt général, l'écart de la population de chaque canton à la population cantonale moyenne dans le département. En revanche, la circonstance qu'un décret procédant au remodelage de circonscriptions cantonales d'un département laisserait subsister, pour les cantons qui n'ont pas été remodelés, des inégalités démographiques importantes, est sans influence sur sa légalité. L'Assemblée a enfin jugé que si le gouvernement était tenu, lors d'une opération de remodelage des cantons, de respecter les limites des arrondissements du département, aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait le respect des limites des arrondissements municipaux prévus par l'article L. 2511-3 du Code général des collectivités territoriales.

### État des personnes

Le Conseil d'État a précisé, par une décision du 19 mai 2004, *Consorts Bourbon*, le régime juridique du droit au relèvement de nom lorsque la demande est présentée en application du deuxième alinéa de l'article 61 du Code civil (patronyme menacé d'extinction). En l'absence de toute précision dans la loi sur les motifs de nature à justifier légalement le refus opposé à un demandeur qui remplit la condition relative à la parenté, l'Assemblée du contentieux a jugé qu'en principe, l'administration ne pouvait se fonder sur le seul fait que le demandeur n'établissait pas sa priorité à relever le nom faisant l'objet de la demande, même si elle peut prendre en compte un tel critère pour accorder ou refuser le relèvement demandé lorsqu'elle est saisie de demandes concurrentes ou d'oppositions au changement de nom. Elle a également jugé que, la procédure de relèvement de nom ayant pour objet d'éviter l'extinction d'un patronyme, la demande doit porter sur l'intégralité de ce patronyme sauf si, à titre exceptionnel, le demandeur justifie d'un intérêt légitime suffisamment caractérisé à n'adjoindre à son nom qu'une partie du patronyme.

### Étrangers

À l'occasion de deux litiges relatifs à des arrêtés de reconduite à la frontière, le Conseil d'État a, par deux décisions rendues le 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées orientales c/ M. Lahcen Abounkhila* et *Préfet des Pyrénées orientales c/ M<sup>me</sup> Kheira Nebbab*, précisé les modalités de mise en œuvre des dispositions combinées des articles R. 776-12 et R. 776-13 du Code de justice administrative. Il a tout d'abord rappelé que si dans le cadre de la procédure



orale qui succède à l'instruction contradictoire écrite les parties peuvent produire des documents nouveaux à l'appui de leurs observations orales, l'instruction écrite était normalement close, en application de l'article R. 776-12, au moment où l'affaire est appelée. Il a toutefois estimé que lorsque, postérieurement à cette clôture, le juge était saisi d'un mémoire émanant d'une partie qui n'en a pas exposé les éléments dans le cadre de la procédure orale, il lui appartenait de faire application dans ce cas particulier des règles générales relatives à toutes les productions postérieures à la clôture de l'instruction : prendre connaissance de ce mémoire avant de rendre sa décision et le viser sans l'analyser quant à son contenu. La Section du contentieux a en outre précisé que si le juge avait toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de tenir compte de ce mémoire – après l'avoir visé et, cette fois, analysé – il n'était tenu de le faire, à peine d'irrégularité de sa décision, que si ce mémoire contenait soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction écrite et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office. Le Conseil d'État a enfin décidé que dans tous les cas où il était amené à tenir compte de ce mémoire, le juge devait – à l'exception de l'hypothèse particulière dans laquelle il s'agit pour le juge de la reconduite de se fonder sur un moyen qu'il devait relever d'office, – le soumettre au débat contradictoire, soit en suspendant l'audience pour permettre à l'autre partie d'en prendre connaissance et de préparer ses observations, soit en renvoyant l'affaire à une audience ultérieure.

### **Fonction publique**

Abandonnant sa jurisprudence *Bonmartin* du 30 septembre 1988, p. 320, la Section du contentieux a jugé par sa décision *Quinio* du 3 décembre 2004 que tout accident survenu lorsqu'un agent public est en mission doit désormais être regardé comme un accident de service, alors même qu'il serait survenu à l'occasion d'un acte de la vie courante. Rejoignant la position de la Cour de cassation, la Section a néanmoins aménagé une exception à cette règle de principe si l'accident survient à l'occasion d'une interruption de cette mission pour des motifs personnels. Contrairement au juge judiciaire, la Section a toutefois refusé de s'engager sur le terrain d'une présomption d'imputabilité au service, en faisant peser sur l'employeur la charge de rapporter la preuve que l'accident serait intervenu à l'occasion d'une telle interruption. Elle a préféré s'en remettre aux méthodes traditionnelles d'instruction du juge administratif en excès de pouvoir, c'est-à-dire à l'examen des pièces du dossier faisant l'objet du litige.

### **Installations classées**

Par une décision du 22 octobre 2004, *Société française de meunerie*, le Conseil d'État a précisé la portée du droit de recours ouvert aux tiers qui se sont établis dans le voisinage d'une installation classée pour la protection de l'environnement, à l'encontre des actes – autorisation d'exploitation ou prescriptions complémentaires – qui déterminent les conditions de fonctionnement de cette installation. Interprétant le cinquième alinéa de l'article 14 de la loi du



19 juillet 1976 devenu l'article L. 514-6-III du Code de l'environnement, la Section du contentieux a jugé que cette disposition faisait obstacle à ce que les tiers mettent en cause la légalité des actes antérieurs à leur établissement. S'agissant en revanche des actes postérieurs à leur établissement, le Conseil d'État a infirmé une position de la cour administrative d'appel de Nancy (6 juin 1996, *Société Cristal Lalique*, T. p. 1032) en jugeant que les tiers sont toujours recevables à les contester, pourvu qu'ils y aient un intérêt – et cela, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les prescriptions ainsi arrêtées par l'autorité préfectorale renforcent la protection des tiers ou, au contraire, accroissent leur exposition aux risques et nuisances engendrés par l'installation classée.

### **Procédure contentieuse (hors référés)**

Une décision du 6 février 2004, *M. Frugier*, a permis au Conseil d'État de préciser l'étendue des dispositions de l'article R. 635-1 du Code de justice administrative prévoyant la possibilité pour une partie de « désavouer les actes ou les procédures faits en son nom par un avocat lorsqu'ils peuvent influencer le sens du jugement. » En refusant de reconnaître fondée l'action en désaveu introduite par un requérant à l'encontre de son avocat, dont l'omission de déposer le mémoire ampliatif annoncé dans le délai légal avait conduit au désistement d'office de cette requête, la Section du contentieux a, en effet, jugé que cette action ne peut être engagée qu'à l'encontre d'un acte effectivement accompli, tel qu'un désistement, un consentement, un aveu, un acquiescement ou une offre, et non à l'occasion d'une simple carence, omission ou abstention.

Dans une décision du 6 février 2004, *M<sup>me</sup> Hallal*, le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence issue de la décision de Section du 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c/ URSS AF du Jura*, p. 362, selon laquelle l'administration qui s'était fondée sur un motif erroné ne pouvait, hors cas de compétence liée, invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir un nouveau motif justifiant légalement sa décision. La Section du contentieux a admis que l'administration puisse désormais faire valoir, devant le juge de l'excès de pouvoir, en première instance comme en appel, un autre motif, de droit ou de fait, que celui qu'elle avait initialement indiqué et se fondant sur la situation existant à la date de sa décision. Le juge a alors la faculté de procéder à une substitution de motifs, dès lors qu'il estime que le nouveau motif, de nature à justifier légalement la décision, aurait conduit l'administration à prendre la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif, et que le requérant n'est pas privé d'une garantie procédurale liée au motif substitué.

Par une décision du 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, l'Assemblée du contentieux a eu l'occasion de réexaminer la jurisprudence sur les effets des annulations contentieuses. Après avoir réaffirmé que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, elle a admis qu'il puisse être dérogé, à titre exceptionnel, au principe de l'effet rétroactif de l'annulation, lorsqu'il « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ».



Le juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l’ensemble des moyens, d’ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l’acte en cause – met en balance les conséquences de la rétroactivité de l’annulation et les inconvénients que présente, eu égard notamment au principe de légalité et au droit des justiciables à un recours effectif, la limitation dans le temps de ses effets. S’il estime que ces éléments peuvent justifier qu’il soit dérogé au principe de l’effet rétroactif des annulations contentieuses, il lui revient de prévoir dans sa décision d’annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l’acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l’annulation ne prendra effet qu’à une date ultérieure qu’il aura déterminée. Il est probable que cette décision aura des effets sur le rôle joué par la Section du rapport et des études dans l’exécution des décisions de justice.

Par une décision du 3 décembre 2004, *Commune de Rots*, la Section du contentieux a précisé le degré de souplesse avec lequel les présidents de cours administratives d’appel peuvent user de la possibilité de rejeter par ordonnance les requêtes d’appel non accompagnées de la production de la décision attaquée, en dépit de la mention imposant cette production dans la lettre de notification adressée par le tribunal administratif au requérant. Adoptant une position pragmatique, la Section a jugé que les dispositions combinées des articles R. 222-1 et R. 612-1 du Code de justice administrative permettaient le rejet dès leur introduction des requêtes frappées d’une telle irrecevabilité, mais que cette possibilité disparaissait dès lors qu’une copie du jugement attaqué avait été jointe au dossier d’appel à la suite de la transmission par le tribunal administratif du dossier de première instance, en l’espèce sur demande du greffe de la cour administrative d’appel.

### **Procédure contentieuse (référés autres que le référé audiovisuel)**

Aucun texte non plus qu’aucun principe ne fait obstacle à ce qu’un magistrat statuant comme juge des référés sur une demande tendant, sur le fondement de l’article L. 521-1 du Code de justice administrative, à la suspension de l’exécution d’une décision administrative, se prononce ultérieurement, en qualité de juge du principal, sur la requête en annulation ou en réformation de la même décision. Saisie au titre de la procédure prévue à l’article L. 113-1 du Code de justice administrative, la Section du contentieux n’y a vu, dans son avis du 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, aucune atteinte au principe d’impartialité, estimant que le juge des référés – qui se prononce, à titre provisoire, à l’issue d’une instruction succincte et par une ordonnance n’ayant pas l’autorité de la chose jugée, sur l’urgence et sur l’existence d’un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision – ne pouvait, eu égard à la nature de l’office qui lui est ainsi attribué, être regardé comme ayant préjugé l’issue du litige principal. Il ne saurait en aller autrement que s’il apparaissait, compte tenu notamment des termes mêmes de l’ordonnance, que le juge des référés serait allé au-delà de ce qu’implique nécessairement cet office. La Section a, par ailleurs, rappelé qu’il est toujours loisible à ce



magistrat de s'abstenir de participer au jugement de la requête au principal s'il estime, en conscience, devoir se déporter.

Le Conseil d'État a également eu à connaître, le même jour, de la question de savoir si un magistrat pouvait, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer sur une demande d'aide juridictionnelle, dans le cadre de la loi du 10 juillet 1991, puis sur la requête pour la présentation de laquelle l'aide avait été sollicitée. Par une décision *M. H.*, la Section du contentieux y a, sous la même réserve que dans le cas du juge des référés, apporté une réponse positive, relevant notamment que la décision d'administration de la justice d'admettre ou non le requérant au bénéfice de l'aide juridictionnelle intervenait au terme d'un examen nécessairement sommaire des éléments de l'espèce.

## Professions

Par une décision du 7 juillet 2004, *M. Benkerrou*, l'Assemblée du contentieux a reconnu la compétence de l'autorité réglementaire pour instituer une sanction de retrait d'autorisation d'exercice d'une profession réglementée. Pour parvenir à cette solution, le Conseil d'État a d'abord considéré que le principe de légalité des délits et des peines, lorsqu'il est appliqué à la matière des sanctions administratives, ne faisait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de son activité, de sa profession ou de l'institution dont elle relève. Il implique, en revanche, que les sanctions soient prévues et énumérées par un texte. Toutefois, comme en matière pénale, ce texte n'a pas, dans tous les cas, à être une loi. Le Conseil d'État a ensuite jugé que, s'il revient au législateur de déterminer les garanties fondamentales du libre accès à l'exercice d'une activité professionnelle, il est loisible au pouvoir réglementaire, s'agissant des professions réglementées, de compléter les prescriptions résultant de la loi. Enfin, le Conseil d'État a estimé que lorsque le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer certaines règles d'exercice d'une profession, il l'est également pour prévoir le régime de sanctions administratives en rapport avec cette réglementation.

## Radiodiffusion et télévision

La loi du 9 juillet 2004 a complété l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication aux fins de permettre au président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de saisir le président de la Section du contentieux du Conseil d'État d'une demande tendant à faire cesser la diffusion, par un opérateur satellitaire, d'un service de télévision utilisant ses capacités et dont les programmes contiendraient, notamment, une incitation à la haine ou la violence pour des raisons de race ou de religion. Le président du CSA a fait pour la première fois usage de cette possibilité à l'encontre de la chaîne de télévision Al Manar, diffusée sur les capacités satellitaires de la société Eutelsat, en invoquant le caractère antisémite de certains de ses programmes. Dans un premier temps, par une ordonnance du 20 août 2004, le président de la Section du contentieux a constaté la réalité des atteintes portées par la chaîne Al Manar aux principes posés par la loi de 1986 mais laissé la possibilité à la chaîne de mettre ses programmes en conformité avec la loi



française en concluant une convention avec le CSA, ainsi qu'il est prévu à l'article 33-1 de la loi de 1986. Dans un second temps, constatant qu'en dépit de la signature d'une telle convention, la chaîne Al Manar persistait à diffuser des programmes constituant une menace à l'ordre public, le président de la Section du contentieux a ordonné le 13 décembre 2004 à Eutelsat de faire cesser, dans les 48 heures et sous astreinte, la diffusion de la chaîne en cause.

## Responsabilité

Par une décision du 24 février 2004, *M<sup>me</sup> Popin*, la Section du contentieux s'est prononcée sur la question de la détermination de la personne publique responsable du fait de la faute commise par une juridiction administrative relevant d'une autre personne que l'État. Elle a jugé que, la justice étant rendue de façon indivisible au nom de l'État, il n'appartenait qu'à ce dernier de répondre des dommages pouvant résulter, pour les justiciables, des fautes commises par les juridictions administratives dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'elles assurent sous le contrôle du Conseil d'État. La Section a estimé qu'il en allait ainsi alors même que la loi aurait conféré à des instances relevant d'autres personnes morales compétence pour connaître, en premier ressort ou en appel, de certains litiges. Par suite, seule la responsabilité de l'État peut être engagée à raison de la sanction disciplinaire que le conseil d'administration d'une université, constitué en formation disciplinaire, a infligée à un agent.

Par une décision du 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France et Caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne c/ M. T.*, l'Assemblée du contentieux a confirmé en tous ses éléments la décision de Section du 5 janvier 2000 (*Consorts T.*, p. 5) qui avait admis qu'un patient qui n'a pas été informé par son médecin des risques connus de décès ou d'invalidité auquel il s'expose en acceptant que soit pratiqué un acte médical sur sa personne, puisse rechercher la responsabilité pour faute de l'hôpital. S'agissant du montant de la réparation, le Conseil d'État, après avoir rappelé que la faute commise par les praticiens d'un hôpital du fait du défaut d'information du patient n'entraînait pour celui-ci que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé, a réaffirmé que la réparation du dommage résultant de cette perte de chance devait être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice qui tiennent compte du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'acte médical et, d'autre part, les risques encourus en cas de renonciation à cet acte. Le Conseil d'État a également rappelé que les caisses de sécurité sociale, qui exercent leurs droits propres, étaient admises à poursuivre le remboursement de l'ensemble des prestations versées à la victime d'un accident résultant d'un acte médical, dans la limite des sommes allouées à ce patient en réparation de la perte de chance d'éviter un préjudice corporel, la part d'indemnité à caractère personnel étant exclue du recours de la caisse d'assurance maladie.

Saisie d'actions en responsabilité concernant quatre victimes d'une maladie provoquée par l'inhalation de poussières d'amiante sur leur lieu de travail, l'Assemblée du contentieux a jugé, par quatre décisions du 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ M<sup>me</sup> B.* ; *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Cts B.* ; *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Cts T.* ; *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Cts X.*, que la carence de l'État à



prendre les mesures de prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante était constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité. L'Assemblée du contentieux a d'abord rappelé que la mission de prévention des risques professionnels dont sont chargées les autorités publiques leur imposait de se tenir informés 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. Le Conseil d'État a ensuite validé le raisonnement des juges du fond, qui, après s'être souverainement livrés à des constatations de fait témoignant des carences de l'État dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante, en ont déduit que l'État avait failli à sa mission de prévention des risques professionnels et avait ainsi commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

Par une décision de Section du 12 mai 2004, *Commune de la Ferté-Milon*, le Conseil d'État a jugé que lorsque, en application des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 13 avril 1961, une commune et l'État conviennent de confier aux services de la direction départementale de l'équipement des travaux d'études, de direction et de surveillance des projets communaux, pour lesquels l'intervention de ce service n'est pas obligatoire, la convention ainsi conclue est un contrat de louage d'ouvrage, dont l'inexécution ou la mauvaise exécution est – sous réserve de l'application, le cas échéant, de stipulations particulières – susceptible d'engager la responsabilité de l'État dans les conditions de droit commun. Il en va ainsi alors même que, selon les dispositions du décret du 13 avril 1961, cette mission s'exécute « sous l'autorité du maire ». Le Conseil d'État a ainsi abandonné sa jurisprudence du 28 mai 1971, *Ville de Saint-Jean de Maurienne*, p. 403, qui jugeait que la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée qu'en cas de faute d'un de ses agents refusant ou négligeant d'exécuter un ordre de l'autorité municipale.

Interprétant la portée de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme dans sa décision du 29 décembre 2004, *Sté d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, la Section du contentieux a jugé que les servitudes d'urbanisme ne pouvaient donner lieu à l'indemnisation de certains dommages qu'elles ont causés, notamment lorsqu'elles ont porté atteinte à des droits acquis, que si elles avaient été instituées « par application » du Code de l'urbanisme. Il en a déduit qu'alors même qu'un plan de prévention des risques naturels valait servitude d'utilité publique et devait ainsi, en vertu de l'article L. 126-1 du Code de l'urbanisme, être annexé au plan local d'urbanisme, il ne pouvait être regardé comme étant institué par application du Code de l'urbanisme, au sens de l'article L. 160-5 de ce code. Cette voie spéciale d'engagement de la responsabilité sans faute de la puissance publique est donc fermée au propriétaire d'un terrain rendu inconstructible par une telle servitude. Ne lui est ouverte que la voie de droit de commun fondée sur la responsabilité du fait des lois, qui lui est peu favorable, en raison de l'intention du législateur. Interprétant la loi du 2 février 1995 à la lumière de ses travaux préparatoires, la Section a en effet estimé que le législateur avait entendu faire supporter par le propriétaire concerné l'intégralité du préjudice résultant de l'inconstructibilité de son terrain nu due aux risques naturels le menaçant. Afin de préserver néanmoins la



compatibilité de la loi avec l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État, procédant comme il l'avait fait dans sa décision *Bitouzet* du 3 juillet 1998, p. 288, a réservé toutefois le cas où le propriétaire supporterait une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Par une décision du 29 décembre 2004, *Almayrac et autres*, le Conseil d'État a fait application de sa jurisprudence d'Assemblée du 30 mars 1966, *Compagnie générale radio-électrique*, p. 257, par laquelle il admet que la responsabilité de l'État puisse être engagée, sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres États, à la double condition que ni la convention ni, le cas échéant, la loi qui en a autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure une indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial. Saisi par des pilotes illégalement licenciés par la compagnie Air Afrique, le Conseil d'État a estimé que l'accord sous forme d'échange de lettres signé le 13 juillet 1989 entre la France et la Côte-d'Ivoire modifiant l'accord de coopération signé entre les deux pays le 24 avril 1961 avait eu pour effet de priver les requérants d'une chance réelle et sérieuse d'obtenir définitivement des juridictions françaises l'indemnisation de la résiliation abusive de leurs contrats de travail. Après avoir interprété l'accord comme ne prévoyant pas l'exclusion de toute réparation résultant de son application et constaté que le préjudice causé était grave et spécial, il a condamné l'État à verser aux pilotes les sommes non contestées qu'ils demandaient et qui leur avaient été octroyées par les conseils de prud'hommes saisis antérieurement à l'intervention de l'accord international.

## Sécurité sociale

Le Premier ministre ne pouvait légalement s'abstenir de prendre le décret en Conseil d'État nécessaire pour appliquer les dispositions du 4<sup>o</sup> de l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale, qui définissent l'une des catégories d'assurés sociaux pouvant être totalement ou partiellement dispensés du paiement d'une participation aux frais – que l'on appelle communément « ticket modérateur ». C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans une décision d'Assemblée du 7 juillet 2004, *M. Danthony*, faisant application de la jurisprudence selon laquelle l'exercice du pouvoir réglementaire confié au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution sous réserve de la compétence conférée au Président de la République par l'article 13, comporte, non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle.

## Syndicats

Par une décision rendue le 5 novembre 2004, l'Assemblée du contentieux a jugé que *l'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA)* ne pouvait être reconnue comme l'une des organisations syndicales de salariés les plus repré-



sentatives au niveau national. Sur le plan des principes, elle a considéré que l'administration, à qui le Code du travail confie le soin de déterminer si une organisation syndicale présente un tel caractère, devait apprécier sa représentativité en tenant compte du champ d'application des conventions collectives tel qu'il est défini par ce code. L'Assemblée en a déduit qu'il appartenait à l'administration de prendre en compte les effectifs et l'audience de l'organisation considérée dans le secteur privé ainsi que parmi les salariés du secteur public relevant du Code du travail, mais non dans la fonction publique. La décision précise que le juge exerce un contrôle normal sur l'appréciation ainsi portée par l'autorité compétente quant au caractère représentatif d'une organisation syndicale. L'Assemblée du contentieux a ensuite appliqué ces principes au cas de l'UNSA. Elle a relevé que cette organisation, qui revendique plus de 300 000 adhérents, était encore essentiellement implantée dans la fonction publique et que, malgré la progression du nombre de suffrages obtenus aux élections prud'homales de 2002 par rapport à celles de 1997, son audience était encore trop réduite dans la majeure partie du champ à prendre en compte – secteur privé et salariés du secteur public relevant du Code du travail. L'Assemblée en a conclu que le ministre chargé des affaires sociales et du travail n'avait pas fait une inexacte application du Code du travail en estimant que l'UNSA ne pouvait être regardée comme étant au nombre des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au niveau national.

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a rejeté, par une décision du 5 novembre 2004, *Union des organisations de fonctionnaires et assimilés – Groupe des dix solidaires*, le recours pour excès de pouvoir présenté par cette union contre le décret du 26 septembre 2002 portant nomination au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, en tant que ce décret ne lui accordait aucun siège. L'union requérante invoquait chacun des deux paragraphes de l'article 3 du décret du 28 mai 1982 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État pour justifier de son droit à être représentée dans ce conseil. L'Assemblée du contentieux a d'abord jugé qu'eu égard au nombre restreint de ministères dans lesquels était implantée l'Union des organisations de fonctionnaires et assimilés – Groupe des dix solidaires, le décret attaqué n'était pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il n'attribuait pas de siège à cette union au titre du 1° de l'article 3 du décret du 28 mai 1982. La décision du 4 novembre 2004 rappelle à cet égard que le juge n'exerce qu'un contrôle restreint en la matière (29 juillet 1998, *Fédération syndicale unitaire*, T. p. 983). S'agissant du 2° de cet article, l'union requérante se prévalait des voix obtenues aux élections aux commissions administratives paritaires par les syndicats qui lui étaient affiliés. Mais l'Assemblée du contentieux a considéré qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que les bulletins de vote de ces syndicats aient porté la mention d'une telle affiliation, conformément à ce qu'exigeaient tant l'article 17 du décret du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires que le principe de sincérité du scrutin.

## Télécommunications

Par une décision en date du 25 juin 2004, *Société Scoot France et Société Fonecta*, relative aux services de renseignements téléphoniques, le Conseil d'État a défini, en matière d'attribution des ressources en numérotation, le



contenu du pouvoir de régulation économique incombant à l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en application des dispositions du Code des postes et télécommunications devenu le Code des postes et communications électroniques (article L. 32-1 et s.) : fixer des règles de manière à n'entraîner aucune rupture d'égalité entre les opérateurs de télécommunications et favoriser, au bénéfice des utilisateurs, une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux et les fournisseurs des services de télécommunications. Faisant application de ces principes, la Section a jugé que l'attribution par l'ART de numéros de format différent aux opérateurs de réseaux et aux simples fournisseurs de renseignements téléphoniques, le « 12 » pour les premiers et un numéro à quatre chiffres pour les seconds, qui ne sont pourtant pas placés dans une situation différente au regard de leurs besoins en numérotation dès lors que, quel que soit leur statut, ils délivrent un service comparable, laissait subsister une discrimination non justifiée. Elle a ensuite estimé qu'un simple partage du « 12 » entre exploitants de réseaux de télécommunications et fournisseurs de services de renseignements méconnaît encore l'objectif de concurrence effective et loyale recherché et que l'ART devait dès lors retenir un même format, autre que le « 12 », pour tous les fournisseurs de renseignements téléphoniques, quel que soit leur statut, sous réserve d'une période transitoire.

## Travail

Les dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, interprétées conformément aux objectifs poursuivis par la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, imposent au cessionnaire d'une activité économique transférée la reprise des droits et obligations résultant des contrats de travail existant à la date du transfert. Le législateur n'a, à ce jour, pas précisé les modalités selon lesquelles ces règles doivent s'appliquer lorsqu'un service public administratif décide d'exploiter en régie une activité antérieurement exercée par un organisme de droit privé. Dans ces conditions, le Conseil d'État a jugé, par une décision de Section du 22 octobre 2004, *Lamblin*, que deux possibilités étaient offertes à la collectivité publique. Il lui appartient soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant, dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle, les clauses substantielles de leur ancien contrat. Dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, dans les conditions prévues par le Code du travail et leur ancien contrat. En revanche, les garanties résultant de l'article L. 122-12 ne peuvent utilement être invoquées pour contester les conditions dans lesquelles la personne publique aurait procédé à leur titularisation.

## Travaux publics

Par une décision du 15 juillet 2004, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de La Seyne et de la région est de Toulon*, le Conseil d'État a réaffirmé, en la précisant, une jurisprudence constante en matière de dommages de travaux publics, illustrée notamment par une précédente décision du 4 juillet 1980, *SA Forrer*, p. 307. Il a en effet rappelé que l'extinction



des rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, consécutive à la réception sans réserve d'un marché de travaux publics, faisait obstacle à ce que, sauf clause contractuelle contraire, l'entrepreneur soit ultérieurement appelé en garantie par le maître de l'ouvrage pour des dommages dont un tiers demande réparation à ce dernier, et ce alors même que ces dommages n'étaient ni apparents ni connus à la date de la réception. La Section du contentieux a toutefois tempéré la rigueur de cette solution en estimant qu'il en irait autrement dans le cas où la réception n'aurait été acquise à l'entrepreneur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives de sa part. Par ailleurs, et très classiquement, la décision du 15 juillet 2004 réserve l'hypothèse où le dommage subi par le tiers trouverait son origine directe dans des désordres relevant de la garantie décennale, auquel cas la responsabilité des constructeurs pourrait être recherchée par le maître de l'ouvrage sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil.

## Urbanisme

Par une décision du 6 février 2004, *Masier*, la Section du contentieux a explicitement reconnu la compétence du juge administratif pour enjoindre à un maire, sur le fondement de la procédure de référé prévue par les dispositions de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés en qualité d'autorité administrative par les dispositions des articles L. 480-1 et L. 480-2 du Code de l'urbanisme, à savoir faire constater une infraction aux règles d'urbanisme par procès-verbal, édicter un arrêté interruptif de travaux et en transmettre copie au procureur de la République, alors même que ce procès-verbal a le caractère d'un acte de procédure pénale dont la régularité ne peut être appréciée que par les juridictions judiciaires.

Lorsqu'un projet de construction se trouve dans l'un des cas énumérés par l'article R. 421-19 du Code de l'urbanisme, l'autorité compétente, saisie d'une demande de permis de construire, doit informer le pétitionnaire, dans la lettre de notification prévue à l'article R. 421-12 du même code, que, par exception à la règle figurant au 2<sup>e</sup> alinéa de ce dernier article, le silence éventuellement gardé par elle au-delà du délai d'instruction n'aura pas pour effet de le rendre bénéficiaire d'un permis tacite. Par une décision de Section du 25 juin 2004, *SCI « Maison médicale Edison »*, le Conseil d'État a précisé que, lorsque le projet ne se trouvait dans aucun des cas énumérés par l'article R. 421-19 et que la lettre de notification indiquait tout de même, à tort, qu'aucun permis tacite ne pourrait naître au profit du pétitionnaire à l'expiration du délai d'instruction, cette mention erronée n'avait pas, par elle-même, pour effet de faire obstacle à la naissance d'un tel permis. Dans cette hypothèse, le pétitionnaire est toutefois recevable à déférer au juge de l'excès de pouvoir la lettre de notification en tant qu'elle comporte une telle mention erronée.



## Bureau d'aide juridictionnelle

Le bureau a enregistré, en 2004, 3 829 affaires contre 3 226 en 2003 soit une augmentation de 18,6 %.

Le flux constaté au 1<sup>er</sup> semestre a été de loin le plus important mais le mois de décembre semble marqué par une reprise des enregistrements sur le même rythme qu'en début d'année.

On note que le contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière s'est maintenu au même niveau élevé qu'en 2003 et que le nombre des pourvois sur les arrêts des cours administratives d'appel est stable.

La progression est donc due :

- 1°) à l'accroissement de 20 % des demandes concernant des décisions de la commission des recours des réfugiés ;
- 2°) aux effets de la réforme de l'appel, opérée par le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, qui a entraîné un flux de demande concernant des pourvois en cassation contre des jugements des tribunaux administratifs rendus en dernier ressort, *quasiment égal à la moitié de celui généré par les cours administratives d'appel* ;
- 3°) à une augmentation notable de 23,3 %, des demandes concernant les procédures de référé.

Le bureau a tenu 22 séances avec un nombre de rapporteurs supérieur à celui disponible en 2003 ce qui a permis d'examiner en séance 1 292 affaires contre 1 158 en 2003 soit + 11,5 %.

Le nombre total d'affaires traitées est de 3 965 soit une augmentation de 26 %.

Le bureau a ainsi examiné plus d'affaires qu'il n'en a enregistrées et le stock a donc diminué de 136 unités.

Le pourcentage d'admission accuse une baisse sensible passant de 14,2 % à 11,7 %. Il est semble-t-il essentiellement imputable à l'accroissement de demandes considérées comme n'offrant pas suffisamment de mérite pour être susceptibles d'aboutir, notamment concernant des pourvois en cassation contre des décisions de la Commission des recours des réfugiés et des jugements des tribunaux administratifs. Dans ces deux hypothèses, l'on peut penser qu'en certains cas, les demandeurs ne font pas la différence entre cette voie de recours et celle de l'appel.



## Statistiques

Tableau 1  
**Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle**

	2002	2003	2004
Affaires enregistrées	2 854	3 226	3 829
Affaires réglées	2 905	3 143	3 965
Admissions	413	445	464
Rejets	2 492	2 698	3 501

Tableau 2  
**Répartition des dossiers par nature de contentieux**

	Aff. enregistrées	Aff. réglées	Admissions	Rejets
Asile politique	1 357	1 424	22	1 402
Reconduite à la frontière	702	705	154	551
Pensions militaires	134	139	139	-
CAA	652	744	57	687
TA	316	267	10	257
Tribunal des conflits	2	2	1	1
Référés	442	431	37	394
Divers	224	253	44	209
<b>Total</b>	<b>3 829</b>	<b>3 965</b>	<b>464</b>	<b>3 501</b>

Tableau 3  
**Évolution du stock au 31 décembre**

Au 31 décembre 2004, le stock s'établit à 562 dossiers dont 144 dossiers de demandeurs d'asile.

Année	Nombre d'affaires
1998	559
1999	666
2000	1 083
2001	676
2002	615
2003	698
2004	562



# Activité consultative





## Assemblée générale

L'Assemblée générale, présidée par le vice-président du Conseil d'État, examine tous les projets de loi et d'ordonnance ainsi que les affaires – projets de décrets ou demandes d'avis – dont l'importance le requiert. L'analyse de l'ensemble de ces projets, à l'exclusion de ceux dont il est rendu compte ci-dessous, est présentée dans le compte rendu d'activité des Sections administratives.

En 2004, l'Assemblée générale a tenu 43 séances, dont 18 séances plénières, soit à peu près autant qu'en 2003 (44 séances dont 17 séances plénières) et 2002 (37 séances dont 17 séances plénières).

Elle a examiné 127 projets de loi, dont 51 ayant pour objet l'autorisation de l'approbation ou de la ratification de conventions internationales, 57 projets d'ordonnance et 4 projets de décret, soit au total 188 textes, un nombre nettement supérieur à celui des années précédentes (105 textes en 2002 et 139 en 2003). Cette forte augmentation s'explique principalement par le nombre élevé de projets d'ordonnance qui ont lui ont été soumis. L'Assemblée générale a aussi délibéré sur le contenu du précédent rapport annuel du Conseil d'État et sur le plan détaillé des considérations générales du présent rapport qui lui ont été présentés par la Section du rapport et des études. L'Assemblée générale s'est, enfin, prononcée sur cinq demandes d'avis présentées par le Gouvernement.

Le nombre de textes soumis à l'Assemblée générale devrait diminuer en 2005. En effet, à l'initiative du Conseil d'État, le fonctionnement de l'Assemblée générale a été réformé par le décret du 21 décembre 2004. Dorénavant, la plupart des textes ne posant pas de difficultés juridiques particulières pourront être dispensés d'Assemblée générale.

Au-delà du bilan quantitatif, l'examen des travaux de l'Assemblée générale fait apparaître qu'elle a été saisie en 2004 de textes importants en raison de leur portée juridique ou de leur contenu, parmi lesquels il convient de citer un projet de révision constitutionnelle, le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics, le projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, le projet de loi relatif à l'assurance maladie, le projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières et le projet d'ordonnance sur le contrat de partenariat. Il convient de mettre aussi en exergue la demande d'avis portant sur la proposition de directive européenne relative aux services dans le marché intérieur.



Les questions liées à la simplification du droit, au régime des ordonnances, à la transposition des directives et à la répartition des compétences entre la loi et le règlement méritent une mention particulière.

La **simplification du droit** est une préoccupation constante du Conseil d'État auquel sont soumis des textes dans lesquels les questions juridiques sont souvent dissimulées derrière des considérations techniques et un vocabulaire ésotérique. Cet objectif le conduit parfois à une réécriture importante des projets qui lui sont soumis. La simplification du droit a aussi été en 2004 l'objet de plusieurs projets d'ordonnance et d'un projet de loi habilitant le Gouvernement à intervenir par voie d'ordonnance dans le domaine du droit social. D'une manière générale, le Conseil d'État veille à ce que l'entreprise de simplification du droit ne soit pas, dans le même temps, contrecarrée par une tendance persistante à multiplier les textes. Il a par ailleurs été amené à rappeler à différentes reprises que la simplification recherchée ne pouvait procéder d'un simple toilettage des textes mais nécessitait une réflexion plus globale sur la pertinence même des procédures.

À l'occasion des **projets d'ordonnance** dont elle a eu à connaître, l'Assemblée générale a tout d'abord veillé au respect de la règle selon laquelle une ordonnance prise sur le fondement d'une habilitation législative ne peut comporter de dispositions excédant le champ de cette habilitation. Elle a également veillé au respect du principe selon lequel un projet d'ordonnance ne doit comporter que des mesures relevant du domaine de la loi. Elle a toutefois admis qu'un projet de loi de ratification porte sur l'intégralité d'une ordonnance, nonobstant un empiétement partiel sur la compétence réglementaire. Dans cette hypothèse, aussi longtemps que l'ordonnance n'a pas été ratifiée, un décret pris en Conseil d'État et délibéré en Conseil des ministres peut modifier les dispositions de nature réglementaire figurant dans l'ordonnance. Une fois l'ordonnance ratifiée, il est loisible au Premier ministre de mettre en œuvre la procédure de déclassement prévue par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Toujours au stade de l'examen de la loi de ratification, le Conseil d'État a considéré que si, en principe, la ratification d'une ordonnance ne devait porter que sur les dispositions de celle-ci qui entrent dans le champ de la loi d'habilitation, le législateur ne méconnaissait toutefois aucune règle non plus qu'aucun principe d'ordre constitutionnel s'il décidait de ratifier une ordonnance qui aurait excédé le champ de l'habilitation initiale, car la limitation en résultant ne lui est pas opposable au stade de la ratification.

Le Conseil d'État a précisé qu'une loi d'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution investit les autorités exécutives compétentes du pouvoir de prendre des ordonnances dans les domaines définis par la loi sans être tenues de spécifier à ce stade si les mesures qui seront prises ultérieurement s'appliqueront aux collectivités ultramarines soumises au principe de spécialité législative. Il appartiendra à chaque ordonnance de déterminer son champ d'application territorial dans le respect des règles de consultation des autorités locales prescrites selon le cas par la Constitution, la loi organique ou la loi. En revanche, celles des dispositions incluses dans une loi d'habilitation qui ne mettent pas en œuvre de l'article 38 de la Constitution ne sont susceptibles de s'appliquer dans les territoires soumis au principe de spécialité que pour autant qu'elles en disposent ainsi, sous réserve des mesures applicables de plein droit. Dans l'hypothèse où une loi d'habilitation concerne une collec-



tivité ultramarine déterminée, son champ d'application territorial se trouve nécessairement fixé au stade de la loi d'habilitation. L'Assemblée générale a aussi estimé, pour une ordonnance relative à l'outre-mer, que si des dispositions excédant le champ de l'habilitation prévue par une loi prise en application de l'article 38 de la Constitution auraient pu être prises sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution, ces deux fondements constitutionnels impliquaient le recours à deux ordonnances distinctes, dès lors que les règles de caducité étaient différentes.

La **transposition de directives communautaires**, qui porte souvent sur des sujets très techniques, continue d'être un exercice difficile et souvent peu satisfaisant au regard de l'exigence de qualité de la réglementation. Le Conseil d'État est fréquemment conduit à déplorer que l'administration se contente de copier ou paraphraser le texte communautaire sans l'adapter au langage, aux catégories et aux logiques juridiques du droit national. Cette année, ont été abordées deux questions générales. L'Assemblée générale a tout d'abord dû se déterminer sur l'attitude à tenir dans l'hypothèse où, au-delà du délai de transposition imparti par la directive, le projet présenté par le gouvernement se limite à une transposition incomplète de celle-ci. Elle a admis que, si compte tenu des objectifs échelonnés dans le temps des mesures prévues par une directive, il est possible, sans méconnaître les objectifs de ce texte, de ne pas assurer immédiatement la transposition en droit interne des dispositions que la directive ne rendait applicable qu'à terme, il en allait différemment, nonobstant la circonstance qu'un recours a été introduit par la France devant la Cour de justice des Communautés européennes, pour les dispositions immédiatement applicables. Cependant, plutôt que de rejeter l'ensemble du projet, elle l'a complété dès lors que c'était possible en l'espèce. Le Conseil d'État a aussi eu à connaître, dans une hypothèse de transposition du droit communautaire par voie d'ordonnance de la question inédite de la prise en compte, dans le cadre de la transposition, des exigences la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Il a estimé que le gouvernement n'ayant été habilité par le législateur à ne prendre par ordonnance que les mesures nécessaires à la transposition de la directive et les mesures d'adaptation de la législation liée à cette transposition, il ne lui était pas possible de mettre en œuvre à cette occasion les exigences découlant du traité tel qu'interprété par la Cour de justice.

Comme les années précédentes l'Assemblée générale a eu à se prononcer sur la **répartition des compétences entre loi et règlement**. Elle a considéré que le Centre national d'études spatiales (CNES) et le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) ne pouvaient être rattachés à une catégorie existante d'établissements publics nationaux ayant une spécialité analogue et soumis à des règles communes d'organisation et de fonctionnement. Elle a estimé que devaient en conséquence figurer, dans la partie législative du Code de la recherche, l'ensemble des règles constitutives de ces établissements. À l'issue de l'examen, dans le cadre du projet de loi de finances pour 2005, d'un projet d'article abaissant l'âge de la retraite pour les fonctionnaires de l'État ayant commencé à travailler jeunes et ayant eu une longue carrière, l'Assemblée générale a disjoint des dispositions tendant à insérer, pour les fonctionnaires de l'État, dans la partie législative du Code des pensions civiles et militaires, les règles relatives aux durées de cotisation, à l'âge de début d'activité et à l'âge de départ à la retraite, qui ne relèvent pas du domaine de la loi dès lors



que la durée de cotisations des fonctionnaires ne touche pas aux « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires » ni aux « principes fondamentaux de la sécurité sociale » au sens de l'article 34 de la Constitution. L'Assemblée générale a adopté un projet d'article qui, pour l'essentiel, reprend le cadre général applicable aux ressortissants de l'assurance vieillesse.

L'Assemblée générale a eu enfin à se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire de dispositions du projet d'ordonnance sur les contrats de partenariat. Alors que le principe de libre administration impose de reconnaître au législateur une large compétence en ce qui concerne les contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, en revanche, pour les contrats de partenariat de l'État et de ses établissements publics, il a paru possible de renvoyer un certain nombre de dispositions à un texte réglementaire, sans toutefois estimer que l'ensemble de la matière était réglementaire, à la différence de ce que la jurisprudence a décidé pour les marchés publics soumis au Code des marchés publics. Ainsi les dispositions relatives à la définition de l'objet des contrats, à la détermination des hypothèses dans lesquelles ils pouvaient être conclus, aux cas dans lesquels les opérateurs économiques se voient interdire de concourir, aux conditions dans lesquelles les contrats peuvent prévoir que leurs titulaires disposeront, en cas d'occupation du domaine public, de droits réels, sur les ouvrages et équipements qu'ils réaliseront ont été regardées comme relevant du domaine législatif. En revanche, les dispositions relatives à la passation des contrats et aux clauses qui doivent obligatoirement y figurer n'ont pas été regardées, globalement, comme législatives et n'ont donc été exposées avec précision dans l'ordonnance, que pour les contrats des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Enfin, pour les contrats de l'État et de ses établissements publics, seules ont été maintenues dans l'ordonnance les dispositions indiquant les principes fondamentaux applicables à la passation des contrats de partenariat. Les contrats des établissements publics de santé et ceux des GIP ont été traités comme les contrats de l'État.

### Répartition des affaires examinées par l'Assemblée générale

Projets de loi	127
<i>dont loi constitutionnelle</i>	1
<i>dont loi organique</i>	1
<i>dont conventions internationales</i>	51
Projets d'ordonnance	57
Projets de décret réglementaire	4
Demandes d'avis	5
Projets de rapport et d'étude	2
<b>Total</b>	<b>195</b>



## Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2004, la Section de l'intérieur a examiné 22 projets de loi et 16 projets d'ordonnance, soit un nombre total de très loin supérieur à celui constaté au cours des dix dernières années, le nombre maximum atteint n'ayant jamais dépassé 28 ; ce constat reste vrai, même si l'on retranche les neuf projets de loi de ratification. La Section a examiné par ailleurs un projet de loi du pays, 175 projets de décret réglementaire, chiffre légèrement inférieur au maximum atteint par le passé, soit 180 (en 2002), mais bien supérieur à la moyenne des années antérieures. Elle a eu à connaître également d'un nombre soutenu de projets de décret individuel, arrêté et décision (191, à rapprocher de 179 en 2002 et 163 en 2003). Elle a été enfin saisie de six demandes d'avis, contre quatorze en 2003. Ce qui témoigne au total d'une très intense activité.

### Principaux projets examinés

Parmi les projets de lois examinés par la Section de l'intérieur, méritent particulièrement d'être signalés en raison de leur portée juridique ou de leur importance politique : – le projet de loi constitutionnelle modifiant le titre XV de la Constitution relatif à l'Union européenne – le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics ; – le projet de loi relatif à la modernisation de la sécurité civile ; – le projet de loi de sauvegarde des entreprises ; – le projet de loi relatif aux dates de renouvellement des conseils municipaux et des conseils généraux. Un autre important projet de loi a été par ailleurs soumis, en raison de son contenu, à un examen conjoint de la Section de l'intérieur, de la Section sociale et de la Section des travaux publics, celui de programmation pour la cohésion sociale.

La Section a examiné un nombre particulièrement élevé de **textes pris dans le cadre du régime des ordonnances** : un projet de loi de simplification du droit qui comporte plusieurs habilitations données au Gouvernement à prendre des mesures par ordonnance, neuf projets de lois de ratification d'ordonnance et seize projets d'ordonnance, tous ces derniers pris en vertu d'une loi d'habilitation prise elle-même sur le fondement de l'article 38 de la Constitution (pour le plus grand nombre d'ordonnances, la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, mais aussi la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étran-



gers en France et à la nationalité et la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française). Nombre de ces projets d'ordonnance ont eu pour objet d'étendre et d'adapter à l'outre-mer diverses législations applicables à la France métropolitaine ; on citera en particulier le projet d'ordonnance relatif aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les collectivités d'outre-mer, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises. D'autres projets d'ordonnance ont eu pour objet l'élaboration de codes : ainsi la partie législative du Code de la recherche, celle du Code du patrimoine et celle du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Enfin plusieurs projets d'ordonnance ont porté, comme indiqué dans le bilan consacré à l'Assemblée générale, sur la simplification du droit.

Parmi les 175 projets de décret réglementaire soumis à la Section, méritent d'être cités le projet de décret relatif aux pouvoirs des préfets de région et de département et à l'action des services et organismes publics de l'État dans les régions et les départements, le projet de décret pris pour l'application de l'article 8-4 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France et portant création à titre expérimental d'un traitement automatisé des données à caractère personnel relatives aux ressortissants étrangers sollicitant la délivrance d'un visa, le projet de décret portant réforme de la procédure en matière familiale ainsi que le projet pris pour l'application de l'article L. 524-16 du Code du patrimoine et relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive. Un projet de décret de codification a été également examiné portant sur la partie réglementaire du Code de l'éducation.

Le Conseil d'État a été également amené à répondre à **plusieurs demandes d'avis** ; trois demandes justifient d'être tout particulièrement citées : – la première a trait au projet de décision cadre du Conseil de l'Union européenne relative à l'application du principe « *non bis in idem* » ; – la deuxième est relative à la nature de la mission assumée par la Cinémathèque française et aux conditions dans lesquelles cette mission lui est confiée ; – la troisième porte sur la proposition de directive européenne relative aux services dans le marché intérieur, prévoyant notamment, en son article 16, une application généralisée du principe du pays d'origine, selon lequel « *les prestataires de service sont soumis uniquement aux dispositions nationales de leur État membre d'origine...* » ; cette demande d'avis présente l'intérêt particulier d'être intervenue parallèlement à la saisine des assemblées parlementaires sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution (*cf. infra*).

Il est à noter également que le Conseil d'État a été saisi par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'un projet de loi du pays relatif aux procès-verbaux de palabres coutumiers.

La Section tient à relever qu'elle n'a pu examiner selon la procédure normale le projet de loi relatif à la lutte contre l'homophobie, compte tenu d'une urgence particulière évoquée par le Gouvernement, dont il n'est au demeurant pas apparu qu'elle ait été pleinement vérifiée.



## Principes constitutionnels et libertés publiques

Saisie d'un projet de loi relatif à l'application du **principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics**, l'Assemblée générale du Conseil d'État a émis un avis favorable à l'introduction dans le Code de l'éducation d'une disposition prohibant dans ces établissements « *le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une conviction religieuse* ». Il est apparu au Conseil d'État qu'en égard notamment aux constatations faites par la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, une telle disposition ne méconnaissait aucun principe constitutionnel et n'était pas incompatible avec les engagements internationaux de la France. Le Conseil d'État a relevé par ailleurs dans son examen qu'en raison de son contenu le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité n'avait pas pour objet la fixation des conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique, ce qui, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aurait imposé qu'il s'applique à l'ensemble du territoire de la République. Et il a estimé qu'il touchait à la détermination des principes fondamentaux de l'enseignement au sens de l'article 34 de la Constitution. En conséquence, le Conseil d'État a décidé qu'il convenait d'exclure de son champ d'application, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, exception faite pour cette dernière des établissements d'enseignement du second degré relevant de la compétence de l'État, au motif que des lois organiques prises sur le fondement respectivement des articles 74 et 77 de la Constitution ont donné compétence à ces collectivités dans le domaine de l'enseignement.

Lors de l'examen du projet de loi relatif aux **dates de renouvellement des conseils municipaux et des conseils généraux**, le Conseil d'État a estimé que la concomitance, en 2007, de cinq échéances électorales justifiait le report limité des élections locales, à la condition toutefois que soit préservée leur antériorité par rapport au renouvellement partiel du Sénat.

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret fixant certaines modalités d'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux **conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France**, le Conseil d'État a rappelé l'obligation qui s'imposait au Gouvernement, à l'instar des autres pouvoirs publics et des autres autorités juridictionnelles, de respecter la chose jugée par le Conseil constitutionnel, en particulier pour ce qui est des réserves d'interprétation énoncées par ce dernier dans ses décisions statuant sur la conformité d'une loi à la Constitution. Le Conseil d'État a noté que dans sa décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 par laquelle il s'est prononcé sur la constitutionnalité du texte qui est devenu la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, le juge constitutionnel avait, par des motifs qui sont le support nécessaire du dispositif de cette décision, relevé à propos du maintien en rétention, au-delà de quarante-huit heures, puis d'une prolongation du maintien en rétention d'un étranger ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire, « *que l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* ». Le Conseil d'État a constaté, à cet égard, que le texte du projet de décret se bornait à régler le cas où l'étranger, en dehors des audiences au cours



desquelles est examiné son maintien en rétention ou la prolongation de ce maintien, demanderait qu'il y soit mis fin ; il était en revanche muet quant à l'intervention du juge des libertés et de la détention « *de sa propre initiative* ». Le Conseil d'État a estimé indispensable de compléter le projet pour se conformer à la chose jugée par le Conseil constitutionnel et d'écarter par avance un moyen tiré de l'incompétence négative du pouvoir réglementaire.

Conduit à l'occasion d'une demande d'avis sur une proposition de décision cadre du Conseil de l'Union européenne relative à l'application du **principe « non bis in idem »**, à se prononcer sur les risques d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale par l'élargissement du champ d'application dudit principe, le Conseil d'État a estimé que si cet élargissement du champ d'application de la règle « *non bis in idem* » au sein de l'Union européenne ne se heurtait pas à des obstacles d'ordre constitutionnel au regard de l'auteur de l'infraction ou du lieu de commission de celle-ci, il en allait différemment dans le cas des infractions ayant pour but de réprimer les « *atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation* » qui font l'objet du titre premier du livre IV du Code pénal. Pour le Conseil d'État, de telles infractions qui concernent en particulier la trahison, l'espionnage, l'attentat ou le complot de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ainsi que des atteintes à la Défense nationale, se rattachent aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Il a estimé dès lors que la possibilité pour les juridictions nationales de réprimer ces infractions, malgré l'intervention d'un jugement définitif émanant d'un autre État membre de l'Union européenne, devait, pour des motifs d'ordre constitutionnel, être maintenue, en soulignant toutefois que le principe de proportionnalité impliquait qu'en pareil cas, le juge national prenne en compte la condamnation déjà intervenue dans un autre État membre.

Consulté sur le projet de décret pris à la suite de la nouvelle rédaction des articles 706-54 à 706-56 du Code de procédure pénale et étendant le **champ d'application du Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)**, la Section de l'intérieur a estimé qu'en raison des objectifs assignés au FNAEG, il était légalement possible d'y enregistrer, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 706-54, non seulement les empreintes génétiques issues d'un cadavre non identifié ou celles d'une personne disparue recueillies dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte, mais également des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dès lors que les intéressés peuvent, pendant la durée normale de conservation fixée à vingt-cinq ans, demander à tout moment au procureur de la République l'effacement de l'enregistrement les concernant.

À l'occasion du **projet de loi de sauvegarde des entreprises**, le Conseil d'État a relevé que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective en cas de jugement prononçant la faillite personnelle ne saurait, sauf à méconnaître l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution, revêtir un caractère automatique. Elle a estimé qu'il revenait au tribunal d'en apprécier la nécessité en tenant compte des circonstances propres à l'espèce et qu'en outre, la décision de justice prononçant l'incapacité ne pouvait produire effet que si elle avait acquis un caractère définitif et avait été notifiée à l'intéressé.



Lors de l'examen du projet d'ordonnance relatif aux **conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les collectivités d'outre-mer**, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, le Conseil d'État a disjoint le report au 1<sup>er</sup> janvier 2010 de l'entrée en vigueur des dispositions précisant les conditions d'exercice du droit au regroupement familial à Mayotte. Il a estimé que, comme il l'avait déjà indiqué précédemment, la Constitution impose au législateur de garantir l'exercice de ce droit à valeur constitutionnelle.

## **Pouvoirs publics et règles d'organisation du service public**

### **Décrets de promulgation des lois**

Examinant un projet d'ordonnance relatif aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs qui abroge les ordonnances royales du 27 novembre 1816 et du 18 janvier 1817 permettant de « *hâter l'exécution des lois* », le Conseil d'État a estimé nécessaire d'y substituer une procédure permettant, au cas où un motif d'urgence surviendrait entre le dernier vote du Parlement et la promulgation, de faire l'économie du délai d'un jour entre la publication au *Journal officiel* et l'entrée en vigueur qui devient la règle de droit commun pour les lois qui n'en ont pas disposé autrement. Il lui a paru possible de conférer cette prérogative au Président de la République dans le cadre du décret de promulgation qu'il prend sur le fondement de l'article 10 de la Constitution et qui n'est pas au nombre des actes dispensés du contreseing par l'article 19.

### **Établissements publics**

Le Conseil d'État a été amené à préciser la **notion de rattachement d'un établissement public à une collectivité**. Il a rappelé que le rattachement d'un établissement public à une personne publique déterminée (État ou collectivité territoriale) est distinct de la tutelle exercée sur cet établissement, laquelle incombe à l'État. Dans le cas particulier des établissements publics locaux d'enseignement, il a privilégié un argument de texte en estimant qu'il résultait des dispositions des articles L. 421-1 à L. 421-23 du Code de l'éducation que ces établissements devaient être regardés comme rattachés à une collectivité territoriale (département dans le cas des collèges conformément aux articles L. 213-1 à L. 213-9 du code précité et région, s'agissant des lycées, en vertu des articles L. 214-5 à L. 214-11 dudit code).

Pour ce qui est des **associations syndicales de propriétaires** autorisées ou constituées d'office, qui sont des établissements publics administratifs, il a estimé qu'elles ne pouvaient être regardées comme rattachées à une collectivité territoriale et qualifiées d'établissements publics locaux, dès lors que de telles associations ne constituent le démembrement ou le prolongement d'aucune collectivité territoriale en particulier, que leur périmètre peut s'étendre sur le territoire de plusieurs communes, voire de plusieurs départements ou régions et que, de plus, aucune collectivité territoriale n'est appelée à



intervenir nécessairement dans leur création, dans la composition de leurs organes de direction ou dans leur financement. L'Assemblée générale a toutefois réservé la question de savoir si de telles associations devaient, pour reprendre les termes d'un avis de la Section des finances du 16 juin 1992 rendu à propos des chambres de commerce et d'industrie, être « *techniquement* » rattachées à l'État. Elle a estimé qu'elles étaient placées sous la tutelle de l'État tout en étant soumises à des règles propres d'organisation et de fonctionnement définies par le texte soumis à son examen.

Le Conseil d'État a également précisé sa position quant à certaines mesures **d'organisation des établissements publics**. Il a ainsi estimé que bien qu'il soit souhaitable sur un plan général que les fonctions de président du conseil d'administration et celles de directeur général soient distinctes au sein d'un établissement public, il n'y avait pas d'objection au choix fait par le Gouvernement de les réunir entre les mains d'une même personne, dans le cas de l'Institut national de la recherche agronomique (INRA), du Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) et du Musée du quai Branly. La Section a estimé cependant que la concentration des pouvoirs ainsi réalisée devait s'accompagner d'un exercice effectif par le conseil d'administration d'attributions essentielles. Les projets de décret soumis à son examen ont été complétés en ce sens.

### Services publics

Saisie des conditions dans lesquelles la **Cinémathèque française** remplit ses missions, en bénéficiant d'une aide de l'État versée dans le cadre d'une convention d'objectifs, ainsi que de la mise à disposition de locaux acquis par l'État, la Section de l'intérieur a estimé que si la Cinémathèque française devait être regardée comme gérant une mission de service public, cette mission ne correspondait pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public, mais s'analysait en la reconnaissance par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante accordée annuellement par le canal du CNC et que de ce fait la convention d'objectifs définissant l'objet, le montant et les modalités générales d'emploi de l'aide publique qui est consentie à la Cinémathèque, conformément aux prescriptions de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, n'était pas soumise à la réglementation applicable aux délégations de service public.

## Établissements d'utilité publique

La Section a également été amenée à préciser sa jurisprudence en matière de fondations et d'associations reconnues d'utilité publique, ainsi que de dons et legs.

Pour ce qui est des **fondations**, le Conseil d'État a précisé les exigences lui paraissant s'imposer pour la reconnaissance d'utilité publique de fondations à vocation d'approfondissement de la réflexion politique et proches de formations politiques, comme la fondation pour l'innovation politique et la fondation Gabriel Péri. Une première exigence consiste à faire en sorte que l'objet



statutaire et les moyens susceptibles d'être mis en œuvre par la fondation ne puissent apparaître comme permettant de tourner la législation sur le financement des partis politiques ; il a ainsi notamment estimé nécessaire de faire préciser que la fondation ne devrait pas assurer la formation des militants par l'organisation de « *cours* » ou que soit proscrite la publication d'un bulletin d'information centré sur l'actualité la plus récente qui apparaîtrait comme la lettre interne d'un parti. Une seconde exigence a trait à la pérennité du financement de la fondation ; le Conseil d'État a demandé que les justifications appropriées lui soient apportées.

Le Conseil d'État a par ailleurs précisé les dérogations susceptibles d'être apportées, sur le fondement du droit local alsacien-mosellan, aux statuts types des fondations, admettant de telles dérogations pour ce qui est de la composition du conseil d'administration, mais estimant que le particularisme du droit local ne permettait pas de s'écarter de la règle traditionnelle, destinée à sauvegarder les intérêts de la fondation, selon laquelle le conseil d'administration ne peut accorder au bureau une délégation permanente en matière de cessions, d'acquisitions de biens mobiliers et immobiliers ou d'acceptation de dons et legs, qu'en deçà d'un montant déterminé par ce conseil.

Pour ce qui est des **associations**, le Conseil d'État a été amené à préciser que rien ne faisait obstacle à ce qu'une association composée exclusivement de personnes morales puisse être reconnue d'utilité publique ou à ce que l'actif d'une association dissoute soit dévolu à une association régie par une loi étrangère, dès lors que cette association poursuit un but analogue à celui de l'association dissoute.

Pour ce qui est des **dons et legs**, le Conseil d'État a rappelé que les libéralités consenties aux communes ne relevaient pas des dispositions de l'article 7 de la loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons et legs, qui soumet l'acceptation de ceux-ci à autorisation en cas de réclamation des familles. En vertu des articles L. 2131-1 et L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales, les délibérations des conseils municipaux acceptant des dons et legs sont en effet exécutoires de plein droit dès leur réception par le représentant de l'État dans le département ; les communes n'ont dès lors pas besoin d'obtenir une autorisation avant d'accepter de tels dons et legs.

## Problèmes de compétence

Parmi les problèmes de compétence, ceux relatifs à la **répartition de compétence entre la loi et le règlement** se sont rencontrés à l'occasion de l'examen des projets d'ordonnance portant codification des Codes de la recherche et du patrimoine.

Le Conseil d'État a déjà eu à se prononcer, dans ce cadre, sur la répartition de compétence entre loi et règlement à propos de deux établissements publics, le Centre national d'études spatiales (CNES) et le Commissariat à l'énergie atomique (CEA). Dans les deux cas, il a estimé que ces deux établissements ne pouvaient être rattachés à une catégorie existante d'établissements publics nationaux ayant une spécialité analogue et soumis à des règles communes d'organisation et de fonctionnement. Il a estimé que devaient en conséquence



figurer, dans la partie législative du Code de la recherche, l'ensemble des règles constitutives de ces établissements, qui relèvent du législateur, ce qui a conduit, s'agissant par exemple du CEA, à y inclure les dispositions relatives au cadre général des missions confiées à cet établissement, au comité de l'énergie atomique, à la détermination des catégories de personnes représentées au conseil d'administration, à l'administrateur général et au haut-commissaire.

Le Conseil d'État a également, dans le même souci du respect de la répartition de compétence entre la loi et le règlement, disjoint de la partie législative du Code de la recherche, les dispositions instituant le Conseil supérieur de la recherche et de la technologie, compte tenu de ce que la création auprès d'une autorité administrative de l'État d'un organisme exerçant des compétences de nature exclusivement consultative, sans viser à garantir le respect d'un principe relevant lui-même du domaine de la loi, n'entre dans aucune des matières ressortissant à la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution ou d'autres dispositions du texte constitutionnel. Il a procédé de même lors de l'examen du projet de loi relatif à la modernisation de la sécurité civile, pour ce qui est de la création par la loi d'un conseil national, et de conseils départementaux de la sécurité civile.

En revanche, le Conseil d'État n'a pas estimé possible qu'il soit procédé, à l'occasion de la codification, à l'abrogation de **dispositions dépourvues de caractère normatif**, aussi bien législatives que réglementaires, telles les dispositions du Code de la recherche définissant en termes très généraux les objectifs de la politique de la recherche. Les dispositions codifiées sont en effet, selon les termes même des différentes lois de codification, celles en vigueur au moment de la publication des textes de codification, « *sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et de la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit* ». Il est possible sur cette base d'assurer le respect de la répartition de compétence entre la loi et le règlement ; il n'est pas possible par contre de supprimer des dispositions dépourvues de caractère normatif, dès lors notamment que les modifications nécessaires pour « *harmoniser l'état du droit* » doivent, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *se borner à remédier aux incompatibilités entre des dispositions soumises à codification* ».

Cette position du Conseil d'État est susceptible d'évoluer à l'avenir compte tenu de la jurisprudence toute récente du Conseil constitutionnel (décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004) qui a rappelé que le principe de clarté qui découle de l'article 34 de la Constitution et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. En conséquence, il a déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

L'exercice de codification a été également l'occasion d'assurer le respect de la **distinction entre loi organique et loi ordinaire** (ou ordonnance prise sur le fondement de l'article 38). Une codification ne pourrait, le cas échéant, introduire dans un code des dispositions issues d'une loi de finances et ressortissant au domaine réservé à ce type de loi que sous la forme d'une disposition suivie et sans pouvoir procéder à l'abrogation du texte d'origine. *A fortiori*,



est-il exclu qu'un code puisse comprendre dans sa partie législative une disposition relevant matériellement du domaine exclusif de la loi de finances sans résulter formellement d'un texte ayant ce caractère. En conséquence, une disposition issue d'une loi ordinaire destinée à assurer le contrôle du Parlement sur l'usage des crédits publics affectés à la recherche lors de l'examen de la loi de finances, et qui en vertu de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 relève du domaine exclusif de la loi de finances, n'a pu être reprise dans le Code de la recherche établi par voie d'ordonnance.

La question de la répartition de compétence entre la loi et le règlement a été également un aspect important de l'examen du projet d'ordonnance portant actualisation, simplification et clarification des dispositions applicables aux associations syndicales de propriétaires. La Section de l'intérieur a déduit de ce qu'aucune collectivité territoriale n'est appelée à intervenir nécessairement dans la création de ces associations, ni dans la composition de leurs organes de direction ou dans leur financement, que la compétence de la loi avait, en ce qui concerne lesdites associations, pour fondements, au regard de l'article 34 de la Constitution, la détermination des règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics ainsi que des principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles et que cette compétence ne pouvait en revanche reposer sur l'alinéa de l'article 34 relatif à la fixation par la loi des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. En conséquence, le Conseil a supprimé dans le texte du projet plusieurs dispositions pour le motif qu'elles ressortissaient de la compétence du pouvoir réglementaire, en particulier celles relatives aux règles budgétaires et comptables applicables ainsi qu'aux modalités d'exercice de la tutelle de l'État.

Le Conseil d'État a été également amené, à l'occasion de l'examen de deux textes, le projet de loi de sauvegarde de l'entreprise et le projet d'ordonnance portant réforme des valeurs modifiées émises par les sociétés commerciales, à préciser la répartition de compétence entre la loi et le règlement, à propos des règles de procédure. Celles-ci ne relèvent en principe du législateur que pour ce qui est de la procédure pénale ou lorsqu'est institué un délai de prescription. Pour le reste, les règles de procédure relèvent du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État a toutefois estimé que le législateur, auquel il appartient de fixer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, et en particulier le droit des entreprises en difficulté, soit en attachant des effets de droit spécifiques au traitement amiable, soit en organisant le traitement judiciaire, est habilité, dans le cadre de l'exercice de sa compétence en ces matières, à déterminer celles des règles de procédure qui sont indissociables du fond du droit applicable.

## Outre-mer

À l'occasion des très nombreux textes qu'elle a eu à examiner et touchant à l'outre-mer, la Section de l'intérieur a été amenée à apporter de très nombreuses précisions sur le régime applicable aux différentes collectivités publiques intéressées :



– Elle a estimé que faisaient partie des lois dites de souveraineté qui s’appliquent de plein droit dans toutes ces collectivités, les lois relatives à la nationalité (projet d’ordonnance relatif aux conditions d’entrée et de séjour des étrangers dans les collectivités d’outre-mer, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises). Elle a estimé inversement à l’occasion de l’examen du projet de Code de la recherche, que ne pouvaient se rattacher à la notion de loi de souveraineté les articles liminaires de différents textes de loi énonçant en termes généraux des objectifs poursuivis par une loi. L’exercice de codification a également conduit la Section de l’intérieur à rappeler que, s’agissant des collectivités d’outre-mer, ne peuvent être codifiées dans un code établi par l’autorité étatique que les dispositions relatives à des matières qui relèvent de la compétence de l’État lors de l’élaboration dudit code. En conséquence, n’ont pas été codifiées dans la partie législative du Code du patrimoine, des dispositions demeurées applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, mais qui sont du ressort de ces dernières en raison des règles actuelles du partage de compétence entre l’État et chacune de ces collectivités.

– Elle a rappelé qu’en application du IV de l’article 62 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l’outre-mer, les rapports de présentation des ordonnances prises sur le fondement de l’article 62-I 4° d) de cette loi devaient être publiés au *Journal officiel*.

– Elle a estimé que dès lors qu’il respecte les exigences de nature constitutionnelle ou conventionnelle s’imposant à une loi de validation, rien ne s’opposait à ce que, dans l’exercice de sa compétence, le congrès de Nouvelle-Calédonie valide un acte administratif ; elle a admis dès lors qu’un projet de loi du pays (relatif aux procès-verbaux coutumiers) puisse valider la délibération du 20 septembre 1995 fixant la procédure d’établissement des procès-verbaux de palabre de la province des îles Loyauté. La Section a estimé également que, pour faciliter la compréhension des normes qu’il édicte, le congrès pouvait rappeler les termes de la loi et en particulier de la loi pénale et, par exemple déduire, par rappel des dispositions de l’article 441-4 du Code pénal, de ce qu’un projet de loi du pays conférerait à des procès-verbaux de palabres coutumiers le caractère d’acte authentique, que le faux commis dans un procès-verbal de palabre de nature authentique était punissable des peines d’amende et d’emprisonnement prévues audit article.

– Pour ce qui est du droit commercial, le Conseil d’État a relevé, s’agissant de la Nouvelle-Calédonie, que la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie faisait figurer dans son article 21-II. 4° au nombre des compétences de l’État, « *le droit commercial* », tout en rangeant dans la sphère de compétence de la Nouvelle-Calédonie, par son article 22 (15°), la réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels. Prenant alors en compte tant la position adoptée par la jurisprudence dégagée sous l’empire de la loi du 28 décembre 1976 que l’application faite localement de la législation métropolitaine sur les commissaires aux comptes des sociétés, il a admis que la réglementation de cette profession faisait partie intégrante du « *droit commercial* » et relevait par suite de la compétence de l’État aussi longtemps qu’un transfert de cette matière aux autorités locales ne serait pas intervenu par application de l’article 26 de la loi organique. À l’occasion du même examen et s’agissant de la Polynésie fran-



çaise, le Conseil d'État a tiré les conséquences de ce que la loi organique n° 2004-193 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française a donné compétence à cette collectivité d'outre-mer en matière de droit commercial. Il a estimé qu'il s'ensuit que, sauf à intervenir par voie de loi organique, le législateur métropolitain ne saurait désormais exercer de compétence en ce domaine en Polynésie et qu'à ce titre, lorsqu'il abroge une loi relative au droit commercial qui s'applique en Polynésie française, il ne peut, sans méconnaître la loi organique, étendre l'abrogation à la Polynésie. Dans ces conditions, il a estimé que l'abrogation, par un article de la loi n° 64-697 du 10 juillet 1964 relative au groupement des actions cotées qui avait été étendue dès l'origine aux territoires d'outre-mer, ne pouvait viser la Polynésie française et il a été jugé opportun de le spécifier expressément.

– S'agissant des Terres australes et antarctiques françaises, saisi d'un projet de décret ayant pour objet principal de déterminer les dispositions législatives et réglementaires qui, par dérogation au principe de spécialité législative, y seraient applicables de plein droit, le Conseil d'État a estimé qu'un tel objet relevait du « régime législatif » de cette collectivité, que l'article 72-3 de la Constitution réserve à la compétence du législateur, et qu'il excédait le champ de l'habilitation que l'article 7 de la loi du 6 août 1955 a donnée au pouvoir réglementaire pour régler les modalités d'application de celle-ci.

À l'occasion de la transposition d'une directive, celle n° 85/374/CEE du 7 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait de produit défectueux, le Conseil d'État a relevé que même s'il n'en a pas l'obligation au regard du droit communautaire en raison de la spécificité du statut d'association applicable aux pays et territoires d'outre-mer prévu par l'article 299-3 du traité CE, l'État dispose de la faculté, dans sa sphère de compétence, de rendre applicable dans les collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie et en Nouvelle-Calédonie, une loi procédant à la transposition en droit interne d'une directive. Il a estimé qu'il devait être fait usage de cette faculté à propos de la modification apportée par un projet de loi aux articles 1386-2, 1386-7 et 1386-12 du Code civil relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux à la suite de la condamnation de la République française par la Cour de justice des Communautés européennes pour transposition incorrecte de la directive 85/374/CEE du 7 juillet 1985 opérée par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998. En effet, dès lors qu'en vertu de son article 22 cette loi a été rendue applicable dans les territoires d'outre-mer et à Mayotte, il était, selon le Conseil d'État, opportun d'y étendre pareillement les dispositions la modifiant afin d'éviter la coexistence de règles différentes sur le territoire de la République qui risquerait d'entraîner des difficultés quant à la détermination du droit applicable à des contrats ayant des effets tant en métropole que dans les collectivités d'outre-mer. Toutefois, la Polynésie française a dû être exclue de l'extension dans la mesure où le droit des contrats n'est plus une matière de la compétence de l'État en vertu des articles 13 et 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.



## Statistiques

Entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2004, la Section de l'intérieur a tenu 109 séances et participé à une séance de Sections réunies. Pendant cette période, la Section a examiné 411 textes, dont 45 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1  
Répartition par nature des textes examinés

	2000	2001	2002	2003	2004
Lois	16	10	15	20	22
Ordonnances	12	1	4	6	16
Lois du pays	-	-	-	-	1
Décrets réglementaires	123	135	180	144	175
Décrets individuels, arrêtés et décisions	258	241	179	163	191
Avis	20	7	14	14	6
<b>Total</b>	<b>429</b>	<b>394</b>	<b>392</b>	<b>347</b>	<b>411</b>

Tableau 2  
Délais d'examen des textes législatifs en 2004

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
22	4	4	11	3

Tableau 3  
Répartition par ministère des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuel et arrêtés	Avis	Loi du pays	Total
Premier ministre	-	-	5	-	3	-	8
Culture et Communication	1	1	16	-	1	-	19
Education – enseignement supérieur – recherche	3	2	18	9	-	-	32
Intérieur	4	2	61	182	-	-	249
Jeunesse, sports, vie associative	-	-	9	-	-	-	9
Justice	9	7	53	-	-	-	69
Outre-mer	2	2	13	-	-	-	17
Autres ministères	3	2	-	-	2	-	7
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	-	1	1
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>16</b>	<b>175</b>	<b>191</b>	<b>6</b>	<b>1</b>	<b>411</b>



Tableau 4  
Répartition par matière des textes examinés

	2000	2001	2002	2003	2004
Administration départementale et communale	27	22	17	21	13
Associations et fondations (sauf dons et legs)	131	123	95	70	104
Communication-Culture	11	27	42	28	17
Congrégations et cultes (sauf dons et legs)	33	17	19	20	26
Déclarations d'utilité publique	6	4	6	8	9
Dons et legs	76	89	54	56	42
Droit administratif et constitutionnel	3	2	6	7	16
Droit civil et procédure civile	5	5	7	2	10
Droit commercial	6	4	8	2	14
Droit pénal et procédure pénale	9	9	10	8	7
Élections	4	1	4	14	12
Enseignement	18	9	18	10	17
Fonction publique territoriale	10	15	15	20	16
Organisation administrative	13	14	21	13	30
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	7	14	10	19	28
Outre-mer	46	27	21	12	11
Police	15	4	16	31	19
Sports-jeunesse	9	8	19	3	9
Divers	-	-	4	3	11
<b>Total</b>	<b>429</b>	<b>394</b>	<b>392</b>	<b>347</b>	<b>411</b>





## Section des finances

La Section des finances s'est réunie à 90 reprises en 2004. Elle a examiné trois projets de loi de finances, 71 projets de loi (dont 53 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 18 projets d'ordonnance et quatre projets de loi du pays. La Section a également examiné 219 projets de décret réglementaire.

Elle a enfin répondu à deux demandes d'avis du gouvernement en matière fiscale, à une demande d'avis concernant les pensions civiles et militaires, à une demande d'avis sur le droit de poursuite dans le cadre de la coopération transfrontalière et une demande d'avis sur la notation du procureur près le tribunal des armées.

Elle a eu à délibérer de projets réalisant d'importantes réformes (comme le projet d'ordonnance sur le contrat de partenariat – déjà mentionné dans le bilan consacré à l'Assemblée générale –, le projet de décret relatif à la retraite additionnelle de la fonction publique, les projets de décret portant réforme du régime des pensions des ouvriers de l'État) ou réorganisant des secteurs importants du droit positif (comme le projet d'ordonnance concernant l'adoption de la partie législative du Code de la défense ou encore le projet de loi relatif au statut général des militaires).

Au-delà des problèmes de fond et des aspects juridiques propres aux textes qu'elle a examinés, la Section des finances a été amenée à résoudre certaines questions de principe ou d'interprétation qu'il paraît utile d'exposer.

## Pouvoirs publics

### Élections

À l'occasion de l'examen du projet de loi de simplification du droit, le Conseil d'État a disjoint une disposition tendant à autoriser le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures permettant de constituer une liste électorale unique dans chaque poste diplomatique et consulaire. Le Conseil d'État, tout en soulignant l'intérêt de ce projet du point de vue d'une bonne administration, a relevé que sa mise en œuvre était subordonnée à l'abrogation des dispositions de la loi organique n° 76-97 du 31 janvier 1976 sur le vote des Français établis hors de France pour l'élection du Président de la République, qui



prévoient une liste électorale pour chaque centre de vote, distincte des listes électorales pour l'élection des membres du Conseil supérieur des Français de l'étranger. Constatant que la loi organique n° 76-97 du 31 janvier 1976 n'avait pas été modifiée en ce sens et qu'il n'était pas même saisi d'un projet ayant cet objet, le Conseil d'État a donc disjoint la mesure envisagée.

## **Autonomie locale**

Le Conseil d'État, n'a pu donner un avis favorable à un projet de loi autorisant l'approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale signée à Strasbourg le 15 octobre 1985, dans le cadre du Conseil de l'Europe, pas plus qu'il ne l'avait fait lors d'un premier examen du même texte le 5 décembre 1991.

En vertu de l'article 55 de la Constitution, cet engagement international aurait en effet, si sa ratification était autorisée par le Parlement, une autorité supérieure à celle de la loi et tout texte législatif ultérieur portant sur les matières qu'il régit devrait être compatible avec ses stipulations. C'est donc au regard des différences et des contradictions que présentent ses clauses avec les principes régissant le droit français des collectivités locales que doit être appréciée la possibilité de le ratifier.

Si plusieurs des interrogations suscitées par cette Convention en 1991 ont pu être levées depuis lors (administration par des conseils élus au suffrage universel direct ; compétences réservées aux échelons les plus proches des citoyens ; existence de ressources adaptées ; coopération des collectivités locales avec leurs homologues étrangères), plusieurs stipulations de la Charte demeurent en contradiction avec des principes juridiques régissant les collectivités locales françaises, sans que la nécessité apparaisse de remettre en cause ces principes. Il en va ainsi :

- 1) de la stipulation de l'article 3, 2<sup>e</sup> paragraphe de la Charte relative aux conseils locaux élus « pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux », qui doit s'interpréter non comme la faculté mais comme l'obligation pour la loi nationale d'appliquer un tel régime de responsabilité politique aux exécutifs locaux là où ils existent, alors que le droit commun applicable aux collectivités locales françaises exclut cette responsabilité ;
- 2) de l'article 4, 6<sup>e</sup> paragraphe de la Charte aux termes duquel « les collectivités locales doivent être consultées, autant qu'il est possible, en temps utile et de façon appropriée, au cours des processus de planification et de décision pour toutes les questions qui les concernent directement », stipulation qui, par sa généralité et sa formulation impérative, induirait une obligation de consultation sur un très vaste ensemble de textes alors que les textes et usages actuels assurent en pratique un dialogue suffisant avec les représentants des élus locaux et que, dans le domaine législatif, le Sénat exerce la représentation de ces collectivités ;
- 3) de l'article 7, 2<sup>e</sup> paragraphe qui requiert que l'indemnisation des élus locaux comporte, outre la couverture adéquate des frais de mandat, « le cas échéant, la compensation financière des gains perdus ou une rémunération du travail accompli », alors que l'article L. 2123-17 du Code général des collectivités territoriales dispose que « les fonctions de maire, d'adjoint et de conseiller municipal sont gratuites » et que les indemnités de fonctions prévues aux articles L. 2123-20 et suivants ont un caractère forfaitaire et sont dépourvues



de tout lien avec les rémunérations perdues ou avec le travail accompli dans le cadre du mandat ;

4) de l'article 9, 3<sup>e</sup> paragraphe qui exige qu'« une partie au moins » des ressources des collectivités locales provienne « de redevances et d'impôts locaux dont elles ont le pouvoir de fixer le taux, dans les limites de la loi » alors que, sur ce même sujet essentiel, la loi organique pour l'application du 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 72 de la Constitution (article LO 1114-2 du CGCT) prévoit que « les ressources propres des collectivités territoriales sont constituées du produit des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif, ou dont elle détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, des redevances pour services rendus, des produits du domaine, des participations d'urbanisme, des produits financiers et des dons et legs », dispositions qui permettent au législateur d'affecter aux collectivités des ressources fiscales dont elles ne fixeraient pas le taux.

S'agissant d'un domaine qui touche, de manière essentielle et durable, aux institutions de la République, le Conseil d'État a estimé qu'il n'y a lieu de limiter les pouvoirs du Parlement, par la voie d'engagements internationaux, qu'avec une très grande prudence et pour des motifs impérieux.

## Dispositions économiques et financières

### **Commande publique**

Le Conseil d'État a notamment été saisi d'un projet d'ordonnance sur les contrats de partenariat. Outre celui de la répartition des dispositions entre la loi et le règlement, dont il a déjà été fait mention dans le bilan consacré à l'Assemblée générale, ce texte posait des problèmes nombreux. Le Conseil d'État a notamment été conduit à examiner :

- la question de la qualification des contrats de partenariat au regard du droit communautaire des marchés publics et celle de leur place dans l'ensemble des contrats de commande publique ;
- les hypothèses dans lesquelles de tels contrats pourront être légalement utilisés, compte tenu de la position prise par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi habilitant le Gouvernement à prendre l'ordonnance ;
- les conditions de leur passation, en particulier les modalités d'une évaluation préalable obligatoire et l'organisation de la procédure de dialogue compétitif ;
- la définition des éléments qui devront faire l'objet de clauses expresses dans les contrats (durée, détermination du prix payé au cocontractant, modalités du partage des risques, attribution de droits réels et préservation de l'affectation et de l'intégrité du domaine, règlement des litiges,...).

### **Sécurité financière et nouvelles régulations économiques**

Le Conseil d'État a examiné le projet d'ordonnance portant actualisation du droit économique et financier applicable à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française, aux îles Wallis et Futuna et à Mayotte. Il a été conduit à



s'assurer que la nouvelle réglementation n'empiétait pas sur les compétences de ces territoires.

S'il résulte de leurs statuts que la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont compétentes en matière de réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics et ministériels, cela ne fait cependant pas obstacle à l'extension dans ces collectivités de la législation issue de la loi de sécurité financière et incorporée dans le Code monétaire et financier qui encadre, en tant qu'elles touchent aux produits et marchés financiers, les activités de prestation de services d'investissement, d'administration et de conservation d'instruments financiers, d'analyse financière, de placement collectif de valeurs mobilière ou de gestion de portefeuille, de conseil en investissement financier ou de démarchage bancaire et financier.

Cet encadrement a pour effet de soumettre à des conditions et contrôles particuliers l'activité de certains professionnels ou de certaines sociétés spécialisées, mais il s'insère à la fois dans le dispositif général de régulation des marchés financiers confié à l'Autorité des marchés financiers et dans le dispositif de lutte contre le blanchiment des sommes d'origine illicite, et il est inséparable de beaucoup d'autres dispositions du Code monétaire et financier. Il serait au demeurant difficile de ne le rendre applicable en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française qu'en tant qu'il s'applique aux établissements de crédit et entreprises d'investissement et à leurs salariés, et à réserver le cas des professionnels agissant en leur nom propre ou en qualité de mandataire.

Les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière qui prévoient l'obligation d'une assurance professionnelle pour les conseillers en investissements financiers et les personnes mandatées pour exercer des activités de démarchage bancaire et financier peuvent être rendues applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française sans empiéter sur les compétences propres de ces collectivités, qui incluent le droit des assurances. L'institution d'une telle obligation est en effet un élément indissociable de l'encadrement de l'exercice de ces activités et ne touche pas directement au droit des assurances.

Les dispositions de l'article 139 de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques ont pour objet de permettre la désignation de représentants de l'État au conseil d'administration d'entreprises dans lesquelles il détient une participation indirecte et minoritaire. Elles dérogent au droit commun des sociétés, de sorte qu'il n'est pas possible de les rendre applicables à la Polynésie française, compétente en matière de droit commercial. Il n'en va pas de même des dispositions de l'article 140 de cette loi, relatives à la conclusion de contrats d'entreprise pluriannuels avec les entreprises publiques.

## **Surveillance des marchés**

Saisi d'un projet d'ordonnance portant transposition de la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, le Conseil



d'État lui a donné un avis favorable bien que ce projet ne prévoie pas que l'Autorité des marchés financiers puisse, comme la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, assumer le rôle de coordonnateur de la surveillance complémentaire instituée par cette directive. Si celle-ci ne fait, à cet égard, aucune distinction entre les autorités d'agrément et de contrôle des États membres, le Conseil d'État a estimé qu'il était possible de tenir compte de l'urgence qui s'attache à l'entrée en vigueur de l'ordonnance et de la situation des compagnies financières holding mixtes dont aucune n'est susceptible de relever, aujourd'hui, du contrôle de l'Autorité des marchés financiers, prise en tant que coordonnateur. Mais, il conviendra de compléter, dans un délai raisonnable, l'ordonnance par un projet de loi dont les dispositions permettront à l'Autorité des marchés financiers de remplir ce rôle de coordonnateur.

### **Libre prestation de services et libre circulation des capitaux**

Le Conseil d'État a examiné trois articles du projet de loi de finances pour 2005 relatifs respectivement à la réforme du régime applicable aux contrats d'assurance vie investis en actions, à l'ouverture du plan d'épargne en actions (PEA), aux titres de sociétés ou aux parts d'OPCVM situés dans les États membres de l'Espace économique européen et à l'adaptation des dispositifs d'incitation fiscale du capital-risque. Le Conseil d'État s'est prononcé sur leur compatibilité avec les articles 36 et 40 de l'accord sur l'Espace économique européen prohibant toute restriction à la libre prestation de services et aux mouvements de capitaux. Était en cause une disposition qui subordonne l'ouverture aux titres de sociétés et parts d'OPCVM situés dans les États membres de l'Espace économique européen autres que ceux relevant de la Communauté européenne à la condition que ces États aient conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale.

Si cette condition a pour effet d'exclure de l'éligibilité aux mesures fiscales examinées les titres ou les parts des sociétés ou des OPCVM lorsqu'ils sont établis au Liechtenstein, pays n'ayant pas conclu avec la France une telle convention, le Conseil d'État a estimé que cette exclusion ne portait pas une atteinte illégale aux principes de la libre prestation de service ou de la libre circulation des capitaux dès lors que ce pays, qui figure sur la liste des paradis fiscaux non coopératifs publiés par l'OCDE, refuse de pratiquer l'échange d'informations à des fins fiscales et que, par suite, l'administration fiscale ne sera pas en mesure de vérifier l'éligibilité de l'investissement du contribuable au dispositif fiscal sous lequel il entend se placer.

### **Réglementation des prix**

Saisie d'un projet de décret abrogeant le décret n° 87-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France, la Section des finances a donné un avis favorable à ce projet.

Elle a relevé que le projet de décret n'avait pas à faire l'objet d'une consultation du Conseil de la concurrence. En effet, si le décret abrogé le 16 juillet



1987 a été pris sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code de commerce qui prévoit notamment que « dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence », ces dispositions n'imposent pas au Gouvernement, lorsqu'il entend supprimer une réglementation prise sur le même fondement, de consulter le Conseil de la concurrence sur le projet de suppression.

## **Consommation**

À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif aux interdictions concernant des confiseries gélatifiées, le Conseil d'État a relevé que les décrets du même type pris en application de l'article L. 221-3 du Code de la consommation disposent que les infractions aux dispositions qu'ils prévoient font l'objet systématiquement et de manière stéréotypée de sanctions pénales sans égard à la nature et à la gravité de l'infraction.

Il a suggéré en conséquence à la Commission d'examen des sanctions pénales actuellement réunie par le gouvernement de procéder à une évaluation des règles selon lesquelles les infractions au Code de la consommation sont réprimées afin de déterminer celles de ces infractions qui pourraient être réprimées par de simples sanctions administratives à l'exclusion de sanctions pénales.

## **Dispositions fiscales**

### **Égalité devant l'impôt**

S'agissant des dispositions réformant le régime des droits de succession, le Conseil d'État a considéré que le mécanisme de l'abattement de 50 000 euros sur l'actif successoral des héritiers directs et du conjoint survivant n'est pas, par lui-même, contraire au principe de l'égalité devant l'impôt dès lors qu'il se borne à modifier les règles d'assiette dans des conditions qui, indépendamment des abattements propres à chaque héritier, tiennent compte de la situation et des droits de chacun dans la succession.

En ce qui concerne un article ayant pour objet de rapprocher le régime fiscal des partenaires d'un PACS de celui des personnes mariées, le Conseil d'État a considéré que les dispositions qu'il contient visant à prévenir des abus ne sont pas contraires à l'égalité devant l'impôt au regard, d'une part, de l'objet de ces dispositions et, d'autre part, du fait qu'elles tiennent compte des particularités du PACS et, notamment, de la facilité avec laquelle un PACS peut, dans des délais très courts, être rompu puis conclu à nouveau entre les mêmes personnes, au risque de faciliter des montages à des fins exclusivement fiscales.



## Contrôle

À l'occasion de l'examen de dispositions réformant le régime de la redevance audiovisuelle, le Conseil d'État a souligné qu'il n'était pas loisible au législateur de prévoir, à l'article L. 61 B du livre des procédures fiscales, que les agents du Trésor puissent effectuer des contrôles sur place sans le consentement des redevables, sauf à organiser les garanties nécessaires et notamment l'autorisation du juge judiciaire.

À l'article L. 96 E du même livre, il a estimé que le droit de communication reconnu à l'administration auprès des diffuseurs et distributeurs de services payants de télévision ne pouvait porter que sur des informations concernant un ou plusieurs redevables nommément désignés, à l'exclusion de l'entier fichier des clients.

## Droit communautaire

Examinant un article du projet de loi de finances pour 2005 instituant un crédit d'impôt en faveur des entreprises qui, ayant cessé tout ou partie de leur activité imposable en France et l'ayant transféré hors de l'Espace économique européen, relocalisent cette activité en France, le Conseil d'État a estimé que cet article ne portait pas atteinte par lui-même à la liberté d'établissement garantie par l'article 43 du traité CE.

À propos d'un article du même projet modifiant les dispositions de l'article 209 B du Code général des impôts, le Conseil d'État a estimé que les dispositions du II de cet article 209 B excluant l'application du I lorsqu'une entreprise ou une entité juridique est établie ou constituée dans un État membre de la Communauté européenne et que l'exploitation de l'entreprise ou la détention de l'entité juridique par la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française, étaient compatibles avec le droit communautaire.

Saisi de dispositions prévoyant que les exonérations attachées au nouveau régime fiscal des entreprises participant à un projet de recherche-développement dans un pôle de compétitivité pourraient ne pas faire l'objet d'une notification préalable à la Commission des Communautés européennes dans la mesure où elles relèvent du régime des aides « *de minimis* », le Conseil d'État a relevé que ce dernier régime arrive à expiration le 31 décembre 2006 et que le gouvernement devrait en tenir compte le cas échéant en 2006 pour aménager le nouveau système d'aide fiscale qui est appelé à durer sur une période s'étendant au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2007.

## Impôt sur le revenu

Lorsque la personne qui assure le paiement à une autre personne qui n'a pas son domicile fiscal ou son siège en France des revenus visés par le 2 de l'article 119 *bis* du Code général des impôts n'a pas opéré la retenue à la source prévue par cet article ou ne l'a pas versée au Trésor, le montant brut des revenus mis en paiement sur lequel doit être appliquée la retenue à la



source comprend, en plus des produits effectivement versés au bénéficiaire, un montant égal à l'avantage résultant, pour ce dernier, de ce que la somme reçue n'a pas supporté la retenue, sous réserve de la faculté offerte au bénéficiaire par l'article L. 77 du livre des procédures fiscales de demander l'application du mécanisme dit de la « *cascade* » aux conditions du reversement prévues par cet article. Le Conseil d'État a estimé qu'il n'y a pas lieu, pour déterminer l'assiette de la retenue à la source, de distinguer les cas où la retenue à la source ne peut être légalement prise en charge par la personne qui assure le paiement des revenus, en application de l'article 1672 *bis* du Code général des impôts, des cas où elle peut l'être.

## Dispositions budgétaires

### **Mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances**

À l'occasion de l'examen d'un projet d'article de loi de finances définissant les conditions de la procédure des engagements par anticipation sur le fondement de l'article 9 de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001, le Conseil d'État s'est posé la question de savoir s'il convenait d'abroger expressément certaines dispositions législatives régissant les procédures budgétaires et antérieures à cette loi organique, voire même antérieures à l'ordonnance organique n° 59-2 du 2 janvier 1959.

L'Assemblée générale a estimé que la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 constituant une réforme d'ensemble des règles budgétaires de l'État et ayant, elle-même, abrogé l'ordonnance du 2 janvier 1959, elle devait être réputée avoir frappé de caducité les législations antérieures ayant un objet comparable. Il n'y a donc pas lieu de prévoir des dispositions particulières d'abrogation.

### **Création d'une Agence nationale pour la recherche**

Saisi d'un projet d'article de loi de finances créant une Agence nationale pour la recherche et lui affectant certains financements, le Conseil d'État a adopté la mesure prévoyant, d'une part, que le groupement d'intérêt public chargé de préfigurer la nouvelle agence pourrait bénéficier d'apports du compte d'affectation spéciale n° 902-24, d'autre part, que le montant total des dotations accordées en 2005 sur ce compte à ce GIP et à cette agence pourrait s'élever à 350 M€. Il a estimé que cette disposition législative n'imposait au gouvernement ni de créer l'agence ou d'autoriser la constitution du GIP, ni de verser la dotation de 350 M€. Les dispositions créant l'Agence ont, en revanche, été disjointes. Le Conseil d'État a, en effet, estimé que l'Agence nationale pour la recherche ne constituait pas une nouvelle catégorie d'établissement public et que la création de cette agence ne pouvait, en tout état de cause, être regardée comme un élément indissociable d'un dispositif financier d'ensemble. La possibilité offerte au compte d'affectation spéciale n° 902-24 de verser des dotations à l'Agence nationale pour la recherche et au GIP chargée de la préfigurer n'emporte aucune



conséquence quant à la création de ces deux organismes, laquelle devra intervenir selon les procédures normales, à savoir par un décret, pour l'Agence nationale pour la recherche, et par une convention, pour le GIP.

Le Conseil d'État a enfin estimé que la disposition prévoyant l'affectation à l'Agence nationale pour la recherche « *d'une partie des produits financiers issus du placement des produits des cessions d'or par la Banque de France* » n'était pas compatible avec l'indépendance de la Banque de France. Il a noté d'ailleurs que la mesure envisagée, dans sa formulation, n'était pas conforme non plus à l'article 36 de la loi organique relative aux lois de finances, lequel réserve à la loi de finances l'affectation des ressources établies au profit de l'État et ne permet pas à la loi de finances de renvoyer sans encadrement au pouvoir réglementaire le soin de réaliser l'affectation d'une ressource. La seule voie envisageable pour le législateur, sauf à passer par une modification de la convention liant la Banque de France à l'État – modification qui supposerait l'accord de la Banque de France –, aurait été d'affecter un pourcentage, défini dans la loi de finances et assorti le cas échéant d'un plafond en euros, du dividende de la Banque de France.

### **Création d'un compte de commerce**

À propos d'un projet d'article autorisant le compte de commerce « régie industrielle des établissements pénitentiaires » à procéder à des opérations de négoce connexes à ses activités de fabrication et de prestation de service, le Conseil d'État a relevé que cette régie constituait un service public industriel et commercial dont la mission était de favoriser la réinsertion des détenus en leur fournissant un travail productif et que, par suite, aucun principe ne s'opposait à l'extension de son champ d'activité à des opérations de négoce. En effet, en tant que ces opérations de négoce conduiront la régie à céder à d'autres services de l'État les biens acquis par elle, c'est le principe de la liberté d'organisation de l'État, dégagé par la jurisprudence Unipain du 29 avril 1970 (p. 280) qui trouvera à l'appliquer. Par ailleurs en tant que ces opérations de négoce permettront à la régie de devenir fournisseur de personnes publiques ou privées, le principe de la liberté de commerce et de l'industrie, qui est opérant, ne s'oppose pas à l'extension envisagée dès lors que les opérations de négoce resteront, ainsi que le prévoit l'article examiné, connexes aux activités de production ou de prestation qui constituent la mission principale de la régie.

### **Création d'un compte d'avances**

L'adossement de la redevance à la taxe d'habitation, figurant au projet de loi de finances pour 2005 a conduit le gouvernement à prévoir dans le même projet l'ouverture d'un compte d'avances afin de permettre à l'État de couvrir les déficits structurels de trésorerie qui résulteront pour les organismes de l'audiovisuel public du rythme d'encaissement de la redevance, désormais lié à celui de la taxe d'habitation.

Le Conseil d'État a accepté le principe de l'ouverture de ce compte d'avances. Il a toutefois adopté un traitement comptable différent de celui envisagé initialement par le gouvernement qui proposait d'inscrire directement en recettes du



compte le produit de la redevance tandis que les charges du compte auraient retracé les versements aux organismes de l'audiovisuel public. Cette façon de procéder lui est apparue contraire :

- aux dispositions de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 en faisant jouer au compte d'avances le rôle d'un compte d'affectation spéciale ;
- à la nature de la redevance qui est désormais une taxe directement attribuée par la loi aux organismes de l'audiovisuel public.

Le Conseil d'État a donc prévu une disposition inscrivant, en charges du compte, les « avances » aux organismes bénéficiaires de la redevance et, en ressources, les remboursements d'avances. Quant au produit de la redevance, il transitera dans un compte de tiers du Trésor public sans apparaître en tant que tel dans un compte du budget de l'État.

### **Transformation d'emploi**

Aux termes du cinquième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances : « les créations et transformations d'emplois ne peuvent résulter que de dispositions prévues par une loi de finances. Toutefois, des transformations d'emplois peuvent être opérées par décrets pris en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Ces transformations d'emplois, ainsi que les recrutements, les avancements et les modifications de rémunération ne peuvent être décidés s'ils sont de nature à provoquer un dépassement des crédits annuels préalablement ouverts ».

La Section des finances a estimé que s'il était possible d'admettre que, lorsque les dimensions d'une mesure de transformation d'emplois liée à l'élaboration d'un statut ne sont pas encore suffisamment précisées au moment de la discussion du projet de loi de finances initiale, une provision suffisamment qualifiée, inscrite dans la loi de finances, soit utilisée pour financer une mesure de transformation d'emplois non équilibrée prise par décret, il n'en allait pas de même lorsque le financement du déséquilibre était assuré, comme en l'espèce, au moins en partie par les recettes d'un fonds de concours.

### **Cavaliers budgétaires**

L'examen des projets de loi de finances a fait apparaître qu'un certain nombre de dispositions n'avaient pas leur place dans ces lois et constituaient des cavaliers budgétaires.

Ainsi dans un projet d'article abaissant l'âge de la retraite pour les fonctionnaires de l'État ayant commencé à travailler jeunes et ayant eu une longue carrière, le Conseil d'État a disjoint des dispositions étendant le bénéfice du nouveau régime aux fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraite des collectivités locales. Une telle extension, qui n'introduisait par elle-même aucune charge financière pour l'État, est, en effet, étrangère à l'objet d'une loi de finances.

Saisi d'un article modifiant la loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'État dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs et introduisant une disposition législative relative



à la gestion de la défaillance du GAN, le Conseil d'État a disjoint l'ensemble des dispositions de cet article comme étant étranger à l'objet de la loi de finances. Il a estimé que :

- cette modification des modalités de gestion des défaillances n'entraînait en tant que telle aucune conséquence directe sur les charges de l'État, dès lors qu'en particulier les sociétés de gestion continuaient d'exister et que le dispositif de garantie et de contrôle de l'État n'était pas modifié ;
- que le simple transfert de la gestion administrative et financière à la Caisse des dépôts et consignations ne pouvait davantage être regardé comme un élément indissociable d'un dispositif financier d'ensemble.

Le Conseil d'État a également disjoint des dispositions relatives au développement et au financement de l'apprentissage, qui constituent une réforme de l'organisation de l'apprentissage, laquelle est une compétence des régions et qui, n'ayant une incidence que sur un compte de tiers dans la comptabilité de l'État, dénommé « Fonds national de développement et de modernisation de l'apprentissage », n'ont pas d'effet sur les charges de l'État au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances.

En revanche, examinant trois dispositions portant réforme de la dotation globale de fonctionnement (DGF) des communes, de leurs groupements et des départements, le Conseil d'État a admis qu'elles ne constituaient pas des cavaliers budgétaires.

Il a relevé que ces réformes, qui visent notamment à mieux tenir compte de l'évolution de la population des collectivités territoriales dans le calcul des dotations qui leur sont attribuées et à améliorer les effets de péréquation de celles-ci, auront un coût direct pour l'État.

En effet, d'une part elles se traduisent par des efforts de rattrapage ou de correction de certaines composantes de la DGF (dotations de certains groupements, quotes-parts outre-mer, certaines dotations de péréquation), d'autre part elles comportent des « mécanismes amortisseurs », destinés à garantir à certaines collectivités qu'elles ne subiront pas les pertes qui devraient résulter, pour elles, de la mise en œuvre de la réforme.

## **Conventions internationales**

### **Conformité à la Constitution**

Le Conseil d'État, saisi du projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, n'a pu lui donner un avis favorable.

Il s'est référé à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985. Saisi de la question de savoir si le protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort comportait une



clause contraire à la Constitution, le Conseil constitutionnel, pour conclure que ce protocole ne portait pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale et ne contenait aucune clause contraire à la Constitution, a relevé notamment que si aux termes des stipulations du protocole n° 6, la peine de mort était abolie, elle pouvait toutefois être prévue pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre.

### **Modification de dispositions de nature législative**

Le Conseil d'État a estimé que l'accord de coopération mutuelle entre la France et le Mexique pour l'échange d'informations en vue de prévenir et combattre les opérations financières provenant d'activités illicites ou de blanchiment d'argent relevait du champ de l'article 53 de la Constitution du seul fait que son article 3 fixe aux institutions financières une règle de conservation des informations en leur possession qui, même si elle est conforme au droit interne applicable à la date de la ratification de l'accord, limite à l'avenir la liberté dont dispose le législateur de modifier la loi interne en ce domaine.

## **Fonction publique**

### **Statuts, droits, obligations et garanties**

La Section a examiné un projet de décret modifiant le décret n° 64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets, lequel, en vertu des dispositions de l'article 10 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 écartait l'application aux sous-préfets de certaines dispositions législatives et réglementaires, notamment du droit à la communication de l'intégralité du dossier individuel dans le cadre de la procédure disciplinaire.

La Section a rappelé que cette disposition dérogatoire propre aux sous-préfets et justifiée par la nature de leurs fonctions n'avait pas pour effet de remettre en cause, dans son principe, leur droit à la communication de leur dossier individuel, mais autorisait l'autorité hiérarchique à limiter la plénitude de l'exercice de ce droit en ne leur communiquant que certaines des pièces de leur dossier.

### **Concours**

La Section estime qu'un statut particulier peut donner au ministre chargé du recrutement d'un corps de fonctionnaires le pouvoir de fixer librement le nombre des postes offerts au concours externe et au concours interne, sans qu'il soit juridiquement nécessaire d'encadrer, dans le décret statutaire, le choix du ministre par un plancher ou un plafond définis par concours en fonction du nombre global des postes offerts. Toutefois, dans ce cas, le ministre, lorsqu'il ouvre un concours de recrutement, est tenu d'offrir au moins un poste par type de concours.



## Consultations et organismes consultatifs

La Section a considéré que la présence au comité technique paritaire ministériel, consulté sur un projet de décret fixant les conditions exceptionnelles d'intégration d'agents contractuels dans des corps de fonctionnaires relevant du ministère de la Culture, de deux représentants du personnel aux commissions administratives paritaires des corps intéressés n'était pas nécessaire dès lors que le projet se bornait à préciser les conditions d'une intégration unique et exceptionnelle d'agents contractuels prévue par l'article 126 de la loi de finances pour 2004 sans modifier les statuts de ces corps, de sorte que l'article 30 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires n'était pas applicable.

Saisie d'un projet de décret relatif à l'emploi de chef de services administratifs et financiers de la Caisse des dépôts et consignations, la Section des finances a admis la régularité de la consultation du comité mixte paritaire central de la Caisse des dépôts et consignations siégeant en formation restreinte aux agents de droit public, compte tenu de la composition appropriée de ce comité pour se prononcer sur un projet de statut d'emploi qui avait une incidence sur la carrière des agents publics de l'établissement et qui ne mettait pas en cause l'organisation générale de ce dernier.

## Pensions civiles et militaires

Lors de l'examen en 2003 du projet de loi portant réforme des retraites, le Conseil d'État avait indiqué au gouvernement que la durée de cotisations des fonctionnaires ne touchait pas aux « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires* » ni aux « *principes fondamentaux de la sécurité sociale* » au sens de l'article 34 de la Constitution.

Examinant, dans le cadre du projet de loi de finances pour 2005 un projet d'article abaissant l'âge de la retraite pour les fonctionnaires de l'État ayant commencé à travailler jeunes et ayant eu une longue carrière, le Conseil d'État a réitéré cette analyse et disjoint des dispositions tendant à insérer, pour les fonctionnaires de l'État, dans la partie législative du Code des pensions civiles et militaires, les règles relatives aux durées de cotisation, à l'âge de début d'activité et à l'âge de départ à la retraite, qui ne relèvent pas du domaine de la loi défini par l'article 34 de la Constitution.

Il a donc adopté un projet d'article qui, pour l'essentiel, reprend le cadre général figurant, s'agissant des ressortissants de l'assurance vieillesse, à l'article 23 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003. Il a, en revanche, maintenu dans le projet d'article le principe de l'entrée en vigueur progressive du nouveau dispositif et le calendrier qui lui est associé. Le Conseil d'État a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prévoir que le ou les décrets d'application de ces dispositions soient pris le Conseil d'État entendu.



# Organisation et gestion des administrations

## Délégation de gestion

Le Conseil d'État a estimé que le projet de décret relatif à la délégation de gestion dans les administrations de l'État devait être délibéré en Conseil des ministres. Ce nouvel instrument, qui s'ajoute aux délégations de pouvoir et aux délégations de signature et qui est appelé à jouer, le cas échéant, entre services ne relevant pas d'un même ministre ou d'un même préfet, est ainsi susceptible d'affecter les compétences des ministres et des préfets telles qu'elles sont définies, d'une part, par les décrets d'attribution, d'autre part, par le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements, qui sont des décrets en Conseil des ministres.

Par ailleurs le Conseil d'État a estimé que les actes portant délégation de gestion devaient faire l'objet d'une publication afin de leur donner date certaine et de les rendre opposables aux tiers. Ces délégations, qui sont des actes réglementaires d'organisation de l'État, obéissent en effet aux mêmes règles de publicité que tous les autres actes réglementaires.

Une disposition prévoyant le principe de la publication des actes de délégation de gestion a donc été insérée dans le décret, cette insertion ayant deux conséquences : d'une part, rattacher les délégations de gestion intéressant les administrations centrales ou les services à compétence nationale à la liste des actes mentionnés au 1° de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2004-617 du 29 juin 2004, d'autre part, rappeler, s'agissant des délégations de gestion intervenant au sein des services déconcentrés, l'obligation de publicité, laquelle pourra normalement être satisfaite par la publication des actes en cause dans les recueils des actes administratifs des départements.

## Composition d'organismes administratifs collégiaux

Examinant un projet d'ordonnance portant simplification des formalités relatives à l'exercice de certaines activités professionnelles, le Conseil d'État a disjoint un article relatif aux commissions départementales d'équipement commercial, dont l'objet était de permettre au préfet, président de la commission, et aux maires qui y siègent de disposer d'un suppléant.

Il résulte en effet de la jurisprudence administrative qu'une disposition réglementaire suffit à prévoir légalement la désignation de suppléants, même dans un organisme administratif dont la composition est fixée par une loi qui ne mentionne pas une telle possibilité.

En l'espèce, l'article L. 720-8 du Code de commerce, qui définit la composition des commissions départementales d'équipement commercial, s'il ne prévoit pas que le préfet et les maires membres de la commission puissent se faire suppléer, ne peut pas être interprété comme excluant cette possibilité. Cet article renvoie d'ailleurs au décret en Conseil d'État le soin de fixer les conditions de désignation des membres de la commission et les modalités de son fonctionnement.



## Statistiques

En 2004, la Section des finances a tenu 90 séances dont trois séances de Sections réunies.

Au cours de l'année, la Section a examiné 369 textes dont 92 ont été soumis à l'Assemblée générale et cinq à la Commission permanente.

Tableau 1  
Répartition par nature des textes examinés

	2000	2001	2002	2003	2004
Lois	44	56	61	78	74
<i>dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	34	43	52	61	53
Ordonnances	3	1	1	2	18
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	2	5	5	4	4
Décrets réglementaires	253	204	256	210	219
Remises gracieuses	128	117	21	56	49
Avis	5	0	2	0	5
<b>Total</b>	<b>435</b>	<b>383</b>	<b>346</b>	<b>350</b>	<b>369</b>

Tableau 2  
Délais d'examen des textes législatifs en 2004

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
74	5	17	37	15

Tableau 3  
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du pays	Remises gracieuses
Premier ministre	-	1	2	-	-	-
Affaires étrangères	53	-	7	1	-	-
Agriculture et pêche	-	-	10	-	-	-
Budget	2	-	7	-	-	49
Culture et communication	-	-	3	-	-	-
Défense	3	1	24	1	-	-
Économie, finances, industrie	14	15	91	2	-	-
Écologie et développement durable	-	-	2	-	-	-
Éducation nationale	-	-	13	-	-	-
Emploi, travail et cohésion sociale	-	-	9	-	-	-
Équipement, transports et logement	-	-	4	-	-	-
Fonction publique et réforme de l'État	1	-	16	1	-	-
Intérieur	-	-	14	-	-	-
Jeunesse, sports et vie associative	-	-	3	-	-	-
Justice	-	-	6	-	-	-
Outre-mer	1	1	-	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	8	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	4	-
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>18</b>	<b>219</b>	<b>5</b>	<b>4</b>	<b>49</b>



Tableau 4  
Répartition par matière des textes examinés

	2000	2001	2002	2003	2004
Accords internationaux	34	43	52	61	53
Assurance	4	4	7	4	8
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	11	6	17	12	18
Comptabilité publique	4	-	-	12	14
Consommation	13	15	12	12	8
Contributions et taxes	19	28	26	15	28
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	18	14	11	12	9
Défense	32	15	18	11	6
Diplomatie (sauf accords internationaux)	2	-	-	1	-
Domaine	1	-	1	1	2
Douane	2	2	5	-	1
Fonctionnaires et agents publics	153	126	158	125	141
Marchés et contrats administratifs	3	2	1	2	4
Pensions	2	2	3	12	5
Pouvoirs publics	9	10	14	14	23
Remises de débet	128	117	21	56	49
<b>Total</b>	<b>435</b>	<b>384</b>	<b>346</b>	<b>350</b>	<b>369</b>



## Section des travaux publics

En 2004, la Section a tenu 69 séances, auxquelles se sont ajoutées trois séances avec une autre Section administrative et elle a examiné 195 textes, dont 18 projets de loi, 14 projets d'ordonnance, 136 projets de décret réglementaire et une demande d'avis.

Son activité se situe ainsi à un niveau comparable à celui des années passées mais les textes importants sont un peu plus nombreux.

En effet, si le nombre de projets de loi de ratification d'ordonnances prises sur le fondement des lois d'habilitation intervenues en 2003 examinés par la Section rend compte pour partie de l'augmentation du nombre de projets de loi examinés (18 contre 12 en 2003), la Section a été saisie de projets de loi substantiels et complexes notamment dans les secteurs de l'énergie et des transports.

Elle a également eu à connaître de nombreux décrets d'application de lois récentes, telle la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine ou encore la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

### Élaboration et qualité des textes

1. La Section a constaté que la prolifération des textes législatifs crée une **instabilité qui rend plus difficile la maîtrise de la réglementation**.

**Certains textes d'application, lorsqu'ils ont été soumis à la Section, avaient déjà perdu leur objet**, soit en raison du retard pris dans leur élaboration, soit en raison de changements rapides de la législation.

C'est ainsi que la Section n'a pu donner un avis favorable au projet de décret, pris en application du dernier alinéa de l'article L. 541-15 du Code de l'environnement dans sa rédaction résultant du IV de l'article 109 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, ayant pour objet de modifier la **procédure d'élaboration des plans régionaux d'élimination de ces déchets**, du fait de l'intervention, postérieurement à sa saisine, de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales dont



l'article 46 modifie à nouveau l'article L. 541-15 du Code de l'environnement en définissant de nouvelles conditions d'élaboration de ces plans.

Les dispositions relatives aux **commissions départementales des risques naturels majeurs** ont été disjointes du projet de décret relatif aux schémas de prévention des risques naturels, car l'article L. 565-1 du Code de l'environnement, issu de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels qui a créé ces commissions et pour l'application duquel le projet de décret avait été préparé, a été abrogé par l'article 32 de l'ordonnance n° 2004-637 du 1<sup>er</sup> juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre afin de replacer au niveau réglementaire les dispositions relatives à l'institution et à la composition de commissions administratives qui avaient été abusivement inscrites dans des textes législatifs.

L'examen des textes révèle parfois la nécessité de modifications réglementaires qui n'étaient pas envisagées par la saisine gouvernementale.

Il arrive à la Section, lorsque l'objet du texte dont elle a été saisie le permet et en accord avec les commissaires du gouvernement, de procéder à ces modifications : c'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux taxes communale, intercommunale et départementale sur l'électricité, elle a remédié à des malfaçons d'articles réglementaires du Code général des collectivités territoriales régissant la perception de cette taxe, qui s'écartaient des dispositions législatives applicables.

Dans d'autres cas, la technicité, l'importance ou l'ampleur des modifications qu'il conviendrait de mettre en œuvre ne laissent à la Section d'autre possibilité que d'en souligner l'intérêt et de recommander au gouvernement d'y procéder. On trouvera plus loin, dans les domaines qu'elles concernent, quelques-unes des recommandations ainsi faites par la Section.

**Les conditions d'élaboration de certaines réformes contraignent l'administration à revenir devant la Section à quelques semaines ou mois d'intervalle pour modifier les mêmes textes**, faute d'avoir envisagé toutes les implications de leur mise en œuvre.

La Section a ainsi déploré les modifications successives des sanctions des dépassements des vitesses maximales autorisées, qui nuisent à la compréhension et à l'efficacité de la politique suivie en matière de sécurité routière, notamment en ce que la moindre sévérité à l'égard des « *petits excès de vitesse* » a été déconnectée de l'aggravation des sanctions des « *grands excès de vitesse* ».

Elle a également regretté de devoir se pencher à nouveau sur les dispositions tant législatives que réglementaires relatives à la composition du conseil d'administration de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine dans l'année suivant la création de cet établissement.

2. La Section a relevé que **les cas de défaut de consultation d'organismes ou de commissions demeurent relativement fréquents**. La Section a dû à plusieurs reprises subordonner l'avis favorable qu'elle entendait donner à des textes à la condition qu'il soit procédé à des consultations qui avaient été omises ou auxquelles il n'avait pas été régulièrement procédé.



Tel a été le cas pour le projet de décret relatif aux majorations des subventions accordées par l'Agence nationale pour la rénovation urbaine qui devait être soumis au **Conseil national de l'habitat**, de certaines dispositions du projet d'ordonnance portant adaptation au droit communautaire de la législation relative au temps de travail dans le secteur des transports dont la **Commission nationale de la négociation collective** aurait du être saisie, du projet de décret relatif au coût net prévisionnel du service universel des télécommunications pour l'année 2002 qui aurait du faire l'objet d'une consultation de la **Commission supérieure du service public des postes et télécommunications**.

La Section a eu également l'occasion de préciser la portée de dispositions du Code de l'environnement prévoyant la consultation du **Conseil national de la protection de la nature**, du **Comité national de l'eau**, ainsi que de celles du décret n° 87-154 du 27 février 1987 relatives à la consultation de la **Mission interministérielle de l'eau**.

3. **S'agissant de la rédaction**, la Section s'est, comme par le passé, attachée à ce que le contenu des textes soit limité aux normes strictement nécessaires.

Si la substitution de dispositions nouvelles aux dispositions en vigueur est souvent préférée à l'introduction dans le texte existant de modifications très partielles qui peuvent être source d'erreurs et ne permettent pas de saisir la portée de la réforme entreprise, **la réécriture intégrale des textes ne s'impose que lorsque les modifications qui y sont apportées sont nombreuses**. La Section a ainsi estimé que les évolutions souhaitées par le Gouvernement dans les missions et le fonctionnement de l'**Institut géographique national** ne justifiaient pas l'intervention d'un nouveau décret fixant le statut de l'institut et qu'il suffisait de modifier le décret n° 81-505 du 12 mai 1981 actuellement en vigueur.

**Sont éliminées des textes soumis à la Section les dispositions qui se bornent à répéter celles qui existent dans d'autres textes, à l'exception bien sûr de celles qui doivent figurer dans les codes suivants, ou qui feraient double emploi avec des dispositions existantes.**

Examinant un projet de décret portant transposition de la directive 98/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 concernant la mise sur le marché des produits biocides, la Section a disjoint l'article prévoyant une sanction pénale pour l'auteur d'un essai sur des animaux vertébrés d'un produit biocide qui n'aurait pas, au préalable, demandé si une autorisation avait déjà été délivrée pour un produit similaire et recherché avec le détenteur de cette autorisation un accord pour un partage d'informations et de données permettant d'éviter des essais inutiles ; elle a considéré que les dispositions combinées des articles 521-2 du Code pénal et R. 214-87 du Code rural permettaient de poursuivre et de **sanctionner l'auteur d'un essai non nécessaire de produit biocide sur un animal** et que l'administration disposait ainsi d'un arsenal législatif et réglementaire suffisant.

Saisi d'un projet d'ordonnance pris pour la transposition de la directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, le Conseil d'État a estimé devoir disjointe les dispositions relatives aux **cartes de bruit et aux plans de prévention du bruit des infrastructures de transport** ; il lui est apparu en effet que des instruments juridiques existent déjà pour mesurer le

bruit, en prévenir ou en réduire les effets aux abords des infrastructures de transport, qu'il s'agisse des infrastructures de transport terrestre (article L. 570-10 du Code de l'environnement) ou des aérodromes (article L. 147-1 et suivants du Code de l'urbanisme) et qu'il n'était pas souhaitable d'en instituer de nouveaux dont la combinaison avec ceux qui existent déjà n'était pas prévue, et qu'il convenait de prendre des dispositions réglementaires pour compléter les textes législatifs en vigueur afin d'assurer, en ce qui concerne ces infrastructures, la transposition de la directive.

Les dispositions du projet de décret modifiant le décret du 10 mars 1978 relatif au **Laboratoire national d'essais**, qui tendaient à compléter et préciser les missions de l'établissement public telles qu'elles sont définies à l'article L. 561-1 du Code de la consommation, ont été disjointes ; la Section a estimé que la définition très large des missions du Laboratoire national d'essais qui résulte de ces dispositions législatives, notamment telle qu'elle figure au premier alinéa de l'article L. 561-1, lui permet d'assurer, sans violer le principe de spécialité des établissements publics, les tâches d'analyse, d'essais, de contrôle de conformité des produits et de représentation de la France dans les organismes internationaux et européens qui figuraient dans le projet du Gouvernement.

**Sont éliminées des projets les dispositions qui n'ont qu'un faible contenu normatif** et dont la Section rappelle de façon constante que, pour utiles qu'elles puissent être à la compréhension d'une norme ou d'un dispositif, elles ne trouvent pas leur place dans un texte réglementaire : le rejet d'une grande partie des dispositions d'un projet de décret relatif aux parcs naturels régionaux a ainsi été motivé notamment par la circonstance qu'un certain nombre des modifications et ajouts ponctuels apportés au texte en vigueur, qui visaient principalement à encadrer et orienter les comportements des différentes personnes intéressées à la création et à la gestion d'un parc naturel régional, n'avaient pas de portée normative.

**Les principes ainsi énoncés connaissent des exceptions**, inspirées par le pragmatisme.

Le projet de décret prévoyant d'imposer l'identification des bagages dans les trains et d'interdire leur accès aux voyageurs méconnaissant cette obligation ne lui a pas semblé contribuer de manière efficace aux objectifs poursuivis de sécurité des transports ferroviaires et de prévention des attentats. Elle n'a cependant pas cru devoir rejeter ce texte et s'est bornée à attirer l'attention du gouvernement sur son inutilité.

Saisie d'un projet modifiant le décret n° 97-1329 du 30 décembre 1997 créant la réserve naturelle de l'estuaire de la Seine, qui étendait substantiellement la réserve, la Section a admis de modifier plusieurs articles relatifs à l'objet de la réserve et à la réglementation qui s'y applique pour y faire figurer des dispositions dont le contenu normatif était faible mais qui témoignaient du souci de la France de tirer les conséquences de la condamnation dont elle a fait l'objet s'agissant de cette réserve par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, et de prévenir un nouveau contentieux.

Mentionnons enfin que, lors de l'examen de la partie législative du **Code du tourisme**, le Conseil d'État a éprouvé des doutes sur l'utilité de cette codification du fait que les dispositions réellement propres au tourisme ne sont pas très nombreuses et qu'une partie de ce code n'est qu'un rappel de dispositions figurant dans d'autres codes.



## Organisation administrative et fonctionnement des services publics

En dehors des classiques projets de décrets réorganisant les administrations des ministères, la Section a été saisie de **nombreux textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement d'établissements publics** qui lui ont donné **l'occasion de préciser les limites des compétences respectives de la loi et du règlement.**

Saisie d'un décret relatif à l'**Agence nationale pour la rénovation urbaine**, établissement public créé par la loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, la Section a estimé que si la détermination des catégories de membres du conseil d'administration d'un établissement public fait partie des règles constitutives de cet établissement qui relèvent du législateur, le pouvoir réglementaire était compétent pour préciser quels membres pouvaient siéger au sein de chaque catégorie. Le Conseil d'État a rappelé quelques semaines plus tard que la présence de députés et de sénateurs au sein du conseil d'administration de l'établissement public devait faire l'objet d'une mention expresse dans les textes constitutifs adéquats afin que ces parlementaires ne tombent pas sous le coup de l'incompatibilité prévue par les articles LO 145 et LO 297 du Code électoral, et que ces textes devaient préciser le nombre et la qualité de ces parlementaires.

La Section a considéré que les dispositions de l'article L. 713-4 du Code de commerce qui habilite le préfet à déclarer démissionnaire d'office tout membre d'une **chambre de commerce et d'industrie** qui cesserait de remplir les conditions d'éligibilité fixées par cet article et n'aurait pas démissionné de sa propre initiative ne faisaient pas obstacle à ce que fût prévue par décret la possibilité pour le préfet, au terme d'une procédure contradictoire, de mettre fin aux fonctions d'un membre d'une chambre de commerce et d'industrie, en cas de refus d'exercer ses fonctions, d'absence aux assemblées ou de faute grave dans l'exercice des fonctions. De tels pouvoirs participent de la tutelle exercée par l'État sur un établissement public, dont la définition et les modalités d'exercice relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire.

S'agissant des missions de l'**Institut géographique national**, la Section a relevé que le droit exclusif de constituer, tenir à jour et diffuser le référentiel à grande échelle (RGE), que le gouvernement voulait attribuer à l'Institut géographique national pour une durée de six ans, portait atteinte à la liberté d'entreprendre et à la libre administration des collectivités territoriales et relevait ainsi du domaine de la loi. Elle a estimé, en revanche, que le Gouvernement pouvait, par décret, obliger les services de l'État, non seulement à fournir à l'IGN celles des données dont ils disposent qui sont nécessaires à la constitution du RGE mais aussi à avoir recours aux données qui sont issues de ce référentiel lorsqu'elles correspondent à leurs besoins et a admis que la même obligation pouvait être imposée aux établissements publics de l'État.

Le projet de décret relatif au **contrôle technique des aéronefs** et modifiant le Code de l'aviation civile a reçu un avis favorable de la Section à l'exception des dispositions instituant une redevance pour services rendus destinée à



financer les opérations de vérification prévues à l'article R. 133-5, opérations actuellement assurées par le groupement pour la sécurité de l'aviation civile (GSAC) et nécessaires notamment à la délivrance et à la validité des documents de navigabilité des aéronefs, qui permettent de s'assurer que les appareils et les entreprises qui les exploitent sont en état d'assurer leurs missions en toute sécurité et dans les meilleures conditions vis-à-vis de l'environnement. La Section a estimé qu'elles ne pouvaient être regardées comme étant menées spécialement et principalement dans l'intérêt des entreprises contrôlées mais qu'elles étaient instituées également dans l'intérêt général des usagers du transport aérien et des populations survolées.

Il ne lui a dès lors pas paru possible de mettre à la charge des entreprises intéressées le financement de ces opérations en instituant par voie réglementaire une redevance pour services rendus.

Le même raisonnement a conduit la Section à disjoindre une disposition visant à insérer dans la partie réglementaire du Code rural un article prévoyant de créer une redevance pour services rendus destinée à financer les frais d'évaluation et de vérification des connaissances des candidats à l'agrément que doivent détenir les personnes distribuant et appliquant les **produits antiparasitaires à usage agricole**, agrément dont elle a estimé qu'il était institué dans un objectif d'intérêt général de protection de la santé et de l'environnement.

Saisie d'un projet de décret relatif aux recettes instituées au profit de l'établissement public « *Voies navigables de France* » (VNF), la Section s'est interrogée sur l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire pour instituer des sanctions pécuniaires administratives susceptibles d'être infligées aux usagers. Elle a estimé que la compétence du pouvoir réglementaire pour fixer les règles de perception des péages au profit de VNF emportait également sa compétence pour prévoir, au profit du conseil d'administration, la possibilité de majorer d'office les droits dus par les utilisateurs des canaux dont l'établissement assure la gestion, en cas d'absence de déclaration ou de fausse déclaration, dès lors que ces majorations, par leur objet et leur nature, étaient en rapport avec cette réglementation et, en l'espèce, avec le montant des péages normalement dus. Le montant maximal des majorations susceptibles d'être ainsi décidées par le conseil d'administration lui est en revanche apparu devoir être limité à une somme en rapport avec le montant du péage éludé par l'usager en infraction, en l'espèce à la moitié de la somme normalement due ; il a été précisé qu'il y avait lieu, pour fixer ce plafond, de se référer aux règles existant en matière pénale qui limitent la compétence du pouvoir réglementaire à la création d'amendes contraventionnelles.

## Protection de l'environnement

Parmi les textes examinés en la matière, **deux ordonnances introduisant des sections nouvelles** dans le Code de l'environnement ont particulièrement retenu l'attention du Conseil d'État.

Le premier a été le projet d'ordonnance portant **création d'un système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre**, prise pour la



transposition de la directive du 13 octobre 2003 destinée à assurer l'application du protocole de Kyoto au sein de la Communauté européenne, qui institue, de façon inédite en France, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, un marché de droits résultant d'autorisations administratives : les quotas d'émission de gaz à effet de serre délivrés au début de chaque année par l'État aux seuls émetteurs que sont les industriels, qui doivent restituer en fin d'année un nombre de quotas correspondant à leur volume d'émission sous peine de sanctions, sont des biens meubles échangeables et cessibles dans l'espace européen. Trois décrets d'application de cette ordonnance, qui doit malheureusement déjà être modifiée pour tenir compte d'une nouvelle directive, ont été examinés par la Section.

Le second a été le projet d'ordonnance portant transposition de la directive du 27 juin 2001 relative à l'**évaluation de l'incidence de certains plans et programmes sur l'environnement** : le Conseil d'État a considéré que les « plans et programmes » qui doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale préalable à leur adoption sont ceux qui, sans avoir par eux-mêmes pour objet d'autoriser directement la réalisation d'opérations assujetties à l'étude d'impact de l'article L. 122-1 sont opposables aux travaux devant comporter une telle étude. Ne sont, en revanche, pas concernés les documents instituant des servitudes d'utilité publique, qui ont surtout pour objet d'interdire des travaux pour des motifs d'environnement (nuisances, risques, etc.) et non d'autoriser des travaux susceptibles de porter atteinte à l'environnement.

L'envoi simultané à la Section de **dix décrets d'application de loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels** lui a permis d'avoir une vision plus globale des dispositifs de prévention des risques et de mieux en mesurer la pertinence et la cohérence.

**Les observations faites par la Section en matière de protection de l'environnement sur la nécessité d'une meilleure utilisation de la réglementation existante sont récurrentes.**

La Section a, à plusieurs occasions et comme par le passé, réitéré son souhait de voir menée une **réflexion d'ensemble sur les objectifs et la cohérence des nombreux dispositifs** de protection de l'environnement, dont elle constate régulièrement qu'ils se superposent et s'accumulent sur certains territoires sans qu'on se préoccupe de leur articulation et qu'on s'attache à leur efficacité : sites Natura 2000, réserves naturelles, parcs naturels régionaux, sites classés ou inscrits, ZICO, ZNIEFF, ZPPAU, ZPS...

Tout en donnant un avis favorable au projet de décret approuvant le schéma de mise en valeur de la mer du bassin d'Arcachon, **elle a émis le souhait que les dispositions des schémas de mise en valeur de la mer aient à l'avenir un caractère prescriptif plus prononcé** ; elle a estimé que le schéma qui lui était soumis, s'il procédait à une analyse détaillée de la situation existante et des perspectives d'évolution, aurait gagné à énoncer en des termes plus fermes les orientations qu'il dessine, les partis qu'il prend sur la vocation des différentes zones et des différents secteurs de l'espace maritime et les mesures de protection du milieu marin qu'il préconise.



## Urbanisme et logement

La multiplication des schémas, directives, plans et cartes motivés par les considérations d'aménagement du territoire, de réglementation de l'urbanisme et de préservation du patrimoine et de l'environnement, la diversité des relations qu'ils entretiennent entre eux, le caractère plus ou moins contraignant des dispositions ou orientations qu'ils contiennent à l'égard notamment des autorisations d'utiliser le sol ne laissent pas d'interroger la Section des travaux publics sur la possibilité que peuvent avoir les usagers, collectivités publiques, maires, pétitionnaires, d'agir en toute légalité, quelle que soit leur bonne volonté.

Une cohérence accrue s'avère pourtant particulièrement nécessaire en certaines matières : c'est ainsi que la Section a attiré l'attention du gouvernement sur le caractère insuffisant du dispositif d'information actuellement envisagé ce qui concerne les risques d'effondrement de marnières et autres cavités souterraines, et **l'intérêt d'une meilleure articulation entre l'information sur les risques liés à la présence des marnières ou cavités souterraines** qui est réalisée dans le cadre du décret n° 90-918 du 11 octobre 1990 **et celle à laquelle il est procédé dans le cadre du droit de l'urbanisme** ; elle a suggéré que les documents d'urbanisme réglementaires relaient les informations recueillies sur l'existence des risques en cause et contenues soit dans le dossier départemental sur les risques majeurs, soit dans le dossier d'information communal et la carte communale ou intercommunale ; les annexes des plans locaux d'urbanisme qui regroupent l'ensemble des informations relatives au droit des sols pourraient assurer la publicité de ces documents.

Eu égard aux conséquences que l'existence de marnières ou cavités souterraines présentant des risques d'effondrement est susceptible d'avoir sur le droit des sols, leur présence, portée à la connaissance des autorités de l'État ou des collectivités locales, pourrait justifier l'institution de servitudes à mentionner dans ces annexes.

En matière de logement, les textes relatifs aux **sociétés de HLM** ont permis de préciser leurs **missions** et le **fonctionnement de leurs instances**.

La Section a considéré que n'entrait pas dans les missions que peuvent légalement exercer les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et des sociétés coopératives de HLM **l'activité de syndic de copropriété**, en dehors du cas prévu à l'article L. 443-15 du Code de la construction et de l'habitation et de celui des « copropriétés en difficulté » et a donc écarté des statuts types des SA de HLM les clauses qui la prévoyaient.

La Section, au vu des modifications récentes des dispositions législatives qui énumèrent limitativement et décrivent précisément les missions confiées aux **sociétés anonymes** d'habitations à loyer modéré n'a pas été d'avis de reconnaître à ces organismes la faculté d'acquérir des **parts de sociétés civiles immobilières ayant pour objet la réalisation d'immeubles** destinés à des accédants sous condition de ressources. Elle a, en revanche, considéré que la disposition confiant aux **sociétés coopératives** le soin **d'acquérir et d'aménager des terrains destinés à être cédés aux associés** et à contracter des emprunts pour l'acquisition et l'aménagement de terrains qui pourront être



cédés à ces personnes était conforme à la vocation des sociétés coopératives : l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération dispose en effet que les coopératives ont pour objet essentiel notamment de réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et le cas échéant le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait le prix de revient.

Le nouvel article R. 423-91 du Code de la construction et de l'habitation, proposé par un projet de décret, qui prévoyait de donner **voix prépondérante au maire de la commune** où sont situés les logements à attribuer, ou à son représentant, en cas d'égalité de voix au sein de la commission chargée, dans les sociétés anonymes de coordination d'organismes d'habitations à loyer modéré, d'attribuer nominativement les logements lorsque ces sociétés ont reçu mandat de le faire de la part de leurs actionnaires a retenu l'attention de la Section. Elle a constaté qu'il était conforme à l'article L. 441-2 du Code de la construction et de l'habitation résultant de l'article 58 de la loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 et de la suppression, par cet article, de la disposition qui conférerait auparavant ce pouvoir au président de la commission. Elle a recommandé au gouvernement d'en tirer les mêmes conséquences sur l'article R. 441-9 du Code de la construction et de l'habitation, applicable à tous les organismes d'habitation à loyer modéré gérant un patrimoine locatif social.

Enfin, la Section a estimé qu'il résulte de l'article L. 123-2 du Code de l'urbanisme que ne peuvent être inscrits dans le plan local d'urbanisme des emplacements réservés en vue de réaliser des programmes immobiliers qui pourraient avoir, pour une part prépondérante, une affectation autre que le logement.

## Énergie, mines et transport

La Section a eu à connaître de nombreux textes dans le domaine de l'énergie : outre une douzaine de décrets, pour l'essentiel pris pour l'application de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et de la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, elle a examiné deux projets de loi, l'un d'orientation sur l'énergie, l'autre devenu la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux industries électriques et gazières.

Elle a répondu à une importante demande **d'avis sur les conditions d'exercice de l'éligibilité par les personnes publiques de leurs achats d'électricité**, qui a directement inspiré l'article 30 de la loi du 9 août 2004.

Les textes examinés ont suscité, notamment, les observations suivantes.

S'agissant du projet de décret relatif à **l'exercice de l'activité d'achat d'électricité pour revente aux clients éligibles**, la Section en a disjoint les dispositions prévoyant d'interdire aux négociants la revente d'électricité acquise, à des conditions préférentielles ou à un tarif réglementé, auprès d'EDF ou des distributeurs non nationalisés ; elle s'est fondée pour ce faire sur la circonstance que



si l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 susmentionnée habilite le gouvernement à fixer les conditions d'exercice de l'activité de négociant d'électricité, c'est seulement pour « prendre en compte le bon fonctionnement, la sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité » et « contribuer à la protection des consommateurs contre les défaillances des fournisseurs ainsi qu'à la continuité de leur approvisionnement », et que la raison invoquée par le Gouvernement pour justifier la mesure prévue n'étant pas au nombre des intérêts ainsi énumérés, seule une disposition législative pourrait lui servir de fondement.

S'agissant du projet de décret relatif aux **obligations de service public dans le secteur du gaz**, elle en a disjoint la disposition qui prévoyait que les opérateurs de réseaux de transport seraient tenus « d'adapter le dimensionnement de leurs réseaux aux besoins prévisionnels d'utilisation de leurs ouvrages » ; elle a estimé que s'il s'agissait de rendre obligatoire pour les opérateurs, en prévision de besoins hypothétiques, la réalisation d'investissements de capacité dont le coût peut être considérable, une telle disposition, qui porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, ne pouvait être édictée que par une loi.

Le secteur des mines a été abordé sous des angles variés, relatifs tant aux activités d'exploitation qu'aux conséquences de leur interruption.

La Section a précisé qu'un **gisement exploitable** devait être regardé comme « **découvert** » au sens du Code minier (article 26) dès lors que des chances suffisamment sérieuses de sa présence étaient apparues au cours des recherches. Saisie d'un projet de décret accordant à une société une concession de mines d'or en Guyane elle a estimé qu'en l'espèce si les recherches n'avaient permis de quantifier avec précision qu'une partie des réserves de minerai d'or présentes, elles étaient suffisantes pour regarder le gisement comme « découvert » et donc susceptible d'être concédé dans sa totalité au titulaire du permis de recherches et elle a donné un avis favorable au projet.

La Section a examiné le décret permettant la mise en place de l'**Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs** créée par la loi du 3 février 2004, établissement public administratif par l'intermédiaire duquel l'État va continuer à verser à quelques 180 000 ayants droit les prestations en nature que les entreprises minières aujourd'hui disparues avaient obligation de verser à leurs salariés en application du décret de 1946 portant statut du mineur.

La question du sort des **immeubles victimes d'un sinistre minier** qui ne peuvent être réparés, a été à nouveau soumise à la Section, qui, examinant le texte devenu le décret n° 2000-465 du 29 mai 2000, avait été d'avis que le règlement de l'indemnité devait s'accompagner de la remise du bien sinistré à l'État pour éviter à la fois un enrichissement sans cause du propriétaire et l'apparition de dangers difficiles à prévenir en cas d'abandon de ces immeubles gravement endommagés par les propriétaires. La Section n'a pas modifié son analyse et a souligné que la solution consistant à rendre facultative la remise des biens sinistrés à l'État aurait la conséquence fâcheuse de créer une inégalité entre propriétaires d'immeubles suivant qu'ils choisiraient ou non d'effectuer cette remise.

Par souci de cohérence, elle a prévu la même obligation de remise du bien à l'État, débiteur final de l'indemnité, lorsque le propriétaire d'un immeuble situé dans le périmètre d'un sinistre mineur et irréparable adresse sa demande



d'indemnité non à l'État mais au Fonds de garantie institué par l'article L. 421-7 du Code des assurances.

Des textes également très importants pour l'avenir du secteur des transports ont requis l'attention de la Section, tels le projet devenu la loi n° 2004-734 du 26 juillet 2004 modifiant la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment la société Air-France, le projet de loi de modernisation du secteur aéroportuaire, qui prévoit le déclassement d'une partie du domaine public d'Aéroports de Paris et l'ouverture du capital des grands aéroports régionaux, ou encore le projet devenu l'ordonnance n° 2004-691 du 12 juillet 2004 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports maritimes, de l'aviation civile et des transports ferroviaires.

## Domaine public, travaux publics, utilité publique, sécurité routière

Les questions liées à la délimitation du domaine public ont fait l'objet de deux textes.

La Section a examiné un projet de **décret portant délimitation transversale de la mer sur la rivière de Crac'h**, dans le Morbihan, alors que le dernier décret de délimitation examiné par la Section, qui concernait l'embouchure de l'étier du Pouliguen en Loire-Atlantique, l'avait été en 1933. La délimitation opérée en l'espèce aboutit à fixer la limite de la mer à des points situés très à l'intérieur des terres, mais ce résultat, lié à une configuration géographique particulière, n'est pas singulier et correspond à celle de plusieurs « rivières » sur la côte du Morbihan. Enfin, c'est la dernière procédure effectuée sous l'empire de dispositions fort anciennes, notamment l'ordonnance de Colbert sur la marine d'août 1681, le décret-loi du 20 février 1852 et suivant les recommandations des circulaires ministérielles des 24 janvier 1889 et 14 février 1920.

En effet, la Section a pu enfin examiner, dix-huit ans après l'entrée en vigueur de la loi « littoral », le projet de décret, pris pour l'application de cette loi, **relatif à la délimitation du rivage de la mer, des lais et relais de la mer et des limites transversales de la mer à l'embouchure des fleuves et des rivières**, qui est intervenu pour moderniser la procédure de délimitation du rivage, qui permet, le cas échéant, de déterminer les communes riveraines de la mer et d'opérer la distinction du domaine public maritime et du domaine public fluvial.

À l'occasion de l'examen d'**avenants à des contrats de concession** passés entre l'État et des sociétés d'autoroute, qui prévoyaient la réalisation d'investissements complémentaires, la Section s'est attachée à déterminer si ces investissements ne conduisaient pas à la réalisation d'ouvrages fonctionnellement autonomes, circonstance qui a pour effet de modifier le contrat de concession et, par suite, de rendre illégale la conclusion d'avenants passés sans mise en concurrence ou si par leur nombre, leur objet et leur coût ces avenants n'avaient pas pour effet de modifier l'économie du contrat.

En matière de travaux publics, mention doit être faite de l'examen de l'**ordonnance modifiant la loi du 12 juillet 1985** relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dont le Conseil d'État a noté qu'à défaut de constituer la grande réforme un moment envisagée, elle répondait au problème récurrent de l'intervention concomitante de plusieurs maîtres d'ouvrage sur une même opération et remédiait à l'incompatibilité invoquée de la loi de 1985 avec le droit communautaire s'agissant des personnes qui peuvent assurer les missions de conduite d'opération et de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Trois des décrets portant déclaration d'utilité publique dont la Section a eu à connaître ont suscité des observations particulières.

Saisie d'un projet de décret déclarant d'utilité publique les **travaux d'aménagement, pour l'installation d'une centrale hydroélectrique, de la chute du Rizzanèse**, en Corse du Sud, la Section des travaux publics a estimé qu'en dépit du coût élevé de cet investissement, le bilan coûts-avantages de l'opération, destinée à contribuer à une certaine autonomie énergétique de la Corse, restait positif, en raison du caractère raisonnable du prix de revient unitaire du kwh, des aspects favorables de l'aménagement pour l'irrigation agricole et de l'absence d'autre solution réellement satisfaisante.

À l'occasion de l'examen du projet de décret déclarant d'utilité publique les travaux nécessaires à la modernisation et à l'électrification d'une ligne ferroviaire, la Section a été conduite à se prononcer sur le champ d'application des dispositions relatives au **débat public** et sur ce qu'il faut entendre par « création de lignes ferroviaires ».

Précisant la jurisprudence, la Section a donné un avis favorable à une **seconde prorogation, sans nouvelle enquête, de la déclaration d'utilité publique** des travaux de construction d'une section d'autoroute, dès lors qu'aucune modification n'était intervenue dans la nature et la consistance des travaux, au demeurant très avancés, et alors même que le coût actualisé du projet s'était accru de 25 %, cette hausse des coûts s'expliquant notamment pour la prise en compte de nouvelles réglementations.

La Section a consacré une part non négligeable de son activité aux questions de sécurité routière, puisque ce ne sont pas moins d'une douzaine de textes modifiant le Code de la route qui lui ont été soumis, relatifs aux aspects les plus divers de la sécurité, de la réforme de l'organisation du contrôle technique des véhicules à la définition de taux d'alcoolémie pour la conduite des véhicules de transport en commun.

Un seul texte n'a pas reçu un avis favorable, qui prévoyait d'introduire dans le Code de la route une disposition permettant qu'un véhicule soit équipé de **dispositifs complémentaires de vision indirecte** autres que les rétroviseurs. La Section a relevé que, selon le droit communautaire, en l'espèce la directive 2003/97/CE du 10 novembre 2003, l'utilisation de ces dispositifs, est possible pour tout type de véhicule, sous réserve qu'il soit satisfait aux prescriptions techniques requises au stade de l'homologation du dispositif et du véhicule mais n'est jamais obligatoire. Dans ces conditions, il lui est apparu qu'une disposition « autorisant » ces autres dispositifs de vision indirecte alors qu'ils ne sont pas interdits et que la garantie de leur homologation résulte de l'application des règles générales prévues par le Code de la route, serait dépourvue de



portée normative, et que pour assurer la transposition de la directive, il suffisait de compléter l'arrêté du ministre des Transports du 20 novembre 1969 relatif aux rétroviseurs des véhicules.

## Agriculture, chasse et pêche

Comme par le passé, la Section a été saisie de nombreux textes intéressant l'agriculture, telles les mesures prévues par le décret relatif à la prévention du risque d'érosion ou celles de simplification de formalités administratives prévues au profit des éleveurs, propriétaires forestiers et exploitants agricoles par l'ordonnance habilitant le gouvernement à simplifier le droit, et de textes réglementaires relatifs à l'agriculture, aux objets variés : enseignement agricole, mandat sanitaire, service public de l'équarrissage, prêts bonifiés, aides aux jeunes agriculteurs. Le projet de loi de modernisation de l'agriculture, annoncé pour l'an prochain, devrait en accroître encore le nombre.

Les dispositions réglementaires du Code de l'environnement relatives aux conditions d'exercice de la **pêche en eau douce** ont fait l'objet de modifications, ainsi que celles relatives aux **associations communales de chasse agréées** : saisie d'un projet de décret ayant pour objet de mettre à jour la liste des dispositions qui doivent obligatoirement figurer dans les statuts de ces associations, la Section des travaux publics n'a pas vu d'objection de principe à ce que, même en l'absence d'habilitation législative, le décret prévoie que des **sanctions pécuniaires** puissent être infligées à des membres de l'association par ses instances dirigeantes **en cas de méconnaissance des statuts ou du règlement intérieur**. Elle a considéré que les associations communales de chasse agréées sont des personnes morales de droit privé investies de prérogatives de puissance publique qui doivent pouvoir, à l'instar par exemple des fédérations sportives, exercer un certain pouvoir disciplinaire à l'égard de leurs membres et leur infliger des sanctions notamment pécuniaires.

Toutefois, alors que le texte qu'il s'agissait de modifier se bornait à prévoir dans l'énumération des ressources des associations, « le montant des amendes statutaires infligées par le bureau aux membres de l'association qui ont commis des infractions aux statuts ou au règlement intérieur », il est apparu indispensable d'encadrer le pouvoir de sanction ainsi reconnu aux associations communales de chasse agréées, d'une part, en prévoyant que les « amendes » ne pourraient être infligées qu'aux membres titulaires du permis de chasser et non aux membres non chasseurs, adhérents forcés de l'association, d'autre part, en limitant le montant des « amendes » à celui prévu pour les contraventions de la 2<sup>e</sup> classe.



## Statistiques

Au cours de l'année 2004, la Section des travaux publics a tenu 69 séances. Pendant cette période, la Section a examiné 195 textes dont 32 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1  
**Répartition par nature des textes examinés**

	2000	2001	2002	2003	2004
Lois	8	7	9	12	18
Ordonnances	5	3	4	5	14
Lois du pays	-	2	-	-	-
Décrets réglementaires	142	127	146	119	136
Décrets individuels, arrêtés et décisions	49	65	47	44	26
Avis	2	1	5	4	1
<b>Total</b>	<b>206</b>	<b>205</b>	<b>211</b>	<b>184</b>	<b>195</b>

Tableau 2  
**Délais d'examen des textes en 2004**

	Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Projets de loi	18	2	5	10	1
Projets d'ordonnance	14	1	6	4	3

Tableau 3  
**Répartition des textes par ministère d'origine**

Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels, arrêtés et décisions	Avis	Total
Agriculture	2	1	14	2	-	19
Équipement, transport, aménagement du territoire	8	8	57	11	-	84
Écologie et développement durable	2	3	34	8	-	47
Emploi, travail et cohésion sociale	-	-	3	-	-	3
Fonction publique	1	-	-	-	-	1
Économie, finances, industrie	3	-	28	5	1	37
Outre-mer	2	2	-	-	-	4
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>14</b>	<b>136</b>	<b>26</b>	<b>1</b>	<b>195</b>



Tableau 4  
Répartition par matière des textes examinés

	2000	2001	2002	2003	2004
Agriculture – Forêts – Pêche	35	24	29	29	18
Autoroutes – Routes	23	19	18	13	7
Construction – Urbanisme – Aménagement	27	33	33	16	30
Défrichement	7	12	-	-	1
Eaux	1	3	2	5	-
Énergie (électr., hydro., therm., nucl.)	12	10	10	16	18
Écologie	20	21	20	27	32
Hydrocarbures	3	1	6	5	3
Industrie – Recherche – Télécom – Entreprises	6	11	10	15	12
Mer	0	0	1	1	3
Mines – Carrières	6	2	1	3	4
Parcs – Réserves	3	1	2	1	4
Planification – Administration	2	2	16	2	8
Rivières – Canaux	1	1	2	-	-
Sites	9	14	13	18	8
Taxes parafiscales	22	7	5	1	-
Transports terrestres	16	31	21	22	29
Transports maritimes et fluviaux	3	6	10	6	3
Transports aériens	4	5	6	3	9
Tourisme	6	2	6	1	3
Ville	-	-	-	-	3
<b>Total</b>	<b>206</b>	<b>205</b>	<b>211</b>	<b>184</b>	<b>195</b>





### Évolution statistique

L'activité de la Section sociale en 2004 a été marquée par une augmentation très sensible du nombre des projets de loi et d'ordonnance : 31 contre 16 soumis à son examen en 2003. Il s'agit du nombre le plus élevé depuis au moins dix ans. Le nombre de décrets réglementaires est lui-même en augmentation, mais dans une moindre mesure : avec 139 textes, à comparer aux 114 en 2003, le nombre de saisines de la Section se situe dans la fourchette haute des dix années précédentes.

Quant aux décrets individuels relatifs au refus et retraits de nationalité, leur nombre s'établit à un niveau très comparable à celui atteint en 2003, soit 150 textes contre 140 examinés en 2003. Ce nombre est très vraisemblablement appelé à diminuer au cours des années à venir. Il résulte en effet de la nouvelle rédaction de l'article 21-2 du Code civil issue de l'article 65 de la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité que « *le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française* ». L'obligation d'assimilation linguistique, qui justifie à ce jour le plus grand nombre de refus d'acquisition de la nationalité, se trouve donc désormais érigée en condition de recevabilité de la demande de nationalité, et sa vérification interviendra, en cas de contestation du refus d'enregistrement, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Il s'ensuit que pour les demandes déposées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, le Conseil d'État n'aura plus à rendre d'avis sur les refus opposés à ce titre.

Au-delà du strict décompte du nombre de dossiers traités, il convient de relever que la Section sociale s'est trouvée saisie, cette année encore, de plusieurs projets visant à réformer fondamentalement le droit applicable à des secteurs entiers. Ces textes, le plus souvent de caractère législatif, et dont les dispositions nombreuses et très variées ont du être examinées dans des délais très brefs, ont représenté une charge de travail considérable. Parmi les plus importants d'entre eux, il faut mentionner : le projet de loi relatif à l'assurance maladie, le projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, le projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, le projet de loi portant création d'une Haute Autorité de lutte contre les discriminations, le projet de loi relatif au dispositif de solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées. Au titre des textes réglementaires, la Section a examiné plusieurs décrets sur les



commissions paritaires en matière de fonction publique, plusieurs textes relatifs au médicament et à la tarification à l'acte dans les hôpitaux.

La Section a enfin poursuivi à un rythme élevé son examen de projets de codes dans les domaines qui relèvent de ses attributions, en formulant des avis sur la partie réglementaire du Code de l'action sociale et sur les parties IV et V du Code de la santé publique sur le livre VII enfin du Code rural, regroupant les dispositions sociales relatives aux salariés et non-salariés agricoles, étant en cours de préparation.

## Questions de portée générale

### **Consultations obligatoires**

Tout examen d'un texte soumis au Conseil d'État s'accompagne de la vérification du respect par l'administration de l'obligation qui lui incombe de procéder à certaines consultations. Ces consultations sont d'ores et déjà particulièrement nombreuses dans le domaine social. S'agissant de l'assurance maladie, la création de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM), obligatoirement consultée sur les textes « *relatifs à l'assurance maladie* » va, au surplus, se traduire par une augmentation sensible du nombre des consultations. Aussi bien, la Section a-t-elle dû, cette année encore, différer l'examen de plusieurs textes, voire en rejeter certains, en raison du défaut de consultation soit d'instances à vocation sociale, soit des organes exécutifs des collectivités territoriales d'outre-mer.

La question soulevée est en réalité, dans un grand nombre de cas, celle du champ de la consultation requise. Il convient à cet égard de relever la difficulté rencontrée en ce qui concerne la consultation de la Commission nationale de la négociation collective. Celle-ci est rendue obligatoire par l'article L 136-2 du Code du travail, lequel prévoit que cette instance « *est chargée [...] 2° d'émettre un avis sur les projets de lois et décrets relatifs à la négociation collective* ». Le Conseil d'État a été amené à rappeler qu'il résulte de ces dispositions, applicables également aux projets d'ordonnance, que doivent être soumis à cet organisme consultatif non seulement les projets dont les dispositions modifient les règles relatives à l'organisation de la négociation collective, mais aussi ceux qui ont pour objet ou pour effet de permettre à des conventions ou des accords collectifs de porter atteinte à des dispositions d'ordre public du droit du travail. En l'absence d'un tel avis, le Conseil d'État ne peut que prononcer la disjonction des dispositions concernées.

Enfin la Section sociale a dû rappeler aux administrations, dans un secteur où les délais de publication des textes sont trop souvent anormalement longs, la règle selon laquelle l'obligation de consultation s'exerce en fonction des circonstances de fait et de droit à la date de la publication du texte et non à celle de l'examen de celui-ci par le Conseil d'État. Il s'ensuit qu'une modification des obligations de consultation intervenant entre ces deux dates doit nécessairement être prise en compte par l'administration qui doit, sous peine d'illégalité du texte, procéder à la consultation devenue obligatoire.



## Simplification du droit

Comme au cours de l'année précédente, la Section a eu à connaître de la partie du projet de loi d'habilitation, permettant au Gouvernement d'intervenir, par voie d'ordonnances, afin de *simplifier et codifier le droit*. Cette démarche de simplification, avait donné lieu en 2003 à un premier projet, devenu la loi du 2 juillet 2003. Il ne s'agissait là que d'une première étape d'un processus de longue durée. Il faut certainement veiller à ce que ce processus ne soit pas contrecarré par la tendance, à plusieurs reprises dans le même temps constatée, à multiplier les textes dont les usagers des services publics éprouvent du mal à prendre connaissance et à comprendre la portée.

Il est dans la nature de ce type de texte de comporter une extrême variété de mesures, certaines mineures, d'autres qui constituent au contraire les prémices de véritables réformes de fond. La Section a été amenée à souligner à différentes reprises que la simplification recherchée ne pouvait seulement procéder d'un simple toilettage des textes mais nécessitait une réflexion plus globale sur la pertinence même des procédures.

Quel que soit l'objectif poursuivi, il est apparu qu'il revenait Conseil d'État lorsqu'il était saisi de tels projets d'habilitation :

- de s'assurer que leurs dispositions n'aient ni pour objet ni pour effet de permettre au Gouvernement de s'affranchir du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle, et notamment de veiller, à ce titre, au respect du partage entre la loi et le règlement découlant des articles 34 et 37 de la Constitution ;
- de veiller également à ce que les ordonnances devant être prises sur leur fondement n'empiètent pas sur les domaines réservés par le pouvoir constituant aux lois organiques, aux lois de finances, aux lois de financement de la sécurité sociale ou aux statuts des territoires d'outre-mer ;
- de faire en sorte, lorsque la loi d'habilitation ne concerne que la simplification, que soit indiquée avec précision la finalité des mesures que le Gouvernement se propose de prendre et que toutes entretiennent un lien réel avec cet objectif de simplification afin que la technique des lois d'habilitation ne soit pas détournée de son objet.

## Principaux textes examinés

### Sécurité sociale

Saisi du *projet de loi relatif à l'assurance maladie*, le Conseil d'État a tout d'abord estimé, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que l'article LO 111-3 du Code de la sécurité sociale ne faisait pas obstacle à ce que soient prises par une loi autre qu'une loi de financement de la sécurité sociale des mesures ayant un impact sur les comptes de la sécurité sociale, dès lors que cet impact a déjà été prévu par une loi de financement, que les délais d'application de la loi seront tels que l'impact se manifesterait l'année suivante ou qu'une loi de financement rectificative pourra encore ultérieurement le



prendre en compte pour l'année en cours. Il a admis que le projet de loi, dont en outre seul un faible nombre de mesures aurait une incidence financière en 2004, répondait à ces conditions.

Les principales mesures prévues par le projet, qui concerne notamment le dossier médical personnel (DMP), l'institution d'un « *médecin traitant* », les conventions interprofessionnelles, la promotion des « *bonnes pratiques* », le concept de « *liquidation médicalisée* », la participation forfaitaire d'un euro, le réaménagement du dispositif de la carte vitale, le régime des pénalités à l'encontre des professionnels, le contrôle des arrêts de travail, les mesures concernant les médicaments et celles liées au financement de l'ensemble de la réforme, ont fait l'objet d'un avis favorable.

Ce projet a néanmoins conduit le Conseil d'État à s'interroger sur l'opportunité de multiplier les instances impliquées dans le dispositif dit de « *gouvernance de l'assurance maladie* ». C'est ainsi qu'il a estimé, s'agissant des dispositions relatives à la Haute Autorité de santé, autorité publique indépendante à caractère scientifique dotée de la personnalité morale, que les attributions de cette instance relèvent fondamentalement du pouvoir exécutif et sont d'ailleurs, dans leur quasi-totalité, exercées par des organismes existants soumis au pouvoir hiérarchique, au contrôle ou à la tutelle du gouvernement. Il a estimé qu'en outre, les règles d'organisation et de fonctionnement de cette institution s'écarteraient par trop des principes qui doivent gouverner, lorsque leur création est justifiée, les autorités administratives indépendantes et qui ont été rappelées par le Conseil d'État dans son rapport de l'année 2001. Le Conseil d'État a de même estimé que les caractéristiques du comité de personnalités appelé à contribuer par ses avis et ses injonctions au gouvernement à un meilleur respect des objectifs de dépenses fixés par la loi de financement de la sécurité sociale méritaient d'être révisées. Relevant en outre qu'en confiant au comité de l'hospitalisation un pouvoir de proposition de mesures réglementaires dans le domaine du financement des établissements hospitaliers, le projet de loi le faisait participer à l'exercice du pouvoir réglementaire ; il a estimé qu'une délégation de cette nature excédait la notion de mesure de portée limitée qu'il est possible au législateur de déléguer à une autre autorité que l'État.

La loi sur l'assurance maladie comporte la mention d'un très grand nombre de décrets d'application. Compte tenu de l'entrée en vigueur immédiate de la loi, la Section a déjà été appelée à examiner dans des délais brefs un grand nombre de décrets nécessaires à l'application de ce texte. Tel est le cas en particulier du projet de décret relatif à la Haute Autorité de santé. Elle a disjoint de ce projet, en l'absence de toute habilitation législative, les dispositions relatives au contrôle économique et financier de l'État sur cette institution.

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale n'appelle cette année qu'un faible nombre d'observations. Si celui de l'année dernière comportait la réforme très ambitieuse de la tarification hospitalière, dite de tarification à l'activité, le contenu du projet présenté pour 2005 est plus léger. Le Conseil d'État a néanmoins procédé à la disjonction de certaines dispositions, notamment lorsque leur impact financier très modeste ne permettait pas de les regarder comme entrant dans les prévisions de l'article LO 111-3 du Code de la sécurité sociale en tant qu'elles n'étaient pas susceptibles d'affecter l'équilibre des régimes obligatoires de base.



## Travail, emploi, formation professionnelle

C'est dans le cadre du projet de « *cohésion sociale* » que s'est manifestée l'ambition de moderniser le fonctionnement du service public de l'emploi, l'apprentissage, et le dispositif d'aide au retour à l'emploi des catégories de demandeurs les plus vulnérables. Le même projet comportait également des dispositions en faveur du logement et des dispositions relatives à l'égalité des chances au bénéfice de certaines populations (élèves en difficulté, mères de famille, personnes issues de l'immigration).

Ce texte procède à une actualisation des dispositions du Code du travail en définissant les contours du service public de l'emploi auquel contribuent ou participent de nombreux organismes publics et privés. Outre ces mesures propres à la modernisation du service public de l'emploi et au logement, le projet qui tend à formaliser « *le plan de cohésion sociale* » arrêté par le Conseil des ministres du 30 juin 2004, est, tout d'abord, caractérisé par le souci de l'insertion professionnelle des jeunes et, à ce titre, organise une relance de l'apprentissage. Diverses mesures de simplification, en faveur de la transparence des procédures, d'une meilleure utilisation de la taxe d'apprentissage, des facilités fiscales nouvelles (crédit d'impôt) et la revalorisation du statut de l'apprenti devraient permettre, selon le Gouvernement, d'accueillir 500 000 apprentis en 2009 au lieu de 360 000 actuellement.

Par ailleurs, le projet réduit le nombre des mesures mises en place par l'État pour favoriser le reclassement des demandeurs d'emploi et les recentre provisoirement sur ceux qui sont en grande difficulté professionnelle : en particulier, chômeurs de longue durée et titulaires des minima sociaux. Il est prévu que chacun aura droit à un accompagnement personnalisé de la part du service public de l'emploi tout au long du processus de reclassement. Le Conseil d'État, tout en saluant la simplification des mesures pour l'emploi à laquelle tend le projet, s'est interrogé sur les risques d'émiettement des responsabilités dans la gestion des mesures confiées, selon le cas, aux communes, aux conseils généraux, aux conseils régionaux ou à l'État, sans qu'un plan d'ensemble de la gestion du marché de l'emploi apparaisse très clairement.

À l'occasion de l'examen de ces mesures, le Conseil d'État a rappelé que, en application de l'article L. 131-7 du Code de la sécurité sociale, toute nouvelle mesure à laquelle était associée une exonération de charges sociales devait faire l'objet d'une compensation du budget de l'État au bénéfice des régimes concernés. Le Conseil d'État a fait application de cette théorie au « *contrat d'activité* ».

Enfin dans le domaine de l'égalité des chances, le projet met notamment en œuvre plusieurs décisions annoncées par le Gouvernement relatives aux personnes issues de l'immigration. C'est ainsi qu'il donne une base législative au « *contrat d'accueil et d'intégration* » proposé à tout étranger arrivant en France avec l'intention de s'y installer durablement, et qui a fait l'objet d'une expérimentation l'année passée. De même, en vue d'améliorer et de renforcer les moyens d'accueil offerts aux primo-arrivants, le projet institue l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), par fusion de l'Office des migrations internationale (OMI) et du Service social d'aide aux émigrants (SSAE). S'agissant de la transformation de l'OMI en ANAEM, le Conseil d'État a considéré que les missions nouvelles attribuées à cet établis-



sement public administratif avaient pour effet de modifier sa spécialité et que celui-ci devait être désormais regardé comme constituant à lui seul une nouvelle catégorie d'établissement public justifiant pour sa création l'intervention du législateur.

La particularité de ce texte est d'avoir été discuté devant le Conseil d'État en deux étapes. En effet le gouvernement a, par voie de lettre rectificative, présentée peu avant que la discussion du texte initial soit engagée au Parlement, ajouté au projet initial plusieurs articles relatifs au droit du licenciement pour cause économique. Cette adjonction est venue mettre un terme au processus d'évolution de ce droit entamé par la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et combler le vide laissé par l'échec en octobre 2004 de la négociation nationale interprofessionnelle sur ce sujet.

La Section sociale a également examiné un *projet de décret relatif à la réforme de la médecine du travail*, devenue « *service de santé au travail* ». Ce texte, qui apporte de nombreuses modifications aux dispositions du Code du travail relatives aux services de santé au travail, a pour origine l'accord national interprofessionnel du 23 septembre 2000 et pour fondement la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Il modernise les conditions de création des services de santé au travail par la définition de nouveaux critères et une nouvelle méthode d'évaluation de la charge de travail des médecins. Associées à un changement de la périodicité d'une partie des examens médicaux, ces modifications doivent permettre aux médecins de développer leur action en milieu de travail. Des dispositions nouvelles sont introduites dans le code pour mieux garantir l'indépendance des médecins du travail, notamment lors de leur nomination ou en cas de licenciement. Un projet de décret relatif aux services de santé au travail en agriculture a aussi été examiné, dans lequel la Section a été amenée à disjoindre les dispositions qui confiaient, sans que la loi ne l'ait prévu, à la caisse centrale de la mutualité sociale agricole la gestion de ces services.

## Santé

Certaines des mesures retenues par la loi sur l'assurance maladie entraîneront à court terme une importante évolution réglementaire du droit de la santé, que facilitera la codification désormais avancée de la partie réglementaire du Code de la santé publique. La Section a cette année examiné les parties IV et V de ce code qui dans son état final d'achèvement comportera plus de 10 000 articles. L'élaboration de ces nouvelles parties a notamment permis l'inscription au sein du Code de la santé des dispositions relatives à la déontologie des professions médicales et des chirurgiens-dentistes, rejoignant celles concernant les pharmaciens, qui figuraient déjà dans le code précédent. À cette occasion a été adoptée une forme particulière de numérotation, qui a permis, dans une très large mesure, de conserver les numéros des articles précédemment en vigueur et auxquels les professionnels avaient l'habitude de se référer. Ont également été introduites dans ce code l'ensemble des dispositions qui régissent les sociétés professionnelles et qui jusqu'alors faisaient l'objet de décrets particuliers.

Le Conseil d'État se doit cependant de relever qu'un grand nombre de dispositions législatives prévues par des lois antérieures n'ont pas encore fait l'objet



de décrets d'application. Tel est le cas en particulier pour les régimes d'autorisation des établissements et de la planification hospitalière. Ce vide juridique, qui conduit au maintien des dispositions antérieures, n'est pas sans inconvénient, notamment en matière de poursuite d'exploitation des établissements précédemment autorisés.

Enfin la Section sociale a examiné cette année encore un grand nombre de textes relatifs à l'organisation hospitalière, aux études médicales et à la fonction publique hospitalière. Plusieurs textes ont transposé des directives européennes en matière de politique des médicaments dérivés du sang et des dispositifs médicaux.

### **Action sociale**

Dans ce secteur sont intervenus deux textes substantiels. Il s'agit, d'une part, du projet de loi relatif au dispositif de solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées et, d'autre part, du projet de loi pour l'égalité des droits des personnes handicapées qui modifie le dispositif issu de la loi du 30 juin 1975 en faveur de ces personnes en énonçant un principe de droit à compensation du handicap.

Si le contenu de ces textes n'a pas appelé d'autres observations que rédactionnelles de la part du Conseil d'État, il en va différemment de leur imbrication. Il aurait été préférable, plutôt que d'élaborer deux projets de loi dont le second avait dès l'origine vocation à modifier les règles issues du premier, de concevoir un projet unique. S'il peut se justifier par des considérations d'opportunité, un tel procédé, qui nuit à la lisibilité du droit, ne constitue pas un modèle de bonne législation.

La Section a également examiné la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles, qui se trouve ainsi achevé et a permis de clarifier et mettre à jour une réglementation pas toujours maîtrisée dans ses évolutions.

Enfin, la Section sociale a examiné plusieurs textes relatifs aux diplômes des travailleurs sociaux, qui témoignent de la professionnalisation croissante de ce secteur d'activité. Il a en outre donné un avis favorable au projet de loi relatif aux assistants maternels et aux assistants familiaux qui refond profondément le cadre juridique applicable à ces deux professions soumises à autorisation d'exercice.

### **Simplification du droit**

Indépendamment la fraction de texte déjà mentionnée, la Section a poursuivi en 2004 l'examen de plusieurs ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2003-591 du 2 juillet 2003. Tel est le cas *du projet d'ordonnance relatif à la simplification du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*. Cette ordonnance modifie ou abroge 114 articles du Code du travail. Elle poursuit un triple objectif : rendre le droit plus effectif, alléger les contraintes pesant sur les entreprises et favoriser le dialogue social. Les domaines du droit du travail auxquels touche le texte sont particulièrement variés. Dix-neuf dispositions du code sont ainsi modifiées et neuf autres, obsolètes, sont abrogées. S'agissant des dispositions « *devenues obsolètes ou sans*



*objet* », selon les termes de la loi d'habilitation, la question s'est posée de savoir quels éléments objectifs prendre comme critère de l'obsolescence ou de l'absence d'objet. Le Conseil d'État a admis que la nature même des dispositions en cause et une appréciation relevant du bon sens pouvaient suffire.

Le Conseil d'État a en outre procédé à l'examen des dispositions de fond prévues dans le cadre de la deuxième loi d'habilitation. Le champ d'application de cette loi, dans le seul domaine social, est très vaste. Une des dispositions les plus novatrices a consisté à étendre dans le domaine social une procédure n'existant jusqu'à présent que dans le domaine fiscal et qui est celle du « *rescrit* ». Afin d'accroître la protection des assurés cotisants et de renforcer la sécurité juridique au bénéfice des redevables des prélèvements obligatoires dans leur rapport avec les administrations sociales, *le projet leur permet de se prévaloir des instructions publiées et de l'interprétation faite par les organismes de recouvrement de la législation qui leur est applicable.*

En outre, dans le *domaine de la sécurité sociale*, le Gouvernement a souhaité :

- simplifier, harmoniser et alléger une série de règles relatives, les unes aux modalités d'exercice de la tutelle sur les organismes de sécurité sociale, les autres aux procédures, souvent redondantes et longues, applicables aux mesures d'organisation et de fonctionnement des différents fonds gérés par les caisses afin de parvenir à quelques économies de gestion tout en améliorant la cohérence des actions ;
- accélérer les procédures d'indemnisation des victimes de l'amiante ;
- faciliter la mise à jour des tableaux des maladies professionnelles ;
- créer un régime social unique des travailleurs indépendants, intéressant plus de deux millions d'assurés et plus de 6 000 agents des caisses et mutuelles. Si la réforme est poursuivie jusqu'à son terme, elle constituera la première opération de grande ampleur, en ce qui concerne le regroupement des caisses, depuis la création du régime de sécurité sociale ;
- simplifier les modalités d'actualisation du montant du plafond de la sécurité sociale.

*Dans le domaine de l'aide et de l'action sociales*, le projet de loi de simplification habilitait le Gouvernement à simplifier les procédures d'admission à l'aide sociale et à harmoniser les règles d'autorisation, de fonctionnement et de contrôle des établissements, services, professions et activités d'accueil.

*Dans le domaine de la santé publique*, les habilitations, s'inscrivant dans l'optique du « *Plan Hôpital 2007* » tendaient à permettre en particulier d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité des différentes agences et instituts créés depuis une dizaine d'années, de simplifier le fonctionnement et l'organisation des ordres professionnels, d'harmoniser des dispositions répressives, d'unifier les régimes des contentieux nés de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines, de réorganiser et de simplifier les dispositions régissant le fonctionnement des établissements de santé ainsi que celles relatives à la gestion de certains corps de praticiens hospitaliers, enfin de réformer la tarification des établissements publics.

*Dans le domaine de la formation professionnelle*, la loi d'habilitation souhaite permettre, outre la disparition d'obligations devenues inutiles ou obsolètes, une simplification des règles relatives aux formalités d'achat et de vente d'actions de formation, aux obligations des prestations de formation, aux pro-



cédures de contrôle et aux sanctions applicables. Au nombre des mesures qui pourront, dans ce cadre, être prises par ordonnances, figureront en outre celles permettant d'assurer une meilleure cohérence entre les instruments de la formation professionnelle et ceux de la politique de l'emploi.

Enfin la loi d'habilitation doit permettre, d'une part, la ratification d'une série d'ordonnances intervenues aux cours des trois dernières années dans le champ de l'action sanitaire et du droit du travail et, d'autre part, l'adaptation de la partie législative de certains codes dans le domaine social pour rectifier et compléter certaines de leurs dispositions dans le domaine de la sécurité sociale, de la santé publique et du travail, ce dont le Conseil constitutionnel a admis la possibilité dans sa décision du 26 juin 2003.

### **Régime de retraite des industries électriques et gazières**

Saisie des dispositions concernant la sécurité sociale et le droit du travail figurant dans le *projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz*, la Section s'est prononcée sur plusieurs questions concernant la création d'une nouvelle caisse de sécurité sociale concernant la branche de l'industrie électrique et gazière. Dans la ligne de la jurisprudence de l'Assemblée du contentieux (CE, Ass., 10 juillet 1996, *URSSAF de la Haute-Garonne*, rec. p. 279), le Conseil d'État a confirmé que l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire par l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 de régir entièrement par décret le régime de sécurité sociale de la branche des industries électriques et gazières, demeurait. Il a en revanche estimé que l'habilitation avait disparu pour la désignation du gestionnaire du régime. Dès lors, en effet, que le législateur, par l'article 46 de la loi du 10 février 2000, a désigné EDF comme le gestionnaire du régime, l'habilitation de la loi de 1946 n'existe plus pour la désignation du gestionnaire : l'intervention du législateur sur une question qui relevait du décret en raison de l'habilitation donnée par une loi antérieure à la constitution de 1958 a fait disparaître définitivement cette habilitation. Les articles 34 et 37 de la Constitution retrouvent, dans ce champ, leur application normale. La création d'une caisse de sécurité sociale – qui touche un principe fondamental du droit de la sécurité sociale – aux lieux et place d'EDF pour gérer le régime, relevait donc bien de la compétence du législateur.

Le Conseil d'État a estimé, par ailleurs, que l'intervention d'une loi postérieure à la Constitution de 1958 et revenant partiellement sur l'habilitation donnée par une loi antérieure à la Constitution doit obéir à certaines règles. En premier lieu, dès lors que le législateur entend revenir sur l'habilitation pour une question, l'ensemble des dispositions relatives à cette question et relevant de la loi depuis la Constitution de 1958 doit être traité par la loi. La création de la Caisse nationale des industries électriques et gazières par la loi doit donc s'accompagner de l'édiction de l'ensemble des dispositions relatives à la caisse qui touchent les principes fondamentaux de la sécurité sociale, notamment la composition du conseil d'administration, le mode de désignation des membres. En second lieu, pour ce qui constitue le cœur d'un régime de sécurité sociale, celles qui concernent les principes fondamentaux relatifs aux cotisations et aux prestations, le législateur ne peut intervenir sur une partie seulement des dispositions. Dès lors que le Gouvernement souhaitait garder l'habilitation de la loi de 1946 à agir par décret pour les prestations, il ne



pouvait traiter dans la loi les principes fondamentaux des cotisations ; ces dispositions ont été disjointes du projet du Gouvernement.

Saisie ensuite du *décret relatif à la Caisse nationale des industries électriques et gazières*, la Section sociale a fait application de ces principes. Elle a estimé que les incompatibilités applicables aux membres du conseil d'administration ayant été précisées par la loi du 9 août 2004, la matière, qui touche aux principes fondamentaux de la sécurité sociale, relevait désormais de la loi. Les dispositions du projet de décret ajoutant de nouvelles incompatibilités et qui ne trouvaient leur fondement dans aucun texte législatif ont été disjointes par la Section.

La Section a, par ailleurs estimé qu'en énumérant les prestations de base gérées par la caisse, le législateur avait limitativement déterminé la liste de ces prestations. Pour autant, appliquant avec souplesse les orientations retenues par l'Assemblée générale, elle a estimé que le législateur n'avait pas de ce fait écarté la possibilité pour la caisse de gérer des prestations accessoires relevant de l'action sanitaire et sociale d'une caisse de sécurité sociale. Elle a en outre observé que l'article 21 de la loi du 9 août 2004 a clairement entendu faire reprendre par la caisse l'ensemble des droits et obligations auparavant gérés par le service compétent d'Électricité de France et de Gaz de France.

C'est ainsi que le décret trouve son fondement, selon le cas, soit dans la loi du 9 août 2004, soit dans l'habilitation donnée par la loi du 8 avril 1946 pour les questions sur lesquelles le législateur n'est pas intervenu, soit dans des dispositions législatives régissant de manière transversale l'ensemble des régimes de sécurité sociale, soit, pour les questions ne touchant pas les principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale, dans l'article 37 de la Constitution.

## **Haute Autorité de lutte contre les discriminations**

Bien qu'à plusieurs reprises le Conseil d'État ait marqué sa réticence à confier à de nouvelles autorités administratives indépendantes, dotées de la personnalité morale, des attributions qui relèvent en principe du pouvoir exécutif, surtout lorsque les règles d'organisation et de fonctionnement de celles-ci s'écartent par trop des principes qui doivent gouverner leur création lorsque celle-ci est justifiée, il a toujours admis que, dans certains cas déterminés, cette forme d'organisation puisse constituer un dispositif adapté en raison de son efficacité et des particularités de son intervention.

Le projet de loi portant création d'une Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité avait pour objet non seulement de créer cette Haute Autorité, sous la forme d'une nouvelle autorité administrative indépendante, mais également de transposer en droit interne des directives communautaires, en particulier la directive 2000/43 du 20 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Le Conseil d'État en a accepté le principe après avoir constaté que ses dispositions ne dessaisissaient les pouvoirs publics constitutionnels d'aucune de leurs prérogatives et responsabilités, et ne se heurtaient à aucun autre principe de nature constitutionnelle.

Toute personne s'estimant victime de discriminations, qu'elle qu'en soit l'origine ou la cause, pourra saisir la Haute Autorité, qui disposera elle-même de la



possibilité de se saisir d'office. La Haute Autorité pourra en outre demander toute explication aux personnes privées mises en cause, faire appel aux agents placés sous l'autorité de personnes publiques ou d'organismes privés chargés d'une mission de service public et faire procéder à toute vérification ou enquête. Mais son action tendra avant tout à favoriser la solution amiable des différends dont elle aura à connaître.

### **Solidarité nationale**

Les textes issus du ministère des Anciens combattants entrent dans le champ de compétence de la Section sociale. À ce titre le Conseil d'État a été conduit en 2004 à examiner un projet de loi relative à la reconnaissance de la Nation en faveur des Français rapatriés. La Section a aussi été saisie d'un projet de décret instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la deuxième guerre mondiale.



## Statistiques

En 2004, la Section sociale a tenu 71 séances ; au cours de l'année, elle a examiné 322 textes, dont 29 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1  
**Répartition par nature des textes examinés**

	2000	2001	2002	2003	2004
Lois et ordonnances	17	22	7 <sup>(a)</sup>	16 <sup>(b)</sup>	31 <sup>(c)</sup>
Lois du pays	2	5	2	1	1
Décrets réglementaires	99	121	145	114	139
Décrets individuels, arrêtés et décisions	148	139	161	142	151
Avis	2	-	1	1	-
<b>Total</b>	<b>268</b>	<b>287</b>	<b>316</b>	<b>274</b>	<b>322</b>

<sup>(a)</sup> Compte non tenu de 4 projets de loi examinés avec d'autres Sections.

<sup>(b)</sup> Dont 4 examinés en liaison avec d'autres Sections.

<sup>(c)</sup> Dont 2 examinés en liaison avec d'autres Sections.

Tableau 2  
**Délais d'examen des projets de loi et d'ordonnance**

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
31	8	9	12	2

Tableau 3  
**Répartition des textes examinés par ministère d'origine**

Ministères d'origine	Lois et ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois du pays	Total
Premier ministre	1	-	-	-	-	1
Agriculture, alimentation, pêche et affaires rurales	2	8	-	-	-	10
Anciens combattants	-	2	-	-	-	2
Économie, finances et industrie	1	1	-	-	-	2
Éducation nationale, enseignement supérieur et recherche	-	1	-	-	-	1
Emploi, travail et cohésion sociale	14	39	150	-	-	203
Équipement, transports, aménagement du territoire	2	1	-	-	-	3
Outre-Mer	3	3	-	-	-	6
Solidarités, santé et famille	8	84	1	-	-	93
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	1	1
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>139</b>	<b>151</b>	<b>0</b>	<b>1</b>	<b>322</b>



Tableau 4  
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2000	2001	2002	2003	2004
<b>Lois, ordonnances, décrets réglementaires :</b>					
Santé publique <i>(dont fonction publique hospitalière)</i>	52 15	63 23	62 18	52 18	51 8
Sécurité sociale	30	33	34	30	49
Autres affaires sociales	10	15	12	19	18
Travail, emploi et formation professionnelle	18	32	41	28	43
Juridictions : prud'hommes	-	-	-	-	2
Anciens combattants	-	-	-	-	2
Divers	6	-	3	1	5
<b>Décrets individuels :</b>					
Legs	-	5	-	-	-
Nationalité	148	134	161	140	150
Thermalisme	-	-	-	2	1
<b>Avis et lois du pays :</b>					
Santé	-	5	1	-	-
Sécurité sociale	-	-	2	1	-
Travail	2	-	-	-	1
Anciens combattants	-	-	-	1	-
Éducation nationale	1	-	-	-	-
Agriculture	1	-	-	-	-
<b>Total</b>	<b>268</b>	<b>287</b>	<b>316</b>	<b>274</b>	<b>322</b>





## Récapitulatif des statistiques pour 2004

Tableau 1  
Vue d'ensemble de l'activité des sections administratives

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Total
Lois	21	74	16	20	131
Ordonnances	16	18	14	9	57
Lois du pays	1	4	-	1	6
Décrets réglementaires	175	219	136	139	669
Décrets individuels, arrêtés, décisions	191	49	26	151	417
Avis	6	5	1	-	12
<b>Total</b>	<b>410</b>	<b>369</b>	<b>193</b>	<b>320</b>	<b>1 292</b>

Les projets de texte examinés par plusieurs sections sont comptabilisés une seule fois au titre de la Section saisie principalement de l'affaire.

Tableau 2  
Évolution de l'activité consultative au cours des cinq dernières années

	2000	2001	2002	2003	2004
Lois, ordonnances et lois du pays	112	117	111	131	194
Décrets réglementaires	617	587	727	587	669
Décrets individuels, arrêtés, décisions	583	562	408	405	417
Avis	29	8	22	19	12
<b>Total</b>	<b>1 341</b>	<b>1 274</b>	<b>1 268</b>	<b>1 142</b>	<b>1 292</b>





## Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution

386 avis ont été rendus en 2004 par le Conseil d'État au titre de la mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution, ce qui représente une diminution sensible par rapport à 2003 (428 avis).

La proportion des propositions d'actes de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative a atteint cette année son plus haut niveau depuis 1992, soit 69 % des textes transmis par le Gouvernement.

La Section des finances a examiné, en 2004, près d'un texte sur deux, soit 187 textes, la Section des travaux publics, 124 textes, la Section de l'intérieur, 59 textes et, enfin, la Section sociale, 16 textes.

Compte tenu des délais très courts impartis au Conseil d'État pour se prononcer, tels qu'ils résultent de la circulaire du Premier ministre en date du 13 décembre 1999, chacun des 386 projets d'actes a été examiné, en moyenne, en cinq jours. À noter qu'un texte sur cinq a fait l'objet d'une procédure d'examen en urgence en raison d'une adoption prochaine au niveau communautaire (cas où les avis ont alors été rendus, en moyenne, en moins de 48 heures).

Le Conseil d'État a été saisi par le ministère des Affaires étrangères de dix-sept projets de textes relatifs à la politique étrangère et de sécurité commune. Parmi ceux qui ont été considérés comme comportant des dispositions de nature législative, on peut citer l'action commune portant création d'une Agence de défense européenne et la position commune concernant la levée des mesures restrictives à l'encontre de la Libye.

D'autres propositions d'actes de l'Union européenne méritent d'être mentionnées :

- proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers ;
- proposition de règlement du Conseil portant création d'un instrument de soutien financier visant à encourager le développement économique de la communauté chypriote turque ;
- proposition de directive du Conseil relative à la surveillance et au contrôle des transferts de déchets radioactifs et de combustible usé ;
- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires ;
- proposition de règlement du Conseil établissant le Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes ;



– proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l’octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l’exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique.

Le Gouvernement a, en application de la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003, sollicité l’avis du Conseil d’État sur deux projets d’actes de l’Union européenne en cours de négociation dont le contenu était susceptible d’être contraire à des principes de valeur constitutionnelle.

La première demande d’avis concernait la proposition de décision-cadre relative à l’application du principe « *non bis in idem* » en matière pénale. L’Assemblée générale du Conseil d’État a estimé, lors de sa séance du 29 avril 2004, que ce projet de texte ne portait pas atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale, sauf dans le cas des infractions réprimant les « atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation » (*cf. supra*, rapport d’activité de la Section de l’intérieur).

La seconde demande d’avis concernait la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur. Ce projet d’acte communautaire reposait sur le principe dit « *du pays d’origine* », selon lequel, en vue de favoriser la liberté d’établissement des prestataires de service et la libre circulation des services au sein de l’Union européenne, la loi applicable à un prestataire de service ne serait plus, de manière générale, celle de l’État sur le territoire duquel la prestation est réalisée mais celle de l’État d’origine de ce prestataire. Le Gouvernement souhaitait notamment être éclairé sur le point de savoir si ce principe ne portait pas atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale ou au principe de l’égalité devant la loi.

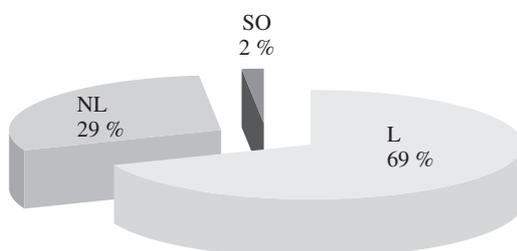
L’Assemblée générale du Conseil d’État a, lors de sa séance du 18 novembre 2004, souligné, d’une part, l’imprécision du contenu du projet de directive et, d’autre part, le risque de mise en cause par ce dernier de principes fondamentaux de valeur constitutionnelle tels que la souveraineté, l’égalité devant la loi et la légalité des délits et des peines.

Au vu, notamment, de ces deux précédents, la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003 paraît ainsi de nature à permettre au Conseil d’État de remplir pleinement la fonction de conseil juridique du Gouvernement en matière européenne qu’il lui appartient d’exercer en complément de son rôle d’identification du caractère législatif ou réglementaire des projets d’actes communautaires dans le cadre de la mise en œuvre de l’article 88-4 de la Constitution.

Les graphiques suivants font apparaître le bilan statistique de l’année 2004 concernant l’examen des propositions d’actes communautaires transmises pour avis au Conseil d’État.

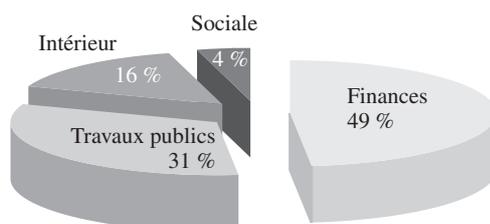


### Répartition des textes selon leur nature



L : législatif ;  
NL : non législatif ;  
SO : sans objet au regard du partage loi-règlement.

### Répartition selon les sections administratives





# Activité de la Section du rapport et des études





---

## Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2004

Le Code de justice administrative énonce dans ses articles L. 911-1 à L. 911-10, R. 921-1 à R. 921-1 à R. 921-8 et R. 931-1 à R. 931-9 les dispositions applicables à l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives. L'article R. 921-8 prescrit à chaque président de tribunal administratif et à chaque président de cour administrative d'appel de rendre compte au président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, à l'issue de chaque année, des difficultés d'exécution qui leur ont été soumises.

La Section du rapport et des études présente une synthèse des activités à caractère juridictionnel ou non juridictionnel exercées au cours de l'année par l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif en vue de pourvoir à l'exécution des décisions de justice qu'elles ont rendues, étant observé que, comme les années précédentes, ne sera pas évoqué ici l'exercice du pouvoir d'injonction que confèrent au juge administratif les dispositions des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code susmentionné.

### Les évolutions constatées en 2004

Les statistiques agrégées pour 2004 font apparaître une augmentation du nombre des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions par rapport à l'année précédente : 1 610 affaires enregistrées en 2004 contre 1 467 en 2003. Ce mouvement, qui concerne surtout les tribunaux administratifs (898 saisines en 2004 contre 803 en 2003) et le Conseil d'État (224 saisines en 2004 contre 183 en 2003), ne semble toutefois pas pouvoir être interprété comme l'amorce d'une tendance durable à la hausse. Sur une période plus longue, c'est la stabilité qui doit être soulignée : 1 538 affaires enregistrées en 2001, 1 530 en 2002, 1 467 en 2003 et 1 610 en 2004.

### Considérations sur la gestion des procédures d'exécution

Les affaires traitées par la Section du rapport et des études comme celles dont sont chargés les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel trou-



vent le plus souvent leur solution dans le cadre de **la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution** ou, pour les tribunaux et les cours, de la phase non juridictionnelle de la procédure combinée prévue à l'article L 911-4 du Code de justice administrative. Les présidents de juridiction se félicitent de l'efficacité des diligences exercées durant cette phase. Ils insistent sur l'importance, à cet égard, d'entretenir des relations continues et de qualité avec les autorités administratives de leur ressort. La souplesse des modes d'intervention et l'absence de formalisme des diligences comptent aussi. L'expérience montre, en particulier, que l'organisation d'une réunion mettant les parties en présence, à condition que celles-ci soient de bonne foi, peut constituer dans certains dossiers délicats un mode de traitement plus efficace que multiplier les courriers bilatéraux.

Il est vrai **qu'en matière d'exécution, il s'agit fréquemment de réduire des malentendus et de faire entendre raison**. Des justiciables qui ont obtenu un jugement favorable peuvent se méprendre sur sa portée, tout particulièrement lorsque le juge a prononcé l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative. Les demandes d'aide à l'exécution formées après l'annulation d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière d'un étranger reposent ainsi, assez souvent, sur une mauvaise appréciation des limites de la chose jugée. En matière de fonction publique, il n'est pas rare que la demande porte à la fois sur les conséquences à tirer de l'annulation d'une mesure prise à l'égard du fonctionnaire requérant, par exemple une mesure d'éviction du service, et des éléments extérieurs au litige tel qu'il avait été délimité par les conclusions à fin d'annulation. De leur côté, les autorités administratives peuvent ne pas avoir une vision claire et précise des obligations que leur impose le jugement. La question de la rétroactivité ou non des mesures d'exécution à prendre et celle de l'impact de l'annulation d'un acte réglementaire sur les situations individuelles peuvent être délicates si, au-delà de l'application stricte du droit, est recherchée une application de celui-ci dans l'esprit d'une bonne administration de la justice.

L'appréciation d'ensemble indéniablement positive qui doit être portée sur la mise en œuvre des procédures d'exécution doit toutefois être nuancée au vu de la « litanie des retards à payer », selon l'expression du président d'une juridiction. Nombreux sont les chefs de juridiction qui observent que **le règlement de condamnations pécuniaires**, en particulier des condamnations prononcées au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative, mobilise trop d'énergie et de temps. Les mêmes causes sont évoquées : la négligence et la mauvaise volonté, les contraintes budgétaires qui pèsent sur certaines administrations et la méconnaissance du caractère exécutoire des décisions non définitives. S'agissant des contraintes budgétaires, il est significatif que l'exécution des décisions du juge de la tarification sanitaire et sociale ne puisse être obtenue, sauf exception, que sous la menace d'une astreinte. Des présidents de juridiction ont aussi cité la réticence des administrations à verser spontanément les intérêts légaux dus en cas de retard de paiement, en particulier à appliquer la majoration de cinq points prévue par l'article L. 313-3 du Code monétaire et financier. Les délais souvent trop longs entre l'ordonnancement et la liquidation des condamnations pécuniaires compliquent en outre la mise en œuvre de règles dont la technicité n'est pas toujours parfaitement maîtrisée. Une observation semblable peut être faite, s'agissant cette fois de la détermination du point de départ des intérêts, dans l'hypothèse où une décision d'appel augmente ou réduit le montant d'une condamnation prononcée en première instance.



Le deuxième sujet de préoccupation est toujours celui de **l'exécution des décisions rendues en matière de contentieux de la fonction publique**. La part des affaires de cette nature est dans beaucoup de juridictions manifestement excessive au regard de ce que représente ce contentieux dans l'ensemble des décisions qu'elles rendent. Les présidents de juridiction mettent en avant, pour tenter d'expliquer cette hypertrophie, le caractère souvent très technique des mesures d'exécution à prendre, leur portée généralement rétroactive conjuguée à l'effet des délais de jugement et les réticences des autorités gestionnaires à rétablir des droits qu'elles ont antérieurement méconnus.

Enfin, comme les années précédentes, certaines affaires dont le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ont eu à connaître, au stade de l'exécution des décisions juridictionnelles qu'ils ont rendues, ont présenté de **réelles difficultés**.

Il est possible, là encore, d'illustrer le propos avec des affaires de fonction publique. Ainsi, le président d'un tribunal administratif signale le cas de la reconstitution de carrière d'un agent sur une période de vingt ans. Un autre président de tribunal administratif évoque une affaire dont le règlement a été compliqué par le changement du statut juridique du service – un foyer de l'enfance devenu établissement public après avoir été service non personnalisé d'un département – qui employait un agent dont la mise en disponibilité d'office avait été annulée pour excès de pouvoir. Dans un autre domaine, un président de cour administrative d'appel signale le cas de l'exécution d'un arrêt condamnant une commune à verser une indemnité à un particulier. Le comptable public avait exigé, comme c'est la pratique courante, de verser l'indemnité entre les mains de l'avocat de l'intéressé. L'avocat n'ayant pas reversé la totalité de la somme à son client, celui-ci a soutenu que la commune n'avait pas exécuté la décision de justice, le paiement fait à un autre que le bénéficiaire de la condamnation n'ayant pas, selon lui, de caractère libératoire.

Une affaire de remembrement dont la Section du rapport et des études a eu à connaître soulevait aussi de grandes difficultés. L'annulation d'une décision d'une commission départementale d'aménagement foncier impliquait normalement la restitution d'un terrain à bâtir à son ancien propriétaire. Or, ce terrain avait été entre-temps divisé en deux lots par l'attributaire de la parcelle dans le cadre du remembrement qui les avait vendus à des personnes qui avaient édifié des constructions. En l'absence de recours utile à une autre procédure, le propriétaire lésé pouvait rechercher devant le juge judiciaire l'annulation des titres de propriété détenus par les acquéreurs des lots ainsi que l'indemnisation du préjudice subi. Les acquéreurs des lots pouvaient, en cas de succès de l'action du propriétaire lésé, engager à leur tour des actions en justice, en particulier une action en responsabilité contre l'État, lequel pouvait envisager une action récursoire, notamment contre la commune qui avait elle aussi commis des fautes. La responsabilité du vendeur des lots pouvait sans doute aussi être recherchée. La Section du rapport et des études a considéré que seule une transaction générale impliquant toutes les parties prenantes serait de nature à régler de manière satisfaisante une telle situation. La Section a suggéré au ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales, de confier une mission d'intermédiation au sous-préfet d'arrondissement concerné.



## Demandses d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études en 2004

La Section du rapport et des études a traité en 2004 vingt et une demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative. C'est le nombre le plus élevé constaté ces dernières années où il a varié de trois, en 2003, à treize en 1998. Ces affaires ont permis de préciser le régime de la recevabilité des demandes d'éclaircissement. Certaines d'entre elles méritent, sur le fond, une mention dans le présent rapport.

**S'agissant de la procédure**, la Section du rapport et des études a été, en premier lieu, amenée à confirmer qu'une demande d'éclaircissement pouvait être accueillie bien que la décision de justice sur laquelle elle porte ne soit pas devenue définitive en raison du caractère exécutoire de la décision. Il en va ainsi lors même qu'une procédure de recours a été engagée, à la condition toutefois que les questions posées dans la demande d'éclaircissement diffèrent de celles susceptibles d'être soumises au juge saisi du recours. Dans le même esprit, la Section a considéré qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur une demande d'éclaircissement lorsqu'une procédure juridictionnelle d'astreinte est en cours. La Section a été en deuxième lieu conduite à donner une interprétation large de la notion d'« autorité intéressée ». Elle a admis que le directeur général d'un centre hospitalier universitaire était recevable à demander à être éclairé sur les modalités d'exécution d'une décision tranchant un litige opposant une personne candidate au bénéfice de l'aide sociale à un département et dans lequel le centre hospitalier universitaire n'était pas partie. Le juge avait admis le requérant au bénéfice de l'aide médicale pour des hospitalisations. La difficulté d'exécution provenait d'une incertitude sur les hospitalisations qui devaient être prises en charge par le département. Le centre hospitalier était financièrement intéressé à ce que tous les frais d'hospitalisation exposés lui soient remboursés par le département.

Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui peut être regardé comme une autorité intéressée au sens de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative, a demandé à être éclairé sur les modalités d'exécution de la décision du 20 octobre 2004 par lequel le Conseil d'État, statuant au contentieux sur des requêtes de la société TF1, a prononcé l'annulation des décisions du CSA autorisant les sociétés MCM, Canal J, Sport +, SESI, Ciné Cinéma Câble et Planète Câble à utiliser des ressources radioélectriques pour des services de télévision à vocation nationale destinés à être diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Il posait la question de savoir si la décision du Conseil d'État devait nécessairement conduire le CSA à organiser, pour l'attribution de la ressource hertzienne redevenue disponible, un nouvel appel à candidatures auquel tous les opérateurs intéressés pourraient participer ou s'il pouvait valablement reprendre la procédure lancée en 2001 par un appel à candidatures soit en procédant au réexamen des candidatures qui avaient été alors présentées, tant celles qui avaient été retenues que celles qui avaient été rejetées, soit même en se bornant à réexaminer les seules candidatures qui avaient été retenues. Dans sa réponse, la Section du rapport et des études a rappelé le principe selon lequel lorsque le juge de l'excès de pouvoir a annulé une décision administrative individuelle autorisant une utilisation pri-



vative du domaine public, l'autorité compétente doit statuer dans le respect de la chose jugée et du droit en vigueur à la date à laquelle elle se prononce à nouveau. La Section a ajouté qu'il en va notamment ainsi lorsque l'autorisation ne peut être délivrée qu'au terme d'une procédure organisée par un texte législatif ou réglementaire. L'autorité compétente doit normalement reprendre la procédure dans son ensemble. Il ne pourrait en aller différemment que dans l'hypothèse où le vice que censure l'annulation prononcée par le juge n'entache pas la totalité de la procédure d'attribution et à la double condition que les dispositions régissant les conditions de fond et la procédure d'autorisation n'aient pas été modifiées depuis la date d'intervention de la décision primitive et que la situation de fait n'ait pas évolué de manière significative depuis cette date. Or, la décision d'annulation du Conseil d'État du 20 octobre 2004 est motivée par la méconnaissance d'une condition de délivrance des autorisations d'utilisation de la ressource radioélectrique pour des services de télévision à vocation nationale destinés à être diffusés par voie hertzienne en mode numérique qui n'est désormais plus la même, la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ayant été notablement modifiée par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004. La Section du rapport et des études a estimé que, pour l'attribution de nouvelles autorisations d'utiliser la ressource hertzienne devenue disponible, la décision du Conseil d'État implique nécessairement l'organisation d'un nouvel appel à candidatures s'adressant à tous les opérateurs intéressés et de statuer dans le cadre du droit désormais en vigueur.

En deuxième lieu, la Section du rapport et des études a été conduite à faire, en réponse à une demande d'éclaircissement présentée par le ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales, une application de la jurisprudence *Lugan* (CE, Sect., 5 octobre 1997) qui confirme **la portée pratique extrêmement limitée voire nulle, sauf exception, de l'annulation d'un concours de recrutement**. Le ministre demandait au Conseil d'État de lui préciser si l'annulation de la délibération du jury du concours d'admission dans les écoles vétérinaires impliquait l'organisation d'un nouveau concours et quels étaient ses effets sur la situation des étudiants qui s'étaient présentés à ce concours, en particulier sur la situation de la candidate requérante qui avait subi une épreuve du concours dans des conditions irrégulières. Dans sa réponse, la Section du rapport et des études a indiqué que l'administration n'était pas tenue, en exécution de la chose jugée, d'ouvrir un nouveau concours destiné à permettre le recrutement d'élèves des écoles nationales vétérinaires. Elle a ensuite fait observer qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux issue de la décision du 10 octobre 1997, *M. Lugan*, que l'annulation de la délibération d'un jury de concours n'implique pas que soient annulés les actes individuels pris à la suite de la publication de la liste d'admission. Dans le cas des études vétérinaires, l'affectation à titre définitif d'un étudiant dans l'une des quatre écoles a été regardée comme procédant d'une décision créatrice de droits pour son bénéficiaire que l'administration ne peut, hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, remettre en cause après l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date à laquelle elle a été prise. Le principe d'indivisibilité du concours, selon lequel la délibération du jury forme une seule et même décision prononçant l'admission de certains candidats et l'ajournement des autres, faisait obstacle à ce que la situation de la candidate requérante puisse être



traitée de manière isolée. Toutefois, L'annulation de la délibération du jury du concours d'admission dans les écoles nationales vétérinaires impliquait que la disposition, insérée dans l'arrêté ministériel fixant les modalités des concours d'accès aux écoles nationales vétérinaires, selon laquelle nul ne peut faire acte de candidature plus de deux fois au concours d'accès aux écoles nationales vétérinaires, ne pouvait être opposée tant à la candidate requérante qu'aux autres candidats qui s'étaient présentés au concours annulé qu'en excluant du décompte leur candidature à ce concours.

La Section du rapport et des études a également été saisie par le président d'un conseil régional et le président d'une communauté urbaine de demandes d'éclaircissement relatives à des affaires différentes, mais ayant en commun d'avoir pour objet de poser des questions **sur les conséquences à tirer de l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir d'actes détachables de contrats administratifs.**

Dans une affaire d'annulation d'une convention d'occupation de locaux situés dans l'emprise d'un aéroport dont elle a été saisie par le président d'un conseil régional, la Section a considéré qu'eu égard au vice d'incompétence qui avait motivé l'annulation de la décision de signer la convention en cause et à la nature de celle-ci, il résultait de la jurisprudence que l'annulation prononcée par le juge impliquait nécessairement la résolution de la convention soit à l'amiable, le cas échéant dans le cadre d'une transaction, soit, à défaut, en sollicitant du juge du contrat cette résolution.

La demande d'éclaircissement formée par le président d'une communauté urbaine pouvait apparaître *a priori* comme un peu surprenante car la cour administrative d'appel, après avoir annulé la décision de la commission d'appel d'offres de passer un marché, avait enjoint sous astreinte à la collectivité publique d'obtenir de son cocontractant la résolution du marché ou de signer une transaction, ou encore, à défaut, de saisir le juge du contrat aux fins de voir prononcer la résolution du marché. La communauté urbaine s'était alors rapprochée de son cocontractant. Les deux parties étaient convenues de conclure une transaction. Un projet de protocole d'accord avait été préparé qui prévoyait d'un côté la résolution du marché, de l'autre le versement par le maître d'ouvrage d'une indemnité. La demande d'éclaircissement portait sur l'extension du protocole aux sous-traitants et sur le paiement des travaux exécutés par ceux-ci, sur le maintien des garanties mentionnées aux articles 1792 et suivants du Code civil pour lesquelles une police unique de chantier avait été souscrite par le maître de l'ouvrage et, enfin, sur des écritures de régularisation.

La Section du rapport et des études a relevé que, lorsque la décision de justice comporte elle-même des prescriptions relatives à son exécution, le Conseil d'État saisi d'une demande en ce sens peut apporter, s'il y a lieu, des éclaircissements sur la nature et l'étendue des obligations qui découlent de ces prescriptions ainsi que, si cela apparaît nécessaire, sur le cadre juridique dans lequel s'opère leur mise en œuvre et les principes qui la gouvernent. La Section a rappelé qu'une transaction conclue avec les constructeurs doit respecter les principes que rappelle l'avis contentieux du Conseil d'État du 6 décembre 2002 *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*. L'objet de la transaction doit être licite ; elle ne doit pas donner lieu à une libéralité de la part de la collectivité publique



et elle ne doit méconnaître aucune règle d'ordre public. La Section a répondu aux questions posées dans la demande à la lumière de ces considérations. Elle a indiqué notamment que, dès lors que l'obligation qui pesait sur la communauté urbaine était de parvenir à la résolution du marché en cause, la transaction devait tendre à remédier à la disparition rétroactive de la base contractuelle des relations entre la personne publique maître de l'ouvrage et ses cocontractants. Il y avait lieu d'établir de nouvelles relations contractuelles permettant d'indemniser les cocontractants sur la base des dépenses utiles à la personne publique exposées par eux et, éventuellement, d'une somme complémentaire destinée à la réparation du préjudice subi par eux dans la limite du prix du marché. Les sous-traitants, qui n'étaient pas dans une situation contractuelle avec le maître de l'ouvrage, n'avaient pas vocation à participer directement à la transaction en qualité de parties. Il était possible, toutefois, d'annexer au contrat de transaction conclu entre la personne publique et les entreprises qui étaient parties au contrat initial des éléments permettant de prévenir de manière appropriée, si cela apparaissait nécessaire, les difficultés qui pourraient surgir du fait du paiement direct des sous-traitants par le maître de l'ouvrage. Sur la question du maintien des garanties, la Section a considéré que l'anéantissement rétroactif du marché passé avait pour conséquence qu'il n'avait pu faire naître aucune obligation fondée sur les principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du Code civil à la charge des constructeurs. Néanmoins, la responsabilité d'un constructeur dont le contrat est entaché de nullité peut être recherchée sur le fondement de sa responsabilité quasi délictuelle de droit commun en cas de faute dans la conception ou l'exécution des travaux. Il appartenait donc à la communauté urbaine d'apprécier si l'éventualité de la faute d'un constructeur dans la conception ou la réalisation des travaux pouvait être prise en compte dans le cadre du contrat de transaction, et de quelle manière, dans le respect des principes mentionnés plus haut.



## Statistiques

Tableau 1

### Évolution de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires enregistrées	208	151	206	183	224
Affaires réglées	196	189	245	193	208
Affaires en cours	121	83	44	34	50

Tableau 2

### Détail des demandes d'aide à l'exécution et des procédures d'astreinte

	2000	2001	2002	2003	2004
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	145 (6)	108 (10)	156 (7)	129 (4)	187 (21)
Procédures d'astreinte (dont liquidations d'astreinte)	63	43 (19)	50 (24)	54 (23)	37 (16)
<b>Total</b>	<b>208</b>	<b>151</b>	<b>206</b>	<b>183</b>	<b>224</b>

Tableau 3

### Détail de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

Affaires en cours au 1 <sup>er</sup> janvier 2004	34
Affaires enregistrées au cours de l'année	224
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution (dont réponses à des demandes d'éclaircissement)	171 (18)
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte (dont liquidation d'astreinte)	37 (16)
Total des affaires traitées en 2003	208
Affaires en cours au 31 décembre 2004	50

Tableau 4

### Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2004

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	224	488	898	1 610
Affaires réglées	208	361	793	1 362
Pourcentage d'affaires réglées en phase administrative	-	83 %	71 %	-

Tableau 5

### Évolution de l'activité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	2000	2001	2002	2003	2004
<b>Tribunaux administratifs</b>					
Affaires enregistrées	885	918	824	803	898
Affaires réglées	743	620	738	645	793
<b>Cours administratives d'appel</b>					
Affaires enregistrées	521	469	500	481	488
Affaires réglées	495	468	383	377	361



---

# Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État

## L'activité d'étude en 2004

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État, les études réalisées à la demande du Premier ministre occupent une place importante.

À travers elles, la fonction consultative du Conseil d'État se traduit par une réflexion approfondie sur des sujets très variés, en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation des politiques publiques.

Les projets d'étude sont élaborés au sein de groupes de travail spécialement constitués autour de membres du Conseil d'État avec le concours de personnalités extérieures (représentants des administrations, universitaires), dont la composition vise à garantir à la fois un grand niveau d'expertise et une confrontation suffisante de points de vue. Ces groupes définissent librement leur méthode d'approche du sujet, l'expérience montrant que leur rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Les études, qui sont publiées par La Documentation française, sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

Deux études, remises au Premier ministre fin 2003, sont parues en 2004 : l'une sur « **l'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social** », l'autre sur le thème « **collectivités territoriales et obligations communautaires** ».

S'agissant de cette deuxième étude, il convient de relever que la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales comporte pour deux domaines, les aides aux entreprises et la gestion des fonds structurels européens, des dispositions prévoyant que les collectivités territoriales supportent les conséquences financières des condamnations qui pourraient résulter pour l'État de l'exécution tardive ou incomplète des décisions de récupération ou la charge des corrections et sanctions financières décidées à la suite des contrôles nationaux et communautaires ou par des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Dans l'un et l'autre cas, il est prévu que cette charge constitue une « dépense obligatoire » au sens de l'article L. 1612-15 du Code général des collectivités territoriales.

L'étude du Conseil d'État relevait, au vu du projet de loi, que ces dispositions correspondaient à la ligne qu'elle préconisait. Elle recommandait par ailleurs



d'étendre à l'ensemble des manquements commis par les collectivités territoriales le principe selon lequel elles doivent prendre financièrement à leur charge les sommes acquittées par l'État du fait de leurs manquements au droit communautaire.

Par ailleurs, courant 2004, le Conseil d'État a été saisi de trois demandes nouvelles.

La première porte sur le droit des activités spatiales. Le développement de ces activités et des services qui leur sont liés depuis le début des années 1990, le changement de statut et de contrôle des grands opérateurs ainsi que l'augmentation du nombre des industriels européens appellent en effet une évaluation du droit applicable en la matière. Aussi, le Premier ministre a souhaité que le Conseil d'État examine la question de la responsabilité de l'État français pour les lancements réalisés à partir du Centre spatial guyanais, s'interroge sur l'instauration d'un régime général d'autorisation de lancement d'objets spatiaux et apprécie la nécessité de préciser ou d'adapter certaines branches du droit interne applicables aux activités spatiales afin d'offrir un cadre juridique clair aux coopérations internationales.

La deuxième étude en cours a trait à l'action extérieure des collectivités territoriales. Les actions de coopération menées par les collectivités territoriales françaises avec leurs homologues d'autres États sont encadrées à la fois par le droit interne (articles L. 1114-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales) et par un certain nombre d'engagements internationaux (Convention-cadre du 21 mai 1980 dite « *Convention de Madrid* », accords bilatéraux). Le Premier ministre a demandé au Conseil d'État de réfléchir à la pertinence des instruments juridiques ainsi mis à la disposition des collectivités territoriales ainsi qu'à la manière dont l'État pourrait être mieux à même de connaître et, le cas échéant, d'accompagner les actions de coopération décentralisée.

Enfin, le Premier ministre a confié au Conseil d'État une étude préalable à la reprise éventuelle du travail d'élaboration d'un Code de la communication, les premières tentatives de codification, engagées en 1992 et 1996, s'étant révélées infructueuses. Cette étude implique un inventaire méthodique des dispositions législatives et réglementaires qui régissent les différents modes de communication en tenant compte naturellement des développements technologiques les plus récents. Elle appelle un recensement des droits et obligations qui doit couvrir tout le champ de la communication.

## La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative

Depuis le mois d'avril 2003, la Section du rapport et des études a été chargée de la mission de faire mieux connaître les travaux du Conseil d'État et la vie de la juridiction administrative en organisant des manifestations publiques, conférences scientifiques, colloques. Elle contribue ainsi à conforter les liens entre l'institution et les milieux académiques et les praticiens.



2004 a été l'année du bicentenaire du Code civil. Aussi le Conseil d'État a-t-il souhaité s'y associer par une journée d'étude sur « *le Conseil d'État et le Code civil* » qui s'est tenue le 26 novembre. Le Conseil a en effet passé 102 séances, dont plus de la moitié furent personnellement présidées par Bonaparte, à examiner le « *Code civil des Français* ». Ont ainsi été abordés le rôle et l'influence du Conseil d'État dans l'élaboration initiale et l'évolution contemporaine du Code civil, tant d'un point de vue historique que dans ses activités consultatives et d'étude. Cette journée a également montré la relation subtile qu'entretiennent la jurisprudence administrative et le Code civil, tantôt écarté, tantôt source d'inspiration, voire directement appliqué par le juge.

Cette journée d'étude a suivi celle consacrée par l'Institut français des sciences administratives, la Commission supérieure de codification et la section française de l'Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises, au « *Rayonnement du droit codifié* », à l'organisation de laquelle la Section a collaboré activement. Ces deux journées ont rassemblé au total plus de 300 personnes. Leurs travaux, ainsi que des contributions inédites, notamment sur la fonction consultative du Conseil, seront rassemblés dans un ouvrage à paraître en mars 2005 à la Direction des journaux officiels.

En outre, le Conseil d'État a co-organisé et accueilli un séminaire international sur les partenariats public-privé. Ce séminaire de nature scientifique a permis pour la première fois aux juristes français d'établir un dialogue à très haut niveau avec les économistes anglo-saxons spécialistes de cette matière, particulièrement d'actualité.

Par ailleurs, il convient de mentionner le colloque organisé à Grenoble les 12 et 13 mars 2004 par la section Rhône-Alpes de l'Institut français des sciences administratives sur le thème « *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges* ». Ce colloque, dont les actes ont été publiés aux Presses universitaires de Grenoble, a clos une série de manifestations marquant le cinquantenaire des tribunaux administratifs, qui s'était ouverte le 30 septembre 2003 par le colloque organisé à la Sorbonne par le Conseil d'État sur le thème : « *Le juge administratif et les libertés* ».

Enfin, la Section du rapport et des études a mené à bien en 2004 la publication des travaux des deux colloques de l'année 2003 : « *Le juge administratif et les libertés publiques* » publiés dans le n° 6, 2003 de la *RFDA* ; « *Perspectives pour la fonction publique* » publiés dans les numéros 338 à 341, 2004 de la *Revue Administrative*. De même, elle a achevé la traduction de la version anglaise des actes du colloque consacré en 2002 à « *L'Administration électronique au service des citoyens* ». Cet ouvrage paraîtra au printemps 2005 aux Éditions Bruylant, tout comme la version française publiée en 2003. Ce sera l'un des tout premiers ouvrages en langue anglaise consacré aux aspects juridiques de l'utilisation d'internet dans les administrations.





## L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État est conduite, sous l'autorité du vice-président, par la cellule de coopération internationale de la Section du rapport et des études, en liaison avec le secrétaire général.

En 2004, cette action de coopération a été poursuivie de manière particulièrement intense, qu'il s'agisse de l'envoi de missions du Conseil d'État à l'étranger (12), d'accueil de délégations ou personnalités (70) ou de l'organisation de stages au Conseil d'État ou dans les autres juridictions administratives (16).

### Europe

L'année 2004 a été marquée, dans les relations avec les pays européens, par trois importants déplacements dans ces pays de délégations du Conseil d'État conduites par le vice-président :

- un déplacement en Russie, à l'invitation du président de la Cour supérieure d'arbitrage ; la délégation a pu avoir des échanges avec l'ensemble des magistrats de la Cour, puis a rencontré un grand nombre de personnalités du monde judiciaire, politique ou administratif de ce pays, en particulier le ministre de la Justice, le président de la Cour constitutionnelle et le vice-président de la Cour suprême ;
- un déplacement en Hongrie, à l'invitation du président de la Cour suprême de ce pays. La délégation a également pu rencontrer les plus hauts responsables des organisations juridictionnelles de Hongrie et débattre avec eux de thèmes d'intérêt commun ;
- un déplacement en République tchèque, intervenu dans le cadre de l'association Masaryk qui regroupe des juristes tchèques francophones. Cette mission, au cours de laquelle le vice-président a notamment donné une conférence devant les étudiants de la faculté de droit de l'université de Brno, a été également l'occasion de rendre visite à la Cour suprême administrative de la République tchèque, récemment créée, et de rencontrer les plus hautes autorités juridictionnelles de ce pays.

Le Conseil d'État a été par ailleurs amené à accueillir de nombreux représentants de hautes juridictions étrangères, allant du président de la Cour constitutionnelle de Serbie-Monténégro à une délégation de jeunes magistrats de Rhénanie-Palatinat, et un nombre très important de délégations de hauts responsables administratifs et politiques, venues de la Russie déjà, en particulier



dans le cadre des programmes de coopération multinationale conduits sous l'égide de l'ENA (le Conseil d'État a ainsi reçu plusieurs cadres de l'administration du président), mais aussi de divers pays de l'Europe centrale et orientale, Macédoine, Slovaquie, Pologne, Géorgie, Ukraine...

Parmi ces responsables étrangers reçus au Conseil d'État, on signalera tout particulièrement les personnalités invitées par nos postes diplomatiques comme « *personnalités d'avenir* » et ayant manifesté leur intention, au cours de leur séjour en France, de visiter le Conseil d'État. A notamment été accueilli, à ce titre, un haut responsable de la secrétairerie d'État du Saint-Siège pour connaître des questions relatives à la « *laïcité en France* ».

Des missions ont été effectuées par des membres du Conseil d'État dans plusieurs pays, en particulier en Russie, dans le cadre également des programmes de coopération administrative multinationale gérés par l'ENA.

## Amériques

S'agissant l'Amérique du Nord, un événement marquant a été l'accueil d'une importante délégation de la Section francophone du barreau de Louisiane, venue en France à l'occasion du bicentenaire du rattachement de la Louisiane aux États-Unis d'Amérique. Comme chaque année, a été reçue une délégation de l'université de Californie à San Diego.

Les échanges avec les pays d'Amérique latine ont été essentiellement d'ordre individuel. Le Conseil d'État a ainsi accueilli :

- plusieurs personnalités politiques, dont le président de la Commission constitutionnelle du Congrès du Pérou et deux parlementaires venus en France au titre des personnalités d'avenir (une députée du Parlement de Colombie et un député du Parlement d'Argentine) ;
- des universitaires : le directeur des études de la faculté de droit de l'université de la Sabana en Colombie et le président de l'université de l'Externado de Colombie.

Enfin, le Conseil d'État a reçu le président de la Cour de justice de Saint-Domingue, à propos du projet de création dans ce pays d'une instance chargée du contentieux administratif.

## Afrique

Cette année encore, les relations avec l'Afrique du Nord et l'Afrique noire se sont traduites par l'accueil de plusieurs délégations des Cours suprêmes ou constitutionnelles (République de Côte-d'Ivoire, Congo) et par l'organisation de plusieurs stages de courte ou moyenne durée. C'est ainsi qu'ont séjourné au Palais-Royal les présidents des Conseils d'État du Burkina Faso et du Sénégal, des membres de la Cour constitutionnelle du Bénin et un magistrat du Niger.



La coopération avec l'Algérie s'est maintenue à un haut niveau. Plusieurs membres du Conseil d'État de ce pays ont effectué au Palais-Royal des stages de moyenne durée ; le vice-président et trois conseillers d'État algériens ont suivi les travaux de la Section du rapport et des études et observé notamment le processus d'élaboration du rapport annuel ; un autre conseiller d'État est venu s'informer du fonctionnement du service des référés.

En outre, plusieurs missions ont été effectuées à Alger par des membres du Conseil d'État, sur des thèmes divers, comme « *la réorganisation des structures des administrations chargées des domaines, des douanes et des impôts* », « *l'amélioration des compétences du personnel des administrations* » ou encore « *l'étude de l'environnement législatif et réglementaire des administrations chargées des finances* ».

Deux missions ont été réorganisées au Bénin, l'une pour le colloque de l'AOA-HJF consacré à « *l'état de droit et la séparation des pouvoirs* », l'autre pour des séances de travail sur « *le contentieux des élections* ».

Deux missions ont été également effectuées au Mali, l'une ayant pour objet « *les états généraux de l'administration du territoire* » et l'autre la « *création d'une école d'administration publique* ».

Une mission a été accomplie en Éthiopie en vue de traiter de « *l'étude du processus législatif et réglementaire, dans le cadre du programme national de réforme de la justice* ».

## Proche-Orient

L'année 2004 a été marquée par l'accueil d'une importante délégation de la Cour suprême d'Israël, conduite par son président, M. Aharon Barak, dans le cadre des relations institutionnelles existant depuis plusieurs années entre cette Cour suprême et les hautes juridictions françaises, Conseil d'État et Cour de cassation. Cette année, le Conseil constitutionnel s'était pour la première fois associé aux deux hautes juridictions. L'accueil s'est traduit par plusieurs séances de travail réunissant des membres des quatre institutions précitées ; trois thèmes ont été plus particulièrement traités, avec à chaque fois un rapport introductif israélien et un rapport introductif français, consacrés au « *contrôle de la conformité de la loi aux textes et principes de valeur supérieure* », à « *l'ordre public et les libertés publiques en temps de crise* » et au « *rôle de la bonne foi en droit privé et en droit public* ».

La coopération administrative avec la Syrie s'est poursuivie avec la même intensité que les années précédentes ; quatre missions ont été effectuées en 2004 par un membre du Conseil d'État, dans le cadre d'un projet de modernisation du ministère syrien des Finances. Les missions de coopération 2003 avaient porté, pour leur part, sur la coordination gouvernementale. Par ailleurs, le Conseil d'État a accueilli le président du Conseil d'État de Syrie.



Le Conseil d'État a également accueilli le président du Conseil supérieur de la magistrature de Palestine, qui s'est entretenu avec plusieurs membres du Conseil d'État, en particulier sur la question de la formation des magistrats.

## Asie

Les trois principaux pôles de coopération du Conseil d'État en Asie ont été à nouveau la Chine, le Vietnam et la Thaïlande.

S'agissant de la Chine, les échanges se sont développés à un rythme toujours aussi soutenu et à un niveau élevé. Une délégation du Conseil d'État s'est rendue à Pékin pour répondre à une demande faite au Premier ministre français par un vice-Premier ministre de Chine tendant à ce que le Conseil d'État apporte à la Chine son expertise en matière de droit de l'expropriation ; la délégation a rencontré l'instance chinoise chargée de l'élaboration des textes législatifs : le bureau des affaires législatives du Conseil des affaires de l'État ; les échanges doivent se poursuivre en 2005. Pas moins d'une dizaine de délégations chinoises ont été de leur côté reçues en France : magistrats de la Cour suprême, représentants de l'École nationale d'administration chinoise, hauts fonctionnaires du ministère des Finances...

S'agissant du Vietnam, quatre importantes missions ont été effectuées sur place, dans le cadre de la maison franco-vietnamienne du droit : une sur le droit d'association, une sur le contentieux administratif, une sur la codification et une sur la notion de « *groupe économique* ». Une délégation de hauts responsables vietnamiens, conduite par le ministre de la Justice de la République Socialiste, a été de son côté reçue par le vice-président, lors de sa venue en France à l'occasion de la session annuelle du comité d'orientation de la maison franco-vietnamienne du droit.

Pour ce qui est de la Thaïlande, les échanges se sont traduits à la fois par le déplacement en Thaïlande d'un membre du Conseil d'État pour traiter du contentieux administratif, à la demande de la Cour administrative suprême, et rencontrer des représentants du Conseil d'État et par la venue en France d'une délégation de cinq personnes du Conseil d'État de Thaïlande, conduite par la vice-secrétaire générale.

Enfin, le Conseil d'État a reçu des délégations venues du Kazakhstan et d'Ouzbékistan.

\* \* \*

Il est à noter que l'organisation en novembre 2004 par le Conseil d'État, en liaison notamment avec l'IFSA, d'un colloque consacré au Code civil a été l'occasion d'inviter à Paris plusieurs représentants des hautes juridictions administratives avec lesquelles le Conseil d'État entretient des relations régulières.



## Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État

L'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État s'est poursuivie à un rythme toujours soutenu en 2004.

En premier lieu, la cellule s'est efforcée de répondre au plus vite (72 heures au maximum) et au mieux aux questions juridiques dont elle a été saisie par les membres du Conseil d'État. Leur nature et leur portée impliquent une complexification croissante des réponses qu'elles appellent, ainsi que des recherches et travaux nécessaires pour répondre à ces questions.

Au-delà des problèmes classiques relatifs à la technique de transposition des directives, à la procédure de notification de mesures fiscales ou sociales susceptibles de constituer des aides d'État ou la nécessité d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes, le traitement des questions posées s'avère, en effet, toujours plus délicat :

- en raison de leur *ampleur* : problèmes juridiques liés à l'élargissement, notamment la libre circulation des travailleurs ; portée du principe de primauté ; libre circulation des services et principe du pays d'origine ; Communauté européenne et concurrence des systèmes juridiques ou fiscaux ; valeur et portée de la Charte communautaire de l'environnement ; principe *non bis in idem* ; notion de principes fondamentaux en droit pénal ; ouverture des professions réglementées... ;
- du fait de leur *nouveauté* ou *technicité* : droit communautaire de la concurrence et des concentrations ; incidence du droit communautaire sur les statuts d'EDF et de GDF ; légalité des sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ; abus de droit et liberté d'établissement ; ouverture de la fonction publique nationale aux ressortissants communautaires ; octroi de mer ; établissements publics à caractère industriel et commercial et aides publiques ; « exit tax » ; droit des marchés publics ; importation des médicaments à usage vétérinaire...

Comme les années précédentes, les questions posées émanent davantage des membres des formations consultatives du Conseil d'État que de ceux de la Section du contentieux. Elles traduisent une importance croissante des questions liées au droit communautaire dans l'activité consultative.

En deuxième lieu, le bulletin de la cellule de droit communautaire, qui a désormais acquis sa présentation définitive, a été, au cours de l'année 2004, adressé mensuellement et régulièrement, sur support papier ou en version électronique, non seulement aux membres du Conseil d'État, mais aussi à ceux des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs.



En troisième lieu, la cellule de droit communautaire a continué d'exercer un rôle important dans la formation de nombreux étudiants effectuant des stages au Conseil d'État et dans l'accueil de plusieurs délégations ou personnalités.

En quatrième lieu, elle est associée étroitement aux autres activités de la Section du rapport et des études, notamment celles du rapporteur général de la Section, pour l'élaboration de la partie communautaire des considérations générales du rapport annuel 2005, celles de la cellule de coopération internationale et celles de diffusion des travaux du Conseil.

En cinquième et dernier lieu, le responsable de la cellule a continué de s'efforcer de participer au rayonnement du Conseil d'État dans l'ordre juridique communautaire : en présentant des interventions dans des grandes écoles ou instituts et en entretenant avec la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes un échange constant de réflexions ou d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national.



# Bilan des formations





---

## Bilan des formations

### Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

---

Comme l'année passée, trois stages de formation initiale de conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ont été organisés. Le premier, du 1<sup>er</sup> avril au 30 septembre, comptait 25 stagiaires, le deuxième, du 1<sup>er</sup> juillet au 20 décembre regroupait 15 conseillers, le troisième, à l'intention des 45 candidats au concours de recrutement complémentaire, a débuté le 1<sup>er</sup> octobre et se terminera à la fin du mois de mars 2005. Au total, 85 magistrats ont suivi ou suivent le stage de formation initiale.

Le programme de chaque stage est désormais établi par le Comité de coordination de la formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel présidé par M. Bernard Stirn, président adjoint de la Section du contentieux. Le programme des deux premiers stages est identique et est organisé autour de trois activités principales : des conférences à thèmes (100 heures), la participation à des sous-sections de formation (45 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'État. Les conférences sont toutes assurées par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives.

Le programme du troisième stage comporte une première partie destinée à mieux faire connaître aux stagiaires l'administration et son environnement ; cette partie s'organise elle-même en deux, une série de conférences puis un stage pratique dans une administration. La deuxième partie du stage reprend le programme des deux stages précédents.

### Formation continue des magistrats des juridictions administratives

---

Sur les vingt stages programmés pour l'année 2004, douze ont été réalisés et deux reportés en 2005. Ils ont tous été animés par des membres du Conseil d'État et des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 196 magistrats. De plus, le Conseil d'État a assuré la participation de dix magistrats à des



actions de formation mises en œuvre par des organismes extérieurs. Au total, les magistrats ont donc suivi l'équivalent de 204 journées de formation.

Neuf stages organisés par l'École nationale de la magistrature ont été ouverts aux magistrats administratifs ; vingt-trois d'entre eux ont suivi ces formations.

## Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Sur les dix-huit stages programmés, dix-sept ont eu lieu, dont un en province. Ils ont regroupé 244 agents autour de trois thèmes principaux :

– **l'accueil des agents nouvellement nommés** : trois stages de quatre jours ont été organisés vu le nombre important d'agents qui ont intégré les juridictions administratives. Ce stage a pour but de faire connaître les juridictions administratives et de donner les bases de l'activité juridictionnelle.

Une formation particulière a été mise en place pour les agents affectés à la nouvelle cour administrative d'appel de Versailles. Cette formation s'est déroulée au Conseil d'État pour la partie théorique et l'apprentissage des logiciels informatiques, l'aspect pratique étant abordé lors de stages à la cour administrative d'appel de Paris et au tribunal administratif de Versailles ;

– **l'adaptation aux fonctions occupées par certains agents** : cette année, l'accent a été mis sur les procédures devant les cours administratives d'appel ;

– une **formation juridique** par l'organisation de stages couvrant les principaux aspects du contentieux administratif : chaque année, les thèmes varient de façon à donner un panorama complet de l'activité des juridictions administratives.

Ces stages sont très demandés par les agents. 324 d'entre eux ont été candidats, seuls 279 ont été retenus. Le programme se poursuit en 2005 et les agents non retenus en 2004 seront prioritaires.

Ce bilan n'intègre pas la participation des agents de greffe des juridictions administratives aux stages organisés par le ministère de l'Intérieur et par les préfectures.

Par ailleurs, quatorze agents bénéficient de la préparation, financée à 75 % par le Conseil d'État, au concours de recrutement complémentaire de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, assurée par le CNED. De plus, trois agents ont participé à l'entraînement à ce concours organisé au Conseil d'État.

## Formation des agents du Conseil d'État

La formation des agents du Conseil d'État a été réorganisée en 2004 en fonction des observations formulées lors de la réunion annuelle du comité de pilotage et d'orientation de la formation. Elle est organisée en quatre parties :

– un stage d'accueil des agents nouvellement nommés (13 participants) ;



- des stages communs avec les agents de greffe (47 participants) ;
- un stage réservé aux agents du Conseil d'État (9 participants) ;
- des préparations pour les concours administratifs et examens professionnels (39 agents ont suivi les préparations pour quatre concours, non comprise la préparation au concours de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel).

## Formation aux divers logiciels informatiques

La Direction des systèmes d'information du Conseil d'État a assuré plusieurs types de formation aux divers logiciels installés dans les juridictions administratives :

- Skipper : 30 participants (agents de greffe et magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ;
- Ariane et Poste rapporteur : 101 participants (formation initiale des membres du Conseil d'État et des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ;
- Ariane et Poste rapporteur : 156 participants (formation continue des membres du Conseil d'État et des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et des assistants juridiques) ;
- fonds locaux : 37 participants (formation continue des documentalistes des tribunaux administratifs) ;
- logiciel Virtualia : 12 participants (agents du Conseil d'État) ;
- logiciels bureautiques (Word, Excel et Outlook et Access) : 200 participants (magistrats et agents des juridictions administratives).





**Activité  
de la Mission permanente  
d'inspection des juridictions  
administratives**





---

## Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Les articles L. 112-5, R. 112-1 et R. 231-4 du Code de justice administrative prévoient que le contrôle de l'activité des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est exercé, sous l'autorité du vice-président du Conseil d'État, par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives.

En outre, les dispositions de l'article L. 232-2 du même code prévoient que le chef de cette mission permanente est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTA), qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du vice-président du Conseil d'État. Il est par là même associé à la gestion du corps : chaque fois que le Conseil supérieur est appelé à faire des propositions relatives à l'évolution de la carrière des magistrats (recrutements au tour extérieur, détachements dans le corps, intégrations dans le corps après détachement, inscriptions au tableau d'avancement, désignations aux fonctions de commissaire du gouvernement, mesures disciplinaires), le chef de la mission permanente donne son avis.

Il est également consulté sur les demandes de détachement hors du corps et les mises à disposition. Il note chaque année les présidents de tribunal administratif et, désormais, en vertu de l'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2004, pris pour l'application du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002, il conduit tous les deux ans l'entretien d'évaluation de ces présidents.

Il lui revient enfin de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire dont la loi d'orientation et de programmation n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a prorogé l'existence jusqu'en 2007.

L'ensemble de ces dispositions et la tradition ont conduit à associer étroitement des activités dont la finalité est de suivre et d'évaluer l'activité des juridictions et de leurs magistrats, à des fonctions de coordination avec les services chargés de gérer les tribunaux et les cours administratives d'appel.

**Au titre de l'évaluation**, la Mission permanente d'inspection a, au cours de l'année 2004, procédé à l'inspection de neuf tribunaux administratifs (Toulouse, Grenoble, Marseille, Nancy, Pau, Paris, Caen, Nantes et Nice) et de la cour administrative d'appel de Douai.

Ces inspections ont continué comme par le passé à être conduites pendant deux jours par une équipe comprenant au moins deux membres de la Mission et jusqu'à huit (pour le tribunal administratif de Paris), passant en revue l'ensemble du fonctionnement de la juridiction et s'entretenant avec tous les magistrats, les greffiers en chef et les greffiers de chambre. L'esprit dans



lequel elles sont menées relève plus de l'évaluation en commun que du contrôle et c'est d'ailleurs de cette façon qu'elles sont perçues.

Le chef de la Mission permanente d'inspection a, comme par le passé, eu d'autres occasions de visiter les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, notamment à l'occasion des visites du vice-président du Conseil d'État, des manifestations organisées dans les juridictions et intéressant l'ensemble du corps, ou de l'entretien d'évaluation conduit avec son président. Ces déplacements ont concerné les tribunaux administratifs de Dijon, Grenoble, Amiens, Strasbourg, Rennes et les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles.

Il faut rapprocher de ces tâches de suivi et d'évaluation les contacts qui s'établissent plus ponctuellement entre les chefs de juridiction et le chef de la Mission, notamment lorsque celui-ci est saisi de réclamations des justiciables invoquant les difficultés qu'ils rencontrent dans l'examen de leurs requêtes. Ces réclamations sont toujours suivies de réponse, même lorsqu'elles apparaissent, à l'analyse, injustifiées.

**Au titre de la gestion des tribunaux et des cours**, ainsi que du corps des magistrats, le chef de la Mission permanente d'inspection a continué à être associé à l'ensemble des décisions, en participant aux réunions de coordination organisées au niveau du secrétariat général du Conseil d'État, notamment pour préparer les séances du Conseil supérieur. Il a participé en outre aux divers comités spécialisés dans la mise en œuvre des programmes de formation des personnels ou du schéma directeur en matière d'informatique, ainsi qu'aux groupes de travail chargés d'étudier les modifications des règles de la procédure contentieuse.

Il a assuré la présidence du groupe de travail chargé de la mise à jour des outils de travail (formulaires et bibliothèques de paragraphes) mis à la disposition des magistrats, d'un groupe de travail « Norma » chargé de proposer une maquette commune des décisions des juridictions de premier ressort et d'appel, d'un autre chargé de proposer les modalités d'application aux membres du corps du décret du 29 avril 2002, relatif à la notation et l'évaluation des fonctionnaires. Enfin, il a présidé la « commission d'harmonisation » des notations instituée par l'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2004 pris pour l'application de ce décret.



# Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel





## L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Alors que l'année 2003 était déjà une année de forte hausse du contentieux, l'augmentation du nombre de requêtes nouvelles enregistrées devant les tribunaux administratifs s'est confirmée en 2004. En deux ans, la progression est de 37 % en données brutes et de 32 % en données nettes, c'est-à-dire corrigées des séries. Malgré un effort de productivité notable de la part des juridictions de première instance, l'augmentation du nombre d'affaires jugées, qui a été de 12 % en données brutes et 15 % en données nettes entre 2002 et 2004, n'a pas permis de compenser cette évolution. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées se dégrade fortement, pour s'établir à 90 %. Dès lors, par effet mécanique, le stock d'affaires en attente de jugement progresse sensiblement dans de nombreuses juridictions.

L'amélioration de la situation des cours administratives d'appel, amorcée en 2003, s'est en revanche poursuivie en 2004. La réforme de l'appel issue du décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, qui prévoit notamment un recours direct en cassation à l'encontre des jugements rendus par les tribunaux administratifs dans certains litiges de faible importance, a permis une baisse sensible du nombre d'affaires nouvelles enregistrées par les juridictions d'appel. Surtout, le nombre d'affaires jugées par ces juridictions a connu une très forte progression (+ 19 % en un an). Il en résulte que le ratio des affaires traitées par les juridictions d'appel sur les affaires qu'elles ont enregistrées est désormais supérieur à 140 %, ce qui se traduit par une diminution notable du nombre d'affaires en instance. Toutefois, le délai de jugement demeure important et l'effort entrepris devra être poursuivi, afin de permettre aux cours administratives d'appel d'atteindre l'objectif d'un an de délai moyen. Enfin, la création, le 1<sup>er</sup> septembre 2004, de la cour administrative d'appel de Versailles a permis d'alléger substantiellement la charge reposant sur celle de Paris.

## L'activité des tribunaux administratifs en 2004

### Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont enregistré près de 150 000 affaires nouvelles en données nettes, soit une augmentation de 16 % par rapport à l'année 2003. L'année 2004 constitue ainsi une nouvelle année de forte progression du nombre des entrées. Cette hausse, qui touche la quasi-totalité des tribunaux



administratifs de métropole, concerne plus particulièrement les contentieux des étrangers (+ 20 %), de la fonction publique (+ 27 %) et des pensions (+ 26 %). En ce qui concerne le contentieux des étrangers, le nombre de requêtes dirigées contre des arrêtés de reconduite à la frontière a même augmenté de 51 %, en raison de la multiplication de ce type d'actes, y compris lorsque la probabilité de leur exécution est très réduite, comme c'est généralement le cas lorsqu'ils ont été notifiés par voie postale aux étrangers se trouvant en situation irrégulière. En ce qui concerne le contentieux des pensions, la hausse est notamment liée au refus de l'administration fiscale d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes reconnaissant aux fonctionnaires de sexe masculin le droit de bénéficier des dispositions prévues, à raison du nombre d'enfants élevés, au profit de ceux de sexe féminin, ce qui entraîne, de la part des agents intéressés, un recours systématique au juge administratif.

L'augmentation du contentieux a été particulièrement marquée en matière de référé, puisque le nombre de requêtes en référé-suspension s'est accru de 39 %, pour atteindre 12 504 en 2004. Les requêtes en référé-liberté, quant à elles, ont augmenté de 12 % pour s'établir à 1 274.

### **Affaires réglées**

Avec plus de 137 000 dossiers réglés en données nettes, soit une augmentation de 8 % par rapport à l'année 2003, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs progresse sensiblement, comme l'année précédente, mais dans une proportion moindre que celui des affaires enregistrées.

De ce fait, et malgré cette forte productivité des magistrats, le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées se dégrade pour la deuxième année consécutive, pour s'établir cette année à 90 % en données brutes et à 92 % en données nettes.

### **Affaires en instance**

Les tribunaux administratifs ayant, cette année encore, globalement enregistré beaucoup plus d'affaires nouvelles qu'ils n'ont rendu de décisions, le stock de requêtes en instance a fortement progressé. Il approche désormais le nombre de 230 000 affaires en données brutes, soit une augmentation de 7 % par rapport à l'année précédente, et 210 000 affaires en données nettes, soit une augmentation de près de 6 %.

La forte progression du nombre de sorties permet de maintenir le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock, qui s'établit, en données nettes, pour l'année 2004, à un an, six mois et dix jours, soit à une valeur voisine de celle de l'année 2003. Toutefois, ce délai atteint deux ans trois mois et onze jours pour les requêtes autres que les référés et les affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers.

Ces chiffres montrent l'importance prise, dans le volume global des sorties, par les affaires régies par des textes particuliers, imposant une intervention rapide du juge – et notamment le contentieux des étrangers – au détriment des autres affaires. Ils montrent aussi et surtout la gravité du risque actuel d'engorgement



qui pèse sur la juridiction administrative du premier degré et l'impérieuse nécessité d'un respect des prévisions de créations d'emplois inscrites dans la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002.

**Tribunaux administratifs**  
**Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance**  
**Évolution 2004/2003**

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003
TA de métropole	132 137	156 320	+ 18,30 %	122 831	143 339	+ 16,70 %
TA d'outre-mer	5 923	6 188	+ 4,47 %	5 591	5 669	+ 1,40 %
<b>Total</b>	<b>138 060</b>	<b>162 508</b>	<b>+ 17,71 %</b>	<b>128 422</b>	<b>149 008</b>	<b>+ 16,03 %</b>

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003
TA de métropole	129 702	140 978	+ 8,69 %	122 663	131 756	+ 7,41 %
TA d'outre-mer	4 777	6 264	+ 31,13 %	4 372	5 433	+ 24,27 %
<b>Total</b>	<b>134 479</b>	<b>147 242</b>	<b>+ 9,49 %</b>	<b>127 035</b>	<b>137 189</b>	<b>+ 7,99 %</b>

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003	En 2003	En 2004	Évolution 2004/2003
TA de métropole	206 326	221 393	+ 7,30 %	191 156	202 461	+ 5,91 %
TA d'outre-mer	7 534	7 448	- 1,14 %	6 757	6 978	+ 3,27 %
<b>Total</b>	<b>213 860</b>	<b>228 841</b>	<b>+ 7,01 %</b>	<b>197 913</b>	<b>209 439</b>	<b>+ 5,82 %</b>



**Tribunaux administratifs**  
**Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance**  
**Données nettes et évolution 2004/2003**

Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003
Amiens	3 006	+ 15,39 %	3 417	+ 6,55 %	3 974	- 9,60 %
Bastia	1 348	+ 33,86 %	1 267	- 2,84 %	862	+ 10,51 %
Besançon	1 718	+ 12,29 %	1 724	+ 2,13 %	1 894	- 0,32 %
Bordeaux	5 041	+ 18,47 %	3 921	+ 7,63 %	5 864	+ 23,84 %
Caen	2 213	+ 26,24 %	1 685	+ 4,98 %	1 770	+ 41,49 %
Cergy-Pontoise	9 176	+ 38,21 %	6 546	+ 31,10 %	13 452	+ 24,20 %
Châlons-en-Champagne	2 279	+ 11,01 %	2 309	+ 26,80 %	3 746	- 2,07 %
Clermont-Ferrand	1 857	+ 7,09 %	1 703	- 7,19 %	1 816	+ 9,33 %
Dijon	2 814	+ 18,24 %	2 401	+ 4,03 %	2 450	+ 19,45 %
Grenoble	6 337	+ 10,07 %	4 741	- 2,93 %	9 158	+ 21,65 %
Lille	6 433	+ 16,29 %	5 760	+ 0,73 %	8 065	+ 7,94 %
Limoges	1 388	+ 15,38 %	1 371	+ 4,42 %	1 741	+ 0,69 %
Lyon	7 186	+ 22,21 %	6 757	+ 6,44 %	7 897	+ 5,80 %
Marseille	8 961	- 17,58 %	9 182	+ 15,96 %	16 202	- 2,43 %
Melun	6 833	+ 29,07 %	5 791	+ 10,66 %	8 310	+ 15,56 %
Montpellier	7 028	+ 16,18 %	7 510	+ 37,32 %	13 496	- 3,36 %
Nancy	2 033	+ 9,30 %	2 079	+ 25,09 %	1 599	- 4,02 %
Nantes	5 642	+ 29,08 %	5 196	+ 11,53 %	7 585	+ 6,02 %
Nice	6 317	+ 13,43 %	6 552	+ 20,33 %	12 699	- 0,34 %
Orléans	3 524	+ 13,82 %	3 426	+ 9,46 %	4 117	+ 2,49 %
Paris	22 464	+ 20,52 %	19 945	- 7,81 %	37 869	+ 6,34 %
Pau	2 413	+ 12,49 %	1 965	- 10,44 %	3 000	+ 16,91 %
Poitiers	3 181	+ 27,85 %	3 206	+ 22,55 %	2 223	- 0,85 %
Rennes	4 764	+ 13,13 %	4 901	+ 10,68 %	7 750	- 0,97 %
Rouen	2 782	+ 9,92 %	2 470	- 4,11 %	5 394	+ 6,79 %
Strasbourg	5 393	+ 17,11 %	4 981	+ 10,79 %	6 494	+ 6,81 %
Toulouse	4 009	+ 4,98 %	3 954	- 3,87 %	6 395	- 0,06 %
Versailles	7 199	+ 45,38 %	6 996	+ 8,94 %	6 639	+ 3,44 %
<b>Total métropole</b>	<b>143 339</b>	<b>+ 16,70 %</b>	<b>131 756</b>	<b>+ 7,41 %</b>	<b>202 461</b>	<b>+ 5,91 %</b>
Basse-Terre	1 297	+ 9,82 %	1 066	+ 30,48 %	2 658	+ 9,56 %
Cayenne	555	- 9,17 %	451	- 20,60 %	1 015	+ 12,90 %
Fort-de-France	563	+ 43,26 %	435	+ 30,63 %	1 095	+ 12,54 %
Mata-Utu	16		7		13	
Nouvelle-Calédonie	417	- 6,50 %	446	- 11,68 %	194	- 12,22 %
Polynésie française	497	- 4,79 %	535	- 12,01 %	381	- 8,63 %
Saint-Denis et Mamoudzou	2 290	- 5,37 %	2 470	+ 60,91 %	1 589	- 11,67 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	34	+ 88,89 %	23	+ 283,33 %	33	+ 50,00 %
<b>Total Outre-Mer</b>	<b>5 669</b>	<b>+ 1,40 %</b>	<b>5 433</b>	<b>+ 24,27 %</b>	<b>6 978</b>	<b>+ 3,27 %</b>
<b>Total général global</b>	<b>149 008</b>	<b>+ 16,03 %</b>	<b>137 189</b>	<b>+ 7,99 %</b>	<b>209 439</b>	<b>+ 5,82 %</b>



## L'activité des cours administratives d'appel en 2004

### Affaires enregistrées

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la réforme introduite par le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, en fermant notamment la voie de l'appel au profit d'un recours direct en cassation pour les jugements rendus par les tribunaux administratifs sur certains litiges de faible importance, a permis une baisse sensible du nombre d'affaires nouvelles enregistrées par les cours administratives d'appel. Avec 14 350 dossiers en données nettes, ce nombre connaît une diminution de plus de 8 % en 2004 par rapport à 2003.

Seule la cour administrative d'appel de Marseille voit ses entrées progresser, en raison, notamment, des contentieux liés aux refus de titre de séjour pour les étrangers.

### Affaires réglées

Pour la deuxième année d'application de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, les efforts importants consentis pour accroître les moyens des cours administratives d'appel mis en œuvre dans le cadre de contrats d'objectifs signés le 9 décembre 2002 par le vice-président du Conseil d'État avec chaque président de cour ont porté pleinement leurs fruits. Les juridictions du second degré ont ainsi réglé cette année près de 20 000 affaires en données nettes, soit une progression de près de 19 % par rapport à l'année 2003. En données brutes, les 21 000 arrêts rendus représentent une progression de plus de 17 %.

Pour la deuxième année consécutive, les juridictions d'appel ont ainsi jugé plus d'affaires qu'elles n'ont reçu de requêtes nouvelles. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées a progressé de plus de 34 points, pour atteindre cette année 141 %, contre 107 % en 2003.

### Affaires en instance

Le stock d'affaires en instance s'est réduit, sous l'effet conjoint de l'augmentation importante des sorties et de la sensible diminution des entrées, de 14 % en données brutes et de 12,5 % en données nettes, avec un peu plus de 35 000 affaires en attente de jugement.

L'accroissement de l'activité des juridictions d'appel se traduit par une amélioration importante du délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock qui, avec 1 an, 9 mois, et 6 jours en données corrigées des séries, diminue de plus de 7 mois par rapport à celui constaté en 2003.

\* \* \*



Pour les cours administratives d'appel, les résultats statistiques de l'année 2004 sont tout à fait encourageants et confirment pleinement le bien-fondé de la démarche engagée par la signature des contrats d'objectifs. En effet, les objectifs définis pour cette deuxième année d'application des contrats ont à nouveau tous été atteints, voire, pour la plupart, dépassés.

Toutefois, il convient de rester prudent. En effet, les contraintes budgétaires imposées pour l'année 2005 ne permettront pas de mettre en place l'intégralité des moyens nouveaux prévus par les contrats d'objectifs pour cette même année. De plus, le transfert du Conseil d'État vers les cours administratives d'appel, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, de l'appel du contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière pourrait entraîner, à court terme, une augmentation du nombre d'affaires nouvelles enregistrées chaque année par les juridictions d'appel de plus de 2 500 dossiers.

Enfin, la priorité légitimement donnée, depuis l'année 2002, à l'assainissement de la situation statistique des cours administratives d'appel ne saurait bien entendu aboutir à négliger celle des tribunaux administratifs, qui ont dû affronter, au cours des deux dernières années, une augmentation considérable du flux de requêtes enregistrées et dont les stocks ne cessent de croître.

À cet égard, il s'avère donc particulièrement nécessaire que les engagements prévus par la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002 soient respectés, afin que l'attribution aux cours des emplois et des crédits budgétaires permettant d'honorer les contrats d'objectifs n'obère pas, dans les années qui viennent, les conditions de traitement des requêtes devant la juridiction du premier degré.



**Cours administratives d'appel**  
**Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance**  
**Évolution 2004/2003, données détaillées par juridiction**

Données brutes						
Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003
CAA Bordeaux	2 200	- 11,96 %	3 130	+ 9,86 %	6 179	- 12,96 %
CAA Douai	1 070	- 18,88 %	1 547	- 4,33 %	1 595	- 22,61 %
CAA Lyon	1 768	- 16,76 %	2 676	+ 11,55 %	6 388	- 12,35 %
CAA Marseille	2 653	+ 7,41 %	3 340	+ 34,62 %	6 907	- 8,91 %
CAA Nancy	1 149	- 11,34 %	2 286	+ 29,15 %	3 344	- 25,29 %
CAA Nantes	1 530	- 18,05 %	2 429	- 4,03 %	2 690	- 22,41 %
CAA Paris	4 071	- 16,25 %	5 095	+ 19,83 %	6 822	- 34,92 %
CAA Versailles	372		476		2 495	
<b>Total</b>	<b>14 813</b>	<b>- 9,87 %</b>	<b>20 979</b>	<b>+ 17,21 %</b>	<b>36 420</b>	<b>- 14,22 %</b>

Données nettes						
Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003	Total	Évolution 2004/2003
CAA Bordeaux	2 128	- 7,48 %	2 820	+ 8,29 %	5 785	- 12,86 %
CAA Douai	1 070	- 17,18 %	1 525	- 4,63 %	1 569	- 22,06 %
CAA Lyon	1 636	- 19,69 %	2 473	+ 5,55 %	5 963	- 9,95 %
CAA Marseille	2 593	+ 8,90 %	3 218	+ 38,23 %	6 718	- 8,30 %
CAA Nancy	1 148	- 10,87 %	2 253	+ 31,06 %	3 312	- 24,95 %
CAA Nantes	1 524	- 15,52 %	2 391	+ 4,14 %	2 628	- 22,13 %
CAA Paris	3 876	- 14,59 %	4 677	+ 22,72 %	6 600	- 31,75 %
CAA Versailles	372		472		2 456	
<b>Total</b>	<b>14 347</b>	<b>- 8,27 %</b>	<b>19 829</b>	<b>+ 18,74 %</b>	<b>35 031</b>	<b>- 12,55 %</b>





# Activité des juridictions spécialisées





## Commission des recours des réfugiés

### État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2004

En 2004, la Commission a enregistré **51 707** recours contre **44 201** en 2003, **31 502** en 2002 et **26 140** en 2001. La hausse annuelle est ainsi de 17 % en 2004/2003, de 40 % en 2003/2002 contre 20 % en 2002/2001. Ainsi, le mouvement à la hausse observé depuis 1999 après trois années de stabilité (13 500 recours / an en 1996, 1997 et 1998) qui s'était amplifié en 2003, comme le laissait d'ailleurs prévoir l'augmentation des décisions rendues par l'OFPRA, s'est particulièrement accru au cours des deux premiers trimestres de 2004 pour se stabiliser au cours des deux trimestres suivants.

Cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Commission, à l'exception toutefois des demandes maliennes (-14,46 %), et de celles des ressortissants de la République Démocratique du Congo (-20,33 %).

La demande turque est redevenue en 2004 la plus importante avec 5 814 recours enregistrés contre 4 705 en 2003 soit une hausse de 23,57 %, devant la demande chinoise (5 670 recours en 2004 contre 1 932 soit une hausse de 193,48 %).

Il convient également de relever la hausse importante des recours formés :

- *s'agissant du continent africain* : par les ressortissants du Nigeria (1 158 dossiers contre 497 en 2003 soit une hausse de 133 %), mais aussi par ceux de la Guinée (929 recours contre 583 en 2003 soit une augmentation de 59,35 %). Il convient au demeurant de relever que la demande des ressortissants du Congo (Brazzaville) est restée stable avec 1 674 recours en 2004 contre 1 652 en 2003 soit une hausse de 1,33 % contre une hausse précédente de 20 % entre 2003 et 2002. Enfin, à l'instar des ressortissants de la République Démocratique du Congo (-20,33 % en 2004) la demande des ressortissants de la Mauritanie (2 405 recours contre 2 598 en 2003) enregistre un léger infléchissement de l'ordre de 7,43 % ;
- *s'agissant de l'Europe* : par les ressortissants des pays issus de l'éclatement de l'Union Soviétique et, en particulier, de la Géorgie (1 720 recours contre 1 136 affaires en 2003 soit une augmentation de 51,41 %) de la Russie (1 541 recours contre 751 recours soit une augmentation de 105,19 %) et de l'Ukraine (573 recours contre 367 soit une augmentation de 56,13 %).



Au total, les recours restent concentrés sur un nombre limité de nationalités, les dix premières d'entre elles constituant près de 60 % des recours (Turquie, Chine, République démocratique du Congo, Mauritanie, Algérie, Sri Lanka, Géorgie, Haïti, Congo (Brazzaville), Angola).

En 2004 la Commission des recours a rendu **39 160** décisions contre **29 502** en 2003 et **23 916** en 2002, soit une augmentation de **32,74 %**. Cette progression soutenue s'explique notamment par les recrutements opérés en octobre 2004 qui se sont traduits par la création de 10 nouvelles divisions administratives au 1<sup>er</sup> novembre. L'activité de la juridiction, forte aujourd'hui de plus de 140 formations de jugement, est ainsi en augmentation constante.

Le pourcentage d'annulation des décisions de l'OFPRA est en légère augmentation (**12,68 %** contre **11,44 %** en 2003 et **9,4 %** en 2002) ce qui représente 4 967 décisions accordant le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire contre 3 467 décisions en 2003.

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) sont au nombre de **4 413** contre **4 458** soit **11,35 %** de l'ensemble des affaires réglées, pourcentage en diminution par rapport à 2003 et qui était de 15 %.

À ce chiffre il convient d'ajouter **297** ordonnances prises en application des dispositions issues de la loi du 10 décembre 2003<sup>1</sup> et dont les premières ont été rendues le 15 novembre, ce qui porte le nombre total des ordonnances à **4 710** soit **12 %** de la totalité des décisions.

Les Sections réunies ont rendu 7 décisions dont 3 annulations de la décision de l'OFPRA.

Au cours de l'année 2004, le Bureau d'aide juridictionnelle établi près la Commission a enregistré **8 125** demandes contre **6 955** demandes en 2003. Ce chiffre est en augmentation très nette par rapport à celui de 2002 et à celui de l'année 2001. Ces deux années avaient elles-mêmes connu une augmentation considérable du nombre de dossiers (+ 75 % par rapport à 1999).

Face à ce niveau très élevé des demandes, le bureau a maintenu un rythme d'activité élevé bien qu'en diminution en rendant 4 865 décisions définitives contre 6 298 en 2003.

Le nombre des admissions à l'aide juridictionnelle a augmenté en 2004 pour s'établir à **2 123** admissions contre **1 960** en 2003 soit un taux d'admission de **43,64 %** contre **31,12 %** en 2003, soit une hausse 2004/2003 de **12,52 %**. Ce phénomène s'explique essentiellement par l'augmentation des demandes de requérants remplissant généralement la condition d'entrée régulière sur le territoire, en particulier celles présentées par les Haïtiens et les Algériens.

Le renforcement du rythme d'examen des dossiers (**2 393** séances organisées contre **1 775** durant l'année 2003) a conduit à un accroissement significatif du nombre d'affaires jugées, sans permettre toutefois de contenir la totalité du flux qui a progressé dans des proportions nettement plus importantes. Il

---

1. Cf. *infra*.



convient de relever que l'augmentation des désignations d'avocats passée à **47 %** contre **30 %** en 2001, n'est pas sans incidence sur l'organisation des séances de la Commission. Ayant conduit à une réduction du nombre de dossiers enrôlés par séance de 22 dossiers à 18 depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2002, cette augmentation n'est restée, à ce jour, sans incidence sur le nombre d'affaires jugées qu'en raison d'une très nette diminution du taux de renvois qui est passé de 30 % en 2002 à **15 %** sur l'année 2004.

Malgré l'augmentation significative du rythme d'examen des affaires, la balance entrées/sorties marque un déficit de **12 547** dossiers pour l'année 2004. Toutes choses égales par ailleurs, ce déficit – qui s'ajoute à ceux de 2001, 2002 et 2003 – conduit à un stock de **47 746** dossiers mais celui-ci devrait se résorber considérablement dans les mois à venir à mesure que se répercuteront sur la Commission les effets des recrutements opérés en fin d'année 2004.

En décembre 2004, pour la première fois depuis de très nombreuses années la Commission a rendu nettement plus de décisions qu'elle n'a reçu de recours, commençant ainsi à réduire son stock.

## Éléments de jurisprudence

D'un point de vue jurisprudentiel, l'année 2004 restera marquée par la mise en œuvre des nouveaux critères d'application de la convention de Genève retenus par la loi du 10 décembre 2003<sup>2</sup> et entérinés par l'adoption de la directive européenne dite « *qualification* »<sup>3</sup>, par les premières décisions relatives à la protection subsidiaire et par l'application de nouvelles règles de compétence et de procédure, telles qu'elles ont été définies par la loi du 25 juillet 1952 modifiée et par le décret du 14 août 2004<sup>4</sup>.

### Sur les auteurs de persécution

Aux termes de l'article 2, III de la loi nouvelle : « *les persécutions prises en compte dans l'octroi de la qualité de réfugié et les menaces graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait [...]* »

2. Loi 2003-1176 10 décembre 2003, modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile. Ses dispositions ont été intégrées dans la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (livre VII), JO du 25 novembre 2004, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005.

3. L. 304/12 *Journal officiel de l'Union européenne* : adoptée le 30 septembre 2004, elle a « pour objet d'établir des normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de la protection accordée ».

4. Le décret n° 2004-814 du 14 août 2004 relatif à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et à la Commission des recours des réfugiés remplace le décret du 2 mai 1953.



*d'acteurs non étatiques, dans la mesure où les autorités [...] refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection ».*

La Commission est désormais conduite à rechercher si les victimes de persécutions sont en mesure de bénéficier ou non de la protection des autorités et non plus à déterminer si ces mêmes autorités ont été à l'origine des persécutions alléguées ou ont encouragé ou toléré volontairement ces agissements<sup>5</sup>. Elle a notamment examiné l'incapacité des autorités du pays d'origine à apporter au requérant la protection requise<sup>6</sup>, en en définissant au besoin les critères<sup>7</sup> ainsi que la situation d'une demanderesse ne pouvant espérer aucune protection de la part des autorités en cas de retour dans son pays<sup>8</sup>.

Les Sections réunies de la Commission ont systématisé ce raisonnement, en estimant que « *les autorités algériennes n'avaient pas été en mesure d'offrir une protection au requérant et, qu'en raison des conditions de sécurité prévalant encore dans la région de Chlef, elles ne seraient pas en mesure de lui offrir une telle protection en cas de retour* »<sup>9</sup>.

Dans cette même décision, la Commission a posé les conditions de l'opposabilité d'une possibilité *d'asile interne* au requérant. En effet, aux termes des dispositions du III de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 modifiée : « [...] *L'office peut rejeter la demande d'asile d'une personne qui aurait accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine si cette personne n'a aucune raison de craindre d'y être persécutée ou d'y être exposée à une atteinte grave et s'il est raisonnable d'estimer qu'elle peut rester dans cette partie du pays. L'office tient compte des conditions générales prévalant dans cette partie du territoire, de la situation personnelle du demandeur ainsi que de l'auteur de la persécution au moment où il statue sur la demande d'asile* ».

La Commission a déduit de ces dispositions que deux conditions doivent être cumulativement réunies :

- le requérant doit pouvoir accéder à une protection sur une partie du territoire où il n'a aucune raison d'être persécuté ou d'être exposé à une atteinte grave ;
- il est raisonnable d'estimer que le requérant peut rester dans cette partie du pays.

Elle a jugé qu'en l'espèce la seconde condition n'était pas remplie.

Depuis, l'asile interne a été opposé à un requérant de nationalité sri-lankaise ayant résidé sans crainte à Colombo de 1998 à 2001, après les faits à l'origine des craintes de persécution alléguées<sup>10</sup>.

---

5. CE, 27 mai 1983, Section, *Dankha*, Leb. p 220.

6. CRR, 16 mars 2004, *Seropian*.

7. CRR, 16 juillet 2004, *Mouada* : en tenant compte par exemple « de l'amélioration des conditions générales de sécurité et de l'affaiblissement de l'activité et des effectifs des groupes armés, particulièrement dans la région de Biskra dans laquelle (le requérant) résidait ».

8. CRR, 2 mars 2004, *M<sup>me</sup> Nahid Khibary ép. Kazemi*.

9. CRR, SR, 25 juin 2004, *Boubrima*.

10. CRR, 20 juillet 2004, *Kasipillai Thalaiyasingam*.



## Sur la protection subsidiaire

Aux termes du 2°) du II de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 modifiée :  
« Sous réserve des dispositions du IV, l'office accorde le bénéfice de la protection subsidiaire à toute personne qui ne remplit pas les conditions d'octroi du statut de réfugié énoncées à l'alinéa précédent et qui établit qu'elle est exposée dans son pays à l'une des menaces graves suivantes :

- a) la peine de mort ;
- b) la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ;
- c) s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».

Les Sections réunies de la Commission ont commencé à définir les champs d'application respectifs de la protection conventionnelle et de la protection subsidiaire, en déterminant notamment si certaines situations pour lesquelles la protection subsidiaire était envisagée voire accordée ne pouvaient être regardées comme entrant dans le champ de l'un des motifs de la convention de Genève.

Elles ont ainsi estimé que « dans les conditions prévalant actuellement au Pakistan, les femmes refusant des mariages imposés constituent un groupe dont les membres sont susceptibles d'être exposés, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de la société, à des persécutions contre lesquelles les autorités ne sont pas en mesure de les protéger »<sup>11</sup> et donc ont considéré que la situation de ces femmes exposées en cas de refus à un « crime d'honneur » relevait de la définition de la crainte de persécution et non de la menace grave prévue par la loi nouvelle.

Elles se sont prononcées pour la première fois sur un recours formé contre une décision du directeur général de l'office accordant le bénéfice de la seule protection subsidiaire. Elles ont reconnu à l'intéressée la qualité de réfugiée qu'elle réclamait en jugeant que son comportement et ses attaques virulentes contre les institutions avaient été regardés par les autorités algériennes comme une manifestation d'opposition politique ayant eu pour conséquence le refus de celles-ci de lui accorder la protection sollicitée et des condamnations pénales injustes et disproportionnées<sup>12</sup>.

Si une première décision de la Commission a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire à un inspecteur de police moldave victime de traitements inhumains et dégradants pour avoir dénoncé un trafic<sup>13</sup>, la Commission a estimé en revanche, qu'une requérante, travaillant au service de la famille de l'ancien président ivoirien ne serait pas exposée en cas de retour à des traitements inhumains ou dégradants dans l'exercice de sa profession de gouvernante, ou à une autre menace grave directe ou individuelle résultant d'une situation de conflit armé interne<sup>14</sup>.

---

11. CRR, SR, 15 octobre 2004, *M<sup>lle</sup> Nazia*.

12. CRR, SR, 17 décembre 2004, *M<sup>me</sup> Kahloul, épouse Louahche*.

13. CRR, 8 octobre 2004, *Cretu*.

14. CRR, SR, 25 juin 2004, *M<sup>lle</sup> Koffi Amani*.



La Commission n'a pas non plus considéré que relevait de ces mêmes dispositions la situation d'un demandeur de nationalité rwandaise et d'origine hutue invoquant « *la situation d'insécurité générale pour les ressortissants rwandais et les risques de tortures, de traitements inhumains, voire (de) peine de mort* »<sup>15</sup>.

### **Sur les règles de compétence et de procédure applicables devant la Commission**

La Commission est désormais compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions de l'Office quel qu'en soit le sens. Elle peut donc désormais être saisie par le représentant de l'État d'un recours contre une décision de l'Office accordant une protection. Aucun recours de ce type ne lui a encore été adressé.

La Commission peut statuer sur « *les recours en révision dans le cas où il est soutenu que la décision de la Commission a résulté d'une fraude* » (article 16, 3<sup>e</sup> alinéa du décret du 14 août 2004).

Des magistrats de l'ordre judiciaire peuvent désormais présider les formations de jugement de la Commission (article 5 de la loi du 25 juillet 1952 modifiée).

Conformément aux règles générales de procédure applicables devant les tribunaux administratifs, l'instruction des affaires est désormais close trois jours francs avant l'audience (article 21 du décret du 14 août 2004).

Enfin le champ d'application des décisions pouvant être rendues par ordonnances est élargi, puisqu'aux termes du V de l'article 5 de la loi du 25 juillet 1952 modifiée, « *le président et les présidents de Section peuvent, par ordonnance, régler les affaires dont la nature ne justifie pas l'intervention d'une formation collégiale. [...] Ils peuvent [...] statuer sur les demandes qui ne présentent aucun élément sérieux susceptible de remettre en cause les motifs de la décision du directeur général de l'office* ». Dans ce cas, l'ordonnance n'est rendue qu'après examen du dossier par un rapporteur. De telles ordonnances ont commencé à être prises à partir du moment où les décisions attaquées de l'office faisaient mention de cette nouvelle procédure, précisée par le décret du 14 août 2004, c'est-à-dire, en pratique pour des recours postérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2004.

---

15. CRR, 17 novembre 2004, *Babi Mwepu*.



## Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées

	2003			2004		
	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre
<b>Juridictions sociales</b>						
Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale	123	19	488	68	1	555
Commission centrale d'aide sociale	2 578	2 744	2 740	2 763	2 728	2 775
Commission supérieure des soins gratuits	10	12	2	5	7	-
<b>Juridictions disciplinaires</b>						
Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins	301	397	93	301	301	93
Section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins	177	201	98	183	144	137
Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	54	98	26	84	52	58
Section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	65	63	29	72	61	40
Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des pharmaciens	56	66	53	89	100	42
Section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des pharmaciens	12	23	12	24	16	20
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	26	23	15	27	24	18
Chambre nationale de discipline des architectes	28	58	58	30	16	72
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts	5	5	-	12	7	5
Haut Conseil du commissariat aux comptes	14	15	7	19	16	10
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	12	10	21	10	9	20
<b>Autres juridictions</b>						
Commission des recours des réfugiés	44 201	29 502	35 199	51 707	39 160	47 746
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	185	212	84	126	140	70





Rapport d'activité

# Avis du Conseil d'État en 2004





## Avis du Conseil d'État en 2004

*En vertu de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, « le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».*

*Il peut en outre être saisi de demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.*

*Ces demandes d'avis sont traitées par la Section administrative du Conseil d'État à laquelle sont rattachés le département ministériel ou la catégorie d'affaires en cause. Toutefois, les avis peuvent être rendus, après un premier examen par la Section compétente, par l'Assemblée générale du Conseil d'État.*

*Les avis reproduits ci-après donnent un aperçu de l'éventail des questions, d'ampleur et de complexité inégales, sur lesquelles le Conseil d'État a été consulté au cours de l'année, ainsi que du mode d'exercice de cette attribution administrative qui, pour être moins importante en fait que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles en vigueur.*

*Il n'est pas inutile de préciser que les formations administratives du Conseil d'État se refusent à répondre à une demande d'avis lorsque le point de droit directement en cause fait l'objet d'un recours contentieux devant une juridiction. En outre, lorsque les questions posées risquent de donner matière à des contentieux, la formation administrative prend soin de préciser que son avis est donné sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes.*



## Communautés européennes

### ■ Assemblée générale – Avis n° 370.136 – 29 avril 2004

*Projet de décision-cadre de l'Union européenne – Application du principe « non bis in idem » entre les États membres – Conformité avec les principes de valeur constitutionnelle et les conditions d'exercice de la souveraineté nationale.*

#### **Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur la question de savoir si :**

1° le maintien de chacune des trois exceptions au principe « *non bis in idem* », dans leur rédaction issue de l'article 5 du projet de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne, en cours de négociation, répond à des exigences de nature constitutionnelle ;

2° en particulier, dans l'hypothèse où la décision-cadre n'ouvrirait aucune faculté de se prévaloir de ces exceptions, l'intégration de celle-ci dans l'ordre juridique interne serait-elle susceptible d'aboutir à une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Vu la Constitution, modifiée, notamment par les lois constitutionnelles n° 92-554 du 25 juin 1992, n° 99-49 du 25 janvier 1999 et n° 2003-267 du 25 mars 2003, en particulier son Préambule, ses articles 1, 2, 3, 20, 55 et le titre XV ;

Vu la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels n°s 1, 3, 4 et 5, ensemble le décret n° 74-360 du 3 mai 1974, portant publication de la convention et des protocoles précités ;

Vu la loi n° 80-461 du 25 juin 1980 autorisant la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ensemble le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 qui en porte publication ;

Vu la loi n° 85-1475 du 31 décembre 1985 autorisant la ratification du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le décret n° 89-37 du 24 janvier 1989 portant publication de ce protocole et des déclarations annexes y afférant ;

Vu la loi n° 91-737 du 30 juillet 1991 autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, ensemble le décret n° 95-304 du 21 mars 1995 portant publication de la convention d'application de cet Accord ;

Vu la loi n° 92-1017 du 24 septembre 1992 autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, ensemble le décret n° 94-80 du 18 janvier 1994 portant publication de ce traité ;

Vu la loi n° 99-229 du 23 mars 1999 autorisant la ratification du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, ensemble le décret n° 99-438 du 28 mai 1999 qui en porte publication ;



Vu la loi n° 2001-603 du 10 juillet 2001 autorisant la ratification du traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, ensemble le décret n° 2003-246 du 18 mars 2003 qui en porte publication ;

Vu le code pénal, notamment ses articles 113-1 à 113-12, 132-2 et le titre I<sup>er</sup> du livre IV ;

Vu le code de procédure pénale, notamment ses articles 6, 368 et 692 ;

Vu la proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe « *non bis in idem* » ;

Vu les décisions du Conseil constitutionnel n° 85-188 DC du 22 mai 1985, n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 ;

**Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

I. – La proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative à l'application du principe « *non bis in idem* », fixe les modalités de mise en œuvre dudit principe entre les États membres, en application de l'objectif imparti à la coopération judiciaire en matière pénale par l'article 29 du traité sur l'Union européenne qui « est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice ».

La proposition de décision prévoit en son article 2 que : « Toute personne ayant fait l'objet d'une décision définitive dans un État membre ne peut à nouveau faire l'objet d'une procédure pénale ou d'un jugement pour les mêmes faits, quelle que soit leur qualification juridique dans un autre État membre », après avoir défini, en son article 1<sup>er</sup>, le terme « décision définitive » comme « un jugement définitif en matière pénale » ou « un autre acte judiciaire fondé sur la présomption de légalité ou d'illégalité du comportement de l'intéressé, adopté par une autorité judiciaire ou une autorité équivalente ayant compétence notamment en matière pénale, ou ayant fait l'objet d'un recours devant une telle autorité, qui éteint définitivement la possibilité de poursuites pénales ».

La proposition de décision ouvre cependant en son article 5, des possibilités d'exception ainsi rédigées : « Un État membre peut, au moment de l'adoption de la décision-cadre, faire une déclaration informant le Secrétariat général du Conseil et la Commission qu'il n'est pas lié par l'article 2 dans les cas suivants :

- a) lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une atteinte à la sûreté nationale ou à d'autres intérêts essentiels de cet État membre ;
- b) qu'ils ont été commis par un fonctionnaire de cet État membre en violation des obligations de sa charge ;
- c) qu'ils ont eu lieu en tout ou en partie sur son territoire ; dans ce dernier cas, toutefois, cette exception ne s'applique pas si les faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'État membre où la décision définitive a été rendue ».

On relèvera également que la proposition de décision-cadre comporte un article 4 sur la litispendance dans l'hypothèse où des poursuites sont engagées dans un État membre du fait d'une infraction pénale, alors que la même infraction « fait déjà l'objet d'une affaire pendante dans un autre État membre ».

II. – Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État à propos de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures



de remise entre États membres, dans son avis du 26 septembre 2002, le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que sur le fondement de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des quatorzième et quinzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, des articles 3, 53 et 88-1 de la Constitution, puisse être transposée en droit interne, par voie législative, une décision-cadre, prise sur le fondement de l'article 34 du traité sur l'Union européenne, qui permet de réaliser les objectifs rappelés à l'article 29 de ce traité.

Les règles ou principes de valeur constitutionnelle qui sont en cause, pour le cas où l'article 5 de la proposition de décision-cadre serait en tout ou partie supprimé, ont trait à la signification de la règle « *non bis in idem* », aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et aux impératifs de l'exercice du pouvoir disciplinaire en matière de fonction publique.

2.1. – La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution, proclame dans son article 8 que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

2.1.1. – Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le principe de proportionnalité, qui découle de ces dispositions, implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, « les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ».

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives ou professionnelles dès lors que l'institution de chacun de ces types de sanction repose sur un objet différent et tend à assurer la sauvegarde de valeurs ou d'intérêts qui ne se confondent pas.

Toutefois, dans le cas de sanctions administratives ayant un objet pécuniaire comparable à celui d'une amende pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

2.1.2. – Les exigences de valeur constitutionnelle ainsi rappelées trouvent leur prolongement, pour ce qui est des infractions commises en dehors du territoire de la République dans les dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale et, pour ce qui est des infractions relevant de la compétence de la cour d'assises, dans celles de l'article 368 du même code aux termes desquelles « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

En dehors des cas où ces dispositions reçoivent application, la jurisprudence de la Cour de cassation écarte cependant l'application de la règle « *non bis in idem* » lorsqu'au vu de la prise en compte d'éléments matériels ou légaux relatifs à un même fait, il est possible d'établir l'existence de deux infractions distinctes.

2.1.3. – Suivant une jurisprudence bien établie qui remonte à un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 mars 1862, la règle « *non bis in idem* » ne s'applique en principe « qu'aux jugements émanés de la même souveraineté ».



La même interprétation a prévalu dans les pays qui tels les États-Unis d'Amérique ou la République fédérale d'Allemagne ont fait figurer expressément dans leur Constitution, la règle « *non bis in idem* ». Il y a lieu de noter également que la consécration de la règle par l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne vaut que pour les poursuites ou condamnations pénales émanant des « juridictions d'un même État ». L'article 14, paragraphe 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes duquel « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays » a été interprété par le Comité des droits de l'homme des Nations unies comme s'appliquant aux juridictions d'un même État (CDH, décision n° 204/1986 du 2 novembre 1987).

2.1.4. – Toutefois, ainsi que le Conseil d'État l'a relevé dans son avis n° 358 597 du 29 février 1996 relatif au projet de statut de la Cour pénale internationale élaboré par la Commission du droit international, auraient été contraires à la règle « *non bis in idem* » « qui fait partie du principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines » des dispositions permettant à la Cour de juger une personne qui a déjà été jugée pour les mêmes faits par la juridiction nationale, en dehors des cas où les décisions de la juridiction nationale seraient entachées de fraude à la règle de droit international.

2.2. – Indépendamment du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, un engagement international ou un acte de droit dérivé ne doit pas être « incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République » et « la continuité de la Nation » ainsi que cela ressort de la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel.

Une pareille exigence implique que la règle « *non bis in idem* » soit conciliée avec le régime de répression « des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation », tel qu'il est organisé par le titre premier du livre IV du code pénal.

2.3. – Enfin, dès lors que l'article 20 de la Constitution confère dans son premier alinéa au Gouvernement le soin de déterminer et conduire la politique de la Nation, et précise dans son deuxième alinéa qu'« il dispose de l'administration et de la force armée », l'autorité exécutive se trouve constitutionnellement investie d'un pouvoir disciplinaire à l'égard des agents publics.

III. – Au regard de cet état du droit, la réponse aux questions posées dépend de la nature des exceptions.

3.1. – En ce qui concerne la possibilité d'écarter l'application de la règle « *non bis in idem* » lorsque les faits visés par un jugement étranger *ont été commis* en tout ou en partie *par un fonctionnaire en violation des obligations de sa charge*.

Le libellé de l'article 2 de la proposition de décision implique que la règle « *non bis in idem* » est cantonnée aux infractions pénales. Il s'ensuit qu'elle ne fait pas obstacle à l'exercice par la puissance publique de poursuites disciplinaires à l'encontre de ses agents. Dans cette mesure la renonciation à l'exception du *b)* de l'article 5 ne se heurterait à aucun principe non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle.



3.2. – En ce qui concerne la possibilité d'écarter l'application de la règle « *non bis in idem* » lorsque les faits visés par un jugement étranger ont été *commis en tout ou en partie sur le territoire de l'État membre dont il s'agit*.

Sans doute convient-il de relever que, dans la tradition juridique française, le droit de punir émane du droit de souveraineté et que cette souveraineté est elle-même rattachée au territoire national.

Mais les exceptions apportées à la compétence de principe de la loi pénale française pour les infractions commises sur le territoire de la République s'analysent, sous réserve des infractions mentionnées au 3.3 ci-après, comme des limitations de souveraineté qui peuvent être consenties sur le fondement des dispositions du 15<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1958, sans que soient pour autant mises en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

À cet égard, les stipulations de l'article 31 du traité sur l'Union européenne définissant le contenu de « l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale » autorisent le Conseil, statuant à l'unanimité, ainsi qu'il est dit au paragraphe 2 de l'article 34 à arrêter, comme le spécifie le b) dudit paragraphe « des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

Il suit de là qu'une décision-cadre prise sur le fondement d'engagements internationaux qui ont été régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne, permet de limiter la compétence de principe de la juridiction de l'État sur le territoire duquel une infraction pénale a été commise, par une prise en compte de la règle « *non bis in idem* » au sein de l'Union européenne, sous réserve du régime spécifique des infractions correspondant à l'exception du a) de l'article 5 de la proposition de décision.

3.3. – En ce qui concerne la possibilité d'écarter l'application de la règle « *non bis in idem* » lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une atteinte à la *sûreté nationale de l'État ou à d'autres intérêts fondamentaux*.

Si l'élargissement du champ d'application de la règle « *non bis in idem* » au sein de l'Union européenne ne se heurte pas, ainsi qu'il vient d'être dit, à des obstacles d'ordre constitutionnel au regard de l'auteur de l'infraction ou du lieu de commission de celle-ci, il en va différemment dans le cas des infractions ayant pour but de réprimer les « atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation » qui font l'objet du titre premier du livre IV du code pénal. De telles infractions qui concernent en particulier la trahison, l'espionnage, l'attentat ou le complot de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ainsi que des atteintes à la Défense nationale, se rattachent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La possibilité pour les juridictions nationales de réprimer ces infractions, malgré l'intervention d'un jugement définitif émanant d'un autre État membre de l'Union européenne, doit, pour des motifs d'ordre constitutionnel, être maintenue.

Toutefois, le principe de proportionnalité implique qu'en pareil cas, le juge national prenne en compte la condamnation déjà intervenue dans un autre État membre.



IV. – Par ailleurs, le Conseil d'État croit devoir appeler l'attention du Gouvernement sur le caractère incomplet des dispositions de la proposition de décision-cadre relatives aux cas de litispendance.

Il est prévu que le règlement des conflits de compétence reposera sur une consultation entre les autorités nationales et sera fonction d'une pluralité de critères touchant respectivement au lieu de commission de l'infraction, à la nationalité de son auteur présumé, à la nationalité de la victime et à l'État de résidence de l'auteur présumé, sans qu'aucune hiérarchie ne soit établie entre eux.

De l'avis du Conseil, une solution plus satisfaisante devrait être apportée à cette question, en conférant un rôle essentiel à la règle de la territorialité avant que ne soient tirées toutes les implications de la règle « *non bis in idem* » à l'échelon de l'Union européenne.

#### ■ Assemblée générale – Avis n° 370.452 – 25 novembre 2004

*Acte d'interpellation intervenant dans le cadre d'une poursuite transfrontalière – Acte de police ressortissant à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale – Nécessité d'une révision de la Constitution pour reconnaître aux agents étrangers un droit d'interpellation sur le territoire français.*

#### **Le Conseil d'État, saisi par le ministre des Affaires étrangères de la question suivante :**

« La possibilité pour des autorités publiques étrangères (policières ou douanières à titre principal) qui poursuivent sur le territoire français des personnes prises dans leur pays d'origine en flagrant délit de commission d'une infraction déterminée, de procéder à leur interpellation en vue de les présenter devant les autorités françaises compétentes aux fins d'établissement de leur identité ou de leur arrestation selon les règles du droit français, porte-t-elle atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ? ».

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu la convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 ;

Vu l'avis du Conseil d'État du 20 mai 1997 ;

#### **Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :**

L'article 41 de la convention d'application de l'accord de Schengen institue, dans le cadre de la coopération transfrontalière, le droit pour les agents d'une partie contractante qui, dans leur pays, suivent une personne prise en flagrant délit d'infraction grave, de la poursuivre sur le territoire d'une partie contractante voisine.

Aux termes du paragraphe 2 de cet article, chaque État a la faculté de ne pas accorder (paragraphe 2-a) ou d'accorder (paragraphe 2-b) aux agents poursuivant le droit d'interpellation. La France a choisi la première option par une déclaration faite sur le fondement du paragraphe 9 de l'article 41 de la convention.



**I.** Dans l'exposé des motifs de la loi d'approbation de la convention comme au cours des débats parlementaires, il a été indiqué qu'afin d'éviter toute atteinte à la souveraineté nationale ou aux garanties judiciaires, les compétences, droits et obligations des agents de police étrangers chargés de la poursuite avaient été définis rigoureusement et il a été rappelé qu'il résultait de la déclaration faite par le Gouvernement et annexée à la convention que les agents de police étrangers poursuivants ne pourraient procéder eux-mêmes à l'arrestation de la personne poursuivie, la police française disposant seule de ce pouvoir.

Les stipulations de l'article 41, paragraphe 2, de la convention, dont la portée est déterminée par la déclaration faite sur ce point par la France en application de l'article 41, paragraphe 9, ont été soumises au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Dans sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, le Conseil constitutionnel, après avoir noté que la déclaration du Gouvernement de la République française qui précise les modalités d'exercice de la procédure de poursuite transfrontalière « est un élément qui doit être pris en compte pour l'appréciation de la conformité à la Constitution de l'article 41 », considère « qu'en raison des modalités de son exercice, la procédure de poursuite transfrontalière ne procède pas à un transfert de souveraineté ». L'absence du droit d'interpellation figure au nombre de ces modalités.

**II.** Depuis cette décision, les révisions apportées à la Constitution pour tenir compte des développements de la construction européenne n'ont pas affecté le champ de la coopération transfrontalière en matière de sécurité publique.

**III.** En application du principe de valeur constitutionnelle selon lequel la défense de l'ordre public et la protection des libertés relèvent des seules autorités nationales, un acte de police, dès lors qu'il implique l'usage de la contrainte et qu'il est susceptible de conduire à une privation de liberté, ressortit à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale. Il ne peut donc, en principe, être exécuté que par une autorité publique française ou sous son contrôle.

L'acte d'interpellation intervenant dans le cadre d'une poursuite transfrontalière pour un flagrant délit commis dans un État étranger est un acte de police qui implique l'usage de la contrainte et porte atteinte à la liberté individuelle. Il ne peut être accompli que par des services français ou sous leur contrôle.

La reconnaissance par la France aux agents étrangers, conformément à l'option offerte par la convention d'application de l'accord de Schengen, d'un droit d'interpellation sur le territoire français, compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui précèdent, ne saurait intervenir qu'après une révision de la Constitution permettant aux autorités françaises de consentir à un tel transfert de compétence.

**IV.** Les observations qui précèdent s'appliquent à la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières du 18 décembre 1997 (dite Naples II), dès lors que l'article 20 de cette convention, relatif au droit de poursuite transfrontalière, reprend en des termes similaires les dispositions de l'article 41 de la convention d'application de l'accord de Schengen et que la France, dans une déclaration, a choisi de ne pas accorder à l'agent poursuivant le droit d'interpellation.



■ **Assemblée générale – Avis n° 371.000 – 18 novembre 2004**

*Proposition de directive européenne relative aux services dans le marché intérieur – Incidence de certaines dispositions dans l'ordre juridique interne.*

**Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur l'incidence dans l'ordre juridique interne de certaines dispositions de la proposition de directive européenne relative aux services dans le marché intérieur en cours d'examen par le Conseil de l'Union européenne et notamment sur les questions suivantes :**

1° La mise en œuvre du principe du pays d'origine, en ce qu'elle pourrait empêcher l'application de la législation nationale à certains prestataires de service opérant en France ou conduire le juge à prendre en compte la législation d'autres États membres de l'Union européenne, ne risque-t-elle pas, de ce fait, d'être regardée comme portant atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale ou incompatible avec le principe d'égalité devant la loi ?

2° Quels inconvénients pourraient s'attacher à la mise en œuvre dans le droit interne des dispositions de la section 2 du chapitre 2 de la proposition de directive relative aux autorisations et, en particulier, de son article 13, paragraphe 4 ?

3° Quels inconvénients pourraient s'attacher aux dispositions spécifiques concernant le détachement de travailleurs inscrites à l'article 24 de la proposition de directive ?

4° Quels risques pourraient s'attacher à la mise en œuvre de la méthode d'évaluation mutuelle organisée par l'article 41 de la proposition de directive ?

Vu la Constitution ;

Vu le traité sur l'Union européenne, notamment son article 6 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 43 à 55, 71 et 80 ;

Vu le code civil, notamment son article 3 ;

Vu le code pénal ;

Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur ;

**Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

**I.** – La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, élaborée sur le fondement du traité instituant la Communauté européenne et notamment son article 47, paragraphe 2, première et troisième phrases, ses articles 55 et 71 et son article 80, paragraphe 2, a pour objet d'éliminer les barrières au développement des activités de service entre États membres. Elle concerne aussi bien la liberté d'établissement des prestataires de service que la libre circulation des services entre ces États.

Le chapitre I<sup>er</sup> contient des « dispositions générales ».

La notion de service recouvre, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux articles 49 et suivants du traité, toute activité économique normalement fournie contre rémunération sans que cela exige que le service soit payé par ceux qui en bénéficient et indépendamment des modalités de financement de la contrepartie économique qui fait l'objet de la rémunération. Cette définition exclut les activités que



l'État accomplit sans contrepartie économique dans le cadre de sa mission dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, lesquelles ne sont pas couvertes par la définition prévue à l'article 50 du traité. Sont en outre exclues du champ d'application les activités mentionnées à l'article 2 de la proposition de directive.

L'article 3 précise que « l'application de la présente directive n'exclut pas l'application des dispositions des autres instruments communautaires concernant les services qu'elles régissent ».

Le chapitre II, relatif à la liberté d'établissement des prestataires, prévoit dans sa section 1 des mesures de simplification des procédures applicables à l'accès à une activité de service et à son exercice, notamment la création d'un « guichet unique » et l'utilisation de procédures par voie électronique.

La section 2 relative aux régimes d'autorisation vise à encadrer les conditions de son octroi, les règles relatives à la durée de l'autorisation et à la procédure de sélection des candidats lorsque le nombre d'autorisations est limité « en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables ». Elle pose également le principe d'une autorisation tacite en cas de silence dans le délai prévu sous réserve d'exception « objectivement justifié(e) par une raison impérieuse d'intérêt général ».

La section 3 énonce une liste d'exigences interdites. Elle prévoit aussi une procédure d'évaluation des exigences au respect desquelles un État membre subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice. En vertu de l'article 41, chaque État membre devra présenter, au plus tard à la date de transposition de la directive (deux ans après son entrée en vigueur), un rapport à la Commission, qui fera l'objet d'une « évaluation mutuelle » au terme de laquelle la Commission présentera le cas échéant des propositions complémentaires.

Le chapitre III est consacré à la libre circulation des services.

Il pose en sa section 1 le « principe du pays d'origine » en vertu duquel : « Les États membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur État membre d'origine relevant du domaine coordonné (entendues comme “toute exigence applicable à l'accès aux activités de service ou à leur exercice”, le terme “exigence” étant lui-même défini comme “toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels, ou des règles collectives d'associations ou d'organismes professionnels adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique”) ».

Le premier alinéa vise les dispositions nationales relatives à l'accès à l'activité d'un service et à son exercice et, notamment, celles régissant le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu d'un service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire.

« L'État membre d'origine est chargé du contrôle du prestataire et des services qu'il fournit, y compris lorsqu'il fournit ses services dans un autre État membre ».



L'article 17 énonce 23 dérogations générales au principe ainsi posé et l'article 18 prévoit 3 dérogations transitoires. Enfin l'article 19 prévoit des dérogations au principe du pays d'origine « dans des cas individuels » et « à titre exceptionnel ».

Dans ces limites, un État membre peut prendre à l'encontre d'un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre une mesure relative soit à « la sécurité des services, y compris les aspects liés à la santé publique », soit à « l'exercice d'une profession de santé », soit à « la protection de l'ordre public, notamment les aspects liés à la protection des mineurs ». Mais une telle mesure ne peut intervenir qu'en l'absence d'une harmonisation communautaire et dans le seul cas où elle serait plus protectrice pour le destinataire que celle que prendrait l'État membre d'origine en vertu de ses dispositions nationales. Elle est enfin subordonnée à la carence de l'État membre d'origine à l'issue d'une procédure d'« assistance mutuelle » définie à l'article 37, qui prévoit la saisine préalable obligatoire de l'État membre d'origine par l'État membre qui entend prendre des mesures dérogatoires, puis la notification à l'État membre d'origine et à la Commission de la mesure envisagée et de ses motifs. Sauf urgence, la mesure ne peut intervenir qu'après un délai de quinze jours ouvrables après cette notification.

La section 2, relative aux droits des destinataires des services, prévoit notamment les conditions dans lesquelles ces derniers ont accès à une information sur le droit applicable dans les différents pays d'origine ainsi que sur les voies de recours en cas de litige.

La section 3 est relative au détachement des travailleurs, y compris les ressortissants des pays tiers, qu'il s'agisse des conditions d'emploi et de travail ou des conditions d'accès et de séjour sur le territoire de l'État de détachement.

Le chapitre IV, consacré à la qualité des services, prévoit une information suffisante des destinataires sur les prestataires (notamment sur les caractéristiques de la garantie après-vente éventuelle) et impose une assurance responsabilité professionnelle appropriée pour les services présentant un risque particulier pour la santé ou la sécurité ou un risque financier pour le destinataire. Il régit les communications commerciales des professions réglementées en excluant toute interdiction totale. Il encadre les conditions dans lesquelles peuvent être soumises à autorisation les activités pluridisciplinaires. Il prévoit l'accès de chaque État membre aux informations relatives à l'honorabilité des prestataires (condamnations pénales, sanctions ou mesures administratives ou disciplinaires, faillites frauduleuses).

Le chapitre V, relatif au contrôle, prévoit en son article 34 que « les États membres assurent que les pouvoirs de surveillance et de contrôle du prestataire au regard des activités concernées, prévus dans leurs législations nationales, soient exercés aussi dans le cas où le service est fourni dans un autre État membre ». Une procédure d'assistance mutuelle est organisée à cet effet. En cas de déplacement du prestataire dans un État membre où il n'a pas son établissement, l'État du lieu de la prestation procède, à la demande de l'État membre d'origine, aux vérifications, inspections et enquêtes sur place nécessaires. En l'absence d'une telle demande, il doit se borner à des constatations factuelles, sauf mise en œuvre de la dérogation prévue à l'article 19.



Le chapitre VI (Programme de convergence) prévoit que « les États membres, en collaboration avec la Commission, prennent les mesures d'accompagnement pour encourager l'élaboration, dans le respect du droit communautaire, de codes de conduite au niveau communautaire », notamment en ce qui concerne :

- les communications commerciales relatives aux professions réglementées ;
- les règles déontologiques des professions réglementées visant à garantir, en fonction des spécificités de chaque profession, notamment l'indépendance, l'impartialité et le secret professionnel ;
- les conditions d'exercice des activités d'agent immobilier.

## II. – Sur la première question

La loi applicable à une prestation de service ne serait plus celle de l'État sur le territoire duquel celle-ci est réalisée.

La proposition de directive, en ce qu'elle fait une application généralisée du principe du pays d'origine du prestataire de service, en renonçant à procéder à une harmonisation des législations et réglementations des États membres, traduit un changement profond de méthode. L'application simultanée de plusieurs droits nationaux, qui sont placés en concurrence, sur un même territoire soulève plusieurs questions de principe. En l'état d'un projet de texte qui laisse subsister nombre d'incertitudes à ce stade de la négociation, il y a lieu de relever que sont en cause certains principes fondamentaux de valeur constitutionnelle tels que la souveraineté nationale, l'égalité devant la loi et la légalité des délits et des peines.

Si le principe de l'application de la loi du pays d'origine du prestataire de service a déjà été mis en œuvre dans des domaines spécifiques, en revanche sa généralisation, de surcroît immédiate, à des services très hétérogènes par leur nature, bien que relevant de la catégorie générale d'activité économique au sens du droit communautaire, soulève des questions délicates. Cette hétérogénéité est soulignée par la proposition de directive elle-même, qui est motivée par la difficulté de poursuivre l'harmonisation des législations des États membres en matière de services. Elle n'est pas contredite par l'invocation du principe de confiance mutuelle ni par l'annonce d'un Programme de convergence dont la mise en œuvre ne constitue pas, en l'état du projet, un préalable à l'application du principe de la loi du pays d'origine.

Les observations suivantes ont trait à la sécurité juridique (1), aux incidences de l'absence d'une harmonisation minimale des législations sur le respect du principe d'égalité devant la loi et la sauvegarde des intérêts publics liés à la particularité de certaines activités (2), ainsi qu'à l'effectivité de la protection des bénéficiaires d'une prestation de service (3).

1) S'agissant de la prévisibilité de la norme et de la sécurité juridique en général, garanties aussi bien par le droit national que par le droit communautaire, l'apparente simplicité de l'énoncé du principe du pays d'origine du prestataire de service ne peut masquer nombre d'incertitudes pour les prestataires et les bénéficiaires de la prestation. Il en va de même de la nature et de l'étendue des pouvoirs, et donc des responsabilités, qui incomberont sur leur territoire aux autorités nationales. Le risque d'une multiplication des actions contentieuses, tant que l'interprétation de la directive n'aura pas été clairement établie par voie jurisprudentielle, apparaît donc particulièrement élevé, ce qui ne serait



pas de nature à favoriser l'achèvement recherché du marché intérieur. Enfin, l'application, en l'espèce, du principe du pays d'origine aux prestataires de service répond sans doute à une logique économique, mais constitue une source de confusion avec d'autres réglementations, par exemple le droit de la consommation, pour lequel est privilégiée la loi du pays du bénéficiaire de la prestation de service.

1.1) Pour ce qui est du champ d'application du principe, l'importance des intérêts publics en jeu rend nécessaire une identification claire des services qui sont exclus par l'effet de l'article 45 du traité instituant la Communauté européenne, soit « les activités participant [...], même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ». En particulier, l'inclusion de principe des officiers publics et des officiers ministériels, nommés par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, sous la seule réserve prévue au point 14 de l'article 17, serait incompatible avec les particularités des missions qui leur incombent.

En outre, il conviendrait de préciser explicitement dans le dispositif de la directive que les succursales des sociétés des pays tiers qui, à la différence des filiales, ne sont pas soumises à la législation d'un État membre, sont exclues du champ de cette directive.

1.2) La combinaison du principe du pays d'origine avec les stipulations du dernier alinéa de l'article 50 du traité instituant la Communauté européenne, selon lequel « sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants », soulève une question, qui appelle des précisions, relative à la conformité de la directive au traité.

1.3) Dans le même esprit, il y a lieu de relever que l'articulation du projet de directive avec l'« acquis communautaire », telle qu'elle résulte de l'article 3 alinéa 2, constitue un facteur d'insécurité juridique. L'affirmation d'un cumul de réglementations apparaît en effet comme une source de difficultés d'interprétation, notamment dans le cas de services qui ont déjà donné lieu à des directives mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle.

En conséquence, la rédaction de cet alinéa ne peut être laissée en l'état. Il importe d'appliquer le principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale.

1.4) La définition extensive, rappelée ci-dessus, du « domaine coordonné » et des « exigences » auxquelles sa définition renvoie, soulève en outre une interrogation relative au statut, à cet égard, des réglementations générales relatives à la protection de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics, lesquelles sont au nombre des règles de police et de sûreté dont l'article 3 du code civil prévoit l'application territoriale. La méconnaissance de nombre d'entre elles est sanctionnée pénalement. Or ni les dispositions des points 16 et 17 de l'article 17, ni celles des articles 19 et 37, relatives à des mesures individuelles et exceptionnelles, n'ont pour objet ou pour effet, dans les termes où elles sont rédigées, d'en réserver l'application.

La question de savoir dans quelle mesure le principe du pays d'origine du prestataire de service a une incidence sur l'applicabilité territoriale des



règlements de police impose une clarification, qui ne saurait être renvoyée sans inconvénient à une interprétation jurisprudentielle ultérieure des stipulations pertinentes du traité. La réponse à cette question conditionne l'appréciation susceptible d'être portée sur les dispositions des articles 35 et 36 qui limitent les pouvoirs qu'un État membre serait autorisé à exercer sur son propre territoire, de sa propre initiative, en matière de vérifications, inspections et enquêtes sur place.

1.5) Eu égard à l'ampleur du champ des services visés par le principe du pays d'origine du prestataire de service, il y a lieu de relever les inconvénients qui s'attachent, sous le même angle de la sécurité juridique, à la multiplication des cas dans lesquels une juridiction nationale sera conduite à faire application du droit civil ou commercial d'un autre État membre, source de divergences dans l'interprétation de la règle de droit.

1.6) De manière générale, le fait que le droit pénal ne soit pas explicitement exclu du champ du « domaine coordonné » soulève un ensemble de questions d'importance auxquelles la proposition de directive n'apporte pas les réponses qui permettraient de se prononcer, telles que la détermination du juge national compétent en matière répressive. En tout état de cause, si le principe de l'application territoriale de la loi pénale était remis en cause, du fait que la loi nationale serait paralysée à l'égard d'un prestataire agissant en France, il conviendrait de prendre la pleine mesure des difficultés qui en résulteraient. Celles-ci seraient plus graves encore si, du fait de la directive, le juge national devait faire application d'une règle pénale de fond (et non de procédure) d'un pays étranger, ce qui porterait atteinte au principe de légalité des délits et des peines si cette règle n'était pas reprise par la loi nationale.

Enfin, le Conseil d'État n'a admis que sous certaines conditions une exception à la compétence de la loi pénale pour les infractions commises sur le territoire national dans son avis du 29 avril 2004 relatif à l'application du principe « *non bis in idem* », sur le fondement des dispositions du 15<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Compte tenu des incertitudes et ambiguïtés relevées ci-dessus et en particulier aux points 1.1, 1.4 et 1.6, la réponse à la question relative à des atteintes éventuelles à la souveraineté nationale ne peut, en l'état, qu'être réservée.

2) Le choix de n'établir aucun lien entre le champ d'application du principe du pays d'origine du prestataire de service et le niveau d'harmonisation des législations des États membres conduit à ce que la directive proposée ouvre un même marché concurrentiel à des prestataires soumis à des niveaux d'exigence différents, lesquels conditionneront le prix de la prestation offerte. Le principe d'égalité n'est pas directement en cause si l'on admet que le bénéficiaire est en mesure d'opérer un choix éclairé, dès lors qu'il est réputé dûment informé de ce que le prix proposé est en rapport avec un degré de qualité de prestation et un niveau de garanties présumés clairement connus à l'avance par l'ensemble des bénéficiaires, qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers.

Toutefois, dans le cas de certaines prestations de service, un intérêt public majeur (tel que la protection de la santé publique ou l'accès au droit et à la justice) requiert qu'un niveau d'exigence professionnelle soit garanti à tous. Le législateur national a ainsi imposé à certaines professions un cadre juridique assurant un contrôle de qualification à l'entrée, des exigences déontologiques



dans l'exercice de l'activité et une procédure juridictionnelle de mise en jeu de la responsabilité disciplinaire. L'exercice illégal de ces professions est le plus souvent sanctionné pénalement.

Si la directive proposée, selon son exposé des motifs, n'entend remettre en cause ni le principe ni le rôle de ces organisations professionnelles, l'application du principe du pays d'origine en affectera très sensiblement l'autorité. Dans l'hypothèse où, par exemple, la proposition de directive permettrait l'exercice de la profession médicale par un ressortissant communautaire sur le territoire français, sous l'empire de la seule loi de son pays d'origine, elle ouvrirait la voie, en l'absence d'harmonisation minimale, à un affaiblissement des garanties pour les patients. Les instances ordinales, chargées d'une mission de service public déléguée par l'État, perdraient une part de leur légitimité et de leur efficacité au détriment des intérêts publics dont elles ont la charge.

La remise en cause du principe de l'application territoriale de la loi pénale soulèverait également une difficulté au regard du respect de l'égalité devant la loi, des prestataires de service, pour une même infraction commise en France, pouvant être jugés chacun selon la loi pénale de son pays d'origine tandis que leurs coauteurs ou complices français seraient jugés selon la loi nationale.

Cette rupture du principe d'égalité devant la loi ne pourrait trouver de justification objective et proportionnée que dans le constat préalable d'une harmonisation suffisante de chacune des législations nationales régissant les activités de service en cause. Or la libre prestation de service par les ressortissants communautaires peut être aménagée de manière à préserver l'ensemble des intérêts en présence, ainsi qu'en témoigne par exemple le régime applicable aux avocats, qui repose sur la reconnaissance mutuelle, le respect des règles professionnelles françaises et du pays d'origine, ainsi que la soumission aux instances disciplinaires françaises (articles 201 à 204 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991).

3) En outre, la directive proposée soulève la question de l'efficacité du contrôle des prestations de service par le pays d'origine du prestataire. Le découplage entre le ressort national de l'autorité responsable et le territoire sur lequel son contrôle doit s'exercer conduit à s'interroger sur les conditions effectives dans lesquelles le respect de la loi du pays d'origine sera réellement assuré. À la différence des textes communautaires relatifs à des services spécifiques déjà soumis au principe du pays d'origine dont la dématérialisation justifie le contrôle à la source (commerce électronique...), la généralisation prévue par la directive modifie profondément la nature des moyens à mettre en œuvre pour s'assurer, malgré la distance géographique, du respect de la seule loi désormais applicable. La complexité de la procédure dite d'assistance mutuelle entre États risque de conduire à une lourdeur bureaucratique, source d'inefficacité, que le projet de directive entend précisément combattre.

En définitive, l'application du principe du pays d'origine du prestataire de service devrait être modifiée dans son approche : il conviendrait de dresser une liste positive de cas dans lesquels ce principe pourrait être appliqué dans des conditions satisfaisantes, au lieu de poser le principe de l'application de la loi du pays d'origine tout en dressant une liste d'exclusions hétérogène et sans doute incomplète.



### **III. – Sur la deuxième question**

1° L'article 10 paragraphe 4, selon lequel l'autorisation doit permettre au prestataire d'avoir accès à l'activité de service ou de l'exercer sur l'ensemble du territoire national « sauf lorsqu'une autorisation propre à chaque implantation est objectivement justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général », doit être rapproché du point 5 de l'article 14 selon lequel est interdite « l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à apprécier l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente ».

La combinaison de ces dispositions exclut, en tant que raison impérieuse d'intérêt général, toute approche harmonisée de l'implantation géographique des magasins de grande surface ainsi que, notamment, des pharmacies. Dans ce dernier cas par exemple, compte tenu en particulier d'une répartition très inégale de la population sur l'ensemble du territoire national, la liberté d'installation de ces professionnels de santé selon la seule logique économique du marché priverait les malades de l'accès facile aux produits de santé auquel ils ont légitimement droit.

2° Le recours au régime de l'autorisation tacite doit être réservé aux cas où sa mise en œuvre ne se heurterait à aucun obstacle, afin de préserver l'équilibre entre l'intérêt du prestataire de service et l'intérêt général d'un contrôle effectif.

De ce point de vue, la méthode la plus pertinente paraît être celle qui est actuellement mise en œuvre par les services du Premier ministre en matière de réforme administrative, qui vise, dans un souci de clarté et de sécurité juridique pour les deux parties, à examiner l'ensemble des régimes actuellement soumis à autorisation pour ne garder que les cas qui justifient une autorisation explicite et, dans les autres cas, supprimer purement et simplement l'obligation d'une autorisation ou la transformer en simple déclaration.

### **IV. – Sur la troisième question**

L'article 24 garantit, en cas de détachement de travailleurs, le respect des conditions d'emploi et de travail prévues par les dispositions de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant précisément le « détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ». Du fait du lien ainsi établi – à la différence des domaines analysés ci-dessus – entre l'harmonisation communautaire et l'application du principe du pays d'origine, il n'appelle pas d'observations.

### **V. – Sur la quatrième question**

La procédure d'« évaluation mutuelle » organisée par l'article 41 vise à créer les conditions d'un examen par les États membres de la pertinence de leur législation nationale au regard des exigences communautaires relatives à la liberté d'établissement et de prestation en matière de services. Cette démarche n'appelle par elle-même aucune remarque si l'on considère que, parmi les différentes parties intéressées, les représentants des professionnels et des consommateurs seront amenés à présenter des observations et à faire des propositions sans pour autant devenir coauteurs des mesures complémentaires qui pourraient être prises.



En revanche, cet article souligne, outre le manque de cohérence de la démarche, les risques qui s'attacheraient à une application indifférenciée du principe du pays d'origine à l'ensemble des activités de service, dès l'expiration du délai de transposition de la directive. En effet, cette « évaluation mutuelle » serait de nature à faire apparaître, mais seulement à une date ultérieure, qu'un régime d'autorisation d'un État membre est « objectivement justifié par une raison impérieuse d'intérêt général » alors que, pourtant, certains États membres n'assureraient pas, en l'absence d'une harmonisation minimale, une protection appropriée de ce même intérêt général.

## Contributions et taxes

### ■ Section des finances – Avis n° 370.005 – 27 avril 2004

*Revenus des capitaux mobiliers – Revenus versés à des non-résidents – Calcul de la retenue à la source lorsque celle-ci n'a pas été spontanément acquittée.*

**Le Conseil d'État (Section des finances), saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de la question de savoir comment doit être calculée la retenue à la source sur les revenus de capitaux mobiliers versés à des non-résidents, prévue par l'article 119 bis du code général des impôts, lorsque celle-ci n'a pas été spontanément acquittée.**

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

**Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

Le 2 de l'article 119 bis du code général des impôts dispose : « Sous réserve des dispositions de l'article 239 bis B, les produits visés aux articles 108 à 117 bis donnent lieu à l'application d'une retenue à la source lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France ». Le 2. de l'article 1672 dispose : « La retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du code général des impôts est versée au Trésor par la personne qui assure le paiement des revenus ». L'article 1672 bis dispose : « Il est interdit aux sociétés et personnes morales de prendre à leur charge le montant de la retenue afférente : 1° aux dividendes et autres produits répartis aux associés, actionnaires et porteurs de parts ou aux membres des conseils d'administration des sociétés anonymes ; 2° aux revenus visés au 1° de l'article 118 et afférents à des valeurs émises à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1965. Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de remboursement d'actions gratuites. » L'article 1765 bis du code général des impôts dispose : « Indépendamment de la peine correctionnelle prévue aux articles 1783 A et, le cas échéant, des amendes fiscales fixées par les articles 1725 et 1726, les infractions aux dispositions du 2 des articles 119 bis et 1672 en matière de retenue à la source afférente aux revenus de capitaux mobiliers et à celles qui fixent les modalités et conditions d'application de ces articles sont punies de l'intérêt de retard et la majoration prévus à l'article 1731 si elles ont entraîné le défaut de paiement dans le délai légal de tout ou partie de l'impôt exigible ». Le 1 de l'article 48 de l'annexe II au code général des impôts dispose : « La retenue à la source mentionnée au 2 de l'article 119 bis du code général des impôts est liquidée sur le montant brut des revenus mis en paiement ».



Lorsque la personne qui assure le paiement des revenus visés par le 2 de l'article 119 *bis* du code général des impôts n'a pas opéré la retenue à la source prévue par cet article ou ne l'a pas versée au Trésor, le montant brut des revenus mis en paiement sur lequel doit être appliquée la retenue à la source comprend, en plus des produits effectivement versés au bénéficiaire, un montant égal à l'avantage résultant, pour ce dernier, de ce que la somme reçue n'a pas supporté la retenue, sous réserve de la faculté offerte au bénéficiaire par l'article L. 77 du livre des procédures fiscales de demander l'application du mécanisme dit de la « cascade » aux conditions du reversement prévues par cet article. Il n'y a pas lieu, pour déterminer l'assiette de la retenue à la source, de distinguer les cas où la retenue à la source ne peut être légalement prise en charge par la personne qui assure le paiement des revenus, en application de l'article 1672 *bis* du code général des impôts, des cas où elle peut l'être.

## Domaine

### ■ Assemblée générale – Avis n° 370.252 – 10 juin 2004

*Domaine public de l'État – Consistance et délimitation – Cas de l'ensemble immobilier situé place de la Bourse à Paris, siège de l'Agence France-Presse.*

**Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre de la question de savoir si l'ensemble immobilier, situé place de la Bourse à Paris, qui constitue le siège de l'Agence France-Presse (AFP), appartient ou non au domaine public.**

Vu le code du domaine de l'État ;

Vu la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957 portant statut de l'Agence France-Presse modifiée par le décret n° 81-156 du 18 février 1981 ;

Vu le décret n° 57-281 du 9 mars 1957 pris pour l'application de la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957 portant statut de l'Agence France-Presse modifié par le décret n° 75-215 du 4 avril 1975 ;

Vu la convention entre l'État et l'Agence France-Presse signée le 2 mars 1967 ;

Vu l'acte, en date du 1<sup>er</sup> août 1968, de cession par l'État à l'Agence France-Presse d'un ensemble immobilier sis place de la Bourse et rue Vivienne à Paris, y compris les décisions du même jour, annexées à l'acte de cession, du ministre d'État chargé des affaires culturelles, du ministre de l'Équipement et du Logement et du ministre de l'Information autorisant la remise au service des domaines en vue de son aliénation au profit de l'Agence France-Presse de l'ensemble immobilier susmentionné ;

**Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

I. – L'Agence France-Presse, à laquelle a été confiée à la Libération l'activité de la branche « information » de l'agence Havas fondée en 1835 et à laquelle une ordonnance du 30 septembre 1944 avait donné provisoirement un statut d'établissement public, a été dotée d'un statut permanent et original par la loi susvisée du 10 janvier 1957. Ce statut législatif impose à l'Agence des « obligations fondamentales » énoncées à l'article 2 de la loi, au nombre desquelles



figurent son indépendance, l'impartialité et l'exactitude de l'information qu'elle fournit à ses usagers ainsi que, dans la mesure de ses ressources, le fonctionnement d'un réseau d'envergure mondiale. Pour assurer l'indépendance de l'Agence, qualifiée d'« organisme autonome doté de la personnalité civile », tant à l'égard de l'État que des intérêts privés, le législateur en a confié la direction à un conseil d'administration composé de représentants des usagers et du personnel, en majorité des représentants des directeurs d'entreprises de presse françaises désignés par les organismes professionnels du secteur, et à un président directeur général désigné en dehors de ses membres par le conseil d'administration. L'État, qui n'exerce aucune tutelle sur l'Agence, n'est représenté au conseil d'administration, au titre des services publics usagers, que par trois membres sur quinze. Un conseil supérieur, dont la composition a été conçue pour assurer son indépendance, est chargé de veiller, aux termes de l'article 3 de la loi, au respect par l'Agence des « obligations fondamentales » susmentionnées. Les ressources de l'Agence sont constituées par le produit de ses ventes et par le revenu de ses biens. Une commission financière de trois personnes, dont deux membres de la Cour des comptes, est chargée de contrôler la gestion financière de l'Agence.

Il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 10 janvier 1957, rapprochées des termes de l'exposé des motifs et éclairées par les travaux parlementaires, que l'Agence France-Presse présente le caractère d'un organisme de droit privé *sui generis*.

Dès lors que seules les personnes publiques peuvent être propriétaires d'un domaine public, il résulte de ce qui précède que l'Agence France-Presse ne peut détenir un domaine public qui lui soit propre.

II. – L'ensemble immobilier situé place de la Bourse et rue Vivienne à Paris, dans lequel l'Agence France-Presse a installé son siège social, est formé de biens qui ont été acquis par l'État et cédés par celui-ci à l'Agence conformément aux prévisions de l'article 16 de la loi susvisée du 10 janvier 1957.

Il ressort de l'acte de cession en date du 1<sup>er</sup> août 1968 reçu en la forme administrative par le préfet de Paris qu'à cette date les immeubles, qui étaient occupés par les bureaux de l'Agence France-Presse à l'exception du bâtiment situé au numéro 13 de la place de la Bourse, lequel était en cours de démolition, avaient fait, préalablement à leur cession à l'Agence France-Presse, l'objet de décisions de déclassement par lesquelles le ministre d'État chargé des affaires culturelles, le ministre de l'Équipement et du Logement et le ministre de l'Information ont autorisé leur remise au service des domaines en vue de leur vente.

Ainsi à la date de cette cession, l'ensemble immobilier en cause ne constituait pas une dépendance du domaine public de l'État.

#### ■ Section de l'intérieur – Avis n° 370.169 – 18 mai 2004

*Domaine public de l'État – Consistance et délimitation – Cas de la mise à disposition de la Cinémathèque française de locaux acquis par l'État – Affectation des locaux à un service public culturel – Régime de mise à disposition des locaux.*



**Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le ministre de la Culture et de la Communication des questions suivantes :**

1° Les locaux du 51 rue de Bercy, acquis par l'État pour les mettre à disposition de la Cinémathèque française, constituent-ils une dépendance du domaine public de l'État ? La destination qu'il est prévu de leur donner suffit-elle à leur conférer ce caractère ?

2° Si ces locaux peuvent être regardés comme une dépendance du domaine public de l'État, leur mise à disposition peut-elle prendre la forme d'une simple autorisation d'occupation domaniale, comme cela est le cas de la salle de Chaillot actuellement occupée par la Cinémathèque française ? La réponse serait-elle différente dès lors que l'on considérerait que les missions de cette association ont un caractère de service public, dont l'installation dans les locaux du 51, rue de Bercy, viserait à permettre l'accomplissement ?

3° La réponse est-elle identique pour la librairie et la cafétéria également aménagées sur le site ?

4° Si l'analyse opérée au point précédent conclut à l'impossibilité qu'elle fasse l'objet d'une autorisation d'occupation du domaine public, l'utilisation des locaux par la Cinémathèque française peut-elle s'inscrire dans le cadre d'une délégation de service public, eu égard aux modalités de financement de la mission de service public menée à bien par cette association ?

5° Dans la négative, la gestion et l'animation des locaux du 51 rue de Bercy par la Cinémathèque française doivent-elles faire l'objet d'un marché public ? Un tel marché peut-il être passé – pour tout ou partie – sans procédure de publicité ni mise en concurrence ?

6° Dans l'hypothèse où la mise à disposition des locaux s'inscrirait dans le cadre soit d'une délégation de service public, soit d'un marché public, sur quelles bases le prix payé par l'État doit-il être calculé et, le cas échéant, révisé ?

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, abrogeant et remplaçant la directive du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu le code de l'industrie cinématographique ;

Vu le code du domaine de l'État, notamment ses articles L. 28 et L. 29 ;

Vu le code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 15 janvier 2004 ;

Vu la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 modifiée relative au contrat d'association ;

Vu le décret du 25 octobre 1935 fixant la liste des offices et établissements autonomes de l'État assujettis au contrôle financier ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, modifiée notamment par l'article 8-I de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, notamment son article 38 ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour son application ;



**Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

Créée à l'initiative de personnes privées en 1936, la Cinémathèque française est une association soumise à la loi de 1901 qui s'est donné pour mission de collecter, conserver, restaurer et présenter au public des films ainsi que des documents et objets liés à la création cinématographique et à l'histoire du cinéma. Abrisée depuis sa création par l'aile Paris du Palais de Chaillot, où elle est titulaire d'une autorisation d'occupation domaniale dont le dernier avenant a été conclu en 1978, elle y dispose de bureaux, d'espaces de stockage et d'une salle de projection. L'association gère un budget annuel de fonctionnement d'environ 7 millions d'euros, dont 5,2 millions provenant d'une subvention d'un établissement public de l'État (centre national de la cinématographie, CNC). Comme le prévoient l'article 10 de la loi susvisée du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et le décret du 6 juin 2001 pris pour son application, cette aide fait l'objet d'une convention annuelle (la dernière en date du 23 juin 2003) qui précise l'objet de la subvention, son montant et ses conditions d'utilisation.

Selon son statut, modifié à la demande du ministre de la Culture en octobre 2003, la Cinémathèque française est administrée par un conseil de 18 membres, dont trois personnalités qualifiées nommées par le ministre de la Culture et quinze membres élus par l'assemblée générale, et dirigée par un président élu par le conseil en son sein. L'État y est représenté par un commissaire du Gouvernement, qui est de droit le directeur général du CNC. Celui-ci assiste au conseil et à l'assemblée générale avec voix consultative, peut faire inscrire toute question à l'ordre du jour de ces assemblées, ainsi que faire délibérer à nouveau le conseil sur toute décision et suspendre pendant un mois toute délibération ayant une incidence financière, dans l'attente d'une éventuelle annulation par le ministre chargé de la culture. La nomination des dirigeants de l'association (directeur général, conservateur de la bibliothèque-musée, directeur administratif et financier) est soumise à l'agrément du ministre de la Culture, les fonctions en cause pouvant être pourvues par voie de détachement de fonctionnaires. Le règlement financier et comptable et le règlement intérieur de l'association sont soumis à l'approbation préalable du ministre de la Culture, représenté par le directeur général du CNC. L'association doit en outre adresser aux ministres de la Culture et de l'Intérieur ses rapports annuels et ses comptes, et les délégués de ces ministres peuvent visiter ses établissements et se faire rendre compte de leur fonctionnement. Enfin, l'association est dotée d'un comité financier de six membres, dont trois représentants de l'État, et soumise au contrôle financier de l'État dans les conditions prévues par le décret du 25 octobre 1935.

En 1999 l'État (ministère de la Culture) a acquis l'immeuble du 51 rue de Bercy construit par l'American Center pour les besoins de son activité, dans le but de le mettre à la disposition de la Cinémathèque française, en lieu et place des locaux dont elle dispose sur le domaine public. L'immeuble est présentement géré par la direction générale de l'administration du ministère de la Culture et fait, sous maîtrise d'ouvrage de ce ministère, depuis mars 2002, l'objet de travaux destinés à le rendre propre à sa destination. Il n'abritera l'activité à laquelle il est destiné qu'après l'installation de l'utilisateur, prévue au cours de l'année 2005.



**Sur la première question :**

Ainsi que le rappelle un avis du Conseil d'État (sections de l'intérieur et des travaux publics réunies) en date du 31 janvier 1995, un immeuble dont une personne publique est propriétaire est incorporé dans son domaine public dès lors qu'il reçoit une affectation soit à l'usage direct du public, soit à un service public et qu'il est spécialement aménagé à cet effet. Toutefois, un immeuble affecté à l'usage direct du public ou au service public moyennant des aménagements spéciaux relève des règles de la domanialité publique avant même la fin des aménagements. Un immeuble appartenant à une personne publique, destiné à être affecté à l'usage direct du public ou à un service public et aménagé spécialement à cet effet, est soumis aux principes de la domanialité publique dès lors que l'une ou l'autre de ces destinations est prévue de façon certaine.

L'immeuble du 51 rue de Bercy a été acquis par l'État pour y installer la Cinémathèque, institution privée sur le fonctionnement de laquelle l'État exerce un contrôle administratif et financier, qui assume des missions d'intérêt général relevant de la sauvegarde du patrimoine cinématographique. En raison de ces missions et dans la mesure où elles sont accomplies dans les conditions prévues par la convention d'objectifs signée chaque année avec le CNC, la Cinémathèque bénéficie de ressources sous forme de subventions allouées par cet établissement public administratif placé sous l'autorité du ministre de la Culture.

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, les missions en cause sont constitutives d'un service public culturel, nonobstant le fait que la Cinémathèque soit née d'une initiative privée.

Il résulte de ce qui précède que si, à la date du présent avis et en raison des travaux d'aménagements spéciaux en cours, l'immeuble du 51 rue de Bercy n'est pas encore affecté à un service public ni à l'usage direct du public, la première de ces destinations est prévue de manière certaine. Il est donc soumis, dès à présent, aux principes de la domanialité publique et sera incorporé au domaine public de l'État à la date de son affectation à la Cinémathèque française.

**Sur la deuxième question :**

En vertu de l'article L. 28 du code du domaine de l'État, l'occupation du domaine public par un tiers nécessite une autorisation faisant l'objet d'un titre délivré par l'État, adapté au mode d'occupation du domaine. L'immeuble du 51 rue de Bercy étant destiné à accueillir la Cinémathèque française pour qu'elle y accomplisse son objet statutaire, l'autorisation d'occuper le domaine qui lui sera délivrée à cet effet devra, dès lors, être adaptée à cette destination. La circonstance que cet objet statutaire, pour les besoins duquel l'immeuble a été acquis et spécialement aménagé, revêt comme il a été dit ci-dessus le caractère d'un service public culturel, justifiant par suite l'incorporation de l'immeuble au domaine public, n'entraîne pas de dispense du respect des formalités prescrites par le code du domaine de l'État.

**Sur la troisième question :**

La vente par la Cinémathèque d'ouvrages spécialisés et la mise en place d'un service de restauration rapide sont, à condition de rester accessoires et d'être prioritairement destinées à son public, des activités commerciales complémentaires du service public culturel, susceptibles de lui apporter des ressources propres.



Il résulte du dossier transmis à l'appui de la demande d'avis que la librairie et la cafétéria aménagées au 51 rue de Bercy, pour une surface utile de 524 m<sup>2</sup> sur un total de 14 384 m<sup>2</sup>, sont destinées à accueillir le public de la Cinémathèque française. Les deux espaces nécessaires à l'implantation de la librairie et de la cafétéria peuvent donc être englobés dans le titre d'occupation domaniale délivré à la Cinémathèque. Celle-ci pourra soit gérer ces services annexes elle-même, soit en confier l'exploitation à un tiers.

Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'activités économiques exercées sur un marché concurrentiel, l'acte confiant cette exploitation à un tiers entre dans le champ d'application de la loi du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, prise pour la transposition des directives du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, s'ils sont conclus par un organisme de droit privé satisfaisant aux conditions mentionnées à l'article 9 de ladite loi. Tel est le cas de la Cinémathèque française, qui entre dans les prévisions de cet article dès lors qu'elle est dotée de la personnalité juridique, qu'elle a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et qu'elle a une activité financée majoritairement par un établissement public de l'État et une gestion soumise au contrôle de celui-ci. En conséquence, les marchés et les contrats passés par la Cinémathèque française, pour un montant égal ou supérieur aux seuils fixés par le ministre chargé de l'économie, sont soumis aux règles de publicité et de concurrence prévues par la loi susvisée de 1991, et doivent en outre respecter les règles de transparence et le principe de non-discrimination résultant du traité instituant la Communauté européenne.

#### **Sur les quatrième et cinquième questions :**

La réponse apportée à la deuxième question ne dispense pas le ministre de la Culture et de la Communication de devoir s'interroger sur la question de savoir si les relations, notamment financières, entre le CNC et la Cinémathèque française, devraient être qualifiées de délégation de service public ou de marché public et si, par suite, le CNC devrait être tenu, pour conclure avec la Cinémathèque française une convention annuelle de subvention conforme aux prescriptions de l'article 10 de la loi susvisée du 12 avril 2000, de respecter les règles de passation et d'exécution définies par le code des marchés publics ou par la loi du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Selon l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics annexé au décret susvisé du 15 janvier 2004 « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Il résulte de ces termes mêmes que ne peut être qualifié de marché public qu'un contrat conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux ou services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée de biens dans son patrimoine.



Comme il a été dit précédemment, la mission de la Cinémathèque française, qui ne sera pas modifiée du fait de son installation au 51 rue de Bercy, est de conserver, restaurer, étudier et mettre à la disposition du public les collections cinématographiques qu'elle a acquises ou qui lui sont confiées. Si cette mission revêt, dans les conditions où elle est exercée, le caractère d'un service public culturel, ni l'État, ni le CNC, ne sont titulaires d'un droit patrimonial sur tout ou partie des collections de la Cinémathèque, de nature à établir que celle-ci leur fournirait une prestation individualisée en les gérant. Il y a lieu de relever également que si l'immeuble du 51 rue de Bercy a été acquis par l'État dans le but de l'affecter à la Cinémathèque pour lui permettre d'exercer son objet statutaire, sa mise à disposition n'a pas pour contrepartie une prestation individualisée rendue à l'État en sa qualité de propriétaire de l'immeuble. Par ailleurs, le respect des stipulations de la convention d'objectifs mentionnée ci-dessus, lesquelles ont pour objet de garantir que la Cinémathèque fait de sa subvention un usage conforme à l'intérêt général, comme le prévoit au demeurant son objet statutaire, ne constitue pas, par lui-même, la fourniture d'une prestation individualisée au CNC.

Il n'y a donc pas lieu, pour le CNC, de soumettre le contrat de subvention qu'il passe avec la Cinémathèque française à la réglementation applicable aux marchés publics.

La délégation de service public est, selon la définition qui en est donnée par l'article 38 de la loi susvisée du 29 janvier 1993, « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Constitue une telle prestation individualisée la prise en charge, par le cocontractant, d'un service public relevant de la responsabilité de la collectivité contractante en vertu d'une obligation légale ou créée à son initiative.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obligation à l'État d'assurer la conservation du patrimoine cinématographique dont la Cinémathèque assume la charge. La mission remplie en ce domaine par cette institution privée, sous sa responsabilité, ne procède pas non plus d'un acte contractuel par lequel l'État lui en aurait confié expressément l'accomplissement.

La mission exercée par la Cinémathèque ne correspond donc pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public. Elle s'analyse en la *reconnaissance* par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante accordée annuellement par le canal du CNC.

S'il en découle présentement l'exécution par la Cinémathèque d'une mission de service public culturel, celle-ci n'implique pas, dans les conditions où elle est accomplie, que la convention d'objectifs définissant l'objet, le montant et les modalités générales d'emploi de l'aide publique qui est consentie à la Cinémathèque, conformément aux prescriptions de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, soit soumise à la réglementation applicable aux délégations de service public.

**Compte tenu des observations qui précèdent, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'État de répondre à la sixième question.**



## Électricité

### ■ Assemblée générale – Avis n° 370.135 – 8 juillet 2004

*Électricité – Contrats conclus par une personne publique avec EDF ou un distributeur non nationalisé dans le cadre du monopole institué par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 – Accession des personnes publiques à l'éligibilité à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004 – Conséquences sur les contrats en cours – Conséquences à l'expiration des contrats.*

**Le Conseil d'État, saisi par le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :**

1. Compte tenu du caractère optionnel conféré à l'éligibilité par l'article 22 de la loi du 10 février 2000 conformément aux directives 96/92/CE et 2003/54/CE, une personne publique dont les marchés de fournitures sont soumis au code des marchés publics pourra-t-elle, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004, conserver le contrat de fourniture d'électricité conclu avec EDF ou un distributeur non nationalisé dans le cadre du monopole institué par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 ?
2. Dans l'hypothèse où la réponse à cette première question serait négative, les personnes publiques en cause devront-elles immédiatement résilier leur contrat en cours ou pourront-elles attendre l'arrivée à échéance de ce contrat pour conclure un nouveau contrat de fourniture d'électricité dans les conditions fixées par le code des marchés publics ?
3. La réponse aux deux questions précédentes peut-elle être différente, selon que les seuils fixés à l'article 28 du code des marchés publics sont ou non franchis ?

Vu le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne ;  
Vu la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE ;  
Vu la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;  
Vu le décret n° 2004-597 du 23 juin 2004 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et modifiant le décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 ;  
Vu le code des marchés publics ;

**Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :**

I – Aux termes de l'article 21 de la directive 2003/54 du 26 juin 2003 susvisée : « Les États membres veillent à ce que les clients éligibles soient [...] à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2004 au plus tard, tous les clients non résidentiels ». Il résulte de ces dispositions, qui viennent d'être transposées par le décret n° 2004-597 du 23 juin 2004 pris pour l'application du I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 susvisée, qu'à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004 toutes les personnes, y compris les personnes publiques, achetant de l'électricité non destinée à un usage domestique sont éligibles, c'est-à-dire libres d'acheter leur électricité au fournisseur de leur choix.



II – Les conséquences de l’accession d’une personne publique à l’éligibilité sur l’exécution des contrats en cours, conclus avant le 1<sup>er</sup> juillet 2004 avec EDF ou un distributeur non nationalisé dans le cadre du monopole de fourniture aux clients non éligibles, sont les suivantes :

1°) si la personne publique décide d’exercer les droits attachés à l’éligibilité, les contrats en cours sont résiliés de plein droit en application de l’article 49 de la loi du 10 février 2000, aux termes duquel : « Lorsqu’un client éligible exerce, pour un site donné tel que défini à l’article 22 de la présente loi, les droits accordés au III de ce même article, les contrats en cours concernant la fourniture de ce site par Électricité de France ou les distributeurs non nationalisés [...] sont résiliés de plein droit ». Il appartient alors à la personne publique de choisir un fournisseur et de conclure avec lui un marché public dans le respect des règles prévues par le code des marchés publics, variables selon l’importance des besoins à satisfaire. Il peut, dans ce cas, être fait application des dispositions de l’article 81 du code propres aux marchés conclus pour l’acquisition d’énergies non stockables ;

2°) si la personne publique choisit, comme elle en a la faculté à l’instar des autres clients éligibles, de ne pas exercer les droits attachés à l’éligibilité, les contrats en cours continuent de s’exécuter, ainsi que le prévoient expressément les dispositions du troisième alinéa du I de l’article 4 de la loi du 10 février 2000, ainsi rédigé : « Lorsqu’un client éligible n’exerce pas les droits accordés au III de l’article 22 de la présente loi, il conserve le contrat en vigueur à la date à laquelle il devient éligible ».

III – À l’expiration des contrats en cours, deux hypothèses doivent à nouveau être envisagées.

1°) Si la personne publique décide, cette fois, d’exercer les droits attachés à son éligibilité, elle conclut un marché public de fournitures dans les conditions rappelées au 1° du II ci-dessus.

2°) Si la personne publique choisit, au contraire, de continuer à ne pas exercer les droits attachés à son éligibilité, cette décision, qui est étrangère aux règles de la commande publique alors même qu’elle entraîne la passation d’un nouveau contrat réglementé avec EDF ou un distributeur non nationalisé, n’est soumise à aucune procédure ni formalité particulière.

IV – La solution décrite au 2° du III ci-dessus est liée à la coexistence provisoire d’un secteur réglementé et d’un marché libre. Il conviendra donc de réexaminer la situation lorsque l’ouverture à la concurrence du marché de l’électricité sera complète.

## Juridictions administratives et judiciaires

### ■ Section des finances – Avis n° 369.622 – 27 avril 2004

*Magistrats de l’ordre judiciaire – Procureur de la République près le tribunal aux armées – Notation – Absence d’autorité compétente pour procéder à l’évaluation.*



**Le Conseil d'État (Section des finances), saisi par le ministre de la Défense de la question de savoir quelle était l'autorité compétente pour procéder à la notation du procureur près le tribunal aux armées.**

Vu la Constitution, et notamment son article 64 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, notamment son article 12-1 ;

Vu le code de justice militaire ;

Vu la loi n° 66-1037 du 29 décembre 1966 modifiée relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires ;

Vu le décret n° 67-926 du 20 octobre 1967 portant application de la loi n° 66-1037 du 29 décembre 1966 relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires ;

Vu le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

**Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

Le premier alinéa de l'article 16 du code de justice militaire définit les fonctions du procureur de la République près le tribunal aux armées dans les termes suivants : « Le procureur de la République près le tribunal aux armées assure au près du tribunal aux armées, par lui-même ou par ses substituts, les fonctions du ministère public ». Le second alinéa de cet article lui confie, par voie de conséquence, en sa qualité de chef de parquet, la charge de l'administration et de la discipline de ce service. Les tâches de gestion, prévues par ce second alinéa, ne sont ainsi que l'accessoire des fonctions juridictionnelles confiées au procureur près le tribunal aux armées.

L'évaluation professionnelle du procureur près le tribunal aux armées doit donc être effectuée par la seule autorité, compétente pour apprécier la qualité des fonctions juridictionnelles exercées par l'intéressé.

Aucun texte, en l'état actuel du droit, ne désigne toutefois cette autorité.

Tel n'est tout d'abord pas le cas du troisième alinéa de l'article 2 du code de justice militaire. Si cet alinéa dispose que « Le procureur général exerce vis-à-vis du tribunal aux armées les attributions qui lui sont dévolues par le code de procédure pénale à l'égard des juridictions de droit commun », ces dispositions, à l'objet exclusivement procédural, sont dépourvues de toute portée statutaire.

Tel n'est pas davantage le cas des dispositions de l'article 15 du code de justice militaire, aux termes desquelles « l'affectation des magistrats de l'instruction ou du parquet ainsi que celle des personnels chargés du service du tribunal aux armées est réservée au ministre de la Défense », de celles de la loi du 29 décembre 1966 modifiée relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires, ou du décret du 20 octobre 1967 pris pour son application, lesquelles ne comportent aucune disposition particulière relative au régime de notation des magistrats détachés pour exercer des fonctions auprès du ministère de la Défense.

Tel n'est enfin pas le cas des dispositions générales relatives à l'évaluation professionnelle des magistrats figurant au chapitre III du décret du 7 janvier



1993 pris pour l'application de l'article 12-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Certes, l'article 19 de ce décret fixe la liste des autorités investies de ce pouvoir d'évaluation en fonction de la position statutaire occupée par le magistrat.

Mais les 1°) à 7°) de cet article, qui déterminent les autorités compétentes lorsque le magistrat exerce des activités, juridictionnelles ou non, au sein du ministère de la Justice, ne sont pas applicables à la situation du procureur près le tribunal aux armées, détaché auprès du ministère de la Défense.

Le 8°) règle quant à lui le cas particulier des magistrats détachés pour exercer les fonctions de juge d'instruction dans les juridictions des forces armées, en confiant dans cette hypothèse le pouvoir de notation au président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel compétente à l'égard de ces juridictions.

Le dernier alinéa de l'article 19, s'il définit le régime général de notation des magistrats placés en position de détachement, en prévoyant que sous réserve du 8°) de cet article et des dispositions de l'article 7 du décret du 15 mars 1973 à l'égard des magistrats détachés pour exercer des fonctions judiciaires en dehors du territoire de la République, « l'évaluation professionnelle des magistrats placés en position de détachement est établie par l'autorité qui, au sein de l'organisme auprès duquel ils sont détachés, dispose, au regard des règles internes, du pouvoir d'évaluer la compétence professionnelle du personnel exerçant les mêmes fonctions ou des fonctions semblables », ne saurait s'appliquer à la situation du procureur près le tribunal aux armées, dont les fonctions juridictionnelles n'ont pas d'équivalent au sein du ministère de la Défense.

Dans le silence des textes, aucune autorité n'est donc investie du pouvoir de procéder à l'évaluation professionnelle du procureur près le tribunal aux armées.

Dans ces conditions, le Conseil d'État recommande au gouvernement de modifier le décret du 7 janvier 1993 pour ajouter à la liste des situations particulières prévues par son article 19 une disposition désignant expressément l'autorité compétente pour procéder à l'évaluation professionnelle du procureur de la République près le tribunal aux armées.

## Outre-mer

### ■ Section de l'intérieur – Avis n° 370.948 – 30 novembre 2004

*Outre-mer – Droit applicable en Nouvelle-Calédonie – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces – Réglementation relative aux divers appareils à pression.*

**Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre de la question de savoir quelles sont les règles de détermination de la compétence ou de répartition de compétence en matière de réglementation relative aux divers appareils à pression en Nouvelle-Calédonie.**



Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;  
Vu la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile ;  
Vu l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie ;

**Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

S'il résulte des dispositions, d'une part, des 5° et 1° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée que l'État est compétent en Nouvelle-Calédonie en matière de « sécurité civile » et de « police et sécurité en matière de circulation maritime dans les eaux territoriales » et, d'autre part, de l'article 22 de cette loi que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « droit du travail », aucune des législations relatives à ces matières n'a pour objet de fixer les règles générales de sécurité applicables à la conception, à la construction et à l'utilisation des appareils à pression. En effet, la compétence de l'État, au titre de la « sécurité civile », comme le précise l'article premier de la loi du 13 août 2004 susvisée, porte sur « la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes » et, au titre de la « police et (de la) sécurité en matière de circulation maritime dans les eaux territoriales », s'applique aux seules règles spécifiques de sécurité liées à la navigation. De son côté, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour élaborer la réglementation du travail et en assurer l'application dans les lieux où ces appareils sont exploités.

En conséquence, les provinces, compétentes en vertu de l'article 20 de la loi organique dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie, exercent une compétence générale pour définir les règles de sécurité relatives aux appareils à pression.

Cette compétence des provinces ne saurait, toutefois, faire obstacle à la compétence de l'État en matière de « défense » résultant du 3° du I de l'article 21 de la loi organique.

Les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur en métropole, y compris celles qui appliquent ou transposent des normes définies par les autorités de la Communauté européenne, ne s'appliquent en Nouvelle-Calédonie que si elles ont fait l'objet d'une extension à celle-ci et ont été publiées au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie. Il résulte des termes du II de l'article 222 de la loi organique précitée que les dispositions qui sont intervenues dans des matières relevant désormais de la compétence des provinces ou de la Nouvelle-Calédonie demeurent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées par celles-ci dans les conditions et selon les procédures prévues par la loi organique





RESPONSABILITÉ  
ET  
SOCIALISATION  
DU RISQUE



# Considérations générales



Les considérations générales ont été rédigées par Edwige BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Sophie-Justine LIEBER, Hervé CASSAGNABÈRE, Sibyle PETITJEAN, Emmanuelle CORTOT, Sébastien VEIL et Thomas ANDRIEU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 3 février 2005.

M<sup>lle</sup> Gaëlle LIPINSKI, MM. Pascal NAUMOWICZ et Simon RÖTIG, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

# Sommaire

Introduction .....	205
Première partie	
<b>L'évolution générale</b> .....	207
<b>A – Du secours à la solidarité</b> .....	207
1. Risques et solidarité avant le XIX <sup>e</sup> siècle .....	207
1.1. <i>Les formes anciennes de la solidarité.</i> .....	207
1.2. <i>L'apport des temps modernes et de la Révolution française</i> .....	209
2. Le XIX <sup>e</sup> siècle et la naissance de la solidarité moderne .....	211
2.1. <i>L'idéologie libérale et la conception originelle de la responsabilité dans le Code civil.</i> .....	211
2.2. <i>Premiers changements</i> .....	212
2.3. <i>Vers la responsabilité pour risque : les constructions jurisprudentielles</i> ..	213
2.4. <i>Les solutions législatives, entre responsabilité et solidarité</i> .....	214
<b>B – L'évolution du champ d'application de la responsabilité.</b> .....	216
1. L'évolution des risques .....	216
2. L'évolution de la perception des risques .....	220
3. L'évolution de la notion de préjudice .....	221
<b>C – L'évolution générale des régimes de responsabilité</b> .....	223
1. Une place croissante pour la responsabilité sans faute .....	223
2. Le phénomène de socialisation des risques .....	224
3. Le maintien de la responsabilité pour faute .....	225
4. Législateur et juge : concurrence et complémentarité .....	226
Deuxième partie	
<b>Voies et moyens de la socialisation du risque</b> .....	231
<b>A – Les risques engendrés par l'activité des pouvoirs publics et collectivités publiques</b> .....	231
1. Le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute .....	232



2. L'extension de la responsabilité sans faute . . . . .	235
2.1. Les fondements et la portée de la responsabilité sans faute. . . . .	235
2.2. Les dommages subis par les collaborateurs du service public . . . . .	237
2.3. La responsabilité du fait des lois et ses prolongements . . . . .	238
3. Les régimes législatifs spéciaux . . . . .	240
<b>B – Les risques étrangers à l'activité de la puissance publique . . . . .</b>	<b>240</b>
1. Les raisons et les modalités d'une implication croissante de l'État . . . . .	241
1.1. Les raisons. . . . .	241
1.2. Les modalités d'intervention de la puissance publique. . . . .	242
2. Au carrefour de l'assurance et de la solidarité . . . . .	246
2.1. Le recours aux fonds d'indemnisation . . . . .	246
2.2. Quelques exemples : catastrophes naturelles, terrorisme, risques technologiques . . . . .	252
<b>C – Des mécanismes communs . . . . .</b>	<b>258</b>
1. Les risques sociaux liés à l'activité de personnes tant privées que publiques . . . . .	258
1.1. L'exemple des accidents du travail. . . . .	258
1.2. L'exemple de la sécurité sanitaire . . . . .	263
2. La responsabilité de l'État conséquence de son rôle de prévention des risques . . . . .	274
2.1. La prévention classique, source de responsabilité. . . . .	274
2.2. En amont des risques avérés, le principe de précaution. . . . .	276
 Troisième partie	
<b>Perspectives . . . . .</b>	<b>287</b>
<b>A – L'influence du contexte international et européen . . . . .</b>	<b>287</b>
1. La prudence du droit international public . . . . .	287
1.1. La responsabilité de l'État en droit international . . . . .	288
1.2. Les régimes conventionnels de responsabilité de plein droit des exploitants ou entreprises pour certaines activités. . . . .	289
1.3. Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies . . . . .	290
1.4. Le principe de précaution en droit international public. . . . .	291
2. Les avancées du droit communautaire. . . . .	292
2.1. La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté . . . . .	292
2.2. Le droit communautaire et la socialisation des risques . . . . .	293
2.3. Le principe de précaution en droit communautaire. . . . .	295
3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la responsabilité publique . . . . .	298



4. Exemples étrangers . . . . .	300
4.1. La responsabilité de la puissance publique. . . . .	300
4.2. La place de la socialisation du risque dans les autres régimes de responsabilité . . . . .	303
4.3. Les différences de procédures . . . . .	307
4.4. Des exemples de systèmes étendus d'indemnisation sans recours à la responsabilité civile. . . . .	309
<b>B – Justifications et limites de la socialisation du risque . . . . .</b>	<b>312</b>
1. Les justifications . . . . .	312
2. Les limites . . . . .	313
2.1. Des limites matérielles . . . . .	313
2.2. Des limites liées au rôle de l'État . . . . .	315
2.3. Socialisation et responsabilisation . . . . .	317
2.4. La superposition des actions en responsabilité . . . . .	318
2.5. La responsabilité des collectivités territoriales . . . . .	320
<b>C – Pour une socialisation raisonnée . . . . .</b>	<b>321</b>
1. Le rôle respectif des assureurs et de l'État . . . . .	321
1.1. Intervenir à bon escient. . . . .	321
1.2. Du bon usage des fonds . . . . .	323
2. Imputation et indemnisation . . . . .	324
2.1. Responsabilité civile et assurance personnelle. . . . .	324
2.2. Réglementation et responsabilité . . . . .	325
3. Le besoin d'harmonisation . . . . .	326
3.1. La multiplicité des régimes. . . . .	326
3.2. Les indemnités . . . . .	326
3.3. Les délais de prescription. . . . .	329
4. Concilier socialisation, responsabilité et prévention. . . . .	330
4.1. Prévention, liberté et responsabilité. . . . .	330
4.2. L'analyse des risques . . . . .	333
4.3. L'information . . . . .	334
<b>Conclusion . . . . .</b>	<b>337</b>





## Introduction

Notre société refuse la fatalité. Elle se caractérise par une exigence croissante de sécurité. Cette exigence engendre la conviction que tout risque doit être couvert, que la réparation de tout dommage doit être rapide et intégrale et que la société doit, à cet effet, pourvoir, non seulement à une indemnisation des dommages qu'elle a elle-même provoqués, mais encore de ceux qu'elle n'a pas été en mesure d'empêcher, ou dont elle n'a pas su prévoir l'occurrence.

La tendance générale est à l'extension de la couverture des risques et au recours, lorsque leur probabilité ou leur étendue n'ont pas été identifiées en temps utile et que la satisfaction de la demande de réparation le rend nécessaire, à des mécanismes hybrides mêlant, à des degrés divers, assurance, responsabilité et solidarité. Cette tendance aux contours flous est résumée par l'expression « *socialisation du risque* », qui n'est pas dépourvue d'équivoque. Ce n'est pas vraiment le risque qui est socialisé, ce sont ses conséquences dommageables et leur indemnisation. Le terme « risque » n'est pas non plus nécessairement le plus apte à décrire, en toute rigueur, des aléas, des dangers ou des menaces ne se prêtant pas à une évaluation *a priori*.

Reste que les risques évoluent, ainsi que leur perception. Le progrès technique est lui-même source de risques. Les causes et les effets de certains risques sont plus complexes et plus difficiles à individualiser. La mondialisation, l'urbanisation croissante entraînent des changements d'échelle. La frontière entre risque technologique et risque naturel devient plus floue. À l'échelle internationale, les conséquences du récent raz-de-marée sur les côtes asiatiques démontrent l'impact que peuvent avoir certains risques majeurs.

Si l'assurance est déjà une forme de solidarité, puisqu'elle s'appuie sur la mutualisation, la « *socialisation du risque* » fait appel à une solidarité élargie au-delà du cercle des co-assurés, y compris la solidarité nationale.

On peut considérer qu'il y a « *socialisation du risque* » lorsque l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque est sans lien avec la responsabilité, ou lorsque le financement de cette indemnisation est, soit *a priori* soit *a posteriori*, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage. La socialisation des risques est l'œuvre commune du législateur, le cas échéant inspiré ou relayé par les partenaires sociaux, du juge et des assurances ou mutuelles.

Cette évolution participe de l'idée qu'il y a des risques sociaux dont il serait injuste de laisser porter la charge par les seules victimes sans la partager, dès lors qu'il était hors de leurs moyens de se prémunir contre eux. Elle permet ainsi d'assurer l'indemnisation des risques mal identifiés *a priori* ou dont l'échelle potentielle rend difficile la couverture par le seul jeu de l'assurance ou même de la réassurance.

Si l'histoire offre de nombreux exemples de prise en charge collective de dommages, la solidarité face à certains risques a reçu une consécration consti-



tutionnelle en 1946. Aux termes du préambule de la Constitution de 1946, « *La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». En outre, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « *Si l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes, des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »<sup>1</sup>. La rupture de l'égalité devant les charges publiques est au demeurant le fondement d'une jurisprudence ancienne et constante du Conseil d'État pour justifier les régimes de responsabilité sans faute.

La présente réflexion ne porte pas sur toutes les formes de socialisation du risque. Elle ne traite pas des partages de risques organisés par les contrats publics, ou, pour la mise en œuvre de ceux-ci, par le juge (théorie de l'équilibre du contrat, de l'imprévision). Elle ne traite pas non plus de cette forme spécifique de socialisation du risque que constituent, pour ce qui est de la sécurité sociale, ses branches maladie et vieillesse. On peut en effet considérer qu'il s'agit là de risques inéluctables de l'existence pour lesquels il est vain de se poser la question de la responsabilité. Elle n'aborde pas non plus la question de l'assurance chômage. Elle traite en revanche de la « *socialisation des risques* » s'agissant des autres catégories d'aléas, et parmi ceux-ci figurent les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Dans l'évolution récente vers une plus grande socialisation du risque, les frontières entre la responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité sans faute se sont déplacées. Dans le même temps, on assiste, paradoxalement, à une recherche croissante des responsabilités personnelles, pénales en particulier. À la réparation civile s'ajoute souvent l'action pénale, avec l'idée de punition qu'elle suppose.

La socialisation du risque n'implique pas de fait la disparition de la notion de faute, ni celle de responsabilité. Elle répond, souvent, à un besoin d'indemnisation rapide de la victime, sans exclure les actions récursoires contre les auteurs du dommage. Sous peine de déresponsabilisation, la question se pose plus généralement de la place que doit garder ou reprendre la responsabilité dans les systèmes de couverture de risques.

La socialisation du risque comporte au surplus des limites. L'État, qui intervient le plus souvent dans sa mise en œuvre, avec des modalités variables selon que le risque est lié à ses propres activités ou à d'autres acteurs ou facteurs, ne peut se transformer en assureur multirisque. Pour être viable, la socialisation du risque doit aller de pair avec la prévention des risques. Les débats actuels sur le principe de précaution démontrent l'attente forte de mesures de nature à limiter, très en amont, les risques encourus.

La France s'est orientée, pour sa part, et sans doute plus que d'autres, vers une socialisation des risques accrue. Les pays comparables au nôtre ont cependant, très généralement, mis en œuvre des régimes particuliers de responsabilité et d'indemnisation face à des risques exceptionnels par leur gravité ou leur échelle. Mais les régimes de responsabilité restent divers et le droit européen n'a pas, à ce stade, d'incidence importante sinon sectorielle sur les régimes de responsabilité nationaux.

---

1. Cons. const., décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001.



---

# Première partie

## L'évolution générale

### A – Du secours à la solidarité

Notre attitude face à toutes sortes d'événements dommageables s'est radicalement transformée à l'époque contemporaine. La notion même de « risque » est apparue tardivement dans l'histoire. La gestion du risque, l'indemnisation des dommages avant cette période nous apparaissent très rudimentaires. Toutefois, les mécanismes collectifs d'entraide existent depuis les temps les plus reculés et le concept de solidarité n'est pas sorti *ex nihilo* de l'esprit des constituants et des législateurs français de l'après-guerre.

Avant le XIX<sup>e</sup> siècle, la notion de responsabilité reste cependant dissociée de celle de solidarité : les dimensions sociales que peut receler le concept de responsabilité ne sont apparues que tardivement et le XIX<sup>e</sup> siècle a été marqué par la constitution progressive de liens étroits, mais ambigus, entre les notions de risque, de solidarité et de responsabilité, ainsi que par l'émergence de la notion de « risque social ».

#### 1. Risques et solidarité avant le XIX<sup>e</sup> siècle

##### 1.1. *Les formes anciennes de la solidarité*

Des initiatives ou procédures destinées à soulager les individus des conséquences de certains malheurs par une prise en charge collective existent déjà. Mais elles n'offrent que peu de similitudes avec nos procédés modernes. Leurs fondements philosophiques et leurs principes sont très différents.

##### *Les procédures de prise en charge collective des risques, entre assistance et entraide*

Aux origines de la mutuelle, l'apparition des premières caisses de prévoyance se perd dans la nuit des temps et représente le mode d'organisation le plus naturel, le plus immédiat auquel pense l'homme en société : chacun verse un montant, déterminé de façon plus ou moins élaborée, dans une caisse qui servira pour les « coups durs » subis par un membre de la communauté, ou bien s'engage à l'aider une fois le sinistre survenu. Un exemple fameux d'entraide se rencontre chez les tailleurs de pierre de la Basse-Egypte, vers



1400 av. J.-C.<sup>2</sup>, qui alimentaient un fonds pour se prémunir contre le risque d'accident. Le même phénomène s'est produit, d'après Théophraste, en Grèce au sein des *hetairiai*, (à proprement parler « compagnies ») dont les membres, les *hetairioi* (« compagnons ») étaient unis par des liens familiaux et religieux très forts. Le fait corporatiste au Moyen Âge a accentué cette tendance, si bien que de nombreuses organisations professionnelles se doublaient de caisses de prévoyance. Mais la solidarité financière qui était établie ainsi ne faisait que découler d'une première solidarité « naturelle », par exemple de type familial, local, religieux ou professionnel. En outre, les caisses étaient destinées à venir en aide aux membres de la communauté, et non à indemniser des chefs de préjudices : elles ne faisaient qu'apporter un secours totalement dissocié de la notion de réparation et le montant des préjudices subis pouvait très largement dépasser le montant des versements de secours.

La prise en charge de risques par la puissance publique est également très ancienne. La Grèce antique, et tout particulièrement Athènes, offre des exemples de régimes de solidarité pour la prise en charge des dommages survenus du fait de l'activité des autorités publiques. Ainsi de l'attitude de la cité grecque face aux victimes de la guerre : Athènes, notamment, connaît une multitude de régimes formellement institués concernant la prise en charge par la cité de ces victimes<sup>3</sup>. Le *theôrikon*, fonds public financé par l'impôt et destiné originellement à aider les moins riches à acheter leurs places pour les spectacles théâtraux, était chargé de subvenir aux besoins d'une part croissante de la population. Mais jamais on n'a proclamé une quelconque « responsabilité de la polis » du fait de ses activités et certainement pas du fait des guerres offensives : les versements au titre des dommages de guerre étaient étroitement forfaitaires, et il n'était nullement question de « réparation » des dommages, mais bien de secours.

Les autorités médiévales n'ignoraient pas non plus totalement la compensation pécuniaire liée à certains sinistres. Lorsqu'un sujet subissait des dommages particulièrement anormaux du fait de travaux publics ou d'ouvrages publics ou en matière d'expropriation, les autorités lui versaient une compensation alors même qu'elles n'avaient commis aucune faute<sup>4</sup>. Toutefois, il ne s'agissait nullement de « responsabilité du roi » (le dogme étant : « *Le roi ne peut mal faire* »), mais d'une procédure gracieuse réputée être due à la magnanimité du roi, même lorsqu'elle devenait plus systématique<sup>5</sup>.

---

2. Cf. J. Peyrelevade, article « Assurance » de l'*Encyclopaedia Universalis*, 2000, tome III, p. 226.

3. Cf. J.-N. Corvisier, *Guerre et société dans les mondes grecs (490-322 av. J.-C.)*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 246-247.

4. Cf. Denys de Béchillon, « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français », p. 24, in *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, sous la direction de Th. Kirat, coll. « Droit et Société », n° 10, LGDJ, 2003, p. 21.

5. Cette grâce du roi pouvait même s'appliquer « indirectement » à des sinistres sans rapport avec l'activité de la puissance publique : ainsi, les calamités agricoles, entraînant souvent des pertes de récoltes, donnaient lieu à des dégrèvements d'impôts pour les communes sinistrées ; mais, malgré leur fréquence, ces derniers étaient considérés comme des grâces exceptionnelles. Cf., pour des exemples, Ch. Desplat, « Pour une histoire de risques naturels dans les Pyrénées occidentales françaises sous l'Ancien Régime », in *Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne*, B. Bénassar (ed.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, p. 115.



Les fondements philosophiques de la prise en charge collective des risques sont très éloignés des nôtres : les catastrophes sont vécues en termes de fléaux ou de punitions, ainsi de la peste ou des pluies diluviennes ; la responsabilité est pensée en termes moraux, comme un instrument de sanction. Aristote, dans l'*Ethique à Nicomaque*<sup>6</sup>, ne pose pas la question de savoir à quelles conditions on doit réparer un dommage, mais à quelle condition on est « *digne d'être blâmé* ». Dans cette conception, la « responsabilité » ne peut aucunement servir d'outil efficace d'indemnisation de la victime.

La solidarité financière face à certains sinistres devait donc trouver d'autres fondements. Les liens de groupe pouvaient former un socle sur lequel elle pouvait s'asseoir. En outre, au Moyen Âge, l'essor du christianisme a donné un autre fondement religieux à l'entraide entre les hommes : la charité.

L'homme médiéval, comme l'homme de l'antiquité, manque au surplus d'outils mathématiques pour appréhender le risque. Or, sans ce concept clé de « risque », il est difficile d'instaurer des solidarités abstraites et larges et de dépasser les solidarités désignées comme « naturelles ».

## ***1.2. L'apport des temps modernes et de la Révolution française***

La Révolution française marque un aboutissement et un tournant : elle détruit les bases de la solidarité archaïque, corporatiste et familiale notamment, et vise à instituer un autre type de solidarité qui s'appuie pour partie sur les développements de la technique actuarielle ; elle commence à établir des liens étroits entre un certain type de solidarité nationale face aux dommages, fondé sur l'égalité et un concept encore flou de responsabilité des personnes publiques, de « dette/créance » : l'indemnisation de certains dommages réputés survenir à l'occasion d'activités d'intérêt général n'est plus considérée comme une gracieuse faveur du souverain à l'égard de ses sujets, mais résulte d'une créance que détiennent les citoyens sur l'État.

### *La naissance du calcul actuariel et le développement de l'assurance moderne*

Avec le développement du calcul de probabilités, on envisage les événements dommageables sous un autre angle que celui de la malchance ou de la fatalité. Un type d'événement peut être appréhendé comme un risque, c'est-à-dire selon sa probabilité de réalisation.

Les techniques ou organismes d'assurances se modernisent et se développent en s'appropriant peu à peu l'outil probabiliste pour le calcul des primes et des provisions ; de plus en plus de types d'événements sont considérés comme des « risques » mutualisables. Le développement de l'assurance incendie au XVIII<sup>e</sup> siècle, souvent organisé par les municipalités elles-mêmes<sup>7</sup>, en est un exemple.

---

6. *Ethique à Nicomaque* III, 1, trad. Voilquin, Garnier, Paris, 1950, p. 93 et sq.

7. Voir J. Peyrelevede, article « Assurance » de l'*Encyclopaedia Universalis*, tome III, p. 226.



La mutualisation, sur le fondement du calcul actuariel, est en mesure de devenir une nouvelle matrice pour la solidarité : il s'agirait alors d'une solidarité constituée abstraitement, qui ne repose pas sur une solidarité « naturelle » de type familial, local, professionnel ou corporatiste. Toutefois, cette alliance entre assurance et solidarité mettra encore du temps pour se traduire dans les faits.

### *L'organisation de divers régimes législatifs spéciaux*

Une idée centrale guide la démarche du législateur et du constituant révolutionnaire, la défense de la propriété privée, déclinée sous diverses formes dès la Déclaration de 1789. Le caractère inviolable et sacré de la propriété privée signifie notamment qu'elle sera protégée non seulement de décisions ou d'actes arbitraires, mais encore que des dommages aux biens, même s'ils procèdent d'actes légaux considérés d'intérêt général, entraîneront en principe une juste réparation<sup>8</sup>. Cette approche rompt avec la solidarité-charité, la grâce du roi : la puissance publique ne dédommage pas parce qu'elle est bienveillante avec les administrés, mais parce qu'elle doit respecter certains droits « inviolables et sacrés ». La loi des 7-11 septembre 1790 pose le principe de l'indemnisation consécutive à l'expropriation ou à l'établissement de servitudes. Le régime de la responsabilité collective des habitants des communes en cas d'émeutes, dont les bases remontent au temps de Charlemagne, est amendé à plusieurs reprises pour aboutir au décret du 10 vendémiaire an IV. Il consacre le principe de la responsabilité solidaire des habitants et de la commune du fait des dommages aux biens ou aux personnes survenus à l'occasion de troubles ou d'émeutes, mais les habitants ne sont plus pénalement responsables, ils sont seulement « garants civilement » ; quant à la commune, elle peut même être déclarée responsable pénalement et devoir payer une amende à l'État si des habitants ont pris part aux délits.

### *Les dommages de guerre : fraternité et responsabilité nationale*

La situation de guerre contribue à obliger les autorités révolutionnaires à organiser des régimes d'indemnisation plus sophistiqués que la simple « grâce royale ». La loi des 3-22 avril 1790 pose le principe d'une créance que possède sur le corps social tout entier le soldat blessé. Certains textes, comme la loi du 11 août 1792 concernant les victimes civiles de guerre, invoquent la responsabilité nationale<sup>9</sup>. On peut y voir l'émergence du concept moderne de responsabilité sans faute.

La Révolution, même si l'application des principes qu'elle pose se révèle décevante, marque donc une étape décisive dans le domaine de l'indemnisation de dommages survenus du fait d'activités publiques non fautives. Elle

---

8. Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

9. Voir, sur ces points, Gérard de Baecque et Gréard de Vignaud, *La nouvelle législation sur les dommages de guerre* ; JCP 1947, I, 612 ; Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.



rompt avec la logique du secours institutionnalisé, de la pure charité d'Église, du paternalisme princier. Elle rompt parallèlement avec les solidarités de clan, de corporation. Pourtant, elle ne couvre encore qu'un champ très lacunaire des dommages susceptibles d'affecter les individus et se préoccupe surtout des dommages directement causés par des activités de puissance publique. Le législateur révolutionnaire ne raisonne pas encore en termes de « risque social ». La prise en compte de la technique d'assurance par certains précurseurs pour donner une nouvelle assise à la solidarité n'a donné que peu d'applications concrètes. Il est question d'inciter à la prévoyance, non d'y obliger ; il est tout à fait impensable d'assurer la responsabilité. Enfin, la pensée révolutionnaire dans son ensemble est hostile aux sociétés d'assurance privée qui seront interdites jusqu'en 1818. « *Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les opérations d'assurance (autre que maritime) étaient de toute façon suspectes et, pour les branches Vie et Responsabilité, prohibées comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs... On accusait d'abord l'assurance de permettre à l'assuré de relâcher l'attention qu'il devait à ses propres affaires, quand elle ne l'invitait pas à la délinquance... On ne parvenait pas, par ailleurs, à distinguer assurance dommages ou responsabilité et assurances des fautes* »<sup>10</sup>.

## 2. Le XIX<sup>e</sup> siècle et la naissance de la solidarité moderne

La pensée libérale issue de la Révolution voulait à tout prix que chaque individu affrontât librement les aléas de sa propre existence. Elle prônait la notion de prévoyance et condamnait la dépendance. La notion de responsabilité, en particulier, telle qu'elle était alors comprise, faisait obstacle à une socialisation étendue des risques : on ne fait porter la charge d'un dommage que sur celui qui a commis une faute. Pourtant, cette approche va s'infléchir : cette inflexion vers une plus grande solidarité participe bien sûr d'une évolution plus générale de la pensée politique et morale qui donnera notamment naissance à la sécurité sociale, à terme, en 1945. S'agissant de la responsabilité, le principal moteur des changements a été le problème grandissant des accidents du travail.

### 2.1. L'idéologie libérale et la conception originelle de la responsabilité dans le Code civil

Dans le cadre d'une pensée ignorant la notion de « risque social », la faute reste le fondement général de la responsabilité. Aux termes de l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

La liberté, selon la conception libérale, consiste à pouvoir faire « *tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». C'est donc le fait d'agir fautivement qui entraîne au bénéfice de la victime un droit à réparation.

Cette conception limitative de la responsabilité permet de faire de l'article 1382 un instrument de régulation sociale. Elle pousse tous les membres de la

---

10. François Ewald, « La société assurancière », *Risques – Les Cahiers de l'Assurance*, n° 1, 1990, p. 5.



société à la prévoyance, vertu éminente du « bon père de famille ». La responsabilité civile, fondée sur la faute, même détachée du domaine pénal, garde une visée de sanction. Encore faut-il que la responsabilité pèse de tout son poids sur l'homme imprévoyant, à défaut de quoi il ne saurait s'amender : c'est pourquoi il ne doit pas pouvoir s'assurer pour sa responsabilité civile. La faute n'est pas perçue par les libéraux comme un aléa.

## 2.2. Premiers changements

La conception libérale de l'indépendance et de la prévoyance individuelle doit cependant s'adapter à l'industrialisation et à la montée des accidents du travail. La jurisprudence civile des années 1840-1850 consacre l'obligation générale du chef d'entreprise de faire tout ce qui est en son pouvoir pour garantir la sécurité de ses salariés. Cette obligation « exige du patron non seulement de sérieuses précautions pour écarter ou réduire le risque du travail, mais encore toutes les précautions compatibles avec les nécessités de son industrie »<sup>11</sup>. Elle reste cependant une obligation de moyens et non de résultat.

Cette nouvelle ligne jurisprudentielle plus sévère envers le patron était financièrement acceptable pour l'industrie à la condition que l'employeur pût limiter le coût de la charge induite par l'accident dont il serait déclaré fautif : d'où l'importance de l'assurance de responsabilité civile.

Alors que l'assurance des fautes était auparavant considérée comme contraire à l'ordre public<sup>12</sup>, cette position encourut de nombreuses critiques dans les années 1840<sup>13</sup>. L'une d'entre elles était que les fautes potentielles de tiers constituent des risques pour la victime, et que la souscription d'une assurance responsabilité civile permet de garantir à celle-ci une réparation effective. L'harmonie sociale serait ainsi mieux préservée que par un dispositif de sanction pécuniaire intégrale supportée par les auteurs de la faute dont les effets escomptés (moins de dommages grâce à une prévoyance accrue) semblaient de plus en plus hypothétiques et qui supposait la solvabilité de ces auteurs. La cour d'appel de Paris a suivi cette position dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1845<sup>14</sup>. Cette nouvelle jurisprudence s'accordait avec celle retenue pour les accidents de travail : si l'assurance permettait de limiter le coût individuel de la responsabilité de l'employeur en répartissant la charge des risques grâce à une mutualisation, le juge pouvait se montrer plus sévère en matière d'obligation de sécurité et plus généreux envers les victimes.

---

11. Décision de la Cour impériale de Lyon, 13 décembre 1854, citée par François Ewald, *op. cit.*, p. 195.

12. En effet, le contrat d'assurance est un contrat de nature aléatoire, au sens de l'article 1104 du Code civil ; or on considérait qu'assurer des fautes revenait à assurer des événements non pas liés à la chance, mais au comportement d'une partie contractante.

13. Voir François Ewald, *Histoire de l'État providence*, Paris, Grasset et Fasquelle, 1996, p. 150-155.

14. Cour royale de Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1845, D. Jurisprudence générale du Royaume, 1845, p. 126 : « Considérant que les contrats d'assurance, comme obligations civiles, sont de droit commun ; qu'ils ont en effet pour but la réparation de dommages pécuniaires ; que les assurances ne peuvent être prohibées sur le fondement qu'en certains cas elles pourraient provoquer les assurés à commettre des délits ou quasi-délits ».



La socialisation des responsabilités, loin d'apparaître comme une menace pour l'ordre social, devenait tolérable, voire souhaitable dès lors qu'elle venait soutenir un dispositif juridique de réparation plus équitable des accidents, notamment de ceux induits par le travail et par l'industrialisation.

### **2.3. Vers la responsabilité pour risque : les constructions jurisprudentielles**

Le domaine des accidents de travail a été à nouveau, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le catalyseur d'une jurisprudence novatrice.

#### *La jurisprudence administrative : l'arrêt Cames (CE, 21 juin 1895)*

L'arrêt du Conseil d'État du 21 juin 1895 reconnaît le droit à indemnisation d'un ouvrier de l'arsenal de Tarbes, victime de ce que le commissaire du gouvernement Romieu a qualifié d'« accident anonyme ». La blessure de l'ouvrier avait pour origine un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon, aucune faute n'ayant été commise, ni de l'ouvrier, ni de l'État. La solution préconisée par Romieu comme « conforme aux règles de l'équité et de l'humanité » se justifiait ainsi selon lui : « C'est le service public qui embauche, qui fournit les matières, qui installe les machines, qui règle les conditions de fonctionnement de l'atelier ; si un accident se produit dans le travail, et s'il n'y a pas faute de l'ouvrier, le service public est responsable et doit indemniser la victime »<sup>15</sup>.

L'arrêt *Cames* constitue un tournant en ce qu'il lie clairement un mécanisme de socialisation des risques à la notion de responsabilité. Cette avancée jurisprudentielle a été rendue possible, notamment, par l'absence de soumission du régime de responsabilité de l'État aux règles du droit civil<sup>16</sup> et parce que l'indemnisation pour risque est une application assez naturelle du principe libéral du concept d'égalité devant les charges publiques. À propos de cet arrêt, Maurice Hauriou écrivait<sup>17</sup> : « Les choses se passent comme si l'État, en sa qualité de personne morale, gérait une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille procède logiquement du principe d'égalité devant les charges publiques. [...] et les indemnités compensatrices peuvent très bien être considérées comme versées par une sorte de caisse mutuelle associée aux services publics et alimentée par une prime incorporée à l'impôt... L'égalité devant les charges publiques doit être poursuivie directement là où il est possible de la réaliser, par exemple, en matière d'impôt ou de service militaire ; elle doit l'être indirectement par la voie d'indemnités compensatrices dans le cas où la charge publique ou le fait de l'administration sont d'une nature telle que par eux-mêmes ils retombent inégalement sur les administrés ».

---

15. Conclusions Romieu, Sirey, 1897.3, p. 33.

16. CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, rec. p. 705 ; TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1<sup>er</sup> suppl., p. 61, concl. David.

17. M. Hauriou, note sous CE, 21 juin 1895, *Cames*, Sirey, 1897.3, p. 33.



*La jurisprudence judiciaire : l'arrêt Veuve Teffaine  
(Cass. civ., 16 juin 1896)*

La jurisprudence des juridictions judiciaires évoluait aussi. Le sieur Teffaine étant décédé à la suite de l'explosion d'un tuyau à vapeur dans un remorqueur, sa veuve a poursuivi ses anciens employeurs. Ceux-ci n'avaient commis aucune faute, mais il avait été établi que l'accident était dû à un vice de construction. La Cour de cassation a validé la solution de la cour d'appel de Paris d'une part, en ce qu'elle reconnaissait sur le fondement de l'article 1384 du Code civil la responsabilité des propriétaires du remorqueur et ne leur permettait pas de s'exonérer en prouvant l'absence de faute dès lors qu'il y avait vice de construction et qu'il n'y avait pas de faute de la victime et, d'autre part, en ce qu'elle a condamné le constructeur à garantir et à indemniser les propriétaires de leur condamnation : la jurisprudence civile s'orientait manifestement vers une responsabilité sans faute et interprétait audacieusement la notion de garde figurant à l'article 1384, puisque le simple fait d'être propriétaire suffisait à l'établir. Cette interprétation comportait cependant une limite que consacra l'arrêt *Veuve Grange*<sup>18</sup> : lorsque la cause était totalement inconnue, dès lors qu'il n'y avait ni faute de l'employeur propriétaire de la chose, ni vice de construction constaté, l'employeur propriétaire n'était pas tenu pour responsable.

Cette dernière solution était en réalité à l'opposé de celle retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Cames*, laquelle se révélait plus audacieuse.

Mais le cas des entreprises privées est loin d'être analogue à l'hypothèse couverte, dans le secteur public, par l'arrêt *Cames*. La solution admise par le Conseil d'État dans le cadre de la collaboration au service public ne pouvait devenir applicable à l'industrie que si tous les employeurs acceptaient une socialisation de leurs responsabilités pour risque professionnel. C'est l'évolution législative, de 1898 à 1946, qui a permis la mise en œuvre de ce dispositif. Le Conseil d'État avait cependant joué un rôle de précurseur en formulant sa théorie du risque professionnel que la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail étendait à tous les ouvriers.

#### ***2.4. Les solutions législatives, entre responsabilité et solidarité***

La loi du 9 avril 1898 marque une avancée substantielle dans le traitement des risques sociaux<sup>19</sup>.

Le cas des accidents survenus à des ouvriers de l'État était depuis bien avant l'arrêt *Cames* au centre d'un débat. Sous la Deuxième République, Vivien, ancien président du Comité de législation du Conseil d'État et ministre des Travaux publics, avait proposé un arrêté visant à garantir les ouvriers de l'État et leur famille contre les risques d'accidents du travail et contre les maladies

---

18. Cass. req., 30 mars 1897, *Veuve Grange c/ Compagnie générale transatlantique*, D. 1897.1 433, note Saleilles.

19. Voir sur les points qui suivent, François Ewald, *op. cit.*, « Une loi politique au premier chef », p. 241.



professionnelles par un système forfaitaire, mais sans succès. L'idée de reconnaître la spécificité du « risque social » qu'est le risque professionnel et de le traiter dans toute sa complexité n'était pas mûre.

À partir du milieu des années 1880, le problème des accidents du travail en général fait ensuite l'objet de vifs débats et de nombreuses propositions au Parlement.

Le traitement contentieux du problème et les divergences entre tribunaux sur le montant des indemnités rendaient imprévisible pour les employeurs la charge financière résultant des risques professionnels induits par leur activité. Un système de « responsabilité sans faute » risquait d'intensifier cette insécurité. La difficulté était de traiter un problème « social » avec les catégories classiques du droit de la responsabilité. Certains parlementaires le considéraient simplement comme un problème de technique juridique en proposant uniquement de renverser la charge de la preuve et de soulager ainsi l'ouvrier de la difficulté de prouver la faute de son employeur. L'intitulé de la loi du 9 avril 1898 en porte encore la marque : « loi sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail ». Une autre approche, défendue par Félix Faure à la Chambre des députés dès le 9 mars 1883<sup>20</sup>, considérait que les accidents du travail représentaient une charge à mettre au compte de l'entreprise au même titre, par exemple, que l'amortissement du capital productif : les partisans de cette approche peuvent être considérés comme les précurseurs de certains théoriciens de l'économie du droit, qui envisagent la responsabilité sans faute comme une manière « d'internaliser les coûts sociaux d'une activité » pour en faire apparaître le profit net pour la société.

La loi de 1898 a représenté un compromis entre les droits des ouvriers et les nécessités de l'industrie. Le principe de la responsabilité automatique des employeurs est adopté, même dans le cas d'accidents fortuits ou de faute de la victime, en échange de quoi le montant des indemnités sera forfaitaire en fonction du taux d'incapacité et du salaire, avec minoration en cas de faute inexcusable de la victime. Les ouvriers se voient refuser le droit d'intenter une action en responsabilité contre l'employeur, même fautif, sauf faute inexcusable ou intentionnelle conduisant à une majoration de l'indemnité.

Mais si la loi du 9 avril 1898 a consacré la responsabilité sans faute de l'employeur, celui-ci restait responsable sur son patrimoine propre de la réparation, ce qui l'incitait à s'assurer. Par l'entremise de l'assurance de responsabilité et de la répartition collective de la charge des risques professionnels, la charge du « risque social » « accidents du travail » est imputée à l'ensemble de l'activité industrielle. Indirectement, cette charge sera répercutée sur les prix de production et de consommation, la société prenant ainsi en charge les coûts sociaux d'une activité qu'elle juge avantageuse. Toutefois, le Sénat refuse l'idée d'instaurer un régime d'assurance de responsabilité obligatoire, en se réservant le droit de créer un fonds de garantie destiné à compenser, si nécessaire, l'insolvabilité de certaines entreprises.

Alors même qu'il est naturellement et originellement lié à la notion de sanction, le concept de responsabilité s'est ainsi retrouvé, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle,

---

20. Voir François Ewald, *op. cit.*, p. 251.



investi d'un rôle de socialisation : on peut faire supporter des charges à autrui par pure équité sociale ou pour obliger une activité à « internaliser » les coûts sociaux qu'elle induit : s'agit-il de responsabilité ou de solidarité ? Ces concepts ne sont-ils pas simplement alors devenus complémentaires pour faire face aux « risques sociaux » ? Le mécanisme général de l'assurance, lui, a fourni un modèle abstrait de solidarité débarrassée d'ancrages locaux ou corporatistes, fondé sur les calculs actuariels des risques et permettant un traitement financier rationnel de la répartition de leur charge.

C'est en 1946 que le lien entre l'employeur et la victime disparaîtra, la sécurité sociale se substituant aux employeurs pour gérer et accorder l'indemnisation des accidents du travail, et les employeurs versant des cotisations à la branche accidents du travail-maladies professionnelles.

La législation sur les accidents du travail est alors au carrefour de deux tendances. D'une part, elle participe d'un pur régime de solidarité déconnecté du droit de la responsabilité. Le principe même d'une indemnisation forfaitaire se concilie *a priori* difficilement avec ce dernier, dont la logique est plutôt que tout dommage, en tenant compte de tous les chefs de préjudice, doit être intégralement réparé. D'autre part, la loi de 1898 préfigure une extension, au XX<sup>e</sup> siècle, du champ de la responsabilité sans faute : l'activité industrielle dans son ensemble est considérée comme « responsable » des accidents du travail<sup>21</sup>. En outre, la responsabilité sans faute pourra, à terme, faciliter une socialisation des risques sans système d'indemnisation forfaitaire, solidarité et réparation intégrale du préjudice s'avérant ainsi compatibles.

## B – L'évolution du champ d'application de la responsabilité

Le risque, « *danger éventuel, plus ou moins prévisible, inhérent à une situation ou à une activité* »<sup>22</sup> est indissociable de l'activité humaine. Mais le risque lui-même évolue, sa perception se modifie et la demande d'extension de sa couverture se fait plus forte. Par voie de conséquence, le champ d'application de la responsabilité s'élargit.

### 1. L'évolution des risques

**Les risques les plus fréquents sont en réalité des risques classiques mais perçus différemment et plus difficilement acceptés que dans le passé. On assiste en outre à un changement d'échelle.**

L'urbanisation massive, les effets d'encombrement et de réseau dont elle s'accompagne et une mobilité accrue entraînent un manque de connaissance

---

21. Même au sein de la future branche accidents du travail-maladies professionnelles, les « patrons » resteraient les seuls cotisants.

22. *Trésor de la langue française*, CNRS.



des phénomènes naturels dans le temps, conséquence de la perte de la mémoire collective et de la perte de crédibilité de la sagesse des anciens.

Une certaine prise de conscience se manifeste : ainsi, la loi impose désormais aux communes de conserver les repères de crues<sup>23</sup>. Mais l'illusion de la maîtrise des phénomènes naturels reste forte. Des études effectuées en 1996<sup>24</sup> indiquaient que 15 000 communes françaises étaient en zones à risques, parmi lesquelles 9 400 étaient menacées par les inondations, 5 500 par des risques sismiques, 4 500 par des glissements de terrain et quelque 600 par des avalanches. Pour certains risques, la probabilité de les voir se réaliser diminue, mais leurs effets sont amplifiés par le progrès technique lorsqu'ils se produisent : « *C'est toute la différence qu'il y a entre des accidents de carrosse fréquents mais aux dégâts limités et des accidents d'avion beaucoup plus rares mais beaucoup plus dommageables* »<sup>25</sup>.

En 1756, Voltaire exprime dans un poème sa révolte face au sort des victimes innocentes du tremblement de terre à Lisbonne. Rousseau réagit à ce texte<sup>26</sup>. Il défend la Providence et renvoie l'homme à sa propre responsabilité. Il se forme des tremblements de terre aussi dans les déserts. « *Mais nous n'en parlons point, parce qu'ils ne font aucun mal aux Messieurs des villes, les seuls hommes dont nous tenons compte. Ils en font peu même aux animaux, et sauvages qui habitent, épars, ces lieux retirés, et qui ne craignent ni la chute des toits, ni l'embrasement des maisons* ». C'est la concentration urbaine qui a transformé l'événement naturel en hécatombe : « [...] *convenez, par exemple, que la nature n'avait point rassemblé là vingt mille maisons de six à sept étages, et que si les habitants de cette grande ville eussent été dispersés plus également et plus légèrement logés, le dégât eût été beaucoup moindre, et peut-être nul. Tout eût suivi au premier ébranlement, et on les eût vus le lendemain à vingt lieues de là tout aussi gais que s'il n'était rien arrivé* ». C'est l'organisation même de la vie sociale qui rend possible l'apparition de certains risques ou qui conduit à en multiplier les effets dommageables. Elle accroît les risques de situations potentiellement génératrices de dommages collectifs. La catastrophe de l'usine AZF Grande Paroisse à Toulouse en septembre 2001 a entraîné trente décès et deux mille cinq cents blessés. Vingt-sept mille logements ont été touchés, soixante-dix mille déclarations de sinistres déposées<sup>27, 28</sup>. Le très grand nombre de victimes et l'ampleur des dégâts matériels causés par le récent raz-de-marée qui a touché les zones côtières d'Asie en est un autre exemple.

---

23. Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

24. *Assurer, lettre de la fédération française des sociétés d'assurance*, n° 30, mai 1996, cité par Christophe Guettier, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et indemnisation du risque », *RJDA*, 1997, n° 3.

25. Exemple cité par Orio Giarimi, alors secrétaire général de l'Association internationale pour l'étude de l'économie de l'assurance et repris par Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993, p. 20.

26. « Lettre sur la Providence », in *Lettres philosophiques*, coll. classiques, Hachette.

27. *FFSA Infos*, n° 6, septembre-octobre 2002.

28. En 1919, l'explosion du fort de la Double-Couronne, au nord de Saint-Denis, qui a donné lieu à la jurisprudence *Regnault-Desrozières* sur la responsabilité pour risque (CE, 28 mars 1919, rec. p. 329) avait tué trente-trois personnes et fait quatre-vingt-un blessés et ravagé de nombreux immeubles (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14<sup>e</sup> édition, 2003, n° 36, pp. 217 et suivantes).



**Le progrès technique est facteur de risques** : l'utilisation de nouveaux procédés, de nouveaux matériaux par l'industrie, de nouvelles molécules dans le domaine pharmaceutique par exemple, peut être source, à terme, de dommages non décelables *a priori*. L'amiante, dans un premier temps, est apparu comme un matériau d'isolation innovant, avant que ne soient découverts les ravages qu'il pouvait causer. L'importance d'études et tests préalables à une mise sur le marché est très variable selon les produits et les matériaux.

L'intervention croissante des pouvoirs publics peut être elle-même un facteur d'augmentation des dommages : ceci peut se produire, notamment, dans le secteur des travaux publics ou dans le domaine des expérimentations biomédicales<sup>29</sup>.

**Le caractère purement naturel des risques en vient donc à s'estomper.** Ainsi en va-t-il pour les changements climatiques avec une dimension d'irréversibilité. Le risque naturel n'exclut donc pas la recherche de responsabilités. Un tremblement de terre suscitera des questions sur la construction d'habitations qui n'ont pas résisté à des risques sismiques connus, des inondations conduiront à la recherche de responsabilités dans la délivrance de permis de construire en zone inondable. De façon générale, le respect des grands équilibres naturels devient une préoccupation grandissante, la frontière entre le risque naturel et le risque technologique s'atténue.

**Le changement d'échelle** se traduit également par la manifestation plus évidente de **risques sériels ou de masse** pour lesquels la réassurance est particulièrement difficile. S'agissant des risques de masse, l'exemple le plus symbolique est celui du World Trade Center : « *C'est 50 milliards de dollars<sup>30</sup>, soit deux fois et demie plus que le sinistre historiquement le plus conséquent, le cyclone cap floridien Andrew, d'un coût d'environ 20 milliards de dollars en 1992. Aucun scénario ne pouvait inclure un tel événement. Le coût des inondations allemandes en 2002 s'inscrit également parmi ces cas hors normes* »<sup>31</sup>. On a pu dire que depuis le 11 septembre 2001, l'assurance est entrée dans l'ère des risques extrêmes<sup>32</sup>.

Les inondations qui ont frappé l'Europe centrale et orientale en août 2002, et qui ont par endroits dépassé des niveaux constatés depuis cent cinquante ans, ont relancé le débat sur les risques de recrudescence des catastrophes naturelles. Les réassureurs font valoir que les coûts des dommages assurés causés par des catastrophes naturelles ont sensiblement augmenté, progression qui s'expliquerait par une augmentation du nombre de catastrophes liées probablement au réchauffement de la couche inférieure de l'atmosphère terrestre au cours des cent dernières années, elle-même due en grande partie, vraisemblablement, à l'activité humaine<sup>33</sup>, mais aussi par une densité démographique

---

29. Cf. « Le dommage et le préjudice », J.-M. Pontier, *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003, p. 117.

30. Selon les dernières estimations, les sinistres assurés résultant de l'attentat atteindraient 32,5 milliards de dollars.

31. « L'assurance sortie de crise », Henri de Castris, *Risques*, n° 57, janvier-mars 2004.

32. Hélène Intrator, « Analyse des lois Kouchner et About », *Risques*, n° 57, janvier-mars 2004.

33. Cf. sur ces points : *Catastrophes naturelles et réassurance*, Swiss Re, avril 2003.



croissante, l'utilisation de matériaux et technologies modernes présentant des faiblesses et une plus grande tendance à l'assurance dans les zones à risques.

La mondialisation des phénomènes, la **vitesse de diffusion** (Syndrome respiratoire aigu sévère) et les effets sur le fonctionnement de la société participent au changement d'échelle. Les attentats du 11 septembre, au-delà des dommages humains et matériels directement causés, ont entraîné des effets en chaîne sur le trafic aérien, paralysé, et sur le fonctionnement des structures étatiques. La production de masse et la consommation de masse qui l'accompagne accentuent l'impact des risques émergents. Les secteurs de l'industrie pharmaceutique et chimique, l'industrie agroalimentaire, mais aussi le secteur médical et l'industrie électronique<sup>34</sup> sont particulièrement exposés.

Des **risques qu'on peut décrire comme nouveaux** apparaissent, également en relation avec les franchissements de seuils eux-mêmes conséquences du développement des sciences et des techniques : ainsi des OGM, qui brisent la barrière de l'intangibilité du code génétique et qui, en raison des interactions écologiques, peuvent être porteurs de risques nouveaux. Avec les progrès de la médecine et les techniques d'investigation de plus en plus sophistiquées, les chances de guérison augmentent. Mais, paradoxalement, ces progrès sont générateurs de risques d'accidents thérapeutiques et d'erreurs de diagnostic. L'allongement de la durée de la vie accentue les risques de mise en cause de la responsabilité médicale. Si les actes médicaux sont aujourd'hui plus sûrs, l'accident, lorsqu'il se produit, peut être source de préjudices plus graves qu'auparavant.

**Les risques sont sensiblement plus diffus**, dans leurs causes comme dans leurs effets. Le responsable du dommage est parfois de plus en plus difficile à individualiser en raison de la multiplicité des chaînes de production comme de décision. Nous sommes confrontés à des risques qui résultent d'enchaînements complexes de facteurs dont les causes peuvent difficilement être identifiées. Dans le domaine médical, il existe une très grande marge d'incertitude sur les préjudices susceptibles d'être subis et sur les conditions qui entourent les faits générateurs de dommages.

**Certains risques ne peuvent être appréhendés par les outils statistiques classiques de l'assurance.** Ainsi du risque terroriste, pour lequel, en particulier, il n'est pas possible de se fonder sur l'étude des séries historiques, comme cela se fait pour d'autres catastrophes. D'une part, parce que ces séries sont trop récentes pour être exploitées. D'autre part, à supposer même que les assureurs disposent de séries historiques, rien n'indique que le niveau de risque à venir présente la même périodicité ou le même niveau que ce qui a pu être observé sur les périodes antérieures. Ainsi, l'occurrence du risque terroriste ne peut être analysée au moyen des outils actuariels traditionnels, ce qui constitue une caractéristique majeure de ce risque.

**Aux risques avérés s'ajoutent les risques virtuels.** C'est en particulier le cas du « *risque-développement* ». Ce n'est parfois que grâce à des connaissances scientifiques acquises *a posteriori* qu'apparaissent les dommages causés, d'où

---

34. Voir sur ce point : *Les risques émergents*, Swiss Re, 2003.



un éventuel effet « à retardement » en termes de responsabilité. Qu'il s'agisse des risques dans le domaine médical, des atteintes à l'environnement et plus largement des risques technologiques, de tels effets à retardement sont redoutés. Les risques que présenteraient pour l'homme les champs électromagnétiques (câbles, téléphones portables,...) font l'objet de débat.

**La difficulté de l'assurance contre certains risques s'accroît** alors même que l'on souhaiterait être assuré contre tous les aléas. Les assureurs sélectionnent les risques qu'ils prennent en charge et jouent sur les lois de la statistique. Les catastrophes naturelles, les risques sériels et de masse, le décalage dans le temps des effets nocifs de certaines activités ou de produits ou matériaux rendent plus difficiles leurs engagements.

## 2. L'évolution de la perception des risques

Si le risque est inhérent à l'activité humaine et si le traitement juridique du risque n'est pas nouveau ainsi qu'en témoigne par exemple l'ancienneté de la législation sur les installations dangereuses, la notion de risque acceptable a changé alors même que dans la vie quotidienne la sécurité est souvent plus grande qu'auparavant. Le sentiment selon lequel tout dommage peut et doit être imputé à une personne, privée ou publique, et doit ouvrir droit à une indemnisation se généralise. Les associations de victimes, qui regroupent celles-ci, les conseillent et leur facilitent l'action contentieuse, jouent un rôle important dans cette évolution.

**L'indemnisation est recherchée, de plus en plus, dans des hypothèses dans lesquelles aucune responsabilité ne peut être retenue**, ni à la charge des particuliers, ni à celle de la puissance publique.

On a pu voir, du côté du législateur, « *la volonté manifeste de se rallier de plus en plus à la formule du "risque social", exclusive du sacrifice trop lourd, imposé à l'individu dans l'intérêt de tous, sans allocation d'un droit compensateur* »<sup>35</sup>. Le législateur cherche à préserver les intérêts des usagers et des consommateurs. Les termes « risque social » apparaissent semble-t-il pour la première fois dans le texte de la loi du 16 avril 1914 sur les dégâts résultant des manifestations de violence commises par les attroupements dans les communes, modifiant l'article 106 de la loi municipale<sup>36</sup>. Pour Rivet, ces mots ne faisaient que rajeunir, en définitive, la vieille formule de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 aux termes duquel « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

« *Plutôt que de se résigner ou d'implorer les dieux, les hommes, dans un pays tel que le nôtre, préfèrent s'adresser aux autorités* »<sup>37</sup>. L'opinion publique fait preuve d'une forte sensibilité à l'égard des risques auparavant dissimulés, pour lesquels on se tourne vers l'État en lui reprochant de ne pas avoir su les

35. Rivet, conclusions sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, RDP 1924, p. 75, note Jéze.

36. *Idem*.

37. « Le dommage et le préjudice », J.-M. Pontier, *op. cit.*



détecter, telle l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB). Cette sensibilité est moindre à l'égard des risques connus, comme le tabac, mieux assumés alors même que le nombre de victimes peut être sans commune mesure avec celui de risques moins familiers. Le risque est en outre perçu comme plus acceptable lorsqu'il est délibérément encouru, ainsi du tabac pour le fumeur. Il l'est beaucoup moins lorsqu'il est subi, ainsi du tabagisme passif.

La perception du risque est accentuée par la **médiatisation** des grandes catastrophes (Seveso, Tchernobyl, AZF...) et par la crainte, face à l'accélération du progrès scientifique et technique, des menaces pour la santé et l'environnement, en particulier, qu'engendre l'activité humaine. Les catastrophes naturelles et les agents infectieux ont causé et continuent de causer infiniment plus de victimes et de dommages que l'ensemble des catastrophes technologiques. Le nombre de victimes des récents séismes en Asie du Sud et du Sud-Est en témoigne. Il reste que la crainte des risques technologiques est particulièrement forte aujourd'hui<sup>38</sup>.

La perception du risque est liée à l'information disponible. Elle peut augmenter avec l'accès à l'information. L'impact des cas d'ESB ou de SRAS, fortement médiatisés, en est un exemple. L'absence de compréhension et de maîtrise des sources du risque est de nature à susciter des peurs démesurées par rapport à la réalité du risque. Inversement, une telle ignorance et des informations contradictoires peuvent entraîner une attitude d'indifférence, elle-même dangereuse ; il en va ainsi des dommages causés à la couche d'ozone<sup>39</sup>. De même, un défaut d'information incite à minimiser les risques (cas des zones inondables).

La crainte face aux risques se manifeste également dans les observations très nombreuses qui figurent dans les registres des enquêtes publiques de toute nature. Les occasions dans lesquelles les risques sont évoqués, examinés, et dénoncés, se sont multipliées avec les textes créant des instances d'expertise ou prescrivant des consultations ou concertations. Le développement des procédures d'information et de recueil des avis et les conséquences de leur non respect ou de leur irrégularité contribuent à caractériser des risques, à en formaliser les seuils, voire à déplacer les frontières de la responsabilité.

### 3. L'évolution de la notion de préjudice

**L'idée de secours a évolué, dans le temps, vers celle d'indemnisation.** Bien plus, les victimes recherchent aujourd'hui, au-delà de l'indemnisation, **une réparation**. On assiste à une plus grande prise en compte de la personne dans le contentieux de la responsabilité, que ce soit en matière de réparation des préjudices corporels ou de trouble dans les conditions d'existence. L'évolution va dans le sens d'une acception de plus en plus large des préjudices indemnifiables, préjudice matériel, corporel, esthétique, douleur physique et morale,

---

38. Cf., rapport au Premier ministre, *Le principe de précaution*, P. Kourilsky, G. Viney, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, janvier 2000.

39. J.-M. Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, n° 33, 6 octobre 2003, p. 1752.



jusqu'à la perte de chance. Ainsi, la faute commise par les praticiens d'un hôpital qui omettent d'informer le patient des risques de décès ou d'invalidité encourus à raison d'un acte médical entraîne pour le patient la perte de chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé. La réparation du dommage résultant de cette perte doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice qui tient compte du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'acte médical et, d'autre part, les risques encourus en cas de renonciation à cet acte <sup>40</sup>.

Le Code de la santé publique débute par l'affirmation du droit fondamental à la protection de la santé qui doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de la personne <sup>41</sup>. **Dans le domaine médical, l'aléa est de fait de plus en plus mal supporté.** Le sentiment d'un quasi-droit à la guérison, nourri par les progrès de la médecine, prévaut alors même que le risque d'accidents thérapeutiques peut être accru par ces mêmes progrès <sup>42</sup> : d'où la naissance d'un « *mouvement de victimisation* » relevé dans le rapport du Conseil d'État de 1998, qui conduirait à ce que l'on a appelé « *une société de réparation généralisée* ». Devrait être réparé tout dommage perçu comme inacceptable.

**Les catégories de personnes pouvant prétendre à indemnisation ou réparation s'élargissent : ainsi en est-il pour les préjudices subis par les proches** <sup>43</sup>. La jurisprudence traditionnelle de la juridiction administrative, selon laquelle le fondement du droit à indemnité était l'obligation alimentaire incombant à la victime, a évolué au profit de la notion de troubles dans les conditions d'existence que la disparition de la victime entraîne pour le demandeur si la situation à laquelle il a été porté atteinte était juridiquement protégée <sup>44</sup>. Les collatéraux peuvent désormais se prévaloir d'un préjudice, le plus souvent moral <sup>45</sup>.

Autre évolution, les préjudices causés par des personnes publiques à d'autres personnes publiques peuvent donner lieu à indemnisation (*cf. infra*).

---

40. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T.*, rec. p. 5 ; CE, Ass., 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France et Caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne c/ M. Truskowski*.

41. Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

42. Dominique Philipp, « De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques », *RDP*, n° 2, 1999.

43. Voir, sur ces questions, J.-M. Pontier, « Le dommage et le préjudice », *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003, p. 117.

44. *Cf.* Odent, *Contentieux administratif*, p. 1534 ; CE, Ass., 28 juillet 1951, *Berenger*, rec. p. 473, concl. Agid.

45. CE, 27 octobre 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, rec. p. 478.



## C – L'évolution générale des régimes de responsabilité

### 1. Une place croissante pour la responsabilité sans faute

Dès lors **qu'est avant tout recherchée l'indemnisation de la victime**, préalablement à la mise en cause du responsable, le droit « *tend à faire l'économie de la faute et de la cause pour rendre possible une indemnisation fondée sur le seul préjudice* »<sup>46</sup>. Des trois conditions classiquement exigées pour qu'il y ait engagement de la responsabilité, dommage, faute, lien de causalité entre les deux, les deux dernières passent à l'arrière-plan. C'est ainsi que l'on a pu voir dans la loi de 1898 le « *passage d'une gestion individuelle de la faute à une gestion socialisée du risque* »<sup>47</sup>. L'indemnisation des dommages devient, tant pour la responsabilité civile que pour la responsabilité publique, l'objectif principal.

On assiste à une **convergence dans ce sens de l'évolution des systèmes de responsabilité publique et privée**, qu'il s'agisse de l'interprétation donnée aux dispositions des articles 1384 et suivants du Code civil, de l'évolution jurisprudentielle du régime de la responsabilité de la puissance publique ou des régimes législatifs de plein droit.

Tout en rappelant que la philosophie de la responsabilité sans faute des personnes publiques, qui ressort de la jurisprudence à partir de 1919, repose sur un fondement différent de celui de la responsabilité des personnes privées, on relève que la notion de responsabilité sans faute « *n'est pas spécifique au droit public : la jurisprudence bâtie par la Cour de cassation à partir des articles 1384 et suivants du Code civil, en matière de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa "garde" ou des personnes dont on doit "répondre" (enfants, préposés), est fondée sur une présomption de responsabilité du gardien de la chose, du père des enfants ou de l'employeur* »<sup>48</sup>. Ainsi, pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur. Seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité<sup>49</sup>.

---

46. Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993.

47. *Idem*.

48. Leçon 17, « La responsabilité sans faute », *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989.

49. Cf. par exemple Cass., Ass. plén., 13 décembre 2002, sur la responsabilité de plein droit des père et mère à raison de leur enfant mineur, *Dalloz*, 2003, n° 4, p. 231, note P. Jourdain.



## 2. Le phénomène de socialisation des risques

Le phénomène de socialisation du risque s'explique notamment par le **développement législatif de la notion de solidarité nationale** dans le droit public de la responsabilité. Ce développement a conduit à imputer à l'État la réparation de dommages qu'aucune personne publique n'a causés mais qui se rattachent à l'exercice d'une compétence publique. L'exigence de solidarité nationale s'est manifestée en particulier avec l'émergence d'un principe de réparation par l'État des dommages causés à l'occasion d'émeutes<sup>50</sup> ou la réparation des dommages causés à l'occasion de guerres ou de conflits coloniaux<sup>51</sup>.

La **consécration constitutionnelle de cette solidarité** est venue en 1946, avec le douzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette proclamation vient s'ajouter aux dispositions du dixième alinéa qui prévoit que la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement, et à celles du douzième selon laquelle elle garantit à tous la protection de la santé, de la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.

La solidarité a pris dans les premiers temps la forme d'aides ponctuelles et exceptionnelles répondant à la forte émotion suscitée par une catastrophe, s'apparentant encore à des secours, avec par exemple la loi d'aide aux sinistrés votée en 1928 à la suite de calamités atmosphériques, ou l'aide aux sinistrés de la catastrophe de Malpasset en 1959. Les aides sont toutefois rapidement apparues comme marquées par un certain caractère aléatoire.

D'où le **développement d'un système mixte de solidarité et d'assurance**. La place du système fondé sur l'assurance, loin de décroître, s'est accrue, sans qu'il soit exclusif d'un certain rôle de la puissance publique, l'exemple type étant la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. La tendance est celle de l'extension de l'assurance, pour les individus comme pour les collectivités privées ou publiques<sup>52</sup>. Une circulaire interministérielle du 26 octobre 1984<sup>53</sup> incite les communes à s'assurer pour les risques liés à l'exercice des compétences qui leur sont transférées<sup>54</sup> par les lois de décentralisation de 1983.

**La notion de faute a par ailleurs évolué** : avec la présomption de faute, qui entraîne le renversement de la charge de la preuve ; avec une acception parfois très large de la faute ; avec la prise en compte, au-delà de la causalité, de la notion d'implication, comme le fait la loi du 5 juillet 1985 pour les accidents

---

50. Cf. *infra*.

51. Lois du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre et des 31 mars 1919 et 24 juin 1919 sur les pensions militaires et civiles.

52. J.-M. Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », *RFDA*, 2 (1) janvier-février 1986.

53. Circulaire n° 84-877 du 26 octobre 1984 du ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation, du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget et du ministère de l'Urbanisme, du Logement et des Transports.

54. Lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 et n° 83-663 du 22 juillet 1983 relatives à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.



de la route <sup>55</sup> ; avec, enfin, les cas de présomption irréfragable de responsabilité, dans lesquels l'exigence de faute disparaît.

À ces différents éléments s'ajoutent **l'affirmation du principe de précaution** et ses conséquences éventuelles sur la responsabilité de la puissance publique, qu'il s'agisse de la responsabilité pour risque ou de la responsabilité pour faute <sup>56</sup>.

### 3. Le maintien de la responsabilité pour faute

La socialisation des risques, et notamment l'extension de la responsabilité sans faute, ne fera pas disparaître la responsabilité pour faute. Certes, on peut, dans une analyse maximaliste, considérer que le maintien de la notion de responsabilité qui suppose un auteur, une victime et un dommage mesurable pendant une période limitée devient problématique quand les dommages sont multiples, les acteurs nombreux, et que le risque de masse se développe. Mais la propension à demander réparation s'accompagne du **besoin de trouver un responsable**. On assiste même à une recrudescence de la recherche de la responsabilité pénale.

La mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics <sup>57</sup>, phénomène dont il est difficile de cerner l'ampleur, reste certes marginale par rapport au nombre d'agents publics. Mais la multiplication des incriminations par la loi, la mise en cause de plus en plus fréquente de comportements qui seraient liés à la violation d'une obligation de sécurité ou de prudence, le retentissement médiatique de certaines affaires, se conjuguent avec la volonté des victimes, au-delà de la réparation financière du handicap, d'obtenir l'identification des responsables et leur condamnation. L'inquiétude des élus s'est manifestée : « *L'extension sans limite de la responsabilité des décideurs publics et du champ des délits non intentionnels, bien que liée, pour partie, au renforcement de l'État de droit dans notre pays, est désormais excessive : il n'est pas normal que dès qu'une tribune s'effondre, qu'une rivière déborde, qu'un panneau de basket tombe, que l'ornement d'un monument aux morts se descelle, qu'une falaise s'avère dangereuse ou qu'un lampadaire devient défectueux, le maire, le préfet, le proviseur, l'instituteur ou le fonctionnaire territorial soient poursuivis devant les tribunaux répressifs comme des criminels et, parfois, condamnés, pour homicide ou blessures involontaires* » <sup>58</sup>. Ces inquiétudes et la préoccupation des pouvoirs publics ont incité à un encadrement législatif plus strict de l'obligation de prudence ou de sécurité prévue par les textes <sup>59</sup>.

---

55. Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ; article 7 : « (...) *dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques ou semi-remorques, sont impliqués* ».

56. Cf. *infra*.

57. Cf. sur ces points : *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1996 ; Rapport au garde des Sceaux du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics, 16 décembre 1999.

58. Rapport de René Dosière, député, Assemblée nationale, 29 juin 2000.

59. Article 121-3 du Code pénal, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.



Plus généralement, **la faute, droit commun de la responsabilité, n'est pas en voie de disparition**, et cette tendance, comme on le verra, n'est pas propre à la France, loin de là. Une jurisprudence récente du Conseil d'État a retenu la responsabilité pour faute de l'État pour carence dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante<sup>60</sup> (*cf. infra*). La Cour de cassation a pour sa part considéré qu'un accident du travail dû à une faute inexcusable de l'employeur, tenu à « *une obligation de sécurité de résultat* »<sup>61</sup>, engageait la responsabilité de celui-ci. Alors que le grand compromis social de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle reposait sur l'évacuation de la notion de faute, cette dernière, avec ses potentialités de réparation majorée, voire intégrale, est de plus en plus invoquée et admise.

Que l'on soit en présence d'une responsabilité contractuelle, dans le cas des produits défectueux par exemple, ou délictuelle (pollution, risque technologique,...), la demande croissante de réparation des dommages individuels risque donc de remettre en cause l'essor de la responsabilité sans faute. Dans le secteur public, c'est le **recul de l'exigence de la faute lourde** pour que soit engagée la responsabilité de l'administration qui aboutit à « *une certaine banalisation de la faute du service public* »<sup>62</sup>.

Quoi qu'il en soit, lorsque des systèmes d'indemnisation permettent l'indemnisation de la victime avant même que le responsable du dommage soit identifié, le principe prévaut la plupart du temps que des **actions récursoires** sont ensuite possibles sur le fondement de la responsabilité pour faute.

#### 4. Législateur et juge : concurrence et complémentarité

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, les **régimes législatifs spéciaux d'indemnisation** se multiplient, afin de répondre aux impératifs de rapidité des indemnisations ou d'aménager la réparation, ou faute de pouvoir attribuer certains risques à une cause ou à une personne déterminée, ou encore parce que la responsabilité de l'État est engagée.

La loi du 16 avril 1914, pour la réparation des dommages causés par des émeutes, consacre la responsabilité de l'État aux côtés de celle de la commune. Des lois ont porté sur la réparation des dommages de guerre et des conflits coloniaux. Dans le domaine des catastrophes naturelles, outre les garanties contractuelles pour les dommages considérés comme assurables (tempête, grêle, gel...) plusieurs régimes, de façon complémentaire, permettent l'indemnisation des dommages : fonds national de garantie des calamités naturelles<sup>63</sup> ; loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles<sup>64</sup>. Autre exemple, aux termes de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1964 sur les dommages résultant des vaccinations obligatoires, la réparation

---

60. CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*, concl. E. Prada Bordenave, RFDA, mai-juin 2004, p. 612.

61. Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18359, Bull 2002 V n° 336, p. 324.

62. « Existe-t-il une responsabilité de droit commun ? » M. Paillet, *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003.

63. Loi n° 64-706 du 10 juillet 1964 organisant un régime de garantie contre les calamités agricoles.

64. Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.



d'un dommage imputable directement à une vaccination obligatoire est supportée par l'État. De même, l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme est prévue par la loi <sup>65</sup>.

Des lois récentes sont intervenues dans le domaine de la responsabilité médicale <sup>66</sup>.

**La jurisprudence** a elle aussi joué un grand rôle dans la consécration de droits à réparation. L'indemnisation par l'administration des accidents de service subis par les agents publics en est un exemple, par l'interprétation de la loi et l'évolution jurisprudentielle auxquelles elle a donné lieu. C'est la jurisprudence qui, en 1905, a posé la règle du forfait de pension : par un avis du 1<sup>er</sup> juillet 1905, le Conseil d'État a estimé que les dispositions législatives qui prévoient l'attribution de pensions d'invalidité à des agents publics devaient être interprétées comme conférant à cette pension un caractère forfaitaire, solution confirmée au contentieux peu de temps après. Récemment, le juge administratif a fait évoluer ce régime en admettant une indemnisation qui va au-delà du strict forfait <sup>67</sup>, <sup>68</sup>.

Le principe de réparation consacré par la jurisprudence **précède parfois l'action législative**, qui en reprend ou en freine les évolutions : l'arrêt *Cames* et l'arrêt *Teffaine* ont été précurseurs de la loi de 1898 sur les accidents du travail ; la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et celle du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale doivent beaucoup à l'évolution jurisprudentielle qui les a précédées.

Mais **l'action jurisprudentielle connaît des limites** : en l'absence d'intervention du législateur, on ne saurait fonder sur le principe de solidarité nationale l'indemnisation des victimes. Aux termes d'une jurisprudence constante du Conseil d'État <sup>69</sup>, « le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité ». Il appartient donc au législateur d'intervenir pour préciser les cas dans lesquels cette solidarité est appelée à jouer. C'est ce qu'il a fait, comme on l'a vu, à diverses reprises.

Il reste que la frontière entre ce qui peut relever du juge (rupture de l'égalité entre les charges publiques) et ce qui doit relever du législateur (solidarité nationale) n'est pas toujours aisée à déterminer. S'agit-il d'une différence de degré ou d'une différence de nature ?

---

65. Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État et loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infractions.

66. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002 ; loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale, *JORF* du 31 décembre 2002 ; loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

67. CE, Sect., 15 décembre 2000, *M<sup>me</sup> B.*, rec. p. 628 ; Ass., 4 janvier 2003, *M<sup>me</sup> M.-C.*, rec. p. 323.

68. *Cf. infra.*

69. CE, 10 décembre 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, rec. p. 676 ; 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, rec. p. 607.



Ainsi, lorsque le juge décide de l'indemnisation, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques et sous réserve que le dommage subi revête un caractère anormal et spécial, du préjudice subi par un pharmacien et résultant de la cessation de son activité à la suite de la décision par un office public d'HLM de la fermeture de dix tours d'habitation situées à proximité (CE, Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*), il va jusqu'où il peut aller. Il condamne l'auteur du dommage, alors que l'on sent bien qu'en réalité un tel cas de figure relèverait davantage de la solidarité nationale que d'une charge venant grever le patrimoine d'un établissement.

Le juge administratif a la charge de rétablir un équilibre, l'égalité devant les charges publiques quand elle est rompue, mais seul le législateur peut définir de nouveaux types d'équilibres, sur des risques précis et définis, tout en respectant l'égalité devant les charges publiques. Le juge ne peut se substituer à l'action du législateur. Dans le cadre des affaires contentieuses sur l'aléa thérapeutique, il est allé là encore aussi loin que possible, à la limite de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, avec l'admission de la réparation de l'aléa médical dans des cas exceptionnels, et de la solidarité nationale, en faveur du patient usager. Mais c'est au législateur qu'il revient d'imposer une orientation générale et de définir le cadre et les objectifs de la solidarité, ce qu'il a fait par la loi du 4 mars 2002.

#### **Législateur et juge interviennent aussi pour exclure l'indemnisation ou la réparation de certains préjudices.**

Il existe des refus d'indemnisation explicitement prévus par la loi : l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme exclut l'indemnisation des servitudes légales d'urbanisme, sauf exceptions très circonscrites, mais dont le Conseil d'État a fait une interprétation constructive en vue d'en assurer la compatibilité avec l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales <sup>70</sup>.

L'indemnisation est toutefois le plus fréquemment écartée de manière implicite et résulte d'une interprétation jurisprudentielle des textes. Le juge considère par exemple que le refus d'inscrire un adulte dans une école de musique, simple faculté laissée au directeur de l'école, ne peut ouvrir droit à une indemnité <sup>71</sup>. Des mesures relatives à la circulation générale ne donnent pas non plus lieu à réparation, ainsi des conséquences subies dans l'exploitation d'un fonds de commerce du fait d'une déviation provisoire de la circulation <sup>72</sup>. De même, la diminution de l'activité de la société des bateaux de la Côte d'Émeraude qui avait perdu 80 % de son chiffre d'affaires à la suite de l'ouverture de la route nationale qui relie Dinard à Saint-Malo en utilisant le barrage construit sur la Rance n'a pas donné lieu à indemnisation <sup>73</sup>. L'ouverture de la route a été

---

70. CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, rec. p. 28 ; voir également, sur l'indemnisation des servitudes instituées par un plan de prévention des risques : CE, Sect., 24 décembre 2004, *Sté d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*.

71. CE, 27 mars 1987, *Ville de Tarbes c/ Mme di Costanzo*, rec. p. 111.

72. CE, Sect., 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ Époux Tebaldini*, rec. p. 304.

73. CE, Sect., 2 juin 1972, *Société des Bateaux de la Côte d'Émeraude*, dite « *Les vedettes blanches* », rec. p. 414, concl. Rougevin-Baville.



considérée comme un aléa normal. Le commissaire du gouvernement indiquait : « *Nous n'apercevons pas dans cette affaire de rupture d'égalité devant les charges publiques à la suite d'un acte de puissance publique, mais tout simplement une conséquence économique de la modernisation de l'équipement du pays* »<sup>74</sup>.

---

74. En revanche, a droit à indemnisation un restaurant de routiers qui perd la plupart de sa clientèle en raison de la construction d'une déviation et de l'interdiction faite aux poids lourds d'emprunter la route normale (CE, 13 mai 1987, *Aldebert*, rec. tab. p. 623) et la solution aurait été la même si un ouvrage public avait interdit ou gêné matériellement l'accès au restaurant. Voir, sur ces points, leçons 17 et 18, « La responsabilité sans faute », précité.





---

## Deuxième partie

# Voies et moyens de la socialisation du risque

Dans l'évolution ainsi constatée vers une socialisation accrue du risque, la puissance publique a souvent un rôle moteur. Encore convient-il de distinguer selon qu'elle est acteur et donc directement responsable, ou se préoccupe de risques provenant d'activités dans lesquelles elle n'intervient pas mais dont elle ne peut se désintéresser.

### A – Les risques engendrés par l'activité des pouvoirs publics et collectivités publiques

La notion de faute consacrée par le droit civil paraissait peu conciliable avec les actes de la puissance publique, qui pouvait difficilement être assimilée à un simple particulier. Faute d'autre solution, le principe de non-application des règles du droit civil aboutissait à l'irresponsabilité de l'administration<sup>75</sup>.

Mais après avoir longtemps affirmé ce principe d'irresponsabilité de la puissance publique, le juge a admis un droit à réparation. Les principes du Code civil applicables entre particuliers sont écartés au profit d'un **droit propre de la responsabilité administrative**. La jurisprudence a joué un rôle central pour élaborer le droit de la responsabilité publique, qui cohabite avec des régimes législatifs spéciaux et fait une place croissante à la responsabilité sans faute.

L'importance des sources jurisprudentielles du droit de la responsabilité administrative est évidente. C'est l'arrêt du Tribunal des conflits *Blanco* qui consacre l'existence d'un régime de responsabilité administrative autonome. C'est la jurisprudence qui distingue faute personnelle et faute de service non détachable de l'accomplissement de celui-ci<sup>76</sup>. C'est elle qui a permis, de manière prétorienne, le développement de la responsabilité sans faute de la puissance publique, à partir de l'arrêt *Cames*<sup>77</sup>. C'est encore elle qui a consacré la valeur législative des règles qu'elle a elle-même dégagées dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique<sup>78</sup>.

---

75. TC, 8 août 1944, *Dupart*, S. 1845, 2, p. 58. ; CE, 6 décembre 1855, *Rotschild*, rec. p. 705.

76. TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, rec. 1<sup>er</sup> suppl. p. 117, concl. David, D. 1874 III, p. 5.

77. CE, 21 juin 1895, *Cames*, rec. p. 509, concl. Romieu, précité.

78. CE, 27 novembre 1985, *Caisse de coordination aux assurances sociales de la RATP* : « que, selon les principes applicables en la matière, en l'absence de dispositions législatives y dérogeant, la responsabilité de l'État ne peut être engagée à l'occasion d'un accident dont un élève est victime que si une faute peut être imputée à l'État... », rec. tab. p. 647.



## 1. Le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute

Le droit commun reste fondé sur la faute, mais on assiste à un déclin de l'exigence antérieurement fréquente que soit constatée une faute lourde. Le jeu de la gradation des fautes et de la conception plus ou moins large de la notion de faute participe à une prise en charge collective des risques.

Dans ses conclusions sous la décision *Le Berre*, du 29 mai 1903<sup>79</sup>, le commissaire du gouvernement Tessier analysait ainsi la notion de **faute du service public** : « *La tendance primitive de la jurisprudence a été, la chose est incontestable, très nettement orientée dans le sens de l'irresponsabilité absolue de l'administration. C'était la doctrine des juristes de l'ancienne monarchie qui se ramenait, en dernière analyse, à une présomption d'infailibilité de la puissance publique, présomption qui s'accommodait fort bien avec la théorie du droit divin... Dorénavant, s'affirme nettement la notion de responsabilité de l'administration, à raison d'un service mal fait, du service défectueux, sous quelque forme que se soit manifesté l'acte dommageable* ».

**La faute reste au cœur du régime de responsabilité** de la puissance publique à l'égard des administrés, qu'il s'agisse de tirer les conséquences de l'action fautive des pouvoirs publics ou de leur carence fautive. Comme on l'a vu, des exemples récents sont venus le confirmer en particulier à propos des carences de l'État dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante<sup>80</sup>. Cette place de la faute dans le droit de la responsabilité publique n'a rien de surprenant. Elle est justifiée, sauf à laisser à la responsabilité sans faute une place excessive qui pourrait aboutir à une déresponsabilisation préjudiciable à tous.

De même, la responsabilité pour faute d'une personne publique à l'égard d'une autre personne publique peut être mise en cause. En abandonnant le projet de liaison Saône-Rhin, élément du projet Rhin-Rhône, l'État a commis une faute qui engage sa responsabilité à l'égard de la région Alsace<sup>81</sup>. La responsabilité de l'État à l'égard d'une commune a été reconnue à propos de la répartition du droit fixe de patente d'une usine d'EDF entre deux communes<sup>82</sup>.

La place de la faute dans le régime de la responsabilité de la personne publique peut d'autant plus être confortée que la marge d'appréciation laissée au juge dans la gradation de la notion de faute est grande. Selon la formule des arrêts *Rothschild* et *Blanco* la responsabilité de l'administration « *n'est ni générale, ni absolue* ». « *Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de*

---

79. CE, 29 mai 1903, *Le Berre*, rec. p. 415.

80. CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*.

81. CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*, rec. p. 1221.

82. CE, Sect., 7 février 1986, *Ministre du Budget c/ Commune de Tallard*, rec. p. 36.



*supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent, et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet* »<sup>83</sup>.

À cet égard, le **déclin de la faute lourde** donne une moindre prise aux critiques selon lesquelles la responsabilité pour faute des personnes publiques serait trop difficilement reconnue.

Une première phase, après 1918, est marquée par l'extension de la faute lourde, pour les activités dont l'exercice est difficile, telles que les actes médicaux, les opérations de police, les activités des services pénitentiaires, les activités de tutelle et de contrôle... Le juge administratif se montrait plus ou moins ouvert dans la reconnaissance de la responsabilité du service : il retenait une définition stricte de l'acte médical relevant de la faute lourde, mais faisait preuve de sévérité pour admettre une telle responsabilité s'agissant du fonctionnement des services pénitentiaires. Puis succède une phase de recul de la faute lourde dans nombre de secteurs : actes médicaux, responsabilité de l'administration pénitentiaire du fait du suicide d'un détenu, activités des services de lutte contre l'incendie ou de secours en mer, certaines activités de contrôle, s'agissant notamment de la responsabilité de l'État du fait du contrôle sur les centres de transfusion sanguine<sup>84</sup>, du contrôle de l'inspection du travail sur le licenciement des salariés protégés<sup>85</sup>, ou encore du contrôle par l'ordre des architectes du respect par ses membres de l'obligation d'assurance professionnelle<sup>86</sup>... Le passage a pu se faire directement de la faute lourde à la responsabilité sans faute, ainsi pour l'usage des armes à feu ou la responsabilité hospitalière dans certains cas.

L'évolution de la responsabilité découlant d'activités de police est particulièrement nette. Avant 1905, le Conseil d'État estimait que l'État n'était pas, en tant que puissance publique, et notamment pour les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents<sup>87</sup>. Avec l'arrêt *Tomaso Grecco*<sup>88</sup>, le juge n'invoque plus l'irresponsabilité de l'État pour les activités de police, la jurisprudence ultérieure précisant cependant que seule une faute lourde peut en principe engager la responsabilité de la puissance publique pour l'activité des services de police<sup>89</sup>. Puis on a pu voir dans la jurisprudence une distinction entre les opérations matérielles, relevant de la faute lourde<sup>90</sup>, et les mesures juridiques de police, relevant de la faute simple<sup>91</sup>. Mais cette distinction n'est plus aussi nette aujourd'hui et, de façon générale, dans le domaine des activités de police, l'exigence d'une faute lourde pour la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique dépend des circonstances de l'espèce, la responsabilité sans faute pouvant même être reconnue dans certains cas.

---

83. Concl. Romieu (S. 1905 III, p. 113, note Hauriou) dans l'affaire *Tomaso-Grecco* (10 février 1905, rec. p. 139).

84. CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, rec. p. 110.

85. CE, Sect., 9 juin 1955, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Lesprit*, rec. p. 239.

86. CE, Sect., 6 décembre 1995, *Boisson et autres*, rec. p. 430.

87. CE, 13 janvier 1899, *Lepreux*, rec. p. 18.

88. CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, rec. p. 139, concl. Romieu.

89. CE, 13 mars 1925, *Clef*, concl. Rivet.

90. Voir, par exemple, CE, Ass., 12 février 1971, *Rebatel*, rec. p. 123 ; CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener*.

91. CE, Ass., 13 février 1942, *Ville de Dôle*, rec. p. 48.



**Mais si la faute lourde a reculé, elle n'a pas vocation à disparaître.** Elle subsiste en matière fiscale lorsque la tâche du service est difficile. Elle s'applique également à l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités décentralisées, contrôle délicat, et qui donne parfois lieu à des contentieux dans lesquels la victime (la collectivité territoriale) vient reprocher à l'État de ne pas l'avoir empêchée d'agir illégalement. La faute lourde subsiste également pour certaines activités de contrôle : le Conseil d'État a jugé que la responsabilité de l'État à raison des fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance n'est engagée que s'il y a faute lourde de sa part. Le Conseil d'État fait valoir, dans cette dernière affaire, que la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance « *ne se substitue pas à celle de ces établissements vis à vis, notamment, de leurs déposants* ». Le dommage était causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'étant que subsidiaire, et il ne fallait pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre. Si l'on admet trop aisément la responsabilité du contrôleur, le risque existe que singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier soit absorbée par celle de l'État, dont la solvabilité est assurée<sup>92</sup>. Or l'institution d'un tel régime de responsabilité à la charge de la collectivité ne relève sans doute pas du juge. En outre, cette solution, dont on peut penser qu'elle vaudra pour l'ensemble des autorités indépendantes dites de régulation, présente l'avantage de préserver l'autonomie des opérateurs économiques en évitant les risques d'un contrôle excessif.

Plus tardivement que dans d'autres domaines, le juge administratif a abandonné le principe d'irresponsabilité de la puissance publique **du fait de l'activité des juridictions**. La jurisprudence a admis qu'une faute lourde puisse, dans l'exercice de cette activité, engager la responsabilité de la puissance publique (CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, rec. p. 542). Plus récemment, une décision a considéré que le dépassement du délai raisonnable de jugement peut ouvrir droit à réparation sur le terrain de la faute simple (CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera*, rec. p. 248). Mais, comme le relevait le commissaire du gouvernement dans l'affaire *M<sup>me</sup> Popin* (Sect., 27 février 2004), « *le délai raisonnable ne concerne pas le contenu de la décision, mais simplement les conditions dans lesquelles elle vient à être rendue* ». La responsabilité de l'État ne peut en outre être engagée dans l'hypothèse où la faute lourde invoquée résulte du contenu d'une décision juridictionnelle devenue définitive. La question de l'articulation sur ce point de la jurisprudence française et de celle de la CJCE se pose (*cf. supra*). Par ailleurs, tirant les conséquences de ce que la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'État, le Conseil d'État a jugé qu'il n'appartient qu'à l'État de réparer le préjudice né de l'exercice de la fonction juridictionnelle, y compris lorsque la justice a été rendue par une autre personne morale que lui<sup>93</sup>.

---

92. CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Époux Kechichian et autres*, rec. p. 587, Conclusions Seban, Petites Affiches, 7 février 2002, n° 28, p. 7 ; Mattias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, 2002, Chroniques, p. 133. Voir également, s'agissant de la Commission de contrôle des assurances, CE, 18 février 2002, *Groupe Norbert Dentressangle*, rec. tab. p. 626.

93. CE, Sect., 27 février 2004, *M<sup>me</sup> Popin*.



Le juge judiciaire, lié pour sa part par la loi qui met à la charge de l'État la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux de la justice, est lui aussi allé, malgré l'article L. 781 du Code de l'organisation judiciaire qui exige la faute lourde<sup>94</sup>, dans le sens de l'assouplissement en atténuant la différence entre faute lourde et faute simple (Cour de cassation, 23 février 2001, *Bolle-Laroche*) et a utilisé la notion de déni de justice pour sanctionner la longueur des procédures (CA Paris, 10 novembre 1999)<sup>95</sup>.

## 2. L'extension de la responsabilité sans faute

La responsabilité des personnes publiques peut, dans certains cas, être engagée sans qu'il y ait faute ou illégalité. L'extension de la responsabilité sans faute de la puissance publique participe au mouvement de socialisation du risque et à l'évolution générale vers une responsabilité élargie des personnes publiques.

### 2.1. Les fondements et la portée de la responsabilité sans faute

Si la notion de risque a souvent été évoquée comme fondement de la responsabilité sans faute de la puissance publique, elle ne couvre pas toutes les hypothèses : « *Le fondement de la responsabilité en droit public réside [...] dans l'anormalité de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques* »<sup>96</sup>.

**La responsabilité sans faute permet de rétablir l'égalité devant les charges publiques** lorsque celle-ci est anormalement rompue au détriment d'un seul individu ou de quelques-uns : « *Il me semble que le risque est essentiellement une notion civiliste et qu'il est beaucoup plus satisfaisant d'expliquer la responsabilité sans faute par une notion typiquement de droit administratif : la rupture de l'égalité devant les charges publiques* »<sup>97</sup>.

L'origine de la reconnaissance d'une responsabilité sans faute de l'État est jurisprudentielle. Si l'on met à part la jurisprudence sur les dommages de travaux publics, c'est l'arrêt *Cames* qui la consacre. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Romieu indiquait « *Nous estimons, quant à nous, qu'en l'absence d'un texte qui s'y oppose, la justice veut que l'État soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa coopération au service public... En résumé, la solution que nous vous proposons ne se heurte à aucune prohibition de la loi écrite ; elle nous paraît, au contraire, découler des principes généraux de notre droit, en même temps qu'elle se trouve conforme aux règles de l'équité et de l'humanité* ».

Dans la lignée de l'arrêt *Cames* relatif à des dommages subis par les collaborateurs du service public, le Conseil d'État a construit de manière prétorienne, à partir de l'arrêt *Regnault-Desroziers*<sup>98</sup>, une véritable théorie de la responsabilité

---

94. L'article 149 du Code de procédure pénale prévoit en outre une réparation de plein droit en cas de détention provisoire injustifiée (*cf. infra*).

95. Sur ces points, *cf.* Jean Courtial, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne », *AJDA*, 1<sup>er</sup> mars 2004, p. 423.

96. Leçon 17, « La responsabilité sans faute », *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989.

97. Jean Waline, « L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *EDCE*, La Documentation française, 1994.

98. CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, rec. p. 329.



sans faute du fait des choses et activités dangereuses. Les hypothèses de responsabilité sans faute de la puissance publique se sont multipliées : dommages causés par l'usage d'armes à feu<sup>99</sup>, méthodes libérales de traitement ou de rééducation des délinquants<sup>100</sup>, sorties d'essai prévues par les traitements psychiatriques<sup>101</sup>, maladies contractées dans le service...<sup>102</sup>, dommages causés par des mineurs placés au titre de l'assistance éducative<sup>103</sup>.

En outre, si le Conseil d'État reste généralement réticent pour admettre la responsabilité sans faute au profit des usagers d'un service public qui, par les activités qu'il comporte, met cet usager dans des situations dangereuses (dans l'hypothèse, par exemple, du spectateur d'un feu d'artifice ou des participants à une compétition sportive), il l'a déjà admise – mais de façon très marginale – dans le cas de dommages causés à l'usage d'un ouvrage public dangereux et l'admet dans certains cas dans le secteur médical.

Alors que l'usager d'un ouvrage public ne peut être indemnisé s'il n'y a pas défaut d'entretien normal, la jurisprudence a certes admis, à propos de la route du littoral à la Réunion, qu'il pouvait y avoir responsabilité sans faute à l'égard des usagers en cas d'accident, en raison du caractère exceptionnellement dangereux de l'ouvrage<sup>104</sup>. Mais quelques années plus tard, le Conseil d'État a jugé que cette même route, qui avait fait l'objet de travaux de protection, d'une signalisation propre à prévenir les risques et d'une surveillance régulière, n'avait plus le caractère d'un ouvrage public exceptionnellement dangereux<sup>105</sup>. Il n'a pas non plus considéré que la RN 204 dans les gorges de Saorge, sur laquelle le risque de chute de pierres est important, constituait un ouvrage exceptionnellement dangereux. Ces risques n'étaient pas plus élevés que ceux auxquels sont exposés les usagers de nombreuses routes de montagne<sup>106</sup>. Dans le domaine médical, la responsabilité des centres de transfusion sanguine, même en l'absence de faute, a été retenue, justifiant l'indemnisation des conséquences dommageables de l'utilisation de produits sanguins<sup>107</sup>. Des cas de responsabilité sans faute des services publics hospitaliers nettement circonscrits ont été reconnus<sup>108</sup> (*cf. infra*).

---

99. CE, Ass., 24 juin 1949, *Lecomte*, rec. p. 307.

100. CE, Sect., 3 février 1956, *Ministre de la Justice c/ Thouzellier*, rec. p. 49, à propos du dommage causé à un tiers par un mineur qui avait quitté clandestinement le centre de rééducation où il se trouvait.

101. CE, Sect., 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, rec. p. 341.

102. CE, Ass., 6 novembre 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Dame Saulze*, rec. p. 550 : « Dans le cas d'épidémie de rubéole, le fait pour une institutrice en état de grossesse d'être exposée en permanence aux dangers de la contagion, comporte pour l'enfant à naître un risque spécial et anormal, qui, lorsqu'il entraîne des dommages graves pour la victime, est de nature à engager au profit de celle-ci la responsabilité de l'État ».

103. CE, Sect., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, à paraître au recueil.

104. CE, Ass., 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Dalleau*, rec. p. 482.

105. CE, 3 novembre 1982, *Payet*, rec. p. 67 ; 11 juillet 1983, *Ministre des Transports c/ Kichenin*, rec. p. 898.

106. CE, Sect., 5 juin 1992, *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer c/ Époux Cala*, rec. p. 225.

107. CE, Ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, rec. p. 221.

108. CE, Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, rec. p. 127 ; Sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, rec. p. 412.



La responsabilité sans faute du fait de décisions administratives régulières trouve également à s'appliquer : pour le refus de prêter main forte à l'exécution de décisions judiciaires lorsque celles-ci risquent de troubler gravement l'ordre public<sup>109</sup>, pour le refus du concours de la force publique en cas de perturbation de l'ordre public<sup>110</sup> ; pour les refus de saisir l'autorité judiciaire. Ainsi le refus de l'administration, comme elle y est autorisée, de donner une suite judiciaire aux infractions à la législation et à la réglementation du permis de construire peut donner lieu à indemnisation sur le terrain de la responsabilité sans faute<sup>111</sup>. L'abstention de l'administration à faire usage de son pouvoir de réquisition ou de sanction peut engager sa responsabilité. Il en est de même selon une jurisprudence constante, en cas d'abstention des autorités de police pour dégager des barrages de marins pêcheurs ou de grévistes bloquant l'accès à un port ou un aéroport et causant des préjudices aux utilisateurs de l'ouvrage public<sup>112</sup>.

## **2.2. Les dommages subis par les collaborateurs du service public**

La jurisprudence sur l'indemnisation des préjudices subis par les collaborateurs des services publics est **un exemple de socialisation du risque**. Alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'administration, la responsabilité sans faute trouve à s'appliquer : ainsi pour les préjudices subis par deux habitants d'une commune qui avaient accepté, à la demande du maire, de tirer le feu d'artifice pour la fête communale<sup>113</sup>, pour le préjudice subi par une personne se portant au secours d'un baigneur en difficulté<sup>114</sup>, pour l'accident survenu à une accompagnatrice bénévole à l'occasion d'une sortie scolaire<sup>115</sup>, ou pour les blessures d'un sapeur-pompier volontaire qui participait à la préparation d'un feu d'artifice tiré à l'occasion d'une fête locale présentant un caractère traditionnel, ce qui lui donne un caractère d'intérêt général<sup>116</sup>. Cette jurisprudence joue essentiellement pour les bénévoles, mais peut aussi jouer pour d'autres collaborateurs<sup>117</sup>. Les juridictions judiciaires appliquent également un régime de responsabilité pour risque aux collaborateurs occasionnels du service public judiciaire<sup>118</sup>.

---

109. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. p. 789.

110. CE, Sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge*, rec. p. 253.

111. CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Sieur Navarra*, concl. Rougevin-Baville, rec. p. 200.

112. Cf. également CE, 8 novembre 1985, *Ministre d'État, ministre des Transports c/ Compagnie Touraine Air Transport*, rec. p. 312.

113. CE, Ass., 22 novembre 1946, *Commune Saint-Priest-la-Plaine*, rec. p. 179.

114. CE, Sect., 25 septembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et dame veuve Tesson*, rec. p. 540.

115. CE, Sect., 13 janvier 1993, *M<sup>me</sup> Galtié*, rec. p. 11.

116. CE, 30 avril 2004, *Perroud*.

117. CE, Sect. 26 février 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Aragon*, à propos du préjudice subi par un expert dans l'hypothèse où la partie qui succombe est insolvable, rec. p. 172.

118. Cass. civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Giry* ; 3 janvier 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*.



### 2.3. La responsabilité du fait des lois et ses prolongements

Aspect important mais peu fréquent de la responsabilité sans faute de la puissance publique, elle repose sur une **jurisprudence rigoureuse**.

Si le législateur prévoit lui-même une indemnisation, ou l'exclut expressément, ou la limite à certaines hypothèses, la question peut être simple. Dans certains cas, en effet, « *le législateur décide spontanément que le sacrifice imposé doit avoir une contrepartie... il inscrit dans la loi même qui ordonne le sacrifice ou qui l'autorise le principe de l'indemnité dont celui-ci doit être compensé* »<sup>119</sup>. Mais le plus souvent, la loi est muette sur ce point.

En 1838, le Conseil d'État, dans un arrêt de principe, *Duchâtellier*<sup>120</sup>, avait affirmé l'irresponsabilité totale du législateur, dans le silence de la loi, à propos d'une loi du 12 février 1835 interdisant la fabrication de tabac factice dans le but de garantir le monopole fiscal du tabac. Le sieur Duchâtellier était fabricant de tabac factice. Le raisonnement était que l'État ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans l'intérêt général, prohibent l'exercice d'une industrie, à moins que des dispositions spéciales ne soient intervenues dans ce sens.

Dans un premier temps, le droit à indemnisation fut cependant reconnu dans le cas particulier des préjudices subis par des sociétés minières concessionnaires de l'État en raison des dispositions de la loi du 27 juin 1880 qui donnaient aux préfets le pouvoir d'interdire les travaux souterrains près d'une ligne de chemin de fer<sup>121</sup>. Furent en revanche déboutés les fabricants d'absinthe qui demandaient réparation de préjudice subi du fait de la loi du 16 mars 1915 interdisant la fabrication de cet alcool<sup>122</sup> ainsi que les commerçants invoquant le préjudice que leur causait la loi du 16 octobre 1919 frappant de peines, afin de mettre fin aux abus constatés, ceux qui avaient acheté ou vendu habituellement des récépissés de nantissements des Monts-de-Piété ou des caisses de crédit municipal<sup>123</sup>.

Avec l'arrêt *La Fleurette* du 14 janvier 1938<sup>124</sup>, le Conseil d'État admet clairement la responsabilité du fait des lois sous certaines conditions. La loi du 9 juin 1934 relative à la production des produits laitiers a interdit la fabrication et le commerce sous la dénomination « crème » des produits du lait, ce qui contraignait la société La Fleurette à cesser la production d'un produit qui ne répond pas à ces conditions. Recherchant la volonté du législateur, le Conseil d'État fait valoir « *que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un*

---

119. Conclusions Rivet sous CE 30 novembre 1923, *Couitéas* précitées.

120. CE, 11 janvier 1838, *Duchâtellier*, rec. p. 6.

121. CE, 27 juillet 1906, *Compagnie PLM*, rec. p. 710, concl. Tessier, rec. p. 702 ; CE, 2 mars 1932, *Sté Mines de Joudreville*, rec. p. 246.

122. CE, 29 avril 1921, *Sté Premier et Henry*, rec. p. 424.

123. CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété*, rec. p. 726.

124. CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, rec. p. 25.



*intérêt général, doit être supportée par la collectivité* ». Le Conseil d'État en déduit que la société La Fleurette est fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice qu'elle a subi.

Si nombre de requérants ont cherché à mettre en jeu la responsabilité de l'État du fait des lois, celle-ci est rarement admise par **le juge, qui se montre strict, en particulier, sur la condition de spécialité du dommage**. Comme l'indique le professeur Chapus, « *la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois apparaît comme un produit de luxe ; on ne s'en sert pas tous les jours* »<sup>125</sup>.

Le juge vérifie que le législateur n'a pas entendu dénier tout droit à réparation, intention qui peut ressortir des travaux préparatoires<sup>126</sup> ou des dispositions expresses de la loi. Il s'efforce de dégager sa volonté présumée, en tenant compte du caractère spécial du préjudice<sup>127</sup>, de sa gravité, de l'utilité sociale de l'activité lésée et de l'objectif poursuivi<sup>128</sup>.

La latitude du législateur trouve cependant ses limites dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aux termes de laquelle « *Si l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes, des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »<sup>129</sup>.

Récemment, le Conseil d'État a jugé qu'il ne ressortait ni de l'objet ni des termes de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, ni de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités. Il a estimé que le préjudice résultant de la prolifération d'oiseaux sauvages, les grands cormorans, dont la destruction a été interdite en application de cette loi, devait donner lieu à réparation dès lors que ce préjudice excédait les aléas inhérents à l'activité en cause, la pisciculture en l'espèce, et revêtait un caractère grave et spécial<sup>130</sup>.

La jurisprudence a étendu les principes dégagés pour la responsabilité du fait des lois aux **règlements légalement édictés, aux mesures prises en application d'une loi et aux conventions internationales**.

La responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques pour assurer la réparation des préjudices

---

125. R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 15<sup>e</sup> édition, 2001, p. 1380.

126. CE, Sect., 22 novembre 1957, *Cie de navigation Fraissinet*, rec. p. 635 ; CE, 22 avril 1970, *Sté Établissements Louis Rémusat*, rec. p. 265.

127. CE, Ass., 22 octobre 1943, *Sté Établissements Lacaussade*, rec. p. 231 ; Ass., 10 février 1961, *Ministère de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, rec. p. 108 ; Sect., 25 janvier 1963, *Ministère de l'Intérieur c/ Bovero*, rec. p. 53.

128. CE, 6 janvier 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, rec. p. 3 ; Ass., 8 janvier 1965, *Sté des Établissements Aupinel*, rec. p. 15 ; Sect., 14 mars 1975, *SCI de la Vallée de Chevreuse*, rec. p. 197.

129. Cons. const., décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001.

130. CE, Sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, rec. p. 367.



nés de conventions internationales incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne<sup>131</sup>. Une indemnisation peut être accordée sur ce même fondement lorsque le préjudice résulte d'une règle coutumière<sup>132</sup>. De façon générale, dans la lignée de la jurisprudence *Couitéas*, des mesures légalement prises dans l'intérêt général peuvent ouvrir droit à une indemnisation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques<sup>133</sup>, qu'il s'agisse de mesures individuelles<sup>134</sup> prises en application d'une loi, ou de mesures réglementaires, lorsqu'il y a dommage grave et spécial.

### 3. Les régimes législatifs spéciaux

Différents régimes législatifs prévoient la **responsabilité ou la réparation de plein droit** à la charge de l'État à raison de certaines de ses activités.

De telles dispositions figurent dans la loi du 4 août 1962 relative aux réparations à accorder aux jeunes gens ou aux militaires de la disponibilité ou des réserves victimes d'accidents lors de leur participation à des séances d'instruction militaire. La législation relative aux réquisitions prévoit également des mesures d'indemnisation de plein droit. Autre exemple, l'article 149 du Code de procédure pénale dispose que la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention<sup>135</sup>. Dans ces hypothèses, on se trouve à la limite entre un régime d'indemnisation de plein droit et un régime de responsabilité, la responsabilité sans faute aboutissant à une socialisation du risque.

## B – Les risques étrangers à l'activité de la puissance publique

Les autorités publiques se trouvent de plus en plus fréquemment impliquées dans la gestion des risques, qu'il s'agisse de l'encadrement des activités des assureurs ou du développement des systèmes de solidarité. En outre, face à des préjudices pour lesquels aucune responsabilité ne peut être mise en cause, l'intervention du législateur a été nécessaire afin, en particulier, de préciser les conditions d'indemnisation des victimes. Cette socialisation du risque s'est traduite par le développement de systèmes combinant l'assurance et la pure

131. CE, Ass., 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, rec. p. 257 ; CE, 29 décembre 2004, *Almayrac et autres*.

132. CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires des 14-16 boulevard Flandrin*, rec. p. 297, à propos de l'immunité de juridiction reconnue à l'État.

133. CE, Sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, rec. p. 113 ; CE, Sect., 7 décembre 1979, *Sté « Les fils de Henri Ramel »*, rec. p. 456, concl. Genevois, D. 1980 p. 303.

134. CE, Sect., 28 octobre 1949, *Sté des ateliers du Cap Janet*, rec. p. 450.

135. Dans un cas récent d'acquiescement après des détentions provisoires prolongées (affaire dite d'Outreau), l'État a montré sa volonté d'indemnisation rapide.



solidarité, le maintien de systèmes fondés sur l'assurance n'étant pas exclusif d'un certain rôle de la puissance publique.

## 1. Les raisons et les modalités d'une implication croissante de l'État

### 1.1. Les raisons

Il existe des **cas dans lesquels aucune responsabilité ne peut être retenue, ni à la charge d'un particulier, ni à celle de la puissance publique**, malgré le développement très important de la mise en jeu de cette dernière.

Il s'agit en particulier de certaines « calamités naturelles » liées aux manifestations des forces de la nature, telles que les inondations, la sécheresse, les séismes. Un autre cas est celui des dommages résultant d'actions terroristes, dont les auteurs ne sont pas identifiables ou sont insolvable au regard du montant des dommages matériels ou corporels occasionnés. Pour le juge administratif, en l'absence de dispositions législatives le prévoyant expressément, la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée sur le fondement du risque du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français<sup>136</sup>.

Ces **phénomènes**, au surplus, ne sont généralement **pas assurables**, soit que les assureurs ne disposent pas de modèles permettant de déterminer la prime nécessaire à une couverture optimale, soit que cette prime soit fixée à un niveau trop élevé pour pouvoir rencontrer une demande sur le marché, la possibilité d'assurance demeurant alors théorique. Aussi les dommages causés par des calamités naturelles ont-ils fait longtemps l'objet d'une exclusion dans les contrats d'assurance. L'État est alors intervenu pour encadrer l'action des assureurs et permettre que s'exerce une certaine solidarité nationale dans les cas les plus graves. C'est ainsi en particulier que s'est développé le recours à des fonds.

La puissance publique ne peut donc se désintéresser des conséquences, parfois très lourdes, de ces types de préjudice pour les particuliers et les entreprises. D'abord parce que **l'attente à l'égard de l'État est forte**. Ensuite parce qu'il a un rôle à jouer à l'égard des plus défavorisés et des plus démunis, ainsi de la population non assurée, soit que celle-ci ne dispose pas des moyens nécessaires, soit qu'elle n'entre pas dans les critères classiques permettant d'accéder à l'assurance, comme c'est le cas pour certains malades ; ainsi aussi des victimes d'un dommage dont l'auteur est insolvable ou non identifiable.

De sérieux inconvénients peuvent par ailleurs résulter de la tendance actuelle à la **segmentation des risques** : la population assurable est scindée en sous-populations, ce qui ne permet pas toujours une mutualisation suffisante faute d'atteindre une masse critique d'assurés. Les problèmes récents à propos des assurances pour certaines spécialités médicales en sont un exemple (*cf. infra*).

---

136. CE, 28 mai 1984, *Société française de production*, rec. p. 728 ; CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener et Consorts Erez*, rec. p. 152.



**Il faut donc pour certains risques imposer une mutualisation élargie,** proche de la solidarité, car si seules les personnes les plus exposées acceptaient de s'assurer, dans ce cas encore soit les primes d'assurances atteindraient des niveaux peu supportables, soit les sociétés d'assurance refuseraient d'assurer (inondations par exemple).

### ***1.2. Les modalités d'intervention de la puissance publique***

Outre le rôle traditionnel des pouvoirs publics et du législateur en particulier pour encadrer les activités d'assurance, des régimes législatifs spéciaux sont venus instituer des **régimes de responsabilité particuliers dans certains secteurs sensibles.**

De tels régimes existent par exemple dans le domaine de la circulation aérienne, des transports maritimes ou pour les dommages d'origine nucléaire, secteurs qui font l'objet au demeurant de dispositions de droit international (*cf. infra*).

Autre exemple, l'article 1386-1 du Code civil sur la responsabilité du producteur du fait de produits défectueux prévoit, en conformité avec le droit communautaire, que le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. Dans le domaine médical, les lois du 4 mars et 31 décembre 2002 consacrent la responsabilité sans faute des établissements de santé pour les infections nosocomiales (*cf. infra*).

D'autres régimes, en raison des dommages en cause, visent avant tout à assurer une indemnisation des victimes, la réparation étant alors dissociée de l'imputation : tel est le cas du régime d'indemnisation des victimes d'infractions prévu par l'article 706-3 du Code de procédure pénale <sup>137</sup>, de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985), de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme (loi du 9 septembre 1986).

**La socialisation ne suppose pas nécessairement une prise en charge sur fonds publics** et peut se faire par d'autres moyens : fixation d'un taux de prime unique ; répartition entre les assureurs des « mauvais risques » par la puissance publique ; réglementation stricte du contenu de certains contrats avec une offre minimum imposée ; couverture globale d'une population sans possibilité d'exclusions.

**L'assurance obligatoire** permet une socialisation du risque en organisant la solidarité. Pour organiser la solvabilité de l'auteur potentiel de dommages et protéger ainsi la victime, l'État va multiplier les obligations d'assurance à un point tel qu'« *il n'est pratiquement plus possible aujourd'hui d'entreprendre ou d'exercer la moindre activité sociale ou professionnelle sans s'assurer* » <sup>138</sup>. De fait, il existe plus d'une centaine d'assurances obligatoires <sup>139</sup> depuis l'assurance des véhicules terrestres à moteur <sup>140</sup> jusqu'à celle des

---

137. Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977, loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 ; pour l'application aux ressortissants des États membres de l'Union européenne, *cf.* CJCE, aff. 186/87, *Cowan*, 2 février 1989.

138. François Ewald, « La société assurantielle », *Risques – Les Cahiers de l'assurance*, n° 1, 1990.

139. Bernard Foussat, « La solidarité et les assurances obligatoires », *Actes du colloque du 10 novembre 1999 organisé par l'AIDA, RGDA 2002*, n° 3.

140. Articles L. 211-1 et s. du Code des assurances.



gérants de pharmacie en SARL <sup>141</sup>, en passant par celle des exploitants d'établissements destinés à l'enseignement de la danse <sup>142</sup>. La solution peut aussi être celle d'un supplément de prime (« surprime ») obligatoire dans le cadre de contrats d'assurance portant sur d'autres risques que celui objet de ce supplément, ce qui permet, en touchant de nombreux assurés, d'organiser une mutualisation suffisante. Ainsi, les contrats d'assurances garantissant les dommages à des biens comportent une surprime ouvrant droit à la garantie catastrophes naturelles. La loi du 13 juillet 1982 sur les catastrophes naturelles, par cette extension obligatoire de garantie dans un contrat lui-même facultatif <sup>143</sup>, a permis de faire contribuer des particuliers ou personnes morales à l'assurance de risques auxquels ils sont peu voire ne sont pas exposés eux-mêmes. Il s'agit bien là d'une forme de socialisation du risque. Il n'y a guère de mesure, en effet, entre le risque d'inondation par catastrophe naturelle d'un appartement situé dans un étage élevé et celui encouru par une maison en bordure de rivière sujette à crue.

Certains systèmes d'assurances obligatoires prévoient en outre, en cas de refus d'assurance, l'intervention d'un Bureau central de tarification qui peut fixer un tarif et imposer à un assureur de conclure le contrat. Ce mécanisme, qui existe pour les risques automobiles ou construction et pour les assurances médicales, est très contraignant pour l'assureur qui n'a plus le choix des risques qu'il assure.

Au travers des régimes et des couvertures obligatoires, l'assurance conserve certes sa finalité individuelle (protéger son patrimoine), mais acquiert aussi une dimension sociale. L'obligation d'assurance « *participe à l'acte de solidarité* » <sup>144</sup>.

On peut voir une forme de socialisation du risque, en amont, dans la recherche de solutions pour permettre aux malades contaminés par le VIH et d'autres maladies graves de s'assurer lorsque cette assurance est la condition de réalisation d'un projet (prêt immobilier par exemple). Il s'agit, sans dériver vers une « antisélection », **d'éviter que la définition de classes de risques n'exclue systématiquement certaines demandes d'assurance**. La convention, conclue entre les établissements de crédit, les assureurs, les associations de malades et de consommateurs et les pouvoirs publics, favorise l'accès au crédit malgré un problème de santé. Elle instaure une section de médiation, qui peut être saisie en cas de difficulté.

Les pouvoirs publics ne peuvent non plus se désintéresser de la question de la **limitation dans le temps de la garantie des contrats** en fonction de la date des réclamations et de la prise en charge du « passé inconnu ». Cette question difficile a donné lieu à des décisions jurisprudentielles qui ont elles-mêmes entraîné des modifications législatives.

Les assureurs, qui souhaitent être à même de limiter dans le temps leur garantie, estiment que c'est dans la période de validité du contrat que devrait se situer, pour qu'il y ait indemnisation, la réalisation du dommage et la réclamation (clauses « claims made »), ce qui n'exclut pas que les parties puissent

---

141. Article L. 5125-17 du Code de la santé publique.

142. Article L. 462-1 du Code de l'éducation.

143. Toutefois, un locataire est tenu de souscrire un contrat multirisques habitation.

144. Bernard Foussat, « La solidarité et les assurances obligatoires », *Actes du colloque du 10 novembre 1999 organisé par l'AIDA, RGDA 2002*, n° 3.



décider de faire figurer dans le contrat des clauses de reprise du passé prévoyant également une indemnisation pour des dommages survenus à une date antérieure à la prise d'effet du contrat. De même, des clauses de « *garantie subséquente* » permettent d'indemniser des dommages intervenus pendant la durée du contrat mais pour lesquels la réclamation est faite postérieurement, ceci à condition qu'elle intervienne dans un délai limité. Les assurés et victimes ont une autre façon de voir les choses. Ils craignent une grande insécurité et souhaitent que le contrat garantisse tous les sinistres survenus pendant sa durée, même si la réclamation intervient ultérieurement, ce qui suppose de raisonner en termes de fait générateur.

La Cour de cassation, par une série d'arrêts rendus le 19 décembre 1990<sup>145</sup>, a jugé qu'étaient nulles les clauses des contrats d'assurance qui subordonnent l'indemnisation de la victime au dépôt par cette dernière d'une réclamation dans un délai limité, inférieur au délai de prescription de droit commun. Elle a considéré en effet que de telles stipulations revenaient à créer un avantage illicite, car dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui percevait alors des primes sans contrepartie, et qu'elles méconnaissaient par conséquent les dispositions combinées de l'article 1131 du Code civil et de l'article L. 124-1 du Code des assurances, qui, en matière d'assurance de responsabilité, n'impose aucune condition de délai particulière pour la réclamation élevée par l'assuré.

Il n'entraînait cependant pas dans les compétences du juge civil de se prononcer sur la légalité des dispositions réglementaires de contrats types qui autorisaient la limitation dans le temps des clauses de garantie. Par une décision du 29 décembre 2000, *Consorts Beule*, le Conseil d'État rejoignait la Cour de cassation en jugeant que de telles dispositions étaient illégales car contraires à l'article 1131 du Code civil. Les conséquences de ces jurisprudences ont inquiété les assureurs, par l'insécurité qui en résultait et le caractère financièrement difficile à supporter car imprévisible de certains risques si l'on raisonnait purement en termes de fait générateur, c'est-à-dire sans fixation d'un délai maximum entre la date du fait générateur et celle du dommage ou de la réclamation. Il appartenait donc au législateur d'intervenir, ce qu'il a fait, d'abord pour la responsabilité civile médicale, en prévoyant un délai de cinq ans maximum à compter de l'expiration du contrat pendant lequel les réclamations pour les sinistres résultant d'un fait générateur survenu pendant la période du contrat permettront la couverture par la garantie<sup>146</sup>. De même, le législateur est intervenu pour les règles relatives aux assurances de dommages<sup>147</sup> en prévoyant que la garantie de l'assureur sera maintenue au moins pendant cinq ans après la résiliation du contrat (clause de garantie subséquente). Il revenait ainsi au législateur de rechercher un équilibre entre, d'une part, les droits des assurés et des victimes et, d'autre part, des conditions permettant aux sociétés d'assurance de garantir les dommages avec une prévisibilité financière suffisante, sauf à les voir se retirer du marché.

---

145. Cass. civ., 19 décembre 1990, Bull. civ. I n° 303 ; voir aussi Cass. civ., 16 décembre 1997.

146. Article L. 251-2 du Code des assurances, issu de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002.

147. Article L. 124-5 du Code des assurances, issu de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003.



**La garantie de l'État** apportée à la Caisse centrale de réassurance est également une modalité de l'intervention de l'État aux côtés des assureurs pour faire face à la couverture de certains risques exceptionnels qui justifient le recours à la solidarité.

La réassurance est un contrat par lequel l'assureur transfère, moyennant une prime, sur une autre personne, le réassureur, tout ou partie du risque qu'il a assumé. Malgré ce transfert de risque, l'assureur reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré. L'assureur doit déterminer la somme maximale qu'il peut supporter à raison d'un sinistre sans compromettre le sort de la mutualité dont il a la charge : c'est le « plein ». Ayant déterminé le montant maximal qu'il peut lui-même engager sur un risque donné, il transférera le surplus à un réassureur. La réassurance peut être proportionnelle : la part du réassureur est déterminée en fonction du capital garanti par le cédant ; le réassureur reçoit la part de prime correspondante et supporte les sinistres dans la même proportion. La réassurance peut être non proportionnelle, elle n'est alors pas fondée sur les risques couverts, mais sur les risques réalisés, et la part de la réassurance est soit calculée affaire par affaire (réassurance en excédent de sinistres), soit forfaitairement pour l'ensemble des sinistres d'un exercice déterminé (réassurance en excédent de pertes). Les opérations de réassurance s'appliquent essentiellement aux assurances dommage.

Activité essentiellement internationale, les trois quarts des cotisations étant cédées sur le marché international, la réassurance constitue un marché fortement concentré : en 2003, les cinq premiers réassureurs réalisaient plus de 47 % du chiffre d'affaire mondial. On comprend dès lors les craintes suscitées lorsque les principaux réassureurs annoncent qu'ils se désengagent de certains risques, ainsi du risque terroriste après le 11 septembre 2001, et l'attente, dans ce cas, d'une action des pouvoirs publics, comme assureurs de dernier recours ou pour imposer des mécanismes de socialisation du risque face à des risques exceptionnels.

En France, la Caisse centrale de réassurance (CCR), à l'origine établissement public, devenue société anonyme en 1992, a parmi ses fonctions celle de réassureur ultime de certains régimes spéciaux et celle de gestionnaire de fonds d'indemnisation. Les principales opérations effectuées par la CCR avec la garantie de l'État portent sur les risques exceptionnels et les risques nucléaires<sup>148</sup>, les risques de catastrophes naturelles et les risques d'attentats ou d'actes de terrorisme. Le chiffre d'affaires brut de la CCR, qui s'est élevé en 2003 à 1,162 milliard d'euros, correspond pour 59 % à ses activités de réassurance avec garantie de l'État et pour 41 % à ses activités de réassurance traditionnelle.

---

148. Il s'agit d'assurer ou de réassurer les « *risques résultant de faits à caractère exceptionnel, tels qu'états de guerre étrangère ou civile, atteintes à l'ordre public, troubles populaires, conflits du travail, lorsque ces risques naissent de l'utilisation de moyens de transport de toute nature, ou se rapportent à des biens en cours de transport ou stockés* » (articles L. 431-4 et L. 431-5 du Code des assurances). La CCR, agissant avec la garantie de l'État, est également chargée d'octroyer les couvertures prévues par les lois n° 65-956 du 12 novembre 1965 et n° 68-943 du 30 octobre 1968 pour les exploitants de navires et d'installations nucléaires.



## 2. Au carrefour de l'assurance et de la solidarité

### 2.1. Le recours aux fonds d'indemnisation

Le développement d'un système mixte mêlant solidarité et assurance s'est en particulier traduit par le recours à des fonds d'indemnisation, en réponse à une attente des victimes comme des responsables politiques ou économiques.

#### 2.1.1. Pourquoi des fonds ?

L'articulation entre le droit commun de la responsabilité, impliquant que les dommages doivent être réparés par ceux qui les ont causés, et l'émergence d'un véritable droit à indemnisation, corollaire d'un « droit au risque zéro », a ses limites. Elle repose sur deux piliers : la faute et la solvabilité du fautif. Quelles que soient les avancées réalisées, que l'un ou l'autre vienne à manquer, et le système ne fonctionne plus. Les fonds apparaissent alors comme un relais pour poursuivre l'objectif d'indemnisation.

L'un des atouts des fonds est de **séparer la question de la responsabilité de celle de la réparation**, celle-ci pouvant intervenir alors même qu'aucune responsabilité n'est susceptible d'être mise en cause ou que la détermination de la responsabilité est *a priori* délicate. Il y a déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation ; une fois celle-ci réalisée, le fonds, sauf exception subrogé dans les droits de la victime, dispose d'une action récursoire à l'encontre du ou des responsables.

Les fonds permettent ainsi **d'accorder une indemnisation prioritaire aux victimes**. Ils conjuguent souvent les principes de responsabilité et de solidarité selon des dispositifs de réparation des risques qui, en réalité, font largement appel aux mécanismes de l'assurance. La plupart des fonds mêlent en effet indemnisation automatique *a priori* et action récursoire en responsabilité. Le mélange responsabilité/solidarité est d'ailleurs la condition de l'équilibre de ces fonds. Aspect important, les fonds peuvent permettre un financement conjoint État/assurés qui combine ainsi **mutualisation et solidarité nationale**. Certains fonds reposent sur une logique de pure solidarité.

Les fonds se distinguent de la protection sociale, par exemple, en ce qu'ils ne visent à résoudre que des cas spécifiques dans lesquels la sécurité sociale ou les assurances ne peuvent indemniser les victimes, ou ont pour objet d'allouer rapidement une indemnité à la victime. Ils sont donc complémentaires des autres mécanismes de socialisation des risques. En corollaire, le fonds n'est pas civilement responsable des dommages qu'il indemnise. La mise en place des fonds ne doit pas être interprétée comme une reconnaissance par l'État d'une responsabilité quelconque dans l'origine de ces dommages, même si elle ne l'exclut pas comme elle n'exclut pas la responsabilité éventuelle de tout autre acteur.

Les fonds se caractérisent généralement par un système de réparation forfaitaire ou plafonnée qui laisse à la charge de la victime une part des dommages. Néanmoins, pour ce qui concerne la réparation des dommages corporels, le principe retenu par le législateur est plutôt celui d'une réparation intégrale.

Le principal avantage de ces fonds est de permettre d'accélérer la réparation du dommage et de répondre aux attentes essentielles des victimes en termes de



réparation financière. Par le jeu des **recours subrogatoires**, ces fonds procèdent ensuite aux démarches nécessaires au recouvrement à la place de la victime qui ne dispose pas des mêmes moyens financiers et techniques. La fonction morale de la responsabilité qui commande que le dommage soit réparé par son auteur est donc en principe maintenue, puisque les fonds ne prennent en charge cette dette qu'à titre temporaire et subsidiaire. Il est vrai cependant que l'exercice de ces recours est souvent aléatoire (*cf. infra*).

De façon générale, face au développement des risques sociaux, on assiste à **l'extension des fonds à objectif général**, ainsi de l'extension du rôle du fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse<sup>149</sup> ou de la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction. Devant le Sénat, le rapporteur du projet dont est issue cette loi soulignait que « *la délinquance doit être considérée aujourd'hui comme un problème de société, au même titre que la lutte contre la maladie ou contre les calamités naturelles. Il est donc du devoir de l'État d'avoir recours aux fonds publics pour financer l'indemnisation dont il s'agit* »<sup>150</sup>. Pour le rapporteur à l'Assemblée nationale : « *Ce projet traduit une conception nouvelle de la société en instituant une sorte de socialisation des risques et en s'efforçant de remédier à une injustice par la solidarité nationale vis-à-vis des victimes de la délinquance* »<sup>151</sup>. Mais cette évolution s'accompagne aussi d'un **essor des fonds spécialisés** qui relèvent des situations de catastrophes ou de sinistres sériels. Ces fonds prennent en charge des risques spécifiques (amiante, VIH, terrorisme). Les statuts des différents fonds sont très divers : personne morale de droit privé, établissement public administratif, simple ligne budgétaire.

### 2.1.2. Les différents fonds

Certains fonds ont pour objet de **répondre à des risques naturels ou sociaux**. S'agissant des catastrophes naturelles les victimes se retrouvaient la plupart du temps sans recours en responsabilité possible et ne devaient d'éventuelles réparations qu'à la pression sociale qui entraînait une intervention exceptionnelle de la puissance publique sous la forme d'une aide forfaitaire. Des mécanismes d'intervention de droit commun sont apparus progressivement indispensables, notamment pour répondre aux risques naturels, mais aussi à d'autres risques. La plupart de ces fonds répondent plus que d'autres à une logique de pure solidarité.

Il peut s'agir d'assurer la réparation de **dommages ne se rattachant à aucune responsabilité**. L'exemple typique de cette situation est celui des **calamités agricoles**, qui, en outre, ne sont pas considérées par le législateur comme des risques naturels assurables (article L. 125-5 du Code des assurances). Le **fonds**

---

149. Devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

150. Edgar Tailhades, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale, Sénat, séance du 2 juin 1976, *JO des débats du Sénat*, p. 1516.

151. Claude Gerbet, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, séance du 25 novembre 1976, *JO des débats AN*, p. 8681.



**de garantie des calamités agricoles (FGCA)** qui n'est qu'une ligne de crédit gérée par la caisse centrale de réassurance, a été créé par la loi n° 64-706 du 10 juillet 1964, reprise aux articles L. 361-1 et suivants du Code rural. Il vise à indemniser les dommages matériels touchant les sols, les récoltes, les cultures, les bâtiments, le cheptel affectés aux exploitations agricoles et consécutifs à des « *variations anormales d'intensité d'un agent naturel, lorsque les moyens techniques de lutte préventive ou curative employés habituellement n'ont pu être utilisés ou se sont révélés insuffisants ou inopérants* »<sup>152</sup>. Sous réserve de l'hypothèse, somme toute très théorique, d'un engagement de la responsabilité de la puissance publique pour absence ou insuffisance de mesures de prévention, la nature même du sinistre exclut dans la plupart des cas la notion de faute.

Autre exemple, la loi n° 56-780 du 4 août 1956 a créé un **fonds de secours aux victimes de sinistres et calamités**. Depuis, la couverture des dommages provoqués par les catastrophes naturelles a été améliorée.

Dans le domaine médical, l'aléa thérapeutique est un accident médical dans l'origine duquel aucune faute ne peut être mise en cause. Son indemnisation est désormais assurée par **l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)**, établissement public créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002<sup>153</sup>, qui prend en charge la réparation des dommages à partir d'un taux d'incapacité permanente de 24 %. Il assure également, au-delà d'un certain niveau de gravité (IPP supérieure à 25 %) l'indemnisation des dommages causés par une infection nosocomiale (*cf. infra*).

Depuis la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003, le **fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)**<sup>154</sup> a reçu compétence pour indemniser les dommages corporels causés par des animaux sans propriétaire (« *res nullius* ») tels que le gibier, à condition toutefois que ces dommages résultent d'un accident de la circulation sur le sol.

Les fonds peuvent aussi avoir pour objet d'indemniser les victimes lorsque **le responsable n'est pas identifié, n'est pas assuré ou est insolvable**. Ainsi, le **FGAO** intervient lorsque l'auteur du dommage est connu mais non assuré. Peu importe que le responsable soit solvable. L'objectif est clair : il s'agit d'indemniser rapidement la victime, le fonds assumant la longueur et les aléas des procédures contre les tiers responsables. Le FGAO traite aussi les cas dans lesquels l'auteur du dommage est assuré mais se trouve privé des garanties souscrites soit du fait d'un refus de l'assureur opposable à la victime soit en raison de la défaillance de la société d'assurance. Depuis la loi de sécurité financière, cette dernière hypothèse d'intervention du fonds a été étendue aux entreprises d'assurances obligatoires de dommages. **L'ONIAM** joue en matière de responsabilité civile médicale un rôle comparable et se substitue à

---

152. Article L. 361-2 du Code rural.

153. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

154. Institué par la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951, ses attributions n'ont pas cessé de s'étendre. La dénomination actuelle du fonds est issue de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière. Les dispositions législatives relatives au fonds sont codifiées aux articles L. 421-1 et suivants du Code des assurances.



l'assurance lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou l'est insuffisamment.

Le FGAO intervient également lorsque l'auteur du dommage est inconnu. Le fonds indemnise alors dans les mêmes conditions que lorsque l'auteur est connu et insolvable à une exception toutefois : les dommages matériels consécutifs à un accident impliquant un véhicule terrestre à moteur ne sont pris en charge que s'ils s'accompagnent de dommages corporels.

La loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 a instauré le premier **système d'indemnisation publique pour les victimes d'infractions pénales** sous la forme de commissions d'indemnisation (CIVI) instituées dans le ressort de chaque tribunal de grande instance. La Cour de cassation a bien marqué que cette indemnisation ne signifiait nullement la reconnaissance d'une faute de l'État mais qu'elle procédait du principe de solidarité<sup>155</sup>.

Pour ce qui concerne les attentats terroristes, la réponse initiale aux insuffisances de la réparation accordée aux victimes est venue de l'État et des assureurs qui ont adopté en janvier 1983 un nouveau dispositif prudentiel. Ce dispositif prévoit que les sociétés d'assurance proposent à leurs assurés la garantie des dommages matériels directs résultant d'incendie ou d'explosion provoqués par des attentats. Le **fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme** a été créé par une loi du 9 septembre 1986. Il est devenu le **fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)** en 1990<sup>156</sup>.

Le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le virus VIH et le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peuvent être regardés comme permettant d'assurer **une indemnisation fondée sur la solidarité** qui n'est pas exclusive de la responsabilité fautive de l'État pour négligence.

La mise en place du **fonds d'indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins** ou d'une injection de produits dérivés du sang<sup>157</sup> visait en particulier (mais pas uniquement) à indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles intervenues à une période où les connaissances, encore lacunaires, sur le virus du SIDA et ses modes de transmission ne permettaient pas d'identifier le risque ni les moyens d'y parer, et partant de mettre en cause des responsabilités. Ainsi que le rappelait, au cours d'un débat passionné, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, l'objet du dispositif n'était ni de reconnaître ni d'écarter *a priori* la faute de tel ou tel acteur de la chaîne transfusionnelle, mais, dès lors que la recherche de responsabilités n'aurait permis d'indemniser qu'un nombre

---

155. Cass. civ., 2<sup>e</sup> civ., 21 octobre 1987, Bull. civ. II ; n° 204.

156. Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990.

157. Créé par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, le fonds est devenu depuis l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 le « fonds d'indemnisation des victimes contaminées » (FIVC). Ses attributions ont été reprises par l'ONIAM en 2004 (loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique). Les dispositions législatives applicables sont reprises aux articles L. 3122-1 et suivants du Code de la santé publique ; les dispositions réglementaires figurent aux articles R. 3122-1 du même code.



limité de personnes, de mettre en œuvre « *un régime d'indemnisation générale le plus large et le plus juste possible et qui, pour ce faire, ne peut se placer que sur le terrain du risque* »<sup>158</sup>.

Parfois, le fait générateur du dommage peut être difficile à isoler. Ainsi, les maladies liées à l'exposition à l'amiante « *n'apparaissent qu'après de nombreuses années de latence ce qui rend souvent besogneuse la recherche de l'époque de l'inhalation et, par voie de conséquence, celle de l'éventuel responsable* »<sup>159</sup>. La recherche d'une indemnisation empruntera alors la voie soit de la maladie professionnelle mais qui, sauf faute inexcusable, ne procurera qu'une réparation limitée, soit la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour carence fautive. Le **fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)**<sup>160</sup> ouvre une réparation intégrale pour les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante sans qu'elles aient à prouver la faute inexcusable mais aussi pour toute personne ayant subi un préjudice en raison d'une exposition à l'amiante sur le territoire national.

### 2.1.3. *Le financement des fonds*

Les financements, qui font appel à une solidarité plus ou moins large, sont divers.

**L'intérêt des fonds est souvent de permettre des financements croisés combinant mutualisation élargie et solidarité nationale, voire de reconstituer une forme d'assurance par un financement des assurés ou des responsables.**

Le fonds de garantie des calamités agricoles (FGCA), simple ligne de crédit, combine solidarité professionnelle et solidarité nationale. Ses ressources proviennent<sup>161</sup> d'une contribution additionnelle aux primes ou cotisations des exploitations agricoles (bâtiments, cheptel, véhicules utilitaires), ainsi que d'une subvention inscrite au budget de l'État et dont le montant est au moins égal au produit de ces contributions<sup>162</sup>. Deux arguments ont justifié le recours à la solidarité nationale : l'impossibilité de socialiser le risque entre les seuls agriculteurs et la nécessité de protéger un secteur vital de l'économie française. Le financement du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) repose sur les automobilistes eux-mêmes dès lors qu'il est alimenté par une contribution des compagnies d'assurances assise sur les primes et les cotisations d'assurance des véhicules terrestres à moteur et par une contribution des automobilistes assurés<sup>163</sup>. Le fonds n'est alors que la continuation de l'assurance par d'autres moyens. Pour l'assuré,

---

158. Jean-Claude Boulard, rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée nationale, 3<sup>e</sup> séance du 9 septembre 1991, *JO des débats AN*, p. 7405.

159. André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Droit des affaires », 2003.

160. Créé par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

161. Article L. 361-5 du Code rural.

162. Des réflexions sont en cours pour le réformer.

163. Application d'un taux fixe sur les primes versées au titre des garanties obligatoires sur les risques de circulation des véhicules à moteur, article L. 421-4 du Code des assurances ; une contribution similaire existe pour le volet « chasse » (article L. 421-8, al. 2 du Code des assurances).



tout se passe comme si la surprime correspondait à un risque particulier : celui d'être victime d'un accident de la circulation dont l'auteur serait inconnu ou non assuré <sup>164</sup>.

Le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) est alimenté pour l'ensemble de ses dépenses par une contribution sur les primes des contrats d'assurances de biens.

Autre forme de solidarité, certains fonds sont alimentés par des contributions de la sécurité sociale. Le FIVA est financé par une contribution de l'État et par la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de sécurité sociale. L'ONIAM dépend principalement d'une dotation versée par la sécurité sociale (article L. 174-2 du Code de sécurité sociale).

Les fonds perçoivent en outre le produit des recours qu'ils exercent 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 du dommage.

#### *2.1.4. Le caractère subsidiaire des fonds et les possibilités d'actions subrogatoires*

Comme on l'a vu, si les différents fonds d'indemnisation se substituent au débiteur final de la dette pour indemniser les victimes, les droits de la victime leur sont alors transmis selon un mécanisme de transfert de créances prévu par les textes <sup>165</sup>, grâce au mécanisme de subrogation. Ce mécanisme diffère selon les fonds.

Le fonds chargé d'indemniser les hémophiles et les transfusés ne peut bénéficier d'un recours subrogatoire que si la responsabilité a été engagée sur le fondement de la responsabilité pour faute, par exemple en raison de la faute commise par l'Assistance publique pour défaut d'information sur les risques encourus par le patient <sup>166, 167</sup>. Ce fonds bénéficie alors du recours subrogatoire à due concurrence des sommes versées au titre des droits que possède la

---

164. Il serait cependant peu légitime de faire porter sur une majorité d'automobilistes vertueux les conséquences dommageables du comportement d'une minorité de conducteurs. Ces derniers sont (outre l'action récursoire) responsabilisés de deux manières : les auteurs d'accidents non assurés supportent une contribution « assise sur le montant total des indemnités mises à leur charge à titre de réparation des dommages résultant de ces accidents » (article R. 421-7 4° du Code des assurances ; disposition similaire pour la chasse : article R. 421-38 2° du Code des assurances) ; « les amendes prononcées pour violation de l'obligation d'assurance [...] sont affectées d'une majoration de 50 p. 100 perçue, lors de leur recouvrement, au profit du fonds de garantie [...] » (article L. 211-27 du Code des assurances ; disposition similaire pour la chasse : article L. 421-8 al. 2 du Code des assurances).

165. Articles L. 421-3 et R. 421-16 du Code des assurances pour le FGAO ; article L. 422-1 du Code des assurances, 706-11 du Code de procédure pénale, article 111 de la loi n° 87-1060 du 30 décembre 1987 pour le FGTI ; articles L. 1142-17 et L. 3122-4 du Code de la santé publique pour l'ONIAM ; article 53 VI, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 pour le FIVA ; article L. 361-14 du Code rural pour le FGCA : dans ce dernier cas, c'est l'État qui est subrogé pour le compte du fonds, à concurrence de l'indemnité versée par ce dernier, dans les droits du sinistré contre les tiers (hypothèse théorique s'agissant de calamités naturelles).

166. Voir CE, 27 février 2002, *Assistance publique de Marseille et fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles*, rec. p. 63.

167. Article L. 3122-4 du Code de la santé publique.



victime contre la personne responsable du dommage. En cas de responsabilité sans faute, le juge refuse d'accorder la subrogation <sup>168</sup>.

Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peut, après avoir indemnisé les victimes, exercer un recours subrogatoire en cas de faute. Dans le cadre de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, les victimes d'un acte médical peuvent être indemnisées soit par la compagnie d'assurances de la personne déclarée responsable, soit par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). Dans les deux cas, un recours subrogatoire a été instauré.

En pratique, les actions subrogatoires menées par les différents fonds ne donnent pas toujours les résultats escomptés. Ainsi, le FGAO ne récupère que 18 % des indemnités versées <sup>169</sup> ; le FIVA, au 31 mai 2004, avait proposé plus de 8 000 offres de réparations et engagé 61 procédures fondées sur la faute inexcusable de l'employeur. La difficulté est encore plus grande lorsque les responsables du préjudice sont inconnus (terrorisme, infractions par exemple).

La question se pose en outre de la **capacité pour la victime à faire jouer concurremment le mécanisme de solidarité nationale** par le biais des fonds **et la mise en cause du responsable** du dommage devant les tribunaux. Dans le cas de l'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le VIH, les juridictions judiciaires et administratives ont donné des réponses différentes à cette question <sup>170</sup>. Alors que le juge judiciaire a estimé qu'une victime ne peut obtenir réparation par les juridictions de droit commun que de chefs de préjudice dont elle n'a pas déjà été indemnisée par le fonds, le juge administratif a quant à lui considéré que l'acceptation d'une offre d'indemnisation par le fonds n'interdisait pas à une victime de rechercher la responsabilité de l'auteur du dommage. Mais il appartiendra alors au juge, le cas échéant d'office, de déduire cette somme du montant de la condamnation mise à la charge de cet auteur.

Pour l'indemnisation des victimes de l'amiante, le législateur a tranché en décidant (loi du 23 décembre 2000) que l'acceptation de l'offre du fonds d'indemnisation emportait désistement ou irrecevabilité des actions juridictionnelles en réparation pour le même préjudice. Les voies de recours juridictionnelles normales restent bien entendu ouvertes pour celles des victimes qui choisissent de ne pas saisir le fonds.

## ***2.2. Quelques exemples : catastrophes naturelles, terrorisme, risques technologiques***

Ces exemples démontrent la **complémentarité entre assurance et solidarité élargie** <sup>171</sup>. Ils reposent sur un partage des rôles entre l'État et les assureurs.

---

168. CE, 23 septembre 1998, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, rec. p. 338.

169. 17 % par accord amiable et 1 % après procédure contentieuse.

170. Cass., Ass. plén., 6 juin 1997, n° 95-12284 Bull 1997 A.P. n° 8, p. 20 ; CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, rec. p. 280, aux conclusions de Patrick Frydman.

171. Cf. Serge Magnan, « Solidarité et catastrophes naturelles », *Risques*, n° 42.



### 2.2.1. L'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles

Issu de la loi du 13 juillet 1982, le droit à indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, complété par la loi du 25 juin 1990, revêt un caractère original. On a, en 1982, préféré un système d'assurance à la constitution d'un fonds public. Mais **il s'agit d'un système hybride où, là encore, assurance et solidarité élargie, loin de s'opposer, se conjuguent**. L'État joue un rôle à plusieurs titres : il constate l'état de catastrophe naturelle par arrêté interministériel, son intervention conditionne donc la mise en œuvre de l'indemnisation ; il a imposé une extension de couverture de certains contrats, la garantie étant prévue par tous les contrats de dommages aux biens ; il fixe le taux unique de cotisation additionnelle ; surtout, il donne sa garantie à un réassureur, les assureurs pouvant se réassurer auprès de la Caisse centrale de réassurance qui bénéficie elle-même de la garantie de l'État. Les assureurs concluent les contrats, perçoivent les cotisations et versent les indemnisations.

Le taux unique de cotisation est déterminé pour chaque catégorie de contrat et fixé par arrêté ministériel. Des cotisations proportionnelles aux risques encourus par les assurés auraient en effet ruiné le principe de solidarité, alors même que l'objectif du système était de répartir sur l'ensemble des assurés la charge des indemnisations<sup>172</sup>. La mutualisation du risque se double en l'espèce d'une forte socialisation de celui-ci puisque les risques individuels varient en réalité considérablement.

Il n'est pas anormal, ni paradoxal, que la puissance publique intervienne pour déclencher l'indemnisation et pour fixer le taux de cotisation dans un système largement fondé sur l'assurance, dès lors que l'équilibre financier de celui-ci doit beaucoup à la garantie accordée par l'État en dernier recours. Les finances publiques et donc la solidarité nationale peuvent en effet être lourdement sollicitées en cas de catastrophe exceptionnelle.

Ce système a plutôt suscité l'admiration à l'étranger. Il a ses partisans et ses détracteurs en France<sup>173</sup>. Il combine à la fois prévention et indemnisation, le niveau des franchises applicables étant lié à l'existence d'un plan de prévention des risques. Il a pu, moyennant des aménagements dans le temps, portant sur l'augmentation des taux de cotisation, sur le relèvement des franchises et sur le réaménagement du schéma de réassurance, faire face à d'importants sinistres tels que les inondations de l'année 1988, puis de la fin des années quatre-vingt-dix, le cyclone aux Antilles en 1995, et les dommages causés aux bâtiments érigés sur certains terrains s'effondrant sous l'effet de la sécheresse. En 2003, la Caisse centrale de réassurance indiquait<sup>174</sup> que, grâce à la mise en œuvre de ces différentes mesures, le système semblait renouer avec l'équilibre, mais qu'il fallait toutefois se garder de tout excès d'optimisme et ne jamais perdre de vue qu'en matière de couverture des risques naturels, les résultats doivent s'apprécier sur une longue période. Aujourd'hui se pose

---

172. Christophe Guettier, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », *RGDA*, 1997, n° 3, p. 672.

173. Voir, sur ces points, Patrick Bidan « Indemnisation des catastrophes naturelles : de la naissance vers l'âge adulte », *Risques*, n° 42, juin 2000.

174. « Les catastrophes naturelles en France », CCR, juin 2003.



notamment la question de l'augmentation du taux de cotisation (fixé en septembre 1999 à 12 %) pour faire face, en particulier, aux dommages récurrents dus à la sécheresse et aux inondations.

*« Le système doit, si l'on en juge par la renommée qu'il a acquise, satisfaire l'ensemble des parties prenantes. Il ne paraît pas menacé par quoi que ce soit, sinon peut-être par son succès, et il ne manque pas de bons esprits pour proposer de faire entrer dans le régime des catastrophes de nouvelles espèces de calamités en tout genre : les termites dans les habitations, les algues dans les ports, tout ce qui fait des dégâts et ne trouve pas d'assurance pourrait, selon eux, trouver sa place dans ce régime »*<sup>175</sup>.

### 2.2.2. La couverture du risque terroriste

*« Risque extrême à part »*<sup>176</sup>, dont l'occurrence ne peut être analysée par les outils actuariels classiques et pour lequel la victime ne dispose pas d'information sur le niveau auquel elle est exposée, le risque terroriste présente des caractéristiques qui excluent qu'il soit entièrement pris en charge par les assureurs et les réassureurs privés. Sa couverture a justifié une place croissante de la garantie de l'État.

La définition même du risque terroriste n'est pas aisée. Au niveau **international**, aucun accord n'a pu être trouvé dans le cadre de l'ONU faute de parvenir à une définition consensuelle du terrorisme. La résolution 1373 du Conseil de sécurité en date du 29 septembre 2001 érige la lutte antiterroriste au rang de priorité sans proposer de définition de la notion de terrorisme.

En droit interne, si des dispositions législatives s'efforcent de cerner la notion (article 421-1 du Code pénal), la qualification d'acte de terrorisme est effectuée au cas par cas par le ministère public, auquel revient la responsabilité de soumettre les auteurs de l'acte à un régime exorbitant du droit commun. La jurisprudence judiciaire a précisé la notion législative de l'acte terroriste : l'acte doit avoir eu pour but de troubler l'ordre public<sup>177</sup> ; il doit s'inscrire dans une action concertée<sup>178</sup> ; il requiert un minimum d'organisation<sup>179</sup>.

#### ■ Les fondements du système : la loi du 9 septembre 1986 et la loi du 10 juillet 1990

**La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État a posé les fondements du système français d'indemnisation des victimes d'actes terroristes.** Ces fondements ne feront l'objet d'aucune remise en cause profonde jusqu'au 11 septembre 2001.

---

175. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, juillet 2001.

176. Erwann Michel-Kerjan, « Terrorisme à grande échelle ; partage des risques et politiques publiques », *Revue d'économie politique*, septembre-octobre 2003, n° 5.

177. Cass. civ., 28 octobre 1991, RGAT 1992 178, note R. Maurice.

178. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 1983, RGAT 1984 182.

179. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 368.



Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la couverture des dommages causés par des actes terroristes était exclue des polices d'assurance. Ces dommages n'étaient pas considérés comme des risques assurables. Dans ces conditions, l'indemnisation des victimes relevait en principe uniquement des pouvoirs publics. Les quelques compagnies d'assurances qui proposaient des polices incluant la couverture du risque terroriste offraient des contrats d'une extrême diversité. La série d'attentats du début des années quatre-vingt a fait prendre conscience de la nécessité de généraliser la couverture des dommages liés aux actes terroristes.

La loi du 9 septembre 1986 innove sur plusieurs points. Sur le plan pénal, elle institue une procédure de répression particulière pour les actes terroristes, centralisée à Paris, et aménage les investigations et les peines. Sur le plan civil, elle institue un mécanisme d'indemnisation des dommages tant corporels que matériels <sup>180</sup>.

**S'agissant des dommages corporels**, comme on l'a vu, **la loi du 9 septembre 1986 crée un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme**, financé par un prélèvement sur les contrats d'assurance des biens <sup>181</sup>. Ce fonds indemnise toutes les victimes, quelle que soit leur nationalité, d'actes de terrorisme survenus en France à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1985. Le fonds de garantie indemnise intégralement les dommages corporels des victimes blessées et les préjudices moraux et économiques des ayants droit des victimes décédées, compte tenu des prestations versées par les organismes sociaux, publics ou privés. La demande d'indemnisation est adressée directement au fonds de garantie, la victime ou les ayants droit disposant pour ce faire d'un délai de dix ans à compter de la date de l'acte de terrorisme. Le fonds de garantie verse une première provision au plus tard un mois après avoir reçu la demande de la victime pour faire face aux premiers frais. Il présente ensuite par écrit une offre d'indemnisation définitive, au plus tard trois mois après avoir reçu de la victime les justificatifs de ses préjudices <sup>182</sup>. La victime dispose alors d'un délai de réflexion de quinze jours pour accepter l'offre d'indemnisation, entamer une discussion sur son montant, ou la refuser. Dans ce dernier cas, la victime peut saisir le tribunal compétent. **Pour les dommages matériels, la loi met l'indemnisation à la charge des assureurs.** À cette fin, elle crée, pour les contrats d'assurance de biens, une obligation de garantie portant sur le risque terroriste.

La loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 complète le dispositif d'indemnisation mis en place en l'étendant aux victimes françaises d'actes terroristes perpétrés à l'étranger. La France paraît alors dotée d'une législation exemplaire applicable aux victimes d'attentats. Le dispositif en place, fondé sur un **partage des rôles**

---

180. Les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes ont été codifiées aux articles L. 126-1, L. 126-2 et L. 422-1 à L. 422-3 du Code des assurances.

181. Articles L. 126-1 et L. 422-1 du Code des assurances.

182. Par ailleurs, d'autres droits sont reconnus aux personnes ayant subi des dommages corporels résultant d'un acte terroriste. En particulier, les ayants droit des victimes décédées sont exonérés de droits de succession. Les victimes d'actes de terrorisme commis depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1982 possèdent également le statut de victime civile de guerre, bénéficiant ainsi des droits et avantages qui en découlent en vertu du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre (attribution d'une pension non cumulable, droit aux soins médicaux gratuits et à l'appareillage, notamment).



entre les pouvoirs publics et des acteurs privés, donne globalement satisfaction. Le fonds de garantie des victimes du terrorisme a, depuis sa création, répondu à des besoins réels. En témoigne son importante activité, puisque du 1<sup>er</sup> janvier 1985 au 31 décembre 2002, il a traité 2 841 demandes d'indemnisations de victimes d'actes de terrorisme.

#### ■ Les limites du système

Plusieurs difficultés, néanmoins, vont progressivement se faire jour. L'application de la notion d'acte de terrorisme peut être source de difficulté. Le taux de prime est laissé à la liberté contractuelle et varie, en pratique, selon la nature des biens des assurés et leur situation géographique. Des inégalités entre assurés sont ainsi introduites, souvent sans justification économique. En outre, en matière d'indemnisation, le fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions a pu être mis en porte-à-faux en raison du montant des évaluations du préjudice faites par le juge à l'occasion de procès pénaux. Ainsi, la cour d'assises spéciale de Paris qui a condamné, le 14 octobre 1992, *Max X...*, l'artificier du groupe Action directe, a accordé à la victime une indemnité supérieure à celle octroyée par le fonds.

Enfin et surtout, **les assureurs ont dénoncé, après le 11 septembre 2001, l'insuffisante mutualisation des risques pour la couverture des dommages matériels résultant d'actes terroristes.** Dès l'automne, les assureurs français ont décidé qu'ils ne reconduiraient pas les polices d'assurance les plus risquées à compter du 31 décembre, date à laquelle un grand nombre de contrats arrivaient à échéance. De leur côté, les réassureurs ont annoncé leur intention de ne plus offrir de garantie contre le risque terroriste pour une série de biens incluant les immeubles du quartier d'affaires de La Défense, les sites touristiques les plus fréquentés et les installations pétrochimiques. Cela pouvait aboutir à la disparition de l'ensemble des polices d'assurance dommage-responsabilité des biens visés par l'exclusion. Sans une adaptation du dispositif, certains assurés, et en particulier des entreprises et des collectivités locales jugées spécialement exposées au risque terroriste, se seraient donc trouvés privés de toute couverture pour les biens, y compris pour faire face à des dommages non liés au terrorisme. Cette situation a conduit, pour les dommages matériels, à une refonte du système mis en place par la loi du 9 septembre 1986.

#### ■ Après les attentats du 11 septembre 2001, la création du GAREAT

Des négociations ouvertes à l'automne 2001 par la direction du trésor avec les assureurs ont permis d'aboutir à une solution opérationnelle dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Des mesures ont été rapidement prises par les pouvoirs publics<sup>183</sup> dans le sens d'une **plus grande combinaison entre responsabilité et solidarité** : la Caisse centrale de réassurance (CCR) a garanti les risques du secteur aérien supérieurs à 50 millions de dollars ; des dispositions fiscales ont été prises afin

---

183. Cf. communiqué du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 10 décembre 2001.



de faciliter, dans le bilan des sociétés d'assurances, la constitution de provisions couvrant les risques de terrorisme ; la mutualisation du risque terroriste a été recherchée par la constitution d'un *pool* sous la forme d'un groupement d'intérêt économique, le Groupement des assureurs et des réassureurs des attentats terroristes (GAREAT), qui ne joue cependant que pour les dommages matériels.

Le GAREAT rassemble les sociétés membres de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) et du Groupement des entreprises mutuelles d'assurance (GEMA) pour lesquelles l'adhésion est obligatoire ainsi que les sociétés autorisées à pratiquer une activité d'assurance directe sur le territoire français. Il est financé par une prime versée par les membres du *pool*. Cette prime est déterminée par application d'un pourcentage à l'assiette réglementaire du calcul du versement « catastrophes naturelles », avec un taux variable en fonction des valeurs assurées<sup>184</sup>. Les risques sont partagés entre les assureurs, les réassureurs et la CCR, l'État offrant sa garantie illimitée au-delà d'un certain seuil<sup>185</sup>.

La garantie offerte par le GAREAT est doublement circonscrite. D'une part, le GAREAT n'intervient que pour l'indemnisation des **dommages matériels** subis par les victimes d'actes terroristes. Il ne joue pas, en revanche, pour les dommages corporels qui demeurent indemnisés par le fonds de garantie des victimes d'actes terroristes créé par la loi du 9 septembre 1986. D'autre part, le GAREAT ne peut être mobilisé que pour **certains types de polices d'assurance** : la police d'assurance doit inclure une branche dommages aux biens et une branche risques techniques ; les capitaux assurés en dommages directs et pertes d'exploitation doivent être supérieurs à 6 millions d'euros ; le risque doit s'être réalisé sur le territoire français<sup>186</sup>.

**Ce schéma présente cependant deux qualités essentielles : il permet, d'une part, une mutualisation du risque terroriste entre assureurs, tout en limitant l'engagement des réassureurs ; il garantit, d'autre part, l'indemnisation des victimes, grâce à la garantie de l'État, quel que soit le niveau des sinistres au-delà d'un certain seuil.** À ce stade, le GAREAT paraît plutôt donner satisfaction. Preuve en est qu'institué initialement pour une année renouvelable, le dispositif a été prolongé.

### 2.2.3. *Les risques technologiques*

Le législateur est intervenu dans ce secteur pour organiser un **régime mêlant responsabilité et solidarité**. Élaborée à la suite de réflexions et concertations menées après la catastrophe de l'usine Grande Paroisse (AZF) à Toulouse, la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques techniques et naturels et à la réparation des dommages comporte, pour les risques technologiques,

---

184. De 6 M€ à 20 M€ : 6 % ; de 20 M€ à 50 M€ : 12 % ; au-delà de 50 M€ : 18 %.

185. 1,5 Md€ en 2002 ; 1,75 Md€ en 2003. Le niveau d'intervention de l'État devrait être fixé à 2 Md€ en 2004, 2005 et 2006.

186. Sont notamment exclus les risques de particuliers, les polices de dommages immatériels non consécutifs à des dommages matériels, les risques de vol, pillage, fraude, consécutifs à un attentat ou un acte de terrorisme, les risques d'armes et engins nucléaires, les risques relevant des polices transport, marine et aviation.



outre les mesures en matière de prévention, des dispositions visant à une indemnisation rapide et complète des sinistrés en cas d'accident.

Les contrats garantissant contre les dommages causés à des biens d'habitation ou à des véhicules terrestres à moteur ouvrent droit à la garantie pour les dommages résultant de catastrophes technologiques. L'état de « catastrophe technologique » est constaté par décision de l'autorité compétente. La victime est indemnisée par son assureur ou, si elle n'est pas assurée, par le fonds de garantie automobile, l'assureur de la victime étant subrogé dans les droits de celle-ci à l'égard de l'industriel ou de son assureur. Les principes classiques en matière de responsabilité civile, selon lesquels la charge de la réparation incombe *in fine* au responsable du sinistre<sup>187</sup>, trouvent donc à s'appliquer. Sont couverts les dommages liés aux installations « Seveso », au transport de matières dangereuses et à l'exploitation d'installations de stockage souterrain. La réparation doit être intégrale et effective dans un délai de trois mois.

## C – Des mécanismes communs

La tendance à l'extension de la couverture des risques sociaux quels qu'en soient les auteurs et l'affirmation du principe de précaution opposable à la puissance publique entraînent la mise en place de mécanismes ou approches convergentes du traitement des risques, que ceux-ci soient dus à des activités relevant des pouvoirs ou collectivités publics ou à celles des acteurs privés.

### 1. Les risques sociaux liés à l'activité de personnes tant privées que publiques

Si les fondements de la responsabilité des personnes publiques restent différents de ceux des régimes de responsabilité des acteurs privés, les solutions retenues pour la couverture des risques, du moins dans certains domaines, se rapprochent, ne serait-ce que parce que l'idée qu'il puisse y avoir dans les régimes de réparation des divergences substantielles pour des risques comparables est de plus en plus ressentie comme inacceptable.

#### 1.1. L'exemple des accidents du travail

##### 1.1.1. La réparation forfaitaire

Le compromis social prévu par la loi du 9 avril 1898 s'attache à protéger la victime, tout en limitant la responsabilité de l'employeur. Ce système, encore en vigueur aujourd'hui, **allie responsabilité et solidarité pour la couverture d'un risque social, le risque professionnel**. La loi crée pour l'employeur une **responsabilité sans faute**. En d'autres termes, la notion de faute est évacuée et la responsabilité de l'employeur est mise en cause mécaniquement, puisque

---

187. Cf. décision n° 99-419 DC du Conseil constitutionnel du 15 novembre 1999.

le droit à réparation est fondé sur la notion de risque professionnel. En contrepartie, la victime (ou ses ayants droit) obtient automatiquement une **réparation forfaitaire**, mais ne peut intenter contre lui d'actions en réparation, à l'exception des cas particuliers que sont la faute inexcusable ou la faute intentionnelle de l'employeur, cas dans lequel l'employeur doit prendre entièrement à sa charge la réparation.

**Cette réparation forfaitaire est destinée à couvrir la « perte de gain »** de la victime. Elle est en effet censée remplacer le salaire ou la part de salaire que la victime ne peut plus percevoir du fait de son incapacité. En revanche, la réparation forfaitaire ne couvre pas les préjudices dits « extra-patrimoniaux ».

Ce système a été repris dans la loi du 25 octobre 1919 concernant l'indemnisation des maladies professionnelles, et surtout comme on l'a vu, dans la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et les maladies professionnelles. Désormais, la sécurité sociale se substitue aux employeurs dans la gestion et la réparation du risque « accidents du travail-maladies professionnelles » (AT-MP). Au lieu de verser des primes à leurs assureurs privés, les employeurs versent des cotisations à la branche AT-MP de la sécurité sociale, dont le montant est lié notamment au niveau de risque de la branche dans laquelle se situe l'entreprise<sup>188</sup>. La cotisation devient, par ce biais, non seulement un instrument de financement mais également de prévention du risque : les entreprises sont en principe incitées à maîtriser le risque pour faire baisser leur taux de cotisation.

Ce système de réparation est donc **doublement dérogatoire**, par rapport au droit commun de la responsabilité d'une part, et par rapport à la prise en charge habituelle du risque maladie par la sécurité sociale d'autre part.

### *1.1.2. L'évolution récente : vers un rapprochement avec le droit commun de la responsabilité*

#### ■ Un système de plus en plus contesté

Les avantages traditionnels de l'indemnisation des accidents du travail liés aux remboursements rapides et plus généreux que ceux prévus par l'assurance maladie sont devenus moins sensibles avec le développement des assurances complémentaires santé, la multiplication des cas d'« affections de longue durée », la prise en charge à 100 % par la sécurité sociale et la garantie de plus en plus fréquente par les conventions collectives, en cas d'accident ou de maladie, du maintien du salaire pendant une certaine période.

L'indemnisation forfaitaire peut s'avérer fréquemment moins favorable que le droit commun de la responsabilité civile. L'article 1384 du Code civil sur la responsabilité du fait des choses permet aux victimes d'obtenir une réparation sans avoir à prouver la faute de l'auteur du dommage. De plus, il s'agit d'une

---

188. Dans les activités à risque élevé, où la prise en charge du risque est plus importante, les cotisations sont ainsi plus élevées et la mutualisation plus forte. La branche du bâtiment et des travaux publics, par exemple, fait l'objet d'un système spécifique de tarification depuis 1947.



réparation intégrale, puisque le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage<sup>189</sup>.

### ■ Un système concurrencé par d'autres modes de réparation

La réparation classique des accidents du travail a en outre été concurrencée par le développement d'une responsabilité pénale sur le fondement de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions, codifiée aux articles 706-3 à 706-15 du Code de procédure pénale, et par le développement de régimes spécifiques d'indemnisation dans le champ même des risques professionnels, ainsi par exemple dans le cas des préjudices causés par l'amiante.

### ■ Une tendance à l'harmonisation de l'indemnisation des accidents du travail et du droit commun de la responsabilité

Que l'employeur soit une personne privée ou une personne publique, ces avancées vont dans le sens d'une meilleure indemnisation et remettent au moins partiellement en cause la philosophie de la loi de 1898.

#### • La Cour de cassation a considérablement étendu le champ de la « faute inexcusable » de l'employeur et modifié le calcul de la rente.

Par ses arrêts du 28 février 2002 (dont *Société Eternit c/ M<sup>me</sup> Chavatte et autres*), la Cour de cassation a jugé que l'employeur était tenu à une obligation générale de sécurité, résultant du contrat de travail<sup>190</sup>. Elle en a déduit que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable « 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 ».

Le juge a ainsi affirmé le fondement contractuel de l'obligation qui pèse sur l'employeur. Il s'agit d'une obligation de résultat et non plus simplement de moyens. Le manquement est regardé comme résultant de la réalisation du risque. La Cour a par ailleurs assoupli le lien de causalité exigé (Cass. soc.,

---

189. Plusieurs facteurs peuvent cependant conduire dans certains cas à un montant de la réparation inférieure dans le droit commun à celle prévue par le régime AT-MP, notamment : la situation individuelle de la victime (âge, état de santé) prise en compte pour calculer les préjudices extra-patrimoniaux ; la prise en compte de la pluralité des causes (notamment du salarié alors que la faute du salarié n'a d'incidence que sur la faute inexcusable et uniquement si celle-ci est regardée elle-même comme une faute inexcusable, ce qui est exceptionnel) ; la disparition de la majoration actuelle de la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Cf. sur ces points, le rapport de Michel Laroque sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (mars 2004).

190. Plusieurs rapports publics récents préconisent la refonte du système actuel de réparation au profit d'une réparation intégrale systématique des accidents du travail et des maladies professionnelles. Rapport de MM. Mass et Zeggar (juin 2001) ; rapport de la Cour des comptes sur *La gestion du risque et des maladies professionnelles* (février 2002) ; rapport Yahiel (avril 2002) ; rapport de M. Laroque (mars 2004). Il s'agirait de faire figurer dans un texte législatif les avancées de la jurisprudence, qui, avec l'extension de la notion de faute inexcusable, conduit à admettre de plus en plus la réparation intégrale du préjudice subi, sur la base d'une action en réparation des préjudices personnels. Le rapport de M. Laroque sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (mars 2004) synthétise différentes études afin d'estimer le surcoût qu'entraînerait une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles.



31 octobre 2002, *Société Ouest Concassage*). Selon la jurisprudence antérieure, il fallait que la faute ait été la cause « déterminante » de l'accident. Désormais, il suffit que la faute ait été « une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors que d'autres fautes ont concouru au dommage ». La Cour de cassation a mis fin au calcul de la rente en fonction du degré de gravité de la faute de l'employeur (Cass. soc., 19 décembre 2002, *M<sup>me</sup> Hervé c/ CPAM d'Angers*), au profit d'une majoration maximale et systématique de la rente. Le calcul antérieur en fonction du degré de gravité de la faute était en effet peu cohérent avec la notion de faute inexcusable. Seule la faute inexcusable du salarié peut justifier désormais une diminution de la rente. Mais cette faute inexcusable est définie de façon restrictive comme une « faute volontaire d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience » (Cass., civ. 2<sup>e</sup>, 27 janvier 2004).

• **S'agissant des agents publics, le Conseil d'État est revenu sur le principe du « forfait de pension » et a admis le principe d'une indemnisation complémentaire.**

La réparation des accidents du travail des fonctionnaires est légèrement différente de celle prévue pour les salariés de droit privé. Comme on l'a vu, par sa décision du 21 juin 1895, *Cames*, le Conseil d'État a créé la responsabilité pour risque professionnel en jugeant que l'administration était tenue, même en l'absence de faute de sa part, de réparer les dommages corporels subis par ses agents dans l'accomplissement de leurs fonctions. Par un avis du 1<sup>er</sup> juillet 1905, puis dans une décision du 12 janvier 1906, *Paillotin*<sup>191</sup>, le Conseil d'État a ensuite posé la règle du **forfait de pension**, qui est d'origine entièrement jurisprudentielle. L'idée qui a prévalu en 1905 était que lorsque le législateur a défini les conditions d'indemnisation des victimes de certains dommages, « le droit commun de la responsabilité de la puissance publique ne s'applique pas ; il s'efface devant les règles législatives spéciales »<sup>192</sup>. La définition, par le législateur, d'un droit à pension en cas d'accident du travail a dès lors été interprétée comme conférant un caractère forfaitaire à cette pension. L'agent ne peut prétendre à aucune autre réparation, même en présence de faute de l'administration, ce dernier aspect constituant une différence importante par rapport à l'indemnisation des salariés de droit privé.

Si le « forfait de pension » est aujourd'hui vivement critiqué, ce système était à l'origine très favorable : il offrait une réparation automatique, sans avoir à prouver une faute de l'administration. Il permettait de réparer les préjudices non corporels, à une époque où le régime de droit commun de la responsabilité était encore peu développé.

**La réparation par le biais du forfait de pension s'avère aujourd'hui incomplète**, par rapport au régime de droit commun de la responsabilité mais aussi par rapport au développement de la responsabilité administrative. Si la réparation forfaitaire à laquelle l'accident du travail ouvre droit est plus avantageuse que les remboursements prévus dans le cadre de l'assurance maladie

---

191. CE, 12 janvier 1906, *Sieur Paillotin*, rec. p. 36.

192. R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, p. 1335.



pour des risques comparables (risque invalidité) elle s'avère souvent sensiblement inférieure à ce que la victime obtiendrait par l'application des règles de droit commun, puisque l'agent ne peut obtenir de réparation au titre de ses souffrances physiques ou morales<sup>193</sup>. Le forfait de pension aboutit fréquemment à des situations inéquitables, qualifiées par le président Odent de « *solutions paradoxales* »<sup>194</sup>.

Récemment, le Conseil d'État a opéré des **avancées jurisprudentielles** tendant à ce que la victime soit indemnisée sur la base d'une réparation intégrale. En application des décisions de Section du 15 décembre 2000, *M<sup>me</sup> Bernard et M. Castanet*, le forfait de pension ne s'applique plus lorsque l'employeur aggrave, par une faute distincte, les conséquences dommageables de l'accident de service. Le Conseil a en outre défini un système beaucoup plus complet de réparation des accidents de service dans sa **décision d'Assemblée du 4 juillet 2003, M<sup>me</sup> M.-C.**

**La solution retenue repose sur un système à trois étages, qui permet de réparer intégralement le préjudice.** La décision *M<sup>me</sup> M.-C.* restreint considérablement le champ d'application du forfait de pension. L'idée principale est que la réparation forfaitaire prévue par les textes en cas d'accidents de service ne couvre que les dommages directement liés à l'atteinte à l'intégrité physique et rien n'interdit au fonctionnaire d'obtenir, sur la base de la responsabilité pour risque (c'est-à-dire sans faute de l'administration), une indemnité complémentaire réparant les chefs de préjudice distincts de l'atteinte à l'intégrité physique. De plus, en cas de faute de l'administration, même simple, l'agent peut demander une indemnité supplémentaire au titre de la perte de revenus.

Cette solution permet de conserver le principe du forfait de pension, tout en ouvrant les possibilités de réparation intégrale pour les victimes. Elle présente aussi l'avantage de renforcer la cohérence entre le régime de réparation applicable aux salariés du secteur privé et celui applicable aux agents publics. Enfin, elle permet de respecter le principe d'égalité devant les charges publiques.

• **Les jurisprudences du juge administratif et du juge judiciaire tendent à se rapprocher.**

Par des raisonnements différents, la Cour de cassation et le Conseil d'État visent donc aujourd'hui à promouvoir **la réparation intégrale** des dommages subis par les victimes d'accidents du travail. Dans le premier cas, la notion de « faute inexcusable » de l'employeur a été étendue et le calcul de la rente modifiée, tandis que dans le second cas, c'est la règle du forfait de pension qui a vu son champ d'application se restreindre afin de permettre l'indemnisation des préjudices personnels.

**Les préjudices pris en compte** par les deux juridictions sont également de plus en plus comparables, notamment pour ce qui concerne les préjudices

---

193. CE, Ass., 4 juillet 2003, *M<sup>me</sup> M.-C.*, rec. p. 323, concl. Didier Chauvaux, RFDA, 2003, n° 5, p. 991.

194. R. Odent, *Cours de contentieux administratif, op. cit.*, p. 1335 et suivantes.



« personnels ». Le Conseil d'État utilise la notion de « troubles de toute nature dans les conditions d'existence », et distingue la fraction de l'indemnité allouée en réparation des troubles physiologiques de celle allouée en raison des autres troubles dans les conditions d'existence<sup>195</sup>. Cette distinction est importante puisqu'elle permet de déterminer l'assiette du recours des organismes sociaux. La Cour de cassation a pour sa part restreint le champ de la notion de « préjudice d'agrément », qui couvrait parfois un préjudice physiologique, lequel échappait ainsi à l'action récursoire des caisses de sécurité sociale<sup>196</sup>. Cette notion se rapproche ainsi de la notion de « troubles dans les conditions d'existence » qu'utilise le Conseil d'État<sup>197</sup>.

## 1.2. L'exemple de la sécurité sanitaire

Face à la montée de certains risques, souvent d'ordre sanitaire, sources de problèmes de responsabilité et d'indemnisation délicats, le législateur est intervenu pour poser des solutions juridiques et financières applicables au secteur privé comme au secteur public. C'est ainsi qu'il a cherché à résoudre le problème des risques thérapeutiques et de la responsabilité médicale, et à apporter des réponses spécifiques à des crises sanitaires liées aux risques particuliers que sont les risques sériels ou de masse.

### 1.2.1. La responsabilité médicale et hospitalière, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Précédée d'une importante **évolution jurisprudentielle**, la loi du 4 mars 2002 a réaffirmé le principe selon lequel la responsabilité en matière sanitaire est avant tout fondée sur la faute, tout en prévoyant de faire jouer la solidarité nationale dans certains cas.

Des avancées jurisprudentielles ont au cours de ces dernières années profondément remodelé les conditions d'engagement de la responsabilité du service public de santé, dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'indemnisation des victimes. Cette évolution a été marquée par le déclin de la faute lourde et une extension de la responsabilité sans faute dans des hypothèses assez strictement définies.

#### ■ Le déclin de la faute lourde

La jurisprudence de Section *Dame Vion épouse Loiseau et Dame Philiponneau*, du 8 novembre 1935 (rec. p. 1019) avait posé une distinction fondamentale : une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'hôpital lorsque le dommage était dû à une mauvaise organisation ou à un fonctionnement défectueux du service ou à un acte de soin ; en revanche, une faute lourde était nécessaire lorsqu'il était dû à un acte médical. Le juge entendait ainsi tenir

195. CE, Ass., 14 février 1975, *Société des Eaux de Marseille*, concl. Morisot, rec. p. 124.

196. Cass. soc., 9 novembre 1976, Bull. civ. V, n° 573 ; 21 octobre 1985, Bull. civ. V n° 478 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 octobre 1985, Bull. civ. II n° 163 ; Cass. crim., 26 mai 1992, Bull. crim., n° 210 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 1997, D. 1998 59.

197. Cf. également pour une formulation récente, CE, 15 juillet 2004, *Duval Costa*.



compte de la difficulté particulière de l'art médical et des aléas qui lui sont inhérents.

Au fil des ans, la distinction entre l'acte de soin (que le juge nommait « acte courant et de caractère bénin ») et l'acte médical s'est obscurcie. La frontière entre les actes de soins et les actes médicaux était difficile à tracer, car la technique médicale évolue et le traitement d'un malade nécessite généralement une succession d'actes médicaux et d'actes de soins, eux-mêmes parfois pratiqués aussi bien par des médecins que des infirmiers.

Confronté à cette question, le Conseil d'État a, dans son arrêt de Section *Rouzet*<sup>198</sup>, décidé de ne plus se fonder sur des critères organiques tirés de la qualité de l'auteur de l'acte mais sur des critères tirés de la nature de ces actes : les actes ne pouvant être pratiqués que par les docteurs en médecine ou sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin ne pouvaient engager la responsabilité de l'administration que pour faute lourde ; au contraire, une faute simple suffisait pour les actes pouvant être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés en dehors de la présence du médecin.

La mise en doute de la pertinence de cette distinction a conduit le Conseil d'État à **réduire progressivement la distinction entre faute lourde et faute simple**.

D'une part le juge a fait peser une obligation de moyen de plus en plus rigoureuse sur le service public hospitalier, en retenant une conception plus large des dysfonctionnements constitutifs de fautes dans l'organisation du service. D'autre part le juge a délimité de plus en plus strictement le champ de la faute lourde, en le cantonnant aux seuls actes médicaux réellement complexes et en retenant à l'inverse une acception large de la faute lourde lorsqu'elle est exigée.

**L'aboutissement logique de cette évolution a été l'abandon de l'exigence d'une faute lourde pour les actes médicaux par la décision *Époux V.*<sup>199</sup>.** *Ce revirement de jurisprudence n'a toutefois pas entraîné un changement radical des obligations qui pèsent sur le service public de santé.* Dans ses conclusions sur l'affaire *Époux V.*, le commissaire du gouvernement précisait la portée de la décision : « *il s'agit, à propos des actes accomplis par le médecin hospitalier et selon la nature de chacun d'eux, de faire passer la limite de la responsabilité pécuniaire de l'établissement entre d'un côté l'erreur isolée, la maladresse légère ou l'imprudence minime explicable par une situation d'urgence – disons l'erreur non fautive –, et de l'autre côté la faute, c'est-à-dire l'option ou le geste clairement contraire aux règles de l'art. À notre avis, cette description ne va guère au-delà de ce que fait la tendance dominante de votre pratique jurisprudentielle, qui étend assez largement le domaine de la faute indemnisable (en prenant notamment en compte la gravité des conséquences de l'acte) et qui réserve l'erreur non fautive à l'impondérable et à l'imprévisible, aux aléas indissociables de toute intervention médicale sur le corps humain. Il ne s'agit ni de transformer l'obligation de moyen en obligation de résultat, ni d'assimiler la faute médicale à d'autres fautes. Il*

198. CE, Sect., 26 juin 1959, rec. p. 405.

199. CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, rec. p. 171.



*est entendu qu'il s'agit d'une faute spécifique régie par les lois particulières de la discipline en cause. Dans tout régime de responsabilité pour faute, le seuil de la faute se place d'ailleurs à un niveau déterminé par la nature et la difficulté de l'action entreprise, sauf dans les cas où la difficulté n'est pas la seule considération prise en compte. La médecine n'est pas un de ces cas. »* La notion de « *faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital* » laisse donc place à une marge d'appréciation du juge, en fonction de la nature et de la difficulté des tâches en cause, et doit être distinguée de la simple erreur ou maladresse. La jurisprudence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel depuis 1992 ne va pas dans le sens d'un accroissement sensible du nombre de cas dans lesquels la responsabilité des hôpitaux est retenue pour des actes médicaux. Le juge administratif a continué d'apprécier l'activité médicale à la lumière des difficultés spécifiques qui sont les siennes et d'éviter la confusion entre la faute et l'erreur, la maladresse ou l'impondérable qui participent de manière parfois inéluctable aux aléas propres à tout acte médical. La véritable césure dans la jurisprudence est plutôt l'atténuation de la portée concrète de l'exigence d'une faute lourde dans les années quatre-vingt<sup>200</sup>.

L'abandon de la faute lourde était en outre intervenu dès 1966 pour le cas de la surveillance des malades mentaux. Il a été confirmé pour l'activité des SAMU<sup>201</sup> et étendu à des hypothèses dans lesquelles l'État est responsable de dommages subis à l'occasion de soins pratiqués dans un établissement public de santé : transfusion sanguine<sup>202</sup>, hospitalisation d'office des malades mentaux<sup>203</sup>.

En outre, s'il revient en principe à la victime d'apporter la preuve de la faute, l'évolution de la jurisprudence montre **un recours accru soit au renversement de la charge de la preuve, soit à une présomption irréfragable de faute**. Or en matière médicale, le problème est souvent moins la charge de la preuve que la possibilité même de pouvoir prouver quoi que ce soit.

L'examen de la jurisprudence permet de distinguer plusieurs types de fautes : la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, qui se traduit par des erreurs et défaillances administratives, des retards, des relations défectueuses entre le médecin et le personnel paramédical, l'absence de personnel compétent, le défaut de surveillance des malades ; la faute dans les soins paramédicaux ; la faute médicale, résultant d'une erreur de diagnostic, d'un mauvais choix thérapeutique, d'une faute dans l'exécution du traitement ou de l'opération, d'une faute à l'occasion d'actes médicaux d'investigation ; le manquement à l'obligation d'information et le défaut de consentement.

Dans ce dernier domaine, il convient de relever la montée en puissance de la **question du consentement libre et éclairé du patient**. Ce principe a été progressivement incorporé au droit positif et figure aujourd'hui dans le Code de

---

200. Voir Christine Maugüé, *Droit médical et hospitalier*, Litec.

201. CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*, p. 254.

202. CE, Ass., 9 avril 1993, *M.D.*, p. 110.

203. CE, 14 avril 1999, *Société Assurances générales de France c/ Commune d'Anctoville*, rec. tab. p. 921.



déontologie médicale, le Code civil et le Code de la santé publique<sup>204</sup>. Le patient, pour donner un consentement éclairé, doit disposer des informations nécessaires pour prendre sa décision : nature de l'intervention, raisons pour lesquelles elle est préconisée par le médecin, aléas de l'intervention.

**Le juge administratif applique désormais la théorie de la perte de chance**, qui conduit dans ce cas à proportionner la réparation à la probabilité d'un refus du malade dûment informé de se prêter à l'intervention<sup>205</sup>. Sur ce point, il se rapproche des solutions retenues par le juge judiciaire. Auparavant, le juge administratif, qui n'appliquait pas la théorie de la perte de chance, condamnait l'hôpital qui avait manqué à son obligation d'information à réparer l'entier préjudice. Mais les conditions pour admettre l'existence d'un manquement restaient à l'inverse sévères. Cette évolution a contribué à la consécration du principe par la loi du 4 mars 2002.

#### ■ **La responsabilité sans faute : les jurisprudences *Bianchi* et *Gomez*, éléments « précurseurs » de la socialisation des risques dans le domaine médical ?**

Les arrêts *Gomez* (CAA de Lyon, 21 décembre 2000, rec. p. 498) et *Bianchi* (CE, Ass., 9 avril 1993, rec. p. 127 concl. Daël) ont pu paraître audacieux : alors que, jusque-là, la faute restait au cœur de l'engagement de la responsabilité du service public de santé, ils renaient la responsabilité d'un établissement hospitalier non sur le fondement de la faute, mais sur celui du risque encouru.

Selon la jurisprudence *Gomez*, l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet, et lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier.

Certains commentateurs ont rattaché la solution retenue au régime des collaborateurs du service public, s'agissant en l'espèce des conséquences d'une thérapeutique nouvelle. Mais la décision *Bianchi*, cas dans lequel il n'y avait pas application d'une thérapeutique nouvelle, a donné toute sa portée à l'évolution jurisprudentielle. Le Conseil d'État a jugé, par cette décision, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité (il s'agissait en l'espèce d'une artériographie).

---

204. Article L. 1111-4 issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

205. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T*, rec. p. 5 ; Ass., 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France* ; *AJDA*, 2004, p. 1361, chronique C. Landais et F. Lenica.



Cette solution a été également retenue alors même que l'acte médical avait été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique, en l'espèce une circoncision rituelle<sup>206</sup>. De même le juge administratif a estimé que le service public hospitalier était responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise<sup>207</sup>.

Le régime de responsabilité défini par la jurisprudence *Bianchi* était cependant soumis à des **conditions très strictes**. Sept conditions peuvent en effet être décomptées pour que soit engagée la responsabilité de l'hôpital public. Ses applications positives ont d'ailleurs été fort peu nombreuses, notamment du fait du critère de « dommage d'exceptionnelle gravité », ce qui fait que le bilan de la jurisprudence *Bianchi* a pu paraître décevant. En réalité, elle a ouvert la voie à la mise en place, par la loi du 4 mars 2002, d'un régime de réparation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale.

*« L'application d'un régime de responsabilité sans faute dans cette hypothèse était audacieuse au plan théorique. Dès lors que l'acte médical est accompli dans le seul intérêt du patient, il n'est pas évident, en effet, que la réalisation des risques qu'il comporte puisse être regardée comme une rupture à son détriment de l'égalité devant les charges publiques, rupture qui constitue la justification principale des régimes de responsabilité pour risque. Cependant, le fait qu'une intervention thérapeutique aggrave de manière catastrophique l'état de santé du patient, sans que celui-ci puisse bénéficier d'une indemnisation, n'est guère acceptable. Constatant que le législateur n'avait pas mis en place un dispositif de réparation, fondé par exemple sur un mécanisme d'assurance, l'Assemblée du contentieux avait accepté de traiter cette question par la voie jurisprudentielle »*<sup>208</sup>. Le Conseil d'État est allé aussi loin qu'il le pouvait sans empiéter sur le rôle du législateur.

#### ■ La loi du 4 mars 2002 : l'affirmation du principe de responsabilité pour faute et la création par la loi d'un mécanisme d'indemnisation de l'aléa thérapeutique fondé sur la solidarité nationale

La loi, qui consacre l'obligation d'assurance des praticiens, prévoit que la responsabilité des professionnels et établissements ne peut être engagée qu'en cas de faute, sauf dans deux cas : pour les dommages causés par les produits de santé défectueux ; pour les infections nosocomiales, qui engagent la responsabilité des établissements sauf s'ils apportent la preuve d'une cause étrangère.

En outre, dès lors qu'un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale n'engage pas la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, la solidarité nationale jouera, si les préjudices subis par le patient ont eu « des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un

---

206. CE, Sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, rec. p. 412.

207. CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, rec., p. 338 : il s'agissait en l'espèce du fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel.

208. Didier Chauvaux, *Cahiers de la fonction publique*, avril 2002.



*caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle, mesurées en tenant compte notamment du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail »<sup>209</sup>.*

La loi a ainsi fait passer la charge financière de la réparation des accidents médicaux les plus graves des professionnels et établissements de santé vers les assurés sociaux, *via* l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), financé par l'assurance maladie (article L. 1142-22 du Code de la santé publique).

Ainsi, la loi s'inspire de l'évolution jurisprudentielle. Les conditions de prise en charge d'un accident médical par la solidarité nationale sont très proches de celles requises par la jurisprudence pour que les conséquences d'un aléa thérapeutique soient réparées par un établissement hospitalier, si ce n'est que le seuil de gravité permettant la prise en charge des dommages a été fixé à un niveau d'incapacité permanente d'au moins 24 %, alors que les applications positives de la jurisprudence *Bianchi* portaient sur des cas d'IPP de 70 % ou plus<sup>210</sup>.

La loi permet par ailleurs aux victimes de formuler leurs demandes d'indemnisation devant les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), système dont on peut se demander s'il n'aboutit pas à une complexité excessive au regard des avantages escomptés (*cf. infra*).

Des cas d'ouverture de responsabilité sans faute subsistent, en outre, prévus par d'autres textes législatifs : responsabilité des centres de transfusion sanguine, puis de l'Établissement français du sang en matière de transfusion sanguine (la loi n° 61-846 du 2 août 1961) ; responsabilité de l'État en matière de vaccinations obligatoires (la loi n° 64-643 du 1<sup>er</sup> juillet 1964) ; responsabilité des promoteurs des recherches biomédicales en matière de recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct (loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988).

Des régimes jurisprudentiels de responsabilité sans faute, restent, en outre, applicables au service public hospitalier : le régime de responsabilité sans faute applicable aux collaborateurs occasionnels (bénévoles ou requis), qui s'applique aux hôpitaux publics ; le régime de responsabilité sans faute en raison des dommages causés par les malades mentaux en sortie d'essai surveillée.

### *1.2.2. Le rapprochement des règles de responsabilité entre les secteurs public et libéral*

Longtemps, on considérait que le juge judiciaire était plus généreux que le juge administratif, notamment en raison de la jurisprudence sur la faute lourde médicale. Mais le principe même de responsabilité administrative est favorable aux victimes, en raison des spécificités du droit public, qui permettent de

---

209. Le décret du 24 avril 2003 fait jouer la solidarité nationale pour les dommages entraînant un taux d'incapacité permanente d'au moins 24 % (soit presque le plafond de 25 % fixé par le législateur), ou répondant à certains critères de gravité.

210. *Cf.* Frédéric Thiriez, « La jurisprudence Bianchi, symbole ou réalité ? », *Droit administratif*, janvier 2001.



mettre en cause le service ou l'équipe médicale globalement, au lieu d'exercer une action contre le médecin. De plus, les évolutions décrites plus haut ont changé la donne.

La Cour de cassation a progressivement mis à la charge des professionnels de santé des obligations permettant au patient de bénéficier d'une protection accrue. L'autorité judiciaire, parallèlement à l'avancée du droit des victimes opérée par le juge administratif, a fait évoluer sa jurisprudence. À la fin des années quatre-vingt-dix, la pression sur les médecins – libéraux comme hospitaliers – s'est faite plus forte, notamment pour ce qui concerne l'obligation d'informer le malade sur les risques du traitement ou de l'intervention, en renversant la charge de la preuve<sup>211</sup>. Mais, comme dans l'ordre administratif, des limites ont été posées à la responsabilité médicale, en raison de la part de risque inhérente à l'acte médical.

L'action conjuguée des juges et du législateur a permis d'aboutir à ce que les malades soignés dans les hôpitaux publics, dans les établissements privés ou en secteur libéral soient soumis à des règles de responsabilité largement communes. L'unification des délais de prescription applicables aux accidents médicaux a en outre été réalisée, dans le souci de rétablir une égalité de traitement entre les victimes devant le juge judiciaire et le juge administratif. Ainsi, aux termes de l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique, les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage. Cette prescription décennale se substitue, en matière de responsabilité médicale, à la prescription trentenaire de droit commun et à la prescription quadriennale instaurée par la loi du 31 décembre 1968 pour les créances sur les collectivités publiques<sup>212</sup>.

Mais les règles de responsabilité selon que les victimes sont patients du service public de santé ou du secteur libéral ont des fondements différents. Depuis les arrêts *Mercier*<sup>213</sup> et *Clinique Sainte-Croix*<sup>214</sup> la responsabilité des médecins et des cliniques a un fondement contractuel. Du point de vue de la responsabilité administrative, le lien se crée au contraire non pas entre le praticien et le patient, mais entre le patient et l'hôpital, à l'égard duquel le patient est un usager, placé dans une situation légale et réglementaire.

En outre, comme on le verra, **il n'est pas toujours facile, pour les pouvoirs publics, d'organiser une socialisation du risque pour les activités relevant du secteur privé**, sauf à mettre en place un système de solidarité nationale reposant essentiellement sur des fonds publics, ce qui n'est pas forcément souhaitable. Ces difficultés se retrouvent dans le domaine médical, comme dans d'autres. La crise récente des assurances médicales en est un exemple (*cf. infra*).

---

211. Cass. civ., 25 février 1997.

212. CE, avis, 19 mars 2003, *M. Haddad et CPAM de Tourcoing c/ CH de Tourcoing*, rec. p. 133.

213. Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier*, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 342.

214. Cass. civ., 6 mars 1945, D. 1945, p. 217.



### 1.2.3. Les régimes spéciaux de socialisation des risques sériels ou de masse

Les dommages particulièrement lourds causés par certains risques sériels ou de masse, le sentiment d'injustice et l'émotion qu'ils ont causé, ont justifié la mise en œuvre de règles d'indemnisation particulières ; celles-ci font appel, de façon conjuguée ou non, à des régimes de responsabilité comme à des mesures de solidarité nationale qui participent à la socialisation de ces risques.

#### ■ Les risques sériels

Le risque sériel dans le domaine de la santé est une affection contractée à l'occasion de soins et qui affecte un très grand nombre de personnes. En raison du nombre potentiellement très grand des victimes, l'application individuelle des règles de droit commun de la responsabilité hospitalière atteint rapidement ses limites, notamment parce que le critère de spécialité du préjudice, qui conditionne habituellement la responsabilité sans faute, ne peut être rempli. Cette difficulté s'inscrit sur un fond de tension du corps social face à des préjudices qui suscitent l'incompréhension voire la colère : hormone de croissance, hépatite C et VIH transmis par voie transfusionnelle, dommages causés par les produits médicamenteux, notamment.

Face à ces risques, les règles en matière d'indemnisation sont les mêmes, que soit en cause un hôpital public ou un établissement privé, même si l'unité des solutions législatives n'exclut pas certaines divergences jurisprudentielles<sup>215</sup>.

Dans les cas de **maladie de Creutzfeldt-Jacob dus à l'injection d'hormone de croissance extractive**, l'État a spontanément pris en charge le préjudice subi par les personnes atteintes, parant ainsi à des actions en justice des victimes contre l'hôpital.

S'agissant des dommages causés par **les médicaments, les greffes ou les produits issus du corps humain**, les producteurs sont responsables de plein droit en vertu des articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil, issus de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Le cas de la **contamination par le virus du VIH à la suite de transfusions sanguines** est le plus complexe. L'affaire du sang contaminé a conduit à la combinaison de règles législatives et jurisprudentielles. Un régime législatif d'indemnisation des victimes a été institué par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991. Le trait distinctif de ce régime est que l'indemnisation est assurée par un fonds : un fonds particulier jusqu'en août 2004, l'ONIAM depuis<sup>216</sup>. Ce dernier est « *subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède la victime contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes. Toutefois l'office ne peut engager d'action au titre*

215. Cf. CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, rec. p. 280, concl. P. Frydman et Cass., Ass. plén., 6 juin 1997, n° 95-12284, Bull. 1997 AP n° 8, p. 20.

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



de cette subrogation que lorsque le dommage est imputable à une faute » (Code de la santé publique, article L. 3122-4). Mais l'indemnisation des victimes par un fonds *ad hoc*, indépendamment de toute action en justice, apparente ce régime davantage à un mécanisme de solidarité qu'à un régime de responsabilité. Le nombre élevé d'indemnisations assurées par le fonds créé pour les victimes de contamination par le virus du sida (4 438 au 1<sup>er</sup> mars 2000, pour un nombre de victimes évalué à 5 000), comparé, par exemple, au nombre restreint d'actions en justice intentées dans le cas de la contamination par le virus d'hépatite C, montre qu'il y a, d'un point de vue sociologique, une différence substantielle entre la saisine d'un fonds d'indemnisation et la saisine d'une juridiction.

Mais l'existence d'un fonds n'exclut pas la recherche de la responsabilité de l'État. Le juge administratif a pour sa part considéré que la responsabilité de l'État peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice des attributions relatives à l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, au contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et à l'édictation des règles propres à assurer la qualité du sang humain. En outre, dans le cas où cette responsabilité serait engagée, l'État ne pourrait s'en exonérer en invoquant des fautes commises par les établissements de transfusion sanguine. Ainsi, la carence fautive de l'administration est de nature à engager la responsabilité de l'État à raison des contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins pratiquées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985 <sup>217</sup>.

En présence de transfusions pratiquées à une époque où le mode de préparation des produits sanguins n'assurait pas l'inactivation du VIH, le juge retient une présomption d'imputabilité dès lors qu'aucun autre facteur de risque n'existe et que l'innocuité des produits administrés n'a pas été démontrée. Les tribunaux judiciaires saisis de demandes contre des centres privés de transfusion sanguine ont adopté la même attitude en considérant que l'origine transfusionnelle de la contamination est établie dès lors qu'il y a des présomptions « graves, précises, et concordantes » au sens de l'article 1353 du Code civil <sup>218</sup>.

Enfin, la responsabilité de l'hôpital public dans lequel a été faite la transfusion ne peut être engagée, pour faute prouvée ou présumée, que s'il a manqué aux précautions qui s'imposaient pour éviter une transfusion non indispensable ou pour vérifier la qualité du sang alors qu'il aurait dû avoir des doutes à cet égard.

Pour ce qui concerne **l'hépatite C post transfusionnelle** pour laquelle le nombre de victimes pourrait être potentiellement très important, et pour l'indemnisation de laquelle il n'existe pas de fonds, le juge, comme le législateur, ont précisé la portée de la présomption de causalité <sup>219</sup> admise. L'article 102 de la loi du 4 mars 2002 pose une présomption de causalité entre une transfusion et la contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date

---

217. CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, rec. p. 110, concl. H. Legal, RFDA 9(3), mai-juin 1993, p. 583.

218. Cf. concl. D. Chauvaux sur CE, 15 janvier 2001, *APHP c/ Mme Shames*.

219. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *JORF* du 5 mars 2002.



d'entrée en vigueur de la loi, à condition que le demandeur apporte des éléments permettant de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Le Conseil d'État, par une décision de Section du 10 octobre 2003, *M<sup>me</sup> Tato et autres*<sup>220</sup>, a jugé qu'il appartient au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le virus de l'hépatite C provient d'une transfusion, mais d'apporter un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance, et que, si tel est le cas, la charge de la preuve contraire repose sur le défendeur. Ce n'est qu'au stade où le juge, au vu des éléments produits successivement par ces parties, forme sa conviction, que le doute profite au demandeur.

Le commissaire du gouvernement dans cette affaire précisait qu'à ses yeux les dispositions nouvelles n'introduisaient pas un bouleversement radical dans l'approche des litiges liés à la contamination transfusionnelle telle que dégagée par la jurisprudence. L'imputation du dommage à une transfusion sanguine pouvait être présumée lorsque le demandeur établissait, d'une part, que la contamination était apparue à la suite de transfusions sanguines et d'autre part, qu'il ne présentait pas d'autres facteurs de risques. Lorsque la présomption était constituée, il appartenait aux fournisseurs des produits sanguins d'apporter la preuve que ceux-ci n'étaient pas contaminés, ce qui n'est normalement possible que si tous les donneurs ont été retrouvés et qu'aucun n'est porteur du virus<sup>221</sup>. Il ajoutait que la loi ne devait pas être interprétée en ce sens que la seule possibilité qu'une contamination soit intervenue lors d'une transfusion conduirait à faire droit à la demande : « *la présomption doit résulter d'un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse un degré suffisamment élevé de vraisemblance. Un seuil critique doit être atteint, compte tenu de toutes les données disponibles, notamment des données cliniques et résultats d'examens médicaux recueillis avant et après la transfusion et de l'existence d'autres causes possibles de contamination précisément identifiées* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur des affaires concernant les dommages causés par des transfusions. Elle a rappelé que les États étaient tenus de respecter les règles procédurales prévues par la Convention, en particulier celles relatives au délai raisonnable et à l'existence d'un recours effectif (*cf. infra*).

### ■ Les risques de masse : le cas de l'amiante

Le souci croissant d'une plus grande protection des victimes se double d'un phénomène plus récent de mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics pour des dommages sanitaires qui ne sont pas directement liés au service public de santé *stricto sensu*. Ainsi, la question de l'indemnisation des conséquences dramatiques de l'inhalation des poussières d'amiante met en

---

220. Rec. p. 393.

221. CE, Sect., 29 mars 2000, *AP-HP*, rec. p. 147 ; CAA Paris, Plénière, 12 février 1998, *M<sup>mes</sup> J. et L.*, p. 571 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juillet 2002, n° 00-15848 et 00-16126, Bull. civ. 1 n° 182, p. 139.



cause tant l'action des pouvoirs publics que la responsabilité des employeurs, publics ou privés.

C'est à propos de l'amiante que la Cour de cassation a bouleversé le régime de **responsabilité de l'employeur** en matière d'hygiène et de sécurité de ses salariés, en se fondant sur le caractère de faute inexcusable du manquement à « l'obligation de sécurité de résultat »<sup>222</sup>. Par une série de décisions rendues le 3 mars 2004 (CE, Ass., *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres*)<sup>223</sup>, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a pour sa part reconnu la **responsabilité de l'État** pour carence fautive à prendre les mesures de prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante.

Le Conseil d'État a tout d'abord rappelé que si 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. À cet égard, il appartient à ces autorités d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers. Un double constat peut être fait : d'une part le caractère nocif des poussières d'amiante était connu de longue date et leur caractère cancérigène avait été mis en évidence dès le milieu des années cinquante ; d'autre part les autorités publiques n'ont entrepris, avant 1977, aucune recherche afin d'évaluer les risques pesant sur les travailleurs exposés à ces poussières d'amiante, ni pris de mesures propres à éliminer ou à limiter les dangers liés à une telle exposition. Le juge en déduit que l'État a commis une faute de nature à engager sa responsabilité du fait de ses carences dans la prévention des risques liés à cette exposition.

Un mécanisme d'indemnisation fondé sur la **solidarité** a par ailleurs été mis en place : la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale a créé, comme on l'a vu, le **fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante**. La gravité, le caractère massif des dommages et la nécessité d'indemniser le plus rapidement possible expliquent ce recours à la solidarité. Le coût total sur vingt ans de l'indemnisation des différentes pathologies liées à l'amiante serait compris entre 11,7 et 22 milliards d'euros. Le coût du dispositif de cessation anticipée d'activité des victimes de l'amiante à l'horizon 2002 pourrait s'établir à environ 15 milliards d'euros<sup>224</sup>. Ces chiffres montrent que, compte tenu de son coût financier, ce type d'indemnisation ne peut être qu'exceptionnellement mis en place.

---

222. Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-17201, Bull. 2002 V n° 81, p. 74.

223. Cf. concl. Emmanuelle Prada Bordenave sur l'affaire *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X et autres*, RFDA 2004, p. 612.

224. Cf. rapport du Gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante pour l'année en cours et pour les vingt années suivantes, 2003.



## 2. La responsabilité de l'État conséquence de son rôle de prévention des risques

Le rôle accru dévolu à l'État dans la prévention et la gestion des risques en amont de leur réalisation ouvre un champ toujours plus large à la mise en jeu de sa responsabilité. Il peut se retrouver coresponsable de préjudices causés par d'autres acteurs que lui ou responsable de préjudices ne relevant d'aucun acteur humain, dès lors qu'il aurait commis une faute en matière de prévention ou de régulation. La tendance qui consiste à confier à des organes ou autorités plus ou moins indépendants des fonctions de veille, de contrôle ou de régulation n'exclut pas la mise en cause de la responsabilité de l'État.

### 2.1. La prévention classique, source de responsabilité

L'idée que la responsabilité de l'État peut être mise en cause à raison des carences ou des insuffisances de son action en matière de prévention des risques n'est pas nouvelle. Déjà, à propos de la loi du 12 juin 1893 relative à la protection générale des ouvriers, le ministre de l'Intérieur de l'époque déclarait : « *La plupart des industries sont insalubres, beaucoup sont dangereuses. Mais s'il est des périls que la prudence humaine sera toujours impuissante à conjurer, il en est d'autres que de sages précautions sont susceptibles de prévenir. L'expérience a en effet montré que le problème de l'amélioration de la sécurité des travailleurs et de la salubrité des établissements industriels n'est pas insoluble, et puisque cet objectif n'est pas inaccessible, c'est un devoir de chercher à l'atteindre* »<sup>225</sup>.

#### 2.1.1. Le défaut de réglementation : de la carence à la faute

Le juge administratif a, comme on l'a vu (*cf. supra*), retenu la carence fautive de l'État pour n'avoir pas pris en temps utile les mesures propres à limiter les risques de contaminations du VIH par transfusion sanguine. Les préjudices causés par les poussières d'amiante mettent en cause la responsabilité de l'État à un double titre : d'abord, en tant qu'employeur qui voit sa responsabilité pécuniaire « socialisée » avec celle des autres employeurs par l'entremise du FIVA, mais aussi en tant qu'État contrôleur depuis les décisions du Conseil d'État de mars 2004. Dès lors se pose la question de l'articulation entre les responsabilités respectives de l'État employeur, de l'État contrôleur et des employeurs privés. Au regard de ces décisions, la part de la contribution de l'État au financement du FIVA a fait l'objet de critiques. Pour l'année 2003, la contribution au FIVA de la branche accidents du travail et maladies professionnelles était de 190 millions d'euros, celle de l'État de 40 millions<sup>226</sup>.

---

225. Cf. concl. E. Prada Bordenave conclusions sur la décision CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*, précitées.

226. Rapport du Gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante pour l'année en cours et pour les vingt années suivantes, 2003.



### 2.1.2. *Le paradoxe des catastrophes naturelles et technologiques*

Même si, dans l'hypothèse de catastrophe naturelle, la source du risque semble très extérieure à l'action de l'administration, un réflexe se manifeste : celui qui consiste à rechercher si la réalisation du dommage implique des acteurs humains, ne serait-ce que du fait de leur abstention ou omission : mauvaise prévision météorologique, mauvais plan de prévention des risques, délivrance à tort de permis de construire, insuffisance d'une réglementation imposant des normes de sécurité. Le constat vaut également pour les catastrophes technologiques causées par des acteurs privés.

L'idée prévaut qu'il n'y a pas de pur aléa : le fait qu'un risque se réalise conduit automatiquement à se tourner vers l'État en se demandant s'il n'aurait pas pu empêcher sa réalisation, mieux, en considérant que l'État aurait dû empêcher sa réalisation. Ceci est d'autant plus vrai en matière de catastrophes technologiques.

**Ainsi, à la logique de solidarité nationale organisée par l'État vient se superposer de plus en plus une logique de responsabilité des autorités publiques dans la prévention des risques majeurs.**

### 2.1.3. *Prévention classique et risques sociaux*

Certains « risques sociaux » sont pris directement et intégralement en charge par l'État. L'un des exemples les plus anciens est celui de l'indemnisation des dommages causés par des attroupements et rassemblements, qui incombait à l'origine aux communes et a été progressivement transférée à l'État.

La loi du 5 avril 1884 qui fait suite à une série de mesures édictées dans le temps dont l'origine peut être rattachée à un décret de Clotaire et à des capitulaires de Charlemagne faisait peser sur la commune la responsabilité des dommages en cas d'émeutes, fondée sur une présomption de faute. La loi du 26 avril 1914, sans doute la première à avoir mentionné le « risque social », consacre, en cas d'émeute, aux côtés de la responsabilité de la commune, celle de l'État : la responsabilité de la commune est désormais de plein droit à l'égard des victimes et « *l'État contribue pour moitié en vertu du risque social au paiement de dommages-intérêts* »<sup>227</sup>. La responsabilité du fait des attroupements et rassemblements incombe totalement à l'État depuis l'intervention de l'article 92 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, codifié à l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales, l'État pouvant toutefois exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouve engagée. La responsabilité envers la victime est encourue par l'État alors même qu'aucune faute n'aurait contribué à la réalisation ou à l'aggravation du dommage<sup>228</sup>. Il n'est pas exigé que soit constaté le caractère anormal et spécial du dommage<sup>229</sup>, et il appartient au juge de soulever d'office le

---

227. Cf. Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.

228. CE, 16 février 1990, *Sté GAN Incendie-Accidents*, rec. p. 316.

229. CE, avis du 20 février 1998, *Sté Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) et autres*, rec. p. 60.



moyen tiré de l'existence d'une responsabilité sans faute de l'État fondée sur les dispositions précitées <sup>230</sup>.

Cette législation conduit à mettre à la charge du budget de l'État la réparation de nombreux préjudices qu'il n'a pas provoqués et ce même en l'absence de faute de sa part. Le périmètre d'application de la loi a donné lieu à des décisions contentieuses, les requérants souhaitant y faire entrer quantité d'événements. La jurisprudence a fait preuve de libéralisme <sup>231</sup>. Si ont été exclues du champ d'application de ce régime de responsabilité les actions terroristes ou de commando <sup>232</sup> ou les violences commises par les hooligans <sup>233</sup>, il a été jugé que l'occupation des locaux de travail par des grévistes <sup>234</sup> entrait dans le champ d'application de la loi, de même les dommages causés par une série d'actions concertées ayant donné lieu sur l'ensemble du territoire ou sur une partie substantielle de celui-ci à des crimes et délits <sup>235</sup>.

Plus récemment, la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article L. 2216.3 du Code général des collectivités territoriales a été appliquée aux violences urbaines : elle a été admise pour les dégâts causés par un rassemblement de jeunes gens à la suite de la noyade accidentelle d'un jeune homme qui tentait d'échapper à la police cherchant à l'interpeller à la suite d'un vol à l'étalage <sup>236</sup>.

On a pu voir dans cette décision une évolution de la jurisprudence : « *En incluant dans le champ du régime de responsabilité organisé par l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 un nouveau type de comportements sociaux, le Conseil d'État a démontré sa capacité à appréhender les évolutions de la société. En mettant à la charge de l'État l'indemnisation des dommages commis à l'occasion de violences urbaines, à la condition toutefois que celles-ci ne résultent pas de la seule envie de "casser", le juge administratif permet ainsi à la puissance publique de rester le garant efficace de la solidarité sociale* » <sup>237</sup>.

## **2.2. En amont des risques avérés, le principe de précaution**

Pour l'opinion publique la précaution traduit une exigence de prudence accrue et la demande de mesures éventuellement drastiques de prévention et de protection. Un risque mineur, voire hypothétique, peut prendre une ampleur disproportionnée et entraîner un mouvement de peur irraisonnée. La sensibilité

---

230. CE, 30 juin 1999, *Foucher*, rec. p. 232.

231. Voir, sur cette question, « Chronique générale de jurisprudence du Conseil d'État » par Matthias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, n° 2, 20 février 2001.

232. TC, 24 juin 1985, *Préfet, Commissaire de la République du département du Val-de-Marne c/ TGI de Créteil*, rec. p. 407 ; CE, 25 mars 1992, *Cie d'assurances Mercator*, rec. tab. p. 1289 ; CE, 12 novembre 1997, *Cie d'Assurances générales de France*, rec. tab. p. 1043.

233. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1983, n° 82-13719 Bull. n° 268.

234. TC, 22 avril 1985, *Commissaire de la République, Préfet des Yvelines c/ Sociétés Talbot et Peugeot*, rec. p. 405.

235. CE, avis, Ass., 20 février 1998, *Sté Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) et autres*, rec. p. 60.

236. CE, Sect., 29 décembre 2000, *Assurances générales de France*, rec. p. 607.

237. « Chronique générale de jurisprudence du Conseil d'État » par Matthias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, n° 2, 20 février 2001.



naturelle au risque est accrue par le soupçon croissant vis-à-vis du progrès technique. Les mises au point des autorités publiques, qui répondent à une attente forte, peuvent paradoxalement attiser la méfiance.

Pour les experts et les décideurs, le principe de précaution pose le problème du traitement des risques incertains : quelles solutions techniques et éthiques définir vis-à-vis d'activités dont on ne mesure pas les conséquences immédiates ou futures ? La nouveauté réside ainsi dans la systématisation de la réflexion sur les effets ambivalents du progrès et sur l'articulation entre le seuil de connaissance et la décision.

Les risques non avérés sont dans la plupart des cas susceptibles d'être provoqués par des acteurs privés, plus précisément par la conjonction d'activités privées de nature très hétérogène. Pourtant, le principe de précaution tend à être interprété comme ne pesant que sur la puissance publique. Sa contrepartie en aval du risque va dans le sens de l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique, qu'elle soit fondée sur la faute ou sur le risque. Parallèlement, la légitimité de la puissance publique pour opérer des choix en vue de limiter ou d'éviter des risques est contestée, ce qui se traduit par une présence accrue des organisations non gouvernementales et des associations pour faire valoir leurs analyses et leurs vues.

### 2.2.1. *Quelle portée ?*

#### ■ Un principe <sup>238</sup>, à l'origine, plus éthique que juridique

Le principe de précaution est formalisé au cours des années soixante-dix en Allemagne – *Vorsorgenprinzip* – à la fois comme principe de politiques de l'environnement (loi de 1974 sur les pluies acides) et, philosophiquement, par Hans Jonas, comme un nouvel impératif de responsabilité politique. Consacré pour la première fois au niveau international en 1987 dans la déclaration de la Conférence sur la protection de la mer du Nord <sup>239</sup>, il devient un des principes directeurs des politiques de développement durable dans la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement, en 1992, qui en donne la définition suivante : « *En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Il est énoncé par le droit européen, en 1993, à l'article 130 R du traité de Maastricht (devenu l'article 174 du TCE) au titre de la protection de l'environnement (*cf. infra*).

En France, le principe de précaution apparaît dans la loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, parmi les principes devant « *inspirer la législation de l'environnement* ». La définition qui en est donnée dans l'ordre interne se rapproche des termes retenus par la déclaration de Rio. Selon ce principe « *l'absence de certitudes, compte tenu*

---

238. *Cf.* sur ce point : « Traitement juridique du risque et principe de précaution », Michel Franc, *AJDA*, 3 mars 2003.

239. Voir sur ces points le site internet du ministère de l'Écologie et du Développement durable.



*des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable* » (article L 110-1 du Code de l'environnement). Au total, le principe de précaution figure dans « *des textes nombreux, mais de portée incertaine* », comme le soulignait le rapport Kourilsky-Viney.

Les conditions d'apparition en France du principe de précaution, présenté comme une réponse aux crises sanitaires successives, permettent de comprendre l'écho particulier qu'il a reçu. L'engouement soudain du public pour ce « *slogan refuge* »<sup>240</sup>, fortement médiatisé, semble avoir été l'expression nouvelle d'une défiance à l'égard des responsables. « *Nouveau standard de comportement des responsables de la politique de santé* »<sup>241</sup>, le principe de précaution est aussi la traduction d'une recherche d'une plus grande responsabilité des décideurs. La précaution s'est ainsi imposée comme un principe d'éradication des sources de risque, expliquant la forme des actions entreprises dans certains dossiers : recours privilégié à des mesures d'abstention ou d'interdiction, excès de mesures qui se révèlent difficiles à appliquer comme à contrôler. Prises parfois en fonction d'impératifs de court terme, nombre de décisions traduisent les pressions contradictoires auxquelles sont soumis les pouvoirs publics lesquels peuvent se voir reprocher tant l'insuffisance que l'excès de précaution.

**Les débats sur le principe de précaution tiennent moins au principe lui-même qu'aux décalages importants apparus entre ses énoncés raisonnables et les conceptions extrêmes qui ont pu prévaloir dans les esprits de ses partisans ou de ses détracteurs.**

#### ■ Les conceptions extrêmes

Selon la conception maximaliste, le principe serait celui d'une règle d'abstention tant que la preuve de l'absence de risque n'est pas rapportée (dommage zéro). Réunissant trois critères, la référence au dommage zéro, le scénario du pire et l'inversion de la charge de la preuve, la conception maximaliste est indéfendable en théorie comme en pratique. Elle conduit à renoncer aux avantages potentiels des avancées technologiques, condamnées *a priori* ; or il n'y a guère de progrès sans prise de risque. Elle engendre des coûts difficilement supportables, qui peuvent conduire à privilégier les risques incertains, parfois fortement médiatisés, par rapport aux risques avérés. « *Il convient de résister à la tentation catastrophique qui réduit toute hypothèse de risque à la catastrophe dont elle pourrait être porteuse, sans considération pour la plausibilité de ce scénario. Si la démarche apocalyptique inspirait vraiment la gestion publique des risques et, au-delà, le comportement de tous les agents économiques, elle*

---

240. Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution : rapport au Premier ministre*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 19.

241. Conseil d'État, Rapport public 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, p. 227, EDCE n° 49, La Documentation française.



absorberait l'ensemble des ressources disponibles et mettrait en crise systèmes économiques et systèmes politiques »<sup>242</sup>.

À l'inverse, selon la conception minimaliste, seul le risque probable, qui serait de nature à entraîner de graves préjudices, en déclencherait l'application. Cette conception revient à dénier toute portée nouvelle au principe de précaution, qui s'assimilerait alors à la prévention classique.

### ■ La conception médiane

Seule une conception médiane peut aboutir à une approche raisonnable et consensuelle du principe de précaution.

Dans ses conclusions sous la décision *SFR* du 22 mai 2002, le commissaire du gouvernement notait que le principe de précaution peut apparaître comme l'aboutissement d'une construction juridique ancienne qui consiste à obliger la puissance publique à user de ses pouvoirs, notamment de police, pour assurer l'une des fonctions qui fondent sa légitimité, à savoir la protection des administrés.

Conçu comme un principe d'action plus que d'inaction ou d'abstention, le principe de précaution doit se traduire par une exigence de prise en compte précoce des risques potentiels. Celle-ci doit alors se fonder elle-même sur la proportionnalité dans l'analyse en fonction de la gravité des risques, des avantages auxquels on devrait renoncer et du niveau de protection à rechercher, comme dans la gradation des mesures à prendre : actions d'alerte, de veille, d'expertise, d'information, mesures provisoires et conservatoires... Il doit s'agir d'une règle de « vigilance active » pour reprendre les termes du rapport Kourilsky-Viney.

Certains seraient tentés de voir dans le principe de précaution, essentiellement, un « principe institutionnel » de gestion des risques en amont se traduisant par des exigences en termes de procédures et par la création d'institutions chargées d'exercer des contrôles en amont de la décision et des vérifications en aval. Cela étant, même dans cette hypothèse, en cas de réalisation du risque, la question se posera nécessairement de savoir si les contraintes de procédure ont été respectées.

Peut-on y voir un cas limite du principe de prévention, un principe permettant de valider les choix de la puissance publique en situation d'incertitude, ce qui relève d'une situation classique ? La précaution intervient cependant en amont. Elle implique un abaissement du seuil de déclenchement de l'intervention : « *Dans le cas de la précaution, il s'agit de la probabilité que l'hypothèse soit exacte, dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s'agit de la probabilité de l'accident* »<sup>243</sup>.

---

242. Olivier Godard, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, 54 (6), novembre 2003, p. 1245-1276.

243. Rapport Kourilsky-Viney, p. 18.



## ■ Vers la consécration constitutionnelle du principe de précaution

C'est à la lumière de cette conception médiane qu'il convient d'analyser l'approche retenue par l'article 5 du projet de Charte de l'environnement aux termes duquel « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

On peut voir dans cette définition un principe d'action orienté vers l'évaluation et l'amélioration de la connaissance du risque, dont l'un des principaux apports est de guider les comportements de l'administration en renforçant l'expertise, la transparence, l'anticipation<sup>244</sup>. Le caractère provisoire des mesures, au demeurant variées, qui peuvent être prises, implique un mouvement d'aller-retour entre des mesures permissives (autorisation de mise sur le marché) et des mesures conservatoires (moratoire, retrait d'autorisation...) lesquelles ne visent qu'à prendre le temps nécessaire à l'acquisition des connaissances et doivent être conçues comme réversibles. Les mesures prises doivent être « proportionnées » au risque éventuel qu'il s'agit de réduire et à la gravité du dommage redouté. En outre, aux termes de l'article 6 du projet de Charte : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

Mais les débats sur le projet de Charte ont montré qu'inquiétudes et incertitudes subsistent. D'abord, la rédaction de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte est très large : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Ensuite, le principe acquerra valeur constitutionnelle par la référence « *aux droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement* » dans le préambule de la Constitution alors que jusqu'ici le Conseil Constitutionnel s'était refusé à faire de ce principe un objectif de valeur constitutionnelle (décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001). Les termes « *par application du principe de précaution* » laissent planer le doute sur l'existence d'autres attributs de ce principe<sup>245</sup>. Des frontières sont posées par l'article 5 du projet de Charte. Seuls les pouvoirs publics sont concernés ; seul l'environnement est couvert, mais l'intangibilité de ces frontières n'est pas certaine : le droit communautaire étend le principe de précaution au domaine de la santé<sup>246</sup> et le juge administratif français se réfère également à la notion de « précaution » ou de « mesures de précaution » dans ce domaine<sup>247</sup>. Les dommages environnementaux ayant leurs caractéristiques propres (risques de long terme et diffus,

---

244. Cf. concl. E. Mignon sur CE, 22 août 2002, *SFR*.

245. Yves Jegouzo, audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, mercredi 10 décembre 2003.

246. Cf. à propos des mesures d'urgence contre l'encéphalopathie spongiforme bovine, arrêt du 5 mai 1998, aff. C-157/96, *National Farmer's Union* ; arrêts TPICE des 11 septembre 2002, *Alphama c/ Conseil* et 26 avril 2002, *Artogodan GmbH et autres c/ Commission européenne*.

247. CE, 21 avril 1997, *Mme Barbier*, inédit au rec. ; 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, rec. tab. p. 617.



aux causes multifactorielles), il n'est au surplus pas exclu que dans d'autres domaines le principe de précaution soit chargé d'une signification particulière, ainsi pour ce qui concerne la santé, secteur dans lequel la perception individuelle du risque est plus grande.

Les débats qui ont par ailleurs eu lieu sur le rôle qui doit être réservé au législateur ont abouti à l'article 3 du projet de loi constitutionnelle qui introduit à l'article 34 de la Constitution une disposition aux termes de laquelle la loi détermine les principes fondamentaux « *de la préservation de l'environnement* ». Mais indépendamment des dispositions législatives qui pourraient intervenir, la question se pose de savoir si le principe de précaution peut ou non être invoqué directement dans les actions en responsabilité.

### ■ La pratique et ses difficultés : l'exemple de l'ESB

La gestion de l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine transmissible (ESB) est révélatrice des difficultés que peut poser la mise en œuvre du principe de précaution <sup>248</sup>.

Dans le cas de l'ESB, cause de la maladie de Creutzfeldt-Jacob, l'attention est surtout portée, dans un premier temps, sur les nombreux procédés de fabrication de farine à base de viandes utilisées pour l'alimentation des animaux, thèse considérée comme la plus vraisemblable fin 1987. Mais le rapport d'octobre 2000 de la commission d'enquête britannique, présidée par Lord Philips, écarte cette hypothèse, en faisant valoir que l'ancien procédé de fabrication n'aurait pas non plus empêché la diffusion de l'ESB. En outre, si les procédés de fabrication des farines animales avaient été modifiés afin d'éviter ou de limiter l'utilisation des solvants, c'est parce que ces solvants étaient source de pollution et avaient été la cause d'accidents du travail. Ainsi l'application du principe de précaution à l'époque (fin des années soixante-dix) aurait probablement conduit à accélérer ces changements de fabrication, ou à conserver l'ancien procédé. Les États n'ont pas pris plus tôt la décision de retirer du marché les farines animales non pas seulement pour des raisons économiques mais aussi et surtout parce que les données scientifiques de l'époque ne permettaient pas d'affirmer que l'ESB pouvait passer à l'espèce humaine. Le rapport Philips fait également valoir que la contamination orale des bovins par la tremblante du mouton n'est pas à l'origine de l'ESB. Si l'origine exacte de la maladie reste inconnue, elle serait vraisemblablement due à une mutation génétique des bovins, ce qui conduit à constater cependant que le principal facteur d'expansion de la maladie est le recyclage des déchets bovins. Si ces analyses sont exactes, il aurait alors fallu interdire totalement les farines animales. On ne peut cependant exclure que les conclusions du rapport Philips soient elles-mêmes un jour remises en cause. L'exemple du traitement de l'épidémie d'ESB <sup>249</sup> montre qu'il faut se garder de ce qu'O. Godard qualifie d'« *illusion rétrospective* », qui consiste, dans sa forme la plus grossière, à juger du caractère fautif des décisions au regard des connaissances qui ne sont

---

248. Pierre-Marie Lledo, *Histoire de la vache folle*, PUF, 2001.

249. Le rapport Philips souligne que l'encéphalopathie spongiforme transmissible concerne les félins et les volailles.



apparues qu'ultérieurement. Une telle constatation ne doit cependant pas aboutir à la conclusion que le principe de précaution n'est d'aucune utilité ou ne peut conduire qu'à des erreurs : « Dans le cas du Royaume-Uni, il a été constaté par la commission Philips que des erreurs ont été commises à de nombreuses reprises : des informations disponibles sur des points clés n'ont pas été utilisées, des croyances erronées se sont maintenues, des mesures utiles ont été prises avec retard et, surtout, leur mise en œuvre n'a pas toujours été rigoureuse, faute de crédibilité auprès de professionnels qui croyaient que cette politique n'avait pour but que de rassurer l'opinion publique. L'application plus rigoureuse et cohérente d'une stratégie de précaution proportionnée et plus attentive à l'évolution des informations et connaissances scientifiques aurait significativement réduit l'ampleur de l'épidémie et son incidence possible pour la santé humaine, même si elle n'avait pas pu la tuer dans l'œuf. Le principe de précaution est une exigence de prise en compte précoce de risques potentiels, mais sa contrepartie est bien l'adoption de mesures effectives et proportionnées, comme le demande la loi française »<sup>250</sup>.

### 2.2.2. Quel contrôle ?

Quelles sont les conséquences, en termes de responsabilité de la puissance publique, du principe de précaution ?

C'est dans le **contentieux de la légalité** et de façon non explicite la plupart du temps que le principe a trouvé le plus souvent à s'appliquer, plus spécialement dans le contentieux des mesures de police, qui constituent une grande partie des activités à risque de l'administration. Les décisions se réfèrent aux « précautions qui s'imposent » ou à des « mesures de précaution », par exemple pour conforter la légalité d'une mesure de police intervenue dans le contexte de crainte suscitée par l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine<sup>251</sup>, ou à propos du retrait d'une autorisation de mise sur le marché d'un insecticide destiné au traitement des semences et de l'interdiction de la mise en culture<sup>252</sup> des semences ainsi traitées. Certaines décisions, toutefois, se réfèrent explicitement au principe de précaution.

La portée du contrôle du juge a été précisée par la jurisprudence. La légalité externe fait l'objet d'un contrôle classique<sup>253</sup>. S'agissant de la légalité interne, le juge contrôle l'erreur manifeste<sup>254</sup> pour apprécier l'existence d'un danger, mais exerce un contrôle de proportionnalité sur les mesures de protection prises<sup>255</sup>. Il se place sur le terrain de l'erreur de droit lorsque les autorités compétentes n'ont pas examiné tous les éléments nécessaires à leur appréciation des risques.

---

250. Olivier Godard, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Ethique publique* 4(2), éd. Liber, octobre 2002, pp. 7-23.

251. CE, 4 janvier 1995, *M. Rossi*, inédit au rec. ; CE, 21 avril 1997, *M<sup>me</sup> Barbier*, précité.

252. CE, 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, précité ; 29 décembre 1999, *Sté Rustica Prograin Génétique SA et autres*, rec. tab. p. 601.

253. CE, Sect., 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, rec. p. 343.

254. CE, 21 avril 1997, *M<sup>me</sup> Barbier*, précité ; 29 décembre 1999, *Sté Rustica Prograin Génétique SA et autres*, précité.

255. CE, 28 juillet 2000, *Association Force ouvrière consommateurs et autres*, rec. p. 352.



Le Conseil d'État a ainsi considéré que la décision du ministre de l'agriculture de ne pas abroger l'autorisation d'utilisation du « gaucho » pour le traitement des semences du maïs devait être annulée pour erreur de droit dès lors que le ministre n'avait pas examiné l'intégralité des éléments nécessaires à l'appréciation de l'innocuité du produit, en ne prenant pas en compte, en particulier, la fréquentation du maïs par les abeilles et les conséquences des prélèvements<sup>256</sup> qu'elles effectueraient.

Le contentieux de l'urgence pourrait constituer à l'avenir le cadre de prédilection pour invoquer le principe de précaution devant le juge administratif. La suspension d'une décision administrative peut en effet être accordée lorsque son exécution risque de préjudicier « *de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public* »<sup>257</sup>. Accordée à titre conservatoire et pour une durée déterminée, cette suspension offre le temps d'approfondir l'instruction ou de laisser évoluer la connaissance scientifique. Certains auteurs ont exprimé la crainte que le doute qui caractérise un risque incertain conduise à généraliser les décisions de suspension et aboutisse de la sorte aux inconvénients de la conception maximaliste du principe de précaution. Loin d'étayer ces craintes, l'examen de la jurisprudence montre que le juge, attaché au caractère exécutoire des décisions administratives, est hostile à tout principe de suspension automatique. Il n'hésite pas, non plus, à suspendre des décisions dont il estime qu'elles font une application excessive de la règle de précaution. Une illustration en est fournie par le contentieux en matière de téléphonie mobile. Les opérateurs ayant demandé au juge la suspension des décisions de maires s'opposant à l'installation d'antennes nécessaires à la couverture du réseau de radiotéléphonie, le Conseil d'État a estimé « *qu'eu égard, d'une part, à l'intérêt qui s'attache à la couverture du territoire par le réseau de téléphonie mobile et, d'autre part, aux intérêts de la société SFR, résultant notamment des autorisations qui lui ont été délivrées, et en l'absence de risques sérieux prouvés pour la santé publique, l'urgence justifie la suspension de la décision attaquée* »<sup>258</sup>. De même, il a suspendu, dans la décision de Section du 22 février 2002, *Société des Pétroles Shell*, une mesure qui avait pour objet de parer à un risque dont la probabilité de réalisation était extrêmement faible (une fois tous les 25 000 ans).

S'agissant du **contentieux de la responsabilité**, aucune décision n'a jusqu'à présent reconnu explicitement l'engagement de la responsabilité sur le fondement de la méconnaissance du principe de précaution. Le juge administratif se réfère au « *risque prévisible* » (CE, 9 avril 1993, *M. D.*), à « *l'état des connaissances scientifiques* » (CE, Sect., 31 mars 2003, *Bergaderm* ; Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X.*). Le postulat d'incertitude scientifique n'apparaît pas davantage dans les jugements et arrêts des tribunaux judiciaires se référant à une nécessaire « précaution ».

Qu'en sera-t-il à l'avenir ? Certains voient dans le principe de précaution le retour de la faute. Pour d'autres, cette éventualité n'est pas crédible : « *La théorie du risque et le principe de précaution ayant comme objectif commun*

---

256. CE, 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, rec. p. 330.

257. CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, rec. p. 29.

258. CE, 22 août 2002, *SFR*, concl. E. Mignon.



*d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager... Bien plus, il semble même que (le principe de précaution) incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d'indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d'une faute, mais même d'une responsabilité quelconque »<sup>259</sup>.*

On voit bien les risques d'une recherche systématique de la carence fautive : une conception trop large d'une telle carence consacrerait l'interprétation maximaliste du principe de précaution, transformé en principe rétrospectif qui conduirait à condamner tout comportement qui n'aurait pas choisi l'interdiction ou l'abstention face à un risque.

Il n'est toutefois pas évident d'anticiper l'interprétation que les juges feront de la définition d'obligations positives par l'article 5 de la Charte de l'environnement quand ils auront à l'appliquer. Un déplacement de la ligne de partage entre la responsabilité pour risque et la responsabilité pour faute ne peut être exclu. Le juge pourrait ainsi sanctionner à l'avenir le défaut de précaution, en qualifiant de fautives des décisions ayant entraîné des dommages qui ne pouvaient être précisément anticipés mais dont la probabilité était importante. Cette démarche ne serait pas sans fondement et s'inscrirait dans le mouvement d'extension du champ de la faute lié à la multiplication des obligations pesant sur le décideur. Lorsque le juge aura considéré qu'une autorité administrative a méconnu le principe de précaution, il lui sera difficile d'écarter ensuite l'idée d'une responsabilité.

Certains auteurs voient ainsi dans le principe de précaution la solution pour restaurer le sens de la responsabilité : face à des situations où existeraient des soupçons de risque, ne conviendrait-il pas d'établir une distinction entre celles où des mesures ont été prises pour développer les recherches ou diminuer l'occurrence de dommages et celles, les seules visées par une faute de précaution, où, aucune mesure n'ayant été prise, le dommage résulte d'une carence fautive ? « *Ce qui relevait auparavant du fatalisme peut désormais relever de la carence fautive* »<sup>260</sup>.

Une telle évolution n'irait cependant pas sans difficultés et dangers. L'établissement devant le juge d'un lien de causalité entre le fait et le dommage serait particulièrement délicat et ouvrirait la voie à de longues batailles d'experts. De façon générale, le juge se trouvera confronté à la difficulté de l'expertise : pour juger du défaut ou non de précaution, exercice rendu particulièrement délicat par le décalage entre le risque virtuel et le risque avéré ; pour évaluer les dommages subis. Pour les risques diffus, tels les risques environnementaux, la causalité serait « distendue » et l'écoulement d'un temps long avant l'apparition du dommage poserait la question de la prescription.

Le débat reste également ouvert sur les **risques de mise en cause pénale** des décideurs par le biais de condamnations sur le fondement d'incriminations à caractère très large : le non respect de l'obligation de prudence ou de sécurité

---

259. Rapport Kourilsky-Viney précité.

260. Marie-Angèle Hermitte, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996.



prévue par la loi ou le règlement (article 121-3 du Code pénal) ; les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité des personnes (articles 221-6 et 222-19 à 21 du Code pénal) ; la mise en danger d'autrui (article 223-1 du Code pénal). Cette crainte devrait normalement s'avérer infondée, compte tenu du principe de légalité en matière pénale<sup>261</sup> qui contraint le législateur à prévoir des textes clairs et précis, définissant avec précision ce qui est prohibé afin de mettre les individus à l'abri de poursuites arbitraires. Dans son arrêt du 18 juin 2003 à propos de l'affaire du sang contaminé<sup>262</sup>, sans se référer au principe de précaution, la Cour de cassation a en effet explicitement affirmé qu'une condamnation pénale ne pouvait être prononcée à défaut de délit clairement matérialisé.

Il reste que l'on constate une tendance croissante à rechercher la responsabilité pénale des décideurs<sup>263</sup> pour des infractions non intentionnelles.

La loi du 10 juillet 2000 traite des infractions d'imprudence en général<sup>264</sup>. Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal qui en est issu : « *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 [...]* ». L'objectif était d'alléger la responsabilité pénale des personnes physiques et notamment des élus locaux liée aux infractions d'imprudence. Pour qu'il y ait condamnation, les personnes physiques qui ont soit causé directement le dommage soit « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». La charge de la preuve repose sur l'accusation et non plus sur le prévenu. La portée des obligations de sécurité et de prudence prévues par ce texte reste cependant floue. Deux décisions prises en 2003<sup>265</sup>, condamnant deux maires, pour n'avoir pas suffisamment surveillé, l'un les travaux d'entretien de pistes de ski, le second les branchements électriques lors d'une fête municipale, ont cependant ravivé la crainte des élus en faisant redouter une interprétation encore trop large de ce texte<sup>266</sup>. Il est clair que s'il y a là une dérive à éviter, il faut aussi se garder de la dérive contraire et de la déresponsabilisation qui en résulterait.

---

261. Article 111-3 du Code pénal : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.*

*Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ».

262. Cf. également Cass. crim., 25 juin 1996, n° 95-86205, Bull. crim. n° 274, p. 828.

263. Cf. rapport Delevoye-Fauchon de 1995 ; étude du Conseil d'État sur la responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles, La Documentation française, 1996 ; rapport au garde des Sceaux du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics présidé par M. Massot, 1999.

264. Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels publiée au *JORF* n° 159 du 11 juillet 2000, p. 10484.

265. Cass. crim., 18 mars et 11 juin 2003, JCP 2003, 2020 et 2448.

266. Cf. Jacques-Henri Robert, « La loi Fauchon, trois ans après », *AJDA*, n° 36-2003, 27 octobre 2003.





---

## Troisième partie Perspectives

### A – L'influence du contexte international et européen

---

L'évolution constatée en France d'une plus grande sensibilité à l'égard des risques sociaux et de leur réparation ne lui est pas propre. Le phénomène de socialisation accrue des risques qui en découle peut également se constater au-delà de nos frontières, en particulier pour les risques exceptionnels, même si les solutions apportées sont diverses. Mais la place de la responsabilité pour faute reste le droit commun. L'évolution du droit international public est particulièrement prudente, en raison des enjeux et des difficultés de la formalisation d'un régime, même s'il existe quelques régimes conventionnels assez novateurs de responsabilité pour risque. Le droit communautaire est en revanche, dans certains secteurs, plus perméable au phénomène de socialisation des risques.

#### 1. La prudence du droit international public

Les États sont traditionnellement très réticents à la « socialisation du risque » au niveau international. Ceci n'a pas empêché, cependant, la naissance d'un droit international de la responsabilité, essentiellement élaboré à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et qui reste aujourd'hui encore d'origine largement coutumière.

La préoccupation de protéger l'environnement, en particulier, par des normes ou procédures de droit international public, n'est pas nouvelle et s'amplifie. Elle se manifeste par une approche générale, fondée sur la notion de globalité, sur le concept de développement durable, sur le devoir de prévention et le principe de précaution, sur le principe pollueur-payeur. Mais les instruments applicables restent généraux et flous. Souvent, il s'agit davantage de principes que d'engagements précis et contraignants, même si la « responsabilité » est de plus en plus souvent invoquée, ainsi par exemple de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, qui se réfère à la responsabilité de l'Iraq pour les dommages causés à l'environnement « *du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït* ». C'est en revanche essentiellement par le biais de conventions sectorielles portant sur des activités à risques que les questions de responsabilité sont traitées de façon précise.



## 1.1. La responsabilité de l'État en droit international

### *La responsabilité pour fait illicite reste la règle*

Le droit international public de la responsabilité est fondé sur le principe fondamental selon lequel deux conditions doivent être réunies pour faire naître une obligation de réparation<sup>267</sup> : l'illicéité du fait générateur du dommage et l'existence d'un dommage subi par un sujet de droit international.

Le fait illicite peut consister en la violation d'une norme, d'une obligation de résultat ou d'une obligation de comportement, par exemple d'une obligation de diligence. La responsabilité internationale peut être engagée pour une omission tout autant que pour un agissement. Dans l'affaire du détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a reproché à l'Albanie son inaction qui consistait, en l'occurrence, à ne pas avoir notifié la présence de mines dans les eaux territoriales albanaises. À l'inverse, elle a blâmé le Royaume-Uni pour ses agissements, notamment pour avoir procédé au déminage d'office des mines. Le fait générateur à l'origine de l'engagement de la responsabilité internationale doit pouvoir être imputé à un sujet de droit international, donc à un État, une organisation internationale ou des organes et des personnes ayant avec eux un lien suffisant. La responsabilité internationale d'un État pourra ainsi être engagée du fait d'un dommage commis par une collectivité publique exerçant des prérogatives de puissance publique. Des causes exonératoires de responsabilité ôtent au fait générateur du dommage son caractère illicite, ainsi du consentement de l'État lésé au fait qui a produit le dommage, de la légitime défense, de la force majeure, du cas fortuit, de la détresse ou encore l'état de nécessité.

La responsabilité internationale ne peut être engagée que si un droit a été violé ; il ne suffit pas qu'un intérêt ait été lésé, ainsi que l'a estimé la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 1966 sur le Sud-Ouest africain. La Cour a en effet refusé de reconnaître « *une sorte d'actio popularis, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public* ». Le droit international de la responsabilité exige en outre qu'il existe un lien de causalité entre le fait illicite commis et le dommage subi. Dans l'affaire de l'Alabama, tranchée par sentence arbitrale en 1872, les États-Unis demandaient réparation du préjudice subi du fait de la hausse du coût des frets et des polices d'assurance découlant de l'activité du navire Alabama, armé par l'Angleterre pour le compte des confédérés sudistes au cours de la guerre de sécession. Le tribunal arbitral refusa de faire droit à la demande américaine, au motif qu'il n'existait pas de lien direct entre le fait illicite et le préjudice subi par le demandeur.

Enfin, si le dommage n'a pas frappé directement l'État, mais un de ses ressortissants, la protection diplomatique peut être exercée. L'État prend alors fait et cause pour son ressortissant, en faisant valoir son droit propre de « faire respecter le droit international public en la personne de ses ressortissants »<sup>268</sup>. Ce faisant, le litige devient international, opposant à l'avenir l'État auquel le dommage est imputé et l'État protecteur, substitué au particulier.

---

267. Voir notamment arrêt CPJI, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, Série A, n° 17.

268. Voir l'arrêt CPJI du 30 août 1924, affaire *Mavrommatis*, Série A, n° 2, p. 12.



### *La responsabilité pour faits licites demeure exceptionnelle*

Le droit international connaît, pour certains domaines, des régimes particuliers qui échappent au droit commun de la responsabilité internationale des États. Ces régimes de nature conventionnelle portant sur des activités bien identifiées instituent une obligation de réparation des dommages fondée en réalité sur la responsabilité pour risque.

Les activités spatiales sont ainsi soumises au régime défini par la convention internationale sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, signée en 1972 à Londres. En vertu de l'article 2 de cette convention : « *Un État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol* »<sup>269</sup>.

Dans le domaine des activités nucléaires, les conventions de Paris du 29 juillet 1960 et de Vienne du 19 mai 1963 relatives à la responsabilité civile dans le domaine nucléaire, celle de Bruxelles, du 25 mai 1962, sur la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires, prévoient outre une responsabilité automatique de l'exploitant civil limitée à un montant maximum, la prise en charge des dommages par l'État au-delà, mais également dans la limite d'un certain plafond.

### **1.2. Les régimes conventionnels de responsabilité de plein droit des exploitants ou entreprises pour certaines activités**

Outre l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, certaines activités particulièrement dangereuses qui, dans l'ordre interne des États, relèvent généralement de la responsabilité pour risque, ont donné lieu à des conventions consacrant un régime de responsabilité de plein droit. Les États peuvent en effet être plus enclins à se rallier à ce type de régime lorsque la charge peut en être supportée, exclusivement ou largement, par des personnes privées<sup>270</sup>. Ces régimes restent cependant peu fréquents.

Ainsi, à la suite du naufrage du *Torrey Canyon* en 1967 au large des côtes britanniques, un système international d'indemnisation des dommages occasionnés par des « marées noires » s'est imposé. Il a été établi par voie conventionnelle entre les pays membres de l'Organisation maritime internationale.

Les activités de **transport maritime d'hydrocarbures** sont régies, pour ce qui concerne les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, par la convention internationale sur la responsabilité civile signée à Bruxelles en 1969 et entrée en vigueur le 19 juin 1975 qui prévoit la responsabilité financière des propriétaires de navires responsables des dommages causés par les déversements de leurs cargaisons. La responsabilité du dommage peut être engagée sans faute ou négligence de leur part. Toutefois, cette responsabilité

---

269. Une étude du Conseil d'État sur le statut juridique des activités spatiales gouvernementales et non gouvernementales et la responsabilité de l'État dans la réparation de leurs conséquences dommageables est actuellement en cours.

270. Cf. sur ces points, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, LGDJ, 2002.



était limitée, en fonction du dommage du navire, à un niveau bien inférieur aux dommages possibles. Le régime, déjà novateur en lui-même, a été complété par la création, par une convention de 1971 entrée en vigueur le 16 octobre 1978, d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL), remplacé par un nouveau fonds en 1992. Ce fonds, alimenté par les importateurs de pétrole, constitue une forme de socialisation des risques : lorsque l'indemnisation par le propriétaire du navire ne suffit pas à dédommager les victimes du sinistre, les ressources du FIPOL peuvent être mobilisées pour réparer le préjudice subi. Ce dispositif, jugé encore sous-dimensionné, a joué à diverses reprises. Il est vraisemblablement appelé à se développer. Sa dotation a d'ailleurs été augmentée en 2003 <sup>271</sup>.

La convention relative au **transport maritime des substances nocives** et potentiellement dangereuses <sup>272</sup> institue, comme dans le système du FIPOL, une assurance obligatoire limitée de l'armateur pour indemniser les victimes. Un second niveau d'indemnisation est prévu par un fonds (fonds SNPD) plafonné, alimenté par des redevances versées par les industriels utilisateurs de substances nocives ou dangereuses transportées par voie maritime, c'est-à-dire les importateurs et réceptionnaires.

Les activités de **transport aérien** ont de même donné lieu à l'élaboration d'un régime conventionnel de responsabilité <sup>273</sup>. La Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 28 mai 1999, entrée en vigueur le 28 juin 2004, prévoit que le transporteur est responsable de plein droit des dommages causés aux passagers et aux bagages et marchandises transportés, jusqu'à concurrence de 100 000 DTS <sup>274</sup>. Au-delà, le régime de responsabilité pour faute avec présomption de faute s'applique.

### ***1.3. Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies***

Cette Commission a achevé ses travaux sur un premier projet concernant la responsabilité des États à raison d'actes contraires au droit international. L'élaboration de ce projet a soulevé de profondes divergences entre les États membres des Nations unies. Les points qui ont suscité le plus de débats sont notamment l'introduction d'une responsabilité pénale des États, le régime de contre-mesures, d'arbitrage et de conciliation. Le projet actuel n'a pas retenu la responsabilité

---

271. Le 3 août 2004, six États (Danemark, Norvège, Finlande, France, Irlande et Japon) avaient ratifié le protocole de 2003 portant création du fonds complémentaire.

272. Plus connue sous le nom de convention HNS.

273. Cf. également convention de Londres du 17 décembre 1976, pour les dommages résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin ; les conventions d'Helsinki de 1992 sur la protection des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et sur la protection de l'environnement marin dans la zone de la mer Baltique ; l'accord de la FAO du 24 novembre 1993, en vue de favoriser le respect par les navires des mesures internationales de conservation et de gestion des ressources en haute mer (*JOCE* n° L. 177 du 16 juillet 1996, p. 26).

Tous ces régimes conventionnels n'excluent naturellement pas, cependant, que des transactions pour l'indemnisation des victimes puissent intervenir.

274. Soit 152 495 dollars au 19 janvier 2005.



pénale des États. Une résolution de l'Assemblée générale a pris note de ce projet sur lequel des réserves subsistent de la part de certains États.

En outre, des travaux de la Commission du droit international lancés en 1978 sur un projet relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses licites ont abouti en 2001 sans aborder toutefois la question des conditions dans lesquelles ce type d'activités pourrait engager la responsabilité internationale des États. Mais ces travaux ont conduit la Commission à proposer au cours des débats un régime aboutissant à une responsabilité pour risque et ouvrant la voie à une mutualisation de la réparation de certains dommages entre les différents agents intervenant dans les activités dangereuses (par exemple entre ceux qui les autorisent, ceux qui les gèrent ou ceux qui en tirent profit). Au stade auquel ils sont ainsi parvenus, ces travaux sont loin de refléter le droit positif existant et ne reçoivent qu'un faible soutien de la part des États membres des Nations unies.

Un troisième projet en cours d'étude porte sur la responsabilité des organisations internationales pour les actes contraires au droit international.

#### ***1.4. Le principe de précaution en droit international public***

Appréhendé comme une règle générale de conduite, et évoqué au cours des années quatre-vingt à propos de l'environnement, le principe de précaution a été consacré en 1987 dans la déclaration de la Conférence sur la protection de la mer du Nord. Il devient un des principes directeurs des politiques de développement durable dans la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement, en 1992.

Tant la Cour internationale de Justice que l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce ont fait preuve de prudence, sinon de réticence, à l'égard du principe de précaution. La Cour internationale de Justice ne s'est pas encore prononcée sur celui-ci. Elle n'a pas eu ou a évité de le faire lorsqu'il était invoqué, soit explicitement, comme dans l'affaire des essais nucléaires français<sup>275</sup> soit implicitement, comme dans l'affaire du projet d'aménagement d'écluses sur le Danube<sup>276</sup> ou la demande d'avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires<sup>277</sup>.

Parmi les textes fondateurs de l'Organisation mondiale du commerce, seul l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) prévoit, en matière de commerce des denrées alimentaires, des mesures que l'on peut qualifier de précaution. Ces mesures consistent, en réalité, en des clauses de sauvegarde temporelle limitées à un délai raisonnable, ce délai devant permettre aux scientifiques d'établir avec certitude l'existence d'un risque avant d'autoriser une restriction définitive. Mais elles n'autorisent pas à

---

275. CIJ, ordonnance du 22 septembre 1995, « Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires » (*Nouvelle-Zélande c/ France*), rôle général n° 97.

276. CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, rôle général n° 92.

277. CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, rôle général n° 95.



fonder une décision de protection sur une incertitude scientifique. C'est d'ailleurs pourquoi l'Union européenne a pu être condamnée en 1999 par l'organe de règlement des différends de l'OMC pour ses restrictions à l'importation concernant la viande bovine américaine, dès lors qu'elle n'avait pu prouver scientifiquement la dangerosité de l'usage des hormones de croissance dans l'élevage bovin.

Le principe de précaution a cependant été partiellement reconnu en droit commercial international à la suite du débat sur les OGM. Le 29 janvier 2000, 128 pays ont en effet signé le protocole de Carthagène qui porte sur la prévention des risques biotechnologiques, pris en application de la convention sur la biodiversité de 1992. Cet accord permet de refuser l'importation d'OGM selon un principe de précaution interprété largement et dont la conciliation avec les règles de l'OMC peut s'avérer délicate<sup>278</sup>. Le principe est celui de la mise en place de procédures d'autorisation préalable, après évaluation des risques, pour les mouvements transfrontières d'OGM.

## 2. Les avancées du droit communautaire

### 2.1. La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté

Aux termes de l'article 288 du TCE (ex. article 215) : « *En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par des institutions ou par des agents dans l'exercice de leurs fonctions* ». La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'application de cet article a évolué dans le sens d'un assouplissement.

De même que pour la responsabilité de l'État en droit interne, la responsabilité de la Communauté peut être engagée sur le **terrain classique de la faute**, en raison d'un fait illicite d'une institution (méconnaissance d'un devoir d'information, violation d'une obligation de confidentialité...) ou d'un acte illégal, toute illégalité ne constituant cependant pas une faute. Lorsqu'est en cause un acte normatif comportant des mesures de politique économique, entendues au sens large, la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté pour le préjudice subi par des particuliers du fait de cet acte ne pouvait être engagée qu'en présence d'une violation caractérisée d'une règle supérieure du droit protégeant les particuliers engendrant un dommage grave et spécial, condition que le juge français n'apprécie qu'en cas de responsabilité sans faute<sup>279</sup>. Le principe d'une telle responsabilité se trouvait ainsi cantonné dans des limites étroites<sup>280</sup>.

Mais, par la suite, la Cour a considéré que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la Communauté pour les dommages causés aux particuliers en raison de l'évolution du droit communautaire ne devaient pas, en

---

278. Les États-Unis ne sont pas partie à ce protocole.

279. CJCE, aff. 9 et 11-71, 13 juin 1972, *Cie d'approvisionnement de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA c/ Commission des Communautés européennes*.

280. Cf. Guy Isaac, Marc Blanchet, *Droit communautaire général*, Armand Colin, 8<sup>e</sup> édition, 2001.



l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité des États dans des circonstances comparables. Elle en a déduit que, lorsqu'une institution de la Communauté ne dispose que d'une marge d'appréciation réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée<sup>281</sup>. Elle se cale ainsi sur sa jurisprudence classique sur les critères décisifs de responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire : méconnaissance manifeste et grave, par un État membre, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation<sup>282</sup> (*cf. infra*).

**Le juge communautaire a en outre pris soin de ne jamais écarter le principe d'une responsabilité sans faute de la Communauté** sans cependant le consacrer expressément<sup>283</sup>. La Cour a ainsi précisé, dans une affaire concernant un préjudice invoqué par une société en raison de l'adoption d'un règlement du Conseil interdisant les importations et les exportations avec l'Iraq et le Koweït, que, « *dans l'hypothèse où le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, l'engagement d'une telle responsabilité supposerait, en tout état de cause, l'existence d'un préjudice anormal et spécial* ». Elle a estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce<sup>284</sup>. La jurisprudence de la Cour n'a offert pour l'instant aucun exemple d'application positive.

## 2.2. Le droit communautaire et la socialisation des risques

Le droit communautaire impose aux États de mettre en œuvre ou d'appliquer certaines règles de responsabilité.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du Traité<sup>285</sup>. L'État doit indemniser les particuliers même lorsque les dommages causés par la violation du droit communautaire sont imputables au législateur<sup>286</sup> et alors même que l'action de ce législateur n'aurait pu entraîner la responsabilité de l'État en droit interne. Cela peut poser des problèmes de conciliation avec la tradition jurisprudentielle française en matière de responsabilité du fait des lois.

Dans tous les cas de figure, il ne peut y avoir engagement de la responsabilité de l'État qu'à condition que la règle de droit violée ait pour objet de conférer

---

281. CJCE, aff. C-352/98/P, 4 juillet 2000, *Laboratoire pharmaceutique Bergaderm SA* ; aff. C-472/00P, 10 juillet 2003, *Commission des Communautés européennes c/ Fresh Marine Company A/S* ; TPICE, 10 février 2004, aff. T-64/01, *Afrikarische-Frucht-Compagnie GmbH*.

282. CJCE, aff. C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport*, ex parte : *Factortame Ltd et autres*.

283. CJCE, aff. 59/83, 6 décembre 1984, *Biovilac c/ Communauté économique européenne* ; TPICE, aff. T-184/95, *Dorsch Consult*, 28 avril 1998.

284. CJCE, aff. C-237/98 P, 15 juin 2000, *Dorsch Consult c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*.

285. CJCE, aff. C-6/90 et C-9/90, 19 novembre 1991, *Francovitch et autres*.

286. CJCE, aff. C-46/93 et C-48/98, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport*, ex parte : *Factortame Ltd et autres*.



des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation et le dommage subi.

Le principe de responsabilité est applicable quel que soit l'organe de l'État à l'origine de la violation du droit communautaire, législateur, autorité administrative, autorité juridictionnelle. La Cour a jugé que ce principe est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort<sup>287</sup>. Si la Cour précise que cette responsabilité n'a pas en soi pour conséquence de remettre en cause l'autorité de la chose jugée, il n'en reste pas moins que la question de la compatibilité de cette jurisprudence avec celle du Conseil d'État telle qu'elle découle de la décision d'Assemblée du 29 décembre 1978, *Darmont*<sup>288</sup>, se pose.

Des textes communautaires instituant des **obligations de nature à engager la responsabilité des acteurs ou des principes de responsabilité** sont intervenus dans un **certain nombre de secteurs caractérisés par des activités à risque**.

L'approche communautaire de la responsabilité dans le **domaine de l'environnement** a essentiellement pour objectif la protection de celui-ci. Elle s'affirme notamment par le principe « pollueur-payeur » inscrit dans le Traité. La directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux prévoit que, pour certaines des activités les plus dangereuses, cette responsabilité existe même sans faute. La directive ne vise que la réparation des dommages à l'environnement (dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, dommages affectant les eaux, dommages affectant les sols). Elle exclut de son champ d'application les dommages aux biens et aux personnes. Adoptée après de nombreuses années de discussions, elle témoigne de la prudence sur ces questions : la pollution atmosphérique, qu'il est souvent difficile d'imputer à une activité donnée, est exclue du champ d'application de la directive ; la directive elle-même ne confère aux victimes ou organisations de défense de l'environnement aucun droit à indemnisation à la suite des dommages visés. Celles-ci pourraient tout au plus s'adresser à l'autorité compétente désignée par chaque État.

**Dans le domaine de la protection de la santé, de la sécurité et de l'hygiène sur les lieux de travail**, plusieurs directives visent à imposer aux États membres la prescription d'obligations minimales que les employeurs devront respecter et dont la violation est de nature à mettre en cause la responsabilité des employeurs en cas de maladie ou d'accident du travail.

C'est à propos de la **protection des consommateurs**, avec les directives sur la **responsabilité du fait des produits défectueux**, que se trouve clairement consacré le principe de la responsabilité sans faute dans le domaine du risque-développement : « *Considérant que seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques*

---

287. CJCE, aff. C-224/01, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich*.

288. *Cf. supra*.



*inhérents à la production technique moderne* »<sup>289</sup>. Sont considérés comme producteurs tout participant au processus de production, l'importateur du produit, toute personne apposant son nom, sa marque ou un autre signe distinctif sur le produit, toute personne qui fournit un produit dont le producteur ne peut être identifié. La victime doit simplement établir l'existence du dommage, le défaut du produit et le lien de causalité entre le dommage et le défaut. À la suite de la crise de la « vache folle », le champ d'application de ce régime a été élargi en 1999 aux matières premières agricoles et produits de la chasse.

Les États peuvent en outre prévoir dans leur législation que le producteur sera responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut (article 15). Peu d'États membres ont appliqué cette option, d'autres l'appliquent uniquement à certains produits. Mais la directive n'autorise pas les États à adopter des mesures de protection plus strictes que celles qu'elle prévoit et qui répondent à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs. La France a été condamnée par la Cour de justice pour avoir prévu de telles mesures<sup>290</sup>.

La question de **l'indemnisation des victimes d'infractions** a également donné lieu à une réglementation communautaire. Une récente directive relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité<sup>291</sup> prévoit qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2005 chaque État membre aura mis en place un régime national garantissant une indemnisation juste et appropriée des victimes de la criminalité.

### **2.3. Le principe de précaution en droit communautaire**

C'est dans le domaine de l'environnement que le principe de précaution a été consacré en droit communautaire, par l'article 130 R du traité de Maastricht, devenu l'article 174 TCE, aux termes duquel : « *La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* ».

Mais l'application du principe n'a pas été cantonnée au secteur de l'environnement.

L'article 6 TCE prévoit, de façon générale, que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté* ». En outre, selon l'article 174 TCE, la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement

---

289. Directive du Conseil du 25 juillet 1985, 85/374/CEE, modifiée par la directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999.

290. CJCE, aff. C-52/00, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

291. Directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité.



contribue à la protection de la santé des personnes. La communication de la Commission européenne du 2 février 2000 dégage des lignes directrices en vue de l'application du principe. Cette communication présente le principe comme une règle de procédure qui s'inscrit dans le cadre général de l'analyse du risque et s'applique non seulement à l'environnement mais également à la politique de la protection des consommateurs et à la santé humaine et animale. Le Conseil européen de Nice, dans sa résolution du 4 décembre 2002 sur le principe de précaution, considère qu'« *il y a lieu de recourir au principe de précaution dès lors que la possibilité d'effets nocifs sur la santé ou l'environnement est identifiée et qu'une évaluation scientifique préliminaire, sur la base des données disponibles, ne permet pas de conclure avec certitude sur le niveau de risque* ».

La Cour de justice, pour sa part, a fait référence au principe de précaution au-delà de l'environnement dans des affaires relatives à la sécurité alimentaire<sup>292</sup> ou à la santé. Le principe de précaution concerne les autorités publiques, qui prennent les mesures nécessaires « sur la base d'une appréciation politique ». C'est ce que précise également la résolution du Conseil du 4 décembre 2002.

L'application du principe de précaution au sein de l'Union européenne témoigne de la difficulté d'une gestion communautaire des risques environnementaux et sanitaires. Si la protection de la santé publique incombe en premier lieu aux États membres, leur compétence pour adopter des mesures sanitaires est en effet fortement réduite et encadrée par le droit communautaire lorsque les mesures adoptées ont une incidence sur la libre circulation des marchandises. Leur marge d'appréciation dépend notamment du degré d'harmonisation communautaire des règles qui régissent le secteur. L'incertitude scientifique multiplie les divergences d'appréciation sur les risques en cause et les mesures à prendre. L'adoption de mesures restrictives peut conduire à des batailles d'experts comme l'a montré le conflit entre les experts au sujet de la levée de l'embargo sur la viande bovine britannique. La difficulté des États à arbitrer entre les intérêts en jeu (commerce et santé publique) les a souvent conduits à laisser la décision entre les mains de la Commission, au sein des comités de gestion de la politique agricole commune.

De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes, dans sa recherche d'un équilibre, difficile à déterminer, entre la précaution et l'absence d'entrave aux échanges, veille au respect du **principe de proportionnalité** entre l'objectif poursuivi et les mesures prises, s'efforçant de faire ainsi prévaloir une conception mesurée du principe de précaution. Dans son arrêt du 5 mai 1998 rejetant la requête du Royaume-Uni contre la décision de la Commission du 27 mars 1996 relative à certaines mesures d'urgence en matière de protection contre l'ESB<sup>293</sup>, la Cour rappelle « *que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation* ».

---

292. CJCE, aff. C-41/02, 2 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume des Pays-Bas*.

293. CJCE, aff. C-180/56, 5 mai 1998, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission des Communautés européennes*.



*en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ».*

Dans un arrêt du même jour, en réponse à une question préjudicielle portant sur la validité des dispositions de la même décision, la Cour précise qu'il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Elle relève que la décision attaquée a été adoptée à titre de « *mesure d'urgence* », édictant une interdiction d'exportation « *de façon transitoire* » et que la Commission reconnaît la nécessité d'approfondir sur le plan scientifique la portée des nouvelles informations et, par conséquent, la nécessité de réexaminer la décision attaquée après une analyse de l'ensemble de la situation.

La Cour <sup>294</sup> indique qu'en égard, d'une part, à l'incertitude quant au caractère suffisant et à l'efficacité des mesures adoptées antérieurement par le Royaume-Uni et par la Communauté et, d'autre part, aux risques considérés comme graves pour la santé publique, la Commission, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation en l'espèce, n'a pas manifestement dépassé les limites de ce pouvoir en s'efforçant de confiner la maladie au territoire du Royaume-Uni par l'interdiction des exportations de bovins, viande bovine et produits dérivés en provenance de ce territoire. Elle a ainsi accepté, dans l'incertitude, que la Commission ait fait prévaloir la protection de la santé sur la libre circulation des produits.

La marge d'action que reconnaît la Cour aux États membres pour prendre des mesures de précaution est fonction du degré d'harmonisation <sup>295</sup>. Elle reste très attentive à limiter le droit des États à prendre des mesures de précaution, avec le souci d'éviter que de telles mesures ne deviennent une nouvelle source d'entrave aux échanges entre États : un arrêt du 13 décembre 2001 <sup>296</sup> a condamné la France pour n'avoir pas appliqué la décision communautaire qui décidait la levée de l'embargo sur les bovins britanniques. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a pour sa part qualifié le principe de précaution de « *principe général du droit communautaire* » <sup>297</sup>.

Le droit dérivé ne se réfère que rarement de façon expresse au principe de précaution ; il impose, généralement, des obligations liées à des connaissances scientifiques établies. Toutefois, des références au principe de précaution figurent dans des textes relatifs à la sécurité alimentaire ou à la biotechnologie, ainsi des directives relatives à l'utilisation confinée et à la dissémination volontaire d'OGM <sup>298</sup>. En outre, la nouvelle directive adoptée le 12 mars 2001 qui révisait la directive n° 90/220 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environne-

---

294. CJCE, aff. C-157/96, 5 mai 1998, *The Queen et Ministry of Agriculture*.

295. Aff. C-318/98, arrêt du 22 juin 2000, *Giancarlo Fornesar* ; aff. C-1/00, arrêt du 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

296. Aff. C-1/00, arrêt du 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

297. TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et autres c/ Commission européenne*.

298. Directive 90/219/CEE du 23 avril 1990 ; directive 2001/18/CE du 12 mars 2001.



ment a défini des procédures et des critères communs d'évaluation des risques ainsi qu'un « système indépendant de résolution des conflits » sur une base scientifique<sup>299</sup>. L'exemple des OGM montre cependant que la légitimité de l'encadrement communautaire demeure contestée<sup>300</sup> dans les domaines caractérisés par de fortes incertitudes scientifiques où, la sensibilité des citoyens devenant trop forte, les États sont soucieux de rester maîtres de la gestion des risques.

### **3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la responsabilité publique**

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne consacre aucun principe selon lequel la puissance publique serait responsable de ses actes en général. Mais « *la (Convention) et sa pratique vont dans le sens d'un recul des zones d'irresponsabilité de la puissance publique* »<sup>301</sup>. Si la Cour, par sa jurisprudence, admet expressément des cas d'absence de responsabilité, elle exerce comme toujours un contrôle de proportionnalité sur les limitations au droit d'accès à un tribunal. Les États sont tenus de prévoir des régimes de responsabilité pour les dommages liés à la violation des droits et libertés prévus par la CEDH<sup>302</sup>. Ils doivent, plus généralement, respecter les règles procédurales découlant de cette même Convention et de son interprétation par la Cour (règle du procès équitable, délai raisonnable, recours effectif...). La Cour a ainsi jugé, à propos des contentieux devant la juridiction administrative relatifs à des transfusés contaminés par le VIH, qu'une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence, nonobstant le nombre de litiges à traiter, et a condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention<sup>303</sup>.

En outre, devant la Cour, la responsabilité de l'État, certes limitée à la violation des droits et libertés consacrés par la Convention, est entendue de façon large. La Cour a dégagé des exceptions au principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur (arrêt *Tomasi c/ France*, 1992). Le droit à un environnement sain, non expressément prévu par la Convention, a été rattaché à l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale<sup>304</sup>.

---

299. Voir aussi, s'agissant de la sécurité des denrées alimentaires, le règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 qui institue l'autorité européenne de sécurité des aliments.

300. En matière de médicaments également, la Commission déplore une certaine réticence à se fier à l'évaluation scientifique d'autres États membres qui empêche de tirer pleinement profit des procédures (Communication n° 98C229/03).

301. J.-P. Costa, « La pratique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », colloque du Sénat « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique », mai 2001.

302. Ainsi des exigences découlant, selon la Cour, de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 (droit au respect des biens).

303. CEDH, aff. *X c/ France*, 31 mars 1992 ; *Vallée c/ France*, 26 avril 1994 ; *Karaya c/ France*, 26 avril 1994 ; *Demai c/ France*, 27 octobre 1994.

304. CEDH, *Lopez Ostra c/ Espagne*, 23 novembre 1994. Dans cette affaire, la Cour a condamné l'État espagnol à indemniser la requérante pour les nuisances et les préjudices en matière de santé provoqués par une station d'épuration.



La Cour, lorsqu'elle est saisie d'affaires dans lesquelles elle doit examiner la probabilité de certains risques au regard des obligations prévues par la Convention, observe une attitude de prudence. Elle recherche si un lien direct est établi entre les activités en cause et une menace suffisamment grave est imminente. Les dommages purement hypothétiques ne peuvent être pris en compte. Ainsi, à propos des dangers qu'aurait présentés une centrale nucléaire en Suisse, la Cour a considéré que les requérants n'avaient pas « *établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de Mühleberg, à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral demeuraient donc hypothétiques. En conséquence, ni les dangers ni les remèdes ne présentaient le degré de probabilité qui eût rendu l'issue du litige directement déterminante, au sens de la jurisprudence de la Cour, pour le droit invoqué par les intéressés* ». La Cour a estimé que le lien entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants était trop ténu et lointain<sup>305</sup>. Elle a de même considéré, dans son arrêt *X c/ France* du 24 mars 1992, à propos des transfusés victimes du VIH, que les conséquences physiologiques de la surcontamination des personnes déjà séropositives à la date du 12 mars 1985, rendue possible en raison de la carence de l'État, étaient « *en l'état actuel des connaissances scientifiques, totalement hypothétiques* », et que, dès lors, le préjudice allégué de ce fait était purement éventuel et ne pouvait ouvrir droit à réparation<sup>306</sup>.

Dans une affaire récente (CEDH, 30 novembre 2004, n° 48939/99), à propos de préjudices causés par une explosion de gaz en 1993 dans un dépôt d'ordures municipal d'Istanbul<sup>307</sup>, la Cour a conclu à la violation de l'article 2 de la Convention sur le droit à la vie, en soulignant que : « *L'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article implique avant tout pour les États le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie... Cette obligation s'applique sans conteste dans le domaine spécifique des activités dangereuses, où il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter pour la vie humaine. Elle doit régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause.*

---

305. CEDH, aff. *Balmer-Schafroth et autres c/ Suisse*, 26 août 1997.

306. S'agissant de la possibilité, pour un requérant, d'introduire une action parallèle à sa demande d'indemnisation par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, même après acceptation de l'offre de ce dernier, la Cour a jugé que le libellé de la loi et les travaux préparatoires permettaient au requérant de croire qu'il pouvait mener cette action parallèle et a, dès lors, conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention par la cour d'appel de Paris qui avait déclaré son recours irrecevable (CEDH, aff. *Bellet c/ France*, 20 novembre 1995).

307. Cette explosion a entraîné la mort de vingt-six personnes et onze ont été blessées.



Parmi ces mesures préventives, il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention ».

Certains<sup>308</sup> ont pu voir là l'amorce d'une « contribution propre (de la Cour) à la construction du principe de précaution » qui se serait ainsi départie « de la prudence, voire de la réticence » manifestée dans ses arrêts précédents.

## 4. Exemples étrangers

Il n'est pas aisé de comparer les régimes de responsabilité de nos partenaires les plus proches avec les nôtres ni d'analyser la place réservée chez chacun à des formes de socialisation du risque. **Ces régimes sont le fruit de l'histoire et de conceptions juridiques différentes. Les solutions restent variées. Quelques lignes se dégagent cependant : l'attachement qui demeure à la notion de faute, l'existence de régimes divers de responsabilité de la puissance publique, le développement, plus ou moins répandu, de la responsabilité sans faute et de régimes spécifiques pour répondre à des risques particuliers, la place généralement réservée aux régimes d'assurance classique**<sup>309</sup>.

### 4.1. La responsabilité de la puissance publique

La responsabilité de la puissance publique obéit à des régimes divers selon les pays. La notion française de « faute du service public » est souvent inconnue, ce qui n'empêche pas la mise en cause de la responsabilité des autorités publiques dans des conditions variables. La place de la responsabilité sans faute, qui gagne généralement du terrain, reste circonscrite et souvent prévue par des textes. Mais la notion de faute peut être entendue de façon large.

Ainsi, le **Royaume-Uni**<sup>310</sup> reste très attaché à la responsabilité pour faute et à la responsabilité individuelle. Le droit jurisprudentiel a très tôt posé le principe selon lequel les autorités publiques sont responsables comme toute personne de droit privé. Leur responsabilité délictuelle et contractuelle peut être engagée devant les tribunaux de droit commun. L'autorité publique peut être contrainte à réparation à raison des fautes de ses agents pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions tels que la négligence ou la violation du droit de propriété. Cette responsabilité du fait de la faute commise par l'agent est largement admise.

Les hypothèses de responsabilité sans faute (*strict liability*) sont en revanche très limitées. Les juges se sont traditionnellement montrés soucieux de tenir compte des contraintes de l'action administrative. Toutefois, la tendance

---

308. Jean-François Flauss, « Actualité de la CEDH », *AJDA*, 2002, p. 1277.

309. Une étude en cours du Commissariat du Plan, portant sur l'État et la gestion des risques de l'assurance, analyse de ce point de vue des exemples étrangers.

310. Sur cette question : *cf. infra*, contribution de M. Duncan Fairgrieve, « Responsabilité et risques : l'approche outre-Manche » ; « La responsabilité de l'État du fait d'un dysfonctionnement dommageable de la justice au Royaume-Uni », *Juriscope* 2000.



actuelle va dans le sens d'un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité administrative.

En **Allemagne**<sup>311</sup>, l'article 19 alinéa 4 de la loi Fondamentale dispose que « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 34 prévoit que « *lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'État ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve* ». La responsabilité de l'État peut être engagée s'il y a faute des fonctionnaires, une action récursoire étant possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière de l'agent. La responsabilité sans faute joue dans deux autres hypothèses : en se fondant sur le principe, énoncé par la Loi fondamentale, de l'indemnisation en cas d'expropriation, le juge civil assimile certaines atteintes à la propriété à l'expropriation et admet l'indemnisation, qu'il y ait atteinte illégale ou non ; en outre, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, le juge civil accorde l'indemnisation d'un préjudice spécial né d'une intervention de la puissance publique si le dommage concerne un droit non patrimonial.

C'est le juge judiciaire qui est compétent pour les actions en responsabilité contre l'État. Il fait application des règles du Code civil allemand. Au-delà des cas de responsabilité sans faute précités la jurisprudence se refuse à engager la responsabilité de l'État sur le fondement du risque, et ce type de régime n'est prévu par la loi que dans des hypothèses limitées, correspondant à des activités ou méthodes dangereuses.

En **Espagne**<sup>312</sup>, le droit applicable à la responsabilité de la puissance publique présente davantage de similitudes avec le système français. La responsabilité pour « fonctionnement anormal du service public », équivalent du régime français de responsabilité sans faute en droit public, est consacrée<sup>313</sup>. Elle fait peser une lourde charge financière sur les pouvoirs publics. Les juridictions administratives sont attentives à l'indemnisation des administrés. Aux termes de la loi, l'administration doit se retourner contre les agents publics fautifs. Le droit espagnol admet, comme le droit français, la responsabilité du fait des lois sur la base de la rupture du principe de l'égalité devant les charges publiques s'il y a préjudice spécial. Dans le système très décentralisé que connaît l'Espagne, les collectivités autonomes intentent souvent des actions contre l'État pour l'indemnisation de préjudices causés par ses activités.

---

311. Voir sur ces points, Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Mémentos, 4<sup>e</sup> édition, 2001 ; Philippe Gréciano, « Le contentieux de droit public comparé France-Allemagne », *Revue de l'actualité juridique française*, septembre 2004 ; Carole Bontemps, « La responsabilité de l'État du fait de la justice en Allemagne », *Justice et responsabilité de l'État*, PUF, 2003.

312. Voir notamment Francisco Lechuga, *La responsabilité patrimoniale des pouvoirs publics en droit espagnol : aspect historique*, Madrid-Barcelone, Marcial Pons, 1999.

313. Aux termes de l'article 106-2 de la Constitution espagnole de 1978 : « *Les particuliers, selon les dispositions légales, auront le droit d'être indemnisés pour tout préjudice subi tant dans leurs biens que dans leurs droits, sauf cas de force majeure, lorsque le préjudice résulte du fonctionnement des services publics* », ce droit étant opposable à « toutes les administrations publiques » (article 149-1-18a).



En **Italie**, la responsabilité extra-contractuelle de l'administration s'est construite, comme en France, très progressivement, l'immunité de l'administration ayant prévalu jusqu'à une époque récente. À la souveraineté répondait l'immunité<sup>314</sup>. La Constitution du 27 décembre 1947 a représenté une première étape importante : elle affirme, en son article 113, la possibilité de contester devant le juge tous les actes administratifs ; surtout, l'article 28 établit un lien entre les régimes de responsabilité fixés par les Codes civil et pénal et les règles applicables aux agents publics<sup>315</sup>. L'article 2043 du Code civil, selon lequel « *l'auteur de tout fait qui cause un dommage injuste à un tiers doit réparer ce dommage* », est ainsi applicable aux administrations et le juge administratif, seul compétent pour connaître de l'action des services publics<sup>316</sup>, a déterminé quatre conditions pour que leur responsabilité soit engagée dans ce cas : le fait générateur du dommage doit être illégal et le comportement de l'agent doit pouvoir être qualifié de fautif ; le lien entre ce fait et le dommage doit être certain ; le dommage doit être « injuste » ; il ne doit pas être possible de mettre fin au dommage, l'indemnisation étant seulement une réparation *ex post*.

Parmi les évolutions récentes, il faut noter que la jurisprudence a longtemps distingué les « droits subjectifs » (ex : expropriation illégale) et les « intérêts légitimes » (ex : refus illégal d'autorisation), seuls les atteintes aux premiers étant indemnisables. Une décision de la Cour de cassation de 1999 (n° 500/99) puis une intervention du législateur (loi n° 205/2000) ont rendu possible l'indemnisation du préjudice dans tous les cas. La responsabilité de l'administration peut également être engagée par le juge du fait d'une action ou d'un acte légal.

*« De plus en plus souvent, le législateur et le juge prévoient des mécanismes d'indemnisation automatique, qui font l'impasse sur une détermination précise du dommage, mais permettent une réparation plus facile et moins sujette à contentieux. L'usager a ainsi l'assurance que le gestionnaire du service, s'il viole les règles applicables, peut voir sa responsabilité engagée et être obligé de payer une indemnisation »*<sup>317</sup>. Un tel mécanisme a été institué pour les arrestations et incarcérations infondées : lorsqu'un procès constate l'innocence de la personne, une indemnisation forfaitaire lui est accordée.

En **Suède**, la responsabilité de l'État (ou de la commune) peut être mise en cause pour les dommages causés par une faute ou une négligence commise dans l'exercice de la fonction publique. La responsabilité de l'État peut être engagée devant les juridictions de droit commun. Mais les demandes à l'encontre de l'État sont, dans la plupart des cas, examinées selon une procédure originale devant le chancelier de justice, représentant du gouvernement, qui peut décider de la responsabilité de l'État.

---

314. S. Cassese, *Corso di diritto amministrativo*, Éditions Multa Pavois AG.

315. « Les fonctionnaires et agents de l'État et des collectivités publiques sont directement responsables, en vertu des lois pénales, civiles et administratives, des actes illégaux qu'ils accomplissent ».

316. D. Ig n° 80/1998, article 33.

317. S. Cassese, *op. cit.*, p. 377.



## 4.2. La place de la socialisation du risque dans les autres régimes de responsabilité

### *La responsabilité pour faute reste souvent le régime quasi exclusif*

L'exemple britannique est marqué par l'attachement à la notion de faute et par une préférence pour les solutions transactionnelles. La possibilité pour le juge de condamner la partie perdante à l'ensemble des frais exposés par l'autre partie n'est pas étrangère à la recherche de transactions. Le régime de responsabilité sans faute se limite pour l'essentiel à trois régimes : les accidents du travail, les victimes d'infractions criminelles, les vaccinations obligatoires.

Le droit allemand reste également très attaché à la notion de faute et s'est longuement montré réticent à envisager des cas de responsabilité sans faute. Mais certains textes prévoient des hypothèses pour faute présumée, ainsi de la responsabilité du fait d'autrui, de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, ou, pour la responsabilité du fait des choses, de la responsabilité des animaux, allant, dans ce dernier cas, jusqu'à la responsabilité sans faute pour les animaux de compagnie. C'est essentiellement le législateur et non la jurisprudence qui, par le recours à des lois spéciales, a prévu des cas de responsabilité sans faute : pour les produits défectueux par exemple, l'utilisation de l'énergie nucléaire, certains accidents impliquant des moyens de transport ou des dommages causés à l'environnement. La plupart des lois édictant des cas de responsabilité sans faute prévoient le plafonnement de l'indemnisation, et les préjudices extra-patrimoniaux donnent difficilement lieu à réparation.

Aux États-Unis, de même, on constate une grande réticence des juges à se départir de la notion juridique de faute. Le droit américain connaît toutefois un régime de responsabilité – la *strict liability* – que l'on peut regarder dans ses effets comme assimilable à la responsabilité sans faute, dans lequel la seule survenance du dommage, même en l'absence de tout élément intentionnel, est de nature à engager la responsabilité de son auteur. La jurisprudence sur la *strict liability* a été développée notamment dans le cas des maîtres d'animaux dangereux ou dans les cas d'utilisation de machines ou de produits dangereux, par exemple des explosifs ou en matière de transport. Certains avocats ont essayé d'étendre le domaine de la *strict liability* à de nouveaux champs des activités sociales, mais la Cour suprême a fait preuve de réticence. Dans le domaine médical, la responsabilité sans faute ne joue pas, mais la responsabilité du défendeur est présumée et il ne peut dégager sa responsabilité qu'en démontrant l'absence de volonté fautive ou de négligence.



### *La socialisation des risques progresse par le biais de régimes législatifs spécifiques répondant à certains risques*

Ainsi, en Allemagne, pour certains dommages, des fonds d'indemnisation ont été mis en place : la Fondation d'aide aux enfants handicapés<sup>318</sup>, la Fondation d'aide aux personnes contaminées par le VIH à la suite d'une transfusion sanguine, le fonds d'indemnisation des dommages causés par les boues d'épuration (*Klärschlamm*)<sup>319</sup>. Certains textes prévoient des mécanismes de compensation financière : indemnisation des dommages causés par un vaccin ; indemnisation des victimes d'actes de violence ; aide aux personnes contaminées par le virus de l'hépatite C.

En Grande-Bretagne, le législateur a institué des mécanismes de solidarité pour indemniser certains risques. Des fonds ont ainsi été créés pour l'indemnisation des préjudices causés par le sang contaminé ou par les vaccinations obligatoires.

En Italie, la loi n° 210 du 25 février 1992<sup>320</sup> dite « d'indemnisation des personnes ayant subi un dommage irréversible à cause de vaccinations obligatoires, de transfusions ou d'administration de produits hémo-dérivés » prévoit que ce mécanisme bénéficie aux personnes ayant présenté des lésions permanentes à la suite de transfusions. L'indemnisation est fixée par référence à des tableaux d'indemnisation arrêtés par le législateur<sup>321</sup>. La Cour de cassation a jugé, dans une décision de la Chambre sociale des 12 juillet et 21 octobre 2000 (n° 13923) que les sommes ainsi versées aux victimes n'avaient pas le caractère de réparation au sens du Code civil, mais de prestation d'assistance relevant de la solidarité nationale. Cette appréciation est notamment fondée sur le fait que l'indemnisation prévue par la loi est conçue comme une alternative à tout recours contentieux.

En Espagne, depuis les années cinquante, il existe un organisme de droit public, le Consortium de compensation des assurances, qui garantit les risques exceptionnels, quelle que soit leur origine, naturelle, sociale ou politique<sup>322</sup>.

De fortes disparités existent entre les États membres de l'Union européenne pour l'indemnisation de préjudices comparables. Ainsi, la plupart des États membres ont instauré des régimes **d'indemnisation publique des victimes d'infraction**. L'exposé des motifs de la proposition de directive du Conseil

---

318. Dont le but est notamment de fournir des prestations à des personnes handicapées dont les malformations peuvent être en relation avec l'absorption, par leurs mères durant leur grossesse, du « *Contergan* » (thalidomide). L'État fédéral, la Croix-Rouge allemande, et plusieurs entreprises pharmaceutiques contribuent au financement de la fondation. Voir sur ces points, Frédérique Ferland, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

319. Tous les producteurs de boues d'épuration (*Klärschlamm*) à des fins agricoles doivent verser une contribution pour financer le fonds.

320. <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/leggeindennizzovaccinazioni.htm>

321. En cas de décès d'une victime avant sa majorité, l'indemnisation revient aux parents. La demande d'indemnisation peut être présentée dans les dix ans, en cas de contamination par le VIH, dans les trois ans pour les autres cas. La loi a tenu à couvrir les contaminations intervenues avant son entrée en vigueur, le délai précité courant, dans ces cas, à compter de la publication de la loi du 25 février 1992.

322. Il est alimenté par des primes prévues dans les contrats d'assurances.



relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité indiquait, en 2002, que ces régimes présentent entre eux d'importantes disparités quant aux conditions à remplir pour se faire indemniser par l'État. Sept États membres limitent le bénéfice de l'indemnisation aux cas de graves préjudices. Les types de préjudice indemnissables diffèrent très sensiblement. Cinq États membres n'octroient aucune indemnisation pour les préjudices non pécuniaires. Les calculs du montant de l'indemnité présentent, eux aussi, de grandes différences. Six États membres se réservent la possibilité de diminuer ou de refuser une indemnité en fonction de la victime et de l'auteur de l'infraction, de la situation financière de la victime ou de motifs d'ordre public. L'un des États membres ne couvre pas tous les résidents permanents victimes d'une infraction sur son territoire.

La question de **l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques** a suscité une mise en place de procédures particulières. Une étude du Sénat de novembre 2000<sup>323</sup> constatait que des solutions étaient prises afin d'éviter aux victimes d'avoir à recourir aux tribunaux pour obtenir une indemnisation : des instances extrajudiciaires ont été instituées en Allemagne et en Suisse ; la réforme de la procédure civile anglaise favorise le règlement amiable avant la saisine d'un tribunal : au Danemark et en Suède, la loi dispense les victimes de tels accidents de prouver l'existence d'une faute.

**La couverture des risques terroristes** donne également lieu à des solutions diverses, dans lesquelles l'État intervient cependant toujours.

Dans un premier schéma, l'État intervient comme assureur en premier ressort : il joue le rôle d'assureur public volontaire et supporte donc l'essentiel du risque terroriste à travers un fonds public chargé de l'indemnisation des dommages. Ce système, qui suppose une solidarité nationale forte devant le risque terroriste, a été mis en place dans des pays particulièrement préoccupés par cette menace. Il se trouve notamment en Espagne où le *Consortio* indemnise depuis 1954 les victimes d'attentats et de catastrophes naturelles. Il existe également en Israël<sup>324</sup>, où le fonds d'indemnisation présente la spécificité d'être essentiellement financé par l'impôt, et non par des primes comme en Espagne.

Dans un deuxième modèle, l'État intervient comme réassureur en dernier ressort : les assureurs peuvent se réassurer auprès d'un organisme public, ce qui permet, contrairement au schéma précédent, un véritable partage du risque entre la sphère publique et la sphère privée, pondéré selon la structure du système d'assurance et le type de contrat de réassurance retenu. Ce schéma se retrouve en Afrique du Sud où, lorsque les assureurs ont refusé de continuer à couvrir le risque terroriste, en 1976, les quinze plus grandes compagnies de réassurance du pays se sont constituées en un *pool*, le *South Africa Strikes and Riots Association* (SASRIA), réassuré en dernier ressort par l'État. Le Royaume-Uni, également, a choisi ce type de partage des risques : depuis les attentats perpétrés à Londres par l'IRA en 1993, un *pool* de réassurance, *Pool*

---

323. « L'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques », *Les documents de travail du Sénat*, novembre 2000.

324. Cf. Erwann Michel-Kerjouan, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Revue d'économie politique*, septembre-octobre 2003, n° 5.



Re, bénéficie de la garantie de l'État en qualité de réassureur en dernier ressort. En cas de sinistre, l'assureur membre du *pool* n'acquiesce qu'une franchise, au-delà de laquelle l'indemnisation des dommages est assumée par *Pool Re*. Le GAREAT français correspond également à ce type de schéma.

Enfin, dans une troisième configuration, l'État intervient comme prêteur en dernier ressort : il s'agit là d'un mode d'intervention encore plus discret de la puissance publique. Le gouvernement offre sa garantie aux assureurs, mais uniquement à titre d'avance, en consentant éventuellement à fournir des prêts à taux d'intérêt bonifiés. Ce schéma, qui est pour partie celui mis en place par la loi américaine sur l'assurance du risque de terrorisme<sup>325</sup>, est moins avantageux pour les assureurs que les précédents, ceux-ci pouvant avoir à supporter de lourdes pertes. Le *Terrorisme Risk Insurance Act* (TRIA) adopté par le congrès américain le 26 novembre 2002 met en place, pour trois ans, un système particulier. Le dispositif n'entre en œuvre que pour les actes qualifiés par le Trésor de terroristes, perpétrés par des personnes étrangères ou directement liées à des réseaux terroristes sur le sol américain. Pour un attentat du type de celui perpétré à Oklahoma City, c'est-à-dire par un citoyen américain isolé, la garantie offerte par le TRIA ne fonctionnerait donc pas. Le partage des risques prévus par la loi américaine sur l'assurance du risque de terrorisme est le suivant : en cas d'acte terroriste officiellement reconnu comme tel, le gouvernement fédéral indemnise à hauteur de 90 % les pertes assurées en dommages-responsabilité, cette indemnisation ne valant qu'au-delà d'une franchise appliquée à chaque assureur. Au total, l'assureur garde donc à sa charge la franchise et une quote-part de 10 % de la part des dommages excédant le montant de la franchise. La question de la prolongation de ce dispositif au-delà de 2005 fait l'objet de débat.

En outre, pour les dommages corporels causés par les attentats du 11 septembre, un fonds particulier a été créé qui vise à l'indemnisation intégrale en complétant les indemnités versées au titre de toutes les autres formes d'assurance. En contrepartie, la victime renonce aux actions en responsabilité devant les tribunaux sauf contre les participants identifiés<sup>326</sup>.

**S'agissant du principe de précaution, l'approche française se caractérise par sa singularité au sein de pratiques nationales très diverses.**

En Allemagne, où le principe de précaution est apparu très tôt, celui-ci constitue davantage une exigence morale qu'une norme produisant des effets juridiques<sup>327</sup>. Les applications pratiques découlant de certains textes se distinguent ainsi peu de la prévention et reposent par exemple sur la fixation de marges de sécurité lors de la définition de seuils réglementaires ou le recours aux meilleures technologies disponibles permettant de réduire les ris-

---

325. Voir sur les points qui suivent concernant les États-Unis, Erwann Michel-Kerjouan, *idem*.

326. Voir, sur cette question, Tom Baker, « Terrorisme, assurance et responsabilité : un point de vue américain », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.

327. L'article 20 a de la Constitution allemande consacré à la protection des fondements naturels de la vie dispose que « *Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège les fondements naturels de la vie par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit* ».



ques à un coût économique acceptable. Si la Cour constitutionnelle a confirmé que l'administration devait adopter des mesures de précaution tant contre les dangers identifiés que contre des risques non encore identifiés<sup>328</sup>, le juge allemand accorde aux pouvoirs publics une marge d'appréciation relativement large. Aux États-Unis, le principe de précaution a également inspiré, dès les années soixante-dix, la législation de l'environnement et notamment les missions de l'*Environmental Protection Agency*. Le souci de le concilier avec les intérêts industriels s'est cependant rapidement traduit, tout au moins au niveau fédéral, par une réticence à l'appliquer. Il n'intervient qu'en cas de forte présomption de risque et après un bilan coût/avantage favorable. Rarement invoqué en tant que tel, le principe se traduit principalement par l'exigence d'innocuité imposée à de nombreuses activités en vue de la protection des consommateurs. Au Royaume-Uni, le principe de précaution est considéré comme un principe directeur de la politique de l'environnement aux termes du Livre Blanc sur l'environnement. Mais le juge est réticent à son application.

### 4.3. Les différences de procédures

Alors même qu'en France une catastrophe collective conduit souvent à une intervention de l'État et à une orientation pénale du traitement juridictionnel, celui-ci demeure la plupart du temps civil aux États-Unis, le versement de dommages et intérêts étant réputé réparer exactement les préjudices subis et assurer une correcte prévention de nouveaux comportements fautifs. L'une des causes de l'orientation pénale de ce type d'affaire en France, outre la réponse à une attente sociale qui identifie procès pénal et punition, est l'importance des ressources procédurales offertes par la justice pénale, qu'il s'agisse des moyens judiciaires, humains ou matériels (*cf. infra*). Aux États-Unis, le procès civil permet de disposer de tels moyens et le recours à une stratégie juridictionnelle pénale devient presque inutile.

Le mécanisme de *discovery*, utilisé largement dans les procès contre les fabricants de tabac, donne des pouvoirs importants aux parties en vue de réunir des éléments de preuve chez l'adversaire, pouvoirs qui s'apparentent à une forme de perquisition civile. Les *class actions* (actions collectives réunissant des milliers de plaignants dans la même instance) couplées aux *contingency fees* (paiement des avocats uniquement en cas de victoire au pourcentage) sont des outils procéduraux qui permettent de réunir et de gérer à moindre frais les réclamations d'un nombre indéterminé de plaignants<sup>329</sup>. Le recours à des experts comme témoins, qui font l'objet d'interrogatoires et contre-interrogatoires, est intensifié et habituel. La présence d'un jury populaire dans les procès civils est imposée par le septième amendement à la Constitution américaine.

---

328. Arrêt du 8 août 1978 portant sur l'exploitation du surgénérateur de Kalka. Voir, sur ce point, *Rapport d'information sur la Charte de l'environnement et le droit européen*, Assemblée nationale, janvier 2004.

329. Parmi les affaires les plus importantes, on peut citer : l'affaire *Castano vs American Tobacco corp.*, où 40 millions de fumeurs sont réunis ; l'affaire *Engel vs R.J. Reynolds et al.*, où 700 000 demandeurs sont représentés ; l'affaire *Price vs Philip Morris*, où un million de plaignants ont intenté une action collective.



De même, en Grande-Bretagne, la séparation entre instance civile et procès pénal est stricte et les experts ont un rôle important. Ainsi, en matière médicale, un médecin n'est pas considéré comme négligent s'il a agi conformément aux données et compétences considérées comme adéquates par un corps d'opinion médicale raisonnable<sup>330</sup>. D'où le rôle central de l'expert médical lors du procès. Comme aux États-Unis, se développe également le système des « *contingency fees* ».

Ces systèmes, cependant, ne présentent pas que des avantages. Au Royaume-Uni, le coût et l'allongement des délais liés au large recours à des experts fait l'objet d'interrogations<sup>331</sup>. Aux États-Unis, les inconvénients et risques de dérive d'un système en apparence adapté aux contentieux de masse sont connus : encouragement du nombre de demandeurs, qui peut croître plus vite que la capacité financière d'honorer les demandes, d'où des tribunaux qui peuvent être surchargés, des entreprises fragilisées, une compensation insuffisante accordée aux demandeurs et une part importante des indemnisations versées aux avocats<sup>332</sup>, des procès surprenants et des indemnisations parfois peu réalistes.

Ainsi en est-il des « *punitive damages* » qui, bien qu'ayant le caractère de réparation civile, sont des sanctions à l'égard de l'auteur d'un préjudice intentionnel et, à ce titre, s'apparentent à des amendes pénales. Le pouvoir largement discrétionnaire laissé aux jurys populaires pour déterminer les *punitive damages* a pu conduire à l'octroi de montants déraisonnables liés à la capacité financière supposée des acteurs économiques en cause, avec les risques que cela comporte pour les efforts de recherche et d'investissement. Ces montants peuvent parfois s'avérer bien supérieurs aux dommages-intérêts alloués. Dans l'affaire *Frankson vs Brown & Williamson*, en 2004, un jury de New York a accordé à la famille d'une victime du tabac 20 millions de dollars au titre des *punitive damages*.

S'agissant des produits dangereux, c'est essentiellement la responsabilité du producteur qui est recherchée. On perçoit la différence avec la conception française : l'approche française, qui retient la défectuosité du produit ne peut jouer par exemple pour le tabac, la seule obligation étant alors celle de l'information ; l'approche américaine est en revanche celle d'une responsabilité « sociale » des fabricants de produits dangereux. La réparation devient alors une compensation économique plus que la sanction d'une faute morale. La Cour suprême des États-Unis a cherché à encadrer le système des *punitive damages*, en invitant les jurys à ne plus allouer des montants excessifs par rapport au préjudice réel. Le juge Kennedy, dans son opinion (majoritaire) sur l'arrêt *State Farm vs Campbell* de 2003, souligne que « *le défendeur doit être*

---

330. *Bolam vs Friern Hospital Management Committee* (1957) WLR 582.

331. Cf. Rapport de Lord Woolf de juillet 1996, *Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor of the Civil justice system in England and Wales*, cité dans le rapport d'information du Sénat sur la réforme de la justice civile en Angleterre (Rapport d'information n° 9, 1997/1998).

332. En matière de responsabilité civile, « *seulement 46 % des indemnisations sont effectivement versés aux victimes, le reste servant à rémunérer les avocats et à régler les frais administratifs.* », P. Kaltwasser et B. Salzmann, « L'assurance aux États-Unis : défis et perspectives », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.



*puni pour la conduite qui a causé du tort au demandeur et non parce qu'il est une entreprise ou un particulier peu recommandable* ». Par ailleurs, certains États américains ont imposé des plafonds et créé des fonds étatiques spécialisés qui recueillent une fraction des « *dommages punitifs* » dans certains cas.

Au niveau fédéral, des initiatives de réforme dans le domaine de la responsabilité civile visent à réduire les actions collectives, les actions en responsabilité médicale et celles liées à l'amiante. Elles n'ont toutefois pas encore abouti <sup>333</sup>.

L'expérience américaine nourrira le débat qui s'ouvre en France sur l'éventualité d'une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives. Le système juridique français n'accorde pour l'instant qu'une place limitée aux actions collectives. Cette place n'est toutefois pas négligeable dans certains secteurs <sup>334</sup>.

#### **4.4. Des exemples de systèmes étendus d'indemnisation sans recours à la responsabilité civile**

Quelques exemples de régimes de ce type peuvent être cités. Ils sont le plus souvent limités à certaines catégories de risques.

##### *L'assurance automobile au Québec*

La loi sur l'assurance automobile au Québec a créé un régime public d'assurance automobile, géré par la Société de l'assurance automobile du Québec, qui couvre tout résident du Québec en cas de blessures ou de décès lors d'un accident automobile qu'il soit ou non responsable de l'accident. Les poursuites devant les tribunaux civils n'existent plus : on ne recherche pas de coupable, l'objectif est de garantir une indemnisation équitable et rapide. Seules sont maintenues les sanctions administratives du Code de la sécurité routière et les sanctions pénales prévues au Code criminel <sup>335</sup>.

##### *L'exemple de la Nouvelle-Zélande*

Une « entité royale » (*crown entity*) mise en place par les autorités néo-zélandaises permet aux Néo-Zélandais de bénéficier d'une couverture totalement détachée de la faute pour une gamme étendue de préjudices corporels. Les fonds proviennent, en fonction des risques, des employeurs, des travailleurs

---

333. Swiss Re, Sigma n° 6/2004, septembre 2004.

334. Quelques associations ont été habilitées par le législateur à défendre un intérêt collectif devant les juridictions civiles : associations de défense des travailleurs handicapés, associations de défense des consommateurs. Un grand nombre de textes législatifs permettent à des associations expressément habilitées de se constituer partie civile à certaines conditions, liées par exemple à un agrément ministériel ou au but poursuivi. Elles sont habilitées à agir soit sans condition de préjudice (associations de défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement, associations de défense ou d'assistance de l'enfance martyrisée, associations familiales, associations se proposant de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse...) soit sous condition de préjudice (associations de défense des intérêts des consommateurs, associations se proposant de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la résistance ou des déportés...). Voir, sur ces points, *Associations*, Dalloz Action, 2000.

335. Voir le site de la Société de l'assurance automobile du Québec : [www.saaq.gouv.qc.ca](http://www.saaq.gouv.qc.ca).



indépendants, des actifs et inactifs, du gouvernement ou des taxes sur l'essence. Ce système s'accompagne d'une politique active de prévention<sup>336</sup>.

### *L'indemnisation des accidents médicaux dans les pays nordiques*

Le modèle social scandinave s'est développé en marge des schémas continentaux, avec une approche d'État providence. Le système d'indemnisation des accidents médicaux mis en place, plus particulièrement en Suède<sup>337</sup>, s'inscrivait donc dans un contexte très particulier, où les assurances sociales étaient très développées et très généreuses. Dans tous les cas, les dépenses de soins étaient couvertes par l'assurance maladie. Mais l'originalité du système a surtout été de poser très tôt le principe de la réparation intégrale des préjudices dus à un bon nombre de risques engendrés par le système de santé.

Une série de difficultés dans le domaine de la responsabilité médicale, liées à l'augmentation du nombre de sinistres elle-même conséquence des progrès de la médecine, à la délicate détermination de la frontière entre l'acte fautif et l'aléa, ainsi qu'au coût des procédures juridictionnelles, ont conduit à instituer une procédure d'indemnisation unique en son genre. Elle a pris la forme d'une série d'accords collectifs passés en 1975. La Fédération des conseils de comités<sup>338</sup> a signé un accord avec les représentants des grandes compagnies d'assurance, instituant un système d'indemnisation non fondé sur la recherche d'une faute et indépendant des procédures juridictionnelles classiques : la question de l'indemnisation et celle de la responsabilité furent totalement dissociées. Ces compagnies, réunies en consortium opérant une mutualisation très large entre les secteurs médicaux, sont chargées d'administrer un fonds d'indemnisation des patients en y réunissant les primes d'assurance de responsabilité civile médicale versées par les organisations de médecins libéraux ainsi qu'une part de taxes locales. Le consortium indemnise intégralement les préjudices des victimes, excepté la part prise automatiquement en charge par l'assurance maladie, au terme d'une procédure administrative non contentieuse assez rapide<sup>339</sup>. Tous les préjudices médicaux ne sont cependant pas indemnisés, certaines restrictions sont prévues, liées à la nature du préjudice, au caractère évitable du dommage, à sa gravité, qui doit être « exceptionnelle ».

---

336. Voir le site de l'Accident Compensation Corporation (ACC) : [www.acc.co.nz](http://www.acc.co.nz).

337. Voir Carl Espersson, *The patient injury act*, août 2000, [www.lof-forsakring.com](http://www.lof-forsakring.com).

338. Qui ont sous leur contrôle, entre autres, le système de santé publique.

339. La demande d'indemnisation est traitée par un bureau central du fonds à Stockholm, où, après avoir déterminé si le demandeur était dans une situation qui ouvrait droit à une indemnisation, les administrateurs déterminent le montant du préjudice. Cette procédure nécessite en moyenne seulement six mois d'attente. Le patient peut encore s'adresser, généralement pour contester cette décision, à une commission d'indemnisation, composée de sept membres et présidée par un juge en activité ou honoraire. C'est une formation marquée par l'échevinage : trois membres sont des représentants des patients, un autre est un expert médical, un autre représente les assureurs, le dernier doit être un expert en administration hospitalière (représentant le gouvernement). Bien que ses avis aient toujours été suivis, ils ne sont que des recommandations. Sur 140 000 procédures entre le 1<sup>er</sup> janvier 1975 et le 31 décembre 1999, seuls 7 223 cas ont été portés devant la commission d'indemnisation, et ses avis ne diffèrent de ceux des assureurs que dans 10 % des cas. Il existe une commission d'arbitrage en appel, très rarement sollicitée, composée d'un juge assisté d'experts médicaux. Il est notable que cette procédure « administrative » est en grande partie indépendante de l'administration centrale.



Cette procédure d'indemnisation n'exclut pas que des sanctions disciplinaires soient imposées aux médecins en cas de faute ni que le fonds exerce des actions récursoires.

Une loi du 19 juin 1996 a consacré le système tel qu'il résultait dans ses grandes lignes de l'accord collectif testé par vingt ans de pratique qui a conduit à sans cesse adapter le système notamment pour le rendre conforme aux exigences du droit européen de la concurrence. La loi prévoit par ailleurs la possibilité d'un recours contentieux pour faute et, face aux coûts engendrés par le système, a instauré une franchise et un plafond.

D'autres pays du nord de l'Europe <sup>340</sup> ont suivi la Suède, sur ce terrain comme sur d'autres : l'indemnisation de l'aléa médical dissociée du droit de la responsabilité et suivant une procédure administrative semble être devenue aujourd'hui une composante essentielle du « modèle social nordique ». Chaque pays y a cependant apporté sa marque : conditions ouvrant droit à indemnisation, règles probatoires plus ou moins sévères, indemnisations plus ou moins généreuses. La Norvège, qui a la première suivi la Suède en retenant la voie de l'accord collectif, a assis son système d'indemnisation sur un texte législatif en 2001. La Finlande, qui a choisi de légiférer dès 1987, a réformé sa loi en 1999, mais de nombreuses modalités sont destinées à être complétées par voie d'accord collectif. Le Danemark s'est doté d'une loi en 1992. Dernier né de cette vague nordique, le système d'indemnisation des accidents médicaux en Islande a été institué par une loi de 2001, inspiré avant tout par la législation danoise.

On a également vu apparaître aux États-Unis des partisans d'une procédure administrative simple et séparée du droit de la responsabilité centré sur la faute. Certains États l'ont retenue pour des cas circonscrits. En Virginie (*Birth Related Neurological Injury Act* de 1987) et en Floride (1988), les préjudices neurologiques liés à l'accouchement (encéphalopathie, notamment) peuvent être indemnisés par un fonds d'indemnisation spécial financé par les médecins-chirurgiens et les hôpitaux, ainsi que les assureurs de responsabilité civile, habituellement en Virginie, exceptionnellement en Floride. L'acceptation par une victime du programme d'indemnisation, qui n'est pas exclusivement financier et comprend des mesures d'aide médicale, d'aménagement du lieu d'habitation, l'indemnisation des préjudices « moraux » pour la famille et l'enfant étant sévèrement plafonnée, rend irrecevable toute action contentieuse ultérieure pour l'indemnisation d'un quelconque chef de préjudice né de l'accident médical. En Virginie, c'est la commission des accidents du travail qui est chargée de déterminer le droit à compensation, tandis qu'un juge d'État fédéré (de la division de droit administratif) s'en charge en Floride. Toutefois, les médecins et les hôpitaux sont libres de ne pas participer à ce programme.

Il n'est pas évident qu'un modèle de type suédois, tel que décrit ci-dessus, soit aisément transposable dans un pays comme le nôtre. La différence d'échelle (la Suède compte 9 millions d'habitants) et la part prépondérante du secteur public dans le domaine médical (90 %) s'accompagnent d'une forte différence de culture administrative : le modèle suédois suppose notam-

---

340. Voir Arne Grünfeld, *The nordic patient insurance systems – similarities and differences*, [www.patientforsikringen.dk](http://www.patientforsikringen.dk).



ment la relative indépendance, face à l'administration, du système d'indemnisation, sa souplesse (le système suédois a été en constante adaptation depuis son origine), ainsi que le travail en commun des partenaires publics et privés. Enfin, la déconnexion radicale du droit de la responsabilité et du droit de l'indemnisation suppose un saut qualitatif que juristes et requérants potentiels ne sont sans doute pas prêts à accepter en France : si l'on a réussi depuis longtemps à introduire dans le droit de la responsabilité français du « sans faute », la notion qui peut paraître paradoxale de « responsabilité sans faute » y reste ancrée, et laisserait difficilement la place à du « sans faute » voulant dire aussi sans responsabilité.

## B – Justifications et limites de la socialisation du risque

**Il n'est guère concevable de s'en tenir aux seuls mécanismes traditionnels de l'assurance pour faire face à certains risques, conjoncturels ou non, qui se manifestent aujourd'hui. Le recours à la solidarité, pouvant aller jusqu'à la solidarité nationale, et, de façon plus générale, la socialisation de ces risques, paraissent indispensables. Mais il n'est pas davantage concevable de généraliser cette approche dont les limites sont évidentes.**

### 1. Les justifications

Les justifications de la socialisation du risque, reposant sur une solidarité élargie, sont, comme on l'a vu, diverses et fondées.

Cette solidarité est indispensable en faveur des plus démunis qui se trouvent hors du champ de l'assurance, faute de moyens ou parce que leur état – maladie en particulier – fait qu'ils deviennent *a priori* non assurables ou encore parce qu'ils sont victimes de préjudices dont les auteurs sont introuvables ou insolvables. Au-delà, la socialisation du risque permet de rétablir l'équilibre devant les charges publiques lorsqu'il est rompu et, si besoin est, de réparer les dommages causés par les activités de la puissance publique quand bien même ne seraient-elles la source d'aucune faute.

La socialisation du risque facilite l'indemnisation des dommages, tels les calamités naturelles, pour lesquels aucun responsable n'est identifiable. Il est en outre des risques pour lesquels le schéma classique de l'assurance, fondé sur des calculs actuariels, ou des montants de primes et de franchises liés aux risques encourus et aux efforts de prévention de l'assuré, n'a plus de sens. Dans ces cas, au premier rang desquels figure le risque terroriste, mieux vaut s'orienter vers des solutions fondées sur des schémas généraux de partage de risques à grande échelle s'appuyant sur une très large mutualisation <sup>341</sup>.

---

341. Erwann Michel-Kerjan, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Problèmes économiques*, 9 juin 2004, p. 32.



La solidarité peut également pallier les limites matérielles des mécanismes classiques d'assurance pour le traitement de certains risques, et, plus généralement, les limites de la mutualisation du risque. Dans les secteurs les plus exposés, la segmentation du marché de l'assurance peut en effet conduire à ce qu'une charge financière insupportable soit imposée à ceux qui souhaitent s'assurer.

La socialisation du risque trouve une autre justification, lorsqu'elle s'appuie sur la responsabilité sans faute, dès lors qu'elle peut contraindre un acteur à prendre en compte le coût social de son activité : il s'agit de « *forcer les producteurs de risques à internaliser ces risques* »<sup>342</sup>, ce qui devrait les inciter à les prévenir. C'est, indirectement, l'un des effets que l'on peut espérer d'un mécanisme tel que le fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL, *cf. supra*), qui est à cet égard exemplaire : les contributions proviennent des pollueurs potentiels.

La socialisation du risque permet en outre de compenser les limites inhérentes à la responsabilité politique des décideurs publics comme sanction du défaut de prise en charge par ceux-ci de problèmes collectifs.

## 2. Les limites

Si l'évolution constatée vers une socialisation accrue du risque a ses justifications, elle ne saurait toutefois être considérée comme le remède miracle en toutes circonstances. Elle connaît des limites, liées à son impact financier, aux difficultés auxquelles se heurte l'action de l'État pour imposer des solutions fondées sur une solidarité élargie, aux risques, enfin, de déresponsabilisation que peut comporter cette évolution.

### 2.1. Des limites matérielles

#### *Les limites de la solidarité financière*

Lorsque l'État intervient parce que le simple jeu du marché de l'assurance ne permet pas l'indemnisation des victimes, lorsqu'il s'engage à indemniser directement certains préjudices ou lorsqu'il doit se porter garant en dernier recours sur les plus gros risques (*cf. supra*), **le coût supporté par la collectivité n'est pas extensible à l'infini.**

Étendre la contribution à la couverture d'un risque à des personnes qui ne sont pas exposées à ce risque ou le sont peu, comme dans le cas de catastrophes naturelles, n'est admissible que si cette contribution reste à un niveau raisonnable. La solidarité n'est pas toujours bien acceptée. Après les attentats du 11 septembre 2001, « *le phénomène de la sélection adverse a joué à plein : le propriétaire*

---

342. Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », *ERPL/REDP*, vol. 15, n° 1, printemps 2003. Pour de plus amples développements sur les justifications des procédures « sans faute » inspirées par le courant *Law and Economics*, voir Th. Kirat (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, 2003, notamment Th. Kirat, « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques », p. 67.



*du bureau de tabac de Saint-Flour n'avait aucun intérêt à souscrire de garanties attentats spécifiques et seules les entreprises les plus exposées y avaient intérêt, ce qui renchérisait les coûts de leur couverture..., les dissuadant in fine de s'assurer »*<sup>343</sup>.

De même, l'obligation d'assurance imposée à certaines professions n'est acceptée que si le coût en est jugé supportable. La prise en charge directe par les budgets publics ou les assurances sociales, parfois inévitable, au moins dans un premier temps, pour des catastrophes de grande ampleur (amiante) ne peut non plus être systématique même si, comme le soulignait avec optimisme le commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire *Cames* : « *Ajoutons qu'en ce qui concerne l'État, on n'a même pas à redouter l'objection, plus ou moins sérieuse, tirée des frais excessifs qui pourraient, le cas échéant, grever l'industrie, en dehors d'un système d'assurance ou de mutualité sagement organisé. L'État est en mesure de pourvoir aux charges que le risque professionnel peut faire peser sur lui, soit qu'il se fasse allouer, selon les besoins reconnus, les crédits nécessaires qu'on ne lui marchandera pas, soit qu'il établisse tel système d'assurances qu'il lui appartient d'instituer, et pour lequel le concours du Parlement ne lui fera pas davantage défaut* ».

### *Le poids financier du risque*

Certaines catastrophes, certains risques sériels ou de masse, certes exceptionnels, entraînent des dommages dont le coût peut s'avérer considérable. Outre les évaluations records citées plus haut à propos des conséquences des attentats du 11 septembre 2001, du cyclone Andrew ou des inondations de 2002, quelques chiffres en témoignent : le coût de la prise en charge des victimes de l'amiante était estimé en 2003 entre 26,8 et 37,2 milliards d'euros pour les vingt prochaines années<sup>344</sup> ; le coût du naufrage du *Prestige* a été évalué à 1 ou 2 milliards d'euros, celui de l'*Erika* serait de 400 à 600 millions d'euros<sup>345</sup> ; les dommages causés aux bâtiments par la sécheresse du sous-sol étaient estimés à 3,2 milliards d'euros de 1989 à 2000<sup>346</sup> ; le montant des indemnités versées entre 1994 et 2001 aux victimes de la maladie de Creutzfeldt-Jacob, contractée à la suite d'un traitement par hormone extractive de croissance, est de 20,5 millions d'euros<sup>347</sup>. Dans l'hypothèse d'un tremblement de terre en Californie, on estime que les valeurs assurées avoisinent actuellement 75 milliards de dollars<sup>348</sup>. Les sinistres provoqués par le tremblement de terre dans l'ouest des États-Unis en 1994 sont évalués à 17,3 milliards de dollars<sup>349</sup>. Les quatre ouragans qui ont sévi sur les côtes du sud-est

---

343. Denis Kessler, *Risques*, n° 59, juillet-septembre 2004, p. 88.

344. Rapport du gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante, 2003.

345. *Dommage environnemental en cas de pollutions maritimes accidentelles*, Association Cèdre, 2004.

346. *Les catastrophes naturelles en France*, CCR, juin 2003.

347. *Rapport sur le projet de loi de finances pour 2002*, annexe n° 22, Assemblée nationale.

348. Swiss Re, *L'assurabilité des risques terroristes dans l'assurance dommage après le 11 septembre 2001*, 2003.

349. *Catastrophes naturelles et techniques en 2003* », *Sigma n° 1/2004*, Swiss Re.



des États-Unis en août et en septembre 2004 ont entraîné des dommages s'élevant à 20,5 milliards de dollars pour les sinistres assurés <sup>350</sup>.

Le niveau global des primes émises par les sociétés d'assurance françaises au titre de l'assurance « non vie » était en 2001 de 50 milliards d'euros, soit environ 3,65 % du PIB <sup>351</sup>. Les dommages corporels représentent 12,9 % des primes d'assurance non vie (6,1 milliards d'euros) <sup>352</sup>, l'automobile 32,4 % (15,3 milliards d'euros, dommages corporels compris), les contrats de dommages aux biens 20 % (9,5 milliards d'euros), les catastrophes naturelles 2,1 % (1 milliard d'euros). Le rapport en 2001 entre les charges de sinistres et les primes est de 80,5 pour les dommages corporels, 79,7 pour les dommages aux biens, 92,8 pour l'automobile, 93,4 pour la responsabilité civile générale et 46,6 pour les catastrophes naturelles, secteur dans lequel il varie très sensiblement selon les années, en fonction des aléas climatiques (il était de 123,4 % en 1999).

Le poids des sinistres de responsabilité civile, en pourcentage du PIB, varie de façon importante selon les pays. Aux États-Unis, il représenterait 0,4 %, en Allemagne 0,21 %, en France et en Italie, 0,19 %. On constate dans ces pays une progression du coût des sinistres et des primes plus rapide que celle de l'activité économique. Cette progression serait de 1,5 à 2 fois plus rapide que celle du PIB nominal <sup>353</sup>.

Il n'existe pas, **pour l'État**, de recensement centralisé permettant d'avoir une connaissance d'ensemble des coûts liés à la responsabilité de l'État et, plus largement, aux actions d'indemnisation liées à la solidarité nationale. Un tel **effort d'identification des coûts paraît souhaitable**.

## **2.2. Des limites liées au rôle de l'État**

**L'État ne peut être l'assureur multirisque de la population.** S'il lui appartient d'encadrer les activités d'assurance, il n'a pas, en principe, à s'y substituer, sauf si le jeu du marché ne permet pas la couverture de certains risques ou des indemnisations rapides. Le danger serait d'ailleurs que, se préoccupant en priorité de l'indemnisation, il ne soit pas attentif aux risques et à leur prévention, alors même que l'on attend de lui davantage qu'autrefois sur ce terrain et que l'affirmation du principe de précaution vient renforcer ses obligations.

Les restrictions apportées à la liberté contractuelle des assureurs, et à leur libre appréciation du risque, ont elles-mêmes des limites : elles peuvent les conduire à se retirer du marché. Mais inversement une action des pouvoirs publics peut s'imposer, il est vrai trop souvent dans l'urgence : un fonds comme le fonds d'indemnisation des victimes contaminées, solution radicale, était nécessaire face à la crise du marché de l'assurance confrontée au risque transfusionnel.

---

350. Robert P. Hartwig, « Marché de l'assurance IARD aux États-Unis en 2004 : principales questions et inquiétudes », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.

351. Chiffres du Conseil national des assurances, rapport au Président de la République et au Parlement, 2003.

352. Mais si l'on prend l'ensemble des primes de dommages corporels émises par les entreprises d'assurance vie, non vie et mixte, on atteint 9,5 milliards d'euros.

353. Cf. sur ce point : *Actualités, la lettre du GEMA*, décembre 2004, n° 143, reprenant des éléments de l'étude de Swiss Re, Sigma 6/2004, septembre 2004.



Pour pallier les risques liés à la sectorisation du marché de l'assurance qui freine la socialisation du risque, l'État peut imposer une certaine mutualisation, *via* notamment l'assurance obligatoire, mais il ne peut l'imposer au-delà des frontières. Ainsi constate-t-on que des anesthésistes français vont s'assurer en Irlande, attirés par des montants de cotisation moins élevés qu'en France. À cet égard, les tentatives visant à créer un grand marché européen de l'assurance n'ont pas été couronnées de succès. Les instances européennes ont essayé d'influer essentiellement sur les conditions permettant de répondre à la demande (élimination des restrictions à la prestation de service), alors que de réels problèmes se situent au niveau de l'offre : comment harmoniser le système d'assurance lui-même, et en particulier les garanties offertes ?

L'assurance médicale constitue un exemple des **limites de l'intervention des pouvoirs publics dans le secteur privé de l'assurance**.

Il est plus aisé, pour les pouvoirs publics, d'imposer des régimes de responsabilité particuliers et une certaine socialisation des risques aux acteurs publics que d'y contraindre des acteurs privés, sauf à prendre l'initiative d'organiser eux-mêmes un système fondé sur une solidarité élargie dont ils assurent pour une part prédominante l'équilibre ou la régulation.

Pour les assureurs, « *seuls sont techniquement assurables les risques à la fois aléatoires et connus, c'est-à-dire ceux dont la fréquence est suffisamment limitée mais répandue pour répondre à une loi statistique de survenance* »<sup>354</sup>.

L'exemple de l'assurance médicale montre à quels obstacles on peut se heurter si ces conditions ne sont pas réunies ou si la mise en œuvre des mécanismes reposant sur ces principes engendre des coûts hors de proportion avec les moyens des personnes soumises à l'obligation d'assurance<sup>355</sup>. À cet égard, si la loi du 4 mars 2002 prévoit l'assurance obligatoire des professionnels de santé, les assureurs étant désormais tenus à une obligation de les assurer en responsabilité civile, elle retient la notion de faute pour les professionnels et confie la réparation des accidents non fautifs à l'ONIAM, les établissements de santé se voyant imposer une responsabilité sans faute en matière d'infections nosocomiales. Les établissements de santé et les assureurs se sentaient « perdants ».

Après plusieurs mois de crise intense, exacerbée par le retrait subi de plusieurs assureurs, la loi du 30 décembre 2002 a permis de vaincre les réticences du marché français. Cette loi vise à restaurer les conditions de l'assurabilité des risques médicaux : en mettant à la charge de l'ONIAM la réparation des dommages graves résultant d'infections nosocomiales ; en imposant un système d'assurance « en base réclamation » (qui s'oppose aux contrats « en base fait générateur ») pour toutes les assurances couvrant des risques médicaux et répondant aux demandes des organisations professionnelles de l'assurance.

---

354. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.

355. Tout dépend évidemment du périmètre de mutualisation retenu. S'il est trop étroit, celle-ci est insuffisante. Tout dépend aussi de la question de savoir si l'on accepte une tarification modulée suivant le niveau du risque.



La période qui s'ouvre semble augurer d'un retour progressif à une situation plus normale. Mais le marché de l'assurance hospitalière reste fragile. Les assureurs ne sont pas encore revenus sur le marché, aujourd'hui restreint aux sociétés d'assurances mutuelles professionnelles et à quelques grands assureurs généralistes ; le Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM), créé pour pallier le déficit d'offre d'assurance après le retrait de plusieurs assureurs, est toujours actif. La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 a consacré ce qui avait auparavant été mis en place par voie réglementaire par un arrêté du 19 décembre 2003<sup>356</sup> : la prise en charge partielle de l'assurance responsabilité civile médicale par la CNAMTS, pour certains spécialistes qui auront demandé que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée, reportant ainsi sur les assurés sociaux une partie de la charge induite par la segmentation du marché médical. Il reste à savoir si ces dispositions législatives entraîneront, à terme, une diminution des primes d'assurance, comme l'espèrent les pouvoirs publics. Si le nombre de litiges au pénal comme au civil reste stable depuis quelques années, en revanche les indemnités accordées aux victimes peuvent atteindre des niveaux de plus en plus élevés. Les médecins craignent une « américanisation » de la relation entre le médecin et le patient. À l'origine de cette crainte se trouvent les inquiétudes sur la portée de la notion d'accident médical fautif et sur les conséquences de l'obligation d'information et de recueil de consentement du patient.

### **2.3. Socialisation et responsabilisation**

Le danger de déresponsabilisation est certes toujours possible dans une relation d'assurance, quel que soit le régime juridique de responsabilité. En effet, une fois assurés, les agents économiques peuvent tendre à prendre plus de risques, et donc à accumuler les sinistres, selon un phénomène que les économistes appellent l'*aléa moral*<sup>357</sup>. L'individu, assuré de réaliser sa transaction, va modifier de lui-même son comportement de telle façon que la transaction va être défavorable à son partenaire. En raison de l'asymétrie d'information qui existe entre eux, ce partenaire n'aura pas de moyens de connaître cette évolution défavorable, qu'aucun indice ne laissait prévoir au moment de la conclusion de la transaction. Ce phénomène se rencontre également sur d'autres marchés, tels que le marché du crédit bancaire. En matière d'assurance dommage, l'*aléa moral* peut être combattu, notamment, par le système de « bonus-malus. »

La substitution de la notion de risque à celle de faute accroît le danger d'une déresponsabilisation.

Le Conseil d'État, en 1998<sup>358</sup>, indiquait, à propos de la responsabilité médicale, que la dilution de la notion de faute dans une problématique générale du risque comportait la redoutable menace d'une déresponsabilisation des professionnels de santé à laquelle les patients n'auraient rien à gagner. Il soulignait qu'il est essentiel de maintenir la distinction entre la faute et l'erreur ainsi

---

356. *JORF* du 24 décembre 2003.

357. Ou « *hasard moral* », néologisme pour « *moral hazard* ».

358. Rapport public 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE n° 49, La Documentation française.



qu'entre la faute et l'aléa. Il relevait qu'inversement, la tentation qui consisterait à étendre la notion de faute risquait de conduire à une médecine défensive dépourvue de toute initiative originale.

S'agissant plus généralement de la responsabilité de la puissance publique, l'un des objectifs essentiels de la responsabilité pour faute qui est la sanction de l'erreur administrative risque de disparaître si la responsabilité sans faute devient trop extensive.

Enfin, la réduction du champ de la responsabilité pour faute risque de s'accompagner, dans la recherche d'un « responsable » par la victime de dommages, d'une tendance accrue à une mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs du préjudice. Il n'y aurait plus alors déresponsabilisation, mais risque d'excès dans la recherche de responsabilité.

## ***2.4. La superposition des actions en responsabilité***

### *La multiplicité des procédures*

Le traitement de l'indemnisation des victimes de l'amiante est un exemple de cette multiplicité. Certes, le recours à la solidarité et à la socialisation des risques ne saurait être contesté pour assurer l'indemnisation des préjudices causés par l'inhalation des poussières d'amiante, mais il est permis de s'interroger sur la multiplicité des actions et procédures qui peuvent être suivies pour obtenir réparation, ainsi que des actions récursoires qui peuvent s'ensuivre.

Les victimes de l'amiante peuvent soit demander une indemnisation au FIVA<sup>359</sup>, soit mener des actions contentieuses de droit commun. Dans ce dernier cas, elles peuvent rechercher la responsabilité de l'État pour carence fautive et celle de l'employeur pour faute inexcusable. Le fonds pourra exercer des actions récursoires contre l'employeur qui, lui-même, sera tenté d'exercer des actions récursoires. Si la victime agit contre l'État, celui-ci pourra se retourner contre l'employeur. Enfin, les victimes peuvent également exercer des actions pénales.

**Il n'est pas évident que cette complexité aille dans le sens de l'intérêt des victimes pour lesquelles la rapidité de l'indemnisation est essentielle. Sans doute faut-il s'attacher à la réduire.**

Le rapport sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles de mars 2004 relevait en outre que le FIVA soulevait une question de cohérence avec le système d'assurance accident du travail : « *Il est, en effet, un dispositif complémentaire d'indemnisation des maladies professionnelles par les différents régimes de sécurité sociale. Le législateur n'a donc pas supprimé, le cas échéant, le complément d'indemnisation de l'assurance accident du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur, ce qui n'est plus logique dès lors que la réparation est intégrale* ».

---

359. L'acceptation de l'offre du FIVA vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice (article 53 IV dernier alinéa de la loi du 23 décembre 2000).



S'agissant de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, « *la lourdeur du mécanisme mis en place par la loi du 4 mars 2002, aggravée par les textes d'application* », a été relevée<sup>360</sup>. La phase transactionnelle, en particulier, s'ordonne autour des commissions régionales de règlement et conciliation (CRCI) chargées « *de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2* ». Les avis des CRCI lient l'ONIAM ou l'assureur qui sont tenus de faire une offre d'indemnisation, à charge pour eux, s'ils l'estiment utile, d'engager une action subrogatoire. Outre leur président (magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire) les commissions ne comportent pas moins de vingt membres : des représentants des professionnels et établissements de santé, des représentants des assureurs, des représentants des usagers ainsi que quatre personnalités qualifiées. La CRCI se réunit soit en formation de règlement amiable soit en formation de conciliation. Cette dernière est chargée d'aider à la résolution des conflits entre usagers et professionnels de santé. En formation de règlement amiable, la mission de la CRCI est de permettre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Une difficulté tient à ce qu'elle n'est compétente que pour les accidents graves<sup>361</sup>. Sont donc exclues de la procédure, après expertise, les personnes dont le taux d'incapacité permanente sera inférieur à 24 % et qui n'entrent pas dans les autres cas prévus par les textes. Cette solution laisse prospérer, ainsi qu'on l'a fait valoir<sup>362</sup>, des occasions de contentieux pour les dommages les moins graves, c'est-à-dire ceux qui, à première vue, se prêtent le mieux au règlement amiable. S'il n'est pas *a priori* choquant qu'un seuil de gravité détermine le droit pour la victime d'être indemnisée par la solidarité nationale, il est plus regrettable qu'il conditionne aussi la compétence de la CRCI même en cas de responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé<sup>363</sup>. **Des ajustements de frontière mériteraient d'être opérés à tout le moins dans les compétences des CRCI.**

Enfin, s'ajoute la coexistence, le cas échéant, de la saisine de la CRCI avec une procédure contentieuse.

### *La voie pénale*

Beaucoup ont tendance à considérer que la pleine réparation de leur préjudice exige non seulement l'indemnisation des dommages matériels, corporels ou moraux qu'ils ont subis, mais également la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction. L'action pénale, plus que l'action civile, répond au désir de sanctionner le coupable. La possibilité en droit français de se constituer partie

---

360. André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Droit des affaires », 2003.

361. La gravité est appréciée au regard des critères définis par le décret n° 2003-314 du 4 avril 2003.

362. Voir sur ce point, André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, précité.

363. Ainsi, par exemple, comme ce seuil de 24 % correspond à peu de chose près à celui servant à opérer le partage de l'indemnisation des infections nosocomiales entre assureurs et ONIAM (25 %), les infections nosocomiales à la charge de l'assureur échapperont de fait au règlement amiable.



civile pour déclencher l'action publique contribue à cette tendance. La voie pénale présente l'avantage déterminant que le juge pénal dispose de pouvoirs d'investigation étendus. Ainsi peut-on notamment au pénal porter plainte contre X, alors que la procédure civile exige la désignation de la personne visée, et la procédure administrative celle de la personne publique dont la responsabilité est recherchée. Dans le cadre de la procédure pénale, la partie civile peut au surplus contribuer elle-même à la réunion de preuves. Ces règles de procédure, facteur d'efficacité de l'action pénale, sont certes contrebalancées par la nécessité de la mise en évidence d'une infraction prévue par la loi, alors que, devant le juge civil ou le juge administratif, il peut y avoir mise en jeu de la responsabilité sur le simple fondement de la faute, d'une présomption de faute, voire de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Mais certaines incriminations pénales, on l'a vu (*cf. supra*), sont de portée très extensive.

Un pas a été fait qui pourrait contribuer à limiter la superposition des actions pénales et civiles. La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a introduit dans le Code de procédure pénale un nouvel article 4-1 qui met fin au principe de l'identité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile, qui, conjugué au principe de l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel, aboutissait à une forte pénalisation du droit des accidents corporels. Désormais, s'il y a faute pénale, il y aura nécessairement faute civile, mais en revanche si le juge pénal considère qu'il y a absence de faute pénale, le juge civil ne sera plus lié par cette constatation et pourra estimer qu'il y a faute civile. Cette évolution devrait conduire à ce que le juge pénal soit moins enclin à « pénaliser » des fautes légères non intentionnelles pour assurer à la victime un droit à réparation.

De façon générale, si les actions en justice ont eu parfois un rôle positif, par exemple dans le domaine de la santé publique, en contraignant l'État à agir et à mieux s'organiser, leur multiplication peut avoir pour effet de conduire les acteurs à des excès de précaution.

## ***2.5. La responsabilité des collectivités territoriales***

Comme celle de l'État, cette responsabilité se heurte à des limites financières. La mise en jeu de la responsabilité des collectivités territoriales, et celle des communes en particulier (CE, Sect., 25 septembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer*) peut déboucher sur l'obligation pour elles de verser des indemnités hors de proportion avec leurs ressources. D'où la nécessité pour elles de s'assurer, en recherchant ainsi la mutualisation des risques. Les pouvoirs publics, à la suite des lois de décentralisation de 1982-1983, ont incité les collectivités territoriales à s'assurer dès lors que les transferts de compétence pouvaient entraîner la mise en cause de leur responsabilité dans des cas de plus en plus nombreux. Cette nécessité ne peut qu'être accrue par les transferts de compétences résultant de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales <sup>364</sup>.

---

364. Loi n° 2004-809.



En outre, comme on l'a vu (*cf. supra*), si la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a pour objectif de freiner la tendance à la mise en cause de la responsabilité pénale des personnes physiques et en particulier des élus locaux accusés d'infractions d'imprudence, la réalisation de cet objectif dépend de l'interprétation donnée par le juge du droit applicable.

## **C – Pour une socialisation raisonnée**

Face à une demande croissante d'une meilleure couverture des risques et à la montée des coûts engendrés par certains risques qui, bien qu'exceptionnels, peuvent se poursuivre dans le temps (préjudices causés par l'amiante, accidents médicaux...), **la difficulté est de trouver un équilibre satisfaisant entre ce qui relève de la prévoyance individuelle de chacun et du marché classique de l'assurance, ou d'une solidarité plus ou moins large se traduisant par une socialisation du risque.**

### **1. Le rôle respectif des assureurs et de l'État**

Nul ne conteste qu'il appartient à l'État d'édicter des règles minimales pour réglementer les activités d'assurance et de veiller à leur respect. Il s'agit notamment de garantir une concurrence suffisante et d'éviter que les assurés ne pâtissent de la position de force des prestataires d'assurance.

En revanche, l'État n'a pas à se substituer aux assureurs<sup>365</sup> lorsque cela ne s'impose pas, ni à préférer le recours à la solidarité nationale lorsqu'une mutualisation suffisante devrait être possible. Mais il est des hypothèses dans lesquelles seule la solidarité peut jouer.

#### **1.1. Intervenir à bon escient**

La socialisation du risque doit être une socialisation raisonnée. **Des mécanismes particuliers d'indemnisation ne devraient être institués que lorsque certaines conditions sont réunies**, qui doivent être fonction de la gravité du dommage et de son ampleur, du caractère exceptionnel ou imprévisible des sinistres, du niveau d'implication de l'État dans leur survenance, mais aussi du coût de la mesure de solidarité et de ses avantages comparatifs avec d'autres mesures. Il paraît à cet égard indispensable, avant d'instituer un régime législatif particulier pour un type de risque donné, d'en mesurer au préalable les implications financières probables.

**Les mécanismes d'assurance classiques conservent leur rôle primordial :**  
*« Il faut bien considérer que le système "normal", c'est celui de l'assurance. L'État ne peut être pris pour un assureur tous risques, et gratuit, tout au*

---

365. Une réflexion sur ce partage de rôle est également conduite par le Commissariat du Plan.



*moins en apparence* »<sup>366</sup>. C'est en ce sens que les nouveaux produits d'assurance destinés à couvrir un risque particulier ou multirisques apparaissent de nature à favoriser une meilleure cohésion sociale et un moindre alourdissement des charges publiques à condition que le coût ne soit pas trop élevé pour les intéressés (dépendance, rente éducation, différentes sortes d'assurances emprunteur couvrant en particulier le risque chômage, assurances loyers de même portée...).

**Mais à l'inverse, les assureurs ne peuvent se substituer à certains mécanismes de solidarité élargie.**

Un constat s'impose : aux préjudices individuels s'ajoutent aujourd'hui, de plus en plus, des dommages collectifs, dont la prévisibilité était parfois impossible à déterminer à l'avance. **La théorie classique de la responsabilité, qui implique que soient réunis trois éléments, un dommage, une faute, un lien de causalité, trouve difficilement à s'appliquer à certains risques.** Il en va de même, dans certains cas, de la théorie de la responsabilité sans faute. Ces théories paraissent inadaptées pour l'indemnisation de dommages collectifs correspondant à des risques dont on ignorait tout, qui sont indétectables à l'avance et dont le nombre de victimes potentielles est inconnu. L'exemple du distilbène est parlant, qui a entraîné, chez les filles des mères à qui on l'avait prescrit afin de prévenir les risques de fausse couche, un taux anormal de cancer de l'utérus. C'est là toute la difficulté du risque-développement. Dans certaines hypothèses (VIH, Creutzfeldt-Jacob,...), les assureurs ne veulent plus assurer, tandis que les victimes s'organisent pour demander réparation. L'État intervient, souvent dans la précipitation. Se trouvent alors juxtaposés des systèmes d'indemnisation sans recherche de responsabilité et l'accès à des procédures contentieuses fondées sur la responsabilité. Sans doute y a-t-il là matière à réflexion pour voir dans quelle mesure ces procédures ne pourraient pas dès le départ être exclusives les unes des autres. Encore faudrait-il ne pas se heurter à des obstacles constitutionnels liés au principe de responsabilité<sup>367</sup>, ni au droit à un recours effectif garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il s'agit en outre de **distinguer entre les choix individuels qui ne font courir de risques qu'à leurs auteurs** (les risques choisis), ceux-ci devant alors *a priori* en assumer seuls les conséquences, comme par exemple pour l'assurance spécifique pour la pratique des sports extrêmes, **et les choix individuels porteurs d'un risque collectif.** Ainsi, le refus de la vaccination au nom d'un droit individuel peut compromettre la réussite de la lutte contre une maladie dont l'éradication ne peut être obtenue que grâce à la vaccination obligatoire. Il n'est alors pas anormal que l'intérêt général prévale, comme il est alors normal que la solidarité nationale prenne en charge les dommages encourus dans de telles hypothèses par des individus à qui il aura été imposé une prise de risque apparue nécessaire au regard de l'intérêt collectif : telle est la logique de la législation ancienne sur la vaccination obligatoire.

---

366. J.-M. Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », *RFDA* 2 (1) janvier-février 1986.

367. Cf. Cons. const., décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 « *Nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».



**Il peut cependant s'avérer difficile de faire le départ entre ce qui relève de la responsabilité et ce qui justifie la solidarité.** Les débats qui ont eu lieu à propos du préjudice de l'enfant né handicapé après que ce handicap n'a pas été décelé en raison d'une faute commise lors du diagnostic prénatal en sont un exemple. Les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont divergé sur ce sujet.

Les deux juridictions incluait dans le préjudice indemnisable les charges particulières découlant du handicap tout au long de la vie de l'enfant. Mais le Conseil d'État<sup>368</sup> l'incluait dans le préjudice indemnisable des parents, tandis que la Cour de cassation<sup>369</sup> a considéré que les charges particulières découlant du handicap constituaient un élément de préjudice, non des parents, mais de l'enfant lui-même. La jurisprudence de la Cour de cassation a soulevé de forts débats<sup>370</sup>. C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu, en définissant, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002<sup>371</sup>, un nouveau régime de réparation des préjudices subis par des enfants nés handicapés et pour leurs parents, différent, ainsi que l'a souligné le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2002, de celui qui résultait de la jurisprudence tant administrative que judiciaire : les parents ne peuvent mettre en cause la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé que s'il y a eu faute caractérisée, et au titre de leur seul préjudice. La compensation des charges particulières, découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap, relève de la solidarité nationale, selon les termes mêmes de la loi. Le législateur distinguait ainsi ce qui relevait de la responsabilité et ce qui était renvoyé à la solidarité nationale. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées organise cette solidarité.

## **1.2. Du bon usage des fonds**

**Le recours aux fonds**, qui vont d'un système d'assurance reconstitué à un financement étatique prépondérant ou exclusif, **n'est justifié que dans certaines hypothèses** : lorsqu'un risque apparaît grave et qu'il n'est pas légitime de le laisser à la charge des victimes, quand d'autres solutions ne permettent pas de remplir les mêmes objectifs, quand l'urgence de l'indemnisation le justifie.

Mais « *Nul ne peut se réjouir de l'apparition d'un nouveau fonds de garantie public : ni les concitoyens, à qui un nouveau malheur de grande ampleur est arrivé, ni les assureurs qui laissent à d'autres le soin de faire leur métier, ni l'État qui est ainsi contraint de reconnaître ses limites, voire ses défaillances* »<sup>372</sup>.

L'intérêt de la mise sur pied de fonds pour certains risques (FIVC, FIVA) n'est pas contesté. La solution est plus critiquée en raison de leur multiplication, de leurs statuts divers, et du risque que l'on peut y voir d'empiétement

---

368. CE, Sect., 14 février 1997, *CHR de Nice c/ Époux Quarrez*, rec. p. 44, concl. V. Péresse.

369. Cass. civ., 26 mars 1996, n° 94-13145, Bull. 1996 I n° 155, p. 109 ; Cass. civ., Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, Bull. 2000 AP n° 9, p. 15.

370. Cf. concl. Terry Olson sous CE, Ass., avis du 6 décembre 2002, *M<sup>me</sup> Draon*, rec. p. 423.

371. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

372. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.



sur le rôle des assureurs par la création de fonds sous la pression de l'opinion publique face à des événements lourds. D'où, dans l'hypothèse de recherche d'une couverture d'un dommage pour laquelle le marché ne répond pas, la préférence de certains pour l'assurance obligatoire assortie d'une réassurance *via* la Caisse centrale de réassurance (CCR) : l'idée est que l'on recrée ainsi un marché de l'assurance et que le risque de recours à la garantie de l'État diminue. Pour faire appel à des capacités plus importantes que celles de la réassurance et diversifier les ressources financières des assureurs, certains préconisent la « titrisation » (émission d'obligations parfois dites « catastrophes »). Mais cela ne permet pas d'exclure l'hypothèse d'un recours ultime à l'État en cas de crise du marché ou d'accumulation de sinistres majeurs.

Un recours trop systématique à des fonds peut également favoriser les comportements à risque et ne pas inciter à l'assurance quand ces fonds couvrent les non assurés. En outre, alors que leurs objectifs initiaux sont la solidarité et l'apaisement du contentieux, on peut craindre un détournement de ces objectifs par la multiplication des actions récursoires.

## 2. Imputation et indemnisation

### 2.1. Responsabilité civile et assurance personnelle

Faudrait-il, comme certains le préconisent<sup>373</sup>, séparer plus systématiquement la logique de la réparation de celle de la responsabilité ? Quelles peuvent être les places respectives de l'assurance personnelle et de la responsabilité civile ? Chaque dommage conduirait à l'indemnisation rapide de la victime par le biais de son assurance personnelle, l'assurance ayant ensuite la possibilité de se retourner vers les auteurs du dommage pour faire jouer leur responsabilité civile. Chaque individu aurait ainsi une double assurance : assurance personnelle pour les dommages qui lui sont causés, assurance responsabilité civile pour les dommages qu'il cause. Une plus grande solidarité en résulterait ainsi qu'une plus grande capacité de provision des risques par le secteur de l'assurance. Faudrait-il, par exemple, dans le domaine médical, comme certains l'ont préconisé dans le débat récent sur l'assurance médicale, que chaque patient s'assure, par une cotisation qu'il verserait avant de subir une intervention, contre les aléas thérapeutiques et les accidents médicaux ?

Il reste que l'on évalue mal quel serait le coût pour la société d'une indemnisation plus systématique et rapide des risques encourus par une assurance généralisée obligatoire couvrant la plupart des risques courants et assurant une indemnisation automatique et intégrale. Il n'est pas évident que ce coût soit prohibitif si l'on exclut les événements exceptionnels. Les assureurs l'ont sans doute compris, qui préconisent le développement de la garantie accident de la vie et en font valoir les avantages : coût raisonnable, population large, couverture de risques graves individuellement mais finalement peu fréquents.

---

373. Cf. François Ewald, « La vraie nature du risque de développement et sa garantie », *Risques*, 1992.



On comprend bien l'intérêt des contrats multirisques, tant pour la responsabilité civile que pour l'assurance personnelle, qui permettent aux assureurs « *de simplifier la gamme des produits, de jumeler des bons risques avec des moins bons, et de fidéliser la clientèle en lui offrant une large palette de garanties dans un petit nombre de contrats* »<sup>374</sup>, et devraient se traduire, pour les assurés, par une simplification, des coûts en principe réduits et une moindre probabilité de se trouver assuré plusieurs fois pour le même risque<sup>375</sup>.

À privilégier sans cesse l'objectif d'indemnisation, le danger n'est-il pas d'abolir la responsabilité civile ? Le fautif sera d'autant moins encouragé à la prévention qu'il n'aura pas, à titre individuel, à supporter les conséquences de ses actes. Mais aussi, la victime sera d'autant moins encline à la prévoyance qu'elle sait pouvoir compter sur les ressources collectives. Reste alors la responsabilité pénale, mais avec les inconvénients qui s'y attachent.

Certes, dans de nombreux cas, l'assureur de la victime exercera une action contre le responsable, lequel se sentira donc obligé de s'assurer et d'être prévoyant.

Mais l'assurance personnelle elle-même a ses limites ; elle exclut tous ceux qui ne peuvent se l'offrir ; le risque d'une segmentation croissante des risques existe dans ce cas comme dans d'autres ; elle peut entraîner une déresponsabilisation de la victime ; elle risque d'avoir pour contrepartie l'exigence systématique, par l'assureur, du respect par la victime de précautions qu'il aura jugées nécessaires ; enfin, les individus ont souvent des difficultés à évaluer eux-mêmes les risques qu'ils encourent.

**Un juste équilibre doit être respecté.** Ainsi, en France, la création de fonds n'a jamais conduit à écarter complètement l'idée de responsabilité. Pour l'auteur du dommage, elle se traduit par la mise en œuvre de l'action subrogatoire. Pour la victime, elle se manifeste par la prise en compte de sa propre faute, laquelle peut la conduire à la réduction ou à la privation d'indemnités.

Certains régimes mêlent assurance dommage et assurance responsabilité civile : ainsi, la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, repose sur un mécanisme d'assurances obligatoires mixte : une assurance dommage souscrite par le propriétaire de l'ouvrage, le vendeur ou le mandataire du propriétaire, destinée à assurer le préfinancement des réparations<sup>376</sup>, indépendamment de toute recherche de responsabilité ; une assurance responsabilité souscrite par les divers intervenants<sup>377</sup> qui supporteront la couverture définitive des frais.

## **2.2. Réglementation et responsabilité**

Une autre question, difficile, est celle du partage de responsabilité entre l'opérateur qui a agi dans le respect des réglementations en vigueur (normes techniques, environnementales, sanitaires...) et qui malgré lui a créé un dommage, et

---

374. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.

375. Les contrats multirisques ne peuvent néanmoins se substituer à toutes les formes d'assurances personnelles tendant à la couverture de risques particuliers.

376. Articles L. 242-1 et L. 242-2 du Code des assurances.

377. Articles L. 241-1 et L. 241-2 du Code des assurances.



le responsable d'une réglementation inadaptée ou incomplète ou d'un défaut de réglementation. Il ne peut y avoir de réponse unique. **On ne peut en effet attendre des pouvoirs publics la réglementation complète de toutes les conditions d'exercice de l'ensemble des activités afin d'en prévenir tous les risques.** Il s'agirait là d'une mission impossible. La sécurité sur les lieux de travail en est un exemple : l'employeur est tenu à une obligation générale de sécurité à l'égard de ses employés, au-delà de l'application des normes techniques qui lui sont imposées. Le dossier des préjudices causés par les poussières d'amiante en est une illustration particulière : la responsabilité de l'État pour carence fautive ne fait pas disparaître celle de l'employeur.

### 3. Le besoin d'harmonisation

L'extension de la socialisation du risque rend d'autant plus nécessaire une réflexion sur l'harmonisation de certaines règles.

#### 3.1. La multiplicité des régimes

L'atomisation des régimes applicables, le recouvrement partiel de leur champ d'application et la diversité des modalités d'indemnisation, souvent dénoncés, ainsi de la prise en compte ou non, par exemple, des préjudices extra-patrimoniaux, font qu'il est difficile pour la victime de s'y retrouver. Les modalités d'indemnisation liées à cette multiplicité de régimes créent des disparités.

Or, plus la socialisation des risques s'étend, plus il devient choquant que des divergences existent pour des indemnités accordées en réparation de préjudices identiques. La question se pose, en outre, comme on l'a vu (*cf. supra*), de l'articulation entre les indemnités versées par des fonds et celles décidées par les tribunaux.

**Il serait souhaitable de mener une réflexion sur une plus grande unité, pour un même préjudice, des régimes applicables,** même si la tentation, sous l'impact émotif et médiatique de certaines maladies professionnelles par exemple, est de prévoir des régimes particuliers.

#### 3.2. Les indemnités

**Pour ce qui est des préjudices corporels,** la « réparation intégrale » implique de prendre en compte de manière spécifique les préjudices de chaque victime. Le principe d'individualisation, qui s'accompagne depuis ces dernières années d'une extension de la prise en charge des préjudices corporels, est toutefois compromis par des disparités de traitement, selon la situation géographique ou selon la nature du sinistre.

Le FIVA relève l'hétérogénéité géographique de la jurisprudence des tribunaux des affaires de sécurité sociale et des cours d'appel en matière d'indemnisation des victimes<sup>378</sup>. Ainsi, pour une plaque pleurale, les indemnisations peuvent varier entre 48 000 euros et des montants de 8 000 à 14 000 euros.

---

378. FIVA, 3<sup>e</sup> rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004).



Pour un cancer, des arrêts octroient une somme de 210 000 euros alors que dans le même temps, d'autres retiennent un maximum de 30 000 à 62 000 euros. Le FIVA souligne que l'on constate « *des situations extrêmes où une plaque pleurale (maladie bénigne) est indemnisée plus de sept fois plus qu'un mésothéliome (cancer incurable)* ».

Des disparités liées à la nature du sinistre et au régime d'indemnisation sont par ailleurs constatées avec, notamment, l'apparition de sinistres catastrophiques ou sériels à forte charge émotionnelle qui ont suscité des traitements particuliers. Les demandes d'indemnisation spécifiques ont concerné les victimes d'attentats, puis celles du sang contaminé (avec l'indemnisation d'un préjudice spécifique de contamination), et enfin de l'amiante qui a tiré les indemnisations vers le haut.

En outre, alors que le barème médical, destiné à évaluer objectivement la nature et l'importance des atteintes à l'intégrité physique et psychologique de la victime, devrait être unique, « *il existe une pluralité de barèmes médicaux différents et inconciliables : barèmes de droit commun, barème de la sécurité sociale (assurance maladie-invalidité et accidents du travail), barèmes contractuels des assurances de personnes, barème pour les victimes de guerre,...* »<sup>379</sup>

S'agissant du juge administratif, la notion de « trouble dans les conditions d'existence » telle qu'il la met en œuvre est parfois regardée comme ne permettant pas d'identifier de façon suffisamment précise les éléments de calcul selon lesquels sont estimés les préjudices dont la réparation est prescrite à ce titre, ce qui, selon certaines critiques, risque de faire naître chez la victime un doute sur le caractère intégral de la réparation<sup>380</sup>. L'approche retenue par la juridiction administrative va cependant le plus souvent dans le sens de l'intérêt des victimes.

De façon générale, le souci d'équité devrait conduire à **rechercher une plus grande harmonisation du quantum d'indemnisation** pour un même préjudice.

Cette harmonisation n'est pas une préoccupation récente. La loi Badinter du 6 juillet 1985 a prévu la publication périodique des indemnités fixées par les jugements et les transactions<sup>381</sup>. Ces informations sont collectées par l'Association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA)<sup>382</sup>.

De leur côté, les fonds d'indemnisation ont été soucieux de mettre en place des barèmes. Le conseil d'administration du FIVA a ainsi adopté le 21 janvier 2003 un barème afin d'assurer, d'une part, l'égalité de traitement entre les demandeurs sur l'ensemble du territoire et, d'autre part, la cohérence dans la prise en charge des différents préjudices. Ainsi que l'a souligné le Conseil d'État, ce barème reste « *dénué de caractère impératif* » et se borne « *à définir des orientations* » qui « *ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la situation particulière de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des*

---

379. *L'indemnisation du dommage corporel*, Rapport du groupe de travail présidé par M<sup>me</sup> Lambert-Faivre, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, p. 60.

380. Christophe Guettier, « Le contentieux administratif des contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C », *AJDA*, 28 juin 2004, p. 1283.

381. Article 26 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

382. Informations disponibles sur Minitel (36 14 AGIRA).



*directives qui leur sont ainsi adressées* »<sup>383</sup>. La fixation d'un montant d'indemnisation ne peut donc se fonder sur la seule application d'un barème, mais doit procéder d'une analyse de la situation individuelle de la victime. En outre, l'instauration d'un barème par un fonds ne résout pas le problème des écarts constatés entre juridictions. Ainsi, toujours à propos de l'amiante, le FIVA observe que les victimes sont d'autant plus enclines à ne pas accepter ses offres que la cour d'appel devant laquelle elles peuvent être contestées est susceptible de majorer le montant proposé. « *Les arrêts rendus reflètent souvent l'image des pratiques habituelles des différentes cours en matière d'indemnisation alors que par nature, les montants proposés par le FIVA sont les mêmes sur tout le territoire* »<sup>384</sup>.

Afin de garantir la transparence des principes d'indemnisation des victimes, l'ONIAM a également entrepris en 2003 d'élaborer un référentiel d'indemnisation à partir de l'analyse des montants des indemnisations prononcées par le juge (administratif ou judiciaire) ou proposées par les assureurs. Ce référentiel devrait s'efforcer de trouver un juste et difficile équilibre entre les montants transactionnels et juridictionnels : trop élevé, il serait une source d'inflation pour les premiers et de coûts importants pour la collectivité ; trop bas, il risquerait d'être disqualifié par les seconds.

L'article 17 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a en outre institué un « observatoire des risques médicaux » rattaché à l'ONIAM chargé de collecter les données relatives aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales et à leur indemnisation et de publier périodiquement une analyse des données ainsi recueillies<sup>385</sup>.

En outre, l'une des recommandations du groupe de travail présidé par M<sup>me</sup> Lambert-Faivre sur l'indemnisation du dommage corporel est d'instituer un « *barème médical unique auquel tous les systèmes d'indemnisation, aussi hétérogènes soient-ils, devraient être rattachés* »<sup>386</sup>.

La mise en place d'un barème unique trouve ses limites dans l'exigence de la prise en compte de la singularité de la personne humaine. L'idée d'un tel barème est d'ailleurs contestée tant par des associations de victimes que par des professionnels de l'indemnisation. Toutefois, s'inspirant du précédent en matière d'accidents de la circulation, le rapport Lambert-Faivre préconise l'instauration d'un « *référentiel indicatif national statistique et évolutif* » (RINSE), sous le contrôle des pouvoirs publics. Cet outil, qui implique la mise au point préalable d'une nomenclature précise des chefs de préjudice, devrait concerner tous les types d'accidents corporels (circulation, accidents médicaux, infractions...) et retenir, s'agissant des statistiques judiciaires, les évaluations des cours d'appels<sup>387</sup>. Le RINSE serait établi en fourchettes et en moyennes et ferait l'objet d'une publication annuelle largement diffusée notamment auprès des cours d'appel. Il

---

383. CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, à paraître au recueil.

384. FIVA, *3<sup>e</sup> rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004)*.

385. Disposition codifiée à l'article L. 1142-29 du Code de la santé publique.

386. *L'indemnisation du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 60.

387. Pour les transactions, les modalités d'une sélection devraient être prévues.



s'agirait ainsi de mettre en place un instrument de référence, régulièrement mis à jour et facilement accessible, pouvant servir de guide à une évaluation qui restera nécessairement personnalisée.

À la demande du secrétaire d'État aux Droits des victimes, un groupe de travail constitué sous l'égide de la Cour de cassation a été chargé d'élaborer une nomenclature des chefs de préjudice réparant les dommages corporels.

De façon générale, si l'on sait que des disparités existent entre les indemnités versées pour des préjudices équivalents, et si l'on en vient à reprocher au juge d'être tantôt excessivement tantôt insuffisamment généreux, on mesure mal la portée de ces écarts, et l'ignorance de chacun des différents acteurs (États, assureurs, caisses de sécurité sociale) des montants versés par les autres nourrit la polémique et ne contribue guère à l'harmonisation. **Il paraît donc souhaitable de rendre accessible un minimum d'informations pertinentes sur le montant des indemnités versées, soit par l'État, soit par d'autres que lui, en particulier les assurances.**

### ***3.3. Les délais de prescription***

Les délais de prescription peuvent poser problème : il existe une discontinuité entre le délai de dix ans à compter du fait dommageable pour les actions en responsabilité civile extra-contractuelle (article 2270-1 du Code civil) et le délai de trente ans pendant lequel on peut être déclaré responsable (prescription trentenaire de droit commun de l'article 2262 du Code civil). Des zones de non-garantie peuvent exister à compter de la résiliation d'un contrat, en cas de cessation d'activité par exemple, ou lorsqu'un nouveau contrat ne comporte pas de clause de reprise du passé (ou une clause ne reprenant que le passé inconnu).

Il est vrai que le choix des prescriptions n'est pas chose aisée, car il est lié à différents impératifs tels que la protection des victimes d'une part et des professionnels d'autre part, la limitation dans le temps des contentieux ou l'accès au juge, dont la pondération peut varier. La Cour de cassation, dans son rapport 2001, relevait que « *les victimes d'un même acte sont soumises à des prescriptions différentes selon qu'elles ont un lien contractuel avec le responsable de leur dommage – auquel cas la prescription est de trente ans – ou qu'elles n'en ont pas – auquel cas la prescription est de dix ans –* ». Elle préconisait à cet égard, dans le même rapport, « *de généraliser à dix ans le délai maximum de prescription des actions en toute matière* »<sup>388</sup>, c'est-à-dire « *l'unification à dix ans maximum de la prescription extinctive de toutes les actions personnelles ou mobilières* ». Ce choix, s'il peut dans la majorité des cas paraître fondé, ne l'est pas forcément pour les risques dont les conséquences peuvent se manifester avec un retard important.

---

388. La Cour de cassation précisait que cette suggestion ne concernait pas la prescription acquisitive ou usucapion.



## 4. Concilier socialisation, responsabilité et prévention

Il existe un danger inhérent à la solidarité : une solidarité trop poussée incite à s'exposer au risque, puisqu'on ne paie pas ou peu pour se prémunir contre lui ou en assumer les conséquences.

### 4.1. Prévention, liberté et responsabilité

#### *La recherche d'une meilleure prévention des risques par le biais de la responsabilité*

La plupart des risques, subtils mélanges d'aléas et de comportements individuels, ont des causes au moins partiellement endogènes à l'activité humaine et sur lesquelles il est possible d'agir. Ainsi pourrait-on dans bien des cas considérer que ce n'est pas l'inondation qui constitue le risque, mais la politique d'urbanisme. L'intérêt **d'inciter les individus à diminuer leur exposition aux risques** est évident, les moyens d'y parvenir le sont moins.

**L'une des voies est de peser sur les conséquences financières du comportement de chacun.** Cela peut se faire au niveau des contrats d'assurance, où l'on peut jouer sur le montant des primes, les franchises, les clauses d'exclusion, les plafonds, les forfaits... La gestion des risques se fait alors essentiellement au niveau individuel. Le système français de bonus-malus, qu'un arrêt récent de la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré compatible avec le principe de liberté tarifaire <sup>389</sup>, en est un exemple. Les résultats rapides obtenus récemment dans le secteur de la sécurité routière montrent en outre clairement l'intérêt d'une approche individualisée des comportements.

Il reste à déterminer jusqu'où cette « contractualisation individuelle » peut aller, sans dénaturer le principe même de l'assurance ou conduire à une sélection des assurés : seuls les faibles risques pourraient demeurer assurables.

Une voie possible est de moduler une indemnisation en fonction du comportement à risque de la victime. Une telle stratégie doit cependant être maniée avec précaution et ne pas faire descendre l'indemnisation en deçà d'un minimum. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985 avait prévu une indemnisation quasi systématique des passagers de véhicules, mais non des conducteurs, l'idée étant d'inciter ces derniers à la prudence. Mais ceux-ci, en cas d'accident, restaient sans couverture pour eux-mêmes. Pour éviter qu'il en aille ainsi, les pouvoirs publics ont incité les assureurs à proposer systématiquement l'extension de la garantie au conducteur.

Quoi qu'il en soit, **il paraît essentiel de garder un lien entre la responsabilité de l'auteur du risque et la plus ou moins grande intensité des efforts de prévention**, pour inciter cet auteur à la prévention. Ainsi, la responsabilité de l'État peut être engagée pour carence fautive pour n'avoir pas réglementé l'utilisation de certains matériaux dont la dangerosité était avérée, mais ceci n'exonère pas le chef d'entreprise de sa propre responsabilité (affaire de

---

389. CJCE, aff. C-347/02, 7 septembre 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.



l'amiante). De même, en matière d'environnement, paraît-il logique d'associer les pollueurs potentiels au financement des systèmes mis en place pour indemniser les dommages. Il y a là une application du principe pollueur-payeur. Autre exemple, pour l'indemnisation des catastrophes naturelles, il est légitime de majorer la franchise en fonction du nombre d'arrêtés dont la commune a fait l'objet pour un même risque si elle n'a pas mis en œuvre un plan de prévention des risques<sup>390</sup>.

Cette analyse vaut pour les accidents du travail où la responsabilité pour risque et l'automatisme de l'indemnisation – la victime ne devant pas supporter les conséquences de la prise de risque par l'employeur, même si celle-ci est inévitable –, la rapidité du versement des prestations et le caractère non contentieux de la procédure d'indemnisation, ne sont pas antinomiques d'une réparation plus complète non forfaitaire. Une telle réparation passe vraisemblablement par une redéfinition des conditions de déclenchement du droit à réparation intégrale (niveau de faute, catalogue des obligations incombant à l'employeur...), tendant à ce que l'amplitude de la responsabilité de l'employeur soit fonction de ses efforts ou de son absence d'efforts de prévention.

Enfin, dans le traitement du contentieux, il est assurément souhaitable de **maintenir la gradation de la faute** : « *L'évolution du droit de la responsabilité civile est à cet égard significative. On sait que les rédacteurs du Code civil avaient voulu proscrire la gradation des fautes en trois degrés que Pothier avait découverte dans l'Ancien droit. Ils n'y parvinrent cependant pas entièrement, et l'évolution ultérieure du droit positif et de la jurisprudence devait accentuer la tendance à la gradation des fautes qui demeurait en germe dans le Code civil. Aussi, en droit civil, s'il est vrai que, sauf cas exceptionnels, toute faute engage la responsabilité de son auteur, le régime de réparation dépend souvent de la qualification de cette faute. Le législateur est fréquemment intervenu en ce sens, mais la jurisprudence est également allée dans cette direction, notamment par le biais de l'assimilation de la faute lourde au dol selon l'adage culpa lata dolo aequiparatur.*

*Le juge a besoin de catégories mentales, de "standards", qui lui permettent de guider son appréciation des circonstances pour tenir compte de ce simple fait que les différentes activités humaines s'exercent dans des conditions bien différentes et que les régimes de responsabilité qui en découlent sont nécessairement différenciés »<sup>391</sup>.*

### *Risques et choix individuels*

On a pu voir une tendance à un effacement progressif de la faute de la victime comme cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité et à une acception plus large de la responsabilité du gardien de la chose au sens du Code civil. Cette évolution peut être freinée ou inversée avec les conséquences en termes de transparence et d'information de la mise en œuvre du principe de précaution.

---

390. Arrêté du 5 septembre 2000 portant modification de l'article A. 125-1 et création de l'article A. 125-3 du Code des assurances (*JORF* du 12 septembre 2000).

391. Concl. Alain Seban sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Époux Kechichian et autres*, rec. p. 587.



**La question se pose en définitive de la prise en charge de dommages encourus par des personnes qui se placent délibérément dans une situation de risque par imprudence.** Faut-il indemniser les fumeurs ou les consommateurs d'alcool victimes de leur propre comportement ? Faut-il les considérer comme des personnes responsables agissant en toute liberté, dont on ne saurait contester qu'elles sont parfaitement informées des méfaits du tabac et de l'alcool ou comme des victimes des producteurs ?

Dans un arrêt du 20 novembre 2003, la Cour de cassation (Ch. civ. 2) a répondu par la négative sur ce dernier point à un requérant qui mettait en cause la responsabilité de la Seita. Elle relève notamment, reprenant les motifs de l'arrêt de la cour d'appel, que l'intéressé, gros fumeur depuis l'âge de treize ans de Gauloises bleues sans filtre, à raison d'au moins deux paquets par jour selon l'aveu de ses proches, était seul à pouvoir prendre les décisions qui s'imposaient. L'avocat général, dans cette affaire, indiquait : « *La principale leçon à tirer de l'arrêt... consiste à dire que dans la complexité de la vie moderne où les conditions de vie qui nous sont imposées peuvent altérer nos facultés de raisonnement et de décision, il existe des domaines où la responsabilité personnelle ainsi que la liberté existent encore* »<sup>392</sup>.

Des choix individuels peuvent en outre obliger des tiers à secourir leurs auteurs : ainsi de l'alpiniste, du skieur ou du nageur imprudent et non respectueux des règles de sécurité. Les coûts qui peuvent en résulter pour la collectivité, souvent des petites communes rurales ne disposant que de ressources limitées, ont donné lieu à débat. L'article L. 2321-2 du Code général des collectivités territoriales issu de la loi du 27 février 2002<sup>393</sup> permet aux communes d'exiger des intéressés ou de leurs ayants droit une participation aux frais qu'elles ont engagés à l'occasion d'opérations de secours consécutives à la pratique des activités sportives ou de loisir. Ces dispositions ont été contestées, notamment dans les milieux sportifs. Un rapport demandé par le ministère de l'Intérieur et remis en mai 2004 a préconisé un retour à la gratuité. La loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile n'a cependant pas – et sans doute avec raison – modifié l'article précité<sup>394</sup>.

### *Prévention et réglementation*

**Il reste à prévoir jusqu'où l'on doit accepter ou exiger, sans porter atteinte à la liberté individuelle, que l'État réglemente certaines activités afin d'en réduire les risques.** La question paraît provisoirement résolue, sous le signe il est vrai d'une certaine ambiguïté, s'agissant des toxicomanies, du tabagisme et de l'alcoolisme. Certains attendent beaucoup de l'État : une requête a été récemment déposée devant le Conseil d'État contre le refus de l'administration d'empêcher la mise en circulation de véhicules pouvant rouler à 130 km/h. Une telle mesure est sans doute difficilement concevable. On peut s'interroger, en revanche, sur l'incohérence que fait apparaître la coexistence de voitures roulant

---

392. Cité par B. Daille-Duclos, « La Seita n'est pas responsable du décès d'un fumeur invétéré », *La Semaine juridique*, n° 3, 14 janvier 2004, p. 77.

393. Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

394. Voir réponse à la question écrite n° 41948 du 22 juin 2004 (Assemblée nationale).



à 300 km/h et des limitations de vitesse à 130. La question de la légitimité ou de la nécessité de brider les moteurs ne peut être tenue pour absurde.

#### 4.2. *L'analyse des risques*

**La prévention suppose l'analyse des risques**, que les dommages soient avérés ou virtuels. Or les pouvoirs publics sont davantage préoccupés par l'indemnisation des dommages déjà causés compte tenu de leur urgence et de leur impact. Ainsi, les dispositions de l'article 123 de la loi du 29 juillet 1998 qui prévoyait des mesures d'urgence contre le saturnisme et en particulier des contrôles sur l'accessibilité au plomb dans les immeubles d'habitation n'ont que bien partiellement porté leurs fruits. À l'opposé, il ne faudrait pas que le souci d'identifier des risques encore virtuels nuise au traitement des risques avérés. Des disparités injustifiées existent dans la prévention d'un même risque avéré selon les secteurs concernés : ainsi verra-t-on, selon les cas, des secteurs dans lesquels les consommateurs seront mieux protégés que les travailleurs sur les lieux de production, ou l'inverse, sans qu'il y ait à cela de justification scientifique. Ces disparités doivent être à tout le moins réduites.

**Un développement plus systématique de l'analyse des risques**, en associant à cette analyse pouvoirs publics, professionnels et associations intéressées, paraît nécessaire.

Des évolutions peuvent certes être relevées. Depuis une quinzaine d'années la montée en puissance de la notion de sécurité sanitaire transforme en profondeur notre système de santé, en conduisant à une approche plus préventive, au-delà de l'aspect curatif de la santé publique. De même, en matière d'environnement, les actions de prévention se développent<sup>395</sup>.

Mais il n'est pas rare que les juridictions apparaissent comme des organes d'évaluation *a posteriori* des politiques publiques, en particulier dans le domaine de la santé. Il serait préférable que soient mises en œuvre des évaluations des politiques menées au moment où elles sont décidées puis conduites, faisant la balance risques/bénéfices. Il s'agit d'apprécier la pertinence des choix opérés en portant un regard critique sur leurs conditions d'évaluation au départ. Ainsi, en matière de vaccination obligatoire ou encouragée, sans attendre que les risques – qui sont rarement inexistantes et qu'il faut peut-être accepter au regard de l'intérêt collectif mais en connaissance de cause – se soient concrétisés à grande échelle.

La demande accrue de protection contre le risque peut au demeurant aboutir à des conséquences paradoxales : l'amniocentèse permet de détecter les risques de mise au monde d'un enfant atteint de trisomie 21 et d'ouvrir aux parents la possibilité de poursuivre ou non la grossesse jusqu'à son terme. Cependant, le

---

395. Ainsi, en cas de risque prévisible d'affaissement de terrain dû à une cavité souterraine ou à une marnière, d'avalanches ou de crues torrentielles menaçant gravement des vies humaines, l'État peut déclarer d'utilité publique l'expropriation des biens exposés à ces risques, si les moyens de sauvegarde et de protection des populations s'avèrent plus coûteux que les indemnités d'expropriation (article L. 561-1 du Code de l'environnement). Le fonds de prévention des risques naturels majeurs, créé par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, finance ces indemnités.



risque purement médical lié à cet examen, pour la mère et surtout pour l'enfant, n'est pas négligeable. Dès lors, plus on dépiste, plus le nombre d'avortements de ce chef est élevé. Va-t-on alors rechercher des responsabilités à la fois dans l'hypothèse où une amniocentèse s'est mal déroulée et dans celle où elle n'a pas été pratiquée et où l'enfant qui naît est trisomique ?

Les intérêts individuels en présence sont au surplus fréquemment contradictoires : les personnes atteintes de sclérose en plaque mettent en cause la vaccination contre l'hépatite B tandis que les malades atteints d'hépatite B reprocheraient à l'État de ne pas avoir imposé la vaccination obligatoire.

L'application du principe de précaution ne devrait plus permettre à l'administration de reconduire systématiquement des mesures sans s'efforcer de les étayer par des expertises ou des éléments nouveaux. Elle risque sinon de se voir reprocher aussi bien un excès qu'une insuffisance de précaution. Saisi de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a déjà annulé des arrêtés de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé qui avaient reconduit pour une cinquième et une septième année consécutives la suspension de la mise sur le marché de certaines prothèses mammaires, sans être en mesure d'apporter des éléments de nature à justifier le doute qu'elle conservait sur l'innocuité du produit <sup>396</sup>.

Le juge va de fait devoir jouer un rôle croissant central dans la définition de la « faute de précaution » ou des conditions d'une éventuelle responsabilité sans faute.

### 4.3. L'information

L'obligation d'information, aspect important de la prévention, s'étend. **Inciter les individus à diminuer leur exposition aux risques suppose qu'ils soient informés de ces risques. L'information sur les risques encourus est en effet la condition d'un choix éclairé de l'individu qui pourra décider ou non de courir certains risques** sans, bien sûr, que cette information ait *a priori* pour objet ou pour conséquence de reporter sur la victime la responsabilité d'éventuels dommages.

Une responsabilité est mieux partagée lorsqu'elle est expliquée et que le risque est mieux analysé. Une information suffisante des victimes potentielles – consommateurs, malades, citoyens en général... – conditionne une plus grande prise en compte du comportement imprudent de la victime.

**Les obligations qui s'imposent de plus en plus aux pouvoirs publics en matière de prévention et de précaution ne font que renforcer l'impératif d'une meilleure information précoce du public.** La responsabilité des pouvoirs publics peut être engagée par une mauvaise information ou un défaut d'information. Il en est de même pour certains acteurs privés.

Dans le domaine médical, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique consacre le droit à l'information des patients. La jurisprudence analysait déjà l'obligation d'information médicale comme un corollaire du droit au consente-

---

396. CE, 29 juillet 2002, *Laboratoires Arion* ; 28 mai 2003, *Laboratoires Arion*.



ment avant toute intervention thérapeutique, consacré par la loi du 29 juillet 2004 relative au respect du corps humain. La Cour de cassation avait en effet renversé la charge de la preuve en matière de manquement à l'obligation d'information<sup>397</sup>, étendu l'obligation d'information des risques normalement prévisibles aux risques graves, même s'ils sont exceptionnels<sup>398</sup> et fondé l'obligation d'information médicale sur « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>399</sup>. Le juge administratif, pour sa part, a dégagé une jurisprudence similaire pour le secteur public hospitalier<sup>400</sup>, se fondant sur la perte de chance de se soustraire à un risque à laquelle conduit le défaut d'information.

Les dispositions particulières concernant les installations « Seveso », l'élaboration de plans de prévention des risques naturels et des plans de prévention des risques technologiques, l'obligation lors de la cession ou de la location de biens immobiliers situés dans une zone couverte par un tel plan d'informer sur l'existence de risques naturels, la possibilité d'instituer des servitudes d'utilité publique sur des terrains présentant des risques d'inondation, sont autant d'exemples des progrès réalisés pour une meilleure information.

Les débats parlementaires sur le projet qui est devenu la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels ont fait ressortir que davantage de consultations et de débats préalablement à l'élaboration de certains projets pouvaient encore se révéler nécessaires.

**L'information ne revêtira toute sa portée utile que si elle est assortie de recommandations utiles.** Ainsi, en matière de sécurité civile, l'annonce de phénomènes météorologiques dangereux s'accompagne de consignes de prudence. De même, le Conseil d'État a-t-il considéré que la responsabilité d'une commune avait été engagée pour n'avoir pris aucune mesure propre à avertir les plaisanciers du danger exceptionnel que représentait pour eux la présence d'une ligne haute tension à proximité d'une rampe d'accès des voiliers à un lac<sup>401</sup>.

**L'information, enfin, sera d'autant mieux reçue, tenue pour crédible et susceptible d'influencer les comportements, que des acteurs, privés ou publics, auront été associés à l'identification et à l'évaluation des risques.** Cette préoccupation est prise en compte, d'ores et déjà, à différents niveaux.

La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, dite convention d'Aarhus, prévoit un large accès du public aux informations sur l'environnement. Elle impose en outre la participation du public aux décisions portant sur un certain nombre de matières, couvrant des

---

397. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1997, n° 94-19685, Bull. 1997 I n° 75, p. 49.

398. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1998, n° 97-10267, Bull. 1998 I n° 291, p. 202.

399. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14564, Bull. 2001 I n° 249, p. 157.

400. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T.* ; 27 septembre 2002, *Mme Sainty*.

401. CE, 8 novembre 1985, *Rijlaarsdam*, rec. tab. p. 524.



activités diverses <sup>402</sup>. Certains instruments internationaux prévoient des procédures d'évaluation des risques : ainsi du protocole de Carthagène sur la biodiversité du 29 janvier 2000.

En droit interne français, les procédures d'enquête publique et d'étude d'impact, notamment, le rôle de la Commission nationale du débat public, créée en 1995, et les conférences de citoyens contribuent à l'information du public et à sa consultation préalablement aux décisions.

---

402. Ce volet de la Convention s'inspire de la directive 90/313/CE du 7 juin 1990 et de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 qui se substitue à la directive 90/313/CE à compter du 14 février 2005.



---

## Conclusion

Face au risque, l'évolution actuelle de la société est marquée par un paradoxe : en renforçant la sécurité, elle fait disparaître, prévient ou limite nombre de risques, mais, dans le même temps, en entraîne d'autres et suscite une forte demande de prévention et de couverture. En outre, des risques considérés antérieurement comme devant être assumés individuellement sont aujourd'hui regardés comme relevant d'une prise en charge par la collectivité.

L'interrogation sur l'efficacité des régimes classiques de responsabilité pour traiter de certains risques n'est pas propre à la France et l'on a vu que des régimes particuliers de couverture ont été mis en œuvre chez nos voisins comme chez nous pour des risques exceptionnels. Mais l'appel à la solidarité élargie ne saurait être par trop systématique, sauf à se heurter à des implications financières difficiles à supporter et au refus des individus de participer collectivement à la couverture des risques dont ils ne sont pas forcément responsables ou qui ne les concernent pas. La socialisation du risque est indispensable dans certains cas tels que les risques majeurs ou imprévisibles. Elle ne peut être regardée comme une solution miracle pour tous les maux.

Le refus du risque, érigé en principe, qui devrait se traduire par une indemnisation généralisée, systématique et intégrale, ne paraît guère compatible avec une société où le risque zéro n'existe pas et dans laquelle la liberté individuelle est essentielle. Il est en outre important d'éviter la déresponsabilisation des acteurs, condition, en particulier, d'une prévention efficace. Ceci justifie, souvent, l'intérêt d'une gestion individuelle du risque, sans pour autant imposer à l'assuré des contraintes et des conditions telles qu'elles aboutiraient à remettre en cause le principe même de l'assurance contre les aléas de l'existence.

Entre socialisation du risque et responsabilité, il existe à la fois une complémentarité nécessaire et une tension constante. Toute la difficulté est de trouver un point d'équilibre qui prenne en compte les rôles respectifs que peuvent et doivent jouer la puissance publique, l'assurance, les acteurs générateurs de risques et les victimes de dommages.

Pour essentiel que soit le rôle du juge afin de préciser les contours du concept de responsabilité, y compris de façon parfois audacieuse, le dosage entre la responsabilité et la socialisation du risque relève principalement d'un choix collectif qui, surtout lorsqu'il met en jeu la solidarité nationale, incombe au législateur.



L'affirmation du principe de précaution est une manifestation du désir d'analyser et de traiter les risques en amont, avant qu'ils ne soient avérés et qu'ils ne se traduisent par des préjudices. Il faut cependant veiller à ce que ce principe ne devienne pas un nouveau ressort systématique du contentieux de la responsabilité. Une utilisation trop extensive de ce canal pourrait, si l'on n'y prend garde, rendre l'administration pusillanime à terme, et ruiner les fondements du régime de responsabilité de la puissance publique, qui visait à rendre l'administration à la fois courageuse, efficace et responsable. Le principe de précaution, pour être viable, doit être compris et appliqué de façon raisonnable et réaliste, et conçu comme un principe d'action plus que d'abstention ou d'inaction.



# Annexes





# Annexe 1

## Liste des assurances obligatoires <sup>403</sup>

### Automobile

- Agents des collectivités locales utilisant leur véhicule pour les besoins du service : décret n° 91-573 du 19 juin 1991, articles 29 à 34 (*JO* 21 juin) ; arrêté 25 février 1982, articles 24, 27 et 28 (*JO* 7 mars).
- Agents de l'État utilisant leur véhicule pour les besoins du service : décret n° 90-437 du 28 mai 1990, article 34 (*JO* du 30 mai).
- Conciliateurs de justice utilisant leur véhicule pour les besoins de service : arrêté 15 mai 1997, article 3 (*JO* 25 mai).
- Experts en automobile : loi n° 72-1097 du 11 décembre 1972, article 2 (*JO* 12 décembre) ; arrêté 13 août 1974 (*JO* 28 août ; D. et BLD 1974. 297), modifié par arrêté 5 février 2002 (*JO* 15 février).
- Exploitants d'établissement d'enseignement de la conduite des véhicules terrestres à moteur : arrêté 5 mars 1991, article 2 (*JO* 20 avril).
- Octroi d'avances aux fonctionnaires de l'État pour l'achat d'un véhicule nécessaire à l'exécution de leur service : loi n° 47-1465 du 8 août 1947, article 79 (*JO* 9 août ; D. 1947. 298 ; BLD 1947. 669) ; décret n° 96-890 du 7 octobre 1996, articles 1<sup>er</sup> et 4 (*JO* 12 octobre).
- Ouvriers de l'État utilisant leur véhicule pour les besoins du service : décret n° 91-430 du 7 mai 1991, article 13 (*JO* 14 mai).
- Véhicules terrestres à moteur : v. *supra*, C. assur., articles L. 211-1 s., R. 211-1 s. et A. 211-1 s.

### Transports

- Aéroclubs C. aviat., article D. 510-7.
- Avisurfaces : arrêté 12 juillet 1963, article 13 (*JO* 14 juillet).
- Bandes d'envol occasionnelles : arrêté 15 juillet 1968 (*JO* 3 août).
- Équipages et armateurs des navires de pêche transportant des passagers : loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997, article 32 (*JO* 19 novembre).
- Exploitants d'aérodromes : C. aviat. ; article D. 221-3.
- Exploitants d'aéronefs (CNRA) : arrêté 23 octobre 1962 (*JO* 24 novembre).
- Exploitants de navires nucléaires : loi n° 65-956 du 12 novembre 1965 (*JO* 13 novembre ; D. 1965. 332 ; BLD 1965. 635), modifié par loi n° 68-1045 du 29 novembre 1968 (*JO* 30 novembre ; D. 1968. 332 ; BLD 1968. 588), loi n° 88-1093 du 1<sup>er</sup> décembre 1988 (*JO* 3 décembre ; D. et ALD 1988. 489)<sup>o</sup> ; décret n° 73-322 du 15 mars 1973 (*JO* 22 mars ; D. et BLD 1973. 176).
- Exploitants de remontées mécaniques : v. *supra*, C. assur., articles L. 220-1 s., R. 220-1 s. et A. 220-3 s.
- Hélistations et hélisturfaces : arrêté 6 mai 1995, articles 9 et 16 (*JO* 7 mai).

403. Source : ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.



- Propriétaires de navires transportant des hydrocarbures : loi n° 77-530 du 26 mai 1977 (*JO* 27 mai ; D. et BLD 1977. 208), modifié par loi n° 96-151 du 26 février 1996, article 17 (*JO* 27 février ; D. 1996. 95), loi n° 98-546, du 2 juillet 1998, article 64 (*JO* 3 juillet) ; instruction 13 avril 1979 (*JO* 30 mai NC), modifié par instruction 18 février 1992 (*JO* 14 mars).
- Transports aériens : C. aviat., articles L. 330-1 s. et R. 330-1 s.
- Transports aériens par moyens militaires : loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946, article 57 (*JO* 8 octobre ; D. 1946. 389 ; BLD 1946. 635), modifié par loi n° 48-388 du 5 mars 1948 (*JO* 6 mars ; D. 1948. 115 ; BLD 1948. 237), décret n° 64-482 du 28 mai 1964 (*JO* 3 juin ; D. 1964. 193 ; BLD 1964. 303) ; arrêté 3 juin 1965, article 3 s. (*JO* 18 juin).
- Transports fluviaux : arrêté 29 juin 1942, article 14 (*JO* 19 juillet ; rectificatif *JO* 25 août ; BLD 1942. 371 ; rectifié 438).
- Transports publics de voyageurs et de marchandises : décret n° 49-1473 du 14 novembre 1949, article 47 (*JO* 15 novembre ; D. 1949. 434 ; BLD 1949. 1039), modifié par décret n° 63-466 du 8 mai 1963, article 1<sup>er</sup> (*JO* 12 mai ; D. 1963. 162 ; BLD 1963. 252), décret n° 63-577 du 15 juin 1963, article 6 (*JO* 16 juin ; D. 1963. 179 ; BLD 1963. 295).

## Santé, action sociale

- Accueil de mineurs en centre de vacances : CASF, article L. 227-5 ; décret n° 2002-538 du 12 avril 2002 (*JO* 19 avril).
- Accueil des personnes âgées à domicile par les particuliers : CASF, article L. 443-4.
- Assistantes maternelles : CASF, article 123-2, ajouté par loi n° 77-505 du 17 mai 1977, article 1<sup>er</sup> (*JO* 18 mai ; D. et BLD 1977. 199), modifié par loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, article 57-1 (*JO* 30 janvier ; D. et ALD 1993. 199).
- Activités de prévention, de diagnostic ou de soins ; production, exploitation et fourniture de produits de santé à l'état de produits finis : CSP, article L. 1142-2.
- Centres de formation en soins infirmiers : arrêté 30 mars 1992, annexe II (*JO* 3 avril).
- Centres de transfusion sanguine : CSP, article L. 1222-9 ; arrêté 27 juin 1980 (*JO* 21 septembre NC), modifié par arrêté 29 décembre 1989 (*JO* 1<sup>er</sup> février 1990).
- Crèches : arrêté 5 novembre 1975 (*JO* 16 décembre).
- Établissements recevant des enfants inadaptés ou déficients intellectuels : décret n° 56-284 du 9 mars 1956 (*JO* 25 mars), annexe XXIV, article 46, modifié par décret n° 89-798 du 27 octobre 1989 (*JO* 31 octobre).
- Gérants de pharmacie en SARL : CSP, article L. 5125-17.
- Personnel médical et pharmaceutique des hôpitaux publics : décret 17 avril 1943, article 112 (*JO* 27 avril ; BLD 1943. 175).
- Praticiens hospitaliers à temps plein exerçant une activité libérale dans les établissements d'hospitalisation publics : décret n° 87-944 du 25 novembre 1987, article 9 et ann. (*JO* 26 novembre).
- Recherche biomédicale : CSP, articles L. 1121-10 et L. 1126-6.

## Habitat, construction

- Architectes : loi n° 77-2 du 3 janvier 1977, article 16 (*JO* 4 janvier ; D. et ALD 1977. 71), modifié par loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, article 24 (*JO* 13 juillet ; D. et ALD 1985. 401) ; décret n° 80-217 du 20 mars 1980, article 32 (*JO* 25 mars ; D. et ALD 1980. 1959) ; arrêté 15 juillet 2003 (*JO* 29 juillet).
- Construction : v. *supra*, C. assur., articles L. 241-1 s., R. 243-2 et A. 243-1, annexe I (responsabilité civile) ;... articles L. 242-1 s., R. 243-2 et A. 243-1, annexe II (dommages).
- Géomètres experts : loi n° 46-942 du 7 mai 1946 (*JO* 8 mai ; BLD 1946. 340), articles 8-1, 9-1 et 9-2, ajoutés et/ou modifiés par loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985, article 12 (*JO* 31 décembre ; D. et ALD 1986. 132), loi n° 94-529 du 28 juin 1994, articles 10 et 14 (*JO* 29 juin ; D. et ALD 1994. 352) ; décret n° 96-478 du 31 mai 1996, articles 33 s. et 127 s. (*JO* 2 juin).
- Locataires : loi n° 82-526 du 22 juin 1982, article 18 (*JO* 23 juin ; D. et ALD 1982. 283) ; loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, article 7 (*JO* 24 décembre ; D. et ALD 1987.



26) ; loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, article 7 (*JO* 8 juillet ; D. et ALD 1989. 227), modifié par loi n° 94-624 du 21 juillet 1994, article 12 (*JO* 24 juillet ; D. et ALD 1994. 378).

- Personnes effectuant l'état des lieux en cas de prêts conventionnés à la construction : arrêté 1<sup>er</sup> mars 1978, article 6 (*JO* 22 mars), modifié par arrêté 25 octobre 1991, article 6 (*JO* 26 octobre), arrêté 7 novembre 1991 (*JO* 20 novembre).
- Personnes effectuant la recherche d'amiante ainsi que la vérification de l'état de conservation des matériaux contenant de l'amiante : décret n° 2001-840 du 13 septembre 2001 modifié.
- Personnes effectuant le diagnostic de performance énergétique des bâtiments : C. construction, article L. 134-1.
- Professionnels de l'immobilier : loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, article 3, 3° (*JO* 4 janvier ; D. et BLD 1970. 37) ; décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, article 49 (*JO* 22 juillet ; D. et BLD 1972. 429) et 95-1, ajouté par décret n° 95-818 du 29 juin 1995, article 32 (*JO* 30 juin) ; arrêté 1<sup>er</sup> septembre 1972 (*JO* 13 septembre ; D. et BLD 1972. 506), modifié par arrêté 5 février 2002 (*JO* 15 février).
- Sociétés civiles de placement immobilier : loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970, article 4 (*JO* 1<sup>er</sup> janvier 1971 ; D. et BLD 1971. 51), modifié par loi n° 93-6 du 4 janvier 1993 (*JO* 5 janvier ; D. et ALD 1993. 162). – C. sociétés.

## Sports, loisirs culture

- Associations communales et intercommunales de chasse agréées : C. rur., articles R. 222-38 (6°), R. 222-63 (10°) et R. 222-73 (6°).
- Chasseurs : C. environnement, articles L. 423-16.
- Chasseurs maritimes : C. environnement, article L. 423-3.
- Colonies de vacances, centres de loisirs et groupements de jeunesse : arrêté 20 mai 1975, article 16 s. (*JO* 3 juin), modifié par arrêté 17 septembre 1981, article 2 (*JONC* 14 novembre) ; arrêté 17 mai 1977, article 13 (*JO* 29 juin).
- Épreuves, courses ou manifestations sportives sur la voie publique : C. route, article R. 53 ; décret n° 55-1366 du 18 octobre 1955, article 5 (*JO* 19 octobre ; D. 1955. 455 ; BLD 1955. 1003), modifié par décret n° 68-1165 du 17 décembre 1968 (*JO* du 27 décembre ; D. et BLD 1969. 18) ; arrêté 20 octobre 1956 (*JO* 6 novembre ; D. 1956. 466 ; BLD 1956. 935), modifié par arrêté 30 mai 1969 (*JO* 6 juin ; D. et BLD 1969. 235) ;... dans des lieux non ouverts à la circulation publique et comportant la participation de véhicules à moteur : décret n° 58-1430 du 23 décembre 1958 (*JO* 3 janvier 1959 ; D. 1959. 1979 ; BLD 1959. 305), modifié par décret n° 61-904 du 10 août 1961 (*JO* 11 août 1961 ; D. 1961. 274 ; BLD 1961. 555) ; arrêté 17 février 1961 (*JO* 22 février ; BLD 1961. 170), modifié par arrêté 30 mai 1969 (*JO* 6 juin ; D. et BLD 1969. 235). – C. route.
- Exploitants d'établissements destinés à la danse : C. éducation, article L. 462-1.
- Fédérations d'associations de pêcheurs sous-marins : arrêté 1<sup>er</sup> décembre 1960, article 10 (*JO* 9 décembre).
- Formation à l'examen du permis de chasser : arrêté 22 novembre 1993, annexe I (*JO* 27 novembre).
- Manifestations aériennes : arrêté 4 avril 1996, article 15 (*JO* 28 avril).
- Organismes, promoteurs et exploitants d'activités physiques et sportives : loi n° 84-610 du 16 juillet 1984, article 37 s. (*JO* 17 juillet ; D. et ALD 1984. 445), modifié par loi n° 92-652 du 13 juillet 1992, article 18 s. (*JO* 16 juillet ; D. et ALD 1992. 385), loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000, article 30 s. (*JO* 8 juillet) ; décret n° 93-392 du 18 mars 1993 (*JO* 20 mars ; D. et ALD 1993. 287), modifié par décret n° 2003-371 du 18 mars 2003 (*JO* 23 avril).
- Organisation et vente de voyages et de séjours : loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, articles 4, 4-1, 9, 11, 12 et 31 (*JO* 14 juillet ; D. et ALD 1992. 374), modifié par loi n° 98-566 du 8 juillet 1998, article 3-III (*JO* 9 juillet) ; décret n° 94-490 du 15 juin 1994, articles 6, 8, 20 à 25, 37, 44, 53, 60, 69, 78, 96, 98 (*JO* 17 juin ; D. et ALD 1994. 326), modifié par décret n° 2002-836 du 2 mai 2002 (*JO* 5 mai).
- Participation des armées à des tâches d'intérêt général : décret n° 83-927 du 21 octobre 1983 (*JO* du 23 octobre) ; arrêté 21 juin 1985 (*JO* 29 juin).
- Pêche maritime de loisirs : décret – loi 9 janvier 1852, article 5, modifié par loi n° 86-2 du 3 janvier 1986, article 13 (*JO* 4 janvier ; D. et ALD 1986. 155), loi n° 91-627 du 3 juillet 1991, article 6 (*JO* 5 juillet ; D. et ALD 1991. 298). – C. pén.



- Personnes qualifiées pour la mise en œuvre des artifices de divertissement du groupe K4 : arrêté 27 décembre 1990 (*JO* 7 février 1991), modifié par arrêté 16 janvier 1992 (*JO* 4 février).
- Rassemblements festifs à caractère musical : arrêté 3 mai 2002 (*JO* 7 mai).
- Tir aux armes de chasse : arrêté 17 juillet 1990, article 5 (*JO* 23 août).

## Enseignement, formation, travail

- Associations intermédiaires : arrêté 4 mai 1987 (*JO* 7 mai).
- Associations scolaires : loi 10 août 1943 (*JO* 29 août ; BLD 1943. 350) ; décret 10 juin 1944 (*JO* 22 juin ; BLD 1944. 143).
- Formations professionnelles alternées des jeunes de 16 à 18 ans : ordonnance n° 82-273 du 26 mars 1982, article 12 (*JO* 28 mars ; D. et BLD 1982. 178). – C. trav.
- Volontaires pour la solidarité internationale : décret n° 95-94 du 30 janvier 1995, articles 3 et 9 (*JO* 1<sup>er</sup> février ; D. et ALD 1995. 106).

## Activités industrielles, agricoles, économiques, financières

- Associations de gestion agréées : CGI, annexe II, article 371 QA.
- Calamités agricoles : C. rur., article L. 321-6 ; arrêté 28 mars 1975 (D. et BLD 1975. 119), modifié par arrêté du 19 mai 1998 (*JO* 23 mai).
- Centres de gestion agréés : CGI, annexe II, article 371 EA.
- Commissaires aux comptes : décret n° 69-810 du 12 août 1969, arrêté 84 (*JO* 29 août ; D. et BLD 169. 320) ; arrêté 13 mars 1972 (*JO* 2 avril), modifié par arrêté 5 février 2002 (*JO* 15 février). – C. com.
- Concours techniques apportés par les SAFER : C. rur., article R. 141-2. – C. rur. et for.
- Conseillers en investissements financiers : C. monétaire et fin., article L. 541-3.
- Conseils en propriété industrielle : CPI, articles L. 422-8 et R. 422-8. – C. com.
- Conservateurs des hypothèques : décret n° 53-496 du 26 mai 1953, article 2 bis, ajouté par décret n° 97-1 du 3 janvier 1997, article 3 (*JO* 5 janvier).
- Entraide agricole : C. rur., article L. 325-3, ajouté par loi n° 93-934 du 22 juillet 1993 (*JO* 23 juillet).
- Experts agricoles et fonciers : décret n° 75-1022 du 27 octobre 1975, article 4 (5°) (*JO* 6 novembre ; D. et BLD 1975. 401), modifié par décret n° 91-483 du 14 mai 1991, article 1<sup>er</sup> (*JO* 17 mai ; D. et ALD 1991. 253).
- Experts comptables et comptables agréés : ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945, article 17 (*JO* 21 septembre ; rectificatif, *JO* 30 septembre ; BLD 1945. 343), modifié par loi n° 68-946 du 31 octobre 1968, article 8 (*JO* 1<sup>er</sup> novembre ; D. 1968. 305 ; BLD 1968. 539), loi n° 94-679 du 8 août 1994, article 42 (*JO* 10 août ; D. et ALD 1994. 437) ; décret n° 96-49 du 22 janvier 1996 (*JO* 24 janvier), modifié par décret n° 97-667 du 31 mai 1997 (*JO* 1<sup>er</sup> juin), et par décret n° 2002-208 du 12 février 2002 (*JO* 19 février).
- Exploitants d'installations nucléaires : v. *supra*, C. assur., article L. 431-5 s. ; loi n° 68-943 du 30 octobre 1968 (*JO* 31 octobre ; D. 1968. 303 ; BLD 1968. 537), modifié par loi n° 90-488 u 16 juin 1990 (*JO* 17 juin ; D. et ALD 1990. 261).
- Groupements de prévention des difficultés des entreprises : loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984, article 33 (*JO* 2 mars ; D. et ALD 1984. 222) ; décret n° 85-910 du 27 août 1985, articles 4, 5 et 8 (*JO* 30 août ; D. et ALD 1985. 499).
- Intermédiaires inscrits : décision n° 85-007 du 8 novembre 1985, articles 5 et 6 (*JO* 24 décembre).
- Marchés d'intérêt national : arrêté 14 mars 1969, ann., article 17 (*JO* 9 avril).
- Personnes (commerçant, artisan, agriculteur, personne morale de droit privé) occupant un ou plusieurs salariés : C. commerce, article L. 621-132 (obligation d'assurance contre le risque de non-paiement, en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, des sommes dues en exécution du contrat de travail).
- Personnes mandatées pour exercer des activités de démarchage bancaire ou financier : C. monétaire et fin., article L. 341-5 – recouvrement amiable des créances : décret n° 96-1112 du 18 décembre 1996 (*JO* 20 décembre). – NCPC.



- Propriétaires de navires immatriculés dans un port français transportant plus de 2 000 tonnes d'hydrocarbures en vrac en tant que cargaison : C. environnement, article L. 218-2.
- Sociétés civiles de placement immobilier : C. monétaire et fin., article L. 214-55.
- Titulaires d'un mandat de gérance d'immeubles accordé ou accepté par un organisme d'habitations à loyer modéré : C. construction, article R. 442-16.

## Professions à statut réglementé

- Administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises : loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, article 35 (*JO* 26 janvier ; D. et ALD 1985. 166), modifié par loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, article 59 (*JO* 5 janvier 1991 ; D. et ALD 1991. 81) ; décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985, article 78 (*JO* 29 décembre ; D. et ALD 1986. 98).
  - C. com.
- Avocats : loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, articles 27 et 53 (9°) (*JO* 5 janvier 1972 ; D. et BLD 1972. 39), modifié par loi n° 85-772 du 25 juillet 1985, article 124 (*JO* 26 juillet ; D. et ALD 1985. 441), loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, article 18 (*JO* 5 janvier 1991 ; D. et ALD 1991. 81) ; décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, article 205 s. (*JO* 28 novembre ; D. et ALD 1991. 490). C. pr. civ.
- Courtiers et sociétés de courtage d'assurance : v. *supra*, C. assur., articles L. 530-2 s. et R. 530-8 s.
- Notaires : décret n° 55-604 du 20 mai 1955, article 13 (*JO* 22 mai ; D. 1955. 260 ; BLD 1955. 580) ; arrêté 28 mai 1956 (*JO* 8 juin ; D. 1956. 195 ; BLD 1956. 400), modifié par arrêté du 17 avril 1957 (*JO* 27 avril ; D. 1957. 172. BLD 1957. 342), arrêté 11 juillet 1957, article 3 (*JO* 6 août), arrêté 10 septembre 1973 (*JO* 14 septembre), arrêté 16 avril 1997 (*JO* 22 avril).
- Personnes donnant des consultations juridiques : loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, article 55 (*JO* 5 janvier 1972 ; D. et BLD 1972. 39), modifié par loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, article 26 (*JO* 5 janvier 1991). C. pr ; civ.
- Sociétés civiles professionnelles : loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, article 16 (*JO* 30 novembre ; D. 1966. 422 ; BLD 1966. 561) ; et, en application aux sociétés :
  - d'administrateurs judiciaires ; décret n° 86-1176 du 5 novembre 1986, article 44 (*JO* 8 novembre ; D. et ALD 1986. 531) ;
  - d'architectes : décret n° 77-1480 du 28 décembre 1977, articles 38 et 45 (*JO* 1<sup>er</sup> janvier 1978) ;
  - d'avocats : décret n° 92-680 du 20 juillet 1992, articles 41 et 50 (*JO* 22 juillet ; D. et ALD 1992. 425) ;
  - d'avoués : décret n° 69-1057 du 20 novembre 1969, articles 48 et 54 (*JO* 27 novembre ; D. et BLD 1969. 416), modifié par décret n° 72-669 du 13 juillet 1972, article 82 (*JO* 18 juillet ; D. et ALD 1972. 401) ;
  - de chirurgiens-dentistes : décret n° 78-906 du 24 août 1978, articles 45 et 55 (*JO* 3 septembre) ;
  - de commissaires aux comptes : décret n° 69-810 du 12 août 1969, article 174 (*JO* 29 août ; D. et ALD 1969. 320), modifié par décret n° 85-665 du 3 juillet 1985, article 59 (*JO* 4 juillet ; D. et ALD 1985. 364) ;
  - de commissaires-priseurs : décret n° 69-763 du 24 juillet 1969, article 54 (*JO* 31 juillet ; D. et BLD 1969. 307) ;
  - de directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale : décret n° 78-326 du 15 mars 1978, article 48 (*JO* 17 mars) ;
  - d'experts agricoles et fonciers et d'experts forestiers : décret n° 86-636 du 14 mars 1986, article 44 (*JO* 20 mars) ;
  - de géomètres experts : décret n° 76-73 du 15 janvier 1976, article 43 (*JO* 27 janvier ; D. et ALD 1976. 100) ;
  - de greffiers de tribunal de commerce : décret n° 71-688 du 11 août 1971, article 52 (*JO* 24 août) ;
  - d'huissiers de justice : décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969, article 54 (*JO* 11 janvier 1970) ;
  - d'infirmiers ou d'infirmières : décret n° 79-949 du 9 novembre 1979, article 57 (*JO* 10 novembre) ;



- de mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises : décret n° 86-1176 du 5 novembre 1986, article 44 (*JO* 8 novembre ; D. et ALD 1986. 531) ;
- de masseurs-kinésithérapeutes : décret n° 81-509 du 12 mai 1981, article 57 (*JO* 14 mai) ;
- de médecins : décret n° 77-636 du 14 juin 1977, article 56, (*JO* 23 juin ; D. et BLD 1977. 249) ;
- de notaires : décret n° 67-868 du 2 octobre 1967, article 54 (*JO* 6 octobre ; D. 1967. 390 ; BLD 1967. 689) ;
- de vétérinaires : décret n° 79-885 du 11 octobre 1979, article 61 (*JO* 14 octobre) ;
- Sociétés d'exercice libéral :
  - d'administrateurs judiciaires : décret n° 93-892 du 6 juillet 1993, article 25 (*JO* 11 juillet) ;
  - d'avocats : décret n° 93-492 du 25 mars 1993, article 26 (*JO* 27 mars ; D. et ALD 1993. 305) ;
  - d'avoués près des cours d'appel : décret n° 93-362 du 16 mars 1993, article 42 (*JO* 19 mars) ;
  - de commissaires-priseurs : décret n° 92-1449 du 30 décembre 1992, article 43 (*JO* 1<sup>er</sup> janvier 1993) ;
  - de greffiers de tribunal de commerce : décret n° 93-86 du 21 janvier 1993, article 34 (*JO* 23 janvier) ;
  - d'huissiers de justice : décret n° 92-1148 du 30 décembre 1992, article 43 (*JO* 1<sup>er</sup> janvier 1993) ;
- de mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises : décret n° 93-1112 du 20 septembre 1993, article 25 (*JO* 23 septembre) ;
- de notaires : décret n° 93-78 du 13 janvier 1993, article 43 (*JO* 21 janvier).
  - Sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques : C. commerce, article L. 321-6 et experts auprès des sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques : C. commerce, article L. 321-31.

## Assurances de choses

- Dépôts dans les musées nationaux et classés d'œuvres d'art de collections privées : décret n° 91-286 du 14 mars 1991 (*JO* 20 mars ; D. et ALD 1991. 192).
- Dépôts en magasins généraux : C. commerce, article L. 522-16.
- Opérations financières et comptables exécutées par les directeurs et agents comptables de la Mutualité sociale agricole : décret n° 63-379 du 6 avril 1963, article 28 (*JO* 13 avril) ; arrêté 31 juillet 1965 (*JO* 14 octobre).
- Prêts et dépôts d'œuvres des musées nationaux : décret n° 81-240 du 3 mars 1981 (*JO* 13 mars).

## Assurances de personnes

- Accession à la propriété (HLM) : CCH. articles L. 443-2 s., R. 443-3 et R. 443-5 s.
- Boxeurs non affiliés à une fédération et ne participant pas à une manifestation publique de boxe : arrêté 22 février 1963, article 3 s. (*JO* 17 mars).
- Correspondants de guerre : décret 22 juin 1944, article 9 (*JO* 6 juillet).
- Exploitants agricoles : C. rur., article L. 752-1 s., *supra*, v° Assurances contre les accidents des exploitants agricoles ; décret n° 69-119 du 1<sup>er</sup> février 1969 (*JO* 5 février ; D. et BLD 1969. 78), modifié par décret n° 73-778 du 24 juillet 1973 (*JO* 7 août ; D. et BLD 1973. 343), décret n° 96-1096 du 10 décembre 1996, article 4 (*JO* 17 décembre) ; décret n° 69-120 du 1<sup>er</sup> février 1969 (*JO* 5 février ; D. et BLD 1969. 80), modifié par décret n° 76-761 du 5 août 1976 (*JO* 15 août ; D. et BLD 1976. 359) ; décret n° 69-121 du 1<sup>er</sup> février 1969 (*JO* 5 février ; D. et BLD 1969. 82), modifié par décret n° 86-371 du 10 mars 1986 (*JO* 14 mars ; D. et ALD 1986. 289) ; décret n° 88-931 du 16 septembre 1988 (*JO* 24 septembre ; D. et ALD 1988. 421) ; arrêté 31 mars 1970 (*JO* 23 avril ; D. et BLD 1970. 118). – CSS.
- Propriétaires de chiens dangereux : C. rur., article 211-3, et décret n° 99-1164 du 29 décembre 1999 (*JO* du 30 décembre). – C. rur. et for.
- Tuteurs aux prestations sociales : décret n° 69-399 du 25 avril 1969, article 17 (*JO* 29 avril ; D. et BLD 1969. 180).



## Annexe 2

# Liste des fonds d'indemnisation mentionnés dans le rapport

**Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages** : institué par la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951 sous la dénomination de fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse, ses attributions ont été modifiées en dernier lieu par la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière de laquelle est issue sa dénomination actuelle. Les dispositions législatives relatives au fonds sont codifiées aux articles L. 421-1 à L. 421-17 du Code des assurances.

**Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions (FGTI)** : créé par la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infractions, par transformation du fonds de garantie institué par la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État (initialement compétent seulement pour l'indemnisation des dommages corporels résultant d'un acte de terrorisme). Les dispositions législatives relatives au fonds sont codifiées aux articles L. 422-1 à L. 422-5 du Code des assurances.

**Fonds d'indemnisation des victimes contaminées** : créé par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, pour l'indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causés par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang. L'indemnisation de ces préjudices est désormais assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

**Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante** : créé par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

**Office national d'indemnisation des accidents médicaux** : créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Les dispositions du chapitre II du titre IV de la loi (risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé) ont été codifiées aux articles L. 1142-1 et suivants du Code de la santé publique. Depuis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, l'office indemnise les victimes de contamination par le VIH résultant d'une transfusion sanguine (articles L. 3122-1 à L. 3122-6 du Code de la santé publique).

**Fonds de garantie des calamités agricoles** : institué par la loi n° 64-706 du 10 juillet 1964 organisant un régime de garantie contre les calamités agricoles, reprise aux articles L. 361-1 et suivants du Code rural.

**Fonds de prévention des risques naturels majeurs** : créé par l'article 13 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. Les dispositions relatives au fonds figurent à l'article L. 561-3 du Code de l'environnement.





Rapport public

# Contributions





---

# Le droit administratif dans la société du risque

## Quelques réflexions

*Jean-Bernard Auby,  
Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)*

1 – Parmi les théories sociologiques majeures qui s'efforcent de rendre compte des caractéristiques particulières des sociétés contemporaines, celle de la société du risque a reçu un écho international spécialement marqué, et elle commence à susciter un grand intérêt dans notre pays, chez les juristes y compris.

Que mettent en évidence ses promoteurs, et notamment les deux principaux que sont l'Allemand Ulrich Beck<sup>1</sup> et le Britannique Anthony Giddens<sup>2</sup> ? D'abord et surtout, la centralité de la question du risque dans nos sociétés. Ils démontrent que l'omniprésence du risque – le risque naturel, le risque technologique, le risque économique, le risque sanitaire, le risque alimentaire, etc. – en a fait la question centrale du fonctionnement social. Ulrich Beck, par exemple, va jusqu'à dire que, dans nos sociétés, la distribution des risques s'est substituée à la répartition des richesses dans la position du problème stratégique.

Les théoriciens de la société du risque montrent également comment le risque s'est transformé dans sa substance même. Au regard des périls que les sociétés précédentes avaient à affronter, le risque d'aujourd'hui présente des caractères largement originaux. D'abord, il est toujours peu ou prou le produit d'une activité humaine, ou, à tout le moins, dans les facteurs qui constituent sa causalité, il y a toujours une part d'activités humaines : si le désastre causé par le dramatique raz-de-marée asiatique de décembre 2004 a une telle ampleur, c'est parce que, pour des raisons diverses, une énorme quantité d'activités humaines se trouve concentrée sur les littoraux qu'il balaie. La société du risque, nous dira-t-on, est réflexive : elle est confrontée à elle-même.

S'ajoute le fait que les risques d'aujourd'hui procèdent bien souvent, non pas d'activités illicites, mais d'activités parfaitement légales, et même parfois essentielles au développement économique : même si les automobiles sont

---

1. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001.

2. *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 2001.



sources d'une redoutable pollution atmosphérique, personne n'a encore songé à en rendre la construction illicite, ni même d'ailleurs essayé de la freiner.

Les risques d'aujourd'hui présentent au moins un autre attribut très remarquable. C'est qu'ils ne sont pas véritablement susceptibles d'être supprimés totalement. Il en va ainsi notamment parce que les mesures que l'on prend pour y parer sont elles-mêmes productrices de nouveaux risques – que l'on espère moins importants, mais le contexte est tant baigné d'incertitude... – : les digues que l'on érige pour freiner l'érosion de nos littoraux déplacent celle-ci plus qu'elles ne la jugulent.

2 – Il n'y a pas besoin d'être grand clerc pour se dire que l'omniprésence de la question du risque, et la nature contemporaine particulière de cette question, exposent les autorités publiques, les politiques publiques et le droit public à des défis nouveaux, assez redoutables. La gestion du risque devient une affaire importante et plus que délicate, dans la gestion de laquelle les autorités publiques s'empêchent facilement, sous le regard impatient d'une société qui croit toujours que l'on peut la protéger bien au-delà de ce qui est réellement possible.

De ces tensions, le droit public, et le droit administratif, portent aujourd'hui déjà la marque. Les lignes qui suivent n'ont d'autre ambition que d'en évoquer rapidement quelques signes.

3 – L'une des façons d'aborder le problème est de dire que, concrètement, la contribution que le droit peut apporter à la solution du problème social des risques est triple<sup>3</sup>.

Vis-à-vis de ce problème, il offre en premier lieu des dispositifs d'imputation des risques, en ce sens qu'il détermine – plus ou moins complètement, plus ou moins efficacement : peu importe – à qui, dans la société, il incombe de parer aux risques, d'en réduire l'impact, d'en réparer les conséquences : quelle part de la prévention des accidents de circulation incombe aux constructeurs qui rendent leurs voitures plus ou moins sûres, aux collectivités qui aménagent et entretiennent plus ou moins bien les voies, aux conducteurs, sur qui pèsent certaines obligations de prudence, aux garagistes qui règlent les voitures, etc.

Il propose, en second lieu, des dispositifs de régulation des risques, en ce sens qu'il organise des régimes dans le cadre desquels des mesures sont prises par les uns et les autres pour prévenir les risques et en réduire l'impact. Un ascenseur d'immeuble, un téléphérique, comme une installation classée de traitement des déchets, doivent satisfaire à diverses normes de sécurité. Le transporteur est largement responsable des dommages que subissent ses clients en cas d'accident, et il est par là même incité à exercer des actions de prévention.

Il fournit enfin des instruments de gestion politique des risques. Il contribue à déterminer comment, dans quelles instances et selon quelles procédures, s'établissent les principes que la société retient à propos des risques acceptables, de la distribution des risques, de leur prévention.

---

3. Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 170.



4 – Il va de soi qu'à ce triple apport, le droit public, et le droit administratif en particulier, sont amenés à contribuer singulièrement.

De nombreux dispositifs juridiques d'imputation des risques ont, évidemment, leur siège dans le droit public, et spécialement dans le droit administratif. Plus le désir de protection exprimé par les citoyens est devenu vif, plus les autorités publiques se sont vues imposer la charge principale de la prévention des risques et de leur réparation. L'idée ne serait pas venue autrefois de leur en vouloir des inondations...

Il est clair, également, que la régulation des risques, dans nos sociétés, s'enracine très fortement dans le droit public. Non pas qu'elle y trouve entièrement son siège : l'obligation de prudence du bon père de famille du Code civil, comme, dans leur registre propre, les dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité dans un règlement intérieur d'entreprise, apportent leurs pièces à l'édifice. Il n'en reste pas moins que le recours à la police administrative est bien aujourd'hui le réflexe dominant – et il s'enracine depuis belle lurette : rappelons-nous que la première législation sur les installations classées date de 1810 ! –. En outre, le droit public fournit – là aussi, de longtemps – des régimes de responsabilité qui sont destinés à rappeler les autorités publiques aux obligations prudentielles qui pèsent sur elles.

C'est le droit public, naturellement, qui fournit le cadre institutionnel de la gestion politique des risques. Le droit administratif et le reste du droit public se relaient ici, de la fabrication des lois sur les divers risques au référendum par lequel les citoyens d'une commune de montagne se prononceront sur la construction d'un mur pare-avalanches.

5 – Revenons vers la théorie de la société du risque. Ce qu'elle nous dit du statut du risque dans les sociétés d'aujourd'hui suggère que des questions nouvelles sont posées à la manière dont le droit, et en particulier le droit public, le droit administratif, opèrent le traitement de la question.

a) Dans la fonction qu'il assure d'imputation des risques dans la société, le droit public est doublement déstabilisé. En premier lieu, l'évolution rend de plus en plus difficile à déterminer la part des risques qu'il incombe aux autorités publiques de prévenir ou réparer, qu'il s'agisse des risques que ces autorités créent elles-mêmes par leurs activités, ou des risques « privés » qu'elles sont réputées surveiller. Pourquoi ? La raison est que, dans la société contemporaine, nous sommes de plus en plus affrontés à des risques globaux, qui résultent d'enchaînements complexes de facteurs, dans lesquels les causes sont de plus en plus difficiles à étalonner. À quoi sont dus les dommages causés par les inondations par exemple : au réchauffement planétaire, à l'endiguement des fleuves, à l'agriculture intensive qui a supprimé les haies, au fait que l'on a construit dans des zones inondables, au fait que l'on a autorisé la construction dans des zones inondables... ? À tout cela à la fois, selon une pondération des causalités qu'il est à peu près impossible d'établir. Il devient dès lors très difficile de déterminer rationnellement ce qui peut être imputé aux autorités publiques et ce qui ne peut pas l'être.



Parce qu'il en va ainsi, et pour diverses autres raisons tenant aux tendances générales de nos civilisations, les obligations que la « société du risque » fait peser sur les dirigeants publics évoluent exponentiellement. Elles s'alourdissent, au gré notamment des progrès du principe de précaution<sup>4</sup>. Elles se transforment aussi dans leur nature, au gré de la tendance que les citoyens ont de plus en plus à demander des comptes personnels aux responsables publics et de ne plus se contenter d'obligations anonymes pesant sur les institutions : les grands risques ont fortement alimenté le mouvement de pénalisation de l'activité publique, comme le souvenir de l'affaire du sang contaminé le rappelle exemplairement.

b) Dans la contribution qu'il apporte à la régulation des risques, le droit public se trouve également déstabilisé pour deux séries de raisons. D'une part, l'efficacité des techniques de police est mise en cause, dans le domaine des risques comme ailleurs, les théories sociologiques et économiques des régulations faisant apparaître combien ce qu'elles vont appeler « *command and control regulation* » est vulnérable à l'influence des mécanismes bureaucratiques dans lesquels elle s'inscrit, comme à celle des segments de la société qu'elle cherche à régir et qui s'efforcera de la « capturer »<sup>5</sup>. Quant aux mécanismes de responsabilité publique – qu'il s'agisse de la responsabilité *stricto sensu* ou des systèmes, si largement développés, de fonds d'indemnisation –, il est facile de montrer combien leur ouverture croissante, leur propension à être quasiment des mécanismes assurantiels les condamne à ne plus exercer qu'un rôle régulateur marginal : sauf lorsqu'ils se traduisent par la mise en cause personnelle des autorités, ils sont de moins en moins une invitation à prévenir les risques, et ils s'épuisent nécessairement – en termes économiques – devant le développement des risques très lourds de la « société du risque ».

c) L'appareillage que le droit public fournit à la gestion politique des risques se trouve, lui aussi, perturbé pour deux ordres de raisons. D'abord, parce que les questions qui viennent vers lui ne sont plus tout à fait les mêmes. Jusqu'à une période récente, l'objectif que s'assignaient les autorités publiques, et que la société leur assignait, était l'élimination des risques, en tous les cas une protection maximale contre eux. Et la culture de l'État providence poussait à faire en sorte que les autorités publiques prennent en charge une part maximale du fardeau de la prévention et de la réparation. Dans la situation d'aujourd'hui, l'objectif d'élimination des risques est dans la plupart des cas inaccessible. Et la prise en charge publique approche de ses limites – financières notamment –, au point que la question principale devient de responsabiliser les citoyens, de faire en tous les cas des citoyens des agents essentiels de la prévention des risques : la traçabilité des aliments, par exemple, fait de nous des agents importants de la gestion du risque alimentaire.

---

4. Michel Franc, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 59.

5. Robert Baldwin, Colin Scott et Christopher Hood (ed.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998 – Anthony Ogus (ed.), *Regulation, Economics and the Law*, Edward Elgar Publishing, International Library of Critical Writings in Economics, 2001 – Colin Scott (ed.), *Regulation*, Ashgate, 2003 – Jean-Bernard Auby, « Régulations et droit administratif », *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruylant 2005.



D'autre part, les instruments que le droit public proposait traditionnellement pour opérer les arbitrages et conduire les politiques en matière de risques ne sont plus tout à fait bien en place. Ulrich Beck <sup>6</sup> a montré comment les forces qui gouvernent les grands risques sont de moins en moins dans l'emprise des institutions politiques : elles sont du côté de ce qu'il appelle la « *subpolitique* », c'est-à-dire du côté de la science, de l'économie, de la technique... En outre, la gestion politique des risques doit composer avec l'extrême complexification des appareils publics qui s'observe aujourd'hui, sous l'effet de la globalisation, et sous celle des décentralisations de toutes sortes. Il suffit de songer à la question de la sécurité alimentaire, au sujet de laquelle ont leur mot à dire : l'Organisation mondiale du commerce – par le biais des exceptions à la liberté des échanges qu'elle lui consent –, l'Union européenne, qui a son propre dispositif depuis 2002, les États naturellement, mais aussi les collectivités territoriales souvent dotées de compétences importantes... Diffraction de la gestion des risques dans l'enchevêtrement des appareils publics.

6 – Prenons maintenant la question sous l'angle inverse. De même que, comme nous venons de le voir, l'évolution des risques transforme les modalités de la contribution que le droit public – le droit administratif dans sa sphère particulière –, apporte au traitement du problème des risques, de même, par un effet en retour, cette évolution vient introduire des perturbations – mutations à tout le moins – dans diverses constructions du droit public. Nous nous contenterons ici de trois séries d'observations, intéressant des mutations perceptibles dans le droit administratif <sup>7</sup>.

a) La montée des risques globaux et complexes, notamment des risques sanitaires – sang contaminé, vache folle, amiante... – a puissamment contribué à déstabiliser la construction juridique et intellectuelle de la responsabilité publique. Rencontrant un terrain déjà naturellement favorable à l'extension de cette responsabilité <sup>8</sup>, les drames humains que certains grands accidents ont causé, et causent encore, ont poussé le droit de la responsabilité administrative dans ses derniers retranchements. Inéluctablement, la responsabilité publique a été dans une large mesure retenue. Inéluctablement, des dispositifs de fonds d'indemnisation ont été mis en place.

---

6. *La société du risque*, précité, p. 399 et s.

7. De nombreux autres chantiers mériteraient d'être ouverts, qui pourraient intéresser, par exemple, la considération des risques dans le droit public de la concurrence, ou dans le droit de l'urbanisme, etc. Sans compter le fait que la « société du risque » est parfois un défi à certains équilibres de droit constitutionnel : la montée du problème des risques augmente le rôle et les pouvoirs de l'administration au détriment du Parlement : Hans-Heinrich Trute, « From Past to Future Risk-From Private to Public Law », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 73.

8. Comparé à certains de ses voisins, notre droit de la responsabilité administrative est très généreux. Les observateurs anglo-saxons en livrent souvent l'observation : par exemple, B.S. Markesinis, J.-B. Auby, D. Cœster-Waltjen & S.F. Deakin, *Tortious Liability of Statutory Bodies*, Oxford, Hart Publishing, 1999.



La situation pourrait s'aggraver si le principe de précaution, qui, pour le moment, cantonne son empire naissant au contentieux de la légalité<sup>9</sup>, venait à influencer significativement la responsabilité publique<sup>10</sup>.

Ce qui advient n'est pas mystérieux. C'est que la construction intellectuelle et juridique de la responsabilité administrative en perd peu à peu son sens. Ses vertus régulatrices, disciplinaires, s'estompent, comme on l'a dit. Plus carrément encore, à force que l'État se voit imposer d'assumer des risques dans la production desquels il n'a eu aucune part, ou dans la production desquels, il n'a eu qu'une part réduite, les mécanismes mêmes de l'imputation de la responsabilité sont en péril : ils risquent d'être de moins en moins pris au sérieux à force d'être débordés par des systèmes d'indemnisation automatique.

b) Ce que l'on perçoit moins immédiatement, et qui pourtant mérite d'être surveillé, c'est la déstabilisation qui menace également la construction intellectuelle et juridique de la police administrative.

Un spécialiste d'outre-Pyrénées donne sur le sujet l'intéressante présentation suivante<sup>11</sup>. Il explique que, traditionnellement, la police administrative s'appuie sur quatre références. Une référence conceptuelle : le danger, la menace pour l'ordre public, la tranquillité publique... Une référence finaliste : le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, le retour au « danger zéro ». Une référence légale : la police combat des périls identifiés et refusés par l'ordre juridique. Une référence instrumentale : l'usage prépondérant de procédés juridiques unilatéraux.

Ces quatre articulations de base, explique notre auteur, sont aujourd'hui perturbées. Le concept fondamental est dorénavant celui de risque, avec les caractéristiques que nous avons évoquées. Les objectifs de la police sont profondément modifiés : le « risque zéro » est généralement inaccessible, il faut donc faire des choix, se contenter d'une réduction des risques, tenir parfois des risques pour admissibles. Les risques que l'on combat naissent souvent d'activités parfaitement légales, et ils ont tout simplement parfois une origine difficile à déceler. Les procédés juridiques par lesquels on s'efforce de lutter contre les risques s'éloignent des rives du seul procédé unilatéral : ils font la place au contrat et recherchent un appui dans des formes diverses d'autorégulation (traçabilité, audits écologiques, certifications...).

La théorie des risques rejoint ici, et complète ici, les réflexions contemporaines sur l'évolution des régulations. La théorie de la police, qui n'est assurément pas la mieux articulée des constructions de notre droit administratif, en est doublement interpellée.

c) Il n'est pas impossible que l'évolution des risques, que l'avènement de la « société du risque » ait également pour effet de transformer les modalités de la décision administrative, pour les raisons suivantes.

---

9. Michel Franc, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *Revue européenne de droit public*, précité.

10. Voir les observations inquiètes de Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 166 et s.

11. Jose Esteve Pardo, « De la policia administrativa a la gestion de riesgos », *Revista española de derecho administrativo*, n° 113, 2003, p. 323.



L'évolution des risques a introduit les autorités administratives dans un univers de grande incertitude. Les règles de comportement qu'elle conduit à adopter sont loin d'être des remèdes à cet égard. Le principe de précaution, par exemple, n'est en soi porteur d'aucune indication quant aux méthodes que l'on doit employer pour évaluer les risques, quant aux critères substantiels auxquels on doit se référer pour décider d'agir ou décider de s'abstenir.

Face à des exigences aussi peu explicites sur un plan substantiel, le droit public, le droit administratif, ne peuvent réagir que par un mouvement de procéduralisation. Le seul registre sur lequel l'administration puisse réagir à l'ampleur du problème, au haut niveau d'incertitude qui l'affecte à de multiples égards, est la mise en place de procédures à la fois complexes et ouvertes, qui sont à la fois des processus d'apprentissage, des processus d'investigation, des méthodes de légitimation, et le moyen d'impliquer divers segments de la société.

La société du risque impose un réexamen des rapports entre l'administration et la société, elle impose un enrichissement inédit de ces rapports.

Elle rejoint d'autres facteurs pour exiger du droit administratif qu'il s'attache davantage aux procédures qu'aux actes pris individuellement. Il y a là une affaire d'une certaine envergure, qu'il n'est pas possible d'examiner plus avant ici.





---

# L'État de précaution

*François Ewald*

*Professeur au Conservatoire national des arts et métiers*

Dans plusieurs de ses travaux, Michel Foucault a eu l'occasion de rappeler que les grandes formes politiques, en Occident du moins, se sont construites à l'occasion de grandes crises sanitaires : la peste en particulier. Il s'agissait déjà d'un mal contagieux, qui trouvait sa source dans le commerce mondial et se multipliait à la vitesse de la circulation des hommes et des marchandises. On peut penser qu'à travers les préoccupations qui sont désormais les nôtres en matière de développement durable, la gestion des crises sanitaires récentes, celles du sang contaminé et de l'ESB en particulier, nous faisons une expérience comparable. Nous assistons à la naissance d'une nouvelle forme politique : ni l'État gendarme, ni l'État social, mais une figure que je propose d'appeler l'État de précaution.

Michel Foucault nous a appris à lire les grandes figures politiques, à travers lesquelles s'exercent des types de gouvernement, comme autant de formes de rapports « savoir-pouvoir ». Dans *Surveiller et punir*, il décrit la forme « disciplinaire », organisant des institutions comme la prison, l'école, l'armée, l'atelier : un pouvoir qui s'exerce sur les corps de manière à les rendre productifs lié à un savoir individualisant passant par les procédures de l'examen. Dans *La Volonté de savoir*, comme dans les cours du Collège de France qu'il a consacrés à l'étude des « arts de gouverner » (*Sécurité, territoire, population, Naissance de la biopolitique*), il montre comment, au XVIII<sup>e</sup> siècle, la forme disciplinaire du pouvoir va se trouver compliquée par des techniques de gouvernement portant sur des populations selon des savoirs régulateurs à base de statistique, de calculs de probabilités, d'économie. On peut faire l'hypothèse que le principe de précaution désigne une forme inédite de rapport « savoir-pouvoir », qu'il décrit la naissance d'une nouvelle figure politique, dont le programme devrait être cherché du côté du « développement durable » quand son diagramme se trouve dans la manière dont est produite et circule l'information sur les risques. Ce déplacement dans les rapports savoir-pouvoir trouve naturellement son point critique sur la question de l'expertise.

L'État de précaution naît dans des circonstances où se conjoignent quatre changements majeurs dans les risques. Un changement d'abord dans leur nature et leur perception : aux risques individuels ou technologiques, a succédé la menace de dommages graves et irréversibles, pratiquement irréparables s'ils



venaient à survenir. Un changement ensuite dans l'échelle d'espace et de temps : alors que la perception des risques restait, sauf hypothèse de fin du monde, locale et à échelle d'une vie, on prend désormais en compte la planète et les générations futures. Changement encore dans le rapport au savoir, qui semble moins nous protéger que nous exposer, qui fait naître les risques, les produit sans bien pouvoir les mesurer. Changement, enfin, dans la philosophie de la responsabilité, qui connaît de moins en moins l'exception de force majeure et nous rend responsables de tout. Nous sommes pris dans un cycle où finalement tout risque peut apparaître comme prévisible, mieux où nous nous faisons une obligation de tout prévoir quant aux risques.

On pourrait parler ainsi d'un « État de précaution » comme on a pu parler au XVIII<sup>e</sup> siècle d'un « État de police ». Les disciplines ont trouvé leur modèle dans les mesures de quadrillage prises pour réduire la grande menace de la peste. Le principe de précaution décrit un programme pour des sociétés aux prises avec ces menaces nouvelles que les risques environnementaux ou sanitaires d'aujourd'hui. L'État de précaution accompagne la naissance de ce que d'autres appellent la société de la connaissance.

L'État de précaution n'est pas une forme politique achevée. Elle est en construction, balbutiante, incertaine, hésitante, instable. Ses principaux acteurs n'en ont guère conscience. Ils manquent d'une vision d'ensemble. Ils gèrent les crises au cas par cas, au jour le jour, sans qu'il en ressorte l'expression d'une volonté politique attelée à la construction du nouvel édifice. Reconnaissons-le, le principe de précaution, pratiquement, est surtout un instrument de communication de crise. Pourtant, on en voit apparaître, dans des débats souvent confus, les premières règles. On en voit se dessiner les premières institutions, en particulier à travers certaines politiques sectorielles. La lente construction de l'État de précaution conduit à modifier la Constitution dans ses principes fondamentaux, à réorganiser l'État dans ses fonctions de police, à imaginer de nouvelles pratiques de la démocratie, distinctes des formes de la démocratie représentative. Où en sommes-nous concernant la construction de ce nouveau régime politique ? De quoi disposons-nous ? Que nous manque-t-il ?

## Programme de l'État de précaution

L'État de précaution est la forme politique qui naît d'un art de gouverner centré, organisé, programmé autour de la gestion des risques. L'État de précaution n'a pas vocation à ne gouverner que certains types de risques. Le domaine de l'environnement, déjà considérable, ne lui suffit pas. Il s'est emparé de la santé, humaine, animale, végétale. Il s'infiltré, avec le développement durable, dans les politiques économiques. La gestion des risques sociaux, définis en d'autres temps avec d'autres objectifs, lui revient aussi en raison de la transformation qu'ils connaissent dans la dernière période. Anticiper la réforme d'un régime de retraite, dans l'incertitude des données démographiques, médicales, économiques à vingt, trente ou quarante ans, relève d'une politique de précaution. On peut aussi penser que la gestion de l'assurance maladie, à l'âge des anticipations promises par la génétique, s'organisera plutôt autour d'impératifs de prévention que d'indemnisation.



L'État de précaution n'est pas le complément des anciennes formes de l'État. Il a plutôt vocation à les intégrer, les reprendre, les reformuler dans son nouveau concept.

L'État de précaution est à la fois ouvert et fermé. Ouvert parce que les politiques de précaution naissent pour une part essentielle de problèmes d'environnement globaux face auxquels les États, comme les individus, sont individuellement désarmés. C'est le cas, éminemment, du réchauffement climatique, mais aussi de la protection de la biodiversité. Les politiques de précaution sont l'occasion de multiplier les rapports internationaux. Elles naissent aussi, sous leur aspect sanitaire, des progrès de la globalisation, de la rapidité et de l'étendue des échanges, de la liberté du commerce. Pourtant, dans le même temps, le principe de précaution s'affirme souverainiste. Il figure comme un principe d'exception à l'application d'un traité organisant la liberté des échanges. Il en est comme la contrepartie, le principe d'acceptabilité : oui à la libération des échanges, mais dans la mesure où les États prévoient une exception de précaution qui assure les citoyens que leur sécurité reste protégée. On a pu voir comment, dans la crise de l'ESB, le principe avait pu donner pouvoir à la Commission européenne de suspendre l'application des traités dont elle est pourtant gardienne. Le futur des relations internationales sera sans doute construit sur la résolution de cette contradiction : une tendance à l'universalisation et à l'ouverture d'un côté, une tendance à la fermeture et au retrait de l'autre. C'est un enjeu des débats au sein de l'OMC où l'on voit la Communauté européenne se saisir du principe comme d'une arme destinée à affirmer ses droits, ses valeurs, sa culture face au reste du monde, avec une fougue qui n'est pas sans évoquer la manière dont une ONG peut s'emparer du principe dans les combats qui sont les siens.

Le principe de précaution a vocation universelle. Ses premières formes de reconnaissance juridique sont des traités internationaux organisant la protection de l'environnement. Il est un des éléments structurants des traités organisant le commerce international ou régional (Europe). Dans l'ordre interne, c'est un principe de gestion de risques qui n'a pas de raison à se limiter à un domaine particulier. Le principe de précaution est lié au développement d'une gouvernamentalité par les risques. Elle est naturellement globale. Ce qui la caractérise : la conscience que les hommes disposeront d'un pouvoir infini sur les choses, l'hubris d'une responsabilité sans limite selon laquelle tout, désormais, dépend de nous. Gouverner à la précaution n'est certes pas une forme de gouvernement d'inspiration libérale. Bien au contraire, c'est la marque d'un gouvernement qui privilégie plus la prévention que la liberté, qui organise, par le maniement des risques, une sorte de repolitisation de l'économie. Pour un gouvernement de précaution, « tout est politique ». C'est pourquoi la construction de l'État de précaution ne peut pas se faire sans conflit avec la tradition des droits de l'homme et de l'État de droit.



## Figures de l'État de précaution

On se concentrera sur quelques éléments distinctifs de l'État de précaution.

### Une norme équivoque

Il y a désormais une pluralité des sources du principe de précaution. Elles ne se recouvrent pas : traités internationaux, Union européenne, loi Barnier sur l'environnement et peut-être bientôt Charte de l'environnement intégrée au Préambule de la Constitution de la V<sup>e</sup> République.

Certains textes ne donnent compétence au principe qu'en matière d'environnement, quand d'autres visent aussi le domaine sanitaire. Certains textes semblent inviter à une balance des coûts et des bénéfices (loi Barnier) quand d'autres ne semblent viser des mesures proportionnées au risque redouté (Charte de l'environnement). Certains textes précisent que le principe ne peut s'appliquer que mis en œuvre dans le cadre de lois quand d'autres prévoient son applicabilité directe.

Ces disparités de texte ne manquent de poser problème quant à un principe qui donne aux gouvernements un instrument redoutable de gestion de risques. Redoutable parce que très puissant : il permet l'instauration d'une sorte d'état d'exception en cas de crise ; il permet de suspendre les traités, selon des procédures fort sommaires. Mais le principe de précaution, aujourd'hui principalement utilisé en situation de crise, est précisément fait pour les éviter. Il appelle à traiter de certains risques très en amont. Or c'est précisément ce que, dans la plupart des cas, on ne fait pas.

Il y a au moins quatre principes de précaution selon que l'on vise le court ou le long terme, et que l'on a du principe de précaution une vision « substantive » ou « procédurale ». Jusqu'à présent, en matière d'environnement, le principe de précaution s'inscrit dans une vision de long terme. C'est pour cela que sa mise en œuvre relève du législateur, comme le prévoit la loi Barnier. Le principe de précaution préside à des programmes qui, sur la durée, doivent permettre de transformer une situation d'environnement dégradé en une situation d'environnement valorisé. C'est vrai pour les grandes conventions sur le climat ou sur les mers ou les océans. Il ne s'agit pas, sous prétexte de réchauffement climatique d'arrêter instantanément toute production industrielle, mais de s'engager collectivement dans un effort progressif tel que l'on peut penser que les mesures prises vont transformer la situation, sans que l'on puisse en être certain en l'état des connaissances scientifiques.

Selon une autre version, le principe est fait pour parer à des menaces dans l'urgence. Cet usage s'est sans doute répandu pour traiter de grandes crises sanitaires comme la vache folle. On retrouve alors une attitude très ancienne : face à la menace, les pouvoirs publics, sans attendre, interrompent, suspendent, interdisent, contrôlent, quadrillent, mettent en quarantaine. Le cours normal des activités, l'exercice habituel des libertés sont, un moment, suspendus. C'était déjà comme cela que l'on combattait la peste au Moyen Âge.

Une autre distinction est celle de savoir si le principe impose à l'autorité qui en est destinataire une conduite déterminée – empêcher la réalisation d'un



dommage potentiel – ou le respect d'une procédure au terme de laquelle l'autorité saisie choisira, après évaluation, la décision la plus convenable aux données de la situation.

### **Un démembrement de l'administration**

Par précaution, nous avons créé et multiplié les agences de sécurité sanitaires et environnementales. Nous voulons que, désormais, les fonctions d'expertise soient indépendantes des ministères de tutelle. Ces agences constituent des éléments clefs dans la construction de l'État de précaution. Le problème est qu'elles sont en même temps de grandes « productrices » de risques, une de leur fonction étant de les repérer et de les rendre visibles. Précisément, les politiques de précaution sont des politiques de « production » de risques. Certains vont même jusqu'à dire que, par précaution, les entreprises devraient lister l'ensemble des risques liés aux innovations qu'elles se proposent de commercialiser. Mais cette production de risques demande à être politiquement gérée. On l'a bien vu dans la crise de la vache folle : le gouvernement a été submergé par les risques que sa politique de précaution ne cessait de rendre visible. Les politiques de précaution sont des machines à produire de l'incertitude, de l'angoisse, l'attente d'une réponse qui, dans un premier temps au moins, ne peut pas venir des scientifiques. Elles créent un immense appel au politique institué comme ce grand Autre, dont, selon Jacques Lacan, nous anticipons la réponse pour pouvoir affronter le destin. D'un autre côté, on a pu constater l'inefficacité de ces dispositifs, leur incapacité à anticiper et à mettre en alerte le politique au moment de la canicule de l'été 2003.

L'intervention du Parlement, suffisamment en amont, constitue sans doute une première réponse. Mais il faut aller plus loin. Dans le cas de la vache folle, un amplificateur de crise a été l'absence de corps intermédiaires. Nous avons pu expérimenter *in vivo* les effets ravageurs de la confrontation singulière entre l'individu et l'État. Que ce dernier perde la confiance du citoyen, et la société, instantanément, se dissout, chacun décidant individuellement de la conduite à tenir, en fonction des informations, souvent fort contradictoires, dont il dispose. Les associations de consommateurs ont été absentes. Quant aux syndicats agricoles, ils ont plutôt été des amplificateurs de crise qu'autre chose. Les logiques de précaution créent un appel au politique. Qu'il soit défaillant engendre des effets d'anomie généralisée qu'on ne peut combattre que par le développement de corps intermédiaires qui se sauraient se réduire à nos habituels comités d'experts, qu'ils soient d'éthique ou non. L'âge de la précaution invite à une revivification de la société civile.

### **De nouvelles formes de démocratie**

Le principe de précaution est essentiellement mis en œuvre par l'administration. C'est devenu coutumier, et tout le monde l'accepte. Pourtant, ce n'est pas l'usage qui est prévu par les textes. La loi Barnier, par exemple, précise que les politiques de précaution font l'objet de lois. Ce qui se justifie dans la mesure où le principe de précaution suppose incertitude quant à l'importance d'un risque à courir. Dans la mesure où la prise de risque engage l'ensemble des citoyens, il paraît naturel qu'elle relève de la compétence de la souveraineté nationale. C'est au Parlement de se prononcer sur les risques que



la collectivité nationale décide de prendre ou de ne pas prendre en telle ou telle matière à tel ou tel moment. Cette exigence pourrait donner lieu à l'introduction à l'article 34 de la Constitution d'un paragraphe stipulant par exemple que : « La loi détermine les politiques de précaution ».

De fait, le principe de précaution renforce moins la compétence du parlement qu'elle n'encourage le développement de nouvelles formes de démocratie, que l'on a pris l'habitude de regrouper sous le titre de « démocratie participative ». La première obligation de précaution est en effet de connaître les risques, et d'en informer ceux qui sont susceptibles d'y être exposés. Les obligations de précaution sont avant tout des obligations de savoir et de transparence : anticiper sur les risques, en informer ceux qui sont concernés. Le projet de Charte de l'environnement, en même temps qu'il consacre le principe de précaution, prévoit dans un autre article des procédures d'information et de participation aux décisions.

Ainsi naît une démocratie de précaution qui est plus une démocratie directe qu'elle n'épouse les voies de la démocratie représentative. Et cela d'autant plus que cette « production » et cette « publication » donnent un pouvoir considérable aux médias. Les risques sont toujours virtuels, et en particulier les risques de précaution qui sont incertains. Pour le public, ils prendront la forme et le poids que leur donneront les médias, qui se trouvent de ce fait dotés de pouvoirs considérables. La démocratie de précaution échappe aux organes traditionnels de la démocratie, qui se trouvent souvent placés dans une position de dépendance où ils ont à répondre aux interpellations de la démocratie participative.

Beaucoup s'interrogent sur la démocratie du risque, sur les lieux, les forums, les conférences dont il faudrait l'équiper. Sans doute ces instruments sont-ils nécessaires pour que les décisions soient comprises et acceptées. On a vu récemment le Conseil économique et social revendiquer être le lieu adéquat d'expression de la démocratie du risque. Faut-il vraiment que cette forme de démocratie quitte l'enceinte du Parlement ?

## Un dispositif inachevé

L'introduction du principe de précaution dans l'ordre juridique français ne se réduit pas à compléter le dispositif normatif qui organise les traditionnels pouvoirs de police administrative. Il implique une série de déplacements dans l'organisation des pouvoirs. Il confère un « surpouvoir » à certaines autorités ; il conduit à des réorganisations administratives ; il donne du pouvoir à des nouveaux acteurs. Il modifie l'équilibre et l'organisation des pouvoirs dans l'État. De quoi appeler à une certaine vigilance.

Voici quelques points qui pourraient faire l'objet d'attention.

## Comment communiquer sur les risques ?

Les risques de précaution appellent une communication d'un type particulier. Déjà, au début des années quatre-vingt, les Japonais, confrontés à la politisation des tremblements de terre, avaient mis en place des dispositifs multiples de connaissance du risque dont ils pensaient qu'ils leur permettraient de connaître, avec quarante-huit heures d'avance, le tremblement de terre qui raserait Tokyo. Le problème était alors de savoir comment en informer la population pour que la panique engendrée par la nouvelle ne crée pas des dommages plus importants que le tremblement de terre lui-même. La gestion du risque relevait dès lors des linguistes. Il s'agit d'établir un langage qui rende le risque compréhensible par le public, et maintienne sa confiance malgré l'afflux d'informations plus ou moins traumatisantes et contradictoires.

Les médias, en particulier, devraient réfléchir à la manière d'exercer les pouvoirs qui sont les leurs dans cette conjoncture. Ils peuvent accuser avec des preuves faibles destinées à fondre au cours du temps. Pourtant les dommages causés à l'image de telle ou telle personne ont quelque chose d'irréparable. Ils peuvent accréditer une situation qui se révélera bientôt sans fondement. Ils peuvent se faire manipuler par ceux qui auront eu intérêt à tel ou tel moment à faire apparaître tel ou tel risque, comme cela s'est révélé dans le cas de la menace des « armes de destruction massive » prétendument possédées par le régime de Saddam Hussein. Que devient le droit de la diffamation dans un univers où il faut produire des énoncés qui ne sont pas susceptibles de falsification ? Comment apprécier la bonne foi de l'accusateur ?

## De nouveaux rapports public-privé

Les politiques de précaution appellent encore la définition de nouveaux modes de relation entre le public et le privé. Celles-ci ne sauraient se trouver au niveau judiciaire comme certains y invitent. La maîtrise des politiques de précaution doit rester à l'État. Les industriels, même s'il leur revient d'être aussi prudents que possible, ne peuvent pas définir seuls les politiques de précaution à moins de se condamner à l'inaction. Cela demande une articulation avec l'État, en deux sens. Il lui revient d'abord de fixer les seuils d'acceptabilité des risques, c'est-à-dire des normes ou des seuils d'exposition. Au-delà, il revient à l'État de définir, pour les secteurs concernés et en liaison avec eux, des codes de précaution qui sont des codes de bonnes pratiques. Il s'agit là de nouvelles formes de rapports entre public et privé. Elles n'obéissent pas aux calculs coûts-avantages qui reposent sur l'équation qu'un bénéfice économique ou social doit se payer par une certaine quantité de dommages (qu'il faudra indemniser) ; il s'agit de définir des procédures telles que, si elles sont observées, on peut raisonnablement penser qu'il n'y en aura pas.

Pour les raisons que l'on a vues, les politiques de précaution rendent les industriels particulièrement perplexes : ils ont à la fois le sentiment d'une complexification du processus de production des normes, d'entrée dans des procédures interminables et jamais conclusives (*cf.* par exemple la situation des OGM où la régulation semble devoir être renvoyée de débats en débats à l'infini), de décisions prises de manière aléatoire plus en fonction de rapports de force conjoncturels que de raisons fondées sur une appréciation objective des risques et des avantages. On peut penser que si nous sommes bien entrés dans



cette figure de l'État de précaution, celui-ci doit s'organiser de manière à placer les acteurs économiques et sociaux dans une situation qui réduise l'insécurité juridique plutôt qu'elle ne la renforce.

### **Les jugements de précaution**

Un des effets les plus redoutés des politiques contemporaines de précaution tient dans leurs conséquences judiciaires et leurs effets sur le droit de la responsabilité.

Jusqu'à présent les contentieux de précaution sont portés devant la juridiction administrative. Ils concernent la légalité de décisions prises par certaines autorités administratives, mais aussi la responsabilité de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Rien là que de naturel. Sauf que le principe de précaution augmente les pouvoirs d'appréciation des pouvoirs publics et diminue d'autant les capacités de contrôle du juge administratif. De ce point de vue, l'application du principe de précaution peut marquer une inflexion dans l'histoire du renforcement des contrôles par le juge de l'opportunité administrative. Le fameux arrêt *Ville nouvelle est* avait introduit la pratique du bilan coûts-avantages dans l'appréciation du comportement de l'administration. Que devient cette idée quand il faut contrôler les décisions qu'une administration doit prendre en présence de menaces de dommages graves et irréversibles qu'il n'est guère possible d'instruire ? Que devient le principe de proportionnalité quand une administration invoque le principe de précaution ?

Par ailleurs, on doit noter une aggravation de la responsabilité de l'État appréciée par le juge administratif. C'est en 1993, dans l'affaire du sang contaminé, que le juge administratif a admis qu'une hypothèse, non infirmée, pouvait engager la responsabilité de l'État. Plus récemment, le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler que l'État avait des obligations spécifiques d'information sur les risques. Le projet de Charte de l'environnement fait porter l'application du principe de précaution sur les autorités publiques tout en en faisant un principe d'application directe. De ce fait, les responsabilités de l'État et de l'administration vont s'accroître. Ils vont se trouver sous la pression des groupes de citoyens et autres lanceurs d'alerte. La question est alors de savoir comment organiser l'administration pour qu'elle ne croule pas sous le poids de ses nouvelles responsabilités et puisse prendre des décisions qui ne soient pas seulement d'administration « défensive » comme on a parlé de « médecine défensive ».

Les contentieux judiciaires sur la base du principe de précaution restent rares. On peut craindre que cela ne change dès lors que le principe deviendra une norme constitutionnelle. Comme organiser et exercer un droit subjectif à la précaution ? Pourra-t-on demain accuser sur la base d'un simple doute ? Quelles sont les preuves qu'il faudra apporter à l'appui de l'accusation ? Comment le juge devra-t-il se situer dans des situations de controverse scientifique ? Pourra-t-on vouloir faire cesser un préjudice putatif ?

### **État de précaution et État de droit**

Traditionnellement, on oppose État de police (qui fonctionne à la raison d'État) et État de droit (qui vise à limiter les pouvoirs discrétionnaires de



l'administration au profit de la protection des libertés). On a longtemps soutenu que l'État de droit avançait d'autant plus que les pouvoirs discrétionnaires de police se réduisaient. On peut se demander si la construction de l'État de précaution ne nous conduit pas vers un renforcement de l'État de police au détriment des avancées de l'État de droit, s'il ne marque pas un nouveau privilège donné à la sécurité sur la liberté.

L'invocation d'un devoir de précaution n'est pas nouvelle : la loi impose déjà au maire « le soin de prévenir, par des précautions convenables, les accidents et les fléaux calamiteux ». D'autres textes visent des situations de crise comme, par exemple, la loi de 1955 sur l'état d'urgence (qui vise en particulier l'organisation des secours en cas de calamité). Le principe de précaution, tel qu'il est susceptible d'être constitutionnalisé par la Charte de l'environnement, vise bien une situation de crise, considérée comme « provisoire », et donne des pouvoirs exceptionnels aux autorités publiques qui doivent éviter la réalisation du dommage. Mais l'exercice de ces pouvoirs doit rester « proportionné ». De fait, il décrit une situation juridique inédite : on est dans une matière où les libertés individuelles, le droit de propriété sont susceptibles d'être gravement affectés, mais le Parlement, qui en est le protecteur naturel, est disqualifié. On ne saurait pourtant dire que l'on se trouve en infraction avec l'État de droit, puisque toute mesure prise pourra faire l'objet d'un recours devant le juge pour vérifier qu'elle est bien « provisoire et proportionnée ».

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 confère à la liberté une sorte de privilège : on lui donne le bénéfice de l'incertitude, on ne prend pas en compte les dommages incertains qui pourront se révéler dans cinquante ou cent ans. De fait, ils seront reportés sur les générations futures. Le principe de précaution cherche à inverser cette logique : on ne veut plus privilégier la liberté, qui apparaît plus aujourd'hui comme une menace que comme un bienfait. On veut faire porter le poids de l'incertitude non plus sur celui qui en subira peut-être les conséquences dans très longtemps, mais sur celui qui prétend aujourd'hui exercer cette liberté. On cherche en quelque sorte à la lester comme dans une course à handicap : on lui demande de prouver son innocence, on la met en débat, on la censure. C'est une vision de la liberté qui n'est celle de 1789. L'État de précaution introduit un nouveau régime d'autorisation *a priori*.

La construction de l'État de précaution porte avec elle d'autres conséquences sur l'organisation politique, en matière internationale en particulier : Union européenne, OMC, ONU y trouvent l'occasion d'une nouvelle inspiration. Au regard de l'édification progressive de cette nouvelle forme politique, les polémiques sur le bien-fondé du principe de précaution apparaissent quelque peu surannées. Elles manquent l'essentiel : le principe de précaution est un principe de politisation du risque, et par le risque. Il invite le politique à ne plus considérer le risque comme une sorte de matière étrangère un peu gênante, et dont il reviendrait aux experts de nous débarrasser. À l'âge de la précaution, le risque constitue la matière même du politique, ce qui l'institue et fait la trame du rapport des gouvernants aux gouvernés. Avec ce défi fondamental : comment faire que l'État de précaution, qui repolitise les libertés dans le cadre d'une nouvelle forme de police, ne se construise au détriment des libertés publiques ?





---

# Responsabilité et risques : l'approche outre-Manche

**Duncan Fairgrieve**

*Professeur au British Institute of International  
and Comparative Law*

*Maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris*

*Avocat au barreau de Paris*

## Introduction

---

Les systèmes de droit du Royaume-Uni et de la France semblent avoir beaucoup de points de divergence. De ses origines romaines, le droit français conserve l'attachement aux écrits, alors que le *Common Law* semble fidèle à ses origines principalement jurisprudentielles. Le droit public paraît confirmer ces apparences de divergence. L'histoire et le développement du droit français à travers les siècles sont à opposer à ceux du droit administratif en Angleterre beaucoup plus récents.

Les apparences peuvent être trompeuses. En fait, lorsqu'est examinée de près l'approche des juges dans les deux pays sur des questions précises, le raisonnement juridique n'est pas toujours très éloigné et les résultats sont souvent plus proches de ce qu'on aurait pu penser de prime abord<sup>1</sup>.

C'est le cas en ce qui concerne le thème du rapport public : *Responsabilité et socialisation du risque*. Si les différences peuvent paraître frappantes entre l'approche des deux systèmes, il est néanmoins possible de trouver des parallèles au Royaume-Uni et en France.

L'objectif de cette contribution est de présenter le thème de la responsabilité et des risques principalement du point de vue du droit anglais, avec toutefois quelques observations de droit comparé.

Le point de départ est nécessairement de rappeler le contexte de la responsabilité administrative à l'anglaise. L'approche de la réparation des dommages causés par la puissance publique démontre de grandes différences dans les deux systèmes de droit, le *Common Law* et le *Civil Law*.

---

1. Voir B. Stirn, D. Fairgrieve et M. Guyomar, *Droit et libertés en France et au Royaume-Uni* (à paraître prochainement aux Éditions Odile Jacob).



## Les bases de la responsabilité

Au premier abord, le contraste est grand entre le droit français et le droit anglais de la responsabilité. En France, la jurisprudence s'est construite sur les bases du célèbre arrêt *Blanco*, un droit spécifiquement *public* de la responsabilité<sup>2</sup>. Sur un principe général de responsabilité pour faute, les activités de la puissance publique sont susceptibles d'engager leur responsabilité. À côté de cette responsabilité fondée sur la faute, la jurisprudence a retenu des hypothèses de présomption de faute et surtout de responsabilité sans faute.

L'approche et la structure du droit anglais de la responsabilité sont très différentes du droit français<sup>3</sup>. C'est un régime qui reste attaché à la notion de faute et souligne l'importance de la responsabilité individuelle. En principe, en droit anglais il n'existe pas de particularité des principes de responsabilité en fonction de l'identité de la personne, publique ou privée, mais l'approche traditionnelle des juridictions est très protectrice de la puissance publique. Nous allons examiner les principes fondamentaux de responsabilité en droit anglais.

## Tribunaux et principes ordinaires

En droit anglais, le principe d'égalité tel que conçu par le célèbre juriste Dicey veut que les actions contre la puissance publique soient entendues par les tribunaux ordinaires et que les mêmes principes de droit privé s'appliquent tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques<sup>4</sup>. À l'inverse de la structure élégante du droit de la responsabilité en France, la position du droit anglais est complexe et technique. Il n'existe pas de principe général de la responsabilité. Au contraire, il existe une fragmentation de la responsabilité civile. En droit anglais, il y a un grand nombre de « *torts* »<sup>5</sup>, tous avec des règles différentes en matière de faute et dommage.

Tous les « *torts* » peuvent potentiellement être invoqués dans des actions contre la puissance publique, même si de nos jours le « *tort* » de « *negligence* » est le plus fréquemment invoqué par les demandeurs d'indemnité. En effet, ce « *tort* » tend à devenir un principe *de jure* de responsabilité. Il repose sur la preuve de certains éléments : une faute, la violation d'un devoir de prendre soin, une causalité et un préjudice<sup>6</sup>.

---

2. TC, 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.3.17.

3. Voir B. Stirn, D. Fairgrieve et M. Guyomar, *Droit et libertés en France et au Royaume-Uni* (à paraître prochainement aux Éditions Odile Jacob).

4. Voir A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10th edn, London, 1959).

5. Terminologie héritée d'un mot normand « *tort* » pour indiquer les divers cas d'ouverture d'une action en responsabilité civile.

6. Dans le contentieux concernant la police, des autres « *torts* » tels que « *battery* », « *false imprisonment* », « *malicious prosecution* » sont néanmoins souvent invoqués.



De plus, et par exception au principe d'égalité, il existe un « *tort* » entièrement dédié à des actions contre la puissance publique, nommé « *misfeasance in public office* ». Né au XVII<sup>e</sup> siècle, dans le contentieux concernant la corruption lors des élections ou dans l'attribution de permis commerciaux, ce « *tort* » est de nouveau d'actualité dans des litiges concernant les instances de régulation<sup>7</sup>.

## Primauté de la faute en droit anglais

En droit français, la responsabilité sans faute a été définie de façon purement prétorienne, en s'appliquant principalement dans quatre séries de cas. Tout d'abord, elle s'applique de manière traditionnelle aux dommages causés par les travaux ou ouvrages publics en bénéficiant aux collaborateurs, en particulier occasionnels, de l'administration<sup>8</sup>. Elle couvre des activités, menées dans l'intérêt général, qui entraînent des risques particuliers<sup>9</sup>. Elle permet enfin d'obtenir réparation de dommages graves et spéciaux provoqués par des décisions qui ne sont pas ou qui, par hypothèse, ne peuvent être entachées d'illégalité, comme des mesures légales de police et surtout comme des lois<sup>10</sup> ou des traités internationaux<sup>11</sup> dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité.

Le *Common Law* reste très attaché à la notion de faute, et ceci est apparent à travers le droit de la responsabilité administrative. Certes, il existe des cas de responsabilité sans faute, connus en anglais sous la terminologie de « *strict liability* ». Mais, les torts relevant de « *strict liability* » ont une importance réduite en matière de responsabilité administrative. C'est le cas du « *tort* » de *Rylands v Fletcher*. Ce tort prend en effet son nom d'une décision célèbre de la Chambre des Lords qui a énoncé le principe selon lequel le propriétaire d'un terrain est responsable du dommage causé par la fuite de ce qu'il a accumulé sur son terrain dans l'exercice d'une activité anormale (« *non natural* »), et ce même s'il n'y a pas eu faute de sa part<sup>12</sup>.

Même si aux États-Unis, *Rylands v Fletcher* a engendré un principe large de la responsabilité sans faute, en droit anglais, l'application de ce principe est restée très restreinte. Les tentatives d'élargir la notion de responsabilité sans faute dans des torts traditionnels, tel celui de nuisance, ont été plutôt rejetées<sup>13</sup>.

7. *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220 ; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

8. CE, 21 juin 1895, *Cames* ; 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*.

9. CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*.

10. CE, 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*.

11. CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*.

12. *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330.

13. Voir Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press).



## Approche restrictive de la responsabilité

En droit français, il existe une notion très étendue de la faute. Toute illégalité vaut faute. Une faute peut également résulter, indépendamment de toute décision, d'un agissement quelconque de l'administration. Une organisation défectueuse du service ou un mauvais fonctionnement constituent une faute.

Les choses sont différentes en droit anglais. En droit anglais, il existe une approche essentiellement privatiste des actions en responsabilité administrative : les tribunaux ont tendance à concevoir des actions comme des cas de « *professional negligence* » (responsabilité des personnes exerçant une activité professionnelle).

Contrairement au droit français, la simple illégalité de l'acte administratif ne vaut pas faute. Il faut démontrer une faute selon la conception privatiste de la notion : c'est-à-dire dans le cas de « *negligence* » une violation du devoir de prendre soin (« *breach of a duty of care* »). Le « *tort* » de « *breach of statutory duty* », qui reprend dans un certain sens l'idée de responsabilité pour violation d'une norme, a été qualifié de cas de responsabilité sans faute en droit anglais<sup>14</sup>. Ceci est l'une des raisons pour laquelle, ce « *tort* » a été strictement interprété par les tribunaux.

La notion de faute en tant qu'agissement de l'administration a été restrictivement interprétée par les juridictions anglaises. Malgré le principe d'égalité évoqué par Dicey, une approche différenciée a été adoptée par les juridictions anglaises dans des actions contre la puissance publique. Le tort de « *negligence* » a été restrictivement appliqué, notamment dans des cas concernant les activités de la police<sup>15</sup>, des pompiers<sup>16</sup>, des services sociaux<sup>17</sup>, des autorités de régulation financière<sup>18</sup> et des instances d'urbanisme<sup>19</sup>.

## Fondements de la responsabilité

Nous avons déjà vu que le *Common Law* reste attaché à la notion de responsabilité individuelle. Les systèmes français et anglais ont adopté des approches très différentes sur la question de savoir qui doit assumer les conséquences dommageables d'une activité à risque exercée dans l'intérêt public.

14. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, 747.

15. *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53.

16. *Capital & Counties PLC v Hampshire County Council* [1997] QB 1004.

17. *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633. See J. Wright, « Local Authorities, the Duty of Care and the European Convention on Human Rights », 1998, 18 OJLS 1.

18. Par exemple *Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175 ; *Davis v Radcliffe* [1990] 2 All ER 536. Voir C. Hadjiemmanuil, *Banking Regulation and the Bank of England* (London, 1996), chapter 5 ; H. McLean, « Negligent Regulatory Authorities and the Duty of Care », 1988, 8 OJLS 442.

19. *Strable v Dartford BC* [1984] JPL 329 ; *Lam v Brennan* [1997] PIQR P488 ; *Ryeford Homes Ltd v Sevenoaks District Council* [1989] 2 EGLR 281.



En France, est évoquée la nécessité d'éviter que les administrés soient affectés de façon disproportionnée par des activités de la puissance publique. Des activités menées dans un intérêt collectif ne doivent pas entraîner de préjudice particulier pour tel ou tel individu, qui serait alors victime d'une rupture d'égalité devant les charges imposées à tous.

Les fondements de la réparation dans le *Common Law* sont très différents. Les tribunaux anglais ont eu tendance à considérer que les conséquences des risques créés par des activités de la puissance publique devraient peser sur l'individu plutôt que la collectivité : « *Les services publics du gaz, de l'eau ainsi que de l'électricité sont presque une nécessité de la vie moderne, ou du moins sont en général considérés comme des besoins requis par l'intérêt commun, l'un ou plusieurs d'entre eux sont très rapidement installés dans chaque village et hameau du pays sous la contrainte ou la sanction législative. Il paraît donc étrange que ces installations si recherchées par la communauté et approuvées par le législateur soient à l'origine d'action en responsabilité* »<sup>20</sup>.

Par ailleurs, les tribunaux ont considéré que le fait que le dommage soit la conséquence logique et nécessaire de l'activité administrative conférait à celle-ci une irresponsabilité. Cette approche, frappante aux yeux des juristes continentaux, est justifiée par les tribunaux anglais comme suit : « *La philosophie fondamentale est simplement que l'intérêt public résultant de la construction et de l'utilisation d'ouvrages publics comme celle du chemin de fer doit primer sur les droits privés des propriétaires et occupants des terrains avoisinants afin que leurs droits découlant du Common Law ne soient pas violés par ce qui serait autrement passible d'une action en nuisance. En résumé, l'intérêt privé doit céder devant l'intérêt public* »<sup>21</sup>.

Dans le *Common Law*, les juges ont adopté une approche très pragmatique de la notion de responsabilité en tenant compte ouvertement des contraintes de l'action administrative pour formuler les principes de responsabilité administrative.

C'est le Tribunal des conflits qui a énoncé dans le célèbre arrêt *Blanco* que la responsabilité de la puissance publique « *n'est ni générale, ni absolue* » et qu'il faut tenir compte de la spécificité de l'action administrative en déclarant qu'« *elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ». Et pourtant, c'est dans la jurisprudence issue des juridictions anglaises que cette spécificité de l'action administrative a eu un impact décisif sur le contenu de la règle juridique de la responsabilité.

---

20. *Dunne v North Western Gas Board* [1964] 2 QB 806, 832. « *Gas, water and also electricity services are well-nigh a necessity of modern life, or at least are generally demanded as a requirement for the common good, and one or more are being taken with considerable despatch to every village and hamlet in the country with either statutory compulsion or sanction. It would seem odd that facilities so much sought after by the community and approved by their legislators should be actionable at common law* ».

21. *Allen v Gulf Oil Ltd* [1981] AC 1001, 1023 : « *The underlying philosophy plainly is that the greater public interest arising from the construction and use of undertakings such as railways, must take precedence over the private rights of owners and occupiers of neighbouring lands not to have their common law rights infringed by what would otherwise be actionable nuisance. In short, the lesser private right must yield to the greater public interest* ».



En adoptant leur approche restrictive de la responsabilité de l'État, les juridictions anglaises se sont prévaluées de la position particulière de l'action administrative. En ce qui concerne le tort de « *negligence* », les tribunaux ont évoqué plusieurs raisons pour refuser de reconnaître la responsabilité d'une personne publique, faisant référence à une série de « *policy reasons* » (justifications de politique jurisprudentielle). Les juridictions craignaient d'entraver l'action de l'administration<sup>22</sup> dans des domaines où les actes et décisions qu'elle doit prendre sont très sensibles et délicats<sup>23</sup>. Derrière certaines décisions, on trouve aussi une considération budgétaire, souci de protection des deniers publics<sup>24</sup>.

## Des tendances au rapprochement<sup>25</sup>

Malgré ces différences d'approche et de fondement, il est possible de déceler une évolution parallèle dans les deux pays en ce qui concerne la notion de risque et de réparation.

Tout d'abord, nous sommes tous confrontés à des nouveaux phénomènes de risque. Il existe des risques sériels en matière pharmaceutique, avec la crise concernant les vaccinations (thalidomide) dans les années soixante-dix et plus récemment encore avec le sang contaminé, l'hormone de croissance ou l'amiante.

En dehors du risque sériel, il existe d'autres domaines dans lesquels des risques individuels ont touché la sensibilité nationale. Deux exemples frappants sont à citer, dans le domaine médical, l'aléa thérapeutique et dans le domaine de régulation les risques financiers par exemple suite à des défaillances des banques. Dans tous ces cas, il existe une apparition de risques minimes avec des effets disproportionnés pour les victimes.

L'avènement de ces nouveaux phénomènes de risque a fait évoluer les fondements de la réparation. En premier lieu, les règles du droit de réparation ont changé afin de tenir compte de ces risques. L'un des premiers exemples se trouve au niveau européen, où la directive sur les produits défectueux a été promulguée en partie en raison de la crise concernant les vaccinations. A été instauré un régime harmonisé de responsabilité sans faute des fabricants des produits. Transposée au niveau national, cette directive a été invoquée dans des cas de risques sériels<sup>26</sup>.

---

22. *Rowling v Takaro Properties Ltd* [1988] AC 473, 502 ; *Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175, 198 ; *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53, 63.

23. *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633, 750.

24. *Phelps v Hillingdon LBC* [1999] 1 WLR 500, 522 (CA). Infirmé par la Chambre des Lords : *Phelps v Hillingdon LBC* [2001] 2 AC 619.

25. Voir B. Stirn, D. Fairgrieve et M. Guyomar, *Droit et libertés en France et au Royaume-Uni* (à paraître prochainement aux Éditions Odile Jacob).

26. *A and Others v National Blood Authority and another* [2001] 3 All E.R. 289 ; [2001] Lloyd's Rep. Med. 187 (Hépatite C).



Nous trouvons également d'autres exemples de l'influence sur la jurisprudence. En matière médicale, les juridictions françaises ont développé des solutions novatrices en matière d'aléa thérapeutique<sup>27</sup>. Récemment, dans un contentieux né des contaminations par l'amiante, les juridictions ont sanctionné l'abstention de l'administration. L'administration française n'avait pas prévenu de manière adéquate, compte tenu des données scientifiques alors disponibles, les risques courus par les travailleurs exposés à des produits contenant de l'amiante et avait ainsi commis une faute de nature à engager de la responsabilité de l'État<sup>28</sup>.

Au Royaume-Uni, l'indemnisation pour des conséquences d'accidents médicaux est en cours de réforme suite à une série de rapports en matière de responsabilité médicale<sup>29</sup>.

Un deuxième développement face à ces cas de risques est le développement en parallèle d'autres voies de réparation que l'action en responsabilité devant le juge. Le législateur a mis en place des mécanismes de solidarité pour assurer une réparation forfaitaire de certains risques ressentis comme relevant de la solidarité nationale. En France ont ainsi été créés des fonds d'indemnisation chargés de verser une réparation aux victimes d'attentats terroristes, aux hémophiles contaminés par le virus du SIDA, et, en vertu de la loi du 4 mars 2002, aux patients qui subissent un préjudice grave imputable à un aléa thérapeutique. Dans ces différentes hypothèses, assurance et solidarité l'emportent sur la responsabilité.

Au Royaume-Uni, des fonds ont été créés pour répondre aux besoins de ceux qui ont subi un préjudice dû au sang contaminé (SIDA et hépatite C) et pour réparer les conséquences des vaccinations obligatoires. Les risques liés à l'aléa thérapeutique ont aussi provoqué une réforme en matière médicale, toutefois moins importante que celle ayant eu lieu en France.

Il faut noter qu'en droit anglais, les modes alternatifs de réparation sont également très développés. Il existe une tradition de versement d'indemnité basé sur l'équité (*ex gratia payments*)<sup>30</sup> et ce même dans le cas où les principes juridiques ne l'imposent pas. L'intervention de l'un des médiateurs, le « *Parliamentary Commissioner for Administration* » ou « *Local Government Ombudsman* », dont l'action s'appuie sur des principes inspirés du droit administratif français<sup>31</sup>, permet souvent aux administrés d'obtenir réparation au terme d'une procédure rapide et peu onéreuse.

Cette évolution en droit anglais a été complétée par une évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité administrative.

---

27. CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Gomez*, [1990] Rec. 498 ; CE, 9 avril 1993, *Bianchi*, rec. p. 127.

28. CE, 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts Borella*.

29. *Learning from Bristol : the report of the public inquiry into children's heart surgery at the Bristol Royal Infirmary 1984-1995* (Command Paper : CM 5207), Chief Medical Officer, *Making amends : a consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS* (2003).

30. Voir C. Harlow et R. Rawlings, *Law and Administration* (London, 1997) chapitre 18.

31. N. Lewis, M. Seneviratne, et S. Cracknell, *Complaints Procedures in Local Government* (Sheffield, 1987) par. 2.11.3.



## Évolution de la jurisprudence anglaise

L'approche traditionnelle des juridictions était restrictive en matière de responsabilité de la puissance publique. Il est possible de voir le début d'un changement.

La tendance actuelle est en faveur d'un élargissement des conditions d'action en responsabilité administrative. Dans une série de décisions récentes, les juridictions ont dans le cadre des actions en « *negligence* », imposé des devoirs juridiques de « *prendre soin* » (« *duty of care* ») dans des domaines d'activité administrative jadis jouissant d'une quasi-irresponsabilité<sup>32</sup>. Cette tendance se trouve renforcée par les développements concernant le « tort » de « *misfeasance in public office* » puisque la Chambre des lords, dans deux arrêts récents portant sur un litige initié par des déposants contre la Banque d'Angleterre, pour défaut de surveillance de la *Bank of Credit and Commerce International*, a assoupli considérablement les conditions du tort en acceptant que la *Bank of England* puisse être responsable en dehors d'une faute strictement intentionnelle<sup>33</sup>.

Cette évolution est le fruit de plusieurs influences. Tout d'abord, la jurisprudence a été fortement influencée par le droit européen<sup>34</sup>. Le droit communautaire ainsi que la CEDH ont fait une contribution importante au renouvellement du droit de la responsabilité administrative. Tout d'abord, le droit communautaire a permis aux juges d'appliquer des règles de nature différente de celles du droit commun, inspirant le développement de toute la responsabilité par un « *effet de contagion* »<sup>35</sup>. La Convention européenne a également eu un impact considérable. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a, au travers du dialogue entre les juges nationaux et internationaux, participé à l'ouverture des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité<sup>36</sup>.

L'évolution vient aussi d'un changement de mentalité des juges. Il existe maintenant une reconnaissance de l'importance du droit des victimes. Les « *policy reasons* » en faveur de l'administration ont moins de poids et les juges ont commencé à donner la priorité à la nécessité d'indemniser les victimes. Comme l'a énoncé par Lord Bingham, « *le principe d'ordre public qui doit primer en droit est celui selon lequel les torts doivent être réparés* »<sup>37</sup>.

32. Notamment dans des cas concernant les activités des services sociaux et de la police : voir P.P. Craig et D. Fairgrieve, « *Barrett, Negligence and Discretionary Powers* » [1999] PL 626.

33. *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220 ; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

34. Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press). Voir *JD v East Berkshire Community Health* [2003] EWCA Civ. 1151.

35. En particulier, l'absence d'un lien entre l'illégalité d'un acte administrative et la faute dans le contentieux de responsabilité a été remise en cause en partie par l'apport du droit communautaire.

36. Voir J.-P. Costa, « *The Provision of Compensation under Article 41 of the ECHR* » dans *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (Biehl, 2002).

37. *M (A Minor) v Newham London Borough Council* [1995] 2 AC 648, 663.



---

# Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique

**Olivier Godard**

*Directeur de recherche au CNRS,  
professeur à l'École polytechnique,  
Chaire développement durable et Laboratoire d'économétrie*

## Introduction

---

Le principe de précaution se trouvait encore en 2004 dans une phase d'élaboration marquée par de vifs débats. Ceux qui se sont déployés en France depuis 2002 autour du projet de Charte de l'environnement que le Président de la République a proposé d'adosser à la Constitution du pays en témoignent. Ils révèlent certes des projets contradictoires et des priorités différentes de la part de différents groupes d'influence quant à la manière de développer des politiques de sécurité environnementale et sanitaire en France et en Europe. Ils manifestent aussi, outre une difficulté à mener un débat public de qualité, des malentendus et des confusions, parfois malignement entretenus, entre des concepts très différents du point de vue de leur contenu, de leur pertinence et de leur valeur axiologique.

C'est que ce nouveau repère de la gestion des risques collectifs s'est trouvé pris, bien malgré lui, dans des débats qui le dépassent très largement, comme ceux sur la judiciarisation de la société (quel partage entre la responsabilité politique, la responsabilité professionnelle et la responsabilité juridique en matière de gestion de risques collectifs ?), sur la sécurité publique (les autorités sont-elles confrontées à une demande croissante et parfois extrême de sécurité ou bien ont-elles laissé inconsidérément l'insécurité se développer sous ses différentes dimensions ?), sur la mondialisation et la compétitivité économique, ou sur l'émergence d'une démocratie d'opinion dont les médias sont devenus les principaux arbitres. L'observateur de ces débats ne peut s'empêcher de penser que le principe de précaution a été l'objet involontaire de nombreux déplacements, au sens que la psychanalyse donne à ce mot.

Toutefois, à côté d'un débat touffu et souvent dévoyé, se formait une doctrine dont les contours se sont progressivement précisés en France<sup>1</sup> et en Europe durant

---

1. O. Godard (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme et Inra-Éditions, 1997, Paris. P. Kourilsky et G. Viney, *Le principe de précaution*, Odile Jacob et La Documentation française, 2000, Paris.



la décennie 1990, surtout au début du nouveau millénaire. Cette doctrine a été validée par différentes instances de gouvernement à l'échelle européenne ou nationale. Elle consacre la conception d'un principe de précaution proportionnée qui se distingue nettement d'une règle d'abstention devant tout risque. Elle en précise les directions et identifie les développements attendus sur le terrain de l'organisation. C'est à cette conception proportionnée et à ses implications sur le terrain de l'organisation de l'expertise qu'est consacrée cette contribution.

## Jalons pour saisir un concept que l'on dit flou

La formulation explicite d'un principe de précaution remonte aux années soixante-dix en Allemagne, où l'on trouve, parmi les grands principes politiques dont s'inspire l'action publique de ce pays en matière de protection de l'environnement, le *Vorsorgeprinzip*<sup>2</sup>. Au nom d'un souci de l'avenir, ce principe reconnaissait le besoin et la légitimité de ne pas attendre le stade des certitudes scientifiques dans la mise en évidence des dommages à l'environnement pour engager des actions de prévention visant des sources de menaces. Il comportait également l'affirmation de la nécessité d'engager une démarche de planification à moyen et long terme des actions de protection de l'environnement afin de permettre une adaptation progressive et continue des procédés techniques mis en œuvre par l'industrie, d'où l'introduction du concept de la « meilleure technique disponible n'entraînant pas de coûts excessifs » (BATNEEC en anglais).

Ces deux idées se sont ensuite disjointes. La seconde a rejoint les différents courants qui se sont fondus dans la thématique du développement durable, tandis que la première s'est confortée sous les noms « d'approche de précaution », puis de « principe de précaution » à travers différents textes internationaux. Il faut citer en particulier les grands textes consacrés par le Sommet de la Terre à Rio de Janeiro en juin 1992 et le traité de Maastricht en Europe qui, adopté la même année, donnait naissance à l'Union européenne. Ce dernier texte mentionne le principe de précaution comme l'un des piliers des politiques de protection de l'environnement et, ce faisant, en a fait une notion juridique clé du droit communautaire.

### **L'affirmation d'une conception proportionnée du principe de précaution**

En France, la première définition juridique du principe est apportée par la loi 95-101 de renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier : il s'agit du principe selon lequel « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder*

---

2. S. Bøhmer-Christiansen, « The Precautionary Principle in Germany – Enabling Government », in T. O'Riordan et J. Cameron (eds), *Interpreting the Precautionary Principle*. Earthscan, 1994, London, p. 31-60.



*l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable* ». Le projet de loi constitutionnelle voté le 24 juin 2004 par le Sénat en des termes identiques au texte voté précédemment par l'Assemblée nationale propose, à l'article 5, une autre formulation pour approcher les exigences dérivées du concept, mais sans en donner une définition proprement dite : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

Ces deux textes ont en commun de définir au moins :

- un champ d'application certain : la protection de l'environnement ;
- des circonstances : la gravité et l'irréversibilité de dommages qui pourraient être faits à l'environnement et l'état d'incertitude scientifique dans lequel cette éventualité est maintenue ;
- une double exigence : engagement d'une expertise permettant d'évaluer les risques et adoption précoce de mesures permettant de parer à ces risques ;
- des repères à partir desquels l'action doit être calibrée : des mesures provisoires et proportionnées, dit le projet de Charte, des mesures effectives et proportionnées, à un coût économiquement acceptable, dit la loi Barnier.

Le texte de la loi Barnier s'adressait au législateur, puisque le principe devait inspirer l'action en matière d'environnement, « *dans le cadre des lois qui en définissent la portée* ». Le texte de la Charte va plus loin en désignant les autorités publiques comme attributaires des obligations premières créées par le principe de précaution. La lecture des deux textes met en évidence une forte continuité dans la place centrale attribuée à l'idée de proportionnalité dans l'économie du concept, proportionnalité à apprécier en fonction de la gravité envisagée des dommages, mais aussi de l'incertitude scientifique et des coûts des mesures de précaution.

Faisant suite à une demande du Conseil européen, la Commission rendait publique, en février 2000, au terme d'un large processus de consultation, une communication sur le principe de précaution qui exposait la doctrine qui serait la sienne. Elle a fourni la base d'une « Résolution sur le principe de précaution » adoptée par les chefs d'État et de gouvernement européens lors du sommet européen de Nice en décembre 2000. Communication et Résolution confirment l'attachement à la conception proportionnée du principe de précaution qui avait déjà prévalu en France. Le domaine d'application du principe y est explicité : l'environnement, bien sûr, et les domaines zoo et phytosanitaires, mais aussi la santé humaine et l'alimentation. Le principe concerne à la fois les politiques et actions de la Commission et celles des États membres. Aux deux niveaux, ce sont les autorités publiques qui sont concernées au premier chef et de façon directe. Elles sont en effet responsables de l'organisation de l'évaluation scientifique et de la définition du cadre de recherche approprié. Il leur appartient d'apprécier politiquement le niveau de protection à assurer, et donc le risque acceptable, mais à l'intérieur des limites posées par les principes de proportionnalité et de cohérence avec les mesures adoptées pour d'autres situations similaires. Il incombe également à ces autorités d'assurer le suivi de l'applica-



tion des mesures et de veiller à la réalisation des recherches complémentaires nécessaires<sup>3</sup>. L'expertise des risques doit être réalisée selon des règles précises de pluridisciplinarité, d'indépendance, de transparence et selon le principe du contradictoire ; les comités doivent rendre publics, le cas échéant, les avis minoritaires au côté des avis majoritaires. Enfin, le recours au principe de précaution suppose une possibilité identifiée d'effets nocifs ; l'ignorance ou la seule supposition que « des effets pourraient se produire » ne saurait suffire.

Puisque l'idée de proportionnalité est une des idées centrales de la conception développée, son contenu en droit communautaire doit être explicité. Elle y comprend trois exigences essentielles quant aux mesures admissibles<sup>4</sup> :

- la mesure doit être appropriée à son objectif (notion d'effectivité) ;
- la mesure doit être nécessaire au sens où il n'existe pas d'autres mesures aussi efficaces et moins restrictives pour les échanges intracommunautaires ;
- il doit exister un rapport raisonnable entre l'objectif poursuivi et les entraves imposées à la libre circulation des marchandises.

Dans un cadre national, la notion de proportionnalité s'enrichit naturellement d'autres dimensions que la seule référence aux échanges de marchandises dans l'espace communautaire.

Le Règlement européen 178/2002 concernant « la sécurité alimentaire et la création de l'Agence européenne de sécurité alimentaire », d'application directe sur le territoire de tous les États membres, s'inscrit dans le prolongement de ces textes en confirmant le statut du principe de précaution comme un des piliers de la sécurité alimentaire. Les mesures prises doivent être proportionnées, au sens communautaire défini plus haut, mais aussi en tenant compte des possibilités techniques et économiques et d'autres facteurs jugés légitimes.

Cette dernière référence « aux autres facteurs légitimes » est à l'origine de tensions dans les discussions internationales, car elle ouvre la porte à un glissement d'une problématique de la sécurité alimentaire vers une problématique politique du « choix de société », en amont du libre choix laissé aux consommateurs<sup>5</sup>. Certaines organisations ont ainsi revendiqué un « droit à la souveraineté alimentaire », signifiant par là que les produits destinés à l'alimentation pourraient être soumis à une sélection de nature politique par les gouvernements qui viendrait limiter, indépendamment d'enjeux de santé publique ou de sécurité environnementale, la possibilité des producteurs, étrangers ou nationaux, de proposer ces produits aux consommateurs. Une telle revendication s'oppose aux règles d'échange acceptées par les pays membres de l'Organisation mondiale du com-

---

3. Il y a là une obligation de recherche, dont l'Accord sur les aspects sanitaires et phytosanitaires (SPS) conclu dans le cadre des accords de Marrakech créant en 1994 l'Organisation mondiale du commerce, fait la contrepartie du droit, pour un État, de prendre des mesures de fermeture de ses frontières à un produit suspecté au vu d'éléments scientifiques qui ne sont pas encore probants (C. Noiville, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire », 2000, *Journal du droit international*, 127 (2), p. 263-297 ; H. Belvèze, « Le principe de précaution et ses implications juridiques dans le domaine de la sécurité sanitaire des aliments », 2003, *Revue scientifique et technique de l'Office international des épizooties*, 22 (2), p. 387-396).

4. L. Gonzales Vaqué, L. Ehring et C. Jacquet, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé », 1999, *Revue du Marché unique européen*, 1, p. 79-128.

5. C. Noiville, 2000, *op. cit.*



merce : ces dernières mettent l'accent sur les fondements scientifiques nécessaires des restrictions apportées aux échanges au nom du risque sanitaire, même si, en écho au principe de précaution, l'accord sur les produits sanitaires et phytosanitaires ne demande pas que ce fondement prenne la forme de « preuves scientifiques », mais seulement « d'éléments scientifiques », à confirmer dans un « délai raisonnable » à la suite de la réalisation de recherches que l'État alléguant les risques a l'obligation de faire entreprendre <sup>6</sup>.

### **Une doctrine radicale portée par les milieux militants : l'exigence de preuve de l'innocuité**

Contrastant avec la doctrine exprimée par les textes qui viennent d'être mentionnés, a émergé de certains milieux militants de protection de l'environnement et de la santé en Europe et aux États-Unis une autre conception du principe de précaution. Cette dernière y est arrimée aux idées d'innocuité et d'inversion de la charge de la preuve : le principe introduirait une exigence nouvelle de preuve de l'innocuité pour la santé et pour l'environnement comme condition préalable à toute autorisation légitime d'une nouvelle activité ou d'une nouvelle technique. De plus, il imposerait de s'écarter de l'analyse de risque, centrée sur l'appréhension des impacts dommageables possibles, mais affectée par le piège de l'incertitude scientifique, au profit d'une démarche de prudence écologique conduisant à remettre en cause de façon systématique le bien-fondé des activités les plus diverses, notamment économiques, et des innovations. Il instituerait également un principe de responsabilité écologique créant pour les entreprises l'obligation de réparer toute altération accidentelle ou involontaire à l'environnement, même lorsque les connaissances scientifiques disponibles ne permettraient pas à ces entreprises d'anticiper la survenue des dommages qui se sont effectivement produits <sup>7</sup>.

#### *Le principe d'abstention*

Cette autre conception du principe de précaution désigne en fait un tout autre concept normatif qu'on peut désigner comme le « principe d'abstention ». Sa signification est bien rendue par la formule suivante, qui fut proposée en septembre 1998 par un journaliste rendant compte de la soumission de l'affaire du maïs génétiquement modifié de la société Novartis au jugement du Conseil d'État : « *principe qui veut qu'un décideur ne se lance dans une politique que*

---

6. Cette imputation de la charge de la recherche aux États soucieux de leur sécurité ne vaut que pour les mesures dérogatoires des systèmes de normes sanitaires humaines, animales et végétales adoptées à l'échelle internationale, que ce soit dans le cadre de l'Organisation mondiale de la santé ou celui du *Codex alimentarius*. Les États qui appliquent ces normes à leurs frontières n'ont rien à justifier.

7. Pour un développement de ces thèmes voir T. O'Riordan et A. Jordan, « The precautionary principle in contemporary environmental politics », 1995, *Environmental Values*, 4, p. 191-212. Pour la critique de la règle d'abstention et de ses fondements dans la philosophie de l'apocalypse de Hans Jonas (*Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, 1990, Cerf, Paris), voir O. Godard (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme et Inra-Éditions, 1997, Paris ; O. Godard, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », 2002, *Éthique publique*, 4 (2), octobre, Montréal, p. 7-23 ; O. Godard, C. Henry, P. Lagadec et E. Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, 2002, Gallimard, coll. « Folio-Actuel » n° 100, Paris.



*s'il est certain qu'elle ne comporte absolument aucun risque environnemental ou sanitaire ».*

C'est en fait à ce principe d'abstention et, contrairement à leurs dires, pas au principe de précaution que se référaient les auteurs des réflexions sur le droit de la santé présentées par le Conseil d'État dans son rapport annuel de 1998<sup>8</sup>, lorsqu'ils indiquaient : « *Ce nouveau concept se définit par l'obligation pesant sur le décideur public ou privé de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction du risque possible. Dans ce sens, il ne lui suffit pas de conformer sa conduite à la prise en compte des risques connus. Il doit, en outre, apporter la preuve, compte tenu de l'état actuel de la science, de l'absence de risque* ».

L'exigence de « preuve de l'absence de risque » présente en effet un contenu tout à fait différent de celle de l'adoption de « mesures effectives et proportionnées à un coût économiquement acceptable », ou de « mesures proportionnées et provisoires », pour reprendre les formulations des textes de référence déjà mentionnés.

Puisque l'on est en présence de deux concepts clairement distincts, le problème devient celui du choix du concept le plus pertinent. Qu'en est-il du principe d'abstention et, en particulier, de cette idée d'inversion de la charge de la preuve qui en constitue l'un des deux piliers ?

### *Inverser la charge de la preuve ?*

L'inversion de la charge de la preuve ferait basculer une des bases traditionnelles du droit de la responsabilité selon laquelle c'est à celui qui estime avoir souffert d'un préjudice d'apporter la preuve de ce préjudice et du lien de causalité. Elle induirait un double mouvement : un transfert de la charge de la preuve de la victime vers l'auteur présumé du dommage ; une remontée dans le temps d'une prise en compte réparatrice *ex post* du dommage, une fois ce dernier réalisé, vers une prise en compte anticipatrice *ex ante* du risque de dommage. Autant le second mouvement correspond bien à l'innovation introduite par le principe de précaution, autant le premier conduit, du fait de la prégnance de l'incertitude scientifique à laquelle conduit précisément le second mouvement, à une impossibilité logique. Autrement dit, le principe d'abstention souffre de contradiction interne.

Soutenue par des ONG militantes comme *Greenpeace*, cette idée d'inversion de la charge de la preuve est à l'origine de l'opposition très majoritaire au principe de précaution de la part des autorités publiques du continent nord-américain : depuis que les participants à la conférence de *Wingspread*<sup>9</sup> en 1998 l'ont revendiquée<sup>10</sup>, le principe de précaution lui est là-bas largement

---

8. Conseil d'État, *Rapport public 1998 – Réflexions sur le droit de la santé*, p. 256, La Documentation française, Paris.

9. Cette conférence réunissait une trentaine de militants associatifs, de juristes et de chercheurs, pour la plupart nord-américains (il y avait trois Européens). Elle s'est achevée par l'adoption d'une « Déclaration de Wingspread », du nom du centre de conférence où la conférence s'est tenue, dans le Wisconsin.

10. C. Raffensperger et J. Tickner (eds), *Protecting Public Health and the Environment. Implementing the Precautionary Principle*, 1999, Island Press, Washington DC.



identifié. D'où la vivacité des réactions de protestation des milieux scientifiques et industriels. Un spécialiste du risque aussi averti que John Graham, fondateur du Centre d'analyse des risques de Harvard, se cale sur cette idée pour expliquer le refus américain du principe de précaution : « *Imaginez que nous sommes en 1850 et que nous ayons adopté cette version du principe de précaution : aucune innovation ne pourra être diffusée tant que son innocuité n'aura pas été prouvée, la charge de la preuve incombant au promoteur de l'innovation. Avec un tel régime, que serait-il advenu de l'électricité, du moteur à combustion, des plastiques, des produits pharmaceutiques, d'Internet, des téléphones cellulaires et ainsi de suite ?* »<sup>11</sup>.

Or l'idée de renversement de la charge de la preuve n'est pas constitutive de la doctrine adoptée en Europe par les autorités et par le droit positif. Dans sa communication sur le principe de précaution<sup>12</sup>, la Commission s'est refusée à adopter une règle générale quant à l'imputation de la charge de l'évaluation scientifique de produits et procédés pouvant présenter des risques ; elle a estimé que les deux solutions peuvent être utilisées selon les cas. Par exemple, pour les additifs alimentaires, les nouveaux aliments ou les médicaments, les procédures existantes d'autorisation administrative préalable à la mise sur le marché doivent accueillir le principe de précaution ; la charge des études scientifiques permettant de nourrir le dossier d'autorisation incombant déjà aux promoteurs d'innovations, le principe de précaution ne change pas la règle préexistante. Pour les produits et procédés déjà autorisés, diffusés sur le marché et largement utilisés, il incombe plutôt aux parties tierces ou aux autorités publiques d'apporter les éléments scientifiques nécessaires à l'identification des risques allégués et d'apprécier leur plausibilité avant que les autorités ne puissent prendre des mesures restrictives. La Commission se réserve donc le droit de régler cette question au cas par cas.

Il en va de même en droit interne français. Comme l'observe Arnaud Gossement<sup>13</sup> : « *À s'en tenir à la lettre même du principe tel qu'il est défini dans la plupart de ses sources en droit positif, rien ne permet d'établir un lien entre principe de précaution et renversement de la charge de la preuve. [...] il existe actuellement une évolution doctrinale et judiciaire favorable au renversement de la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale. Pour autant cette évolution ne se combine pas avec la prise en compte d'une incertitude scientifique* ». En d'autres termes, la question de la charge de la preuve n'a rien de spécifique au principe de précaution : un renversement peut être opéré dans les contextes de prévention standard et le principe de précaution ne préjuge pas de l'attribution de cette charge. Il existe de bonnes raisons à cette prudence.

---

11. J.D. Graham, « The perils of the precautionary principle : lessons from the American and European Experience », 15 janvier 2004, *Heritage Lectures*, (818), [www.heritage.org/regulation/h1818.cfm](http://www.heritage.org/regulation/h1818.cfm)

12. Commission européenne, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, COM (2000) 1, Bruxelles, 2 février 2000.

13. A. Gossement, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, p. 371 et 373, 2003, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris.



Il faut cependant aller plus loin que ce constat. Dans le contexte du principe de précaution, l'idée d'inversion de la charge de la preuve joue d'une ambiguïté qui camoufle un véritable déplacement. À la lettre, il est logiquement impossible d'apporter la preuve préalable de l'innocuité d'un produit, d'une substance ou d'une technique, lorsque les connaissances scientifiques en jeu ne sont pas complètes et ne sont pas définitivement stabilisées. Nombreux sont les auteurs qui ont souligné une telle impossibilité logique, qui renvoie aux incertitudes scientifiques existantes et à l'incomplétude des savoirs. La véritable caractéristique du principe de précaution ne consiste pas à inverser la charge de la preuve mais à prendre ses distances vis-à-vis du concept de preuve scientifique, que cette dernière soit à charge – il faudrait prouver l'innocuité – ou à décharge – il faudrait prouver l'existence du dommage –.

En fait, nombre d'auteurs qui évoquent l'inversion de la charge de la preuve ont d'abord en tête, non la preuve de l'absence de risque, mais la mise sur pied de procédures d'autorisation préalable, appelant la préparation d'un dossier par le demandeur. Quand bien même ce dossier aurait à évoquer des risques non avérés, il ne pourrait naturellement pas le faire sur le mode de la preuve de l'absence de risques ; et si l'on demandait aux demandeurs d'apporter la preuve de l'absence de dommages en ne considérant que les connaissances scientifiques avérées, la procédure raterait précisément la cible assignée au principe de précaution.

Par ailleurs, les conditions à réunir pour assurer la crédibilité et la transparence de l'expertise scientifique peuvent s'opposer fortement à l'idée de remettre aux seuls producteurs le soin de préparer le dossier scientifique visant le projet ou la technique qu'ils souhaitent promouvoir. Même lorsqu'ils disposent des compétences requises et des meilleures informations pour le faire, ils ne sont pas les mieux placés pour assurer la crédibilité et la transparence des tableaux scientifiques qu'ils transmettent. Les réformes institutionnelles récentes touchant l'expertise dans le domaine des risques sanitaires et alimentaires ont ainsi attribué à des agences et à des comités « indépendants » le soin de réaliser lesdites expertises. C'est ainsi que le Règlement 178/2002 sur la sécurité alimentaire<sup>14</sup> stipule dans son article 22.7 : « *L'Autorité exécute sa mission dans des conditions lui permettant d'assurer un rôle de référence par l'indépendance et la qualité scientifique et technique des avis qu'elle rend et des informations qu'elle diffuse, par la transparence de ses procédures et modes de fonctionnement, et par sa diligence à s'acquitter des tâches qui lui sont confiées* ». Il lui incombe notamment « *d'exprimer de manière autonome ses propres conclusions et orientations sur les questions qui relèvent de sa mission* » (article 23-k).

Tout cela plaide en faveur de l'établissement d'une distinction nette entre l'attribution de la responsabilité opérationnelle de l'expertise scientifique et l'imputation de la charge financière correspondante : l'expertise du risque

---

14. Règlement CE n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant les procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, *Journal officiel des Communautés européennes*, L. 31 (1.2.2002), p. 1-24.



doit être rendue dans un cadre institutionnel situé à bonne distance des agents créateurs de risques, tandis que le financement de ces travaux peut être imputé aux entreprises qui tirent avantage des activités génératrices des risques suspectés.

### **Une idée princeps : la précocité de la prise en compte de risques hypothétiques**

Des différentes variantes du principe de précaution énoncées dans des textes nationaux et internationaux à portée politique et juridique, une idée directrice commune ressort : les responsables ne doivent pas attendre de disposer de certitudes scientifiques quant à l'existence d'un danger et à l'ampleur des dommages qu'il peut occasionner pour se saisir du problème et adopter des mesures pour mieux le connaître, pour le prévenir, ou pour en limiter l'incidence. L'apport original du principe de précaution est de poser une exigence de prise en charge précoce, dans le temps scientifique, de risques hypothétiques, non avérés, dont la réalisation pourrait avoir des conséquences graves et irréversibles ; de tels risques échappent en théorie au principe de prévention, qui concerne des risques avérés par la connaissance scientifique ou par l'expérience.

Sur cette base, le principe de précaution éclaire les modalités de l'action à engager. La situation d'incertitude scientifique dans laquelle l'action s'engage conduit logiquement à escompter un progrès futur des connaissances du risque, et ce d'une manière d'autant plus ferme que les autorités publiques sont tenues à une obligation de recherche. De ce fait, les mesures de précaution doivent généralement s'inscrire dans le registre du provisoire et du réversible de façon à permettre la prise en compte de l'évolution des connaissances du risque. Cela suppose que, dans le contexte de la mise en œuvre du principe de précaution, les autorités évitent les mesures difficilement réversibles.

Ceci étant, le principe de précaution ne peut pas être tenu pour un critère de décision absolu qui permettrait, par une formule, de hiérarchiser à lui seul l'ensemble des actions envisageables face à une hypothèse de risque. Il pose que si des circonstances établies (la perspective de dommages graves) appelleraient des mesures de prévention, alors l'absence de certitude scientifique les concernant ne doit pas être invoquée pour différer l'application de toute mesure. Il n'énonce pas de façon précise et concrète le comportement à adopter ; en particulier il ne dit pas que les autorités doivent interdire dès qu'il y a doute. Il faut donc aller plus avant dans la manière de comprendre l'exigence de proportionnalité.

## **La question de la proportionnalité**

Une fois admise l'idée de précocité, le principe de précaution donne quelques repères sur les mesures à adopter. C'est sur cette question, pourtant seconde du point de vue de l'apport original du principe, que se sont cristallisées les controverses les plus vives. Il s'agit de déterminer la teneur de l'action à engager face à différents états d'incertitude scientifique, qui ne sauraient être confondus avec des états d'ignorance. Sous sa forme la plus générale, le problème du choix de



la juste mesure ne se pose pas seulement pour les risques hypothétiques ; il concerne tout autant les risques avérés relevant du principe de prévention : s'agit-il vraiment de vouloir éradiquer le risque ? À quel niveau le risque est-il toléré, accepté, choisi, acceptable<sup>15</sup> ? À quelles conditions le processus de décision engagé pour situer le risque acceptable est-il légitime<sup>16</sup> ? Il s'agit là de questions qui se posent tout autant en contexte classique de prévention.

### **Le malentendu et l'artefact**

C'est cependant à ce point que s'est logé et même accroché avec force un malentendu majeur. Partant du sens commun du mot précaution, qui en fait une expression de la prudence, d'aucuns ont voulu voir dans le principe de précaution une exigence de surenchère dans la prudence, devant par exemple se traduire par une augmentation des marges de sécurité et une démultiplication des « précautions », au sens ordinaire du mot. Selon cette interprétation, le principe de précaution demanderait une prévention extrêmement précautionneuse. Si l'impossibilité du risque zéro est reconnue dans tous les discours, il faudrait néanmoins l'approcher de façon tendancielle.

En fait, rien dans la doctrine institutionnelle européenne ni dans la loi française n'accrédite une confusion entre principe de précaution et principe d'abstention, comme cela a déjà été noté. L'objectif général d'un haut niveau de sécurité sanitaire, alimentaire, phytosanitaire et environnementale posé dans les traités européens ne témoigne d'aucune ambiguïté à cet égard. D'où vient alors la persistance des confusions et des débats ?

Plusieurs raisons peuvent être avancées. D'abord ceux qui veulent voir dans le principe de précaution un principe d'abstention n'ont pas désarmé. Ensuite, en situation de crise sanitaire, les responsables publics n'ont pas toujours évité le langage maximaliste de la surenchère précautionneuse dans le but, escomptaient-ils sans doute, de rassurer une opinion publique inquiète. Surtout, dans le cadre de la réflexion proposée ici, faut-il pointer un mécanisme moins évident, qui pourrait demeurer inaperçu : une certaine manière de structurer l'expertise et l'évaluation des activités et techniques suspectées peut conduire, sans que cela soit voulu, à rabattre le principe de précaution sur celui d'abstention. La faute en revient alors au choix d'un cadrage inapproprié de l'expertise et de l'évaluation.

Ce biais de cadrage résulte de choix qui paraissent de prime abord plutôt acceptables, voire inoffensifs. Leur effet est néanmoins de créer de toutes pièces un artefact d'amplification de la gravité perçue des risques hypothétiques : dans ce cadre inapproprié, tout risque hypothétique va apparaître comme d'autant plus grave qu'il est considéré de façon précoce (voir encadré page suivante). Ainsi prisonnier d'un cadre inadapté, c'est alors de façon mécanique et involontaire que le principe de précaution en vient, dans les faits et contrairement à la lettre et l'esprit des textes de référence, à se confondre avec le principe d'abstention. Il convient donc de reprendre les choses à la base.

---

15. Voir P.-B. Joly, « Les exigences de la société en matière de sécurité sanitaire des aliments d'origine animale – Réflexions à partir du cas français », 2003, *Revue scientifique et technique de l'Office international des Epizooties*, 22 (2), p. 373-386.

16. Voir C. Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, 2003, PUF, coll. « Les Voies du droit », Paris.



### **Un artefact conduisant la précocité de la prise en considération à amplifier la gravité perçue des dommages <sup>(1)</sup>**

Si la structure d'évaluation des risques est inappropriée, elle peut engendrer un pur artefact faisant de la gravité perçue une fonction de la précocité de la prise en compte d'un risque. Paradoxal renversement de situation puisque c'est la gravité crainte des risques potentiellement encourus qui a donné naissance au principe de précaution en tant qu'exigence de prise en compte précoce des risques. Sous l'effet de cet artefact, tout risque hypothétique pris en compte de façon précoce serait systématiquement perçu comme grave, ce qui justifierait apparemment les mesures les plus restrictives. On retrouverait alors le syndrome du risque zéro et du travestissement du principe de précaution en principe d'abstention.

La structure d'évaluation qui engendre cet artefact dépend de la combinaison de deux axiomes :

- (a) une activité ou une technique potentiellement créatrice de risques pour la santé ou l'environnement n'est considérée dans une procédure publique d'évaluation que sous l'angle des dommages possibles ; leurs « avantages » sont écartés de l'évaluation ; au mieux, la valeur caractéristique de l'activité est alors zéro (état d'innocuité) ;
- (b) toute hypothèse de danger qui n'a pas été invalidée est tenue pour également valide, sans faire de distinction entre les niveaux de plausibilité scientifique des hypothèses en présence.

L'artefact peut alors prendre naissance. Plus les dangers éventuels sont pris en compte de façon précoce dans le temps scientifique, moins on en sait sur eux, car le nombre d'inconnues et de questions sans réponse augmente, plus de multiples possibles surgissent. Puisqu'on ne considère que le versant « dommages » d'une activité envisagée, et que sa valeur caractéristique est au mieux nulle, l'ouverture des possibles ne peut se faire que du côté de la gravité croissante des dommages qu'elle peut entraîner. Au stade le moins avancé de la connaissance scientifique, toute activité pourra être tenue pour potentiellement catastrophique, aucune hypothèse catastrophique n'ayant encore été invalidée.

Sur la base du second axiome, le scénario catastrophique doit être tenu pour valide au même titre que les autres. Il est alors logique que face à la possibilité de catastrophe, les mesures à prendre soient les plus précautionneuses et les plus restrictives disponibles. Une telle issue est obtenue quelle que soit la nature empirique du risque.

Pour éviter ce biais résultant d'une structure d'évaluation impropre, il faut remplacer les deux axiomes mentionnés par les deux suivants :

- (a) l'évaluation d'une activité potentiellement créatrice de risques collectifs doit prendre en compte à la fois ses dommages et ses avantages possibles : c'est une conséquence directe de l'idée de proportionnalité ; il est donc impératif que l'évaluation publique des activités en question se penche sur l'évaluation des avantages en jeu avec la même attention que sur les dommages alors que le principe de liberté d'entreprise avait conduit jusqu'à présent à une partition simple des tâches : aux entrepreneurs d'évaluer les avantages de leurs projets ; aux autorités publiques de se préoccuper des dommages collectifs éventuels ;
- (b) l'effet pratique à donner aux hypothèses de risques ne doit pas être le même pour toutes les hypothèses indépendamment de leur niveau de consistance scientifique ; toutes choses étant égales par ailleurs, les mesures de précaution adoptées doivent être d'autant moins sévères que les hypothèses de danger sont scientifiquement peu étayées.

(1) O. Godard, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », 2003, *Revue économique*, 54 (6), p. 1245-1276.



## Les variables de la proportionnalité

D'une façon générale, la proportionnalité doit s'entendre selon quatre variables<sup>17</sup> :

- le niveau de sécurité choisi pour objectif ;
- la gravité anticipée des dommages envisagés en cas de réalisation d'un risque encore hypothétique ;
- le coût direct et d'opportunité (ce à quoi il faut renoncer) des mesures, cette notion de coût étant entendue au sens le plus large, non restreint aux aspects financiers, qui englobe les avantages et les valeurs de différentes natures auxquels une mesure donnée obligerait à renoncer<sup>18</sup> ;
- la plausibilité scientifique des hypothèses de risque, puisque ce dernier n'est pas avéré.

Ces variables donnent lieu à différents débats.

### *L'objectif de sécurité*

Le haut niveau de sécurité choisi en Europe, qui exprime une préférence collective politiquement constituée de cette région, est fréquemment dénoncé par d'autres pays comme une forme déguisée de protectionnisme des marchés européens vis-à-vis de l'entrée de produits venant de pays économiquement et technologiquement moins avancés, mais aussi d'autres pays industriels inscrivant leur activité dans un cadre réglementaire différent et moins exigeant<sup>19</sup>.

Sans prétendre traiter ici des liens entre commerce, environnement et développement<sup>20</sup>, reconnaissons que l'argument a le mérite de mettre au premier plan la question de la vulnérabilité de l'espace européen dans son ensemble face à un tableau complet des risques, y compris ceux qui peuvent résulter de l'amplification des déséquilibres économiques internationaux ou des défaillances de la gouvernance internationale. À cet égard, il est judicieux de vouloir inscrire la gestion des risques dans une stratégie de développement durable à l'échelle internationale comme le proclame la Résolution du Sommet de Nice<sup>21</sup>.

---

17. Voir notamment O. Godard O, C Henry, P Lagadec et E Michel-Kerjan (2002), *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, coll. « Folio-Actuel » n° 100, Paris.

18. Par exemple, dans le cadre de la sécurisation de l'approvisionnement en produits sanguins destinés à la transfusion, procéder à une sélection des donneurs en fonction de leur appartenance à des populations « à risque » porte atteinte à l'affirmation de valeurs de solidarité et d'égal respect dû aux démarches volontaires de citoyens. Un tel « coût » n'est pas de nature financière mais représente néanmoins une considération pertinente pour parvenir à un jugement sur les mesures appropriées.

19. Il se dit souvent qu'il existerait un conflit fondamental entre une Europe précautionneuse et une Amérique du Nord ayant le goût du risque. Cette affirmation ne résiste pas à l'analyse des dispositifs de gestion des risques à l'œuvre dans différents domaines (JB Wiener et MD Rogers, « Comparing precaution in the United States and Europe », 2002, *Journal of Risk Research*, 5 (4), p. 317-349). Ce qui est frappant, ce sont les différences d'arbitrage selon les domaines, les problèmes et les périodes. Ainsi, il a suffi en 2003 de la détection d'une seule vache atteinte d'encéphalopathie spongiforme bovine pour que les États-Unis ferment leurs frontières aux bovins en provenance du Canada, pays d'origine de la vache contaminée. N'est-ce pas là une mesure singulièrement disproportionnée au regard de ce que fut la gestion du problème de l'ESB par les pays européens ?

20. J'ai traité de cette question dans « Environnement et commerce international. Le principe de précaution sur la ligne de fracture », 2001, *Futuribles*, (262), p. 37-62.

21. « Résolution du Conseil sur le principe de précaution », in *Conclusions de la présidence, Conseil européen de Nice, 7-9 décembre*, Nice, Annexe III.



### *L'évaluation de la gravité des dommages*

La représentation de la gravité des dommages potentiels ne peut éviter d'être marquée par l'incertitude scientifique, ce qui conduit certains commentateurs à estimer impossible une appréciation fondée de la gravité d'un risque qui ne serait encore qu'hypothétique. Cela suscite deux attitudes opposées : pour les uns, faute de pouvoir apprécier la gravité du risque, il faudrait raison garder et attendre d'en savoir plus pour prendre la moindre mesure restrictive des libertés ; pour les autres, faute de pouvoir apprécier la gravité du risque, il faudrait s'abstenir de toute innovation qui pourrait se révéler ultérieurement très dommageable.

L'attitude incarnée par le principe de précaution consiste précisément à s'écarter de ce que cette alternative pourrait avoir de systématique : l'abstention devant le risque peut parfois se justifier comme peut se justifier l'attitude consistant à ne pas prendre d'autres mesures que le développement de la recherche scientifique. En fait, dans la plupart des cas, du fait que l'incertitude scientifique ne se confond pas avec l'ignorance, il est possible aux scientifiques de donner des ordres de grandeur sous la forme de fourchettes de dommages auxquelles ils accordent, à la suite de divers raisonnements scientifiquement étayés, une plausibilité suffisante pour être prise en compte dans les décisions de gestion des risques. Par ailleurs, il n'est pas rare que la situation mette en présence des options aux conséquences respectives potentiellement dommageables marquées par l'incertitude : vouloir se mettre à l'abri du risque en choisissant une action aux conséquences certaines n'est alors pas une option disponible.

### *La place à donner aux coûts des mesures*

La question de la prise en compte des coûts des mesures de précaution donne lieu à des débats assez vifs. Autant, en matière d'environnement, la loi Barnier introduisait la référence à des « coûts économiquement acceptables », autant en matière de sécurité alimentaire ou de santé publique la Résolution du Sommet de Nice affirme la prééminence des objectifs de santé sur toute considération économique. Est-ce à dire que les décisions de précaution peuvent alors s'affranchir de considérations de coûts de différentes natures ? Certainement pas.

Dans le domaine des soins médicaux comme dans celui de la santé publique, la notion d'un rapport bénéfice/risque s'est imposée comme référence incontournable et conduit même parfois certains patients éprouvés par des maladies mortelles à demander que l'institution médicale abrège à leur profit l'ensemble des procédures de tests visant à assurer que le ratio bénéfice/risque d'une thérapie est satisfaisant. Le principe de précaution ne demande nullement d'abandonner la référence au bénéfice/risque qui est l'une des expressions de l'idée de proportionnalité.

Par ailleurs, face à des contraintes budgétaires qui ne peuvent pas être repoussées indéfiniment, le domaine de la santé publique est soumis comme d'autres à des situations d'arbitrage dans l'affectation de moyens. Il est alors sain que



des raisonnements économiques puissent s'appliquer à la santé, tout en les adaptant aux aspects éthiques en question<sup>22</sup>, pour la bonne raison que ce sont les situations de rareté des ressources disponibles pour améliorer la santé qui ont une nature économique.

En fait, c'est le mot « économique » qui reçoit des significations très différentes, sources d'ambiguïté dans le débat : d'un côté se trouvent désignés par ce vocable des intérêts financiers et commerciaux ou encore les avantages en termes d'emplois que présentent des activités données ; de l'autre côté le qualificatif désigne l'appartenance à l'univers de référence de la science économique, dont une des définitions canoniques dit qu'elle est la science de l'allocation de moyens rares à des fins en compétition. Les objectifs de santé publique peuvent certes avoir prééminence sur des intérêts commerciaux, sans que pour autant la santé publique échappe à la nécessité de réaliser des arbitrages quant à l'affectation de moyens<sup>23</sup>. Le principe de précaution n'offre aucune échappée de ce côté, lui qui oblige les autorités publiques à se soucier, de façon proportionnée, de risques qu'elles avaient auparavant la possibilité de laisser de côté tant que leur existence n'était pas confirmée.

### *Incertitude et plausibilité scientifiques*

Les idées d'incertitude et de plausibilité scientifiques doivent être davantage précisées car elles donnent lieu à des recommandations pratiques diamétralement opposées. Dans les cas les plus clairs relevant du principe de prévention, l'incertitude peut porter essentiellement sur trois variables une fois que la nature physique des dommages encourus est élucidée :

- la dispersion des valeurs représentatives du dommage craint, pouvant se résumer sous la forme de fourchettes de valeurs ;
- la vraisemblance de chaque valeur – pour les risques avérés, on se référera aux probabilités de chacune de ces valeurs – ;
- l'appréciation de la vraisemblance : quelle confiance attribuer à telle ou telle distribution de probabilités ou à telle autre forme d'estimation de la vraisemblance ?

Le tableau se brouille avec les risques hypothétiques non avérés. Ces derniers se définissent en effet précisément par l'incapacité dans laquelle se trouvent les experts de se prononcer sur les phénomènes de base dont dépend la réalisation éventuelle des dommages et d'avancer une distribution de probabilités objectivement fondée. Comment appréhender les hypothèses de risque dans ce contexte ? Dans la mesure où la vraisemblance échappe à un calcul direct, il faut l'approcher de façon indirecte à partir d'une description qualitative conduite selon différentes dimensions comme la consistance scientifique, l'observabilité, la réductibilité et la sensibilité décisionnelle de l'incertitude.

---

22. J.-P. Moatti, *Économie de la sécurité*, 1989, Paris, La Documentation française ; J.-P. Moatti, « Ethical issues in the economic assessment of health care technologies », 1999, *Health Care Analysis*, 7, p. 153-165 ; J.-P. Moatti, C. Julian-Reynier, V. Seror, C. Le Gales et S. Aymé, « Évaluation économique et éthique médicale », 1993, *Natures, Sciences, Sociétés*, 1 (4), p. 300-308.

23. Ainsi la loi 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique proclame neuf principes, au nombre desquels se trouve le principe d'efficacité économique.



Ces notions se comprennent de la façon suivante. La sensibilité décisionnelle désigne l'influence d'une réduction de l'incertitude scientifique sur la nature des mesures de précaution qu'il est justifié de prendre. Une décision peu sensible ne sera pas modifiée par des réductions modestes de l'incertitude scientifique. C'est par exemple une question aujourd'hui posée que de savoir dans quelle mesure les progrès attendus de la modélisation du changement climatique planétaire d'ici dix ans sont susceptibles de modifier les termes de la prise de décision pour les politiques de l'effet de serre à engager aujourd'hui et demain. Cette variable a l'intérêt d'attirer l'attention sur les gains de connaissance et d'information qui sont réellement significatifs du point de vue de la gestion des risques.

La réductibilité désigne la capacité de la science à réduire l'incertitude scientifique qui prévaut à un moment donné. Elle dépend de la nature des obstacles empêchant d'aboutir à une connaissance satisfaisante : incertitudes intrinsèques, difficultés conceptuelles, manque de données, coût des dispositifs requis pour faire avancer les connaissances ; il est ainsi des hypothèses comme l'incidence sanitaire des rayonnements ionisants à très faible dose qui ne pourront pas faire l'objet de confirmation empirique par des études épidémiologiques, faute de disposer d'échantillons de population de taille suffisante n'ayant pas été du tout exposés à de tels rayonnements (populations témoins). La gestion de ces risques hypothétiques ne peut donc pas miser sur une résolution prochaine de l'incertitude. En revanche, il existe des questions pour lesquelles des programmes de recherche sont en mesure d'apporter des réponses à un terme relativement proche. Le caractère provisoire des mesures de précaution devra alors être compris différemment selon ces cas.

L'observabilité désigne la possibilité de mettre sur pied des dispositifs expérimentaux ou d'observation empirique qui permettraient de rendre observables les phénomènes sous-jacents aux hypothèses de risque et d'en apprécier les incidences en termes d'étendue et de fréquence. C'est ainsi que les chercheurs en biotechnologie soulignent la nécessité de pouvoir réaliser des expériences de plein champ pour obtenir des informations sur des processus biologiques qui ne sont pas accessibles en milieu expérimental confiné. L'observabilité est une des voies importantes pour assurer la réductibilité de l'incertitude.

Enfin, la consistance scientifique est fonction de l'importance du dossier scientifique rassemblé autour d'une hypothèse de risque : le nombre d'observations, le nombre de publications, le degré de convergence des résultats de recherche ou l'étendue des controverses, l'existence d'embryons de théories ou même de théories développées, les éléments empiriques disponibles tendant à accréditer l'hypothèse examinée, etc. Entre la simple conjecture formulée par un chercheur isolé et l'hypothèse jugée très plausible au vu d'un ensemble d'éléments théoriques, expérimentaux et empiriques, il existe des différences importantes et de nombreux états intermédiaires que le principe de précaution conduit à vouloir distinguer du point de vue des effets pratiques à leur conférer.

L'un des principaux rôles des comités d'expertise scientifique est de permettre aux autorités gestionnaires de se former leur jugement sur ces différentes variables et en particulier sur la consistance scientifique d'une hypothèse de risque. À cet effet les experts doivent employer des graduations qualitatives qui fassent sens pour les gestionnaires : il existe des distinctions que font les scientifiques qui n'ont pas de pertinence pratique pour la gestion des risques ; il existe de même des incertitudes qui excitent la curiosité scientifique, mais



qui sont mineures pour appréhender les phénomènes dans une perspective d'action. C'est pourquoi le travail des experts doit faire l'objet d'un cadrage défini d'un commun accord entre experts et gestionnaires des risques. Ce cadrage ne porte pas seulement sur la formulation de la question adressée aux experts, qui doit répondre à un double critère de pertinence, scientifique et pratique, mais aussi sur les catégories d'évaluation et la métrique que les experts pourront utilement adopter pour éclairer les gestionnaires, mais aussi les différentes parties intéressées.

## Conclusion

Le principe de précaution est parfois violemment contesté par ceux qui y voient une menace vitale pour l'activité industrielle, pour la recherche scientifique et même pour le devenir de la démocratie. On doit cependant se demander si ces critiques ne se trompent pas de cibles. Sans doute valables à l'encontre du principe d'abstention, elles sont irrationnelles lorsqu'elles visent le principe de précaution qui reste arrimé à la raison à travers l'idée de proportionnalité. Ce dernier est source de progrès dans la gestion des risques ; il aurait conduit, dans le passé à mieux prévenir des risques qui, se réalisant, ont été la source de dommages graves<sup>24</sup>. Encore faut-il balayer les confusions et les abus d'expression qui sont monnaie courante. Le principe de précaution n'est pas le principe qui demande qu'on prenne des précautions ; il n'exige pas la surenchère précautionneuse. Il demande d'abord une saisie précoce, dans le temps scientifique, de risques hypothétiques qui pourraient être graves, sans attendre de disposer de certitudes quant à la réalité des dangers et des dommages en jeu.

Né dans le champ de l'environnement, le principe de précaution a vu son domaine d'application étendu à la santé publique et à la sécurité alimentaire. Cela ne va pas sans obliger à une adaptation des repères de sa mise en œuvre en fonction des domaines. Sous l'impulsion communautaire, ce travail a été très largement engagé dans le domaine de la sécurité alimentaire<sup>25</sup>. La situation est encore hésitante dans le domaine de la santé publique, en dépit de la création en France de plusieurs agences dédiées à la sécurité sanitaire. Les nouvelles frontières du principe de précaution se situent aujourd'hui, en France et en Europe, du côté des risques professionnels et, à l'échelle internationale, du côté de sa reconnaissance comme norme générale du droit international. Peut-être alors les conditions seront-elles réunies pour que le principe de précaution inspire avec effectivité et profondeur les politiques d'environnement et de développement durable pour des questions majeures comme le changement climatique planétaire et la biodiversité, l'action nationale et internationale y étant aujourd'hui à la peine.

24. Voir l'étude de quatorze cas importants (surpêche, rayonnements ionisants, benzène, amiante, PCB, TBT, hormones de croissance, vache folle, etc.) réalisée sous l'égide de l'Agence européenne de l'environnement et diffusée par l'Institut français de l'environnement : *Signaux précoces et leçons tardives : le principe de précaution -1896-2000*, 2004, IFEN, Orléans.

25. Conseil national de l'alimentation, Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire. Avis n° 30 du CNA, *BOCCRF*, 1, 21 janvier 2002, Paris.



---

# Table des matières

## Éditorial

*Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État* . . . . . 7

## I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle . . . . .	15
<b>Section du contentieux</b> . . . . .	17
Activité de la Section . . . . .	17
Jurisprudence . . . . .	24
Actes . . . . .	24
Aide sociale . . . . .	25
Armées . . . . .	26
Commerce, industrie, intervention de la puissance publique . . . . .	26
Communautés européennes . . . . .	27
Comptabilité publique . . . . .	27
Contrats et marchés . . . . .	27
Contributions et taxes . . . . .	28
Élections . . . . .	29
État des personnes . . . . .	30
Étrangers . . . . .	30
Fonction publique . . . . .	31
Installations classées . . . . .	31
Procédure contentieuse (hors référés) . . . . .	32
Procédure contentieuse (référés autres que le référé audiovisuel) . . . . .	33
Professions . . . . .	34
Radiodiffusion et télévision . . . . .	34
Responsabilité . . . . .	35
Sécurité sociale . . . . .	37
Syndicats . . . . .	37
Télécommunications . . . . .	38
Travail . . . . .	39
Travaux publics . . . . .	39
Urbanisme . . . . .	40
<b>Bureau d'aide juridictionnelle</b> . . . . .	41
Statistiques . . . . .	42



Activité consultative . . . . .	43
<b>Assemblée générale</b> . . . . .	45
<b>Section de l'intérieur</b> . . . . .	49
Principaux projets examinés . . . . .	49
Principes constitutionnels et libertés publiques . . . . .	51
Pouvoirs publics et règles d'organisation du service public . . . . .	53
Décrets de promulgation des lois . . . . .	53
Établissements publics . . . . .	53
Services publics . . . . .	54
Établissements d'utilité publique . . . . .	54
Problèmes de compétence . . . . .	55
Outre-mer . . . . .	57
Statistiques . . . . .	60
<b>Section des finances</b> . . . . .	63
Pouvoirs publics . . . . .	63
Élections . . . . .	63
Autonomie locale . . . . .	64
Dispositions économiques et financières . . . . .	65
Commande publique . . . . .	65
Sécurité financière et nouvelles régulations économiques . . . . .	65
Surveillance des marchés . . . . .	66
Libre prestation de services et libre circulation des capitaux . . . . .	67
Réglementation des prix . . . . .	67
Consommation . . . . .	68
Dispositions fiscales . . . . .	68
Égalité devant l'impôt . . . . .	68
Contrôle . . . . .	69
Droit communautaire . . . . .	69
Impôt sur le revenu . . . . .	69
Dispositions budgétaires . . . . .	70
Mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances . . . . .	70
Création d'une Agence nationale pour la recherche . . . . .	70
Création d'un compte de commerce . . . . .	71
Création d'un compte d'avances . . . . .	71
Transformation d'emploi . . . . .	72
Cavaliers budgétaires . . . . .	72
Conventions internationales . . . . .	73
Conformité à la Constitution . . . . .	73
Modification de dispositions de nature législative . . . . .	74
Fonction publique . . . . .	74
Statuts, droits, obligations et garanties . . . . .	74
Concours . . . . .	74
Consultations et organismes consultatifs . . . . .	75
Pensions civiles et militaires . . . . .	75
Organisation et gestion des administrations . . . . .	76
Délégation de gestion . . . . .	76
Composition d'organismes administratifs collégiaux . . . . .	76
Statistiques . . . . .	77
<b>Section des travaux publics</b> . . . . .	79
Élaboration et qualité des textes . . . . .	79
Organisation administrative et fonctionnement des services publics . . . . .	83



Protection de l'environnement . . . . .	84
Urbanisme et logement . . . . .	86
Énergie, mines et transport . . . . .	87
Domaine public, travaux publics, utilité publique, sécurité routière . . .	89
Agriculture, chasse et pêche . . . . .	91
Statistiques . . . . .	92
<b>Section sociale . . . . .</b>	<b>95</b>
Évolution statistique . . . . .	95
Questions de portée générale . . . . .	96
Consultations obligatoires . . . . .	96
Simplification du droit . . . . .	97
Principaux textes examinés . . . . .	97
Sécurité sociale . . . . .	97
Travail, emploi, formation professionnelle . . . . .	99
Santé . . . . .	100
Action sociale . . . . .	101
Simplification du droit . . . . .	101
Régime de retraite des industries électriques et gazières . . . . .	103
Haute Autorité de lutte contre les discriminations . . . . .	104
Solidarité nationale . . . . .	105
Statistiques . . . . .	106
<b>Récapitulatif des statistiques pour 2004 . . . . .</b>	<b>109</b>
<b>Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution . . . . .</b>	<b>111</b>
Activité de la Section du rapport et des études . . . . .	115
<b>Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2004 . . . . .</b>	<b>117</b>
Les évolutions constatées en 2004 . . . . .	117
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution . . . . .	117
Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études en 2004 . . . . .	120
Statistiques . . . . .	124
<b>Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État . . . . .</b>	<b>125</b>
L'activité d'étude en 2004 . . . . .	125
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative . . . . .	126
<b>L'action internationale du Conseil d'État . . . . .</b>	<b>129</b>
Europe . . . . .	129
Amériques . . . . .	130
Afrique . . . . .	130
Proche-Orient . . . . .	131
Asie . . . . .	132
<b>Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>Bilan des formations . . . . .</b>	<b>135</b>
<b>Bilan des formations . . . . .</b>	<b>137</b>



Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel . . . . .	137
Formation continue des magistrats des juridictions administratives. . .	137
Formation des agents de greffe des juridictions administratives . . . .	138
Formation des agents du Conseil d'État . . . . .	138
Formation aux divers logiciels informatiques . . . . .	139
<b>Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives . . . . .</b>	<b>141</b>
<b>Mission permanente d'inspection des juridictions administratives . . .</b>	<b>143</b>
<b>Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel . . . . .</b>	<b>145</b>
<b>Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel . . . . .</b>	<b>147</b>
L'activité des tribunaux administratifs en 2004 . . . . .	147
Affaires enregistrées . . . . .	147
Affaires réglées. . . . .	148
Affaires en instance . . . . .	148
Tribunaux administratifs Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance Évolution 2004/2003 . . . . .	149
Tribunaux administratifs Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance Données nettes et évolution 2004/2003. . . . .	150
L'activité des cours administratives d'appel en 2004 . . . . .	151
Affaires enregistrées . . . . .	151
Affaires réglées. . . . .	151
Affaires en instance . . . . .	151
Cours administratives d'appel Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance Évolution 2004/2003, données détaillées par juridiction . . . . .	153
<b>Activité des juridictions spécialisées . . . . .</b>	<b>155</b>
<b>Commission des recours des réfugiés . . . . .</b>	<b>157</b>
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2004 . . .	157
Éléments de jurisprudence . . . . .	159
Sur les auteurs de persécution . . . . .	159
Sur la protection subsidiaire . . . . .	161
Sur les règles de compétence et de procédure applicables devant la Commission . . . . .	162
<b>Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées . . . . .</b>	<b>163</b>
<b>Avis du Conseil d'État en 2004. . . . .</b>	<b>165</b>
<b>Avis du Conseil d'État en 2004 . . . . .</b>	<b>167</b>
Communautés européennes. . . . .	168
Contributions et taxes. . . . .	183
Domaine. . . . .	184
Électricité. . . . .	191
Juridictions administratives et judiciaires . . . . .	192
Outre-mer. . . . .	194



## II. Responsabilité et socialisation du risque

### ● Considérations générales

Introduction ..... 205

Première partie

**L'évolution générale** ..... 207

**A – Du secours à la solidarité** ..... 207

1. Risques et solidarité avant le XIX<sup>e</sup> siècle ..... 207

1.1. *Les formes anciennes de la solidarité* ..... 207

1.2. *L'apport des temps modernes et de la Révolution française* ..... 209

2. Le XIX<sup>e</sup> siècle et la naissance de la solidarité moderne ..... 211

2.1. *L'idéologie libérale et la conception originelle de la responsabilité dans le Code civil* ..... 211

2.2. *Premiers changements* ..... 212

2.3. *Vers la responsabilité pour risque : les constructions jurisprudentielles* ..... 213

2.4. *Les solutions législatives, entre responsabilité et solidarité* ..... 214

**B – L'évolution du champ d'application de la responsabilité** ..... 216

1. L'évolution des risques ..... 216

2. L'évolution de la perception des risques ..... 220

3. L'évolution de la notion de préjudice ..... 221

**C – L'évolution générale des régimes de responsabilité** ..... 223

1. Une place croissante pour la responsabilité sans faute ..... 223

2. Le phénomène de socialisation des risques ..... 224

3. Le maintien de la responsabilité pour faute ..... 225

4. Législateur et juge : concurrence et complémentarité ..... 226

Deuxième partie

**Voies et moyens de la socialisation du risque** ..... 231

**A – Les risques engendrés par l'activité des pouvoirs publics et collectivités publiques** ..... 231

1. Le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute ..... 232

2. L'extension de la responsabilité sans faute ..... 235

2.1. *Les fondements et la portée de la responsabilité sans faute* ..... 235

2.2. *Les dommages subis par les collaborateurs du service public* ..... 237

2.3. *La responsabilité du fait des lois et ses prolongements* ..... 238

3. Les régimes législatifs spéciaux ..... 240



<b>B – Les risques étrangers à l’activité de la puissance publique</b> . . . . .	240
1. Les raisons et les modalités d’une implication croissante de l’État . . .	241
1.1. <i>Les raisons</i> . . . . .	241
1.2. <i>Les modalités d’intervention de la puissance publique</i> . . . . .	242
2. Au carrefour de l’assurance et de la solidarité . . . . .	246
2.1. <i>Le recours aux fonds d’indemnisation</i> . . . . .	246
2.2. <i>Quelques exemples : catastrophes naturelles, terrorisme, risques technologiques</i> . . . . .	252
<b>C – Des mécanismes communs</b> . . . . .	258
1. Les risques sociaux liés à l’activité de personnes tant privées que publiques . . . . .	258
1.1. <i>L’exemple des accidents du travail</i> . . . . .	258
1.2. <i>L’exemple de la sécurité sanitaire</i> . . . . .	263
2. La responsabilité de l’État conséquence de son rôle de prévention des risques . . . . .	274
2.1. <i>La prévention classique, source de responsabilité</i> . . . . .	274
2.2. <i>En amont des risques avérés, le principe de précaution</i> . . . . .	276

Troisième partie  
**Perspectives** . . . . . 287

<b>A – L’influence du contexte international et européen</b> . . . . .	287
1. La prudence du droit international public . . . . .	287
1.1. <i>La responsabilité de l’État en droit international</i> . . . . .	288
1.2. <i>Les régimes conventionnels de responsabilité de plein droit des exploitants ou entreprises pour certaines activités</i> . . . . .	289
1.3. <i>Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies</i> . . . . .	290
1.4. <i>Le principe de précaution en droit international public</i> . . . . .	291
2. Les avancées du droit communautaire . . . . .	292
2.1. <i>La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté</i> . . . . .	292
2.2. <i>Le droit communautaire et la socialisation des risques</i> . . . . .	293
2.3. <i>Le principe de précaution en droit communautaire</i> . . . . .	295
3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la responsabilité publique . . . . .	298
4. Exemples étrangers . . . . .	300
4.1. <i>La responsabilité de la puissance publique</i> . . . . .	300
4.2. <i>La place de la socialisation du risque dans les autres régimes de responsabilité</i> . . . . .	303
4.3. <i>Les différences de procédures</i> . . . . .	307
4.4. <i>Des exemples de systèmes étendus d’indemnisation sans recours à la responsabilité civile</i> . . . . .	309



<b>B – Justifications et limites de la socialisation du risque</b> . . . . .	312
1. Les justifications . . . . .	312
2. Les limites . . . . .	313
2.1. <i>Des limites matérielles</i> . . . . .	313
2.2. <i>Des limites liées au rôle de l'État</i> . . . . .	315
2.3. <i>Socialisation et responsabilisation</i> . . . . .	317
2.4. <i>La superposition des actions en responsabilité</i> . . . . .	318
2.5. <i>La responsabilité des collectivités territoriales</i> . . . . .	320
<b>C – Pour une socialisation raisonnée</b> . . . . .	321
1. Le rôle respectif des assureurs et de l'État . . . . .	321
1.1. <i>Intervenir à bon escient</i> . . . . .	321
1.2. <i>Du bon usage des fonds</i> . . . . .	323
2. Imputation et indemnisation . . . . .	324
2.1. <i>Responsabilité civile et assurance personnelle</i> . . . . .	324
2.2. <i>Réglementation et responsabilité</i> . . . . .	325
3. Le besoin d'harmonisation . . . . .	326
3.1. <i>La multiplicité des régimes</i> . . . . .	326
3.2. <i>Les indemnités</i> . . . . .	326
3.3. <i>Les délais de prescription</i> . . . . .	329
4. Concilier socialisation, responsabilité et prévention . . . . .	330
4.1. <i>Prévention, liberté et responsabilité</i> . . . . .	330
4.2. <i>L'analyse des risques</i> . . . . .	333
4.3. <i>L'information</i> . . . . .	334
Conclusion . . . . .	337
 Annexe 1	
<b>Liste des assurances obligatoires</b> . . . . .	341
 Annexe 2	
<b>Liste des fonds d'indemnisation mentionnés dans le rapport</b> . . . . .	347
 <b>● Contributions</b>	
<b>Le droit administratif dans la société du risque</b> . . . . .	351
<i>Jean-Bernard Auby</i>	
<b>L'État de précaution</b> . . . . .	359
<i>François Ewald</i>	
<b>Responsabilité et risques : l'approche outre-Manche</b> . . . . .	369
<i>Duncan Fairgrieve</i>	
<b>Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique</b> . . . . .	377
<i>Olivier Godard</i>	

