

Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie

NUMÉRO 1-2016

Éditorial

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview

ERIK RANCE

Dossier thématique

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Dossier coordonné par

NATHALIE FAUSSAT, LYDIA MORLET-HAÏDARA ET
OLIVIER SAUMON

**Quelle place pour les fonds dans la réparation du
dommage corporel ?**

LAURENCE CLERC-RENAUD

Vers un droit des fonds ?

OLIVIER SAUMON

**FIVA (Fonds d'Indemnisation des Victimes de
l'Amiante)**

FGAO, quelles modalités d'indemnisation ?

GAËL LEJEUNE

**Le Fonds de Garantie des victimes des actes de
Terrorisme et d'autres Infractions**

NATHALIE FAUSSAT

**Le fonds de garantie des dommages consécutifs à des
actes de prévention, de diagnostic ou de soins
dispensés par les professionnels de santé**

RÉMI PELLET

**Solidarité nationale et mise en œuvre du principe de
réparation intégrale**

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Regards vers l'étranger

CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ

Bibliographie

LAURIE DUPONT-HORAUX
KATIA GRAMMATICO

Agenda

Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
MARIE GROSSET
DIDIER TABUTEAU

2 – Droits des malades et bioéthique

MARIE MESNIL

3 – Établissements de santé et médico-sociaux

XAVIER CABANNES
JULIE DIEBOLD
MARC DUPONT

4 – Produits de santé

NESRINE BENYAHIA
PASCAL PAUBEL

5 – Assurances des activités de santé

LUC GRYNBAUM
DAVID NOGUÉRO
BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation

MIREILLE BACACHE
LYDIA MORLET-HAÏDARA
SYLVIE WELSCH

7 – Propriété intellectuelle et concurrence

CAROLINE CARREAU
JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER
CAROLINE LE GOFFIC

8 – Financement et fiscalité

RÉMI PELLET

9 – Travail et risques professionnels

STÉPHANE BRISSY
NICOLAS DESBACQ
PIERRE MAZIERE

10 – Droit pénal de la santé

THOMAS BAUDESSON
CHARLES-HENRI BOERINGER
ANA ZELCEVIC-DUHAMEL
GAËLLE MERLIER

**11 – Assurance maladie obligatoire et
complémentaire**

DENIS PIVETEAU

12 – Environnement et santé

YVON MARTINET
BÉATRICE PARANCE
PATRICIA SAVIN
GWADYS BEAUCHET

Nouvelles de l'étranger

**High Prices for US Prescription Drugs: A Case for
a "Reference Pricing"**

PAUL J. ZWIER



THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Didier Tabuteau

Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

En matière d'indemnisation du dommage corporel, les règles traditionnelles de la responsabilité civile sont aujourd'hui concurrencées par des mécanismes de mutualisation des risques et l'émergence de fonds d'indemnisation ou de garantie.

Depuis la création du premier fonds d'indemnisation en 1951, les fonds se sont multipliés, leurs compétences élargies, et on assiste aujourd'hui à des regroupements. Coexistent désormais dans notre droit, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage (FGAO), le Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI) le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA) et l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM).

Des questions nouvelles et nombreuses se posent. Quelle est la place des fonds d'indemnisation dans la réparation des préjudices corporels ? Comment s'articulent-ils avec les règles de la responsabilité civile et administrative ? Quelle est la délimitation du champ d'activité de chacun ? Quelles sont les modalités d'indemnisation de ces fonds, qu'il s'agisse de l'ONIAM, du FIVA, du FGAO, ou du FGTI ? Quelles évolutions peut-on anticiper quant à leur financement notamment ? Que peut-on apprendre des expériences étrangères ?

Le colloque organisé en octobre 2015 par l'Institut Droit et Santé, l'École de Formation du Barreau, l'Ordre des avocats de Paris et Thomson Reuters Transactive a réuni des experts reconnus de ces questions – universitaires, avocats spécialistes et dirigeants de Fonds – qui ont croisé leurs regards éclairés sur la place de la solidarité nationale dans l'indemnisation des dommages corporels. Le dossier de ce numéro du JDSAM offre ainsi aux lecteurs le fruit de leurs réflexions. Que les différents contributeurs soient ici à nouveau remerciés pour leur participation à ces travaux et la qualité de leurs contributions.

Éditorial1

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview5

ERIK RANCE

Dossier thématique

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale 8

Dossier coordonné par

NATHALIE FAUSSAT, LYDIA MORLET-HAÏDARA ET
OLIVIER SAUMON

Quelle place pour les fonds dans la réparation du dommage corporel ? 8

LAURENCE CLERC-RENAUD

Vers un droit des fonds ? 14

OLIVIER SAUMON

FIVA (Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante) 18

FGAO, quelles modalités d'indemnisation ? 21

GAËL LEJEUNE

Le Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions 26

NATHALIE FAUSSAT

Le fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé 31

RÉMI PELLET

Solidarité nationale et mise en œuvre du principe de réparation intégrale 35

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Regards vers l'étranger 41

CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ

Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé46

Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie : il faut agir dès maintenant

PIERRE-HENRI BRÉCHAT

2 – Droits des malades et bioéthique ..52

Les enjeux spécifiques aux femmes dans la LFSS pour 2016 et la loi santé

MARIE MESNIL

3 – Établissements de santé et médico-sociaux61

Précisions sur la reconnaissance de l'imputabilité d'une maladie au service

JULIE DIEBOLD

Sur le transport des corps des patients décédés : entre droit sanitaire et droit funéraire

MARC DUPONT

Des praticiens statutaires exerçant une activité libérale au sein des établissements publics de santé

XAVIER CABANNES

4 – Produits de santé73

Imagerie médicale : une tarification inadaptée aux évolutions technologiques

NESRINE BENYAHIA

PASCAL PAUBEL

5 – Assurances des activités de santé ..80

La faute intentionnelle de l'assuré, de plus en plus restrictivement admise

BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation83

Responsabilité du fait des produits de santé : incertitude scientifique et causalité

MIREILLE BACACHE

Le recours du prestataire de soins dispensés en milieu hospitalier contre le fabricant : la saisine du tribunal des conflits

SYLVIE WELSCH

7 – Propriété intellectuelle et concurrence 91

Actualités en droit des brevets

JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER

Actualités en droit des marques

CAROLINE LE GOFFIC

Actualités en droit de la concurrence

CAROLINE CARREAU

8 – Financement et fiscalité 102

Emprunts des hôpitaux publics : trois réformes

RÉMI PELLET

9 – Travail et risques professionnels 104

Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur : le retour de la faute

PIERRE MAZIÈRE

Partage de responsabilité entre l'État et l'employeur suite à des maladies professionnelles liées à l'amiante

STÉPHANE BRISSY

10 – Droit pénal de la santé 111

De la proportionnalité en droit pénal

ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire 114

La protection universelle maladie (PUMA)

DENIS PIVETEAU

12 – Environnement et santé 119

Les faiblesses de la prise en considération du lien Santé Environnement dans la nouvelle loi santé

BÉATRICE PARANCE

Nouvelles de l'étranger ...122

High Prices for US Prescription Drugs: A Case for a "Reference Pricing"

PAUL J. ZWIER

Bibliographie 130

LAURIE DUPONT-HORAUX

KATIA GRAMMATICO

Agenda 132

Directeurs de la rédaction :

- Anne Laude : *Professeur à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, Président de l'Association française de droit de la santé*
- Didier Tabuteau : *Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po*

Coordinatrice de la rédaction :

- Marie Mesnil : *Doctorante contractuelle, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145*

Comité international :

- Lary Brown : *Professor of Health policy and management, Columbia University*
- Sueli Dallari : *Professeur à l'Université de São Paulo, Directrice du centre d'études et de recherches en droit de la santé*
- Penney Lewis : *Professor of Law, School of Law and Centre of Medical Law and Ethics, King's College London*
- Olivier Guillod : *Professeur à l'Université de Neuchâtel, Directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel*
- Catherine Régis : *Professeur à l'Université de Montréal*
- William M. Sage : *Visiting Professor, Yale Law School, James R. Dougherty Chair for Faculty Excellence, The University of Texas at Austin*
- Geneviève Schamps : *Professeur à l'Université Louvain-la-Neuve, directeur du centre de droit médical et biomédical*
- Dominique Sprumont : *Professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel*

Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie



THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE

Thomson Reuters Transactive
6/8 boulevard Haussmann
F-75009 PARIS

Contact
liana.debras@thomsonreuters.com

Tél. +33 (0) 1 55 07 28 61

Interview de Monsieur Erik Rance

Directeur de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux

1/ Plus de 10 ans après sa création, comment a évolué le dispositif de solidarité nationale que représente l'ONIAM ?

L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) a été créé par la loi du 4 mars 2002 pour faciliter le règlement amiable des litiges en matière d'accidents médicaux d'une part et, d'autre part, pour indemniser, au titre de la solidarité nationale – et, donc, sur les fonds de l'assurance maladie –, les accidents médicaux non fautifs. Cette création a constitué une avancée considérable pour les droits des malades puisqu'elle élargit considérablement le champ des accidents indemnifiables et facilite leur indemnisation : l'ouverture d'une indemnisation amiable est plus rapide que le contentieux et surtout gratuite pour les victimes qui n'ont à supporter ni frais d'avocats ni frais d'expertise.

Dix ans après cette création, l'ONIAM s'est imposé, par la qualité d'expertise de ses équipes. Il est devenu un acteur incontournable de la responsabilité civile médicale en France au sein de la communauté des acteurs de l'indemnisation des accidents médicaux (praticiens du droit, assureurs, associations de victimes). Ce sont désormais 50 % des accidents médicaux qui sont indemnisés via le dispositif amiable animé par l'ONIAM et les Commissions de Conciliation et d'indemnisation (CCI).

En confiant progressivement à l'ONIAM des missions supplémentaires, le législateur a reconnu cette réussite. Ainsi, l'Office gère désormais directement et sans passer par les CCI des dispositifs d'indemnisation spécifiques : indemnisation des victimes du VIH et du VHC par voie de transfusion sanguine, des victimes de préjudices liés à des vaccinations obligatoires, de préjudices contractés à l'occasion de mesures sanitaires d'urgence, et, enfin, l'instruction des demandes d'indemnisation au titre du Médiateur.

2/ Le dispositif de règlement amiable en matière médicale est-il suffisamment connu du grand public ? Comment cela pourrait-il être amélioré ?

Le dispositif est bien connu par les professionnels du droit et de l'assurance et le fait que 50 % des litiges en matière d'accidents médicaux lourds sont traités par le dispositif amiable montre que sa notoriété a crû de façon satisfaisante.

Néanmoins, notre constat est que les victimes qui nous saisissent le font souvent sur la suggestion d'un avocat ou d'une association. Le dispositif est donc, en effet, insuffisamment connu du grand

public et même des professionnels de santé eux-mêmes. Ce constat nous a amené à inscrire en première priorité de notre contrat d'objectifs et de performance conclu avec l'État pour la période 2013-2015 la promotion de l'information sur l'existence du dispositif amiable.

C'est ainsi que, sur cette période 2013-2015, nous avons profondément rénové notre site Internet pour le rendre accessible à des non-initiés du droit. Nous avons diffusé largement à des relais d'informations tels les établissements de santé, les associations de victimes, les Maisons Départementales de Prise en Charge du Handicap (MDPH), et les caisses de sécurité sociale une plaquette d'information dématérialisée sur les différents recours possibles en cas d'accidents médicaux. Nous avons aussi organisé des rendez-vous réguliers avec la presse grand public et la presse professionnelle pour faire le point sur les évolutions marquantes du dispositif d'indemnisation.

Mais le vecteur essentiel d'information nous semble résider chez les professionnels de santé eux-mêmes tant il est vrai qu'ils sont directement concernés par les litiges relatifs aux accidents médicaux et au contact direct des populations concernées. C'est la raison pour laquelle nous avons conclu des protocoles de coopération avec la Fédération des Spécialités Médicales, le Conseil national de l'Ordre des Médecins, et les Fédérations Hospitalières pour qu'ils diffusent largement nos plaquettes d'information et renvoient sur notre site. Nous avons en outre conclu un partenariat avec une revue à forte diffusion chez les jeunes médecins, la revue *What's up doc*. Nous devons intensifier notre action en identifiant mieux les attentes de ces différents publics et en recherchant les moyens de toucher plus directement le grand public tout en restant dans le cadre des moyens financiers raisonnés qui nous sont alloués.

3/ La mise en cause de l'ONIAM se fait-elle prioritairement par le biais de la voie contentieuse ou par la voie du règlement amiable ?

La vocation première de notre dispositif est de rechercher la résolution amiable des litiges. Mais il est vrai que, ces dernières années, nous avons constaté une forte hausse du contentieux direct en matière d'accidents médicaux non fautifs. L'insuffisance de la revalorisation du référentiel d'indemnisation de l'ONIAM depuis sa création comparée à la forte hausse des valeurs allouées par les juridictions judiciaires était un facteur majeur d'explication de cette hausse du contentieux. C'est la raison pour laquelle, après plus d'un an de travaux sur ce sujet, le Conseil d'Administration de l'Office

a, le 23 novembre dernier, décidé d'une revalorisation, au 1^{er} janvier 2016, de la valeur de l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de 16 % et du tarif horaire de l'assistance par tierce personne de 40 % à 50 % respectivement pour l'aide non spécialisée et l'aide spécialisée. Le Conseil d'Administration a également décidé de passer d'un mode de paiement intégral en capital à un mode mixte entre rentes et capital.

4/ Quels sont les montants annuels des indemnisations versées par catégorie de dommage (faute, aléa...) ?

L'indemnisation des accidents médicaux fautifs relève du référentiel de chaque assureur. Pour ce qui concerne les accidents médicaux non fautifs, le montant moyen était, en 2014, de 95 K€. Il recouvre cependant des réalités très contrastées car les montants les plus élevés peuvent atteindre plusieurs millions d'euros et les plus faibles quelques dizaines de milliers d'euros.

5/ Quels rôles jouent les représentants de l'ONIAM au sein des Commissions d'Indemnisation ?

Depuis le décret du 9 janvier 2014, le nombre de représentants de l'ONIAM dans les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation a été ramené de 2 à 1 en proportion du nombre total de membres de la commission qui a été lui-même réduit de 22 à 12. Le rôle du représentant de l'ONIAM dans ces Commissions est de donner, de la façon la plus objective et argumentée possible, une position en conscience sur l'existence ou non d'un accident médical, d'un lien de causalité de celui-ci avec un acte médical, et, enfin, sur l'importance des préjudices. Je tiens à dire, pour lever toute ambiguïté, que la position du Représentant de l'ONIAM n'est jamais dictée par des considérations budgétaires. Si nous avons une conscience aigüe de la responsabilité qui nous est confiée en termes de gestion des deniers publics, nous avons une conscience toute aussi aigüe de la responsabilité qui nous incombe en termes de reconnaissance d'un droit à indemnisation d'un accident médical.

6/ Dans quelles proportions l'ONIAM est-il amené à suivre les avis de la CCI ? Qu'est-ce qui est majoritaire - ment de nature à motiver un refus ?

Sur 700 dossiers que les CCI nous transmettent en moyenne chaque année pour indemnisation au titre d'un accident médical non fautif, nous refusons de suivre l'avis de la CCI pour un nombre réduit de dossiers : en 2014, ce nombre était de 28 soit environ 5 %. Il nous arrive également de refuser des demandes de substitution à des assureurs qui refusent eux-mêmes de suivre un avis de CCI en cas d'accident médical fautif : nous avons ainsi prononcé 36 refus de ce type soit 19,3 % en 2014. La plupart du temps, notre désaccord porte sur l'existence ou non d'un lien de causalité entre le préjudice médical

et l'acte incriminé. Le débat est souvent très médical et nous nous appuyons, pour porter une appréciation argumentée, sur une équipe de 4 médecins salariés de l'ONIAM et sur un réseau de médecins consultants. Le débat est d'autant plus compliqué lorsque la CCI s'est écartée du rapport d'expertise qu'elle a fait réaliser. C'est son droit le plus strict puisqu'elle comporte en son sein des médecins mais cela complexifie par nature la décision que l'ONIAM doit prendre.

7/ Quelles sont les modalités de substitution de l'ONIAM ?

C'est, pour les victimes, une garantie importante offerte par la loi du 4 mars 2002 d'avoir prévu qu'en cas de refus d'un assureur d'indemniser un accident médical fautif à la suite de l'avis d'une CCI, la victime puisse demander à l'ONIAM de l'indemniser en lieu et place de l'assureur. Dans ce cas, l'ONIAM a quatre mois pour se substituer et, dès lors qu'il le fait, il se retourne ensuite contre l'assureur pour recouvrer les sommes versées soit à l'amiable lorsque cela est possible soit, si nécessaire, au contentieux. Dans ce dernier cas, le juge peut assortir le remboursement dû à l'ONIAM d'une pénalité pouvant aller jusqu'à 15 % de la somme.

8/ Quelle est la fréquence des décisions de justice allouant à l'ONIAM le bénéfice des pénalités pour offre manifestement insuffisante de l'assureur en cas de faute ?

Il n'existe pas dans la loi du 4 mars 2002 de possibilité de substitution de l'ONIAM à l'assureur en cas d'insuffisance de l'offre ; cette possibilité n'existe qu'en cas de refus de l'assureur de suivre l'avis de la CCI. La fréquence d'attribution des pénalités, dans ce cas de figure, est de 55 %.

9/ Comment fonctionne le dispositif d'indemnisation des victimes du Benfluorex ?

En raison de la nature-même de ce scandale sanitaire, les pouvoirs publics ont dû mettre en place un dispositif spécifique d'instruction des demandes d'indemnisation amiable.

Alors que la saisine des CCI est conditionnée en droit commun, pour les accidents médicamenteux et les autres accidents médicaux, par l'existence de seuils de gravité et la survenance du dommage après le 5 septembre 2001, de nombreux dommages causés par le Benfluorex surviennent en-deçà des seuils de gravité et sont survenus bien avant 2001 puisque le médicament a été commercialisé depuis 1973.

En outre, le traitement d'un dommage collectif concernant par nature des centaines de dossiers ne se prêtait pas à une instruction éclatée entre les 23 Commissions de Conciliation et d'Indemnisation. C'est la raison pour laquelle la loi du 29 juillet 2011 a créé un guichet unique auprès de l'ONIAM : les

demandes d'indemnisation au titre du Benfluorex se déposent sans conditions de seuils ni de date et sont examinées par un collège d'experts indépendant placé auprès de l'Office.

Présidé par un magistrat et composé d'experts médicaux, ce collège émet un avis sur l'imputabilité des préjudices invoqués au médicament et sur l'importance de ces préjudices. Cet avis est communiqué aux laboratoires responsables à charge, pour eux, de présenter une offre d'indemnisation aux victimes. S'ils ne le font pas, là encore, les victimes peuvent demander à l'ONIAM de se substituer. Dans ce cas précis, en revanche, l'ONIAM peut se substituer non seulement en cas de refus d'indemniser de la part des laboratoires mais également en cas d'insuffisance manifeste de l'offre. Par ailleurs, la pénalité que peut décider le juge peut aller jusqu'à 30 % contre 15 % en droit commun.

10/ Qu'en est-il de l'indemnisation versée en cas de dommages résultant d'une vaccination et de manière générale en cas d'accidents médicamenteux ?

Les accidents liés à des vaccinations ou à des médicaments sont soumis au droit commun des accidents médicaux et doivent donc respecter les critères de recevabilité devant les CCI.

Toutefois pour les préjudices liés à des vaccinations obligatoires et des mesures sanitaires d'urgence tel le vaccin contre la grippe AH1N1 un dispositif de saisine directe de l'ONIAM sans seuil de gravité a été mis en place et est financé par l'État.

11/ Quels sont pour vous les défis que devra relever l'ONIAM dans les prochaines années ?

Nous devons préserver et développer notre mission première d'indemnisation amiable. Cela passe, comme je l'ai indiqué, par la revalorisation de notre référentiel qui vient précisément d'intervenir. Cela passe également par l'effort constant que nous faisons pour offrir des délais suffisamment brefs d'indemnisation.

Un second défi est de développer le nombre et la formation de nos experts. L'expertise médicale est un élément déterminant de toutes nos procédures puisque c'est sur elle que nous nous reposons pour apporter une appréciation tant sur le droit à indemnisation que sur le montant de cette dernière. Or, nous manquons d'experts dans nombre de disciplines médicales, ce qui allonge nos délais d'instruction. Par ailleurs, nous cherchons toujours à obtenir le meilleur niveau possible de formation des experts car il ne suffit pas d'être un bon médecin pour être un bon expert : il faut aussi avoir une bonne appréhension des problématiques médico-légales et être capable de les restituer en termes compréhensibles pour des membres de commissions qui ne sont pas tous professionnels de santé. C'est pourquoi nous avons conclu avec la Fédération des spécialités médicales et la Commission Nationale des

accidents médicaux (CNAMed) un protocole d'accord prévoyant des actions de prospection et de formation en la matière.

En troisième lieu, comme déjà évoqué, il nous faut développer l'information auprès du grand public et des médecins sur l'existence du dispositif d'indemnisation amiable pour désengorger encore les juridictions.

Enfin, il nous faut améliorer la prise en compte des attentes des usagers par des enquêtes de satisfaction plus fréquentes et la qualité de notre accueil, notamment par la refonte de l'organisation de notre accueil téléphonique qui est en cours.

12/ Qu'en est-il de la pérennité du financement de l'institution ?

Comme tous les établissements publics de même type, l'ONIAM reçoit chaque année une dotation de l'assurance maladie votée en loi de financement de la sécurité sociale d'une part et, d'autre part, une dotation de l'État votée en loi de finances. Il n'y a donc pas d'interrogation sur la pérennité du financement. J'ajoute que la revalorisation du référentiel d'indemnisation votée par le Conseil d'Administration le 23 novembre dernier a été budgétée dans ces dotations pour 2016 à hauteur de 10 M€.

13/ Que pensez-vous de l'idée de fusionner les différents fonds d'indemnisation en une instance unique ?

C'est une idée séduisante de premier abord mais sans doute compliquée à mettre en œuvre en raison de l'hétérogénéité des natures de préjudices indemnisés, des sources de financement et des gouvernances.

Mais il me semble qu'avant même d'envisager ces modalités techniques, il faut s'interroger sur le véritable bilan coût/avantages d'une telle ambition. Il y a sans doute un intérêt en termes de mutualisation d'un certain nombre de fonctions et, donc, en termes de réduction des coûts de gestion. Mais pour être pleinement viable, il faudrait qu'une telle réforme offre des avantages réels aux usagers en termes de simplification des procédures.

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Dossier coordonné par Nathalie Faussat, Lydia Morlet et Olivier Saumon

Quelle place pour les fonds dans la réparation du dommage corporel ?

Laurence Clerc-Renaud

Maître de conférences, co-responsable du Master 2 droit du dommage corporel, Université Savoie Mont Blanc

Naissance de la socialisation des risques : de la responsabilité à la solidarité. Il y a encore peu de temps, la seule possibilité pour une victime atteinte dans son intégrité corporelle de se voir rétablir au plus proche de la situation qui était la sienne avant le dommage était de faire appel aux règles de la responsabilité civile (droit commun et quelques régimes spéciaux) consistant à faire reposer la charge de la réparation sur celui qui en est à l'origine par un mécanisme d'imputation et de causalité. Toutefois, aujourd'hui, il n'y a rien d'original à constater que la responsabilité civile, en même temps qu'elle semble être appelée à remplir d'autres fonctions (préventive ou punitive)¹ est concurrencée dans sa fonction d'indemnisation du dommage corporel par ce qu'il est convenu d'appeler des mécanismes de mutualisation ou de socialisation des risques.

Ce sont d'abord des dispositifs d'assurances sociales et d'assurances privées qui ont été appelés à venir au secours de la responsabilité individuelle², au fur et à mesure que la responsabilité civile devenait une responsabilité sans faute. Surtout plus directement et plus récemment, particulièrement en matière de réparation du dommage corporel, l'avènement de nombreux fonds d'indemnisation ou de garantie atteste de l'émergence d'un droit de la réparation en dehors du droit de la responsabilité civile³. Ces fonds d'indemnisation ou fonds de garantie sont des organismes privés ou publics, financés par des fonds publics et/ou privés. Ils interviennent à titre principal, à titre complémentaire ou à titre subsidiaire en assurant la réparation « inté-

grale » ou forfaitaire de dommages corporels et parfois de certains dommages matériels⁴.

Émergence et multiplication des Fonds. Le premier fonds de garantie à voir le jour est celui des victimes d'accidents d'automobiles, créé par l'article 15 de la loi de finances du 31 décembre 1951 devenu par la loi du 1er août 2003 « Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage » (FGAO). Chargé initialement d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation dont l'auteur est inconnu ou non assuré, sa compétence n'a depuis jamais cessé de s'accroître. Il est d'abord été chargé dès 1966 de garantir les dommages corporels résultant de la chasse ou de la destruction des animaux nuisibles⁵, puis les dommages causés accidentellement par des personnes ou un animal circulant sur le sol dans des lieux ouverts à la circulation publique⁶, aujourd'hui dans le Code des assurances et aux articles L 421-1 et suivants⁷. Ensuite, en réaction à la vague d'attentats du début des années quatre-vingt, le Fonds de garantie des actes de terrorisme est créé par la loi du 9 septembre 1986. Sa compétence est élargie à l'indemnisation des victimes « d'autres infractions » par la loi du 6 juillet 1990 pour devenir le « Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions » (FGTI).

Puis, depuis le début des années quatre-vingt-dix, une certaine tendance à la multiplication des fonds se fait particulièrement remarquer, en quelque sorte par le biais d'un processus réactionnel : tout nouveau risque susceptible de créer de nouveaux dommages qui ne sont souvent que les contreparties des avancées biologiques, médicales ou technologiques et qu'il est difficile de réparer en application des règles de la responsabilité civile conduisent le législateur à intervenir par la création de nouveaux fonds. Ainsi, à la suite du scandale du sang contaminé, est institué en 1991 le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH), pour indemniser les victimes de transfusions sanguines contaminées par le virus du sida⁸. De même, devant les difficultés d'indemniser les victimes de l'amiante à la suite du scandale de « l'air contaminé », est adopté le FIVA (Fonds d'Indemnisation des Victimes de

1 - Voir dernièrement, Y. Lequette et N. Molfessis, Quel avenir pour la responsabilité civile, Dalloz 2015, coll. Thèmes et commentaires.

2 - V. déjà G. Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle, thèse Paris LGDJ 1965 ; Ph. Pierre, Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée, thèse Rennes 1992 ; ou plus récemment, R. BIGOT, l'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle, Tours 2012.

3 - F. Leduc, la responsabilité civile hors le Code, LPA, 6 juillet 2005, n° 133, p. 3 et s. V. dernièrement, La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (GRERCA), Bruylant 2015.

4 - V. M. Mekki Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels, LPA 12 janvier 2005, n° 8 p. 3 et s.

5 - Loi n° 66-497 du 11 juillet 1966, et aujourd'hui intégré à l'article L. 421-8 du Code des assurances (décret n° 86-452 du 14 mars 1986).

6 - Loi n° 77-574 du 7 juin 1977.

7 - Depuis la loi du 30 juillet 2003, le FGAO indemnise également les victimes de catastrophes technologiques. Cette dernière compétence (qui ne concerne que les victimes de dommages matériels) ne sera pas développée.

8 - Loi portant diverses mesures d'ordre social n° 91-1406 du 31 janvier 1991.

l'Amiante)⁹. Ces fonds, entièrement tournés vers la prise en charge de victimes de dommages de masse dont le fait générateur se situe dans le passé sont parfois qualifiés de « fonds d'indemnisation rétrospectif »¹⁰.

Plus récemment, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) est créé par la loi du 4 mars 2002¹¹ pour apporter une solution à la réparation des dommages causés par des accidents médicaux. L'ONIAM a pour vocation principale l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs résultant de ce qu'on peut appeler un « aléa thérapeutique » à certaines conditions déterminées par la loi et par décret¹² (gravité, anormalité) ainsi que les conséquences des infections nosocomiales les plus graves depuis la loi du la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002¹³. Mais progressivement, l'Office est amené à prendre en charge divers types de dommages occasionnés dans un contexte médical que l'article L.1142-22 du Code de la santé publique énumère. C'est d'abord le cas des dommages intervenus dans le cadre d'une vaccination obligatoire¹⁴, mais également les victimes de l'hormone de croissance ayant contractées la maladie de Creutzfeld-Jacob¹⁵, les victimes d'un accident médical survenu lors de l'application de mesures d'urgence en cas de menace sanitaire grave¹⁶, les victimes post-transfusionnelles du VIH¹⁷, les victimes de contamination par le virus de l'Hépatite B ou C ou le virus T-lymphotropique humain¹⁸. Enfin, est adopté un dispositif particulier d'indemnisation des victimes du Benfluorex en vigueur depuis septembre 2011¹⁹.

.....

9 - Article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 complétée par le Décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

10 - Sur la distinction entre fonds prospectifs et fonds rétrospectifs, cf. J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ 2013, Bibliothèque de droit privé coll thèse, tome 548, n° 140 et s.

11 - La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

12 - Article L 1142-1 II et D. 1142-1 du Code de la santé publique.

13 - V. article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique.

14 - Articles L. 3111-9 et suivant du CSP.

15 - Article L. 1142-22 al. 3 CSP.

16 - Article L. 3131-1 et s CSP issu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004.

17 - Depuis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 et l'absorption du FITH (Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles) par l'ONIAM.

18 - loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, modifiée par la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

19 - Article L. 1142-24-1 et s. CSP issu de l'article 57 de la Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

Tendance contemporaine et perspectives : disparition, création, et regroupement des fonds. Certains fonds nouvellement créés auront vocation à disparaître en même temps que les sources de dommages qu'ils viennent réparer se tariront. On pense notamment à long terme aux victimes de l'amiante²⁰, et à plus court terme aux victimes post-transfusionnelles²¹. Toutefois, le législateur risque à nouveau d'être sollicité pour faire face à l'indemnisation des victimes de nouveaux dommages susceptibles d'apparaître comme les contreparties des avancées biologiques, médicales ou technologiques : les victimes de certains médicaments, de maladies nouvelles du fait de la contamination par des substances se révélant nocives comme les maladies liées à la pollution de l'air ou peut-être également les victimes des conséquences de l'utilisation habituelle de téléphones portables etc.

Par ailleurs, on observe un regroupement des fonds d'indemnisation. Je m'en tiendrai à deux l'exemple : d'une part, l'ONIAM, comme on vient de le constater, tend à devenir l'organisme « de droit commun » d'indemnisation des victimes de dommages résultant de l'activité médicale. D'autre part, le Fonds de garantie des victimes d'accidents d'automobiles, en devenant le FGAO et par un gonflement de son domaine de compétence, tend à émerger comme l'unique Fonds de garantie, venant au secours de toutes les victimes d'accident de la circulation au sens large, d'accidents de chasse, de catastrophes technologiques qui ne peuvent se voir indemniser par un autre moyen. En quelque sorte, après une prolifération de nouveaux organismes d'indemnisation ou de garantie, on s'oriente vers un regroupement des moyens et des structures²² avec des procédures d'indemnisation, qui sans être identiques, obéissent à deux modèles types : la procédure juridictionnelle (CIVI) pour l'indemnisation des victimes d'infractions²³ et la procédure d'offre large-

.....

20 - Sa disparition n'est toutefois à envisager qu'à long terme puisque 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.

21 - V. A. Favre Rochex et G. Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ 2003, coll. Droit des affaires, spéc. n° 10-02, p. 190 : 136 dossiers ont été déposés devant le FITH en 1996, il n'y en avait plus que 26 en 2002, ce qui explique certainement sa disparition par une absorption par l'ONIAM (Loi n° 2004-806 du 9 août 2004). Les maladies d'origine transfusionnelle ont été majoritairement contractées à une période antérieure à la mise en place des mesures de sécurisation des transfusions sanguines, soit avant 1986.

22 - V. Sénat Rapport d'information n° 107 (2013-2014), Pour une meilleure indemnisation des victimes d'infractions pénales, de MM. Christophe Béchu et Philippe Kaltenbach, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 octobre 2013 : Proposition n°31 : rapprocher les fonds existants sur un modèle proche de celui existant entre le FGAO et le FGTI, par la voie de conventions de gestion.

23 - Encore que cette procédure tende à se déjuridictionnaliser depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » qui institue un mécanisme d'offre obligatoire d'indemnisation amiable par le fonds, ce qui tend à rapprocher la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions de celles qui prévaut pour l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et plus généralement du modèle le plus utilisé : celui d'une offre d'indemnisation faite par le fonds payeur.

ment préférée pour tous les autres régimes / fonds d'indemnisation.

Place des Fonds dans la réparation du dommage corporel. Le constat qui vient d'être fait nous conduit à nous interroger sur la place des fonds dans la réparation du dommage corporel. À partir du moment où une victime peut obtenir réparation de son dommage corporel en actionnant l'auteur du dommage en responsabilité (voie classique) et/ ou en sollicitant un fonds d'indemnisation ou de garantie étranger à la réalisation de son dommage pour en obtenir l'indemnisation, plusieurs questions se posent. Il s'agit en premier lieu de se demander comment la réparation du dommage corporel octroyé par un fonds s'articule avec un régime de responsabilité (droit commun ou régime spécial) (I). En second lieu, l'existence de nombreux fonds nous conduit à envisager les difficultés de délimitation de frontières dans les hypothèses où un même dommage est susceptible d'être indemnisé par plusieurs Fonds ou plusieurs procédures spéciales d'indemnisation. Il s'agira ici de régler les difficultés de coexistence entre les fonds entrant potentiellement en situation de concours²⁴ (II).

I- L'articulation de la réparation par les Fonds avec les règles de la responsabilité civile : substitution ou concurrence

Cette question nous conduira à distinguer deux types de fonds : ceux qui se substituent à la responsabilité civile (A) et ceux qui entrent dans une relation de concurrence avec les mécanismes de la responsabilité civile en permettant à la victime soit de choisir entre l'une ou l'autre voie de la réparation, soit en lui permettant de cumuler les deux voies (B).

A) Les hypothèses de substitution de l'intervention des Fonds à l'action en responsabilité civile.

La subsidiarité des Fonds de garantie : approche générale. Les fonds de garantie pourraient être distingués des fonds d'indemnisation, même si cette distinction n'est pas toujours aussi tranchée et que le législateur semble considérer les deux termes comme synonymes²⁵. Les fonds de garantie seraient par nature subsidiaires et leur compétence ainsi subordonnée à l'absence de possibilité de mise en œuvre d'une autre action. Ils viendraient assortir principalement une défaillance de la réparation octroyée en application des règles de la responsabilité. Il y aurait substitution du fonds qui prend la place d'un mécanisme de responsabilité, inefficace dans une hypothèse particulière (en cas de difficulté dans la recherche d'un responsable ou d'inefficacité

de l'assurance), pour octroyer à la victime d'un dommage corporel une indemnisation²⁶.

Illustration de la compétence subsidiaire du FGAO. À ce titre le FGAO est un véritable Fonds de garantie. Il vient garantir une indemnisation que la victime ne peut obtenir par un autre moyen en se substituant aux mécanismes de la responsabilité civile²⁷. Que son intervention se produise en présence d'un accident de la circulation dans lequel un véhicule terrestre à moteur est impliqué, ou en présence de dommages nés d'un accident de la circulation causé, dans les lieux ouverts à la circulation publique, par une personne circulant sur le sol ou par un animal²⁸, c'est toujours à titre subsidiaire que le FGAO est compétent. Cette subsidiarité trouve encore son assise dans la lettre même de l'article L 422-1 III du Code des assurances²⁹. Comme le relève justement un auteur³⁰, la substitution peut d'abord porter sur l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du dommage (hypothèse de l'auteur inconnu). Elle peut porter sur la prise en charge effective de la dette de réparation (auteur connu qui engagerait sa responsabilité mais qui est soit insolvable, soit non assuré, soit que son assureur est insolvable ou qu'il oppose à la victime une exception liée au contrat d'assurances). Le FGAO indemnise également à titre subsidiaire les victimes d'accidents de chasse dont le ou les auteurs ne sont pas identifiés ou pas assuré.

Difficultés soulevées par l'ONIAM. Certains fonds ont à la fois vocation à intervenir de manière subsidiaire ou de manière concurrentielle. C'est le cas de l'ONIAM même si la situation est relativement

26 - Dans la notion de subsidiarité, il y a l'idée, non seulement de « ce qui s'applique à défaut de », mais surtout de « ce qui prend la place de ». Les régimes spéciaux de garantie sont subsidiaires par rapport au droit commun de la responsabilité mais aussi par rapport aux régimes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation. Ils ne s'appliquent pas à défaut du droit commun de la responsabilité ou d'un régime spécial mais ils se substituent à eux, pour, dans certaines circonstances bien déterminées, apporter à la victime une réparation que ne peuvent lui procurer les mécanismes principaux de réparation. Sur la subsidiarité des fonds de garantie en droit français, v. L. Clerc-Renaud, du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation, thèse Chambéry 2006, spéc. n°381-382. V. également C. Quezel-Ambrunaz et L. Clerc-Renaud, Articulation de la réparation par les fonds avec les autres techniques d'indemnisation, Rapport de synthèse, in La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (GRERCA), Bruylant 2015, p. 213 et s.

27 - Rapp. N. Rias, Articulation de la réparation par les fonds avec les autres techniques d'indemnisation, Rapport français, in La socialisation de la réparation, *op. cit.*, spéc. p. 200-201, n°10. L'auteur fait la distinction entre la substitution factuelle et la substitution juridique. La substitution est factuelle lorsque l'engagement de la responsabilité civile se heurte à un obstacle tenant aux circonstances particulières de l'espèce. Elle est juridique lorsque la responsabilité civile de l'auteur du dommage ou de ceux qui en répondent ne peut en droit être recherchée.

28 - Article L. 421-1 I et II du Code des assurances.

29 - « ...Lorsque le fonds de garantie intervient au titre des I et II, il paie les indemnités allouées aux victimes ou à leurs ayants droit qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre lorsque l'accident ouvre droit à réparation. ».

30 - N. Rias, rapport préc.

24 - V. J. Mouly, Les concours de régimes spéciaux, Resp. civ. et Assur. Février 2012, dossier 11.

25 - Comp. M. Mekki, préc. spéc. note 2.

compliquée. D'abord l'ONIAM peut intervenir à titre de fonds de garantie en se substituant à l'assureur du responsable qui refuse de faire une offre dans les délais, à la suite d'un avis de la Commission de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux (CCI) rendu dans le cadre du règlement amiable. On pourrait aussi parler d'intervention subsidiaire de l'office lorsqu'il indemnise les accidents médicaux non fautifs en application de l'article 1142-1 II du CSP. En effet, il ne devrait pas y avoir de concours possible avec une éventuelle action en responsabilité : soit le dommage résulte d'un accident fautif ou d'une infection nosocomiale sans caractère de gravité et la victime peut rechercher la responsabilité du médecin ou de l'établissement de soins, soit le dommage résulte d'un accident médical non fautif et sera indemnisé uniquement par l'ONIAM, à condition que les conditions restrictives de son indemnisation prévues par la loi soient remplies³¹. L'ONIAM se substitue donc à la responsabilité civile dans des hypothèses où celle-ci ne peut être engagée³². Néanmoins, même dans cette hypothèse, la substitution de l'ONIAM est discutable puisqu'il existe des situations où la réparation sera partagée entre l'ONIAM et l'assureur du professionnel de santé³³.

B) Les hypothèses de concurrence entre l'indemnisation par les Fonds et l'action en responsabilité : option et cumul

Si on souscrit à la distinction entre fonds d'indemnisation et de garantie, les premiers seraient, contrairement aux seconds, ceux qui interviennent à titre principal et qui peuvent être saisis directement par les victimes, peu important que la voie de la responsabilité civile leur soit encore ouverte. Le concours est identifié lorsque la réparation peut à la fois être servie par la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile et par la mise en œuvre des règles d'indemnisation par un fonds. La victime a donc au moins le choix entre l'action contre le fonds et l'action contre le responsable (1) et peut dans certaines hypothèses cumuler les actions (2).

1) Option

31 - V. article L. 1142-1 I et II du code de la santé publique. V. N. Rias, rapport français, p. 4 et 5.

32 - N. RIAS, Rapport français, préc.

33 - Ce sont par exemple les hypothèses de causalité partielle : défaut d'information du médecin suivi d'un accident médical non fautif : Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2010, n° 09-11270 ; faute technique entraînant une perte de chance d'éviter l'accident médical non fautif : CE, 30 mars 2011, n° 327669, ONIAM c/ M. et Mme A ; Cass. 1^{ère} civ., 10 sept. 2014, n° 13 22535. V. sur la place respective de la solidarité nationale et de la responsabilité civile dans l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, L. Clerc-Renaud, Responsabilité civile et solidarité nationale en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, in Responsabilité civile et solidarité nationale, colloque organisé par l'Université Savoie Mont Blanc le 28 novembre 2014, Gaz. Pal. 10-11 avril 2015, p. 10 et s.

Choix entre un régime ou fonds d'indemnisation et un régime de responsabilité : explication en raison de la nature du régime spécial de réparation. Cette situation se rencontre assez fréquemment. La victime qui dispose d'un régime d'indemnisation n'est en principe pas privée de l'action en responsabilité qu'elle peut éventuellement mettre en œuvre contre l'auteur du dommage : elle ne demandera pas réparation à la même personne ; elle ne demandera pas réparation en mettant en œuvre les mêmes mécanismes. La victime peut donc choisir entre une action contre le responsable en application du droit commun ou d'un régime spécial de responsabilité civile et une action contre un fonds en application d'un régime spécial d'indemnisation. C'est la nature du régime d'indemnisation et du fonds d'indemnisation qui permet cette option : possible en présence d'un fonds ou régime d'indemnisation stricto sensu, exclue en présence d'un régime de garantie (qui est subsidiaire et sans concurrence possible).

L'existence d'un fonds d'indemnisation ne crée pas d'immunité de responsabilité : il est donc concevable que l'auteur du dommage soit poursuivi, soit par la victime au stade de l'obligation à la dette, soit par le fonds qui a indemnisé la victime et qui se trouve subrogé dans les droits de cette dernière au stade de la contribution à la dette.

Illustrations : les fonds d'indemnisation permettant le concours et l'option. C'est en premier lieu au sujet du FGTI que l'option s'illustre. Qu'il intervienne pour indemniser les victimes d'actes de terrorisme ou les victimes d'autres infractions, la victime peut solliciter la réparation de son dommage corporel auprès du Fonds, sans que la recevabilité de sa demande soit subordonnée à la recherche antérieure de la responsabilité civile de l'auteur du dommage et *a fortiori* il n'est pas nécessaire que les auteurs aient été préalablement pénalement condamnés et que leur responsabilité civile aient été retenue sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale.

Cette concurrence permettant l'option se retrouve également avec le FIVA. Ce fonds a vocation à indemniser les victimes de l'exposition à l'amiante dès lors que les conditions relatives au fait dommageable, à la victime et au préjudice sont réunies. Il importe peu que les autres techniques d'indemnisation telles que celles proposées par la sécurité sociale (au titre de la maladie, des accidents du travail et maladies professionnelles) ou par la responsabilité civile n'aient pas été ou ne puissent pas être préalablement mises en œuvre.

De même, l'ONIAM, qui a parfois vocation à intervenir, on vient de le voir, en se substituant à la responsabilité, est également compétent concurrentement à celle-ci. Comme il a pu être relevé³⁴, ce rapport de concurrence existe s'agissant de la réparation des dommages trouvant leur origine dans une

34 - N. Rias, article préc.

vaccination obligatoire³⁵, ou encore dans un accident médical survenu lors de l'application de mesures d'urgence en cas de menace sanitaire grave³⁶.

Le concours entre les différents mécanismes de réparation peut faire naître également des situations de cumul.

2) Cumul

Le cumul entre les actions se présente plus rarement dès lors que deux actions, pour deux mécanismes d'indemnisation distincts existent. Plusieurs actions peuvent être ouvertes concomitamment, soit parce qu'elles reposent sur des fondements parfaitement différents, soit parce que l'une d'elles au moins (typiquement, celle menant devant le fonds) ne permet pas d'obtenir une indemnisation intégrale de la victime, soit parce qu'un recours ou un remboursement quelconque est prévu si les deux actions s'avéraient fructueuses, le cumul étant simplement un palliatif de l'incertitude affectant le résultat de chacune. Il est ainsi possible pour les victimes d'accidents médicaux de mener de front une procédure judiciaire et de saisir une CCI à condition de l'en informer. De même, lorsque le FGTI intervient pour indemniser les victimes d'actes de terrorisme, la saisine du Fonds n'est en rien subordonnée à l'impossibilité d'agir en responsabilité civile, et ne suppose pas que la victime renonce à son action; les deux voies sont bien ouvertes simultanément.

II- La coexistence des régimes de réparation par les fonds entrant potentiellement en concours : la résolution des conflits de compétence

Il s'agit ici de connaître le critère de résolution de conflits (A) lorsque deux fonds d'indemnisation sont potentiellement compétents pour indemniser la victime : c'est l'hypothèse des « accidents mixtes » (B).

A) A la recherche d'un critère de résolution de conflits.

Nous venons de voir quelle place occupe les régimes spéciaux d'indemnisation à l'égard du droit de la responsabilité civile (peut-on demander réparation au responsable et à un fonds d'indemnisation). La question qui se pose maintenant est celle de savoir, lorsque plusieurs régimes spéciaux prévoyant une indemnisation par plusieurs fonds différents sont potentiellement applicables, auquel de ces régimes spéciaux ou de ces fonds la victime va devoir faire appel pour obtenir réparation de son dommage corporel. C'est la question de savoir si la victime peut choisir auquel des fonds elle va pouvoir

demander réparation et si elle peut cumuler deux procédures spéciales en demandant réparation à plusieurs fonds qui seraient potentiellement simultanément compétent. C'est particulièrement le cas en présence de ce que l'on pourrait appeler un accident mixte³⁷, c'est-à-dire un accident susceptible de relever de plusieurs régimes spéciaux de réparation ou d'indemnisation et susceptible d'être indemnisé par plusieurs fonds.

Le plus souvent, en présence d'un conflit de fonds ou de régimes d'indemnisation, la règle qui semble prévaloir est celle de l'application exclusive. Aucun cumul, aucune option n'est alors possible. La victime ne pourra s'adresser qu'à un seul des fonds potentiellement compétent ou ne mettre en œuvre qu'un seul régime spécial d'indemnisation. Il faudra résoudre ce conflit pour savoir lequel des régimes en concours s'appliquera.

Il semblerait que seul soit proposé pour résoudre ce conflit le critère de spécialité en application de la maxime *specialia generalibus derogant* qui peut être résumée ainsi: « en présence d'une norme générale et d'une norme spéciale, cette dernière doit être en fin de compte appliquée, à l'exclusion de la première, au règlement du problème concret qui, *a priori*, appelle également la compétence de l'une et de l'autre »³⁸. Transposée aux rapports de concurrence entre les régimes spéciaux mis en œuvre par un fonds d'indemnisation, cette idée conduit pour certains à reconnaître la compétence de celui des deux régimes qui présenterait le degré de spécialité le plus élevé. Pour le dire autrement, dès lors que le dommage invoqué relève de son domaine d'application, le régime d'indemnisation « spécial » serait d'application exclusive, alors que le régime d'indemnisation « général » ne retrouverait son empire qu'en dehors de cette sphère de compétence³⁹.

Pour notre part, ce critère ne paraît pas vraiment adapté aux conflits de normes spéciales et plus particulièrement aux conflits de régimes spéciaux d'indemnisation. Il est par exemple difficile de soutenir qu'un accident de la circulation serait « plus spécial » qu'un dommage résultant de la conséquence d'une infraction ou encore qu'un accident du travail serait plus spécial qu'un accident de la circulation.

Cette prééminence de la règle du non cumul des régimes spéciaux applicables est envisagée au cas par cas soit par le législateur soit par la jurisprudence et les solutions préconisées ne sont ni particulièrement cohérentes ni forcément favorable aux victimes. Nous illustrerons nos propos avec quelques exemples.

.....

37 - J. Mouly, les concours de régimes spéciaux, préc.

38 - A. Jeammaud, Des oppositions de normes en droit privé interne, th. Lyon 3, 1975, n° 379 (p. 677).

39 - J. Knetsch, Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, LGDJ 2013, Bibliothèque de droit privé coll. thèse, tome 548, n° 652 et s.

35 - Article L3111-9 du CSP « Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, ... ».

36 - Article L. 3331-4.

B) Illustrations de résolution de conflits de fonds en présence « d'accidents mixtes »

La résolution d'un conflit par un texte spécifique. On pense avant toute chose à la victime d'accident de la circulation qui est en même temps victime d'une infraction. L'article 706-3 du Code de procédure pénale contient une règle de « prévention de conflits ». Sont ainsi exclues du champ d'application de cette procédure d'indemnisation les victimes de dommages résultant d'un accident de la circulation impliquant un véhicule terrestre à moteur qui serait en même temps le résultat d'une infraction. La victime ne pourra demander réparation qu'à l'assureur de l'auteur responsable ou au FGAO si le conducteur est inconnu ou non assuré sans pouvoir saisir la CIVI sauf à ce que l'infraction à l'origine du dommage fasse perdre à l'événement son caractère accidentel. En effet, en dehors du champ d'intervention de la loi de 1985, la procédure des articles 706-3 et suivants retrouve à s'appliquer. Par exemple, en présence d'une infraction volontaire, la loi de 1985 n'est plus applicable et la victime pourrait retrouver la possibilité de se faire indemniser par le FGTI⁴⁰. De même lorsque l'accident de la circulation a lieu à l'étranger, le FGTI redevient compétent à l'exclusion du FGAO dont la compétence est limitée aux accidents ayant lieu en France⁴¹.

Le conflit de compétence entre FGTI et FGAO s'illustre particulièrement dans quelques décisions concernant des accidents de la circulation sur le sol sans implication de véhicules (L. 421-1 II code des assurances). Cette dernière procédure, on le sait, a un caractère subsidiaire. Dans ces conditions peut-elle évincer le régime spécial d'indemnisation des victimes d'infraction qui n'a pas de caractère subsidiaire et qui est donc plus favorable à la victime ? La Cour de cassation tranche le conflit de compétence en faveur du FGAO peu important la vocation subsidiaire de ce Fonds⁴².

L'article 706-3 du Code de procédure pénale prévoit également que sont exclues de la procédure d'indemnisation des victimes d'infraction, les victimes de l'amiante qui peuvent être indemnisées par le FIVA. Sont également exclues les victimes d'actes de terrorisme indemnisées dans les conditions définies aux articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code des assurances.

La résolution du conflit pose surtout plus de difficulté en l'absence de texte.

La résolution d'un conflit en l'absence de texte. La question s'est particulièrement posée pour une victime d'un accident du travail qui est également victime d'une infraction. Dans un premier temps, pour accueillir le recours contre le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions, la Cour de cassation déclarait que « l'art 706-3 du Code de procédure pénale n'interdit pas aux victimes d'accident du travail de présenter une demande d'indemnisation du préjudice résultant des faits présentant le caractère matériel d'une infraction »⁴³. Les exclusions sont en effet limitativement énoncées dans l'art 706-3 du CPP et n'y figurent ni les accidents du travail ni les maladies professionnelles. Or, un arrêt du 7 mai 2003 est venu couper court à cette interprétation, en interdisant aux victimes d'accidents du travail d'exercer une action contre le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions pour le préjudice non réparé par la sécurité sociale⁴⁴. La portée d'une telle exclusion que l'on peine à justifier en l'absence de texte a été par la suite atténuée. Le salarié retrouve effectivement une action contre le FGTI en cas de faute intentionnelle⁴⁵.

Propos conclusifs. Après avoir emprunté la voie de l'élargissement et de l'approfondissement du socle commun de règles contenues dans le Code civil, l'aspiration à l'indemnisation s'assouvit résolument aujourd'hui dans les statuts spéciaux, au point de confiner au schéma insolite qui verrait à chaque type de dommage correspondre son régime de réparation et son fonds... On le voit, la place occupée par les fonds d'indemnisation dans la réparation du dommage corporel n'a cessé de s'accroître si bien que l'on pourrait se demander avec d'autres si les mécanismes de la responsabilité ont encore un avenir devant cette avancée visible de la socialisation des risques⁴⁶. À défaut d'un droit des accidents généralisé⁴⁷ dont la réparation serait assurée de manière identique par une seule et même structure, le système français de la réparation du dommage corporel fait cohabiter des régimes de responsabilité civile avec des régimes d'indemnisation et de garantie et force est de remarquer que cette coexistence n'est pas toujours des plus paisibles.

40 - Cass. 2^{ème} civ. 30 nov. 1994, Bull. civ. II, n° 143 : incendie causé par un tracto-pelle utilisé par des voleurs pour défoncer un mur. Cass. 2^{ème} civ. 23 janv. 2003, Bull. Civ. II n° 8 : véhicule volontairement percuté par l'arrière par un autre véhicule.

41 - Article L 421-1 du Code des assurances.

42 - Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, n° 10-23.488 : accident entre deux skieurs sur une piste de ski. V. également pour la mise à l'écart sans surprise de la procédure de l'article 706-3 du Code de procédure pénale au profit de la compétence exclusive du FGAO en cas d'accident entre un cycliste et un piéton : Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, n° 09-70.680.

43 - Cass. 2^{ème} Civ., 18 juin 1997, n° 95-11223.

44 - Cass. 2^{ème} Civ., 7 mai 2003, Bull. civ. II, n° 138.

45 - Cass 2^{ème} civ. 7 mai 2009 ; 4 février 2010

46 - V. C. Quezel-Ambrunaz, *Regard vers l'étranger*, cette revue p. 41 et s.

47 - V. en faveur d'une telle proposition : Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014-2015, n° 90 et s ; A. Tunc, *Évolution du concept juridique de responsabilité*, Droit et cultures 1996/1, p. 19 et s.

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatieur & Associés, Ancien membre du conseil de l'Ordre

1^{ère} table ronde : quelle place pour les fonds dans la réparation des préjudices corporels ?

Cette première table ronde est consacrée à la place des fonds dans la réparation des préjudices corporels. À titre d'introduction, il me revient de vous faire part de quelques réflexions, certainement teintées par la pratique professionnelle de l'avocat sur les fonds d'indemnisation.

Il n'aura échappé à personne que le titre de ce colloque est le « *Le droit des fonds d'indemnisation* » : voilà, pour un colloque, une proposition de titre qui ne peut pas laisser le juriste indifférent. Existerait-il donc un droit des fonds comme il existe un droit de la responsabilité civile, un droit de la réparation du préjudice corporel ou encore un droit pénal ? N'existerait-il pas plutôt autant de droits ou de corpus de règles de droit, qu'il existe de fonds d'indemnisation ? Indemnise-t-on de la même manière un accident de la circulation causé par un chauffeur non assuré, une victime d'un acte de terrorisme, une victime de l'amiante ou encore un accident médical non fautif ? Certainement non et pourtant oui ! C'est bien là le paradoxe : chaque fonds a ses particularités, une histoire, un financement différent, un statut de droit privé ou de droit public, et pourtant ils s'adressent tous à une victime d'un dommage corporel, laquelle attend de notre démocratie sanitaire une compensation de ses préjudices.

Et c'est justement pour cela que lorsque les regards se croiseront, ils rencontreront nécessairement la question de la solidarité nationale. Elle est au centre des débats de notre matinée. En effet, les fonds, quelles que soient leurs missions, ne sont ni responsables ni coupables, ils ne sont auteurs d'aucune infraction, ne sont à l'origine d'aucun préjudice. Ils interviennent au titre de la solidarité nationale et non au nom d'une responsabilité civile ou administrative voire pénale. Ils ne sont donc pas débiteurs d'une obligation qui naîtrait d'un contrat ou d'un fait délictuel ou même délictueux, ils ne sont civilement responsables de personne. Ils ont une place particulière dans la réparation des dommages. Pas de tous les dommages, de ceux dont le

législateur a considéré qu'ils ne pouvaient pas rester sans réparation dans une démocratie sanitaire et sociale de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle jusqu'à aujourd'hui.

Car les fonds sont des institutions qui indemnisent, qui réparent, qui organisent la compensation d'un handicap, au nom de l'intérêt collectif que les règles de la responsabilité civile ou administrative de droit commun n'auraient pas nécessairement permis d'indemniser.

Nous examinerons dans une première partie, l'intervention des fonds au titre de la solidarité nationale, pour nous interroger dans une seconde partie sur la place de la solidarité nationale dans la responsabilité civile avant de tenter de tirer quelques enseignements des traits communs qui permettent d'avancer l'idée d'un droit des fonds.

- *La solidarité nationale : une vieille idée toujours jeune ?*

La solidarité nationale – dès lors qu'il s'agit d'indemniser un préjudice corporel – emporte l'idée de garantie collective. Paul Ricoeur disait à propos de la responsabilité « c'est quelqu'un » ! La solidarité nationale, c'est le collectif.

Historiquement, la solidarité nationale a précédé la responsabilité. Dans un récent colloque organisé par le master 2 de droit privé général de l'Université de Panthéon Assas où il prenait la parole, Alain Supiot, professeur au collège de France¹, qui a beaucoup travaillé sur cette question, rappelait que c'est une notion qui vient du droit romain, elle désignait une technique, variante, de la responsabilité *in solidum*. C'est ainsi qu'elle est rentrée dans le code civil.

Il la définit comme une notion à cinq facettes :

- celle de la compassion : le fait de ressentir en soi ce qui affecte l'autre ;
- celle de l'abnégation : c'est le fait de sacrifier quelque chose à autrui ;
- celle de la réciprocité : je donne aujourd'hui pour recevoir demain ;
- celle d'un agir ensemble : c'est-à-dire d'un acte collectif ;
- et celle d'une interdépendance : c'est à dire l'appartenance à une même structure.

La solidarité nationale répond à une exigence ancienne et croissante de sécurisation des risques, c'est-à-dire à une socialisation du risque. On com-

1 - Actes du colloque « Quel avenir pour la responsabilité civile ? » Dalloz – Table ronde la solidarité nationale à partir de la page 125.

mence avec le secours pour aller vers la solidarité. Elle est cette évolution qui est partie de la charité, pour aboutir à la mutualisation de laquelle naîtra l'assurance moderne.

Pour le juriste, elle prendra tout son sens lorsque l'on glissera de la responsabilité pour faute, à la responsabilité pour risque, miroir de l'organisation d'une vie sociale qui engendre du risque et en multiplie les effets dommageables. Le progrès technique même quand il ambitionne de soigner nos concitoyens – et je pense notamment à la responsabilité des produits défectueux dans le domaine pharmaceutique – est lui-même facteur de risque.

La solidarité est un concept inscrit dans la constitution, elle fait partie du bloc de constitutionnalité puisqu'elle apparaît dans le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 en son article 12 rédigé comme suit : « *la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ».

La solidarité nationale est donc bien un principe constitutionnel qui sera ensuite décliné par le législateur à travers diverses lois notamment dans le domaine de la santé, mais pas uniquement ; la présence à la deuxième table ronde, aux côtés des fonds dédiés à la réparation des préjudices en lien avec l'action sanitaire et sociale, du FGTI et du FGAO en témoigne fortement.

Nous trouvons la notion de « solidarité nationale » dans plusieurs grands textes de droit. Le premier d'entre eux est aussi le premier article de l'un de nos codes les plus volumineux qui régit un domaine complexe et très réglementé, c'est l'article 1^{er} du code de la sécurité sociale qui commence par cette déclaration forte et symbolique : « *L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de la solidarité nationale* ».

La sécurité sociale s'intègre dans un système global de protections sociales aux côtés de l'aide et de l'action sociale. Elle permet la prise en charge de risques, parmi lesquels figurent ceux liés à la maladie, à l'invalidité, au décès, aux accidents du travail ou aux maladies professionnelles. A cet égard, on rappellera que la responsabilité sans faute de l'employeur a été instaurée par la loi du 9 avril 1898. Autant dire que cette solidarité nationale n'est pas nouvelle quand bien même celle-ci a profondément évolué.

Nous observerons que la solidarité nationale pour la prise en charge des accidents du travail ne couvre pas l'ensemble des préjudices soufferts puisque sont par exemple exclus des prestations les dommages matériels mais également les dommages corporels. Le législateur a largement ouvert la réparation des préjudices consécutifs à un accident du travail ou à une maladie professionnelle en contrepartie d'une réparation non pas intégrale mais forfaitaire. C'est la faute inexcusable de l'employeur qui permet à la victime d'obtenir une indemnisation complémentaire mais elle est alors fondée sur les règles de la responsabilité civile.

La solidarité nationale est une expression qui se décline au pluriel et elle cohabite avec des solidarités

que nous appellerons des solidarités civiles qui ne dépendent pas d'une initiative de l'État mais qui prennent en charge un « intérêt général » comme la protection sociale complémentaire à travers le droit de la mutualité.

De même, des solidarités mixtes alliant solidarité et assurance ont été mises en place. Il en va ainsi, par exemple, de la loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.

La solidarité nationale est en définitive une responsabilité solidaire non pas de co-auteurs d'un dommage, mais d'une responsabilité sociale ou environnementale dont chacun d'entre nous est débiteur ou peut être le créancier ; elle est imprégnée de l'idée de garantie collective.

Enfin, un chiffre qui permet d'appréhender l'ampleur de la problématique : on retiendra que la solidarité nationale représente une fois et demi le budget de l'État !

- ***Quelle place la solidarité nationale occupe-t-elle dans le droit de la responsabilité civile ?***

L'esquisse d'une réponse à cette question pourrait alimenter le programme d'un autre colloque et la littérature ne manque pas sur ce sujet.

Le champ d'intervention de la responsabilité et celui de la solidarité se croisent nécessairement : l'une et l'autre ont pour objet commun d'indemniser, de compenser, de réparer. Mais aussi, elles interagissent l'une sur l'autre notamment dans les domaines dont sont en charge les fonds qui s'exprimeront au cours de la deuxième table ronde.

On retiendra trois évolutions notoires :

- 1^{ère} évolution : la solidarité nationale a tout d'abord remis la responsabilité civile pour faute au centre des débats.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est à cet égard sans compromis. L'article L 1142-1-I pose le principe selon lequel le médecin ainsi que les professionnels de santé en général ne sont responsables que pour faute. Il y a alors deux types de faute : la faute technique et la faute pour défaut d'information. Vient ensuite l'article L. 1142-1 II qui vise les accidents médicaux non fautifs : ce n'est que lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme, ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, qu'un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale » ; c'est ce que l'on appellera le fameux principe de subsidiarité applicable pour l'Oniam. Il convient donc d'abord de s'intéresser à la faute avant de s'assurer que la solidarité nationale peut intervenir sous réserve que les victimes invoquent un dommage d'une certaine gravité révélée par un taux

d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique.

Mais l'originalité de l'accident médical est qu'il peut parfaitement trouver son origine – et c'est pour ainsi dire sa vocation – dans un comportement non fautif. Il en est de même concernant les infections nosocomiales les plus graves, dont le régime est hybride avec le maintien d'une responsabilité sans faute des établissements de santé.

Néanmoins, en matière de santé, nous assistons à un recul de la responsabilité sans faute. Nous donnerons deux exemples qui avaient inquiété les opérateurs dans le secteur de la santé : les infections nosocomiales et la responsabilité des produits défectueux.

Les infections nosocomiales : dans trois arrêts rendus en 1999, la cour de cassation avait décidé de mettre à la charge des médecins et des cliniques une obligation de sécurité-résultat. Aujourd'hui, les infections nosocomiales sont à la charge de la solidarité nationale avec le maintien d'une responsabilité sans faute pour les établissements et non pour les médecins.

Concernant les produits de santé, la jurisprudence avait mis à la charge du médecin une obligation là encore de sécurité de résultat pour les dommages causés par un défaut de fabrication des prothèses, ou pour les dommages causés par le matériel utilisé pour l'exécution des soins. Une obligation identique avait également été mise à la charge des cliniques pour les dommages causés par les médicaments ou par le sang contaminé. La loi du 4 mars 2002 et celle du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale ont permis de restreindre considérablement le champ d'application de cette construction prétorienne.

- 2^{ème} évolution : la création des fonds d'indemnisation : c'est la prise en charge de risques non couverts, non indemnifiables par le droit de la responsabilité civile.

Les fonds représentent une évolution capitale dans la prise en charge de risques naturels ou sociaux, pour des dommages ne se rattachant à aucune responsabilité (aléa thérapeutique) ou lorsque le responsable n'est pas identifié, pas assuré ou insolvable (terrorisme, victimes d'infractions pénales...), ou encore pour répondre à l'apparition de nouveaux risques sériels ou de masse comme la contamination par le VIH causée par transfusion ou pour l'indemnisation des victimes de l'amiante. Les fonds pallient donc la responsabilité. Là où le droit de la responsabilité ne peut jouer, ou est insuffisant voire inefficace, la solidarité s'y substitue en indemnifiant des victimes qui n'ont plus à rapporter la preuve d'une faute ou d'un risque, d'un lien de causalité avec un préjudice, mais seulement celle d'être éligible aux conditions d'intervention du fonds auquel elles s'adressent.

- 3^{ème} évolution : la prépondérance de l'indemnisation.

C'est bien un véritable droit à indemnisation que permettent les fonds et dont la collectivité se porte garante. Si la faute est à l'origine de toute indemnisation sur le fondement du droit des obligations, pour les fonds c'est bien la question du préjudice et celle de sa réparation qui sont centrales.

L'un des atouts des fonds est de séparer la question de la responsabilité de celle de la réparation. Il s'opère ainsi une dissociation entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation. Certes, cette démarcation n'empêche pas ensuite le fonds, subrogé dans les droits de la victime, d'engager l'action récursoire à l'encontre du ou des responsables. Les fonds permettent donc une indemnisation en première intention du handicap supporté par la victime et participent ainsi à assurer la cohésion sociale.

La notion de préjudice a elle-même évolué. L'acception des préjudices indemnifiables est de plus en plus large, de plus en plus étendue (préjudice en lien avec un défaut d'information, préjudice d'angoisse et demain le préjudice écologique, etc...), et les catégories de personnes susceptibles de recevoir une indemnité s'élargissent ; ainsi, la solidarité a-t-elle une ambition plus large que la responsabilité. Elle permet de « maximiser, dans le respect des droits individuels, l'intérêt général ».

- *Quelles seraient les lignes directrices d'un droit des fonds ?*

Les fonds d'indemnisations, c'est donc pour le législateur, la technique d'une mise en place d'une solidarité nationale en action. Cette nouvelle expression de la solidarité à laquelle œuvrent les fonds qui s'exprimeront au cours de la deuxième table ronde, présente des caractéristiques communes quand bien même ils ne forment pas un droit cohérent et uniforme. D'ailleurs, le faudrait-il ? Rien n'est moins certain alors que leur nature (privé pour le FGTI et le FGAO, établissement public pour le Fiva et l'Oniam), leurs attributs et leurs fonctions divergent. Ils répondent à des missions de service public ou d'intérêt général qui vont du domaine de l'action sanitaire et sociale jusqu'à la réparation des accidents de la circulation, des actes de terrorisme et de nombreuses autres infractions en empruntant des règles du droit commun de la responsabilité, du code de la sécurité sociale ou encore au droit des assurances voire du droit pénal.

Pourtant, un droit des fonds, c'est peut-être déjà l'ensemble des règles propres à chacune des institutions et qui conditionnent leurs interventions, comme :

- les seuils d'intervention pour l'Oniam (notamment pour les accidents médicaux AIPP – Atteinte Permanente à l'Intégrité Physique ou psychique > 24 % ou 25 % pour les infections nosocomiales ou Arrêt temporaire des activités pendant une période consécutive de 6 mois ou non consécutive sur une période de six mois

- etc... / pour le Fgti réparation plafonnée et soumise à des conditions cumulatives listées à l'article 706-14 du code de procédure pénale) ;
- un fait générateur et un lien causal (un accident médical grave en lien avec un acte de prévention, de diagnostic ou de soins / pour le FGTI un fait, volontaire ou non présentant le caractère matériel d'une infraction / pour le FGAO l'absence d'assurance ou l'absence d'identification d'un auteur d'accident de la circulation / pour le FIVA : l'existence d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante etc...) ;
 - des règles de compétence dérogatoires du droit commun (par ex. accident de la circulation commis à l'étranger, exclusion de la compétence des Civi lorsqu'un accident du travail reçoit aussi une qualification pénale, prise en compte ou non du dommage des victimes par ricochet, articulation entre la compétence d'un fonds et la juridiction de droit commun, etc...) ;
 - des règles en matière de prescription ou de forclusion des demandes adressées aux fonds d'indemnisation :
 - Délais pour saisir la Civi (articles 706-5 et 706-15)
 - Prescription quadriennale des créances de l'état pour le Fiva et l'Oniam
 - Prescription décennale en matière d'accident médical
 - Point de départ des délais (consolidation du dommage pour l'Oniam ou premier certificat médical établissant le lien entre la maladie, ou l'aggravation et l'exposition à l'amiante ou, pour les actions successorales, entre le décès et l'exposition à l'amiante pour le Fiva)

Ces spécificités forment en elles-mêmes un droit spécifique qu'il convient d'appréhender et de connaître.

Mais à côté de ces règles spécifiques à chacun des fonds, un droit des fonds se dessine à travers des prérogatives communes, des principes qui guident l'action des fonds tournée vers l'intérêt général ; nous en donnerons quelques exemples :

- Le premier d'entre eux est, nous l'avons vu, la reconnaissance d'un véritable droit à indemnisation dont la collectivité est garante ;
- Sur le plan institutionnel : la présence dans leurs conseils d'administration respectifs de représentants des usagers ou de personnes ayant manifesté un intérêt pour l'objet du fonds ;
- Le principe selon lequel le bénéfice de leur intervention n'est pas subordonné à une affiliation préalable de ceux qui peuvent en bénéficier à la différence de la règle de la sécurité sociale ;
- Le principe selon lequel le comportement de l'auteur du dommage, personne publique ou privée, est sans conséquence sur les conditions d'indemnisation par les fonds ;
- La mise en œuvre d'une indemnisation dans le respect du principe de l'égalité du patient ou de la victime devant le service public qui trouve son ancrage dans le corpus constitutionnel (article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ;

- Des modalités de réparation des dommages dans le respect du principe de réparation intégrale sous réserve que les conditions d'intervention des fonds soient remplies et dans le respect de la nomenclature Dinthilac ; l'un et l'autre des principes nécessitent donc la mise en place d'une politique d'indemnisation à laquelle participent des outils comme les référentiels ;
- À l'exclusion de l'indemnisation des victimes d'infractions, la mise en œuvre de procédures de règlements amiables (voire de médiation, par exemple en cas de non atteinte des seuils de gravité devant les Cci) avec signature de protocole d'accord sur le fondement de l'article 2044 du code civil ;
- L'organisation d'expertise amiable et contradictoire ;
- Des procédures dont les délais restent très inférieurs aux délais des procédures de droit commun ;
- La mise en place d'actions subrogatoires avec d'une part, une particularité à signaler qui est celle de l'aide au recouvrement des dommages intérêts pour les victimes d'infraction pour le Fgti et d'autre part, une mission commune : la responsabilisation des auteurs par la mise en œuvre des recours ;
- Le recours systématique au juge : l'action des fonds reste sous le contrôle permanent du juge et la saisine du fonds suspend les règles de prescription ;
- Une mission de prévention des comportements à risque comme la prévention de la non assurance pour le FGAO.

Ce droit des fonds est encore jeune, il est en conquête d'une identité mais il plaide pour une socialisation raisonnée et normée du risque. Ce droit qui est encore imparfait et nécessite une réflexion sur l'harmonisation des règles notamment pour rechercher une plus grande unité des régimes applicables pour un même préjudice remplit aujourd'hui une fonction sociale déterminante dans l'extension de la couverture des risques.

Je vous remercie de votre attention

FIVA (Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante)

Créé en 2001¹, le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA) est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et administré par un conseil d'administration. Il est placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget.

La mission du FIVA est d'assurer la réparation intégrale des atteintes à l'état de santé en lien avec une exposition à l'amiante, d'origine professionnelle ou non, survenues sur le territoire de la République française, en évitant aux victimes une procédure contentieuse.

Les principales pathologies de l'amiante

L'exposition à l'amiante peut causer des maladies du poumon et de la plèvre bénignes ou cancéreuses. Elles se déclarent souvent longtemps après l'exposition à l'amiante (de 10 à 40 ans).

Les maladies bénignes, les plus nombreuses, sont les plaques pleurales, les épaississements pleuraux ou fibrose de la plèvre viscérale, les pleurésies bénignes, l'asbestose ou fibrose pulmonaire. Les maladies cancéreuses sont le mésothéliome pleural et le cancer broncho-pulmonaire primitif.

À titre indicatif, la part des victimes de l'amiante atteintes de pathologies malignes est passée de 21,3 % en 2007 à 38,7 % en 2014, soit une progression de plus de 17 points en sept ans.

Les pathologies de l'amiante indemnisées par le FIVA sont classées en trois catégories :

- ❖ La première catégorie regroupe les maladies reconnues professionnelles car elles sont liées à une exposition à l'amiante survenue à l'occasion du travail et sont prises en charge à ce titre. Elles sont listées dans les tableaux des maladies professionnelles 30 et 30 bis du régime général ou 47 du régime agricole.

1 - Article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

Tableau des maladies professionnelles (tableaux 30 et 30 bis) de la sécurité sociale

- asbestose (MP 30 A)
- plaques pleurales (MP 30 B)
- pleurésie exsudative (MP 30 B)
- épaississement de la plèvre viscérale (MP 30 B)
- dégénérescence maligne broncho-pulmonaire (MP 30 C)
- mésothéliome malin primitif de la plèvre, du péritoine, du péricarde (MP 30 D)
- autres tumeurs pleurales primitives (MP 30 E)
- cancer broncho-pulmonaire primitif (MP 30 bis)

- ❖ Les deuxième et troisième catégorie concernent notamment des victimes dont la maladie n'a pas été reconnue en maladie professionnelle ou qui ont été exposées dans le cadre de leur environnement.

- La deuxième catégorie est celle des pathologies dites « spécifiques » dont le constat vaut exposition à l'amiante² :
 - plaques pleurales et péricardiques
 - mésothéliome malin pleural ou péritonéal, autres tumeurs pleurales primitives.
- La troisième catégorie concerne les pathologies non reconnues en maladies professionnelles et non spécifiques. Les dossiers des victimes sont alors examinés par la Commission d'Examen des Circonstances de l'Exposition à l'Amiante (CECEA)³.

L'évaluation des préjudices indemnisables :

La mission confiée au FIVA est d'assurer une réparation intégrale des préjudices subis par les victimes de l'amiante. Un barème indicatif propre au FIVA permet de déterminer l'indemnisation d'une

2 - Article 1^{er} de l'arrêté du 5 mai 2002 fixant la liste des maladies dont le constat vaut justification de l'exposition à l'amiante au regard des dispositions de l'article 53 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 instituant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante : « La liste des maladies valant justification de l'exposition à l'amiante en application de la seconde phrase du quatrième alinéa du III de l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 susvisée est fixée comme suit :

1° Mésothéliome malin primitif de la plèvre, du péritoine, du péricarde et autres tumeurs pleurales primitives ;

2° Plaques calcifiées ou non, péricardiques ou pleurales, unilatérales ou bilatérales, lorsqu'elles sont confirmées par un examen tomodensitométrique. ».

3 - Article 7 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

victime de l'amiante, en fonction de la gravité de la maladie et de son âge à la date du diagnostic initial tout en tenant compte de la situation personnelle de chaque victime.

❖ Pour les victimes :

Le FIVA indemnise des préjudices économiques (patrimoniaux) et les préjudices personnels (extra-patrimoniaux)

Les préjudices économiques :

- le préjudice professionnel réellement constaté (perte de revenus),
- les frais de santé restant à la charge de la victime,
- les autres frais supplémentaires : tierce personne, aménagement du véhicule et du logement, frais de déplacement ou tout autre frais dès lors que les éléments de preuve sont rapportés.

Les préjudices personnels :

- l'incapacité fonctionnelle,
- le préjudice moral,
- le préjudice physique,
- le préjudice d'agrément,
- le préjudice esthétique.

L'indemnisation des préjudices personnels d'une victime est déterminée en fonction du barème médical spécifique adopté par le conseil d'administration du FIVA. Celui-ci permet de déterminer le taux d'incapacité (de 5 à 100 %) fixé par le service médical du FIVA indépendamment de tout constat de consolidation compte tenu du caractère spécifique des pathologies liées à l'amiante.

L'incapacité fonctionnelle

Il s'agit de mesurer la réduction du potentiel physique, psycho-sensoriel ou intellectuel en lien avec la pathologie de l'amiante.

Selon le taux d'incapacité fixé par le service médical, une valeur de point en euros est affectée (valeurs en vigueur au 1^{er} avril 2015) :

Taux d'incapacité	5 %	10 %	15 %	20 %	25 %	30 %	35 %	40 %	45 %	50 %
Rente FIVA	473 €	997 €	1 570 €	2 193 €	2 866 €	3 589 €	4 361 €	5 183 €	6 056 €	6 978 €
Valeur du point	94,6	99,7	104,67	109,65	114,64	119,63	124,6	129,58	134,58	139,56
Taux d'incapacité	55 %	60 %	65 %	70 %	75 %	80 %	85 %	90 %	95 %	100 %
Rente FIVA	7 950 €	8 971 €	10 043 €	11 165 €	12 335 €	13 557 €	14 827 €	16 148 €	17 519 €	18 939 €
Valeur du point	144,54	149,52	154,51	159,5	164,47	169,46	174,43	179,42	184,41	189,39

Valeurs au 1^{er} avril 2015

Cette indemnisation est calculée après avoir pris en compte la rente ou le capital reçu ou à recevoir par l'organisme de sécurité sociale pour les mêmes préjudices.

L'indemnisation de l'incapacité fonctionnelle est versée sous forme de rente ou en capital lorsque la rente annuelle est inférieure à 500 euros. Le FIVA applique alors une table de capitalisation qui lui est propre en fonction de paramètres actualisés au 1^{er} avril 2015⁴.

En cas d'aggravation

Si l'état de santé de la victime s'aggrave, la victime indemnisée peut effectuer une demande complémentaire d'indemnisation auprès du FIVA. Celle-ci sera traitée dans les mêmes conditions que la précédente.

❖ Pour les ayants droit :

En cas de décès d'une victime de l'amiante, ses héritiers peuvent bénéficier de l'action successorale, c'est-à-dire de l'indemnisation qui aurait dû être versée à la victime de son vivant. L'évaluation des préjudices se fait donc de la même manière.

Par ailleurs, les proches de la victime peuvent également demander une indemnisation des préjudices personnels subis du fait du décès de la victime des suites de sa maladie de l'amiante.

Les préjudices indemnisés à ce titre ont fait l'objet d'un barème adopté par le conseil d'administration. Ce sont notamment :

- le préjudice d'accompagnement,
- le préjudice moral personnel de l'ayant droit.

En outre, les proches qui subissent un préjudice patrimonial lié au décès de la victime (notamment la perte de revenus du ménage) peuvent obtenir une indemnisation sous réserve d'apporter la preuve de la perte financière réelle.

4 - Table de mortalité fondée sur les projections pour l'année 2012 établies par l'INSEE dans la table 2007-2060 et taux d'intérêt de 1,97 % par référence aux tables de conversion relatives à l'application des articles R. 376-1 et R. 454-1 du Code de la sécurité sociale (Arrêté du 11 février 2015).

Le barème, adopté par le conseil d'administration du FIVA pour l'indemnisation des ayants droit, retient des montants variables selon la proximité avec la victime. Ainsi, les indemnisations versées varient de 3 300 euros pour un petit-enfant à 32 600 euros pour le conjoint (www.fiva.fr).

Les délais de prescription applicables au FIVA :

La demande d'indemnisation doit être présentée dans les 10 ans suivant la date du premier certificat médical établissant le lien entre la maladie et l'amiante⁵.

En cas d'aggravation de la maladie dont le lien avec l'amiante a déjà été établi, le délai de prescription court à compter du certificat médical constatant cette aggravation.

Pour les ayants droit, deux situations peuvent exister : la réparation de leurs préjudices personnels et la réparation des préjudices de la victime au titre de l'action successorale. En cas de décès de la victime des suites d'une pathologie liée à l'amiante, la demande d'indemnisation des préjudices personnels doit être établie dans les 10 ans à compter de la date du premier certificat médical établissant le lien entre le décès et cette exposition. Si l'indemnisation des préjudices du défunt n'a pas été effectuée de son vivant, elle peut être demandée dans le cadre de l'action successorale dans les mêmes conditions que pour la victime, soit dans le délai de 10 ans suivant la date du premier certificat médical établissant le lien entre la maladie et l'amiante.

Le délai de paiement de l'offre du FIVA est soumis à un délai de prescription différent : 4 ans, à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant la notification de l'offre⁶. Au terme de ce délai, le bénéfice de l'offre est définitivement perdu.

5 - Article 53 III bis de la loi n° 2010-1597 du 23 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011.

6 - Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

FGAO, quelles modalités d'indemnisation ?

Gaël Lejeune

Expert juridique au Fonds de garantie

1 - Personne morale de droit privé¹ en charge de diverses missions d'intérêt général, le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO) a succédé depuis l'été 2003² au Fonds de Garantie Automobile (FGA) qui avait été institué par une loi du 31 décembre 1951³.

Il avait alors été créé pour parfaire le système d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation en s'assurant que toute victime puisse être dédommée même en cas d'impossibilité de saisine d'un assureur.

Dès le départ, la vocation du Fonds de Garantie était donc d'intervenir à titre subsidiaire. Pour ce faire, il est alimenté par différentes contributions dont la plus importante est recouvrée directement auprès de la collectivité des assurés automobiles (fixée depuis le 1^{er} juillet 2013 à 2 % du montant de la prime de responsabilité civile automobile : 1,2 % pour le financement des missions d'indemnisation et 0,8 % pour le financement par le FGAO des majorations légales des rentes allouées aux victimes d'accidents de la circulation survenus antérieurement au 1^{er} janvier 2013.)

Toutefois, le législateur ayant quelque peu sous-estimé le civisme des conducteurs français en plein essor de l'industrie automobile au début des trente glorieuses, la réalité était tout autre.

2 - Après 7 ans de déficit chronique du Fonds de Garantie, une loi du 27 février 1958 rendait obligatoire l'assurance responsabilité civile, ce qui permettait à l'assureur de devenir l'acteur principal de l'indemnisation des sinistres automobiles et au de Fonds de Garantie de conserver son rôle subsidiaire en limitant son intervention (L 421-1 1^o du Code des assurances) :

- aux accidents causés par des auteurs non assurés (absence d'assurance ou refus de garantie opposé par l'assureur) ;
- aux accidents causés par des auteurs inconnus (délict de fuite) ;
- aux accidents causés par des auteurs régulièrement assurés auprès d'une d'entreprise

.....

1 - C. assur., art. L. 421-2.

2 - L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003 : JO 2 août 2003 p. 13253.

3 - L. n° 51-1508, 31 déc. 1951 : JO 1^{er} janv. 1952 p. 98.

d'assurance défaillante ayant fait l'objet d'un retrait d'agrément prononcé par le régulateur français (Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution.)

Ces cas qui mettent en jeu le dispositif d'indemnisation de la loi Badinter représentent l'essentiel des dossiers d'indemnisation du FGAO.

3 - Toutefois, le FGAO a également pour mission l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation sur le sol non causés par tout utilisateur de la voie publique⁴ (piétons, cyclistes, skieurs, animaux domestiques...), ou par des animaux sauvages⁵, de dommages corporels d'actes de chasse⁶, de dommages matériels et corporels en matière d'accidents de circulation internationale (dans le cadre du système de la carte verte⁷, ainsi que dans celui de la IVe directive européenne sur l'assurance automobile⁸), de dommages immobiliers résultant d'une activité minière présente ou passée⁹, ou dans le cadre de catastrophes technologiques¹⁰.

4 - Concernant donc plus spécifiquement l'intervention du FGAO dans le cadre de la loi Badinter, celle-ci est soumise aux conditions suivantes :

- **nature des faits** : le préjudice de la victime doit résulter d'un accident de la circulation et non d'un fait volontaire (exemple voitures béliers)
- **immatriculation du véhicule** : le véhicule à l'origine de l'accident est immatriculé en France ou dans un État non membre de l'Union Européenne
NB : s'il est immatriculé dans un État membre de la Communauté européenne autre que la France ou dans un État assimilé aux pays de l'Union européenne (Saint-Siège, Saint-Marin, Norvège, Suisse, Liechtenstein, Islande, Croatie), l'accident doit en principe être pris en charge par le Bureau Central Français
- **nationalité du demandeur** : la victime ou ses ayants droit doivent justifier :

.....

4 - L. n° 77-574, 7 juin 1977 : JO 8 juin 1977 p. 3155 ; D. n° 81-30, 14 janv. 1981 : JO 18 janv. 1981 p. 276.

5 - L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003 : JO 2 août 2003 p. 13256 ; L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010.

6 - L. n° 66-497, 11 juill. 1966 : JO 12 juill. 1966 ; D. n° 68-170, 19 févr. 1968 : JO 23 févr. 1968.

7 - L. n° 72-1130, 21 déc. 1972 : JO 22 déc. 1972 p. 13285 ; L. n° 74-909 du 30 oct. 1974 : JO 31 oct. 1974 p. 11085.

8 - L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003 : JO 2 août 2003 p. 13256.

9 - L. n° 2003-699, 30 juill. 2003 : JO 31 juill. 2003 p. 13026.

10 - L. n° 2003-699, 30 juill. 2003 : JO 31 juill. 2003 p. 13026.

- o soit qu'ils sont français
- o soit qu'ils ont leur résidence principale sur le territoire de la République française. La résidence principale se caractérise par une certaine stabilité (travail, affiliation à la sécurité sociale, durée des études...)
- o soit qu'ils sont ressortissants d'un État ayant conclu avec la France un accord de réciprocité et qu'ils remplissent les conditions fixées par cet accord
Les accords de réciprocité concernent la Suisse (dommages à la personne et aux biens des ressortissants et résidents principaux), la Tunisie et le Maroc (dommages à la personne des ressortissants seulement)
- o soit qu'ils sont ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou qu'ils ont leur résidence principale dans un de ces États
- **qualité de la victime** qui ne doit pas se trouver dans une situation excluant d'office son indemnisation :
 - o l'auteur de l'accident, son conjoint, ses ascendants et descendants
 - o les complices du vol, les personnes transportées sur l'animal ou la chose volée si le FGAO prouve leur complicité ou la connaissance du vol
- **droit à indemnisation** : la victime peut se voir opposer une réduction ou une exclusion de son droit à indemnisation, conformément aux dispositions de la loi du 5 juillet 1985
- **délai de saisine** : sous peine de forclusion, le demandeur doit :
 - o lorsque le responsable est connu, avoir conclu une transaction ou engagé une action judiciaire à l'encontre de l'auteur dans un délai de 5 ans à compter de l'accident et avoir saisi le Fonds de Garantie dans le délai d'un an à compter de la date de transaction ou de la décision judiciaire passée en force de chose jugée
 - o lorsque le responsable est inconnu, avoir saisi le Fonds de Garantie dans un délai de 3 ans à compter de l'accident et avoir conclu une transaction ou intenté une action judiciaire à son égard dans un délai de 5 ans à compter de la date de l'accident.

Sous réserve de ces différentes conditions, le FGAO est alors susceptible d'intervenir au titre de l'indemnisation de cette victime (ou de ses ayants droit) selon les mécanismes issus de la loi Badinter (en particulier la procédure d'offre à la victime prévue par l'article L. 211-9 du Code des assurances).

Mais, et c'est là qu'il se distingue des assureurs, sa spécificité réside dans le fait que son intervention est gouvernée par un principe de subsidiarité selon lequel « le fonds de garantie paie les indemnités allouées aux victimes qui ne peuvent être prises en

charge à aucun autre titre ». (article L.421-1 du Code des assurances.)

Ce principe se décline tant dans ses conditions d'intervention (I) en lui permettant de transférer la charge de l'indemnisation vers l'assureur d'un véhicule impliqué dans l'accident (A) ou de pouvoir bénéficier de règles procédurales spécifiques (B) que dans ses modalités d'indemnisation (II) avec la déduction des indemnités versées par les tiers payeurs (A) et la prise en compte de certaines prestations octroyées à un autre titre (B).

I. Le principe de subsidiarité dans l'intervention du FGAO

A. L'implication d'un véhicule tiers

5 - Si ce principe de subsidiarité résultait dans un premier temps d'un simple article réglementaire, c'est la loi du 5 juillet 1985, dans son article 9, qui en a permis la consécration législative.

Mais, le principal apport de cette loi pour le FGAO réside dans son article 1^{er} avec l'introduction de la notion d'implication et son corolaire l'obligation d'indemnisation à la charge du conducteur du véhicule simplement impliqué et donc de son assureur.

Auparavant, la jurisprudence reconnaissait au Fonds de Garantie le droit, en cas de pluralité de responsables de transférer la charge de l'indemnisation des victimes sur le responsable régulièrement assuré et par conséquent de son assureur par le biais de l'obligation *in solidum* des coresponsables et du caractère subsidiaire du Fonds de Garantie.

Avec la loi du 5 juillet 1985, pour se décharger de son obligation d'indemnisation, le FGAO n'avait plus besoin de prouver la coresponsabilité d'un véhicule tiers mais pouvait se contenter de prouver qu'un autre véhicule que celui non assuré ou ayant pris la fuite était impliqué dans l'accident. Il ne lui suffit plus qu'à démontrer qu'un autre véhicule est intervenu à **quelque titre que ce soit** dans la survenance de l'accident (article 1^{er} de la loi) quand bien même il n'aurait commis aucune faute de conduite.

La notion d'implication étant nettement plus large que celle de responsabilité, la Cour de cassation a été amenée à redéfinir le périmètre d'intervention du Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires par rapport à celui des assureurs.

6 - Ainsi, dans un arrêt du 20 juillet 1987¹¹ énonçant que la victime était passagère d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans l'accident, elle a mis le Fonds de Garantie hors de cause et retenu l'obligation d'indemnisation de ce passager par l'assureur du cyclomoteur.

Depuis, et dès lors qu'il existe dans un accident un véhicule impliqué régulièrement assuré, il appar-

.....

11 - Cass. 2^{ème} civ., 20 juill. 1987, n° 86-12.206.

tient à cet assureur de prendre en charge l'indemnisation des victimes, ayant la qualité de tiers au titre du contrat d'assurance (c'est-à-dire toutes les victimes hors le conducteur du véhicule assuré impliqué), et ce en dehors de toute notion de responsabilité.

De ce fait, les passagers du véhicule à moteur assuré et impliqué seront pris en charge par l'assureur de ce dernier, ainsi que les passagers transportés dans le véhicule de l'auteur responsable non assuré, ou inconnu.

7 - Mais l'implication d'un véhicule terrestre à moteur est beaucoup plus complexe et sujette à discussion lorsqu'il n'y a pas eu de choc entre la victime et le véhicule impliqué, et en particulier lorsque le FGAO considère que l'accident ne se serait pas réalisé sans l'intervention du véhicule concerné.

Une solution identique a été donnée plus récemment par la Haute cour dans deux arrêts (même affaire) du 11 septembre 2014¹² dans lesquels il n'y a pas eu contact entre la victime et le véhicule impliqué, mais sans l'intervention duquel l'accident ne se serait pas réalisé.

Les faits étaient les suivants : une personne conduisant sous l'empire d'un état alcoolique perd le contrôle de son véhicule et entre en collision avec un autre véhicule arrivant en sens inverse. Alors que les deux véhicules sont immobilisés sur les bas-côtés de part et d'autre de la chaussée, un riverain alerté par le bruit de la collision sort de chez lui pour proposer son aide, et se dirige avec le conducteur à l'origine de l'accident vers son véhicule immobilisé de l'autre côté de la route. En traversant la chaussée, il est percuté par un véhicule conduit par un conducteur non assuré. Grièvement blessé, il décèdera des suites de ses blessures.

La Cour de cassation a mis le FGAO hors de cause en retenant « qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, l'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation est subordonnée à l'implication du véhicule contre lequel elle agit ; que cette notion se définit comme l'intervention d'un tel véhicule dans la survenance de l'accident, d'une manière quelconque, à quelque titre que ce soit, même en l'absence de tout contact » ; que le second accident n'a été rendu possible que par l'existence du premier ; que la présence du piéton décédé sur les lieux est consécutive à l'accident survenu aux premiers véhicules ; que ces deux véhicules sont bien impliqués dans l'accident dont ce piéton a été victime ; que celui conduit par la conductrice non assurée l'est également, puisqu'il a directement heurté le piéton ; que leurs véhicules étaient impliqués dans l'accident ayant entraîné son décès ».

B. Des règles procédurales spécifiques

8 - À la différence de l'assureur qui est le garant de son assuré, le FGAO n'est pas tenu de la dette de

responsabilité de l'auteur non assuré ou non identifié à l'égard de la victime ou de ses ayants droit.

La mission du FGAO est d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation causés par un auteur non assuré ou inconnu. Cela ne le rend pas fictivement « l'assureur » de ces auteurs, à l'encontre desquels il exerce un recours après avoir indemnisé les victimes (articles L. 421-3 et R. 421-16 du Code des assurances).

9 - Dès lors qu'il existe un auteur identifié, seul ce dernier peut être assigné par la victime ou ses ayants droit. Toute assignation délivrée à l'encontre du FGAO est irrecevable. Le demandeur doit se contenter d'adresser au Fonds de Garantie une copie de l'acte introductif d'instance par lettre recommandée avec accusé réception (article R 421-15 du Code des assurances.)

La combinaison de l'absence de possibilité de citer le FGAO en justice en présence d'un auteur identifié et de l'exercice d'un recours à son encontre lui permet de bénéficier ainsi d'une sorte d'immunité.

10 - Dès lors, en aucun cas, l'intervention du FGAO ne peut motiver sa condamnation¹³. Il ne peut pas plus faire l'objet d'une condamnation conjointe ou solidaire avec le responsable, les tribunaux devant se borner à lui déclarer les condamnations prononcées à l'encontre de l'auteur opposable¹⁴.

De même, le simple fait de dire « engagée la garantie du Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires »¹⁵ ou « tenu à garantie »¹⁶ équivaut à une condamnation et encourt la cassation.

11 - En cas de décès d'un auteur non assuré, si ses ayants droit ont renoncé à la succession, les règles applicables sont celles des successions vacantes. La condamnation doit alors être prononcée contre le Service des Domaines et la décision déclarée opposable au Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires¹⁷.

II. Le principe de subsidiarité dans les modalités d'indemnisation du Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires

Il ne s'agit pas seulement de déduire des sommes au titre de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 mais de déterminer si la victime conserve des frais à charge après intervention d'un organisme.

12 - Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, n°13-22.104 et n° 13-23.444.

13 - Ch. mixte, 28 mai 1990, n° 88-86030.

14 - Cass., civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, n° 92-21279.

15 - Crim., 18 avril 1991, n° 90-83283.

16 - Ch. mixte, 28 mai 1990, *supra*.

17 - Cass., civ. 1^{ère}, 31 janvier 1989, n° 87-11009.

A. La déduction des indemnités versées par les tiers payeurs

12 - Ainsi, si le FGAO ne rembourse pas aux assureurs les indemnités qu'ils règlent à leurs assurés (ex : dommages matériels garantis par une garantie dommage), le FGAO ne rembourse pas non plus aux tiers payeurs les prestations qu'ils servent à la victime ou à ses ayants-droit (indemnités journalières, pension d'invalidité, rente accident du travail, allocation temporaire invalidité, capital décès, rente ayant-droit.)

Il en est de même pour les employeurs amenés à maintenir les salaires en cas d'arrêt.

13 - C'est au titre de ce principe de subsidiarité, qui fait que le FGAO ne paie aux victimes que les indemnités qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre, qu'il avait été amené à saisir la Cour de cassation d'un pourvoi dans une affaire dans laquelle une victime avait laissé prescrire à l'encontre de la sécurité sociale ses droits à bénéficier d'une rente accident du travail en ne se rendant pas aux multiples convocations du médecin de la caisse de sécurité sociale.

Ce faisant, la victime avait privé le FGAO de la possibilité de déduire cette rente accident du travail du poste de préjudice déficit fonctionnel permanent, remettant en cause son obligation subsidiaire.

Sur pourvoi du FGAO, la 2ème Chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision rendue le 5 octobre 2010¹⁸, a cassé l'arrêt d'appel qui avait refusé de tenir compte dans le règlement du préjudice de la victime de cette rente accident du travail potentielle, aux motifs qu'« en raison du caractère subsidiaire du FGAO, celui-ci n'est tenu d'indemniser la victime d'un accident de la circulation que dans la mesure où cette indemnisation n'incombe à aucune autre personne ou à aucun autre organisme ».

B. Le flou jurisprudentiel autour de la PCH

14 - La prestation de compensation du handicap est une aide personnalisée versée par le Conseil général au titre des articles L. 245-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles afin de permettre la prise en charge de dépenses liées au handicap.

Jusqu'en 2013, la Cour de cassation a considéré qu'en l'absence de recours subrogatoire contre la personne responsable, il n'y avait pas lieu de la déduire de l'indemnisation du poste d'assistance d'une tierce personne.

La victime pouvait alors cumuler deux prestations versées au titre de la solidarité nationale pour indemniser un seul et même préjudice.

Toutefois, comme le souligne le Professeur Groutel¹⁹ « si des prestations dont le caractère indem-

nitaire n'est pas douteux ne figurent pas dans le tableau légal (visé à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985), où le recours est fondé sur la subrogation, il s'ensuit un angle mort où se niche le débat entre le principe du non cumul des indemnisations et le caractère limité des tiers payeurs admis à recourir contre le responsable. ».

15 - C'est donc au nom de ce principe de subsidiarité, et dans le but d'éviter un cumul d'indemnisation, que le FGAO a fait reconnaître par la deuxième Chambre civile, le 16 mai 2013²⁰ que la prestation de compensation du handicap réparant les conséquences de l'accident est de nature indemnitaire et qu'elle devait donc nécessairement être déduite du préjudice de la victime :

« Vu les articles L. 245-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles, dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, applicables à l'espèce ; Attendu qu'il résulte de ces textes que la prestation de compensation du handicap, servie en exécution d'une obligation nationale de solidarité, qui est accordée sans condition de ressources, et dont le montant est fixé en fonction des besoins individualisés de l'allocataire, constitue une prestation indemnitaire ».

Cette position a également été retenue pour le FGTI dans le cadre des indemnités versées devant la Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions²¹ dans un arrêt également publié au bulletin.

16 - Depuis, dans un arrêt du 2 juillet 2015²² également publié au bulletin, la deuxième Chambre civile a maintenu sa position initiale pour les assureurs, garants de l'auteur responsable du dommage :

« Mais attendu que si c'est à tort que la cour d'appel se détermine ainsi et comptabilise dans une rubrique intitulée débours tiers payeur les sommes versées au titre de la prestation de compensation du handicap, alors qu'il résulte des articles 29 et 33 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que seules doivent être imputées sur l'indemnité réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime les prestations versées par des tiers payeurs qui ouvrent droit, au profit de ceux-ci, à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation et que la prestation de compensation du handicap non mentionnée par le premier de ces textes ne donne pas lieu à recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation, le moyen est inopérant, dès lors que la prise en compte de la prestation de compensation du handicap n'a eu, en l'espèce, aucune influence sur le montant des indemnités que les tiers responsables et leurs assureurs ont été condamnés à verser à la victime en raison du droit de préférence de la victime sur la dette du tiers responsable. »

La Chambre criminelle a toutefois jeté le trouble par un arrêt du 1^{er} septembre 2015²³ également publié au bulletin en refusant la déduction de cette prestation des indemnités versées par le F.G.A.O :

20 - Cass., civ. 2^{ème}, le 16 mai 2013, n° 12-18093, publiée au bulletin.

21 - Cass., civ. 2^{ème}, 13 février 2014, n° 12-23731.

22 - Cass., civ. 2^{ème}, 2 juillet 2015, n° 14-19797.

23 - Crim., 1^{er} septembre 2015, n° 14-82251.

18 - Cass., civ. 2^{ème}, 5 oct. 2010, n° 09-88.692.

19 - RCA, décembre 2013, comm. n° 370.

Attendu que, d'autre part, pour fixer l'indemnité due à M. Z... au titre du poste frais de tierce personne futurs, la cour d'appel a retenu que la prestation de compensation du handicap versée par le conseil général ne pouvait être prise en compte dès lors qu'elle n'entre pas dans la catégorie des prestations ouvrant droit à action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur mentionnées aux articles 29 et 32 de la loi du 5 juillet 1985 ;

17 - Au vu de la divergence existant entre les deux Chambres, il ne reste plus qu'à attendre une nouvelle saisine de la Chambre mixte afin de trancher cette question spécifique aux différents fonds d'indemnisation.

En effet, dernière spécificité du Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires par rapport aux autres fonds d'indemnisation évoqués dans le cadre de ce colloque, il est le seul à être soumis au bicaméralisme de la Cour de cassation.

Ainsi, quelques mois seulement²⁴ après avoir dû se prononcer sur l'exigence de la production du questionnaire pour qu'un assureur puisse soulever la nullité du contrat, la Chambre mixte va devoir à nouveau clarifier la jurisprudence de la Haute Chambre pour le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires.

.....

24 - Ch. mixte, 7 février 2014, n° 12-85107.

Le Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions¹

Nathalie Faussat

Directeur du Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions

La création du FGTI a procédé d'une volonté du législateur de garantir à une certaine catégorie de victimes la réparation intégrale des atteintes à la personne et les deux textes fondateurs sont les lois du 9 septembre 1986 créant le Fonds de Garantie des Victimes d'Actes de Terrorisme (FGVAT) et du 6 juillet 1990 transférant au Fonds la mission d'indemniser, devant les Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), les victimes d'infractions de droit commun². Le FGVAT est alors devenu le FGTI.

Présentation du FGTI

L'existence légale du FGTI résulte des dispositions de l'article L. 422-1 du code des assurances qui précise qu'il est doté de la personnalité civile.

Son financement provient d'un prélèvement sur les contrats d'assurance aux biens (3,30 euros par contrat depuis 2004 – montant fixé par arrêté du ministère de l'Économie et des Finances et porté à 4,30 euros à compter du 1^{er} janvier 2016 par arrêté du 30 octobre 2015).

Sa gouvernance est prévue à l'article R. 422-1 du code des assurances qui définit le nombre et la qualité des membres du conseil d'administration, nommés par arrêtés ministériels :

- un président (conseiller au conseil d'État ou à la Cour de cassation)
- un représentant de chacun des quatre ministères (Économie et Finances, Justice, Intérieur, Sécurité Sociale)
- trois personnes ayant manifesté leur intérêt pour les victimes
- un professionnel du secteur de l'assurance

L'article R. 422-3 du code des assurances prévoit le contrôle du ministère de l'Économie et des Fi-

nances par la nomination d'un commissaire du gouvernement.

Enfin, le FGTI est géré par le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO) selon une convention de gestion intervenue dès l'origine de la création du FGVAT.

Le FGTI s'est construit par strates successives, il est à ce jour en charge de quatre missions qui lui ont été confiées par quatre lois successives :

- la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a institué un Fonds de Garantie chargé de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme ;
- la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 a étendu la compétence de ce Fonds à l'indemnisation des victimes d'autres infractions ;
- la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 a mis en place une aide au recouvrement des dommages et intérêts pour les victimes d'infractions bénéficiaires d'une décision pénale définitive ;
- la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales³.

Les missions du FGTI et leurs frontières internes et externes

Les trois missions du FGTI

Schématiquement, le FGTI remplit deux missions d'indemnisation (les modalités étant différentes selon qu'il s'agit d'un acte de terrorisme ou d'une infraction de droit commun) et une mission intitulée d'aide au recouvrement (SARVI) qui est une mission d'aide à l'exécution des décisions définitives sur intérêts civils rendues par le juge pénal.

L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme se caractérise par la relation directe entre le FGTI et les victimes qui sont d'ailleurs signalées au Fonds de Garantie par les autorités (Procureur de la République ou ministère des Affaires Étrangères), à charge pour ses services de régler une provision et d'engager la procédure d'offre.

La procédure est par nature amiable et transactionnelle, ne devenant judiciaire que si, faute d'accord, la victime assigne le FGTI devant le tribunal de grande instance.

Le délai pour agir est le délai de droit commun en matière de dommage corporel (soit 10 ans à

1 - Ce texte reprend l'intervention orale du colloque du 12 octobre 2015 mais son contenu a été complété à raison notamment de la survenance des attentats du 13 novembre 2015.

2 - Cette mission était jusque-là assumée par l'État depuis la loi du 3 janvier 1977.

3 - Cette dernière mission en est à ses balbutiements : le décret d'application 2015-689 date du 15 juin 2015 et au 31 décembre 2015 le cumul des sommes reçues par le FGTI à ce titre est de l'ordre de 40 000 euros.

compter de la consolidation de la victime), délai augmenté en cas de décision pénale⁴.

Le FGTI répare intégralement les atteintes à la personne.

La prise en charge des victimes s'inscrit dans une action étatique plus globale, décrite par l'instruction interministérielle n° 860 du 6 octobre 2008 et révisée par l'instruction n° 5826 signée le 12 novembre 2015. Cette instruction a été mise en application immédiatement avec la constitution de la cellule interministérielle d'aide aux victimes (ou CIAV) des attentats du 13 novembre 2015 à laquelle le Fonds de Garantie a participé.

Les textes applicables :

L. 126-1, L. 422-1 à L. 422-3 du code des assurances
L. 211-15 à L. 211-18 du code des assurances
R. 422-6 à R. 422-8 du code des assurances

L
'in-
dem
ni-
satio
n
des
vic-

times d'infractions, a contrario, repose sur une procédure par nature judiciaire. L'indemnisation repose sur l'initiative de la victime à qui il appartient de saisir la juridiction spécialisée qu'est la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) présente dans chaque tribunal de grande instance.

Le délai pour agir est court (trois ans à compter de la commission de l'infraction) mais prorogé dès lors que des poursuites pénales sont engagées ; Par ailleurs, un relevé de forclusion peut être prononcé par la CIVI.

Le FGTI indemnise les victimes d'infractions de droit commun sur deux fondements juridiques distincts.

Si l'article 706-3 du code de procédure pénale consacre à la fois la réparation intégrale et l'obligation principale du Fonds vis-à-vis des victimes des atteintes à la personne les plus graves, l'article 706-14 du même code prévoit, pour les atteintes légères à la personne et certaines atteintes aux biens, une réparation subsidiaire, plafonnée, et

Les textes applicables :

Articles 706-3 à 706-15 et R. 50-1 à R. 50-28 du code de procédure pénale
L. 214-1 et L. 214-2 et R. 214-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire
L. 422-4 à L. 422-6 du code des assurances

sous conditions de ressources.

Enfin, de par son caractère judiciaire, et bien que la phase de conciliation obligatoire depuis 2005⁵ ait eu pour effet de « contractualiser » une grande majorité des indemnisations, l'application de ces

.....

4 - Loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012, article 5 modifiant L422-3 du code des assurances.

5 - Loi 2004-204 du mars 2005 – art 170 en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

règles juridiques spécifiques donne lieu à une jurisprudence relativement abondante.

L'aide au recouvrement, qui va au-delà de l'aide à l'exécution de la décision de justice dès lors que le FGTI règle tout ou partie de la créance de la victime, pourrait s'assimiler tout au moins partiellement à un dispositif d'indemnisation.

Du fait du grand nombre de dossiers⁶ pour lesquels la créance de la victime est inférieure à 1 000 euros, la provision réglée par le FGTI équivaut dans la majorité des cas au montant alloué par le juge pénal et constitue par conséquent une indemnisation définitive.

A contrario, les victimes qui sollicitent l'aide au recouvrement admettent mal que le Fonds de Garantie ne leur règle pas la totalité des sommes allouées par le juge pénal, ce qui confirme la dénaturation du dispositif... qui n'a pas eu pour effet de rendre les auteurs d'infractions plus solvables qu'ils ne l'étaient auparavant.

Les textes applicables :

Articles 706-15-1 et 706-15-2 du code de procédure pénale
L. 422-7 à L. 422-11 du code des assurances

L'articulation de ces trois missions entre elles

L'évidente proximité de ces trois missions nécessite d'évoquer leurs frontières respectives.

Les victimes d'actes de terrorisme ne peuvent être indemnisées devant la CIVI

L'article 706-3 du code de procédure pénale qui fonde l'éligibilité des victimes d'infractions au dispositif d'indemnisation qui leur est propre a expressément prévu l'exclusion légale des atteintes entrant dans le champ d'application de l'article L. 126-1 du code des assurances, lequel prévoit l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme.

Cette exclusion légale n'est pas bien connue car des saisines de la CIVI, par avocat, y compris dans des cas où une provision a été réglée et où la procédure d'offre a été initiée sur le fondement de la loi de 1986, sont encore à déplorer.

Les trames automatisées parfois reprises dans les arrêts de la cour d'assises spécialement composée peuvent également contribuer à égarer les justiciables, voire leurs conseils.

Les victimes qui bénéficient d'une aide au recouvrement ne peuvent être indemnisées devant la CIVI

De son côté, l'article 706-15-1 du code de procédure pénale réserve l'éligibilité à l'aide au recouvrement aux victimes dont le préjudice ne peut être indemnisé sur le fondement des articles 706-3 et 706-14 du même code.

.....

6 - Environ 70 % des dossiers d'aides au recouvrement portent sur des condamnations à des montants inférieurs ou égaux à 1 000 euros.

Le texte qui a confié cette mission au FGTI n'a cependant pas précisé les conditions dans lesquelles le demandeur d'une aide au recouvrement devait justifier ne pas pouvoir être indemnisé devant la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

Le Fonds de Garantie a fait le choix de ne pas exiger une décision de rejet de la CIVI pour admettre que le préjudice n'était pas indemnisable devant cette juridiction et de réorienter devant la CIVI les victimes relevant à l'évidence des dispositions de l'article 706-3 du code de procédure pénale.

Certains justiciables ont imaginé, après avoir saisi le FGTI d'une demande d'aide au recouvrement et obtenu le paiement de l'avance, de saisir une CIVI sur le fondement de l'article 706-14 du code de procédure pénale.

Le vide législatif sur le sujet a été comblé par deux arrêts successifs de la Cour de cassation qui a confirmé l'analyse faite par le FGTI et selon laquelle la victime qui sollicite le bénéfice de l'aide au recouvrement renonce à agir devant la CIVI⁷.

Les frontières entre les missions du FGTI et celles des autres fonds

La mission d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme est suffisamment spécifique pour ne pas connaître de question de concurrence de Fonds.

En revanche, le critère d'éligibilité retenu par l'article 706-3 du code de procédure pénale qui définit la cause du préjudice par des « faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction » est large et a amené le législateur à prévoir des exclusions.

En complément de l'exclusion relative aux actes de terrorisme, déjà abordée dans le cadre de l'articulation des missions du FGTI entre elles, l'article 706-3 contient l'exclusion des atteintes qui entrent dans le champ d'application du chapitre 1^{er} de la 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 et qui n'ont pas pour origine un acte de chasse ou de destruction des animaux nuisibles.

Il s'agit là de dommages qui ont vocation à être pris en charge par l'assurance, ou, à défaut d'assurance, par le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages.

Cette exclusion appelle deux remarques.

En premier lieu, l'exclusion au titre du chapitre 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 est plus large que celle des accidents causés par des véhicules terrestres à moteur. En effet, l'article 9 de la loi du 5 juillet 1985, compris dans le chapitre 1^{er} et codifié pour devenir L. 420-1 du code des assurances dont

7 - CCass – 2^{ème} chambre civile arrêt publié du 4 juillet 2013 (pourvoi n° 12-23621), confirmé par arrêt du 6 février 2014 (pourvoi n° 13-11735).

l'alinéa 3 dispose que le FGAO peut être amené à prendre en charge les dommages causés accidentellement par des personnes circulant sur le sol dans des lieux ouverts à la circulation publique.

Cette exclusion n'est pas toujours bien connue, ainsi qu'en témoignent les nombreuses décisions de la Cour de cassation rappelant que ni le passant blessé en marge d'une altercation sur la voie publique⁸, ni le piéton renversé par un cycliste⁹, ni le skieur percuté par un autre skieur¹⁰ ne peuvent être indemnisés par le FGTI sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale, et ce même si l'infraction de blessures involontaires a été retenue.

Par ailleurs, les victimes d'accidents de la circulation survenus à l'étranger peuvent, dès lors que la loi de 1985 n'est pas applicable et sous réserve qu'il soit établi qu'une infraction est à l'origine de leur dommage¹¹, être indemnisées sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale.

Une exclusion légale supplémentaire a été introduite par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, la création du Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA) ayant été accompagnée d'une exclusion de ces dommages du champ de compétence des CIVI et donc du FGTI.

En revanche la création de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) par la loi du 4 mars 2002 ne s'est pas traduit par une exclusion légale du dispositif d'indemnisation des victimes d'infractions.

Une victime d'accident médical fautif, sous réserve que cette faute présente le caractère matériel d'une infraction, peut donc être indemnisée par le FGTI.

Un fait présentant le caractère matériel d'une infraction

Le principe du dispositif d'indemnisation des victimes d'infractions par le FGTI repose sur la possibilité, pour une juridiction civile (la CIVI), de reconnaître à un demandeur à l'indemnisation la qualité de victime d'infraction.

Cette qualité repose sur le critère légal issu de l'article 706-3 du code de procédure pénale qui est le fait qui présente « le caractère matériel d'une infrac-

8 - CCass 2^{ème} chambre civile 8 janvier 2009 pourvoi n° 07-21828.

9 - CCass 2^{ème} chambre civile 3 mars 2011 pourvoi n° 09-70680.

10 - CCass 2^{ème} chambre civile 16 juin 2011 pourvoi n° 10-23488.

11 - Il convient de souligner que, par dérogation à la règle d'application de la loi du lieu du délit, la loi française s'appliquera, la Cour de cassation reconnaissant à la législation française relative à l'indemnisation des victimes devant la CIVI le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger (arrêt publié 2ème chambre civile 3 juin 2004, 02-12989).

tion » dont il doit être établi qu'il est la cause du dommage.

L'autonomie dont jouit la CIVI trouve cependant sa limite en présence d'une décision du juge pénal, laquelle a, au civil, l'autorité absolue quant à l'existence de l'infraction.

Il résulte de ce principe que, dès que le juge pénal est entré en voie de condamnation, cette décision lie la CIVI à deux titres.

La condition exigée d'un fait présentant le caractère matériel d'une infraction est nécessairement remplie et la qualification retenue par la juridiction répressive s'impose à la CIVI¹².

En l'absence de condamnation pénale, il appartient au demandeur à l'indemnisation de rapporter la preuve du caractère matériel de l'infraction, la gravité du dommage ne suffisant pas à elle seule à l'établir.

Ainsi, la Cour de cassation, à l'occasion de procédures en indemnisation initiées alors que la procédure pénale s'était achevée par un non-lieu¹³ a pu estimer que la condition posée par l'article 706-3 du code de procédure pénale n'était pas remplie, même dans des cas d'accidents mortels causés par la chute d'un frêne considéré comme dangereux car malade¹⁴, par un crash aérien¹⁵, par une chute à ski sur une piste non damée dans un domaine skiable¹⁶.

Il convient de signaler également un arrêt récent relatif à un accident de la circulation à l'étranger. La Cour de cassation confirme qu'il ne peut être considéré que, parce qu'il y a eu accident, il y a nécessairement faute constitutive d'une infraction de blessures involontaires¹⁷.

Enfin, et si la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur les éventuelles conséquences, sur la procédure en indemnisation, d'une décision de relaxe¹⁸, l'année 2015 a été marquée par deux arrêts de principe intervenus alors que la procédure pénale avait donné lieu à des décisions d'acquiescement.

La première espèce concerne le cas d'un gardé à vue mortellement blessé, alors qu'il s'évade, par le tir d'un gendarme.

La cour d'assises a prononcé un acquiescement à raison de l'irresponsabilité pénale résultant des dispositions de l'article 122-4 du code pénal¹⁹.

Par un arrêt publié du 26 mars 2015²⁰, la Cour de cassation a affirmé que ne présentaient pas le caractère matériel d'une infraction, au sens des dispositions de l'article 706-3 du code de procédure pénale, les faits pour lesquels leur auteur bénéficie de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-4 alinéa 1 du code pénal, selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

Cette décision a été rendue postérieurement à la condamnation de la France, dans la même affaire, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour violation de l'article 2 de la Convention à raison du recours à la force meurtrière²¹.

Le deuxième arrêt est intervenu dans une affaire qui avait donné lieu à des poursuites pour viol et où l'accusé a été définitivement acquitté par la cour d'assises.

La cour d'appel avait admis un droit à indemnisation au motif que, si la cour d'assises avait pu considérer que l'accusé n'avait pas eu conscience du désaccord de la victime, les faits présentaient cependant le caractère matériel d'un viol.

La Cour de cassation a censuré cette décision dans un arrêt publié²² qui rappelle que les décisions pénales ont, au civil, autorité absolue relativement à ce qui a été jugé quant à l'existence de l'infraction et à la culpabilité de la personne poursuivie.

Il résulte de ces jurisprudences que le fait présentant le caractère matériel d'une infraction n'est donc pas une notion réductible à celle de l'élément matériel de l'infraction.

Pour terminer, il convient d'évoquer l'autonomie de la CIVI quant à l'évaluation du préjudice.

La procédure pénale n'est pas opposable au Fonds de Garantie et le juge pénal fixe la créance de la victime au contradictoire de l'auteur de l'infraction.

La CIVI est seule compétente pour fixer la créance indemnitaire de la victime à l'égard du Fonds de Garantie.

Cette compétence exclusive, qui donne à la CIVI toute latitude pour apprécier le préjudice indemnifiable, au-delà des règles de procédure et notamment

12 - Jurisprudence constante – récemment CCass 2^{ème} chambre civile 30 avril 2014 pourvoi n° 13-18406 et 2 juillet 2015 pourvoi n° 14-22112.

13 - Rappelons que cela signifie qu'il n'y a lieu à poursuivre contre quiconque et non pas que les faits n'ont pas eu lieu.

14 - CCass 2^{ème} chambre civile 22 mai 2014 pourvois n° 13-16011 et 13-16014.

15 - CCass 2^{ème} chambre civile 12 juin 2014 pourvoi n° 13-19529.

16 - CCass 2^{ème} chambre civile 3 juillet 2014 pourvoi n° 13-21991.

17 - CCass 2^{ème} chambre civile 21 mai 2015 pourvoi n° 14-18387.

18 - CCass 2^{ème} chambre civile 13 décembre 2012 pourvoi n° 11-27212 et 3 octobre 2013 pourvoi n° 12-24451.

19 - « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. »

20 - Pourvoi n° 13-17257.

21 - Arrêt du 17 avril 2014 affaire Guerdner et autres c. France requête n° 68780/10.

22 - CCass 2^{ème} chambre civile 21 mai 2015 pourvoi n° 14-18339.

du respect du contradictoire, s'explique par la philosophie d'un dispositif d'indemnisation qui ne fait cependant pas du Fonds de Garantie le civilement responsable des auteurs d'infractions.

L'activité du FGTI en 2015

Indemnisation des victimes d'actes de terrorisme :

- nombre de dossiers ouverts : 1 022
- montants réglés : 23, 4 millions d'euros (dont 12 millions d'euros aux victimes des attentats du 13 novembre 2015)

à comparer avec 99 dossiers ouverts et 6,5 millions d'euros réglés en 2014

Indemnisation des victimes d'infractions devant la CIVI :

- nombre de dossiers ouverts : 15 381
- montants réglés : 271,8 millions d'euros

Aide au recouvrement :

- nombre de dossiers : 60 521
- montants réglés : 33,6 millions d'euros

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Le fonds de garantie des dommages médicaux

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences-Po Paris, Institut de Droit de la Santé, UMR S 1145

La loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 portant loi de finances pour 2012 a créé un « *fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral* ». Le législateur entendait ainsi répondre à la demande des obstétriciens, chirurgiens et anesthésistes qui dénonçaient les « trous » que les lois du 4 mars et du 30 décembre 2002 avaient ouverts dans la couverture d'assurance de leur responsabilité civile professionnelle. Cependant, le syndicat qui représente ces professions médico-chirurgicales, « Le Bloc », demande aujourd'hui une révision de la rédaction des dispositions relatives aux conditions d'intervention de ce fonds, telles qu'elles ont été codifiées à l'article L 426-1 du code des assurances.

Pour comprendre le sens de cette nouvelle revendication, il est sans doute nécessaire de présenter successivement les deux raisons pour lesquelles ledit fonds fut créé, avant d'examiner les corrections à apporter au texte précité adopté en 2011. Mais, auparavant, il convient de préciser que nous avons été pendant plus de dix ans le conseil juridique des praticiens de santé concernés par cette réforme à laquelle nous avons déjà consacré plusieurs publications¹.

I. Les problèmes nés de la légalisation des plafonds de garantie

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite Kouchner, du nom du ministre de la santé qui la défendit au Parlement, a créé un Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM, article L. 1142-22 du code de la santé publique, CSP), qui est un établissement public, financé principalement par l'assurance maladie, pour prendre en

charge l'indemnisation des patients victimes des accidents médicaux les plus graves et non fautifs.

Les praticiens libéraux demeurent bien entendu responsables de leurs fautes et la loi précitée du 4 mars 2002 a rendu obligatoire l'assurance responsabilité civile professionnelle (RCP) des professionnels de santé afin de garantir leur solvabilité, mais en cas de manquement à cette obligation d'assurance, l'ONIAM indemnise les patients et se retourne contre les praticiens défaillants, l'office étant subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre la personne responsable du dommage (art. L. 1142-15 CSP).

D'autre part, la loi a posé le principe selon lequel les contrats d'assurance de la RCP médicale « peuvent prévoir des plafonds de garantie », sachant que « les conditions dans lesquelles le montant de la garantie peut être plafonné pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral, notamment le montant minimal de ce plafond, sont fixées par décret en Conseil d'État. » (art. L. 1142-2 CSP). Cette disposition avait été présentée par les pouvoirs publics comme un progrès au motif que la loi garantissait ainsi aux médecins une couverture assurancière minimale. Or, en réalité, dans leur grande majorité, les contrats d'assurance RCP médicale ne comprenaient pas à l'époque de plafond de garantie, de sorte que la loi, en les autorisant expressément, a permis leur généralisation.

Le décret d'application de cette disposition législative, codifié aujourd'hui à l'article R. 1142-4 CSP (cf. *infra*), avait fixé le plafond à 3 millions d'euros (M€) par sinistre et 10 M€ par année d'assurance (dans l'hypothèse où un même praticien est plusieurs fois condamné la même année). Et la loi ne prévoyait aucun mécanisme de mutualisation en cas de dépassement de ces plafonds.

Malheureusement, dans certains cas, les indemnisations accordées par les juridictions pouvaient dépasser ces plafonds d'assurance, notamment lorsque la victime du dommage était un nouveau-né. Ainsi, en cas de dommages subis par un enfant lors d'un accouchement, l'indemnisation est fixée et régulièrement revalorisée par les juridictions lorsque la victime devient adulte et qu'il est alors possible de savoir si elle aura besoin ou non de l'assistance d'une tierce personne pour le reste de sa vie. Or, grâce aux progrès de la médecine, l'espérance de vie des personnes handicapées à la naissance est désormais comparable à celle des personnes sans handicap. Les dommages-intérêts alloués pour compenser le coût du handicap sont donc d'autant plus élevés qu'ils tiennent compte de l'espérance de vie de la victime. Dans ces conditions, et compte tenu notamment de l'inflation, les dommages-intérêts définitivement arrêtés peuvent s'élever à des sommes considérables dépassant de plusieurs millions d'euros les plafonds

1 - Rémi Pellet (dir.), *Responsabilité, assurance et expertise médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008). Propositions de réforme*, Dalloz, 2008 ; « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », *Revue de droit sanitaire et social*, jan.-février 2010, pp. 94-103 ; « Finances publiques et responsabilité médicale » in Coll. *Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, 2011, pp. 409-422 ; « Propositions d'amendements au projet de loi de modernisation de notre système de santé », *Revue du Syngof*, n°101, juin 2015.

réglementaires de la garantie d'assurance de la RCP médicale.

Certes, les assureurs pouvaient proposer des contrats couvrant des montants plus importants que ceux que le pouvoir réglementaire avait fixés mais ils exigeaient alors des praticiens le paiement de primes d'assurance plus importantes, alors que ces derniers ne pouvaient pas savoir si les limites fixées par les pouvoirs publics étaient suffisantes ou non. Ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire n'avait prévu de dispositif de nature à informer les praticiens sur les dommages intérêts alloués par les juridictions aux victimes des dommages médicaux.

D'autre part, la loi du 4 mars 2002 dispose que lorsqu'un praticien a « sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance couvrant en France les risques de responsabilité civile » et s'est vu « opposer deux refus », il peut alors « saisir un bureau central de tarification » (BCT) lequel « a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé » et le BCT « peut, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, déterminer le montant d'une franchise qui reste à la charge de l'assuré » (art. L. 252-1 du code des assurances, C. Ass.). Mais, dans cette hypothèse, le BCT fixe la prime pour un contrat *qui limite l'assurance aux plafonds réglementaires* : les praticiens concernés ne sont donc pas couverts au-delà de ces plafonds.

De surcroît, les professionnels de santé ne peuvent saisir le BCT lorsqu'ils se voient proposer des contrats pour des primes vertigineuses, disproportionnées : le BCT ne considère pas qu'une proposition de prime manifestement excessive est un refus d'assurance. Les praticiens concernés peuvent être ainsi victimes d'un détournement de procédure.

Et aux défauts de la loi du 4 mars 2002 se sont ajoutés ceux de la loi du 30 décembre 2002.

II. Les problèmes nés du changement du système d'assurance

Sous la pression des assureurs, la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 dite About² a substitué au système d'assurance dit « en fait générateur », selon lequel l'assureur est celui dont le contrat était en vigueur lors de la survenance du fait générateur du dommage, le système dit « en base réclamation » où l'assureur concerné est celui dont le contrat est en vigueur à la date de la réclamation de la personne qui s'estime victime d'un dommage.

Cette loi n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel car les assureurs avaient prévenu qu'en cas d'annulation ils se retireraient du marché de la RCP médicale, au risque de bloquer ainsi le fonctionne-

ment du système de santé libéral. Or la loi About a consacré un principe que la Cour de cassation et le Conseil d'État avaient condamné en tant qu'il est une forme d'enrichissement sans cause.

En effet, dans le passé, certains assureurs avaient tenté d'introduire un tel dispositif dans des contrats mais, dans sept arrêts rendus le même jour, le 19 décembre 1990³, la première chambre civile de la Cour de cassation avait condamné le système de la base réclamation au motif qu'il aboutissait « à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu les primes sans contrepartie » en contradiction donc avec l'article 1131 du code civil qui dispose que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir d'effet ». Dans la mesure en effet où l'assureur est légalement tenu, selon la Cour, de couvrir l'assuré pendant toute la durée de la responsabilité, pour les faits dommageables nés pendant la période d'application du contrat mais qui peuvent n'être connus qu'après la fin du contrat, il n'y avait aucune raison pour que l'assuré fût tenu de payer une prime supplémentaire pour couvrir les hypothèses où la réclamation de la victime est formulée après l'échéance du contrat.

Pareillement, concernant des régimes d'assurance obligatoires créés par le pouvoir réglementaire, le Conseil d'État, dans sa décision CE 29 décembre 2000, *Beule* (Rec. p. 655)⁴ avait jugé que ce type de clause était illégal car elle aboutissait « à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable » et conduisait « à créer un avantage illicite dépourvu de cause ». Et, à la suite de cette décision du juge administratif, les pouvoirs publics avaient pris plusieurs décrets et arrêtés entre 2010 et 2012 qui abrogeaient, pour les assurances obligatoires concernées, le système de « la base réclamation » qui est précisément celui qui a été consacré par la loi About, sur laquelle le Conseil constitutionnel n'eut pas à se prononcer, faute d'avoir été saisi par des parlementaires...

De surcroît, cette loi n'a pas mis un terme à la croissance des primes, comme l'avaient pourtant promis les assureurs⁵, et, surtout, elle a créé un problème majeur pour les praticiens qui approchent de l'âge de la retraite. En effet, elle a prévu que la couverture d'assurance RCP médicale cesse dix ans après la cessation définitive d'activité du médecin ou son décès.

Certes, depuis la loi du 4 mars 2002 précitée, « les actions tendant à mettre en cause la responsabi-

3 - Sept espèces : Cass. 1ère civ. 19 décembre 2000, Baumgartner c/ Nothorn Insurance Compagnie Ltd et autres, *Bull. civ. I*, n°303; etc.

4 - *JCP*, 2001, n°II, 10486, note J. Bigot et F. Vincent ; *RGDA*, 2001, n°97, note F. Vincent ; *Dalloz*, 2001, n° 1265, note Y. Lambert-Faivre ; *Resp. civ. et ass.*, 2001, comm. 166, note H. Groutel ; *Cl. Delpoux*, « Durée de la garantie dans les assurances de la responsabilité civile réglementées : un nouveau cas d'insécurité », *RGDA*, 2001, p. 33.

5 - Cf. nos publications précitées.

2 - Du nom du président de la Commission des affaires sociales de l'époque, M. Nicolas About, qui porta « politiquement » une proposition de loi élaborée entre les assureurs et le ministère des Finances.

lité 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 », mais c'est « à compter de la consolidation du dommage » : or, il n'est pas rare que la consolidation intervienne bien longtemps après que le dommage s'est produit. Une plainte peut donc être portée après l'expiration du dernier contrat d'activité. Ce risque est aggravé lorsque la victime du dommage médical est un enfant. En effet, la prescription ne commence qu'à la date de la majorité de l'enfant de sorte que tous les praticiens qui réalisent des actes « invasifs » sur un enfant ou la mère qui le porte étaient désormais exposés à une durée de responsabilité et donc d'insécurité juridique nettement supérieure à dix ans.

La couverture d'assurance des praticiens libéraux était donc doublement « trouée » : en cas de dépassement des plafonds ; en cas de plainte déposée après les dix ans suivant leur cessation d'activité.

Les obstétriciens qui étaient les praticiens les plus menacés par ces risques entamèrent alors un combat pour que le législateur comble les trous qu'il avait créés. Mais ils se heurtèrent à l'opposition systématique des représentants des assurances qui pouvaient profiter de l'insécurité juridique née des deux lois de 2002 pour vendre aux médecins des couvertures complémentaires. Et les gouvernements successifs, de droite comme de gauche, refusèrent longtemps de prendre toute initiative positive en la matière.

Il fallut attendre 2009 pour que fût adopté l'article 44 de la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2012 qui prévoyait une limitation de la faculté d'action récursoire de l'ONIAM lorsqu'il devait intervenir contre les praticiens libéraux dans les hypothèses d'épuisement ou d'expiration de leurs garanties d'assurance. Cependant ce texte était rédigé de façon aberrante⁶ et laissait perdurer des risques d'insécurité juridique pour les praticiens concernés. La création d'un fonds de garantie *ad hoc* par la loi du 28 décembre 2011 précitée était censée régler définitivement le problème. Hélas, les espoirs furent une nouvelle fois déçus...

III. La persistance d'un risque de ruine malgré la création du fonds de garantie des dommages médicaux

Le fonds de garantie créé par la loi de finances pour 2012, financé par une contribution forfaitaire annuelle à la charge des professionnels de santé libéraux, doit prendre en charge la part des indemnités allouées aux victimes et, en cas de décès, à leurs ayants droit, qui dépasse le montant minimal d'un plafond fixé par décret ou, s'il est supérieur, du plafond de garantie prévu par le contrat d'assurance.

De plus, le décret n° 2011-2030 du 29 décembre 2011, codifié à l'article R. 1142-4 CSP, a relevé les plafonds réglementaires de garantie à 8 M€ par sinistre et 15 M€ par année d'assurance, sachant que ces dispositions « *sont applicables aux contrats conclus, renouvelés ou modifiés à compter du 1^{er} janvier 2012.* ». La loi de finances pour 2012 a en effet prévu que l'intervention du fonds est limitée aux cas des sinistres faisant l'objet d'une réclamation « *mettant en jeu un contrat d'assurance conclu, renouvelé ou modifié à compter du 1^{er} janvier 2012.* ».

En clair, comme l'a confirmé la Direction générale du Trésor dans une lettre adressée au « Bloc » (cf. *supra*) le 1^{er} février 2016, « si une réclamation a été portée contre un praticien avant le 1^{er} janvier 2012, ou en 2012 avant la date de conclusion, de renouvellement ou de modification du contrat d'assurance, le fonds ne peut intervenir au titre du dépassement du plafond de garantie » et « si un praticien a cessé toute activité avant 2012 et qu'une réclamation intervient avant que la subséquente n'ait expiré, le fonds ne prendra pas en charge le sinistre au titre du dépassement du plafond de garantie » car « il n'intervient qu'en cas de dépassement des nouveaux plafonds et le contrat d'assurance continue à produire ses effets au titre de la garantie subséquente mais avec les plafonds initiaux ».

Malheureusement, ces hypothèses ne sont pas théoriques : plusieurs obstétriciens sont aujourd'hui menacés de ruine car ils ont fait l'objet de réclamations déposées avant 2012 et pour lesquelles les juges ne fixeront le montant définitif de l'indemnisation que dans plusieurs années, à la majorité des victimes des dommages. Pour les raisons que nous avons indiquées *supra* - espérance de vie des enfants handicapés, effets de l'inflation pendant cette période - les dommages-intérêts qui seront définitivement arrêtés pourront s'élever à des sommes considérables qui dépasseront de beaucoup les plafonds de couverture d'assurance en vigueur au moment où les réclamations ont été portées, alors que le Fonds de garantie ne pourra pas intervenir parce que chacune de ces affaires exceptionnelles ne met pas en jeu un contrat « *conclu, renouvelé ou modifié à compter du 1^{er} janvier 2012.* ».

Il convient de souligner de surcroît que le « trou de garantie » peut naître du dépassement du plafond fixé dans les contrats des compagnies désignées par le BCT lorsqu'il a été saisi par des praticiens qui avaient fait l'objet d'au moins deux refus d'assurance (cf. *supra*).

Le risque de ruine auquel sont exposés plusieurs obstétriciens ne repose sur aucune logique, alors surtout que la création du Fonds de garantie avait précisément pour objectif d'éviter de telles situations qui peuvent s'avérer dramatiques pour les praticiens concernés et leurs familles. C'est la raison pour laquelle en 2015 nous avons proposé aux parlementaires de déposer des amendements au projet de loi dit « de modernisation de notre système de santé » alors en discussion au Parlement afin d'étendre le champ d'intervention du Fonds de garantie pour qu'il couvre les contrats conclus, renouvelés ou modifiés à compter non plus du 1^{er} janvier 2012

6 - Cf. notre article précité, « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics ».

mais du 5 septembre 2001, date de prise d'effet de la loi précitée du 4 mars 2002.

Mais le gouvernement fit obstacle à l'adoption de cette réforme alors qu'elle n'aurait rien coûté à la collectivité publique puisque le Fonds de garantie est financé par les seuls praticiens libéraux. La ministre socialiste s'est contentée de reprendre à son compte les arguments de la très libérale Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) qui déclarait s'opposer à l'amendement au motif qu'il aurait pour effet de remettre en cause l'équilibre financier du fonds.

Évidemment, il est permis de se demander si des assureurs privés sont bien placés pour apprécier le rôle que doit jouer un fonds créé par la loi et qui est financé par les seuls professionnels libéraux pour prendre en charge les indemnités que ces mêmes assureurs privés sont incapables de garantir.

Il convient de rappeler d'abord que la LF pour 2012 prévoyait qu'« avant le 31 décembre 2014, le Gouvernement présente au Parlement un rapport d'étape de l'application de l'article L. 426-1 du code des assurances, analysant, en particulier, l'adéquation du montant de la contribution affectée au fonds pour couvrir les indemnisations dont il est susceptible d'avoir la charge. Avant le 31 décembre 2016, il établit le bilan définitif du dispositif proposé pour en évaluer l'intérêt en le comparant à d'autres mécanismes possibles de prise en charge. ».

Malheureusement, le gouvernement n'a pas présenté le rapport d'application que la loi lui faisait obligation de produire avant la fin de l'année 2014. Cette carence est regrettable mais il était bien facile de démontrer que les propos de la FFSA étaient totalement infondés et n'auraient pas dû être repris par la Ministre :

1° la prise en charge par le fonds des dépassements de plafond s'étalerait sur de longues années car les indemnités sont allouées au fur et à mesure de l'évolution de la vie de la personne qui fut accidentée au moment de l'accouchement ;

2° L'équilibre du fonds ne souffrirait pas du sauvetage des dix praticiens aujourd'hui menacés de ruine. En effet, dans l'état actuel du droit, le fonds couvre les indemnisations au-delà de 8 M€ ; comme les sinistres donnent lieu au versement de rentes et non d'un capital et que ces rentes s'élèvent au maximum à 200 000 € par an, les premiers versements du fonds n'auraient lieu que dans 40 ans ; comme le fonds encaisse annuellement 15 M€, en quatre décennies il aura accumulé 600 M€ ; la prise en charge des indemnisations au-delà de 3 M€ ne représenterait par personne que 3,4 M€ en moyenne – selon l'évaluation des actuaires de l'un des assureurs – et donc au total n'excéderait pas 40 M€ pour les dix praticiens aujourd'hui menacés de ruine ;

3° Dans les quatre décennies à venir, les pouvoirs publics seront amenés à adapter les cotisations en fonction des évolutions de l'inflation et des dépenses de sorte que l'équilibre financier du fonds est nécessairement garanti : il n'y a donc aucun risque de rupture brutale de cet équilibre ;

4° Les finances publiques gagneraient également à ce que le champ d'intervention du fonds soit étendu. En effet, du fait des défauts de la législation actuelle, des assureurs recommandent aux praticiens qui ne pourraient pas bénéficier du fonds d'organiser leur insolvabilité. Et, en tout état de cause, compte tenu des sommes en jeu, le patrimoine des praticiens concernés ne peut couvrir les sommes dues au titre de la réparation des dommages. Dans ces conditions, les victimes peuvent se tourner vers l'ONIAM pour qu'il prenne en charge la part des indemnités qui n'est pas couverte par les praticiens et leurs assureurs. Mais alors que le fonds est financé par des cotisations des médecins, l'ONIAM est financé, lui, par l'assurance maladie. La limitation du champ d'intervention du fonds créé en 2012 est donc contraire à l'intérêt bien compris de l'assurance maladie et donc des finances publiques.

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Solidarité nationale et mise en œuvre du principe de réparation intégrale

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences en droit privé, HDR, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

L'analyse de la mise en œuvre du principe de réparation intégrale dans le cadre d'une prise en charge par la solidarité nationale ne peut se faire sans que ne soit au préalable rapidement présenté l'avènement du dogme de la réparation intégrale¹, dit aussi principe de *full compensation*. Fonds pas fonds, sera ensuite proposée une analyse de sa mise en œuvre.

La jurisprudence française a posé les bases de la reconnaissance du principe de réparation intégrale, pour la première fois, dans un arrêt du 28 octobre 1954, de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation².

Il faudra cependant attendre plus de 20 ans pour que ce principe soit consacré dans l'article 1^{er} de la Résolution 75-7 du Conseil de l'Europe selon lequel « Compte tenu des règles concernant la responsabilité, la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être remplacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit »³.

Si cet idéal constitue la clef de voûte de notre système d'indemnisation, il n'a pourtant été officialisé dans aucun texte de notre dispositif législatif national. Le projet de réforme de la responsabilité

civile, dit projet Terré⁴, préconisait dans son article 49⁵ d'inscrire le principe dans la loi, mais cette proposition n'a pas été suivie puisque le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations s'est contenté de reprendre à droit constant les articles 1382 à 1386-18 du Code civil⁶.

La mise en œuvre de ce principe suppose le refus de tout enrichissement de la victime ce qui implique la compensation de « tout le préjudice mais rien que le préjudice ». Le principe indemnitaire constitue la traduction juridique de cette célèbre formule.

Afin de réaliser l'objectif fixé, les juges doivent mettre en œuvre une appréciation *in concreto* des préjudices constatés et dès lors rejeter toute évaluation forfaitaire⁷.

Les magistrats n'ont pas à contrôler l'utilisation des fonds alloués à la victime, celle-ci en conservant la libre disposition. Une décision de cour d'appel a ainsi été cassée parce qu'elle subordonnait l'indemnisation des frais d'adaptation du logement et du véhicule au handicap à la fourniture de factures acquittées⁸. Un arrêt du 2 juin 2015⁹ a récemment permis de rappeler que « la victime d'un accident de la circulation n'a pas à produire de justificatifs pour obtenir l'indemnisation des dépenses de santé futures qu'elle devra exposer à la suite de l'accident, le principe de la réparation intégrale n'impliquant pas de contrôle par le débiteur de l'utilisation des fonds alloués au titre de la créance de réparation ». Il appartient dès lors aux juges de procéder à la capitalisation des frais futurs en déterminant le coût des appareillages et la périodicité de leur renouvellement.

Si le principe de réparation intégrale est aujourd'hui admis de tous, sa mise en œuvre reste néanmoins délicate. Dans une belle formule très réaliste, Dintilhac a d'ailleurs parlé d'une « utopie

1 - Sur la question notamment : C. Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2002 ; X. Pradel, Le préjudice dans le droit de la responsabilité, préface P. Jourdain, LGDJ, 2004.

2 - Cass., civ. 2^{ème}, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, note Savatier : « Le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». Dans cette décision la Cour de cassation en déduit d'ailleurs que « le droit au remboursement des frais de remise en état de la chose endommagée n'a d'autre limite que sa valeur de remplacement ».

3 - Pour une étude comparative de l'application de ce principe en droit européen : La réparation intégrale en Europe, Étude comparative des droits nationaux, sous la direction de Ph. Pierre et F. Leduc, éd. Larcier, 2012 ; Ph. Pierre, La réparation intégrale en Europe, RLDC déc. 2013, suppl. au n° 110, p. 29.

4 - Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré. Consultable à partir du lien suivant : <https://www.courdecassation.fr/IMG///reforme-droit-RC.pdf>.

5 - Article 49 : « La victime d'un dommage peut en général demander réparation de son entier préjudice, selon les règles et sous les distinctions énoncées ci-après. La réparation tend à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si le dommage ne lui avait pas été causé ; il ne peut en principe en résulter pour lui ni perte ni profit ».

6 - Projet consultable à partir du lien suivant : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

7 - Par ex : Crim., 4 février 1970, D. 1970, p. 333 : les juges « ne sauraient se référer, dans une espèce déterminée, à des règles établies à l'avance pour justifier leur décision ».

8 - Cass., civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. n° 391.

9 - Crim., 2 juin 2015, Gilles X contre Ste Axa France, pourvoi n° 14-83.967.

constructive »¹⁰. L'argent ne peut en effet remplacer un être cher ou un bras amputé et l'appréciation des dommages est nécessairement subjective, le caractère intégral ne pouvant être qu'un objectif à atteindre. D'un acteur d'indemnisation à l'autre, le niveau des prestations octroyées peut dès lors varier sans que cela ne conduise pour autant à remettre en cause le caractère intégral de l'indemnisation la moins généreuse. Pour autant, les disparités de mise en œuvre du principe de réparation intégrale par les différents fonds d'indemnisation peuvent malheureusement conduire à relativiser la portée de cette belle utopie constructive, la réparation n'étant pas toujours aussi intégrale qu'annoncée...

Si l'on saisit aisément les raisons financières qui expliquent les diverses restrictions indemnitaires exposées plus loin et s'il faut également être conscient de la chance que représente la multiplication de ces fonds en France, dans un souci de transparence à l'égard des victimes, on entend ici montrer les réalités de la prise en charge qui n'est pas toujours aussi intégrale qu'annoncée¹¹. Pour ce faire un audit de la mise en œuvre du principe de réparation intégrale sera réalisé en envisageant successivement les différents fonds d'indemnisation.

I. Le FGAO

Le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO) a succédé depuis une loi du 1^{er} août 2003¹² au Fonds de Garantie Automobile (FGA) institué en 1951. Si les compétences de ce fonds ont progressivement été accrues son activité première reste la prise en charge des victimes d'accidents de la circulation¹³.

Le fonds de garantie automobile s'avère être le bon élève des différents fonds en matière d'application du principe de la réparation intégrale.

L'affirmation de l'application de ce principe n'est pourtant qu'implicitement posée par les textes organisant ce dispositif d'indemnisation solidaire. L'article R.421-13 du Code des assurances se contente en effet d'affirmer que « l'accident ouvre droit à réparation...dans les termes de la législation française sur la responsabilité civile... », ce qui implique qu'il ne sera fait usage d'aucun barème ou référentiel.

Ce même texte ajoute que « si la victime ou ses ayants droit peuvent prétendre à une indemnisation partielle à un autre titre, le fonds de garantie ne prend en charge que le complément ». Cette affirmation découle de la mise en œuvre du principe de

réparation intégrale qui s'oppose à tout enrichissement de la victime. Cela suppose, comme pour tous les fonds d'ailleurs, la déduction des prestations versées par les tiers payeurs. Le texte prévoit plus spécialement que « les tiers payeurs, définis par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, doivent faire connaître au fonds de garantie le montant des versements effectués...au plus tard dans un délai de quatre mois à compter de la demande émanant du fonds ».

L'application fidèle du principe de réparation intégrale n'est probablement pas étrangère au mode de financement du FGAO qui ne repose pas sur une contribution publique mais relève d'un financement privé par prélèvement obligatoire sur les primes d'assurance responsabilité civile automobile de tous les assurés¹⁴. Il n'est donc pas question ici d'une quelconque volonté d'économie de fonds publics.

Voyons à présent ce qu'il en est pour le fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions.

II. Le FGTI

L'application du principe étudié est, cette fois, explicitement annoncée. Pour les victimes d'actes de terrorisme, à l'article L. 422-1 du Code des assurances. Et pour les victimes d'infractions par l'article 706-3 du Code de procédure pénale.

Pour ces dernières personnes, le principe ne vaut cependant que si elles sont atteintes d'une incapacité permanente ou d'une incapacité totale de travail égale ou supérieure à un mois¹⁵. Les autres victimes sont confrontées au régime relatif aux dommages matériels pour lesquels l'indemnisation est conditionnée et plafonnée¹⁶.

A priori, rien ne permet de douter du caractère intégral de la réparation octroyée, ce d'autant plus que ce fonds ne fait usage d'aucun barème ou référentiel d'indemnisation. Là encore, l'explication peut être trouvée dans le fait que le fonds fonctionne sans dotation de l'État, celui-ci étant alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens¹⁷.

Un arrêt de Cour européenne des droits de l'homme, rendu le 25 juin 2013¹⁸, a néanmoins semé le trouble sur la qualité de l'indemnisation servie.

10 - J.-P. Dintilhac, *La nomenclature et le recours des tiers payeurs*, in *La réparation du dommage corporel*, Gaz. Pal. du 11-13 février 2007, p. 55.

11 - Également sur la question : J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Analyse en droits français et allemand, dir. Y. Lequette et C. Katzenmeier, et sp. p. 349 et s.

12 - Loi n° 2003-706 de sécurité financière.

13 - Voir l'intervention de Gaël Lejeune consacrée spécialement à ce fonds, cette revue p. 21 et s.

14 - Ces prélèvements représentent 1,2 % de la prime d'assurance de responsabilité civile automobile des assurés et 1 % des charges annuelles des assureurs.

15 - Tel n'a pas toujours été le cas pour ces victimes car le principe d'une réparation intégrale n'est appliqué que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 juillet 1990, la réparation étant auparavant forfaitaire.

16 - Article 706-14 du Code de procédure pénale. L'indemnisation est alors au maximum du triple du montant mensuel du plafond de ressources prévu pour bénéficier de l'aide juridictionnelle partielle.

17 - L. 422-1, al. 2 du Code des assurances. Le prélèvement s'élève à 3,30 € par contrat d'assurance de biens.

18 - CEDH, 25 juin 2013, n° 30812/07, Trévalec/ Belgique, D. 2013, 2139, note O. Sabard et 2106, point de vue P.-Y.

En l'espèce, un journaliste français, autorisé par la police belge à filmer les opérations d'une unité spéciale, fut blessé par l'un des policiers. Saisie par la victime, la CEDH a reconnu la responsabilité de l'État Belge bien que le blessé ait déjà bénéficié d'une prise en charge par la CIVI de Paris. La Cour a octroyé au demandeur un complément d'indemnisation sur le fondement de l'article 41 de la Convention européenne qui dispose que « Si le droit interne de la Haute Partie Contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». Sur la base de cette « satisfaction équitable » la CEDH a condamné la Belgique à verser à l'intéressé 50 000 euros au titre de ses préjudices moraux, en plus des sommes reçues de la CIVI française.

Le malaise créé par cette décision a fait dire à certain que « ce qui est censé être intégral ne l'est donc pas, puisque la Cour accorde sur le fondement de la satisfaction équitable une réparation supplémentaire »¹⁹.

Deux explications peuvent être avancées afin d'éviter de remettre en cause le caractère intégral de l'indemnisation servie par le FGTI. Une première consiste à dire que la notion de « satisfaction équitable » est plus large que celle de la réparation intégrale ce qui permet d'ailleurs de condamner l'état Belge qui, sans cette décision, n'aurait rien eu à déboursier. On perçoit ici l'esprit des dommages et intérêts punitifs²⁰. Dans un tout autre sens, on peut aussi considérer que la CEDH a réparé un dommage distinct de celui compensé par le fonds en se basant sur la seule violation de l'article 2 de la Convention européenne, et donc sur le droit à la vie, ce qui conduirait à indemniser de manière autonome l'atteinte à ce droit.

La seconde analyse apparaît séduisante en ce qu'elle permet de comprendre pourquoi le fonds a été privé d'un recours subrogatoire pour obtenir le remboursement de ce qui a été indemnisé par ailleurs. Ce raisonnement fait cependant craindre une surenchère des actions devant la CEDH en vue d'obtenir une indemnisation complémentaire chaque fois que la vie d'une personne aura été menacée.

Envisageons en troisième lieu l'application du principe de la réparation intégrale dans le cadre des prestations servies par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

III. Le FIVA

La réparation octroyée par le FIVA est annoncée comme intégrale par l'article 53 I de la loi du 23 décembre 2000²¹ qui a institué le FIVA, le texte mentionnant expressément ce principe en listant les

personnes qui « peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices ».

Une difficulté de mise en œuvre de ce principe se pose cependant lorsqu'à l'origine de la contamination par l'amiante peut être identifiée une faute inexcusable de l'employeur. On rappelle qu'une telle reconnaissance permet l'octroi d'une rente majorée et donc d'un complément d'indemnisation, la jurisprudence ayant par ailleurs facilité la reconnaissance d'une telle faute justement dans un contentieux relatif à l'amiante²².

Du fait d'une application stricte du principe de la réparation intégrale, la victime qui a accepté l'offre d'indemnisation du FIVA ne peut en sus poursuivre en justice son employeur en vue d'obtenir un complément d'indemnisation. L'article 53 IV alinéa 3 de la loi du 20 décembre 2000 dispose en effet que « L'acceptation de l'offre... vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable tout autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice ». La Haute cour a également refusé toute démarche procédurale conduisant à rechercher un panachage des actions en indemnisation²³. Ces solutions apparaissent légitimes en ce qu'elles confortent le caractère intégral de l'indemnisation, l'offre du FIVA étant réputée avoir intégralement désintéressé le demandeur.

Un autre aspect de la réglementation est plus surprenant. Le FIVA peut en effet être amené, dans le cadre de son recours subrogatoire, à faire établir la faute inexcusable de l'employeur. Dans l'hypothèse d'une telle reconnaissance, et dans l'intérêt des personnes lésées, le FIVA est alors tenu de verser à la victime une indemnisation complémentaire. Tel sera le cas en pratique lorsque la majoration de rente découlant de la reconnaissance de la faute inexcusable apparaîtra supérieure à l'indemnité versée par le fonds au titre de la réparation de l'incapacité permanente. L'alinéa 3 du VI de l'article 53 dispose en effet que « La reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, à l'occasion de l'action à laquelle le fonds est partie, ouvre droit à la majoration des indemnités versées à la victime ou à ses ayants droit en application de la législation de sécurité sociale. L'indemnisation à la charge du fonds est alors révisée en conséquence ».

22 - Soc., 28 février 2002, Gaz. Pal. 2002, jur. p. 598, concl. Benmarhlouf, note S. Petit. Les juges ont affirmé que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat du fait des produits utilisés et fabriqués dans l'entreprise et que le manquement à cette obligation est constitutif d'une faute inexcusable, lorsque le patron 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.

23 - Cass., civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.633 : « le législateur ayant voulu que la victime opte entre l'indemnisation par le [FIVA] ou par le tribunal des affaires de sécurité sociale, celle qui a choisi de saisir le [FIVA] ne peut diviser sa demande qui doit englober l'ensemble des préjudices subis ». En l'espèce, une victime avait saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) d'une action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur et en réparation de son préjudice patrimonial, puis le FIVA d'une demande d'indemnisation de ses préjudices extra-patrimoniaux. Cette victime avait manifesté son intention de refuser l'offre du FIVA du chef du préjudice patrimonial et de n'accepter que celle relative aux préjudices extra-patrimoniaux.

Gautier ; M. Bacache, chron. de dommage corporel, D. 2013, n° 40, p. 2658 ; RSC 2014, p. 139, note A. Giudicelli.

19 - Lire : O. Sabard, note précitée.

20 - En ce sens : A. Giudicelli, note précitée.

21 - Loi n° 2000-1257 de financement de la sécurité sociale de 2001.

Si les victimes ne peuvent donc engager une action personnelle contre l'employeur suite à leur acceptation de l'offre du FIVA, elles sont cependant en droit de profiter de la reconnaissance de sa faute inexcusable. Dans avis du 13 novembre 2006²⁴, la Cour de cassation a par ailleurs précisé que les demandeurs sont recevables à « se maintenir dans l'action en recherche de faute inexcusable qu'ils ont préalablement engagée et qui est reprise par le FIVA, à intervenir dans l'action engagée aux mêmes fins par le FIVA et à engager eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA. ».

Ces solutions suscitent deux remarques. D'une part, il peut sembler surprenant d'octroyer au FIVA plus de droit qu'à la victime elle-même²⁵. D'autre part, si cette solution est évidemment satisfaisante pour les victimes, elle apparaît comme une remise en cause du caractère intégral de l'indemnisation servie par le fonds. Admettre que la faute inexcusable justifie le versement d'un complément d'indemnisation suppose en effet que les prestations initialement versées n'offraient pas une réparation intégrale. Les prestations servies par le fonds doivent être calculées au regard du seul préjudice de la victime sans incidence du caractère répréhensible ou non du comportement de l'employeur.

Il est également possible de discuter du caractère intégral de la réparation octroyée par le FIVA en évoquant le référentiel d'indemnisation utilisé par cette institution. Celui-ci fait en effet polémique. Pour preuve, une question écrite posée en 2003 au Ministre des affaires sociales de l'époque fait état d'un barème conduisant à des prestations « deux à quatre fois inférieures aux montants qu'obtiennent les victimes devant les tribunaux »²⁶. A l'inverse, une étude a indiqué qu'un « rapprochement des montants que propose le Fonds avec les décisions judiciaires montre que le montant moyen des offres du FIVA est supérieur à la moyenne des décisions judiciaires à l'exception cependant des plaques pleurales légèrement mieux indemnisées devant les tribunaux²⁷. L'Andeva²⁸ s'avère cependant très critique à l'égard de cette dernière analyse.

24 - Avis n° 0060011P.

25 - En ce sens : M. Mekki, Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels, PA 12 janvier 2005, p. 3, spéc. n° 28.

26 - Intégralité de la question posée par M. Billard : « Le 21 janvier 2003, le conseil d'administration du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante a fixé, à une seule voix de majorité, des barèmes d'indemnisation de niveau deux à quatre fois inférieur aux montants qu'obtiennent aujourd'hui les victimes devant les tribunaux. La majorité des voix a été acquise par la coalition des représentants des pouvoirs publics et ceux des organisations syndicales patronales, contre l'avis des syndicats et des organisations de victimes (...) la politique gouvernementale ne saurait se résumer à la réintroduction des organisations patronales à la direction du FIVA à la seule fin de permettre à celles-ci de s'opposer à de justes indemnisations des victimes que les organisations sont censées financer. Les employeurs sont eux-mêmes les responsables de la catastrophe de l'amiante. Il est donc paradoxal que ce soit eux qui décident aujourd'hui des barèmes d'indemnisation des victimes », JO du 3 février 2003, p. 646, question n° 11401.

27 - Voir en ce sens : Rapport d'information n° 301 (2004-2005) de M. G. Dériot, fait au nom de la commission des affaires sociales et déposé le 15 avril 2005.

Au-delà de ces polémiques sur les chiffres, on se contentera de relever que le barème indicatif utilisé par le FIVA date du 21 janvier 2003. Qu'il n'a pas été actualisé depuis et n'a donc pas intégré la nomenclature Dintilhac. Des lors, il ne prévoit pas de compenser le préjudice sexuel, l'incidence professionnelle, ou le préjudice scolaire universitaire ou de formation. Il est vrai néanmoins que les spécificités des maladies liées à l'amiante supposent, de fait, la mise à l'écart de certains chefs de préjudice de même, peut-être, que l'usage d'un barème médical propre. Ce barème n'étant qu'indicatif, il importe cependant que l'indemnisation soit adaptée aux préjudices spécifiques de chaque victime.

Envisageons pour finir la mise en œuvre du principe de réparation intégrale par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

IV. L'ONIAM

Avant de voir les questions liées à l'indemnisation servie au titre des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, peut être évoquée une ancienne difficulté posée dans le cadre de la prise en charge d'une contamination par le VIH suite à une transfusion sanguine.

Ces dommages étaient initialement compensés par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH²⁹). Depuis une loi du 9 août 2004³⁰, l'Oniam a été substitué à cet ancien fonds. L'article L. 3122-1 du Code de la santé publique affirme explicitement que « la réparation intégrale... (de ces préjudices de contamination)... est assurée par l'Oniam ».

Les juges ont été amenés à s'interroger sur le fait de savoir si une victime pouvait agir tout à la fois contre le fonds et contre d'éventuels responsables de la contamination³¹. Les Hautes juridictions nationales se sont opposées sur la réponse à apporter à cette question. Dans un avis du 15 octobre 1993, le Conseil d'État a autorisé cette double action dès lors qu'elle ne génère pas un cumul d'indemnités³². Dans un arrêt d'assemblée plénière de 1997, la Cour de cassation a quant à elle refusé le principe de ce cumul d'actions, considérant qu'à la suite de l'acceptation de l'offre du fonds la demande de la victime était devenue « irrecevable, faute d'intérêt »³³. Saisie de cette question à plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans le sens de la Haute juridiction

28 - Association nationale de défense des victimes de l'amiante.

29 - Article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991.

30 - V. Art L. 3122-1 al. 2 CSP.

31 - Lire sur la question : Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, Droit du dommage corporel, Système d'indemnisation, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, n° 707.

32 - CE, Avis, 15 octobre 1993 (affaire Vallée), D. 1994, somm. 539, obs. P. Bon et P. Terneyre ; CE, 16 juin 1997, JCP 1997, I, 4070, n° 36, obs. G. Viney.

33 - Ass. plén., 6 juin 1997 (affaire Engel), D. 1998, 255, concl. P. Tatu ; D. 1998, somm. 204, obs. D. Mazeaud.

administrative³⁴. Depuis, l'interdiction de cumul est posée à l'article L. 3122-3 du Code de la santé publique qui dispose que la condamnation du fonds à indemniser la victime «... rend irrecevable toute autre action juridictionnelle visant à la réparation de mêmes préjudices ».

Si la question est aujourd'hui tranchée, cette ancienne divergence de points de vue laisse perdurer des doutes quant au caractère véritablement intégral de la prise en charge offerte par le FITH.

S'agissant cette fois des dommages résultant d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, l'article L. 1142-17 du Code de la santé publique prévoit que « Lorsque la commission régionale estime que le dommage est indemnisable au titre (de la solidarité nationale)...l'office adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis ».

Une remarque terminologique peut être faite au regard de la formulation choisie par le législateur. L'article précité prévoit en effet que l'offre doit seulement « viser » la réparation intégrale, ce qui signifie « tendre à » ou encore « s'efforcer d'atteindre ». Cet objectif apparaît beaucoup plus modeste que celui de l'article L. 3122-1 du Code de la santé publique, relatif à l'indemnisation d'une contamination par le VIH, dans lequel il est affirmé que la réparation des préjudices « est assurée » par l'Oniam.

Cette prudence verbale s'explique peut-être par certaines dispositions qui obligent malheureusement à relativiser l'idéal indemnitaire de la réparation intégrale.

Tout d'abord, l'indemnisation des ayants droit au titre de la solidarité nationale n'est possible qu'en cas de décès de la victime directe³⁵. Dans l'hypothèse d'une survie, les proches ne peuvent donc ni prétendre à la réparation d'un éventuel préjudice moral ni à la compensation de leurs pertes de revenus. On précise cependant, que lorsque l'Oniam intervient en substitution d'un assureur défaillant, il applique alors les règles de droit commun ce qui suppose cette fois l'indemnisation intégrale des ayants droit en cas de survie de la victime directe.

L'atteinte au principe de la réparation intégrale apparaît surtout dans le fait que le fonds n'indemnise pas comme pourraient le faire les tribunaux mais utilise un référentiel indicatif d'indemnisation³⁶.

34 - CEDH, 26 avril 1994 (affaire Vallée) ; CEDH 4 décembre 1995 (affaire Bellet) et CEDH, 30 octobre 1998 (affaire Engel). Voir détail des références dans l'ouvrage précité de Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon.

35 - Article L. 1142-1 II du Code de la santé publique.

36 - Pour l'évaluation des préjudices il est fait usage du barème du Concours médical. L'officialisation de cet usage résulte de son annexion au décret 2003-314 du 4 avril 2003, relatif aux critères de gravité des accidents médicaux.

Ce référentiel est certes indicatif, ce qui doit permettre de s'en écarter pour une appréciation *in concreto* des dommages de la victime. Il est également annoncé comme évolutif. Le document de présentation de cet outil précise en effet que « Les montants offerts par l'office font, au moins une fois par an, l'objet d'une comparaison avec le référentiel. Cette évaluation est intégrée au rapport de l'office : elle est donc rendue publique. Ce référentiel est susceptible d'évolution en fonction de l'actualisation de certaines données et des résultats de l'évaluation ». La dernière actualisation date du 23 novembre 2015 avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2016³⁷. Cette démarche a permis une heureuse revalorisation des barèmes avec notamment une augmentation des tarifs horaires d'assistance par tierce personne de près de 25 % et de 35 % pour une aide spécialisée. Les préjudices extra-patrimoniaux (déficit fonctionnel permanent, souffrances endurées et préjudice esthétique) sont quant à eux revalorisés de 16 %. Si cette augmentation des niveaux d'indemnisation est évidemment une bonne nouvelle, elle ne permet toujours pas une parfaite équité entre la procédure amiable et la procédure contentieuse, les sommes octroyées par le fonds restant inférieures à ce qui est offert par les tribunaux³⁸. On se félicite par ailleurs qu'une délibération du Conseil d'administration de l'office, en date du 12 décembre 2007, ait permis une modification de ce référentiel pour une intégration de la nomenclature Dintilhac.

Malgré ces heureux aménagements, l'utilisation de ce référentiel est de nature à conduire à une sous-indemnisation des victimes dont voici une rapide démonstration.

Le plus gênant réside probablement dans le fait que le Déficit Fonctionnel Temporaire (DFT) fasse l'objet d'une « indemnisation forfaitaire. Cette indemnisation est, pour une incapacité fonctionnelle totale, de 300 à 500 € par mois, en fonction des circonstances »³⁹. La seule juxtaposition dans ce référentiel de l'objectif annoncé d'une réparation intégrale et de cette forfaitisation de l'indemnisation du DFT suscite un important malaise...

Afin d'apprécier le niveau des prestations versées une mise en perspective peut être réalisée à partir du recueil méthodologique commun élaboré, en mars 2013, par 20 cours d'appel de France. Si l'existence même de ce recueil établi par les juridictions peut être contestée, en ce qu'il est de nature à heurter le principe d'une réparation intégrale, il est ici un appréciable outil de comparaison des sommes octroyées par l'Oniam par rapport à celles susceptibles d'être proposées par les tribunaux.

Ainsi s'agissant du DFT, le recueil fait état d'une fourchette de 500 à 900 euros par mois ce qui implique que l'offre de l'Oniam est moins généreuse d'environ 65 % !

37 - Vote du Conseil d'administration de l'Oniam.

38 - Tel est notamment la position du Collectif interassociatif sur la santé (le Ciss) qui juge cette revalorisation « trop timide ».

39 - Référentiel indicatif d'indemnisation de l'Oniam page 11.

S'agissant du Déficit Fonctionnel Permanent (DFP), quelques exemples permettent de mettre en évidence les écarts d'indemnisation :

- Une femme de 20 ans atteinte d'un DFP de 55 % peut prétendre à 272 250 euros sur la base du recueil des cours d'appel et seulement 171 341 euros au titre du référentiel de l'Oniam, soit environ 100 000 euros de moins.
- Un homme de 60 ans avec un DFP de 35 % recevra 75 950 euros sur la base du recueil des cours d'appel et seulement 45 884 euros par l'Oniam, soit là encore environ 65 % de moins.

En ce qui concerne le préjudice d'agrément, le référentiel de l'Oniam annonce qu'il est calculé « sur la base d'une proportion de 5 à 20 % du montant attribué au titre du DFP ». Un plafond est donc ici implicitement instauré alors qu'aucune limite n'est mentionnée dans le recueil des cours d'appel.

Pour les préjudices indemnisés au moyen d'échelles allant de 1 à 7 (souffrances temporaires endurées ou préjudice esthétique) le référentiel de l'Oniam propose des fourchettes d'indemnisation. Sans entrer dans le détail, on constate à chaque fois que la fourchette haute du référentiel de l'Oniam ne correspond même pas à la fourchette basse du recueil méthodologique des Cours d'appel.

Quant au préjudice sexuel, le barème de l'Oniam indique seulement qu'il s'agit de compenser « les troubles de nature sexuelle » sans malheureusement prendre le soin de détailler les trois aspects de ce poste de préjudice pourtant mentionnés dans la nomenclature Dintilhac : le préjudice morphologique, la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel et le préjudice résultant d'une impossibilité ou d'une difficulté à procréer. Des risques d'omission sont donc à craindre.

Une indemnisation est prévue pour les frais divers des proches ainsi que pour les frais d'obsèques mais le référentiel indique que « Le cumul des frais occasionnés par le décès - frais d'obsèques et frais divers des proches - est indemnisé dans la limite d'un plafond de 5 000 € ». Là encore, il peut sembler choquant d'évoquer de tels plafonds tout en prétendant que la réparation octroyée est intégrale.

Le préjudice d'accompagnement est lui aussi indemnisé sur une « base forfaitaire de 300 € à 500 € par mois » alors qu'un plafonnement n'est prévu dans le recueil des cours d'appel.

Sans surprise, le préjudice d'affection est également indemnisé sur la base de fourchettes qui distinguent selon le lien de parenté entre la victime décédée et le demandeur et selon qu'il y avait ou non cohabitation entre ces deux personnes. Deux exemples comparatifs peuvent être proposés :

- la perte d'un père pour un enfant mineur qui vit encore chez ses parents est compensée à hauteur de 15 à 25 000 euros selon le référentiel de l'Oniam, alors qu'elle permet l'octroi d'une somme de 25 à 30 000 euros sur la base du recueil des cours d'appel.
- la perte d'un conjoint ou d'un compagnon donne lieu au versement de 15 à 25 000 euros au titre

de la solidarité nationale mais de 20 à 30 000 euros selon le recueil.

De manière surprenante, et afin de ne pas être soupçonnée d'impartialité, il faut savoir que la perte d'un frère ou d'une sœur, en cas de cohabitation avec le défunt, est mieux indemnisée sur la base du référentiel de l'Oniam. 12 à 20 000 euros au titre de la solidarité contre seulement 9 000 à 14 000 euros par le recueil des cours d'appel.

Le référentiel utilisé par l'Oniam mentionne donc beaucoup trop souvent les termes de « forfait » ou « de plafond », termes pourtant *a priori* incompatibles avec le principe d'une réparation intégrale.

Au regard de ces imperfections d'indemnisation, la victime peut contester le caractère intégral de sa prise en charge et dès lors refuser l'offre qui lui sera faite. La procédure deviendra alors contentieuse et les juges seront amenés à faire leur propre appréciation de l'ampleur des dommages, l'Oniam restant le débiteur de la créance de la victime.

Conclusion :

Cet exposé sur les difficultés d'indemnisation par les différents fonds incite dès lors à relativiser l'affirmation d'une prise en charge intégrale des dommages par la solidarité. Pour autant, il ne faut peut-être pas contester le principe des différents plafonnements ou limitations d'indemnisation évoqués. Il est en effet ici question de solidarité nationale et donc bien souvent de fonds public. Des considérations économiques entrent dès lors en jeu et, dans l'intérêt commun, il peut s'avérer judicieux de limiter la prise en charge dans le but notamment d'en faire profiter le maximum de personnes. Mais, il s'avère par contre dérangeant de faire croire aux victimes qu'elles seront intégralement indemnisées alors que tel n'est manifestement pas toujours le cas. La mise en œuvre du principe de la réparation intégrale n'est certes pas aisée. Comme rappelé, il s'agit d'une « utopie constructive » largement emprunte de subjectivité, comme le démontre d'ailleurs une comparaison des indemnités octroyées par les juges, entre le nord et le sud du territoire et selon que le contentieux relève des juridictions administratives ou civiles. Il importe néanmoins de ne pas tromper les demandeurs qui s'adressent aux différents fonds en qualifiant d'intégrales des prestations manifestement dépourvues de ce caractère. Les victimes devraient être en mesure d'accepter l'offre qui leur est faite en toute connaissance de cause.

Le droit des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale

Regards vers l'étranger

Christophe Quézel-Ambrunaz¹

Maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc

La solidarité des fonds d'indemnisation est « nationale », d'après le titre de ce séminaire. Et il est vrai que l'action des différents fonds d'indemnisation est territorialement marquée². À première vue, regarder vers l'étranger n'a guère de pertinence, au sens où extrêmement rares seront les questions transfrontalières³... C'est une autre fonction du droit comparé, l'approche réflexive, qui doit être sollicitée. Nous allons regarder vers l'étranger, mais bien souvent, pour se saisir d'un miroir, et encore parler de nos fonds nationaux.

Disons-le d'emblée, la position de la France apparaît dès l'abord comme parfaitement singulière. La France accepte la responsabilité civile pour des faits générateurs les plus variés – à défaut d'offrir des standards de preuve favorables aux victimes ou des indemnisations généreuses. Il s'agit d'un pays qui offre la sécurité sociale depuis 70 ans, ainsi que diverses prestations à destination de personnes handicapées. Et, dans le même temps, le taux de pénétration de l'assurance (ratio entre le total des primes et le PIB) le classe, pour ces dernières années, systématiquement dans les 10 pays de l'OCDE ayant le plus fort taux de pénétration⁴, alors qu'elle n'est que 12^{ème} pour la densité non-vie (prime par tête)⁵. La combinaison de ces deux chiffres montre que la pénétration assurantielle dans la population, favorisée en outre par les nombreuses obligations d'assurance ou la généralisation des « packs », est excellente. Le français n'accueille donc pas volontiers l'idée « casum sentit dominus », selon laquelle il est des ouvrages du sort dont on ne peut ni se plaindre, ni obtenir réparation. L'appétence pour l'indemnisation est plus forte ici qu'ailleurs, un préjudice non réparé, d'une manière ou d'une autre, semble souvent être une injustice. Le substrat était

donc fertile dans l'hexagone pour le développement des fonds d'indemnisation.

Cette assertion sur la situation particulière de la France sera d'abord étayée par une cartographie des fonds d'indemnisation, essentiellement en Europe (I) ; il s'agira ensuite d'aborder quelques questions choisies dans le mode de fonctionnement des différents fonds (II)⁶, pour, enfin, porter notre regard vers des horizons plus lointains, et examiner quelques questions liées aux propositions du courant *tort reform* et de la mise en œuvre du système néo-zélandais, qui occupe une place particulière (III).

I- Cartographie des fonds d'indemnisation

Pour dresser cette cartographie, nous ignorerons volontairement les différences sémantiques que l'on pourrait relever entre les fonds d'indemnisation, fonds de garantie, fonds de secours...

Un premier groupe de pays ignore tout simplement les fonds d'indemnisation. Il s'agit notamment de l'Espagne⁷ ; il n'ignore toutefois pas la solidarité nationale. Ce sont des décrets royaux qui, dans des cas d'urgence, lorsqu'un grand nombre de victimes est atteint, mettent en place une procédure *ad hoc*, l'agent versé étant directement prélevé sur le budget de l'État. *Mutatis mutandis*, il s'agit d'une démarche similaire à celle qui a présidé à la création du mécanisme d'indemnisation des victimes du benfluorex⁸.

Un second groupe de pays connaît de manière éparse la présence de fonds, l'Allemagne⁹ en étant l'archétype. Dans ce pays, le législateur « n'a institué aucun fonds d'indemnisation dont le champ d'application viserait une catégorie large de personnes » ; et « à l'image de leur champ d'application, le fonctionnement de ces fonds d'indemnisation est marqué par son absence d'unité »¹⁰. Ce positionne-

6 - Ces deux premiers points sont bâtis essentiellement à l'aide des travaux du GRERCA, présentés lors d'un séminaire à Poitiers en décembre 2013, publiés in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, Bruylant, Université de Poitiers, 2015.

7 - R. Pazos, Panorama général et typologie des fonds d'indemnisation, rapport Espagnol, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 101.

8 - Décret n° 2011-932 du 1er août 2011 relatif à l'indemnisation des victimes du benfluorex.

9 - J. Knetsch, Panorama général et typologie des fonds d'indemnisation, rapport Allemand, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 93. Voir aussi S. Porchy-Simon, Rapport de synthèse, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 119.

10 - J. Knetsch, Panorama général et typologie des fonds d'indemnisation, rapport Allemand, in *La socialisation de la*

1 - La forme orale de la présentation a, pour l'essentiel, été préservée.

2 - Le rattachement se fait soit par la survenance d'un événement sur le sol français, soit en raison de la nationalité française du demandeur ; voir par exemple l'article 706-3 du Code de procédure pénale.

3 - Dans les espèces telles que celle tranchée par la CEDH le 25 juin 2013 (n° 30812/07, Trévalec c/Belgique), si un contexte international est en jeu, l'action du fond est néanmoins motivée par un motif de rattachement national (ici la nationalité de la victime).

4 - <http://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=25444&Lang=fr>

5 - <http://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=25444&Lang=fr>

ment explique que les règles de ce que l'on pourrait appeler le droit commun de la réparation, telle que la réparation intégrale, n'ont pas nécessairement vocation à s'appliquer. Cette particularité ne doit pas être comprise comme synonyme d'une faible appétence pour la solidarité nationale. L'Allemagne propose par exemple un fonds particulier : un dispositif existe pour les victimes du Thalidomide, alors même que – sauf aux États-Unis et en France – la molécule a été largement prescrite dans d'autres États, qui n'ont pas de procédure spécifique.

Un troisième groupe de pays, enfin, organise la présence systématique de fonds¹¹. Dans ce groupe, l'on connaît des fonds similaires à ceux que nous avons décrits ce matin – sans toutefois que le nombre de ces fonds soit nécessairement comparable. L'Angleterre connaît par exemple trois fonds : l'un, plutôt de garantie, le *Motors insurers bureau* ; un second, le fonds d'indemnisation des dommages résultant d'une infraction, *The Criminal Injuries Compensation Scheme* ; et enfin, plus ou moins imposé par des conventions internationales, le fonds d'indemnisation des dommages causés par les installations nucléaires. La Belgique connaît également plusieurs fonds d'indemnisation, et l'Italie connaît une liste importante de fonds, dont – outre ceux qui ressembleraient aux fonds du droit français, une procédure d'indemnisation pour les victimes du devoir, un fonds de solidarité pour les victimes d'extorsions et d'usure, un fonds de garantie des touristes en cas de faillite de l'organisateur de voyages.

Une régularité semble se dessiner : lorsqu'un système connaît des fonds d'indemnisation, le premier semble être un fonds de garantie des assurances obligatoires – le second, un fonds d'indemnisation des victimes d'infractions. L'on comprend bien la logique qui préside pour chacun des éléments de cette « formule de base » : il faut que la solidarité nationale compense les défaillances de l'État, censé assurer tant le respect des obligations d'assurances qu'il édicte que celui de la loi pénale. Une directive européenne¹² qui évoque à plusieurs reprises la nécessité de favoriser l'indemnisation des victimes d'infractions pénales n'a pas fait de l'intervention de la solidarité collective un impératif.

II- Questions choisies sur le mode de fonctionnement des fonds

La nature juridique des fonds diffère d'un pays à l'autre¹³. Nous savons que le droit français hésite entre statut public (ONIAM), ou privé (FGAO). Si nous tournons notre regard vers l'étranger, l'on peut

s'apercevoir que des fonds de garantie peuvent être également organisés sous forme d'association (fonds de garantie commun belge et fonds de garantie automobile allemand), ou de société (fonds de garantie italien ou *motor insurers bureau* anglais). Certains fonds, comme le fonds belge des accidents médicaux¹⁴, n'ont pas de personnalité morale propre, et apparaissent comme une excroissance de l'assurance maladie, ou encore comme un service ministériel, dans le cas de certains fonds italiens (victimes du devoir, du terrorisme, des vaccinations).

Trois phases se retrouvent, dans l'indemnisation de la victime par un fonds : l'instruction, la décision, puis le paiement. Il arrive que ces trois fonctions soient concentrées entre les mains du fonds ; ou alors, que des entités différentes interviennent successivement. Le cas de l'Allemagne est ici particulier : suivant les matières, les compagnies d'assurance, une autorité administrative ou encore l'administration fédérale peuvent instruire la demande. Les recours des victimes qui seraient insatisfaites des décisions des fonds sont exercés de manière diverse : il arrive, pour les pays qui connaissent une dualité de juridictions, qu'ils le soient devant le juge judiciaire, ou devant le juge administratif ; il est possible qu'ils soient introduits devant un juge de première instance comme devant une Cour d'appel. Ce dernier point fournit un critère précieux pour déterminer si l'organe décisionnaire a une nature juridictionnelle¹⁵.

Quant à l'étendue de la réparation, les contributions de ce dossier le montrent, le mètre étalon reste la réparation intégrale. Je crois que le simple fait que nous raisonnions en droit français par rapport à ce paradigme doit être, en soit, souligné. En effet, lorsque l'on élargit le champ d'observation, de seuils d'indemnisation en plafonds, de forfaits en compensation équitable, l'on s'aperçoit que nos voisins ne poursuivent pas nécessairement un tel but¹⁶. Tout se passe comme si le compromis – que l'on a également connu, au moins en droit des accidents du travail – était le suivant : une moindre indemnisation, mais une indemnisation garantie et rapide. Ce compromis est en grande partie également celui du système néo-zélandais, sur lequel l'on reviendra. Est-il choquant ? Sans doute pas, du moins tant que la situation des victimes n'est pas obérée. En effet, d'une part, l'argent de la compensation ne provient pas de la poche du contribuable, et la solidarité nationale mérite quelques ménagements ; d'autre part, la célérité et la simplicité offertes par les fonds d'indemnisation évitent aux victimes de coûteuses procédures et d'angoissantes attentes.

réparation : fonds d'indemnisation et assurances, op. cit., p. 96-97.

11 - S. Porchy-Simon, Rapport de synthèse, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 119.

12 - Directive 2012/29 du 25 octobre 2012, établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité.

13 - S. Porchy-Simon, op. cit., spéc. p. 128.

14 - B. de Coninck, Le fonds des accidents médicaux belge, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 61.

15 - O. Sabard, Principes d'indemnisation des dommages par les fonds, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 176.

16 - O. Sabard, Principes d'indemnisation des dommages par les fonds, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 163.

Cette modération dans l'indemnisation se réalise parfois par l'exclusion de certains chefs de préjudices, une certaine hiérarchisation des intérêts protégés est mise au jour. Ainsi, les systèmes espagnols ne compensent pas les conséquences extrapatrimoniales des atteintes corporelles ; le fonds belge pour les victimes d'actes intentionnels de violence n'indemnise ni le préjudice sexuel ni le préjudice d'agrément¹⁷. Encore, en Allemagne comme en Belgique, en matière d'accidents de la circulation, l'indemnisation des dommages matériels causés au véhicule du demandeur est écartée¹⁸.

Dans la majorité des systèmes voisins, la faute de la victime vient diminuer ou réduire son droit à indemnisation – la nature de cette faute comme la portée de ses effets étant soumis à des variations entre fonds, comme l'on en connaît en droit français, sans qu'il soit aisé de trouver une justification systématique. De manière plus surprenante, le droit anglais, en matière de réparation des conséquences d'infractions, se départit de la commutativité qui caractérise l'indemnisation, pour se rapprocher d'une justice plus distributive. En effet, entrent en ligne de compte la coopération de la victime avec les forces de l'ordre, son éventuel casier judiciaire, son attitude avant, pendant et après l'infraction : c'est une sorte de mérite que l'on recherche pour obtenir l'indemnisation¹⁹.

Les relations de concurrence et de subsidiarité forment une grille de lecture convenant assez bien à la plupart des systèmes européens²⁰. Toutefois, en droit allemand, la situation peut s'apparenter plutôt au cumul : les régimes spéciaux d'indemnisation se juxtaposent au droit commun, la victime peut choisir d'emprunter l'une ou l'autre voie, ce choix étant souvent bien théorique, la voie de la responsabilité étant fermée à cause de circonstances de faits²¹. Ce cumul des recours est encore parfois ouvert sous conditions ; par exemple, en Espagne, les aides publiques, qui ont par nature un caractère subsidiaire, peuvent néanmoins se cumuler avec les prestations assurantielles lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes²². Le cumul des indemnisations, qui,

pour la majorité des fonds étudiés, ne peut se faire que dans la limite de la réparation intégrale, est admis lorsque le fonds verse des secours s'apparentant plus à une aide sociale qu'à une authentique indemnisation.

Certains mécanismes ou certains projets, notamment en Espagne ou en Allemagne, fermeraient le cumul d'actions : la victime qui agirait contre le fonds perdrait la possibilité de demander aux juridictions appliquant la responsabilité civile d'indemniser son préjudice. Cette situation, a priori surprenante, tant l'institution d'un fonds est censée être une faveur pour les victimes, et non une manière de leur ôter un recours, se comprend à propos de fonds créés *ad hoc* et *a posteriori*, lorsque les ressources financières du fonds sont apportées par ceux-là mêmes qui seraient défendeurs à l'action en responsabilité civile.

Pour préserver l'équilibre financier des fonds et prévenir une éventuelle surindemnisation des victimes, les fonds disposent en principe d'un recours contre l'auteur du dommage. Ce recours, que l'on fonde en droit français sur la subrogation – le fonds a, pour partie au moins, payé la dette d'autrui, est parfois exercé sur d'autres fondements. Ainsi, en droit Belge, mais aussi en droit Allemand, les fonds peuvent obtenir remboursement de leurs dépenses, c'est-à-dire des frais de gestion, honoraires et autres frais, outre de la somme versée à la victime. La subrogation ne peut expliquer un tel recours, qui s'apparenterait plutôt à celui d'un mandataire.

Si l'on tente une synthèse, l'on peut relever que les fonds d'indemnisation n'ont que rarement le but de mettre la victime qui vient leur demander une indemnisation exactement dans la situation qui serait la sienne si elle exerçait une action contre le responsable. Elle doit souvent se contenter d'une indemnisation partielle, mais centrée sur les éléments les plus essentiels : la préservation ou compensation de son intégrité corporelle, et de ses revenus. Le constat n'est pas étonnant, en matière de responsabilité civile elle-même, le principe de réparation intégrale n'a pas dans tous les systèmes voisins le rôle cardinal que nous lui attribuons en droit français. Cantonner l'indemnisation, pour l'étendre au plus grand nombre, tel est par ailleurs l'un des ressorts du mouvement appelé *tort reform*.

III- Les propositions du courant *Tort Reform* et le fonds néo-zélandais

Au tournant du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle sont apparues, en France, mais également dans d'autres pays, comme la Nouvelle-Zélande, des réformes sociales importantes permettant l'indemnisation des accidents du travail sans égard à une éventuelle faute de l'employeur. S'est alors implantée l'idée d'une déconnexion entre une indemnisation, qui serait centrée sur les besoins, et une responsabilité, liée à

17 - N. Estienne, L'aide financière aux victimes d'infractions pénales en Belgique: le Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes de violence, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 79.

18 - O. Sabard, *Ibid.*

19 - Cette idée de mérite est d'ailleurs présente dans de nombreux passages de l'ouvrage de P. Atiyah, *The damages Lottery*, Hart publishing, 1997, l'auteur regrettant que la responsabilité civile prenne bien peu en compte les mérites de la victime.

20 - L. Clerc-Renaud, C. Quézel-Ambrunaz, Articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité civile et les autres techniques d'indemnisation, Rapport de synthèse, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 213.

21 - J. Knetsch, Articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité civile et les autres techniques d'indemnisation, Rapport allemand, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 181.

22 - R. Pazos, Articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité civile et les autres techniques

d'indemnisation, Rapport espagnol, in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, op. cit., p. 187.

une appréciation morale du comportement de celui à qui l'on impute l'origine du dommage.

Des auteurs anglo-américains ont, dans la seconde moitié du vingtième siècle, mis l'accent sur les inconvénients de la responsabilité civile, allant jusqu'à la comparer à une loterie²³. Les inconvénients tiennent essentiellement à son coût de mise en œuvre, qui absorberait jusqu'à une somme équivalente à celle qui revient effectivement aux victimes ; aux aléas tenant principalement à la démonstration d'une faute ou à la preuve d'un lien de causalité ; à l'absence de prise en compte des mérites de la victime ou de sa situation de fortune dans l'évaluation des dommages et intérêts ; et bien d'autres encore. Surtout, ces auteurs démontrent, que, grâce à l'assurance de responsabilité civile, ou à la possibilité pour les acteurs économiques d'étaler la charge de la réparation, que la responsabilité civile est un mécanisme de socialisation des risques. L'image sur laquelle se fonde le raisonnement en responsabilité civile, à savoir une personne physique responsable qui supportera définitivement la charge du dommage qu'il a causé, sans être fausse, ne correspond pas à la majeure partie du contentieux. Dès lors, l'on peut affirmer que, lorsque des dommages et intérêts sont accordés à la victime, le public paye, comme s'il s'agissait d'un mécanisme de solidarité nationale.

L'effet « loterie » se trouve dans cette multitude de cotisants, et dans le fait que les conditions posées pour l'indemnisation par la responsabilité civile, si l'on s'accorde à considérer que la collectivité paye, apparaissent bien peu rationnelles : de fortes sommes peuvent aller aux victimes qui satisferont aux diverses exigences, notamment probatoires, et rien n'ira aux autres.

Les fonds d'indemnisation que nous connaissons ou, plus encore, le système québécois d'indemnisation des accidents de la circulation²⁴ sont des réponses à ces critiques. La création de l'ONIAM, en particulier, s'est accompagnée en France d'une forte restriction du champ de la responsabilité médicale. Au Québec, un régime public d'assurance automobile couvre tous les citoyens du Québec pour les accidents de la route, subis en tant que conducteur ou non, au Québec ou ailleurs dans le monde, sans égard à une éventuelle responsabilité, voire à l'existence d'une faute intentionnelle. Le coût est relativement modeste ; l'indemnisation tend à être intégrale pour les préjudices corporels, mais si les conséquences extrapatrimoniales tendent à être indemnisées, elles le sont forfaitairement. La loi relative à l'assurance automobile dispose que « Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un préjudice

corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal ». ²⁵ La responsabilité civile disparaît donc en la matière.

Ce ne sont toutefois que des réponses partielles, à comparer au système néo-Zélandais, qui a aboli de larges pans de la responsabilité civile au profit d'une collectivisation du risque.

En 1967, une commission, dite Woodhouse²⁶, a recommandé d'élargir le système d'indemnisation des accidents du travail, pour couvrir, sans égard à la responsabilité, la totalité des accidents corporels. Un Accident compensation Act de 1972 a conduit à l'établissement, en 1974, du mécanisme de l'Accident Compensation Commission, aujourd'hui Accident Compensation Corporation²⁷. Pour faire face à une difficulté de financement, une réforme importante a eu lieu en 2001, sans toutefois que les principes ne soient remis en cause.

L'originalité de ce système est qu'il se positionne en substitution de la responsabilité civile : tous les accidents sont couverts, mais les victimes n'ont pas le droit de poursuivre le responsable, sauf pour des *exemplary damages*. Les sources de financement comprennent des prélèvements sur les revenus salariés et non-salariés, des taxes sur le carburant, ainsi qu'une contribution directe du Trésor public (outre des produits financiers).

Parmi les bénéfices d'un tel système, l'on compte évidemment la réduction des coûts d'obtention de l'indemnisation, les délais réduits... autant d'avantages que les fonds que nous connaissons procurent. Mais la généralisation d'un tel système épargne une large part du débat sur l'origine des préjudices (sauf à considérer qu'ils correspondent, par exemple au vieillissement de la personne). Surtout, l'abolition corrélative de la responsabilité civile prive même le fonds de la possibilité d'exercer une action récursoire ! La responsabilité résiduelle perd toute fonction compensatrice, même médiatisée, pour se centrer sur une fonction normalisatrice. En outre, un tel fonds, appuyé par le gouvernement, est extrêmement actif, d'une part, sur la prévention des préjudices et, d'autre part, sur la diminution de leur impact, notamment en facilitant l'intégration des personnes gardant des séquelles invalidantes.

Faut-il ici, en guise de conclusion, plaider pour la fusion des multiples fonds que nous connaissons et de la sécurité sociale dans un grand système d'indemnisation sans égard à la responsabilité civile, et abolir du même coup cette dernière ? Je ne sais. Toutefois, l'on gagnerait certainement à s'interroger sur la pertinence de certains de nos paradigmes, qu'il s'agisse de la réparation intégrale ou de l'idée selon laquelle l'indemnisation par un fonds a souvent

23 - T. G. Ison, *The Forensic Lottery*, Staples, 1967; P. S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Hart, 1997.

24 - Voyez notamment D. Gardner, « Quelques points de comparaison entre les deux plus anciens régimes intégrés d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile: Québec et Nouvelle-Zélande », 2004, 71-4 *Assurances et gestion des risques* 591-612, et « Comparer l'incomparable : les indemnités pour préjudice corporel en droit commun et dans la loi sur l'assurance automobile », 1998, 39 C. de D. 429-472.

25 - Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., c. A-25, 83.57 http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/A_25/A25.html,

26 - Compensation for personal injury in New Zealand. Report of the Royal Commission of Inquiry, www.library.auckland.ac.nz/data/woodhouse/

27 - la version actuelle est disponible en ligne : www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/DLM99494.html

vocation à n'être que provisoire, et ne reste définitive que parce que le recours est impossible. Si l'on accepte les enseignements des auteurs réformistes, l'on comprend que le recours d'un fonds est le transfert de la charge d'un dommage d'une collectivité sur une autre... Ne pourrait-on pas, par exemple, supprimer la possibilité pour les fonds et autres tiers-payeurs d'exercer un recours contre le responsable, le manque à gagner pour le fonds étant versé directement et hors contentieux par les assureurs de responsabilité civile, via un prélèvement sur chaque contrat d'assurance ? Les flux financiers seraient équivalents, de part et d'autre des coûts de transaction et frais de justice seraient économisés...

Je ne saurais répondre à cette question ; mais il me semble que l'idée, à tout le moins, d'amplifier le rôle des fonds comme points de rupture dans la relation entre le responsable et la victime est intéressante. Le ou les fonds indemniserait chaque victime en fonction du préjudice, et agiraient contre les auteurs de dommages – voire les créateurs de risques – non en fonction du préjudice causé, mais du degré de réprobation que leur comportement suscite, et à la seule condition qu'ils soient en situation de supporter définitivement la somme qui serait mise à leur charge.

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé – Inserm UMR S 1145 – de l'Université Paris 5 (Paris Descartes) ; membre du comité exécutif de la Chaire santé de Sciences Po ; professeur affilié de l'EHESP ; membre du Centre d'Études et de Recherches de Sciences Administratives et Politiques (CERSA) – UMR CNRS 7106 de l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas) ; praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP ; fellow et diplômé de l'Advanced Training Program (ATP) in Health Care Delivery Improvement de l'Institute for Healthcare Leadership d'Intermountain Healthcare aux États-Unis d'Amérique

Marie Grosset

Magistrate, Maître des Requêtes en service extraordinaire, Conseil d'État

Didier Tabuteau

Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie : il faut agir dès maintenant

Le système de santé et d'Assurance maladie français actuel ne peut pas garantir la protection de la santé, l'égalité d'accès aux soins et à la santé et la réduction des inégalités de santé, alors que ces inégalités et la paupérisation de la société augmentent. S'il y a une quinzaine d'années le système français était l'un des meilleurs au monde, il se contente aujourd'hui d'être moyen dans un monde globalisé où seuls les meilleurs vont survivre. Nous nous endormons sur nos lauriers.

Malgré des marges de manœuvre réduites, il est possible de refonder notre système pour lui permettre de réaliser de plus grandes économies que les coupes budgétaires, tout en améliorant la santé de la population, la qualité des soins au meilleur coût ainsi et la satisfaction de l'utilisateur tout en réduisant les inégalités de santé. En s'inspirant des réformes d'autres systèmes de santé et d'Assurance maladie –

surtout américains¹ – qui parviennent à cela, le système français peut rapidement redevenir un des meilleurs systèmes du monde².

Notre système est en danger

L'Espérance de Vie Sans Incapacité (EVSI) baisse en France depuis des années. La France se situe à peine au-dessus de la moyenne européenne³. Il est pourtant possible d'accroître l'EVSI par une politique de prévention.

Les inégalités de santé ne cessent d'augmenter⁴ et il y a une remise en cause de l'égalité d'accès à l'ensemble du continuum composé des offres de prévention, des secteurs ambulatoire et hospitalier ainsi que des offres médico-sociales et sociales. Si le taux de remboursement du « panier de soins » par l'Assurance Maladie Obligatoire (AMO) de 82 % peut paraître important, cela ne doit pas cacher que le reste à la charge des usagers hospitalisés hors ALD s'élève à près de 20 % s'ils n'ont pas la possibilité d'acquiescer une bonne Assurance Maladie Complémentaire (AMC). Surtout, le taux moyen de remboursement des soins courants – hors affection de longue durée et hospitalisations – a vraisemblablement chuté de 67,3 à moins de 50 %⁵. Cela peut expliquer que si 3 % de la population s'imposait des restrictions budgétaires en matière de soins médicaux il y a 30 ans, c'était 13 % en 2010, soit 8 millions de personnes, les catégories les plus modestes se restreignant trois fois plus souvent que les

1 - Bréchat PH, Briot P, Foury C, Teil A, Bréchat N. Remporter les défis des systèmes de santé et d'Assurance maladie au XXI^e siècle : l'expérience de la France et de l'Utah des États-Unis d'Amérique. Dossier thématique : droit international et tendances internationales des réformes des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 19-30.

2 - Bréchat PH. Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

3 - Jagger C, Gillies C, Moscone F, Cambois E, Van Oyen H, Nusselder W, Robine JM. Inequalities in healthy life years in the 25 countries of the European Union in 2005: a cross-national meta-regression analysis. The Lancet 2008 ; 372 (9656) ; 2124-2131.

4 - Bréchat PH. La planification de la santé : déterminants de santé, précarité, inégalités de santé et innovations. In : Bréchat PH, Lebas J (dir). Innover contre les inégalités de santé. Rennes, Presses de l'EHESP, 2012 : 283-325.

5 - Bras PL, Tabuteau D. Les assurances maladie. Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », Paris, 2012 : 80 ; Tabuteau D. Santé et assurance-maladie : l'inquiétante dilution des services publics. Droit social 2011 ; 12 (704) : 1278, qui se demande si le taux de remboursement des soins courants n'est pas inférieur à 50 %. Le chiffre de 55 % est aussi régulièrement cité. Ce dernier est issu de la base des données de l'échantillon EPAS 2006 dans l'étude de la DREES, cité dans Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance Maladie. Note accompagnant l'avis « L'accessibilité financière des soins : comment la mesurer ? » du 27 janvier 2011 : 19. Le chiffre de 55 % a dû baisser depuis 2006 pour devenir sans doute inférieur à 50 %.

catégories aisées⁶. C'est certainement beaucoup plus aujourd'hui. Le principe de solidarité est remis en cause⁷. Il existe aussi un risque de sélection des patients « simples » (qui ont une seule pathologie, bénéficient d'une bonne AMC et qui pourront sortir plus rapidement) au détriment des patients « complexes » (qui présentent des handicaps sociaux ou précaires, âgés, atteints de pathologies chroniques, etc.) et de sélection des activités les plus rémunératrices mais ne répondant pas forcément aux besoins de santé des patients. Cela participe à la remise en cause du principe de fraternité.

La qualité du système est moyenne. Par exemple, le niveau de mortalité prématurée, définie comme l'ensemble des décès survenus avant 65 ans, est moyen pour les femmes alors qu'il reste élevé pour les hommes en France par rapport aux autres pays de l'Ouest de l'Europe. La qualité des soins est également moyenne. D'une manière générale, les hospitalisations potentiellement évitables et les Effets Indésirables Graves (EIG) associés aux soins à l'hôpital ainsi que la mortalité qui y serait liée⁸ peuvent être davantage réduits⁹. Bien qu'elle ait suscité moins d'attention que les problèmes d'accès aux soins primaires, une inquiétude de plus en plus importante pèse ces dernières années sur la qualité inégale du système et des soins.

Le système n'est pas encore assez respectueux de l'environnement. Il n'est pas encore assez engagé à limiter l'émission de gaz à effet de serre et à contrôler le réchauffement climatique. La réduction des gaspillages en matériels et en médicaments ainsi que la réduction de la consommation énergétique des bâtiments et des transports du personnel peuvent être accrues. Surtout après la 21^e Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui a eu lieu à Paris en 2015 (COP21/CMP11).

Que ce soit les médecins qui sont plus que jamais inquiets pour leur avenir¹⁰ ou les représentants d'associations d'usagers, tous alertent sur une perte de confiance dans les capacités de l'État à construire un système de qualité répondant aux besoins de

santé de la population¹¹. Les français ont l'impression que le système est menacé¹².

« La France se détache rarement, par ses résultats, des autres pays à situation épidémiologique et démographique comparable, qui consacrent pourtant moins de dépenses à leur système de santé [...]. Le niveau de la dépense de santé n'est pas un gage de la qualité des soins dispensés, ni de l'état de santé de la population »¹³. Selon le « Panorama de la santé 2015 » de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), le système français présente des risques qui le menacent comme l'absence de prévention, l'accroissement du renoncement aux soins ou l'amélioration de la qualité des soins qui n'est pas assez rapide.

Malgré les réformes, les coupes budgétaires, la privatisation d'une partie du système de santé¹⁴ et d'Assurance maladie¹⁵ ou les hausses d'impôts, dans un contexte de faible croissance alors que la dette publique dépasse pour la première fois les 2 100 milliards d'euros et atteint près de 100 % du Produit Intérieur Brut (PIB), le système de santé et d'Assurance maladie français risque d'entrer dans une dynamique de déconstruction de plus en plus importante. En effet, notre système ne proposant pas assez de prévention¹⁶ et de soins ambulatoires pluridisciplinaires intégrés au secteur hospitalier, il est constaté une diminution de l'EVSI ainsi que du nombre de pathologies chroniques évoluées. Face à ces contraintes grandissantes, l'AMO risque de se désengager encore davantage du remboursement des soins courants, voire des soins hospitaliers, et les inégalités de santé vont s'accroître. Le système présente des faiblesses importantes remettant en cause la cohésion sociale. Pourtant, la France investit de

11 - Bréchat PH, Gros J, Haon M, Jeunet O, Magnin-Feysot C et al. Représentants d'associations d'usagers et Loi « Hôpital, patients, santé et territoires » : enjeux et douze propositions. Santé publique 2010 ; 1 : 131-46.

12 - APM International. Les français apparaissent ouverts au changement pour améliorer le système de santé. Le 19 mai 2014.

13 - Lidsky V, Thiard PE, Le Brignon M, Thomas J, Olivier M, Jeantet Q, Giorgi D, Garrigue-Guyonnaud H, Jeantet M, Cayre V, Davenel J. Propositions pour la maîtrise de l'ONDAM 2013-2017. Paris, Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires sociales. juin 2012 : 2.

14 - Un groupe international de cliniques privés a acquis en 2014 près de 15 000 lits et places essentiellement en chirurgie et en médecine, cité dans : Jacquin JP. La Générale de santé passe sous contrôle australien pour 945 millions d'euros. Ramsay rachète 83 % du capital du numéro un français des cliniques privées et lance une OPA. Le Monde, le 12 juin 2014 : 5.

15 - Les sociétés d'assurances gagnent sur les Mutuelles en terme de pourcentage du marché, cité dans Domin JP. Le développement du marché de l'assurance maladie complémentaire en entreprise et ses implications. Communication orale. Séminaire « La gestion des droits sociaux par l'entreprise ». Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Nanterre, vendredi 31 janvier 2014.

16 - Bréchat PH, Charreire H, Briot P, Castiel D, Leprêtre JM, Saint-Laurent A, Dejardin P, Lebas J. Besoins d'actions de prévention en alimentation et activité physique et sportive pour les usagers précaires au niveau ambulatoire : Un déficit de planification de la santé. Revue Hospitalière de France 2016 : accepté pour publication.

6 - Bigot R. L'opinion défend à la fois la liberté individuelle et la cohésion sociale. Consommation et modes de vie. CREDOC, juillet 2010, n°231 : 4.

7 - Bréchat PH. Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé, Mémoire de thèse de droit public, Université Paris 2 (Panthéon-Assas), 2012 ; Bréchat PH, Guilloid O. Simulation d'un « test de résistance » ou d'un « crash test » des systèmes de santé et d'Assurance maladie français et suisse par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dossier thématique : droit international et tendances internationales des réformes des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 9-18.

8 - Vincent J. Au moins 1 000 morts par an à l'hôpital § Rubrique « Le médicament dangereux du mois ». Le Point 2015 ; n°2257 : 28.

9 - Bréchat PH. Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

10 - Crouzel C. Les médecins plus que jamais inquiets pour leur avenir. Le Figaro, le 17 décembre 2015 ; Dupuis D. Didier Tabuteau D : « La loi catalyse un malaise profond et anciens des médecins ». Le Quotidien du Médecin, le 18 mars 2015.

façon importante dans la santé de la population. Elle est en troisième position des pays qui consacrent le plus de dépenses au secteur de la santé. Cela, alors que les soins ne sont pas d'excellente qualité et que le montant des financements qui n'est pas dépensé de façon efficiente ou efficace dans les soins et les actions en faveur de la santé se situerait entre 30 % et 60 %¹⁷. Nous dépensons notre énergie et notre argent à prouver que nous sommes assez bon au lieu de nous demander comment nous pourrions être meilleurs¹⁸. Si la situation n'est pas catastrophique, elle est préoccupante.

Il faut être le meilleur possible et ne pas se contenter d'être assez bon¹⁹. Et c'est possible dès maintenant.

Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie est un enjeu capital de société. La situation ne permet plus la préservation des acquis d'autant plus que d'autres systèmes apparaissent meilleurs, comme Intermountain Healthcare aux États-Unis d'Amérique²⁰, système de santé et d'Assurance maladie américain qui fait partie de la High Value Healthcare collaborative (HVHC)²¹.

Pour un système efficient, efficace socialement et durable

La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé va dans ce sens en mettant en place un « plan national de gestion du risque et d'efficience du système de soins [qui sera] décliné dans chaque région ». Cette loi précise que la politique de santé « relève de la responsabilité de l'État », ce qui n'était pas le cas avant²², et promeut la prévention et le « virage ambulatoire », soit le développement massif des alternatives à l'hôpital, ainsi que l'efficience, définie comme à la fois l'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins donnés et la réduction de leurs coûts de production²³.

Cette loi commence à donner un cadre pour favoriser la transformation d'un système hospitalo-centré et consommateur de soins en un système centré sur la prévention et les soins primaires, producteur de santé²⁴. Avec l'efficience, les responsables du système de santé et d'Assurance maladie ont là le moyen le plus puissant pour favoriser cette transformation²⁵. Les dernières évolutions scientifiquement prouvées – qui commencent à être connues en France – montrent qu'il est possible de réaliser de plus grandes économies que les coupes budgétaires par l'efficience organisationnelle et l'efficience clinique tout en atteignant les 3 objectifs du « Triple Aim »²⁶, soit améliorer la santé de la population, obtenir de meilleurs soins au meilleur coût, augmenter la satisfaction de l'utilisateur, tout en y ajoutant l'égalité d'accès aux soins et à la santé. Le concept du Triple Aim a été adopté aux États-Unis comme le fondement de la transformation du système de soins en système de santé par l'efficience organisationnelle et l'efficience clinique²⁷. Intermountain Healthcare a ajouté à ces objectifs la réduction des inégalités de santé.

L'efficience a été préférée à la performance qui a, quant à elle, des objectifs à atteindre en terme de volume de production et des résultats à obtenir en

17 - Cité par Brent James, Chief Quality Officer & Executive Director de l'Institute for Healthcare Leadership d'Intermountain Healthcare des États-Unis d'Amérique. Coverage, communication and cures at heart of U.S. – France Leadership Dialogue dinner on health and innovation. Meridian International center, Washington, le 7 décembre 2015.

18 - « Instead of asking how we could be better, we spend our time and money proving we are good enough », Berwick DM. The double edge of knowledge (editorial). JAMA 1991 ; 266 (6) : 841-842, cite dans James BC. Good enough ? Standards and measurement in continuous quality improvement. In : National quality of care forum. Bridging the gap between theory + practice. Exploring continuous quality improvement. The hospital research and educational trust 1992 : 11

19 - Cité dans James BC. Good enough ? Standards and measurement in continuous quality improvement. In : National quality of care forum. Bridging the gap between theory + practice. Exploring continuous quality improvement. The hospital research and educational trust 1992 : 9.

20 - Ham C. Doctors must lead efforts to reduce waste and variation in practice. British Medical Journal 2013 ; 346 : f3668.

21 - Créé en 2010, cette collaboration comprend aujourd'hui les 19 plus grands systèmes de santé et d'Assurance maladie américains et prend en charge près de 70 millions d'utilisateurs. Elle a pour but d'améliorer la qualité des soins et d'améliorer l'état de santé de la population tout en réduisant les coûts, et d'accroître la valeur des systèmes au service de ses populations et ce de manière durable. La HVHC sert de modèle pour la réforme du système national de santé des États-Unis.

22 - Borgetto M. La santé dans l'histoire constitutionnelle française. Revue de droit sanitaire et social 2013 ; hors-série : 9-30.

23 - Bréchat PH, Briot P, Vanhille JL, Bréchat N, Galland J. Évolution du système de santé et d'Assurance maladie : prendre en compte l'amélioration continue de la qualité des soins de santé et le management scientifique de ses processus. Rubrique : varia. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 4 : 109-120.

24 - Bréchat PH. Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

25 - Bréchat PH, Briot P. Éléments de stratégie en faveur du projet de loi santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2015 ; 1 : 48-50.

26 - Berwick DM, Nolan TW, Whittington J. The triple aim : care, health, and cost. HealthAffairs 2008 ; 27 (3) : 759-769.

27 - Bréchat PH, Briot P. Éléments de stratégie en faveur du projet de loi santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2015 ; 1 : 48-50.

terme de gains, de bénéfices, de profits et d'équilibre financier²⁸. L'efficacité correspond peu aux mesures d'économies, comme les 10 milliards d'euros pour l'Assurance maladie d'ici à 2017, dont 570 millions d'euros à l'hôpital par des coupes sur la masse salariale qui vont de pair avec des suppressions de lits. Ces coupes ne sont qu'une solution à court terme et elles présentent un risque d'accroissement des inégalités de santé déjà importantes²⁹. L'efficacité permet des économies sur le moyen et le long terme bien plus importantes que les coupes budgétaires ou la privatisation et tout en réduisant les inégalités de santé³⁰.

L'efficacité clinique et l'efficacité organisationnelle peuvent permettre de réduire les gaspillages au niveau du système, par population et par programme de santé.

La réduction des gaspillages au niveau du système des États-Unis peut permettre d'économiser 700 milliards de dollars par an sur les 2 500 milliards de dollars de dépenses de santé, soit 28 %.

Il a été calculé que si l'on appliquait le niveau d'efficacité clinique et organisationnelle d'Intermountain Healthcare à tout le territoire des États-Unis, près de 40 % des dépenses de santé consacrées par l'Assurance maladie à la population des assurés de 65 ans et plus ayant des maladies chroniques pourraient être économisées dans le pays, soit près de 150 milliards de dollars par an, tandis que les indicateurs qualité de prise en charge de ces pathologies s'amélioreraient³¹.

Le programme de santé d'intégration clinique des spécialistes en santé mentale avec ceux des soins primaires appelé « Mental HealthIntegration (MHI) » d'Intermountain Healthcare permet de réduire la mortalité par suicide et les dépenses d'Assurance maladie par la diminution du nombre de consultations en médecine générale et du nombre d'hospitalisations. De plus, les usagers pris en charge par le programme MHI vont 54 % fois moins aux urgences que les usagers traités ailleurs. Pour tous les niveaux de complexité (légère, modérée ou sévère) les usagers pris en charge par le MHI coûtent moins dans l'année suivant leur diagnostic que ceux

traités ailleurs : le taux de croissance des dépenses était de 665 US dollars de moins qu'ailleurs par patient, soit une réduction en 2005 de 10 % pour Select Health, Assurance maladie d'Intermountain Healthcare. Et les usagers sont satisfaits par ce programme³².

Intermountain Healthcare, un des leaders mondiaux de ces programmes d'amélioration continue de la qualité³³ qui a un objectif de réduction sur 6 ans, d'ici 2016, de 15 % des dépenses de santé de son système (1,6 millions d'usagers) avait déjà atteint 12 % à la fin 2014³⁴.

Il n'y a pas forcément besoin de plus de financements, il faut surtout ne pas les gaspiller et mieux les utiliser.

Les américains estiment que le système de santé et d'Assurance maladie français pourrait économiser ainsi près de 70 milliards d'euros par an sur les 250 milliards d'euros de dépenses de santé³⁵ et qu'il pourrait être mis en place des programmes de santé efficaces par population et par pathologie³⁶. Ces derniers permettraient par exemple aux responsables du système français de pouvoir donner des résultats en fonction des objectifs du Triple Aim et de réduction des inégalités, aux professionnels et aux usagers tant au niveau régional³⁷ que national³⁸, mais égale-

.....

32 - Briot P, Bréchat PH, Reiss-Brennan B, Cannon W, Bréchat N, Teil A. Prise en charge intégrée des maladies mentales : L'exemple d'Intermountain Healthcare (USA). Santé publique 2015 ; 27 (1) : s199-s208.

33 - James BC, Savitz LA. How Intermountain trimmed health care costs though robust quality improvements efforts. HealthAffairs (Millwood) 2011 ; 30 (6) : 1185-1191.

34 - James BC. Courrier à Bréchat PH, le 27 décembre 2014, cité dans : Bréchat PH, Briot P. Éléments de stratégie en faveur du projet de loi santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2015 ; 1 : 48-50.

35 - Issu des travaux de Kelley R (Where can \$ 700 billion in waste be cut annually from the US healthcare system? White paper. Healthcare analytics Thomson Reuters. Thomson Reuters, October 2009 : 24-25) et de Béraud C (La sécu c'est bien, en abuser ça craint. Rapport. Echelon National du Service Médical. CNAMTS, 1992) ainsi que d'une discussion avec Sorenson C, James B, Zimmerli B et Briot P (à la suite de leur intervention « Régulation d'un système de santé et d'Assurance maladie : l'expérience d'Intermountain Healthcare aux États-Unis (Utah) », à la conférence organisée par la Chaire santé de Sciences Po, l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris 5 (Paris Descartes), en partenariat avec l'AP-HP et la CNAMTS à l'Espace Scipion de l'AP-HP, le 20 février 2015).

36 - Doctorat de santé publique de Pascal Briot qui sera soutenu en 2016 à l'Université Paris 5 (Paris Descartes).

37 - Il n'y a pas eu de résultats présentés lors du colloque « Les ARS, cinq ans après » du premier avril 2015 à Paris, co-organisé par le Collège des Directeurs généraux d'ARS, le Secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales, la Chaire santé de Sciences Po et l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris 5 (Paris Descartes).

38 - Il n'y a pas eu de résultats présentés lors du colloque des 10 ans de la HAS « Contribuer à la régulation par la qualité et l'efficacité » du premier octobre 2015 à Paris.

28 - Guglielmi G.J., Koubi G., Droit du service public, 3^e édition Montchrestien – Lextenso éditions, Paris, 2011, 692. Même si l'OMS en donne la définition suivante voisine du Triple Aim qui lui est antérieure : la performance des systèmes de santé correspond à leur aptitude à obtenir les meilleurs résultats possibles, compte tenu des ressources disponibles. Trois dimensions pour évaluer la performance des systèmes de santé sont privilégiées : l'amélioration de la santé, la qualité et l'équité, cité dans OMS, Rapport sur la santé dans le monde 2000, pour un système de santé plus performant, Éditions de l'OMS, Genève, 2000, xi.

29 - Bréchat PH. Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé. Mémoire de thèse de droit public, Université Paris 2 (Panthéon-Assas), 2012.

30 - Bréchat PH, Briot P. Éléments de stratégie en faveur du projet de loi santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2015 ; 1 : 48-50.

31 - Wennberg JE. Time to tackle unwarranted variations in practice. British Medical Journal 2011 (342) : 687-690.

ment à des responsables de systèmes d'autres pays³⁹. Ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Les économies ainsi réalisées doivent être redistribuées aux professionnels de santé et aux établissements de santé travaillant sous forme coordonnée entre le secteur ambulatoire et le secteur hospitalier et multidisciplinaire, à l'aide de recommandations de bonnes pratiques efficaces et du dossier électronique du patient. Les économies réalisées doivent aussi être redistribuées aux usagers qui vont bénéficier d'un meilleur panier de soins et d'une meilleure couverture par l'Assurance maladie⁴⁰, notamment pour la prise en charge des soins courants et des actions de prévention, ainsi qu'aux entreprises qui vont payer moins de charges et gagner en compétitivité. Ces économies permettent d'ajuster le système sur les besoins de santé et ne servent pas à rémunérer des actionnaires ou à rembourser une dette. Les économies financent aussi le développement de la prévention et des soins primaires⁴¹, les outils, les systèmes informatiques, les recherches et les formations des personnels ainsi que le développement des nouveaux corps de professionnels indispensables pour cela. Il s'agit des professionnels spécialisés en coaching en santé, des spécialistes en activités physiques et sportives et des spécialistes en alimentation des centres de bien-être, des hôtesse d'accueil des établissements de santé, des infirmières cliniciennes, des professionnels spécialisés dans l'aide à la consultation, des professionnels en charge des parcours de santé et des professionnels en charge des parcours administratifs. Cela est favorisé grâce au virage ambulatoire qui permet un redéploiement des personnels. Les besoins sont tels pour répondre aux priorités de santé ainsi qu'aux enjeux des systèmes, qu'il n'y a pas de perte de personnels. Les économies favorisent l'ajustement des financements sur les objectifs du Triple Aim, la réduction des inégalités et les besoins de santé. Cela participe à la mise en place d'un système « ver-

tueux »⁴². C'est ce que font les systèmes innovants et efficaces américains, comme Intermountain Healthcare et ceux de la HVHC, en mettant en œuvre le nouveau modèle de l'Accountable Care Organization (ACO) plutôt que celui de la Health Maintenance Organization (HMO)⁴³. L'ACO a été introduite par la législation Patient Protection and Affordable Care Act (ACA) adopté par l'administration Obama en 2010 pour réformer le système d'assurance de santé américain, et plus connu sous le nom d'Obamacare⁴⁴.

C'est ce qui est aussi possible de faire en France.

Nous avons les marges de manœuvres pour mettre en place un tel système efficient et efficace socialement. Cela permettrait aux responsables, aux professionnels de santé et aux usagers de co-construire un système prenant en compte les objectifs du Triple Aim et la réduction des inégalités. Cela permettrait aussi d'accroître le pilotage de la santé par les pouvoirs publics tout en diminuant les tâches administratives des professionnels de santé qui sont les sujets principaux de mécontentement des médecins⁴⁵. C'est un projet collectif de société. C'est un projet d'avenir en faveur de l'environnement et des générations futures.

La loi de modernisation de notre système de santé de 2016 ne peut suffire à elle seule pour cela. Il faut en plus donner cette direction au système, organiser le système au niveau infra-régional, améliorer en continue la qualité des soins et du système, ajuster le financement sur la qualité et les besoins de santé. De nouveaux outils modernes et de nouveaux services sont aussi indispensables car il n'est pas possible sans cela d'atteindre les objectifs du Triple Aim et de l'ACO tout en réduisant les inégalités⁴⁶.

39 - Cela aurait permis aux responsables du système français de donner des résultats à J.A. Muir Gray, directeur du service national des connaissances (National Knowledge Service) du National Health Service (NHS), système de santé public du Royaume-Uni, qui les interrogeait sur leurs résultats concernant la bonne prise en charge des enfants épileptiques afin de les comparer aux siens, Gray JAM. La création de valeur dans le système de santé, réflexions de Sir Muir Gray pour le système de santé du XXI^{ème} siècle. Communication orale. Séminaire « Prospective Santé 2020 », Paris, 16 novembre 2011 ; Gray JAM.. Quel système de santé dans 10 ans : réflexion stratégique prospective. Communication orale. Paris, Reid Hall, les 18 et 19 octobre 2011.

40 - Thomazeau D. Didier Tabuteau : « Il faut entreprendre une reconquête de la Sécu ». Viva, le magazine de ma mutuelle, le 20 juin 2014 ; Savitz LA, James BC, Briot P, Barlow S. International Trend in Healthcare System and Health Insurance Reform : The Intermountain Healthcare Way. Dossier thématique : droit international et tendances internationales des réformes des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 31-40.

41 - Leicher C. Des normes à l'organisation de soins. Dossier thématique – Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonnes pratiques (2^{ème} partie). Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, 2015 ; 4 : 26-27.

42 - Bréchat PH. Pilotage et système de santé et d'Assurance maladie « vertueux » : éléments pour la prochaine loi relative à la santé publique. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 41-57.

43 - La HMO est une organisation qui offre ou prévoit la gestion des soins (hôpitaux, médecins) pour l'Assurance maladie. La HMO met en œuvre le concept du managed care développé aux États-Unis d'Amérique dans les années 1990, qui a pour objectif principal la réduction des dépenses de santé et prévoit que les économies éventuellement réalisées bénéficient aux assurances.

44 - Rodwin VG. Obamacare, cinq ans après la loi. Dossier : La santé à la une. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po, 2015 ; 2 (47) : 81-89.

45 - Les sujets principaux de mécontentement des médecins sont l'absence de pilotage de la santé par les pouvoirs publics et la surcharge des tâches administratives, cité dans Crouzel C. Les médecins plus que jamais inquiets pour leur avenir. Le Figaro, le 17 décembre 2015.

46 - Développé dans les chapitres 8 à 14 de l'ouvrage : Bréchat PH. Sauver notre système de santé et d'Assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

Une refondation du système qui permet des réélections

Il faut transformer notre système basé sur la consommation des soins en un système favorisant une production de la santé, plus apte à remporter les défis présents et futurs dans un contexte complexe. Le développement massif des alternatives à l'hôpital, comme la prévention et les soins primaires, doit être privilégié, soit le virage ambulatoire, comme cela a été réalisé par la Province du Québec⁴⁷ ou Intermountain Healthcare aux États-Unis sous-tendu par l'Obamacare⁴⁸. Les élus qui ont porté ces réformes ont été réélus, la population et les professionnels en ayant été satisfaits.

Nous pouvons aller très vite grâce à nos atouts que sont la centralisation de notre système, les ARS, la planification de la santé⁴⁹, la démocratie sanitaire et nos partenariats internationaux⁵⁰. Mais surtout, le système français emploie des cliniciens hautement dévoués, des administrateurs profondément engagés à fournir des soins et des offres de santé de haute qualité à tous au meilleur coût, partout sur le territoire, et il dispose de représentants d'associations d'usagers engagés dans la défense d'un système solidaire et durable. De plus, nous n'aurons pas à démontrer que cette refondation marche, ni à en définir les principes d'organisation et de management, ni à créer les outils nécessaires, notamment informatiques, puisque d'autres l'ont déjà fait. Ainsi, les premiers résultats peuvent être espérés en 6 mois et une transformation du système en 3 ans⁵¹. Nous savons ce qu'il faut faire et nous avons les atouts pour réussir cela !

Cela peut être le moteur du scénario de la renaissance de Didier Tabuteau : « les ARS sont opérationnelles, les services de l'assurance maladie et de l'État se sont répartis harmonieusement [...] ». La santé publique est devenue le pivot de la pro-

grammation en santé [...]. Les effets sanitaires et financiers de cette politique volontariste se font sentir et les comptes de l'assurance maladie s'améliorent [...]. Médecine générale de premier recours et médecine de second recours ont rationalisé l'accès aux soins [...]. Les conférences régionales de santé et de l'autonomie jouent le rôle de véritable « parlements sanitaires » où sont débattues en toute transparence les priorités régionales de la politique de santé [...] »⁵².

Il n'est plus temps de se trouver des excuses du type « nous n'habitons pas l'Utah, les États-Unis d'Amérique ou le Japon » ou « c'est pour l'industrie automobile ou aéronautique et pas pour la santé » alors que l'amélioration continue de la qualité et le management scientifique de ses processus ne connaît pas de limites nationales ou par domaines. Il est nécessaire de changer parce que la survie n'est pas obligatoire⁵³.

Il est temps de réussir la refondation de notre système dans le contexte actuel de crise économique et financière qui menace le système européen de la santé⁵⁴. Après la transition démographique du début du XVIII^e siècle et la transition épidémiologique du début du XX^e siècle, c'est bien l'organisation et le financement des systèmes de santé et d'Assurance maladie qui est la troisième grande transition mondiale⁵⁵.

Pierre-Henri Bréchat

47 - Malone A, Bréchat PH. La capacité à réformer le système de santé et d'Assurance maladie : quelques enseignements d'une expérience québécoise. Premier forum d'échanges franco-québécois sur la gouvernance en matière de santé : « L'État producteur de santé : analyse croisée France-Québec ». Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité (OFQSS) 2015 : 32-50.

48 - Briot P, Teil A, Belnap T, Cannon W. Pratique intégrée et basée sur la qualité de la médecine de ville : son impact sur la consommation des soins. *Pratiques et Organisations des Soins* 2012 43 (4) : 251-259.

49 - Bréchat PH, Lopez A. La planification en santé : un essai à transformer. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po : accepté pour publication.

50 - James B. U. S.-European partnerships improve care on both sides of the Atlantic. *Modern Healthcare* 2014 ; 13 (44) 41 : 26 ; Sorenson C. Healthcare quality and costs in France – a new perspective. Pulse with Dr. Charles Sorenson. Intermountain Healthcare, le 3 mai 2015.

51 - Issu d'une discussion avec Sorenson C, James B, Zimmerli B et Briot P à la suite de leur intervention « Régulation d'un système de santé et d'Assurance maladie : l'expérience d'Intermountain Healthcare aux États-Unis (Utah) » à la conférence organisée par la Chaire santé de Sciences Po, l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris 5 (Paris Descartes) en partenariat avec l'AP-HP et la CNAMTS à l'Espace Scipion de l'AP-HP, le 20 février 2015.

52 - Tabuteau D. Loi HPST : des interrogations pour demain ! *Santé publique* 2010 ; 1 : 79-90.

53 - D'après Deming, cité dans : Durnal R. We're not Japanese and we don't build cars. Disponible sur : <http://agile.dzone.com/articles/lean-development-benefits> [consulté le 31 décembre 2015].

54 - European commission. Health inequalities in the UE. Final report of a consortium. Consortium lead: Sir Michael Marmot. European commission, 2013.

55 - Rodin R, de Ferranti D. Universal health coverage: the third global health transition? *The Lancet* 2012 ; 380 (9845) : 861-862.

Marie Mesnil

Docteure en droit privé / ATER à l'Université Paris Descartes, Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Les enjeux spécifiques aux femmes dans la LFSS pour 2016 et la loi santé

En décembre 2015, deux textes importants ont été adoptés en matière de santé et nombre de leurs dispositions s'adressent ou concernent spécifiquement les femmes. Cela s'explique d'une part, par une prise en compte accrue des enjeux en termes d'égalité entre les sexes dans le cadre des travaux préparatoires à la loi de modernisation de notre système de santé (loi santé)¹ et d'autre part, par une considération importante, depuis 2012, des lois de financement pour la sécurité sociale (LFSS) pour l'accès à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse (IVG).

La préparation du projet de loi de modernisation de notre système de santé s'est accompagnée d'une réelle réflexion en termes d'égalité entre les femmes et les hommes. Outre la prise en compte, dans l'étude d'impact, de l'incidence de chacune des dispositions du texte sur l'égalité entre les sexes², la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes a souhaité être saisie et a ainsi rendu un rapport d'information le 18 février 2015³. À partir de ce rapport et dans une perspective d'effectivité du droit à la santé pour tous, la loi de modernisation de notre système de santé prend en compte les enjeux de santé spécifiques aux femmes afin d'« améliorer la prévention, l'égal accès aux soins et la prise en charge » de celles-ci. Quant aux LFSS, elles contribuent également à réaliser ces objectifs sous l'angle d'une meilleure définition des droits sociaux et d'une prise en charge accrue voire intégrale en matière de contraception et d'IVG. La LFSS pour

1 - Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

2 - Assemblée Nationale, *Étude d'impact relative au projet de loi relatif à la santé*, NOR : AFSX1418355L/Bleue-1, 14 octobre 2014, conformément à la Circulaire du 23 août 2012 relative à la prise en compte dans la préparation des textes législatifs et réglementaires de leur impact en termes d'égalité entre les femmes et les hommes.

3 - Catherine Coutelle et Catherine Quéré, *Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi relatif à la santé* (n° 2302), déposé le 18 février 2015.

2016⁴ est particulièrement emblématique. En effet, le texte opère, d'une part, une évolution en profondeur du système de protection sociale qui emporte des conséquences bénéfiques pour les femmes en leur attribuant des droits propres et améliore, d'autre part, les dispositifs existants en matière d'accès à la contraception pour les personnes mineures.

Les nombreuses dispositions de la loi de modernisation de notre système de santé et de la LFSS pour 2016 qui concernent explicitement ou indirectement les femmes peuvent être classées selon leur domaine. Un certain nombre de mesures permet une meilleure prise en charge des femmes par le système de protection sociale et par le système de santé et d'autres dispositions visent spécifiquement à renforcer la prise en compte des enjeux liés à la santé sexuelle et reproductive.

I. Les femmes dans les systèmes de protection sociale et de santé

Dans leurs rapports avec le système de santé, les personnes sont considérées autant comme des assurés sociaux que comme des usagers du système de santé. Sur ces deux plans, la LFSS pour 2016 et la loi de modernisation de notre système de santé renforcent l'effectivité de la protection sociale et la politique de santé à l'égard de tous, et des femmes en particulier.

A. La prise en charge des frais de santé renouvelée

En matière de protection sociale, une mesure destinée à l'ensemble des assurés sociaux améliore nettement la situation des femmes : il s'agit de l'indivision de la qualité d'assurée sociale par la LFSS (2) avec la mise en place de la Protection Universelle Maladie (PUMA) (1).

1. L'instauration de la PUMA

L'article 59 de la LFSS pour 2016 modifie en profondeur le système d'ouverture des droits à la prise en charge des prestations en nature de l'assurance maladie en instaurant la PUMA⁵. Ce nouveau système prévoit que toute personne résidant de manière stable et régulière en France bénéficie de la qualité d'assuré social de ce seul fait ou en tant que travailleur, par le biais d'une affiliation à un régime professionnel.

4 - Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016.

5 - Voir en ce sens not. Didier Tabuteau, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS*, 2015, p. 1058.

Auparavant, il existait une hiérarchie dans l'affiliation du fait de la coexistence d'un système de protection sociale d'inspiration bismarckienne et d'une volonté de réaliser l'objectif d'universalité du système beveridgien, à travers, depuis son instauration en 1999⁶, la Couverture Maladie Universelle (CMU). Ainsi, conformément au principe d'assurance liée au travail, les travailleurs, du fait du versement de leurs cotisations (assujettissement), bénéficient d'une affiliation au régime général ou aux régimes spéciaux. Les ayants droit - conjoints et enfants - de l'assuré social bénéficient également d'une couverture, tout comme les retraités et demandeurs d'emploi qui sont maintenus dans leurs droits antérieurs. À titre subsidiaire, les personnes peuvent bénéficier d'une couverture minimale relevant de la solidarité : depuis le 1^{er} janvier 2000, la CMU offre une couverture en matière de santé à condition que les personnes résident de manière stable et régulière en France⁷. Ce mécanisme a été mis en place car le nombre de personnes n'ayant pas de couverture sociale, à quelque titre que ce soit, était à la fin des années 1990 estimé à 150 000⁸. Alors que la CMU devait réaliser une des ambitions initiales de la sécurité sociale de 1945, couvrir l'ensemble de la population, le système est en pratique imparfait. En effet, les personnes concernées par la CMU de base, la CMU complémentaire (CMU-C) ou encore l'aide au paiement d'une complémentaire santé (ACS) sont souvent des personnes dans une situation de précarité, qui ne connaissent pas l'existence de ces dispositifs, ou rencontrent des difficultés, linguistiques ou pratiques, face à la complexité administrative du système. Cela conduit alors à des renoncements à l'ouverture de droits ou à des périodes sans couverture sociale, notamment en cas de changement de situation. Ainsi, la DREES estime qu'« en 2013, le taux de recours à la CMU-C se situe entre 60 % et 72 % et celui de l'ACS entre 28 % et 41 % »⁹.

La PUMA répond autant à un objectif de renforcement de l'accès aux droits et aux soins qu'à une volonté d'amélioration de l'efficacité de la gestion du système d'affiliation. Désormais, la prise en charge des frais de santé concerne, à titre individuel, toutes les personnes majeures, au titre de leur travail ou de leur résidence stable et régulière en France. Ainsi les difficultés liées à des changements de situations devraient être réduites.

.....

6 - Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

7 - L'article L. 380-1 du Code de la sécurité sociale disposait depuis sa création par l'article 3 de la loi portant création d'une CMU jusqu'à son abrogation par l'article 32 de la LFSS pour 2016 que « toute personne résidant en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer de façon stable et régulière relève du régime général lorsqu'elle n'a droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité ».

8 - Monique Kerleau, « De la couverture maladie universelle aux politiques d'accès à l'assurance- maladie complémentaire : diversité des modèles et des protections », *Revue Française de Socio- Économie*, 2012/1, n° 9, pp. 171-189, spéc. p. 173.

9 - Fonds CMU, *Rapport d'activité 2014*, p. 9.

2. L'individuation de la qualité d'assurée sociale

Les conséquences de cette évolution sont importantes pour la sécurité sociale : la prise en charge des frais de santé se trouve ainsi séparée des autres assurances sociales et pourrait appeler d'autres évolutions¹⁰. En ce sens d'ailleurs, les députés à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel reprochaient au dispositif « de bouleverser les conditions générales d'affiliation, et, pour la première fois dans l'histoire de la sécurité sociale, de délier dans son principe même le droit général à prestation et les cotisations ». Pour les sages, « le législateur a uniquement modifié des règles de gestion de la prise en charge des frais de santé des personnes auxquelles est assurée cette protection sociale » mettant en œuvre le droit à la santé protégé par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹¹. Par conséquent, ces dispositions sont déclarées conformes aux exigences constitutionnelles.

Ce changement important de philosophie du dispositif, motivé certes en grande partie par des impératifs gestionnaires, entraîne également des conséquences plus spécifiques, notamment pour les femmes, qui constituent la plus forte proportion d'ayants droit majeurs : désormais, elles bénéficieront de droits propres, indépendamment de leur statut conjugal et des changements qu'il peut connaître. Le recul de la conception familialiste des droits sociaux peut être salué comme une avancée de l'égalité entre les femmes et les hommes, en permettant une égalité de traitement par la sécurité sociale. Ainsi, la PUMA permet de ne plus consacrer un modèle fondé sur la différence et complémentarité des sexes, avec en particulier un foyer dans lequel l'homme est pourvoyeur économique tandis que la femme est responsable de l'éducation des enfants¹². De manière plus pragmatique, cela offre également aux femmes une totale confidentialité lors de la prise en charge de leurs dépenses de santé, importante notamment en matière de contraception.

L'instauration de la PUMA modifie en profondeur le système de prise en charge des frais de santé pour toute la population et emporte des conséquences spécifiques pour les femmes, qui étaient plus nombreuses à bénéficier de la CMU et représentaient la plus grande proportion d'ayants droit majeurs. D'autres mesures prises par la loi santé contribuent, plus directement cette fois, à améliorer la prise en charge des femmes par le système de santé.

.....

10 - Voir en ce sens Denis Piveteau, La protection universelle maladie (PUMA), *JDSAM*, 2016-1, p. 114 et Didier Tabuteau, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS*, 2015, p. 1058.

11 - Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-723 DC, 17 décembre 2015, LFSS pour 2016, cons. 20.

12 - Voir not. sur ce sujet Marie-Thérèse Lanquetin, Marie-Thérèse Letablier, « Individualisation des droits sociaux et droits fondamentaux - Une mise en perspective européenne », *Recherches et Prévisions*, n° 73, 2003, Famille et droit social, pp. 7-24.

B. Des politiques de santé sensibles à l'égalité entre les sexes

De manière générale, l'article 1^{er} de la loi santé fait apparaître de manière explicite que la politique de santé « tend à assurer (...) l'égalité entre les femmes et les hommes » (article L. 1411-1 du Code de la santé publique). Outre le volet national, un pilotage régional est également prévu par les Agences régionales de santé (ARS) qui doivent intégrer dans leur schéma régional de santé un plan d'action pour l'accès à l'IVG¹³. Cette nécessité d'intégrer l'égalité entre les sexes dans l'élaboration de la politique de santé et la prise en compte de l'IVG au niveau de la territorialisation de la politique de santé s'accompagne, dans la loi santé, de mesures destinées aux femmes, tant en leur qualité d'usagères du système de soins que d'actrices de celui-ci, notamment comme professionnelles de santé.

1. Des mesures de prévention destinées aux femmes

La loi santé comprend des articles qui s'adressent spécifiquement aux femmes et les considèrent en tant que groupe. Il s'agit alors d'une part de prendre en compte des enjeux particuliers qui concernent en très grande majorité les femmes -comme les troubles du comportement alimentaire- et d'autre part, de promouvoir la récolte de données en fonction du sexe en matière de risques professionnels afin à pouvoir par la suite prendre des mesures adaptées. D'autres mesures, qui visent les femmes uniquement lorsqu'elles sont enceintes, dans une optique de protection de la santé de l'enfant à naître, répondent à une logique différente de celle des autres dispositions de la loi santé et de la LFSS pour 2016 qui visent à renforcer l'autonomie des femmes ou prendre en compte les questions de santé qui leur sont spécifiques. Toutefois il apparaît alors que la prise en compte de la santé de l'enfant ne pèse pas uniquement sur la mère et tend au contraire à s'élargir à tout l'entourage de l'enfant, notamment concernant la lutte contre le tabagisme.

En matière de nutrition, la loi santé prévoit d'améliorer l'information nutritionnelle notamment par le biais « d'une présentation ou d'une expression complémentaire au moyen de graphiques ou de symboles » (article 14). D'autres dispositions concernent plus spécifiquement les troubles du comportement alimentaire (TCA) dont la prévention et le diagnostic précoce sont maintenant mentionnés comme une composante de la politique de santé (article L. 3231-1 A du Code de la santé publique créé par l'article 18 de la loi santé). Les TCA concernent principalement les jeunes filles et femmes : 0,9 % des femmes sont touchées par l'anorexie et 1,5 % par la boulimie. De même, des formes atténuées de ces troubles concerneraient nettement les jeunes puisqu'une adolescente sur quatre et un adolescent sur cinq seraient touchés pendant

l'adolescence¹⁴. Dans une volonté de lutter contre les représentations de modèles féminins trop maigres, deux mesures sont adoptées par la loi santé et s'appliquent aux mannequins des deux sexes, même si les femmes sont davantage concernées. D'une part, l'article 19 oblige, après adoption du décret d'application et au plus tard à partir du 1^{er} janvier 2017, à mentionner que la photographie est retouchée sur les photographies à usage commercial de mannequin lorsqu'un logiciel de traitement d'image a été utilisé « afin d'affiner ou d'épaissir la silhouette du mannequin » (article L. 2133-2 du Code de la santé publique). Une amende de 37 500 euros, pouvant être portée à 30 % des dépenses consacrées à la publicité, est par ailleurs prévue en cas de non-respect de cette obligation. D'autre part, il est prévu par l'article 20 de la loi santé un contrôle médical spécial pour les mannequins et la production d'un certificat médical attestant « que l'évaluation globale de l'état de santé du mannequin, évalué notamment au regard de son indice de masse corporelle (IMC), est compatible avec l'exercice de son métier » (article L. 7123-2-1 du Code du travail). Des sanctions à hauteur « de six mois d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » sont prévues pour les agences et employeurs de mannequins qui ne rempliraient pas cette obligation. L'effectivité de ces mesures – photographie retouchée et certificat médical contrôlant l'IMC – est incertaine tant les facteurs conduisant à des TAC sont nombreux¹⁵. La construction de l'image des femmes et spécialement d'une silhouette acceptable est un phénomène complexe qui va au-delà des seules mannequins ; sans éradiquer les TAC, ces mesures contribueront à rendre moins visible la maigreur des mannequins mais paraissent *in fine* moins importantes que l'inscription de la prévention et du diagnostic des TAC comme faisant partie intégrante de la politique de santé.

D'autres mesures de la loi santé visent spécifiquement les femmes et en particulier une meilleure connaissance du nombre de femmes concernées par les accidents du travail et maladies professionnelles. Dans cette optique, il est prévu que le rapport annuel d'activité des entreprises comporte des données selon le sexe (article L. 4624-1 du Code du travail modifié par l'article 38 de la loi santé) ainsi que le rapport d'activité et de gestion de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (Article L. 221-1 du Code de la sécurité créé par l'article 163 de la loi santé). Ces mesures mettent en œuvre une des recommandations du rapport d'information la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des

13 - Voir en ce sens les dispositions de l'article 158 de la loi santé et en particulier les dispositions de l'article L. 1434-7 du Code de la santé publique.

14 - Nathalie Godart et Bruno Falissard, *Troubles des conduites alimentaires : un adolescent sur quatre concerné*, *La santé de l'homme*, n°394, mars-avril 2008, pp. 16-18 ; voir également Dominique Henon, *La santé des femmes en France*, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité du Conseil économique, social et environnemental, 2010.

15 - Voir not. en ce sens Xavier Pommereau, « Troubles du comportement alimentaire : quelle place pour l'image du corps ? », *La santé de l'homme*, n° 394, mars-avril 2008, pp. 23-25.

chances entre les hommes et les femmes¹⁶. En effet, lors des auditions, des difficultés pour « produire et publier des données sexuées en santé et sécurité au travail »¹⁷ avaient été mises en avant.

À ces mesures qui s'adressent à toutes les femmes, de l'adolescence à leur vie active, s'ajoutent des dispositions spécifiques aux femmes enceintes : il s'agit alors davantage de prendre en compte la santé de l'enfant à naître que celle des femmes. Aussi, ces mesures, qui concernent aussi bien le tabac que le plomb, ne renforcent pas l'autonomie des femmes ni ne prennent en compte des questions de santé qui leur sont spécifiques. Néanmoins, une évolution semble faire relativement moins peser sur les seules mères la responsabilité de la santé de l'enfant en bas âge. Ainsi, en matière de réduction du tabagisme, l'article 134 de la loi santé renforce les compétences des sages-femmes qui peuvent « prescrire des substituts nicotiniques à toutes les personnes qui vivent régulièrement dans l'entourage de la femme enceinte ou de l'enfant jusqu'au terme de la période postnatale ou assurent la garde de ce dernier » (article L. 4151-4 du Code de la santé publique)¹⁸. D'autres mesures semblent profiter de la grossesse pour sensibiliser les femmes aux dangers du tabac comme l'article 135 de la loi santé qui met en place, à titre expérimental dans certaines régions, « une consultation et (...) un suivi spécialisés destinés à toute femme enceinte consommant régulièrement des produits du tabac, aux fins de la sensibiliser à l'intérêt d'arrêter sa consommation ». Le rapport d'information de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes souligne quant à lui que c'est l'ensemble des femmes, avec en plus pour certaines femmes en « âge de procréer » l'association avec la pilule, qui est concerné par le tabagisme¹⁹. Enfin, une dernière mesure s'adresse à tous les parents ou titulaires de l'autorité parentale d'enfants mineurs et en particulier aux femmes enceintes et vise à les inciter à consulter un médecin lorsque du plomb a été mis en évidence dans l'environnement du mineur (article L. 1334-1 du Code de la santé publique modifié par l'article 48 de la loi santé).

Ces différentes mesures en matière de prévention et promotion de la santé montrent la logique des dispositions qui s'adressent autant aux femmes en tant que groupe qu'aux seules mères et visent dans ce cas alors davantage la protection des enfants à naître. À ce souci de prendre en compte la santé des femmes autant que l'égalité entre les sexes en ce qui concerne les usagers du système de santé s'ajoute une volonté de développer une gouvernance davantage paritaire en matière de santé.

.....

16 - Catherine Coutelle et Catherine Quéré, *op. cit.*, « Recommandation n° 3 : Développer le recueil et la publication régulière de données sexuées en matière de santé au travail en s'appuyant notamment sur le rapport de gestion de la CNAMTS et sur les rapports annuels des médecins du travail ».

17 - *Ibidem*.

18 - *Ibid.* : selon le Conseil de l'ordre des sages-femmes, il y a déjà près de 300 sages-femmes tabacologues.

19 - *Ibid.*

2. Une gouvernance plus paritaire

Le rapport d'information de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes met en exergue l'importance de la représentation des femmes « au sein des organismes publics dans le domaine de la santé, et des instances de direction en particulier » « pour favoriser l'égalité femmes-hommes mais aussi la prise en compte de certains enjeux de santé plus spécifiques aux femmes »²⁰. Si l'on constate une féminisation significative, ces dernières années, des postes de direction au sein de la fonction publique hospitalière, les femmes restent « sous-représentées dans les instances de direction des principaux établissements et agences sanitaires »²¹.

C'est pourquoi, l'article 169 de la loi santé autorise le Gouvernement à prendre, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la loi santé, « par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et des conseils de surveillance » de l'ONIAM, de l'EFS, de l'Agence de la biomédecine, des ARS, de l'ANSM et de l'Agence nationale de santé publique, créée par l'article 166 de la loi santé. Concernant la gouvernance des ordres des professions de santé, il est également prévu, par l'article 212 de la loi santé, que le Gouvernement puisse prendre, dans un délai de dix-huit mois, par ordonnances des mesures visant à renforcer l'échelon régional et à « modifier la composition des conseils, la répartition des sièges au sein des différents échelons et les modes d'élection et de désignation de manière à simplifier les règles en ces matières et à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions de membres dans l'ensemble des conseils ».

La parité, qui a d'abord été reconnue comme permettant de favoriser l'égalité réelle entre les femmes et les hommes en rendant possible une représentation équilibrée des femmes aux fonctions politiques, se retrouve ainsi mise en œuvre en matière de gouvernance du système de santé. Ces mesures permettront peut-être de renforcer encore la prise en compte des femmes au niveau de l'élaboration de la politique de santé et contribueront sans aucun doute à renforcer l'égalité entre les sexes.

La LFSS pour 2016 et la loi santé s'inscrivent donc dans un réel mouvement en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes et de promotion des droits des femmes. Cette dynamique se confirme au travers de l'étude des mesures prises en matière de santé sexuelle et reproductive.

.....

20 - *Ibid.*

21 - *Ibid.* : Seules 6 femmes sont à la direction générale d'une ARS (soit 23%), il n'y a qu'une femme à la tête des principales agences sanitaires (sur les 9) et aucune femme parmi les 9 membres de directions de la HAS et les 3 principales caisses d'assurance maladie. La situation, notamment à la HAS, devrait pourtant évoluer dans la mesure où l'article 74 de la loi n° 2011-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes autorise le Gouvernement à prendre des mesures pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes au sein des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

II. La santé sexuelle et reproductive et les droits des femmes

Les questions liées à la santé sexuelle et reproductive concernent bien entendu, et *a fortiori* lorsqu'il s'agit de relations hétérosexuelles, autant les hommes que les femmes²². Pour autant, la liberté reproductive apparaît, en partie à tort d'ailleurs, comme essentiellement celle des femmes : s'il est vrai qu'elles subissent davantage que les hommes les conséquences d'une grossesse, ces derniers pourraient être plus impliqués sur ces sujets, notamment en matière de contraception. Cela contribuerait alors à réduire l'exclusivité de la prise en charge par les femmes de ces questions. Autrement dit, la promotion de l'égalité entre les sexes et de la liberté reproductive impliqueraient un renforcement des droits des femmes sur leur corps autant qu'une responsabilisation des hommes sur ces questions. La loi santé agit sur ces deux plans mais dans des proportions différentes : le renforcement de l'accès à la contraception, notamment pour les mineures, et à l'IVG s'accompagne d'autres mesures en matière de santé sexuelle et reproductive qui ont le mérite de concerner autant les hommes que les femmes.

A. Un renforcement du droit à la contraception et à l'IVG

La LFSS pour 2016 et la loi santé renforcent l'accès et le choix en matière de contraception et d'IVG de manière significative, s'inscrivant dans un mouvement d'approfondissement des droits des usagers et de la liberté reproductive.

1. Le renforcement du droit à la contraception, notamment des mineures

En matière de contraception, l'article 64 de la LFSS pour 2016 prolonge les dispositions prises par les LFSS précédentes afin de permettre aux personnes mineures d'accéder de manière gratuite et anonyme à la contraception.

L'article 52 de la LFSS pour 2013 a d'abord instauré la gratuité de la délivrance des contraceptifs remboursables par l'assurance maladie (pilules contraceptives de 1^{ère} et 2^e générations, implants contraceptifs, dispositifs intra-utérins et diaphragmes) pour les personnes mineures de 15 à 17 ans et le droit au secret pour toutes les personnes mineures. Par la suite, afin de rendre effective la gratuité de l'accès à la contraception pour les mineures de 15 à 17 ans, l'article 55 de la LFSS pour 2014 a mis en place un tiers payant pour la part prise en charge par l'assurance maladie pour la consultation et les analyses biologiques nécessaires à la délivrance d'un produit contraceptif. Tirant les conséquences de ces deux textes, l'article 64 de la LFSS pour 2016 étend la protection du secret qui bénéficiait à « la délivrance et la prise en charge de

contraceptifs » à « la réalisation d'examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive, la prescription de ces examens ou d'un contraceptif ».

Le dispositif, qui a fait l'objet d'une évaluation en 2015 par l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS), apparaît encore peu effectif²³. Ainsi, moins d'1 % des contraceptifs seraient délivrés aux mineures de manière gratuite et secrète. Une mauvaise information ou compréhension des enjeux par les pharmaciens serait la principale explication : en effet, de nombreuses mineures bénéficient déjà de la gratuité du fait de leur couverture complémentaire, tandis que la procédure afin de garantir le secret est complexe. C'est pourquoi, il est notamment proposé d'intégrer dans les logiciels de facturation des pharmaciens la procédure d'exonération et de secret lors de la délivrance d'un contraceptif à une personne mineure. En effet, les auteurs du rapport soulignent que « s'il est difficile d'évaluer de façon fiable le besoin de confidentialité, [il est] raisonnable de l'estimer à environ un cinquième des mineures, [et] lorsque le secret est requis il est crucial qu'il soit respecté »²⁴. De même, il est recommandé d'étendre ces dispositifs aux jeunes personnes majeures, qui entre 18 et 24 ans ne sont que rarement autonomes financièrement. La gratuité paraît être un bon moyen d'assurer le secret, même si la mission de l'IGAS envisage « deux scénarios et options techniques pour une meilleure prise en charge ». Concernant les options techniques, il s'agit soit du système de facturation SESAM-Vitale avec une extension du dispositif Top anonymat de la CNAMTS combiné à l'utilisation d'un code d'exonération, soit d'un paiement du professionnel par le biais de l'espace professionnel du médecin ou grâce à une procédure manuelle. La première possibilité est préférée en ce qu'elle serait plus acceptable pour les médecins et générerait moins de coût de gestion. Quant aux deux scénarii possibles afin d'assurer gratuité et confidentialité, il peut s'agir d'« une prise en charge totale par l'assurance maladie obligatoire étendue à la consultation et aux analyses biologiques » ou bien d'une prise en charge par l'assurance maladie obligatoire couplée à l'assurance maladie complémentaire lorsque cela est possible afin de réduire les coûts²⁵. Enfin, deux expérimentations sont proposées : d'une part, une extension du rôle des infirmières scolaires et d'autre part, la possibilité pour les pharmaciens de « prescrire les pilules microprogestatives microdosées sans ordonnance dans le cas d'une primo-délivrance, afin de faciliter l'accès à cette contraception et d'éviter la discontinuité dans la prise de ce contraceptif »²⁶.

23 - Stéphanie Dupays, Catherine Hesse et Bruno Vincent, *L'accès gratuit et confidentiel à la contraception pour les mineures*, IGAS, rapport n°2014-167, avril 2015.

24 - Stéphanie Dupays, Catherine Hesse et Bruno Vincent, *op. cit.*, p. 5.

25 - Stéphanie Dupays, Catherine Hesse et Bruno Vincent, *op. cit.*, p. 6.

26 - Stéphanie Dupays, Catherine Hesse et Bruno Vincent, *op. cit.*, p. 7.

22 - Voir en ce sens not. Armelle Andro, Annabel Desgrées du Loû, « La place des hommes dans la santé sexuelle et reproductive : Enjeux et difficultés », *Autrepart*, 4/2009, n° 52, pp. 3-12.

Ces deux dernières propositions ont été reprises dans le rapport d'information de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes²⁷. Toutefois, la loi santé ne met pas en œuvre l'ensemble de ces propositions. Seul son article 10 accorde une plus grande marge de manœuvre aux infirmières scolaires dans la délivrance de la contraception d'urgence : en effet, sont supprimées de l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique les conditions tenant à l'inaccessibilité immédiate d'un médecin, d'une sage-femme ou d'un centre de planification ou d'éducation familiale et à la détresse caractérisée ainsi que la mention du caractère exceptionnel de cette délivrance. De même, il est indiqué que l'accompagnement psychologique de l'élève et la mise en œuvre d'un suivi médical après la délivrance de la contraception d'urgence peut notamment se faire « en orientant l'élève vers un centre de planification ou d'éducation familiale ».

Ces mesures doivent être saluées en ce qu'elles rendent plus effectif l'accès à la contraception, y compris d'urgence, pour les personnes mineures. Elles pourraient toutefois être complétées par d'autres dispositions, suggérées par l'IGAS ou par la délégation à l'égalité, notamment en matière d'éducation sexuelle. En outre, il est intéressant de souligner que la contraception - et cela ressort nettement des moyens et produits contraceptifs remboursés par l'assurance maladie - ne s'adresse, dans la conception mise en avant par la loi, qu'aux jeunes femmes. Sur ce sujet d'ailleurs, il est souligné dans le rapport de l'IGAS qu'il serait opportun que la Haute Autorité de Santé (HAS) étudie « la pertinence et les moyens de faire entrer le patch et l'anneau vaginal dans le champ des contraceptifs remboursables »²⁸ ; le préservatif est quant à lui exclu du périmètre de l'étude « au regard de la facilité à s'en procurer à des coûts faibles ou nuls »²⁹ alors qu'il permettrait de responsabiliser davantage les jeunes hommes sur ces questions. On peut en un sens parler d'une restriction, notamment financière, dans le choix de la méthode contraceptive et d'une mise à l'écart des hommes en matière de contraception. Cela paraît d'autant plus paradoxal que l'article 11 de la loi santé tire les conséquences des droits des usagers du système de santé, et en particulier du droit à l'information préalable et à la codécision, en reconnaissant spécifiquement en matière contraceptive que « toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement » et il est, en conséquence, mis à la charge du professionnel de santé une obligation d'information spécifique (article L. 2212-1 du Code de la santé publique). De même, l'article 217 de la loi santé reconnaît l'importance d'une information financière

complète dans la prise de décision en matière de santé : aussi, il est prévu que le droit à l'information de toute personne porte également « sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et, le cas échéant, sur les conditions de leur prise en charge et de dispense d'avance des frais » (article L. 1111-3 du Code de la santé publique). La reconnaissance d'une part, de l'importance du choix en matière de contraception et d'autre part, du poids des enjeux financiers, pourrait plaider, comme y invite l'IGAS, à une prise en charge par l'assurance maladie obligatoire de toutes les méthodes contraceptives.

Enfin, l'article 166 de la loi santé autorise, « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi », « le Gouvernement (...) à prendre par ordonnances les mesures d'amélioration et de simplification du système de santé relevant du domaine de la loi visant à (...) 2° assouplir, dans le respect de la sécurité sanitaire, simplifier et accélérer les procédures mises en œuvre par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé », notamment « f) en abrogeant les dispositions des articles L. 5134-2 et L. 5213-6 du même Code encadrant la publicité des contraceptifs autres que les médicaments ».

En résumé, la LFSS pour 2016 et la loi santé renforcent l'accessibilité de la contraception et proclament l'importance du choix en la matière ; accessibilité et choix sont également les lignes directrices des dispositions mises en place par la loi santé à propos de l'IVG.

2. L'IVG comme droit, accès facilité et choix consacré

Les dispositions adoptées par la loi santé concernant l'IVG s'adressent à l'ensemble des femmes, majeures et mineures. Elles traduisent une volonté de renforcer l'accès à l'IVG et s'inscrivent en cela dans le prolongement d'une reconnaissance de l'IVG comme d'un véritable droit des femmes. Dans un premier temps, l'article 50 de la LFSS pour 2013³⁰ avait instauré une revalorisation du forfait pour que les établissements qui pratiquent des IVG ne soient pas déficitaires de ce fait et en parallèle, une prise en charge à 100 % des IVG par l'assurance maladie obligatoire afin que les femmes ne supportent pas un reste à charge plus important. Dans un second temps, le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a rendu deux rapports sur le sujet afin d'assurer aux femmes le plein exercice de leur droit à l'IVG³¹. La première recommandation visant à faire de l'IVG un droit à part entière concernait la sup-

27 - Catherine Coutelle et Catherine Quéré, *Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi relatif à la santé* (n° 2302), déposé le 18 février 2015.

28 - Stéphanie Dupays, Catherine Hesse et Bruno Vincent, *op. cit.*, p. 37.

29 - *Ibidem*.

30 - Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

31 - Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG - Volet 1 : Information sur l'avortement sur Internet*, Rapport n°2013-0912-HCE-008, 13 septembre 2013 et Danielle Bousquet et Françoise Laurant, *Rapport relatif à l'IVG - Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires*, Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, Rapport n°2013-1104-SAN-009, 7 novembre 2013.

pression de la mention de l'état de détresse et a été mise en œuvre par l'article 24 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Symbolique, cette mesure répond « à la volonté de dédramatiser, de destigmatiser et de normaliser l'IVG, et ce dans les faits comme dans la loi »³² sans pour autant modifier l'état du droit positif. En effet, en 1980, le Conseil d'État avait reconnu qu'il appartenait à « la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation » de détresse³³.

La loi santé prolonge ces avancées, afin que le régime juridique de l'IVG témoigne du fait qu'il s'agit d'un droit des femmes, aussi bien en matière d'accessibilité et de réalisation que de choix de la méthode.

Concernant l'accessibilité à l'IVG, il est prévu que les centres de santé puissent également pratiquer les IVG instrumentales et que les sages-femmes puissent pratiquer les IVG médicamenteuses. Ainsi, l'article 77 de la loi santé modifie l'article L. 6323-1 du code de la santé publique afin de permettre aux centres de santé de réaliser des IVG « dans les conditions prévues [par le Code de la santé publique], selon des modalités définies par un cahier des charges établi par la Haute Autorité de santé, dans le cadre d'une convention conclue ». Quant à l'extension du champ de compétences des sages-femmes aux IVG médicamenteuses, elle avait été envisagée dès 2009 mais avait été censurée par le Conseil constitutionnel qui avait jugé l'article 86 III de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite HPST, contraire à la Constitution³⁴. L'article 127 de la loi santé permet enfin aux sages-femmes de réaliser une IVG, « pour les seuls cas où elle est réalisée par voie médicamenteuse » (article L. 2212-2 du Code de la santé publique). En revanche, il est précisé que « l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical ne peut être pratiquée que par un médecin » (article L. 2213-2 du Code de la santé publique). Les compétences des sages-femmes sont également accrues en matière de suivi de grossesse : l'examen postnatal peut ainsi être effectué par une sage-femme « à la condition d'adresser la femme à un médecin en cas de situation pathologique constatée » (article L. 4151-1 du Code de la santé publique) alors qu'il fallait auparavant que « la grossesse a[it] été normale et [que] l'accouchement a[it] été eutocique ». De même, leurs compétences concernant la prescription et la réalisation des vaccins de la femme, du nouveau-né et des personnes qui vivent régulièrement dans l'entourage de ce dernier sont étendues (article L. 4151-2 du Code de la santé publique) et font échos à celles en matière de lutte contre le tabagisme. L'ensemble de ces dispositions contribue à valoriser la place et le rôle des sages-femmes en matière de santé sexuelle et reproductive autant qu'à faciliter l'accès des femmes à l'IVG.

Dans une logique proche visant à rendre à la fois plus accessible et moins dramatique la réalisation d'une IVG, l'article 82 de la loi santé supprime la nécessité d'attendre l'expiration d'un délai de réflexion d'une semaine pour renouveler par écrit sa demande d'IVG (article L. 2212-5 du Code de la santé publique). Dans leur saisine du Conseil constitutionnel, le groupe de plus de soixante sénateurs faisait valoir que cette disposition serait contraire au « principe selon lequel toute intervention chirurgicale doit être précédée d'un délai de réflexion », tout en reconnaissant que celui-ci n'est pas explicitement consacré par la loi. Les juges constitutionnels déclarent les dispositions de l'article 82 conformes à la Constitution en estimant que « le législateur n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 » dans la mesure où la demande d'IVG et sa réalisation ne peuvent intervenir « au cours d'une seule et même consultation »³⁵. En outre, ils rappellent « qu'aucune exigence de valeur constitutionnelle n'impose de façon générale le respect d'un délai de réflexion préalablement à la réalisation d'un acte médical ou chirurgical »³⁶. Désormais, l'IVG peut intervenir après que la femme ait renouvelé sa demande à l'expiration d'un délai de deux jours suivant l'entretien initial. En cela, il s'agit d'une réduction du délai de réflexion plus que d'une réelle suppression de celui-ci.

Enfin, et pour faire écho aux dispositions adoptées en matière de contraception, il est également affirmé spécifiquement que l'obligation d'information à la charge du professionnel de santé a pour objectif la liberté de choisir de l'usagère, y compris lorsqu'il s'agit d'une IVG : dorénavant, l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique dispose que « toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement » (article 127 de la loi santé).

Ainsi, la loi santé renforce la liberté reproductive des femmes en rendant plus accessible la contraception pour les mineures et pour toutes les femmes les IVG instrumentales qui peuvent être réalisées en centre de santé et les IVG médicamenteuses qui peuvent désormais être pratiquées par les sages-femmes, en supprimant le délai de réflexion de sept jours pour une IVG et en déclinant le droit à l'information afin de souligner l'importance du choix de l'usagère quant à la méthode abortive ou contraceptive. Une dernière mesure de la loi santé concerne l'IVG et la contraception et vise à mieux reconnaître la responsabilité de la collectivité et du système de santé lors de la réalisation d'actes à finalité contraceptive ou abortive. Ainsi, l'article 185 de la loi santé précise, par une lecture *a contrario* de

32 - Danielle Bousquet et Françoise Laurant, op. cit., p. 25.

33 - Conseil d'État, 31 octobre 1980, n°13028.

34 - Conseil constitutionnel, décision n° 2009-584-DC, 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, cons. 39.

35 - Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 43.

36 - Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 44.

ses dispositions, que le dispositif d'indemnisation des accidents médicaux au titre de la solidarité nationale s'applique aux actes à finalité contraceptive et abortive. De la sorte est modifié l'article L. 1142-3-1 du Code de la santé publique qui avait été créé par l'article 70 de la LFSS pour 2015 afin de faire obstacle à l'extension prétorienne de l'indemnisation par la solidarité nationale des accidents médicaux survenant lors d'opérations de chirurgie esthétique³⁷ : désormais, seuls les dommages imputables à des actes ayant une finalité contraceptive, abortive, préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi, peuvent être indemnisés au titre de la solidarité nationale. Cette modification intervient pour ne pas exclure les éventuels dommages liés à des actes contraceptifs ou abortifs sans pour autant que ne soit réellement identifié un type de contentieux correspondant ; d'un point de vue symbolique, cette disposition témoigne toutefois de la place à part entière acquise par la contraception et les IVG au sein du système de santé.

Ces dispositions de la LFSS pour 2016 et de la loi santé consolident nettement la contraception et l'IVG comme mettant en œuvre la liberté reproductive des femmes. D'autres mesures adoptées en matière de santé sexuelle et reproductive concernent autant les hommes que les femmes et tendent alors à également favoriser l'égalité des hommes et des femmes.

B. La promotion de la santé sexuelle et reproductive

D'abord, la notion même de santé sexuelle et reproductive est consacrée comme titre de la deuxième partie du Code de la santé publique. L'article 10 de la loi santé enrichit ainsi de la notion de santé sexuelle le titre qui ne mentionnait auparavant que la santé reproductive, les droits des femmes et la protection de la santé de l'enfant ; il s'agissait toutefois d'une nette avancée opérée par l'article 23 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes dans la mesure où jusqu'alors il était question de la « Santé de la famille, de la mère et de l'enfant ». En plus d'une approche basée sur les droits des femmes en matière de reproduction, il est intéressant de rendre compte du fait que la sexualité n'est pas nécessairement reproductive et que de fait, la santé sexuelle peut être abordée indépendamment des questions reproductives. En outre, il est reconnu que les mineurs doivent également être acteurs de leur santé sur ce sujet et il est précisé, par l'article 7 de la loi santé, qu'ils peuvent bénéficier du secret non seulement pour les traitements médicaux mais aussi pour l'action de prévention, le dépistage et le diagnostic (article L. 1111-5 du Code de la santé publique). Un article est même créé afin de déroger à la nécessité du consentement parental (article 371-1 du Code civil), y compris pour les infirmiers, lorsque l'action

de prévention, le dépistage ou le traitement s'imposent pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure et que celle-ci souhaite « garder le secret sur son état de santé » (article L. 1111-5-1 du Code de la santé publique).

L'accent mis sur la santé sexuelle et reproductive autant que la prise en compte de la dualité entre les deux notions se retrouve dans d'autres dispositions de la loi santé, que ce soit en matière de lutte contre les infections et maladies sexuellement transmissibles (IST/MST) ou de procréation médicalement assistée (PMA).

1. Renforcer l'efficacité du dépistage des IST/MST

En matière de lutte contre les IST/MST, il existe des enjeux importants en termes de prévention mais également de dépistage. Dans ce domaine, il existait auparavant une dualité de structures qui remplissaient des fonctions assez proches, les Centres de dépistage anonyme et gratuit (CDAG) et les Centres d'information, de dépistage et de diagnostic des infections sexuellement transmissibles (CIDDIST). L'article 47 de la LFSS pour 2015 a remplacé, à partir du 1^{er} janvier 2016, les CDAG et les CIDDIST par une seule structure, le Centre gratuit d'information, de dépistage et de diagnostic (CeGIDD), financée par l'assurance maladie. Afin d'améliorer l'efficacité du dépistage, notamment du VIH, l'article 39 de la loi santé permet d'utiliser des tests rapides d'orientation diagnostique (TROD) « hors les murs ». Cette disposition s'inscrit dans le prolongement des débats quant aux autotests VIH, disponibles depuis le 15 septembre 2015 en vente en pharmacie. Toutefois ces derniers ne sont pas remboursés et sont réalisés par la personne seule, sans soutien ni conseil en cas de découverte d'une sérologie positive. Ces éléments avaient notamment été mis en exergue dans l'avis rendu par le Comité consultatif national d'éthique qui préconisait « la présence d'un professionnel du soin ou d'un membre d'une association, formé et capable en cas de découverte d'une sérologie positive d'aider la personne et de la conseiller quant à sa prise en charge »³⁸. Les TROD sont utilisés depuis novembre 2010 et permettent, en complément des sérologies réalisées en laboratoire de ville ou d'hôpital ou en CeGIDD, de mener des campagnes de « dépistage rapide, accompagné, "hors les murs", dans des lieux ou à des moments ou périodes où des personnes à haut risque de contamination sont présentes : lieux de convivialité, espaces de loisirs, périodes de vacances, rassemblements festifs »³⁹. L'article 39 de la loi santé prévoit qu'un arrêté encadre l'utilisation de ces tests (article L. 6211-3 du Code de la santé publique), et autorise ces tests sur des personnes mineures, y compris en absence de consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale (article L. 6211-3-1 du Code de la santé publique). En outre, ces tests

.....

38 - CCNE, Les problèmes éthiques posés par la commercialisation d'autotests de dépistage de l'infection VIH, avis n°119, 21 février 2013, p. 11.

39 - Ibidem.

37 - Cass., 1^{re} Civ., 5 février 2014, n°12-29140.

peuvent être délivrés par les CeGIDD, les organismes de prévention sanitaire et les centres de soins, d'accompagnement et de prévention en addictologie, les centres d'accueil et d'accompagnement à la réduction des risques pour usagers de drogue (article L. 3121-2-2 du Code de la santé publique). Le recours à ces tests peut être protégé par le secret, pour les majeurs et les mineurs qui le demandent. Ces mesures concernent la santé sexuelle des femmes autant que celle des hommes.

2. Faciliter la conciliation entre parcours de PMA et travail

De même, l'article 87 de la loi santé s'adresse aux hommes et aux femmes en matière de santé reproductive : il s'agit en particulier d'étendre le bénéfice des autorisations d'absence en cas de grossesse aux personnes salariées bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation. Cette mesure s'inscrit dans la continuité de l'article 11 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui avait permis au conjoint salarié de la femme enceinte ou « la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle (de bénéficiaire) également d'une autorisation d'absence pour se rendre à trois de ces examens médicaux obligatoires au maximum ». Cette mesure permet aux hommes de s'impliquer davantage dans les questions de santé et dans la grossesse. La loi santé étend ces mesures aux femmes salariées bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation et à leur conjoint, à leur partenaire ou à la personne vivant maritalement avec elle (article L. 1225-16 du Code du travail). Ces nouvelles dispositions sont intéressantes en ce qu'elles rendent compte de la difficulté des femmes bénéficiant d'une PMA de concilier les protocoles médicaux avec leur travail⁴⁰, tout en permettant un engagement précoce des hommes dans le processus de reproduction.

La loi santé et la LFSS pour 2016 contribuent nettement à, d'une part, renforcer la liberté reproductive des femmes et d'autre part, reconnaître l'importance pour tous de la santé sexuelle et reproductive. Les enjeux en termes d'égalité entre les sexes sont appréhendés à travers des mesures spécifiques à l'égard des femmes et une gouvernance du système de santé davantage paritaire tandis que la réforme en profondeur de la prise en charge des frais de santé, réalisée par la LFSS pour 2016, bénéficie indirectement aux femmes et à leur santé.

Marie Mesnil

40 - Voir not. Irène-Lucile Hertzog « Les coûts de l'assistance médicale à la procréation pour les femmes salariées », Cahiers du Genre, 1/2014, n° 56, pp. 87-104.

Xavier Cabannes

Professeur à l'université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Centre Maurice Hauriou

Julie Diebold

Avocat à la Cour, Chargée d'enseignement à l'Université d'Évry-Val d'Essonne

Marc Dupont

Directeur d'hôpital à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Précisions sur la reconnaissance de l'imputabilité d'une maladie au service

À l'occasion de trois décisions, rendues dans une brève période de temps, le juge administratif, statuant tant en première instance qu'en cassation, a eu l'occasion de préciser les conditions de la reconnaissance de l'imputabilité au service d'une maladie affectant un agent titulaire de la fonction publique hospitalière.

La « maladie professionnelle », une notion absente du droit de la fonction publique

L'expression « maladie professionnelle », bien que couramment usitée, n'apparaît pas dans le statut de la fonction publique. Cette qualification relève essentiellement du droit privé, et, plus particulièrement du code de la sécurité sociale. Ainsi l'article L.461-1 de ce code dispose « (...) Est présumée d'origine professionnelle toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractées dans les conditions mentionnées à ce tableau. (...) ».

En ce qui concerne les agents de la fonction publique hospitalière, le régime de la maladie professionnelle ressort des dispositions combinées de l'article 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986¹ et de l'article 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite. L'article 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986 dispose, en effet, que « le fonctionnaire en activité a droit : (...) 2° A des congés de maladie dont la durée totale peut atteindre un an pendant une période de douze mois consécutifs en cas de maladie dûment constatée mettant l'intéressé dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions. (...) Toutefois, si la maladie provient

de l'une des causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite ou d'un accident survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou jusqu'à sa mise à la retraite. Il a droit, en outre, au remboursement des honoraires médicaux et des frais directement entraînés par la maladie ou l'accident. / Dans le cas visé à l'alinéa précédent, l'imputation au service de la maladie ou de l'accident est appréciée par la commission de réforme instituée par le régime des pensions des agents des collectivités locales ». L'article 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite disposant sur les « maladies contractées ou aggravées (...) en service », il en ressort que les dispositions de l'article 41, 2° organisent bien le régime de la maladie contractée ou aggravée en service, soit la maladie professionnelle. L'enjeu de cette reconnaissance est important puisqu'elle permet à l'agent de percevoir l'intégralité de son traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou mis à la retraite. Il perçoit, en outre, le remboursement des honoraires médicaux et des frais directement liés à la maladie. Sans cette reconnaissance, aux termes de l'article 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986, l'agent ne perçoit l'intégralité de son traitement que durant trois mois, puis la moitié de son traitement durant les neuf mois suivants. Il ne conserve que la totalité du supplément familial et l'indemnité de résidence.

Or, pour bénéficier de cette reconnaissance, l'agent public doit démontrer l'imputabilité de sa maladie au service et ne bénéficie, au contraire des salariés de droit privé, d'aucune présomption.

L'imputabilité de la maladie au service ne se présume pas

C'est la règle récemment rappelée par le Conseil d'État. Le directeur du centre hospitalier Edmond Garcin d'Aubagne a rejeté par deux décisions en date des 18 juin et 29 juillet 2010 la demande présentée par Mme A. de reconnaître l'imputabilité au service de la pathologie dont elle était atteinte. Madame A. a alors saisi le tribunal administratif de Marseille afin de voir annuler ces décisions. Le juge a fait droit à la demande de Mme A en faisant application des dispositions combinées de l'article 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986 et de l'article 27 du code des pensions civiles et militaires ainsi que de l'article L.461-1 du code de la sécurité sociale. Cet article dispose qu'est « (...) présumée d'origine professionnelle toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractées dans les conditions mentionnées à ce tableau. (...) ». Il crée une présomption d'imputabilité quant à l'origine professionnelle de la maladie, présomption favorable au demandeur qui n'a pas à démontrer le lien de causalité entre l'affection dont il souffre et les conditions d'exercice de son service.

1 - Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

C'est à l'employeur, en l'espèce l'administration, de démontrer que la maladie n'a pas de lien avec les conditions d'emploi de l'agent. C'est donc sur cette présomption que le juge de première instance se fonde pour qualifier la pathologie dont souffre Madame A. de maladie professionnelle et, ainsi faire droit à sa requête.

Cette solution n'était pas surprenante. En effet, la référence à l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale pour la reconnaissance de l'imputabilité au service des maladies professionnelles des agents publics était relativement courante. Le décret du 2 mai 2005, relatif à l'attribution de l'allocation temporaire d'invalidité aux fonctionnaires relevant de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière², distingue, dans son article 2, les « *maladies d'origine professionnelle énumérées par les tableaux mentionnés à l'article L. 461-2 du code de la sécurité sociale* » et les « *maladie reconnue d'origine professionnelle dans les conditions mentionnées aux alinéas 3 et 4 de l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale* ». Plus récemment, une circulaire relative à la prévention des cancers d'origine professionnelle dans la fonction publique hospitalière visait comme textes de référence, les articles L. 461-1 et suivants du code de la sécurité sociale³. Il ne semblait donc pas incohérent de penser que le juge administratif ferait application de la présomption créée par l'article L.461-1 afin de reconnaître l'imputabilité au service de la maladie affectant l'agent. Pourtant, saisi en cassation, le Conseil d'État annule le jugement au motif que les dispositions de l'article L. 461-1 ne sont pas applicables aux fonctionnaires hospitaliers : « *Considérant qu'aucune disposition ne rend applicables aux fonctionnaires hospitaliers [qui demandent le bénéfice des dispositions combinées du 2° de l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 et de l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite] les dispositions de l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale (...); qu'il suit de là qu'en se fondant sur les dispositions de cet article pour annuler les décisions des 18 juin et 29 juillet 2010 du directeur du centre hospitalier Edmond Garcin d'Aubagne (...), le tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, le jugement du 27 mai 2013 du tribunal administratif de Marseille doit être annulé; »⁴*

En réalité, ici encore, la solution dégagée par le Conseil d'État n'est pas réellement surprenante. Par cet arrêt, et en utilisant la même formulation, le juge suprême étend aux fonctionnaires hospitaliers, la solution qu'il avait déjà posée pour les agents titu-

lares de la fonction publique d'État⁵. Tout comme dans ce précédent arrêt, le Conseil d'État ne s'étend pas sur la motivation de sa décision. On peut penser qu'il interprète les règles combinées des articles 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986 et de l'article L.27 du code des pensions civiles et militaires de retraite comme constitutives d'un régime spécifique visant les agents de la fonction publique et excluant, de fait, l'application d'un autre régime. On peut également penser que le juge administratif a voulu réaffirmer l'autonomie du droit administratif par rapport au droit privé du travail. Il est cependant assez indéniable que les textes ne se renvoient pas les uns aux autres. L'article L.461-1 ne vise pas particulièrement les agents de la fonction publique et surtout, les statuts de la fonction publique ne font pas référence au code de la sécurité sociale ou au régime qu'il institue. La solution dégagée par le Conseil d'État, si elle est donc peu favorable aux titulaires de la fonction publique, n'en demeure pas moins une application assez conforme des textes. Même si, dans son rôle de juge suprême, le Conseil d'État aurait pu étendre l'application du régime de présomption. On précisera que cette solution n'est pas incompatible avec les dispositions du décret du 2 mai 2005, relatif à l'attribution de l'allocation temporaire d'invalidité, puisqu'à la différence de l'article 41, 2° de la loi du 9 janvier 1986, ce texte vise spécifiquement l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale.

En tout état de cause, après avoir rejeté l'application de cet article au profit des agents de la fonction publique de l'État, le Conseil d'État rejette, de la même façon, l'application de cet article au profit des agents de la fonction publique hospitalière. Si la motivation de la solution reste encore un peu obscure, l'extension de la solution applicable aux agents de la fonction publique d'État, aux agents de la fonction publique hospitalière est logique. Rien ne justifiait un régime différent entre les titulaires de ces deux corps. Le juge administratif met à la charge de l'agent public, l'obligation d'établir le lien de causalité entre l'exercice de ses fonctions et la survenance de sa pathologie, ce qui n'est pas chose aisée et peut donc paraître parfois quelque peu injuste. Néanmoins, on peut préciser que si l'imputabilité au service ne peut se déduire de l'inscription aux tableaux de maladie professionnelle visés par l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale, cette inscription n'en constitue pas moins un indice qui peut être pris en compte par l'administration. Assez logiquement, peu de temps après cet arrêt, le Conseil d'État a étendu cette solution aux agents titulaires de la fonction publique territoriale⁶. Là encore, en effet, rien ne justifiait une différence de traitement entre les agents des trois fonctions publiques. Il est cependant à noter que, dans ce dernier arrêt, le Conseil d'État a rappelé que si la présomption ne bénéficie pas à l'agent, elle ne bénéficie pas plus à l'adminis-

2 - Décret n° 2005-442 du 2 mai 2005 relatif à l'attribution de l'allocation temporaire d'invalidité aux fonctionnaires relevant de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, JO 11 mai 2005.

3 - Circulaire n° DHOS/P2 2008-207 du 23 juin 2008, relative à la prévention des cancers d'origine professionnelle dans la fonction publique hospitalière, BO Santé-Protection sociale Solidarités n° 2008/7, 15 août 2008, p. 198.

4 - CE 25 février 2015, n° 371706, Centre hospitalier Edmond Garcin d'Aubagne; Mentionné aux tables du Recueil; AJDA 2015. 1303.

5 - CE, 23 juillet 2012, n° 349726, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, Mentionné table, AJDA 2012, 1483, AJFP 2012. 32.

6 - CE, 27 avril 2015, commune de Roissy-en-Brie, n° 374541, AJCT 2015. 481.

tration. Ainsi, l'absence d'inscription de la maladie sur ces tableaux n'autorise pas, à elle seule, l'administration à rejeter la demande de reconnaissance de maladie professionnelle.

La solution dégagée par l'arrêt du 25 février 2015 conduit donc à s'intéresser à l'imputabilité au service de la maladie dont souffre l'agent. Or, le Conseil d'État a apporté, à la fin de l'année 2014, d'utiles précisions à ce sujet. Par ailleurs, le Tribunal administratif de Besançon a également rendu un jugement, le 14 novembre 2014, rappelant la nécessité de motiver une telle décision de refus.

L'examen de l'imputabilité d'une maladie au service

Madame B., infirmière titulaire au centre hospitalier de Bigorre, avait intégré le grade de cadre de santé en qualité de stagiaire. À l'issue de son stage, la commission administrative paritaire a émis un avis défavorable à sa titularisation. Madame B. n'a donc pas été titularisée en qualité de cadre de santé. Suite à cette décision, elle a commencé à présenter un état dépressif justifiant l'octroi de plusieurs arrêts de travail durant une période de cinq mois environ. Madame B. a demandé au centre hospitalier que l'imputabilité au service de ces arrêts de travail soit reconnue. Par décision en date du 11 avril 2011, le directeur du centre hospitalier a rejeté sa demande. Madame B. a présenté un recours gracieux contre cette décision de refus. Le 21 juin 2011, le silence conservé par le directeur du centre hospitalier faisait naître une décision implicite de rejet du recours gracieux. Madame B. a alors saisi le tribunal administratif de Pau afin de faire annuler tant la décision de rejet du 11 avril 2011 que la décision de rejet de son recours gracieux. Par jugement rendu le 5 février 2013, le tribunal administratif rejetait la demande de Madame B. Saisi en cassation, le Conseil d'État va annuler le jugement rendu le 5 février 2013, en se fondant sur l'insuffisance de motivation du jugement⁷. Puis jugeant à nouveau au fond, le Conseil d'État va procéder à un examen *in concreto* de la situation de Madame B. Il opère alors un contrôle très poussé de ces conditions, censurant non seulement la décision du centre hospitalier mais également le jugement rendu par le juge de première instance parce qu'il n'a pas procédé à un tel contrôle.

En effet, il s'avère que, durant sa période de stage, Madame B. a rencontré un conflit avec la directrice des soins de l'établissement. À la suite de ce conflit, elle avait fait l'objet de plusieurs décisions vexatoires de la part de ses supérieurs hiérarchiques, dont des retraits de mission et un changement d'affectation d'office. Madame B. avait normalement, et à plusieurs reprises, alerté le chef de l'établissement qui n'avait pas donné suite. Se fondant également sur l'absence d'état dépressif antérieur à sa prise de fonction et sur l'absence de cause étrangère à l'existence de cet état dépressif, le Conseil d'État conclut à l'imputabilité au service de la maladie de Madame B.

Il fait donc injonction au directeur du centre hospitalier de prendre une décision reconnaissant l'imputabilité au service de l'état dépressif de Madame B. ayant justifié ses arrêts maladie. Certes, dans la présente espèce, la commission de réforme avait reconnu cette imputabilité. De même, Madame B. avait présenté une première demande de reconnaissance de maladie professionnelle, rejetée par le directeur du centre hospitalier. Or, cette décision de rejet avait été annulée par le tribunal administratif de Pau. C'est la décision de rejet de la seconde demande déposée par Madame B. auprès du centre hospitalier, qui était l'objet du contentieux porté devant le Conseil d'État. Mais ce dernier n'en rappelle pas moins, par cet arrêt, que l'imputabilité au service ne se déduit pas d'un seul fait générateur, en l'espèce la décision de refus de titularisation, mais bien de l'ensemble des conditions dans lesquelles l'agent a exercé ses fonctions.

Peu de temps après avoir rappelé cette solution, le Conseil d'État a eu l'opportunité de la mettre en application et de préciser les éléments à retenir pour justifier l'imputabilité au service. Le tribunal administratif de Grenoble avait qualifié de maladie professionnelle l'état dépressif d'un agent souffrant de dépression, pathologie qui l'avait conduit à tenter de mettre un terme à ses jours. Or, après avoir examiné l'ensemble des conditions dans lesquelles l'agent exerçait ses fonctions, le Conseil d'État a censuré la solution dégagée par le juge de première instance au motif que « *la pathologie dépressive de l'intéressée, si elle a pu être favorisée par certaines conditions de son activité professionnelle, s'était déjà manifestée précédemment et trouvait son origine dans sa personnalité* »⁸. Si, en l'espèce, l'agent était titulaire de la fonction publique territoriale et non de la fonction publique hospitalière, il n'y a aucune raison de penser que la solution n'est pas, en tout état de cause applicable en toute hypothèse. Ces deux solutions sont d'autant plus à rapprocher que dans ces deux espèces, la pathologie dont souffrait l'agent était un état dépressif qu'il imputait aux conditions d'exercice de son service. Or, cette pathologie peut avoir des causes multiples. Le juge administratif a donc pu rappeler, à cette occasion que si le lien entre la pathologie et le service doit être direct, les conditions d'exercice du service doivent avoir joué un rôle dominant ou essentiel dans la maladie mais non pas nécessairement exclusif, solution qu'il avait antérieurement dégagée⁹. On soulignera pourtant que l'existence de la pathologie précédemment à la prise de fonction conduit le juge à écarter le caractère professionnel de la maladie, ce qui ressort également du jugement rendu par le tribunal administratif de Besançon commenté ci-après. S'il appartient donc à l'agent de démontrer le lien de causalité entre les conditions d'exécution de son service et sa maladie, il appartient tant à l'adminis-

8 - CE, 24 octobre 2014, n° 362723, Syndicat intercommunal d'équipements publics de Moirans (SIEP de Moirans), Mentionné aux tables du Recueil, AJ Collectivités Territoriales 2015, p. 104.

9 - CE 23 septembre 2013, n° 353093, Mme Fonvielle ; AJDA 2013. 1888 ; AJFP 2014. 159, concl. F. Lambolez.

7 - CE, 1^{er} octobre 2014, n° 367504, Madame B., AJFP 2015, p. 219.

tration qu'au juge administratif d'examiner l'intégralité des éléments, et en particulier l'ensemble des conditions d'exécution du service, qui lui sont soumis, afin de reconnaître l'imputabilité d'une maladie au service ou de juger de la légalité d'une telle décision.

La motivation de la décision de refus d'imputabilité d'une maladie au service est une garantie au sens de la jurisprudence Danthony

Et c'est dans cette ligne que s'est placé le tribunal administratif de Besançon pour censurer la décision de refus de reconnaître l'imputabilité au service de l'arthrose dont souffre Madame F., infirmière psychiatrique au sein du centre hospitalier de Belfort-Montbéliard¹⁰. Madame F. a été placée en congé maladie le 7 mai 2010 en raison d'une arthrose fémoro-patellaire associée à une algodystrophie. Elle a sollicité la reconnaissance de l'imputabilité au service de sa maladie. Suite à l'avis défavorable de la commission de réforme, le directeur du centre hospitalier de Belfort-Montbéliard a rendu une décision défavorable le 28 mai 2013. Après rejet du recours gracieux qu'elle avait formulé, Madame F. a saisi le tribunal administratif de Besançon afin qu'il annule la décision de refus de reconnaissance de l'imputabilité au service de sa maladie ainsi que la décision de rejet de son recours gracieux. Par jugement rendu le 14 novembre 2014, le Tribunal a fait droit à la requête de Madame F. Il se fonde pour cela sur une double carence : l'insuffisante motivation non seulement de la décision de rejet prise par le directeur du centre hospitalier mais également de la décision de la commission de réforme, rendant un avis défavorable à la demande de Madame F.

Le rapporteur public avait, dans ses conclusions, très justement souligné ces deux carences.

Rappelant la jurisprudence Danthony¹¹, il en rejette son application sur la seule absence de motivation de l'avis rendu par la commission de réforme mais soutient que l'absence de motivation à la fois de cet avis et de la décision de rejet prise par le directeur du centre hospitalier, auquel s'ajoute l'absence d'information communiquée à Madame F. sur son dossier médical ou la possibilité pour elle d'en obtenir communication constitue bien un manquement ayant privé l'agent d'une garantie. En fait le rapporteur public distingue deux cas, « celui où l'insuffisante motivation de l'avis de la commission de réforme est le reflet de l'ensemble de la procédure suivie, dans laquelle les motifs sont finalement peu clairs ; et celui où malgré une insuffisante motivation

10 - TA Besançon, 14 novembre 2014, Mme F., n° 1301294, AJFP 2015 p. 216.

11 - CE 23 décembre 2011, Danthony, n° 335033, Lebon p. 649 ; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; ibid. 1484, étude C. Mialot ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Cornéloup, F. Jault-Seséke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert ; ibid. 2015. 25, chron. S. Gilbert ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier ; ibid. 296, note P. Cassia ; ibid. 423, étude R. Hostiou ; Dr. adm. 2012. Comm. 22, note F. Melleray.

de la commission de réforme, d'autres éléments sont de nature à fournir à l'intéressé, les motifs du refus de reconnaissance d'imputabilité qui lui est opposé. »¹². Pour dire les choses autrement, l'agent doit pouvoir avoir accès aux éléments sur lesquels s'est fondée l'administration pour prendre sa décision. Ces éléments doivent apparaître à un stade ou à un autre de la procédure. Soit ils sont cités par l'avis de la commission de réforme, toujours compétente pour apprécier l'imputation au service, soit ils le sont par l'autorité titulaire du pouvoir de décision, soit, s'ils n'apparaissent dans aucun de ces documents, il doit être porté à la connaissance de l'agent, une information suffisante sur son dossier médical ou sur la possibilité pour lui d'en obtenir communication afin qu'il puisse prendre connaissance des pièces médicales sur lesquelles la décision est fondée. Si une triple insuffisance est constatée, c'est à dire si aucune de ces informations n'est communiquée à l'intéressé, alors, à l'instar du Rapporteur public, on peut en effet conclure que l'agent est privé d'une garantie ce qui justifie l'annulation de la décision.

Même si ce jugement ne vise finalement que les éléments médicaux permettant de fonder la décision, il rejoint l'esprit des deux arrêts rendus en octobre 2014 par le Conseil d'État. La lecture croisée de ces trois solutions permet de dégager les règles encadrant le cheminement que doit suivre l'autorité administrative lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur l'imputabilité d'une maladie au service. L'autorité administrative doit, tout d'abord, examiner l'ensemble des conditions dans lesquelles l'agent a exercé ses fonctions, ce qui inclut non seulement les avis et certificats médicaux que l'agent a pu être amené à produire, mais également l'ensemble des circonstances de fait. Et c'est au regard de ce tableau global qu'elle doit se prononcer. Puis, elle doit s'assurer que l'agent est mis en position de connaître précisément les raisons de sa décision. Dès lors, si l'avis de la commission de réforme est suffisamment motivé, ce qui implique, en réalité, que la commission de réforme a également pris en compte le même ensemble d'éléments, l'autorité administrative peut s'autoriser à ne motiver que brièvement sa décision – à condition, bien sûr, de renvoyer à la motivation de l'avis de la commission de réforme. En revanche, en l'absence de motivation suffisante de cet avis, l'autorité administrative doit motiver de façon complète sa décision. Et, si aucune de ces précautions ne sont prises, alors l'autorité administrative doit s'assurer d'apporter l'information la plus complète à l'agent afin qu'il prenne connaissance de l'ensemble des pièces de son dossier médical. On soulignera cependant que cette information communiquée à l'agent ne portera que sur les éléments médicaux, ce qui n'inclut pas obligatoirement l'ensemble des conditions dans lesquelles l'agent a été amené à exercer ses fonctions.

Ces quatre décisions, rendues dans une courte période de temps, ont donc permis au juge administratif d'explicitier les règles applicables à la

12 - J. Charret, Rapporteur Public, « Constitue une garantie la motivation du refus de reconnaître l'imputabilité d'une maladie au service », AJFP 2015, p. 216.

reconnaissance de l'imputabilité au service de la pathologie dont souffre un agent et donc à la qualification de maladie professionnelle. Si les dispositions de l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale ne s'appliquent pas, l'inscription dans un tableau de maladies professionnelles et contractées dans les conditions mentionnées à ce tableau reste un indice qui doit être pris en compte par l'administration. Elle doit également, afin de déterminer l'imputabilité de la maladie, examiner l'ensemble des conditions dans lesquelles l'agent a été amené à exercer ses fonctions et non pas le seul fait générateur, s'il existe d'ailleurs, de sa maladie. Le service doit avoir joué un rôle dominant ou essentiel mais non pas exclusif. Et enfin, la décision d'imputabilité ou non au service doit faire l'objet d'une motivation précise, permettant à l'agent d'en connaître les raisons.

Si la démonstration du lien de causalité entre le service et la pathologie dont il souffre n'est pas chose aisée pour le patient, le rejet de la reconnaissance de l'imputabilité doit également faire l'objet d'une procédure et d'un examen minutieux de la part de l'autorité décisionnaire.

Julie Diebold

Sur le transport des corps des patients décédés : entre droit sanitaire et droit funéraire

Au moment où cet article était tout juste finalisé, le Conseil a censuré, pour des raisons purement formelles¹³, des dispositions du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 relatives au transport des corps des nourrissons décédés de cause médicalement inexpliquée.

Ces dispositions venaient étendre la notion de transport sanitaire au transport médicalisé des corps de ces enfants décédés vers un centre de référence en pour leur autopsie, ainsi qu'au transport de leurs parents dans ces circonstances.

Elles devaient modifier l'article L. 6312-1 du code de la santé publique, qui définit la notion de transport sanitaire, et y ajouter l'alinéa suivant : « *Le transport médicalisé d'enfants décédés de cause médicalement inexpliquée, en vue de prélèvements à des fins diagnostiques et scientifiques, ainsi que le transport de leurs représentants légaux en vue d'une prise en charge adaptée, effectué à l'aide de moyens de transports terrestres, aériens ou maritimes spécialement adaptés à cet effet, est considéré comme un transport sanitaire depuis le lieu de prise en charge de l'enfant décédé jusqu'à l'établissement de santé d'accueil.* »

Le texte nouveau complète par ailleurs dans le même sens le troisième alinéa de l'article L. 2223-43 du code général des collectivités territoriales par les mots : « *ou qui assurent le transport d'enfants décédés de cause médicalement inexpliquée, en vue de prélèvements à des fins diagnostiques et scientifiques, vers l'établissement de santé d'accueil* », afin de permettre aux établissements de santé de pouvoir transporter les corps de ces enfants dans des véhicules dépourvus d'habilitation funéraire.

La portée d'une telle mesure est probablement peu compréhensible aux non-spécialistes. Elle s'inscrivait en réalité, parmi d'autres illustrations, dans une problématique auxquels sont confrontés dans différentes situations les établissements de santé : celle de l'application ou non en cas de décès, selon les circonstances, des dispositions du droit funéraire ou de celles du droit sanitaire, chacune des législations ayant sa cohérence et sa finalité propres et renvoyant à une organisation de transport réglementée spécifique, disposant de ses propres régimes d'habilitation et normes techniques. Au transport du

.....

13 - Le Conseil constitutionnel a considéré à l'appui de sa censure que les amendements dont étaient issues les dispositions de l'article 62 en question du projet de loi avaient été introduits en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, « sans que les adjonctions aient été, à ce stade de la procédure, en relation directe avec une disposition restant en discussion et qu'elles n'étaient pas non plus destinées à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle » (CC, Décision n° 2015-723 DC du 17 décembre 2015, JO 22 déc.).

corps des personnes décédées encadré par la réglementation funéraire (art. R. 2213-12 et -13 du code général des collectivités territoriales notamment) répond le transport sanitaire (autrement dénommé « transport médicalisé ») régi par le code de la santé publique (art. L. 6312-1 et s.)

La mort inattendue du nourrisson.

Les dispositions censurées du projet de loi concernaient en l'occurrence la prise en charge des corps des enfants de moins de deux ans décédés dans le cadre de la *mort inattendue du nourrisson* (MIN, fréquemment appelée « mort subite du nourrisson »), décès définis comme ceux « survenant brutalement chez un nourrisson alors que rien, dans ses antécédents connus, ne pouvait le laisser prévoir »¹⁴. Des recommandations de bonne pratique professionnelle¹⁵ ont été établies pour ces décès, qui selon l'InVS représenteraient environ 250 cas chaque année en France : elles portent à la fois sur la prise en charge *médicale* des corps et de façon plus large sur la protection de l'enfance dans ce cadre, en raison notamment de possibles suspicions de maltraitance.

La Haute Autorité de santé a estimé que les cas de mort subite du nourrisson nécessitent d'être explorés pour plusieurs raisons :

- mener des investigations diagnostiques afin d'établir la cause du décès,
- organiser la prise en charge de la famille et des personnes présentes au moment du décès,
- identifier des décès accidentels qui pourraient être à l'origine de mesures de prévention,
- faire la part d'éventuels cas de maltraitance.

Ce quadruple objectif justifie que pour tous les cas de mort inattendue du nourrisson, des investigations sur le corps de l'enfant soient menées au sein d'une structure hospitalière. Tous les cas de mort inattendue du nourrisson doivent a priori être explorés pour rechercher la cause du décès : naturelle, accidentelle ou non accidentelle. Des « centres de référence pour la mort inattendue du nourrisson », en principe régionaux, ont été mis en place progressivement depuis une circulaire ministérielle du 14 mars 1986 dans certains hôpitaux dotés d'équipes justifiant d'une expérience et de compétences reconnues.

L'autopsie constitue un examen clé dans le bilan réalisé dans ces centres pour déterminer les causes du décès : pathologie médicale, cause non naturelle ou *véritable* mort subite du nourrisson si aucune cause n'est retrouvée.

14 - Sur la question, voir J. Bloch, P. Denis, D. Jezewski-Serra, *Les morts inattendues du nourrisson de moins de deux ans*, Enquête nationale 2007-2009, INVS, 2011.

15 - Haute Autorité de santé, *Prise en charge en cas de mort inattendue du nourrisson (moins de deux ans)*, Recommandations, Service des recommandations professionnelles, février 2007.

On retiendra que ces décès surviennent très majoritairement hors de l'hôpital. Le plus souvent, les parents appellent les services de secours depuis leur domicile ou acheminent le corps de l'enfant spontanément vers un service d'urgences. Dans la plupart des cas, les décès de ces nourrissons sont constatés dans le cadre d'une prise en charge par une équipe de SMUR (structure mobile d'urgence et de réanimation¹⁶) initiée par le SAMU (service d'aide médicale urgente, ici dans sa composante de centre « 15 ») et dépêchée pour tenter de réanimer l'enfant.

Le transport du corps de ces enfants nécessite au préalable, *stricto sensu*, une déclaration auprès du maire du lieu du décès (à Paris, du préfet de police), selon les modalités prévues pour les transports funéraires. Cette formalité préalable doit être effectuée, quels qu'en soient les inconvénients qui en résultent pour les examens médicaux. Le transport doit avoir lieu, théoriquement, en conformité avec la législation funéraire. Indépendamment du type de transport, la HAS a recommandé de proposer aux parents d'accompagner leur enfant dans le véhicule de transport et de transporter directement l'enfant au centre de référence en vue de la réalisation des explorations médicales.

En pratique, conformément aux recommandations de 2007 de la HAS, les équipes des SMUR se chargent ensuite de transporter le corps des nourrissons vers des centres de référence afin de réaliser des explorations fonctionnelles ou une autopsie, et assurent également le transport de leurs parents. L'expérience montre en effet qu'il est impossible pour le SAMU de mobiliser un véhicule de transport funéraire en urgence, à toute heure du jour ou de la nuit, pour rejoindre l'équipe de SMUR sur le lieu du décès et assurer le transport du corps de l'enfant. Pour autant, en procédant au transport, les équipes des SMUR se trouvent jusqu'à présent dans l'illégalité, puisque les textes en vigueur prévoient qu'un tel transport ne peut se faire que par des véhicules de transport funéraire.

Dans cette situation de discordance entre l'état du droit et les recommandations de bonne pratique, la majorité des équipes de SMUR préfèrent jusqu'à présent privilégier ainsi l'intérêt des familles et celui de la collectivité à la stricte application d'un cadre législatif inadapté. Une minorité d'équipes SMUR refusent toutefois d'effectuer le transport par crainte d'un risque judiciaire ; en cas d'intervention de réanimation s'avérant infructueuse, les parents sont dans ce cas laissés sur place avec le corps de leur enfant, empêchant toute continuité de prise en charge des parents et toute possibilité d'identification rigoureuse de la cause du décès dans un centre de référence.

Dans le dispositif finalement maintenu, la prise en charge est spécifique en cas de signalement d'emblée au Parquet, les conditions de transport étant alors ordonnées par les autorités de justice. Les parents sont dans cette situation informés du lieu où est transporté leur enfant. Le médecin urgentiste

16 - Art. R. 6123-15, CSP.

doit remettre aux parents les coordonnées du centre de référence MIN pour qu'ils puissent s'y adresser secondairement, afin d'y recevoir toute explication ou le soutien nécessaire.

Les dispositions qui avaient été envisagées dans le projet de loi devaient donc venir permettre, par exception au principe selon lequel le transport du corps des personnes décédées doit être réalisé par un transporteur funéraire et dans le cadre de la mission de service extérieur des pompes funèbres¹⁷, d'y procéder au moyen de véhicules de transport sanitaire.

Lors des débats parlementaires, la secrétaire d'État aux personnes handicapées et à la lutte contre l'exclusion, Ségolène Neuville, a exposé à l'appui de cette disposition que dans de telles circonstances, « il est impossible de demander aux parents d'appeler un véhicule funéraire » et justifié la nécessité de prendre des mesures afin d'adapter la réglementation à la « réalité » des situations et aux bonnes pratiques¹⁸.

Outre des difficultés de mise en œuvre opérationnelle, c'est en somme la « réalité », autrement dit une forme d'évidence partagée par le sentiment commun, qui conduit aujourd'hui à considérer psychologiquement inacceptable de transporter le corps tout juste mort d'un jeune enfant par un véhicule funéraire : d'une certaine façon, nos contemporains acceptent mal l'application brutale des organisations de la mort à la fin de vie brutale d'un nourrisson. Aussi est-il très probable que l'évolution censurée par le Conseil constitutionnel se concrétise prochainement, en s'inscrivant cette fois dans une procédure législative appropriée.

D'autres considérations ont déjà justifié un autre cas de dérogation au droit funéraire : il s'agit du cas des transports de corps des personnes pour prélèvement.

Les transports pour prélèvement d'organes

Des dispositions législatives permettaient déjà aux SMUR de réaliser des transports de personnes décédées en vue de prélèvements à des fins thérapeutiques, autrement dit pour greffe.

La loi prévoit en effet depuis 2006¹⁹ que le transport des personnes décédées en vue de leur prélèvement à des fins thérapeutiques est considéré comme un transport sanitaire, depuis le lieu de prise en charge de la personne décédée jusqu'à l'hôpital autorisé à pratiquer les prélèvements (art. L. 6312-1, CSP). Les dispositions qui prévoient que les établissements de santé doivent utiliser un véhicule

habilité au transport funéraire pour assurer le transport du corps d'un patient décédé ne s'appliquent donc pas en l'espèce (art. L. 2223-43, CGCT).

Le récent arrêté du 29 octobre 2015 fixant les bonnes pratiques de prélèvement d'organes sur personne décédée²⁰ a ainsi rappelé que le transport du corps de donneurs décédés à cœur battant ou non battant, en vue de prélèvement d'organe à visée thérapeutique, est un transport sanitaire au sens de l'article L. 6312-1 du code de la santé publique. L'unité fonctionnelle (UF) de coordination hospitalière²¹ peut donc organiser le transfert du corps par des équipes de SMUR vers l'hôpital le plus adapté, où sera effectué le prélèvement, si les conditions de prise en charge du donneur potentiel le permettent.

Le transport « sanitaire » du corps d'une personne décédée vers un établissement de santé, pour réaliser des prélèvements à des fins thérapeutiques devra toutefois être réalisé en respectant diverses prescriptions du droit funéraire. Il devra notamment être déclaré préalablement, par tout moyen écrit, auprès du maire de la commune du lieu de décès ou de dépôt.

Cette déclaration doit être effectuée à la demande :

- soit du directeur de l'établissement de santé où est décédée cette personne ;
- soit de toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles.

Elle est subordonnée à la détention de l'extrait du certificat de décès, attestant que le décès ne pose pas de problème médico-légal (art. R. 2213-14, CGCT) : le transport concerne bien le corps d'une personne décédée au plan de l'état-civil.

On rappellera que la réalisation des prélèvements sur personne décédée impose une double procédure de constatation de décès, distinguant là également une procédure d'état civil et de réglementation funéraire d'une part, une procédure médicale de l'autre : un procès-verbal de constat de la mort spécifique doit être établi selon le cas par un ou deux praticiens, indépendamment du certificat de décès²².

Plus que l'image de la mort ou le statut ambivalent d'un corps qui n'est plus vivant, mais en conserve les apparences²³, ce sont ici des raisons médicales qui prévalent. Lorsque le prélèvement doit avoir lieu sur le corps d'un patient « à cœur battant », mais dont le décès est « constaté cliniquement », le corps doit être « assisté par ventilation mécanique et conserve(r) une fonction hémodynamique » (art. R. 1232-2, CSP). Le trans-

17 - Art. L. 2223-19 : « Le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public comprenant : 1° Le transport des corps avant et après mise en bière, (...) ».

18 - APM, PLFSS : les députés assouplissent la prise en charge des transports effectués dans le cadre de la mort subite du nourrisson, 24 novembre 2015.

19 - Art. 48 de la loi n° 2006-1640 du 21 déc. 2006.

20 - Arrêté du 29 octobre 2015 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement d'organes à finalité thérapeutique sur personne décédée

21 - Idem, I-1.2.

22 - Art. L. 1232-1, CSP

23 - Sur cette question complexe, on lira utilement L. Bossi, Les frontières de la mort, Payot, 2012. L'ambiguïté de la situation a été remarquablement illustrée dans le roman à succès de M. de Kerangal, Réparer les vivants, 2014

port ne peut qu'être sanitaire, dans un véhicule médicalisé de SMUR, permettant d'appliquer au cadavre les techniques propres à la réanimation médicale, afin de le maintenir en situation d'être prélevé.

Personnes décédant lors d'une intervention d'une structure mobile d'urgence et de réanimation (SMUR)

Une autre situation présente des analogies avec celles qui viennent d'être évoquées : celle des décès constatés hors d'un établissement de santé par les équipes hospitalières des SMUR venues apporter leur assistance en cas de détresse vitale et qui sont considérés comme des décès « extra-hospitaliers » : ils ont en effet lieu hors l'enceinte de l'établissement, sur la voie publique, dans un lieu privé, à un domicile, etc.

Les dispositions ordinaires concernant la constatation du décès à l'hôpital ne s'appliquent alors pas, en principe. Lorsque les médecins « hospitaliers » des SMUR interviennent ainsi hors de l'enceinte hospitalière et qu'ils sont amenés à constater un décès, ils agissent selon le cas :

- soit en confiant la tâche d'établir le certificat de décès à un médecin de ville ou à un praticien urgentiste libéral (SOS médecins, etc.).
- soit en établissant eux-mêmes ce certificat dans les conditions ordinaires et en le remettant à un membre présent de l'entourage, en lui précisant les démarches à accomplir (déclarer le décès en présentant le certificat à l'appui, effectuer cette démarche le plus rapidement possible et au plus tard dans les 24 heures suivant le décès, contacter un opérateur funéraire afin qu'il transporte le corps vers une chambre funéraire si telle est la volonté de la famille, etc.). Le plus fréquemment, bien qu'ils exercent alors hors de l'établissement de santé, les médecins hospitaliers qui interviennent dans ces circonstances procèdent ainsi, ce qu'autorisent les textes sur l'état-civil (IGEC, 425)²⁴.

Il a été observé qu'en dehors de toute obligation réglementaire et malheureusement de toute perspective thérapeutique, les équipes des SMUR, « compte tenu de la sidération ou de la douleur des parents » d'enfants décédés avant même leur arrivée sur les lieux du décès, prennent généralement la décision de ramener le corps à l'hôpital²⁵, qui sera le plus souvent déposé dans la chambre mortuaire hospitalière, a priori pourtant réservée au seul dépôt des corps des patients décédés au sein de l'hôpital²⁶.

Dans les cas où le décès survient pendant le transport du corps par le SMUR vers l'établissement de santé, il devrait pourtant être constaté en principe

.....

24 - Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (IGEC)

25 - F. Lalande, O. Veber, La mort à l'hôpital, IGAS, La Documentation française, 2010, p. 23

26 - Art. L. 6111-5, CSP ; art. L. 2223-39, CGCT

au sein du véhicule, le certificat médical de décès mentionnant la commune du décès auprès de laquelle la déclaration doit être faite. Une application littérale des textes, *a priori* jamais appliquée, devrait conduire à arrêter le véhicule du SMUR en attendant qu'un véhicule funéraire vienne prendre le relais.

Là également, une telle opération paraîtra inadaptée, voire indigne. De manière générale, par une constatation du décès fictivement effectuée à l'issue du transport, dans l'enceinte hospitalière, le certificat de décès est établi dans les faits à l'arrivée au sein de l'établissement de santé par un médecin exerçant en son sein (ce peut être notamment le médecin de l'unité ou du service des urgences), selon les règles ordinaires de constatation des décès à l'hôpital.

La conséquence en est qu'une admission hospitalière est alors prononcée et, ce qui ne constitue pas forcément un inconvénient pour les familles²⁷, le corps du patient peut être déposé à la chambre mortuaire de l'hôpital.

Les corps des enfants mort-nés

Les dispositions ci-dessus ne s'appliquent stricto sensu qu'aux personnes décédées, c'est-à-dire aux personnes dont la naissance a été enregistrée à l'état civil.

Elles ne s'appliquent donc pas aux fœtus et enfants déclarés sans vie, dont le transport n'est soumis à ce jour à aucune réglementation²⁸, et qui *stricto sensu* ne relèvent pas de la législation funéraire, n'étant pas des « personnes » au regard du droit civil. La crémation de ces corps par les établissements de santé relève d'ailleurs encore aujourd'hui des réglementations relatives à l'élimination des pièces anatomiques²⁹.

Les transports concernés répondent ici à la nécessité de procéder à des prélèvements diagnostiques et autopsies, qui visent à déterminer les motifs médicaux de grossesses trop prématurément achevées ; mais aussi à celle de procéder aux obsèques que permettent depuis quelques d'années les textes ayant étendu dans ce cadre les dispositions du droit funéraire, principalement pour les enfants *déclarés sans vie*³⁰.

.....

27 - On notera que le dépôt et le séjour du corps dans une chambre mortuaire hospitalière sont gratuits pendant les trois premiers jours après le décès (art. L. 2223-89, CGCT), ce qui n'est pas le cas dans une chambre funéraire privée...

28 - Lettre ministérielle du 19 août 1992 du Directeur des hôpitaux au Délégué général de la Fédération hospitalière de France (cité in M. Dupont, A. Macrez, Le décès à l'hôpital, 4^e éd., 2012, p. 279 ; document disponible auprès des auteurs).

29 - Art. R. 1335-9 et s., CSP.

30 - Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 ; circulaire DGCL/DACS/DHOS/DGS n° 2009/182 du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus.

Ceci ne peut bien évidemment justifier l'absence de précautions pour le transport de ces corps, qui doit être effectuée avec toute la dignité appropriée, si possible dans un véhicule sanitaire. S'appliquent notamment, à défaut d'autres dispositions spécifiques, celles de l'arrêté du 29 mai 2009 relatif aux transports de marchandises dangereuses par voies terrestres (dit « arrêté TMD ») qui prévoit que « l'usage des véhicules à deux ou trois roues est interdit pour le transport des déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés ou des pièces anatomiques » (art. 3).

Les différentes situations qui viennent d'être exposées, et qui ont donné lieu dans certains cas à des adaptations réglementaires récentes... et discrètes, illustrent combien le transport des corps des personnes décédées est chargé de connotations symboliques. Certes, des considérations médicales et organisationnelles incontestables viennent partiellement motiver l'usage des véhicules médicalisés et le concours des professionnels de santé pour ces transports de cadavres. À l'évidence, d'autres ressorts interviennent dans ces circonstances, et probablement celui de l'image spontanément plus réconfortante de l'hôpital et de ses équipes dans les moments douloureux où la vie d'un proche ou d'un enfant vient tout juste de s'achever.

Marc Dupont

Des praticiens statutaires exerçant une activité libérale au sein des établissements publics de santé³¹

À propos des arrêts du Conseil d'État du 1^{er} juin 2015, Fédération de l'hospitalisation privée - Médecine chirurgie obstétrique, et du 31 juillet 2015, M. B.

Selon l'article L. 6154-1 du CSP, « dès lors que l'exercice des missions de service public définies à l'article L. 6112-1 dans les conditions prévues à l'article L. 6112-3 n'y fait pas obstacle, les praticiens statutaires exerçant à temps plein dans les établissements publics de santé sont autorisés à exercer une activité libérale dans les conditions définies au présent chapitre ». L'article L. 6154-2 ajoute que cette « activité libérale peut comprendre des consultations, des actes et des soins en hospitalisation ». Le praticien statutaire exerçant à titre libéral au sein de son établissement public de santé se trouve dans une situation particulière puisqu'il est alors un usager du service public hospitalier tout en restant, en même temps, rémunéré par ce dernier et donc à la charge financière de celui-ci.

1- Le praticien statutaire exerçant à titre libéral au sein d'un établissement public de santé, un usager du service public³²

Les praticiens statutaires, à plein temps³³, sont autorisés à exercer une activité libérale dans l'établissement public de santé où ils ont été nommés ou, dans le cas d'une activité partagée, dans l'établissement où ils exercent la majorité de leur activité publique. Ils doivent pour cela y être autorisés par le directeur général de l'ARS territorialement compétent. À cet effet, le praticien doit conclure un contrat d'activité libérale avec l'établissement public de santé. Ce contrat est approuvé, pour une durée de cinq ans, par le directeur général de l'ARS, après avis du directeur, du chef de pôle et du président de la commission médicale d'établissement. L'approbation du contrat par le directeur général de l'ARS vaut autorisation d'exercice de l'activité libérale au sein

.....

31 - Nous présentons nos excuses à l'auteur pour avoir publié dans le précédent numéro de la Revue une version non définitive de sa contribution.

32 - L'emploi de l'expression « usager du service public » peut surprendre à l'égard d'un praticien (cette expression étant habituellement réservée au patient). Mais le praticien lorsqu'il exerce à titre libéral au sein de l'établissement public de santé est bien utilisateur des moyens du service public pour la réalisation de sa propre activité et, comme nous allons le voir, l'établissement est rémunéré par le praticien en contrepartie du service rendu.

33 - Conseil d'État, 27 juillet 2005, n° 254232, *Rec. Tables*, p. 1104.

de l'établissement public de santé (article L. 6154-4 du CSP). Ce contrat décrit les modalités d'exercice de l'activité libérale ; il est conclu sur la base du contrat type prévu par l'article R. 6154-4 du CSP³⁴.

Aux termes de l'article L. 6154-6 du CSP, l'autorisation d'exercice peut être suspendue ou retirée par le directeur général de l'ARS lorsque le praticien méconnaît les obligations qui lui incombent en vertu des lois (obligations découlant de l'article L. 1111-3 du CSP) et règlements (par exemple, article R. 6154-7 du CSP) ainsi que des dispositions du contrat³⁵. Par ailleurs, le directeur général de l'ARS peut, pour les mêmes motifs, refuser de renouveler le contrat. Il en va ainsi, notamment, lorsque le praticien ne recueille pas l'accord écrit des patients devant être opérés « en libéral » ; transmet à la direction du budget de l'hôpital le relevé de son activité libérale sous forme globale, sans individualiser les actes effectués ; méconnaît à plusieurs reprises les jours et heures de consultation prévus par son contrat ; ne déclare pas les honoraires perçus ou les négocie et les perçoit directement en espèces alors qu'il avait fait le choix de les percevoir par le biais de l'établissement public de santé ou encore, parmi d'autres manquements imaginables, se fait rémunérer pour des actes exclus de l'activité libérale (prélèvements d'organes en vue de don, greffes d'organes, prélèvement de tissus en vue de don, activités sur des gamètes³⁶) ou perçoit des dépassements d'honoraires non permis (par exemple à l'égard des bénéficiaires de la CMU-C)³⁷.

Les décisions d'autorisation et de refus d'autorisation mais aussi les décisions de retrait ou de suspension de l'autorisation sont des actes administratifs, dont le contentieux peut être porté devant la juridiction administrative. Lorsque le directeur général de l'ARS suspend ou retire (article L. 6154-6, alinéa 2, du CSP) l'autorisation d'exercice, ou lorsqu'il refuse son renouvellement, le ministre chargé de la santé peut être saisi dans le cadre d'un recours hiérarchique. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 31 juillet 2015³⁸, est venu préciser la compétence juridictionnelle à l'égard de ces décisions. Il ressort de cet arrêt que le Conseil d'État n'est pas ici compétent en premier et dernier ressort.

En l'espèce la suspension de l'autorisation d'exercer une activité libérale au sein d'un établissement public de santé concernait un professeur des universités-praticien hospitalier (PU-PH). Or, selon

34 - Le contrat type d'activité libérale figure à l'annexe 61-2 du CSP.

35 - Dans les établissements une commission de l'activité libérale « est chargée de veiller au bon déroulement de cette activité et au respect des dispositions législatives et réglementaires la régissant ainsi que des stipulations des contrats des praticiens » (article R. 6154-11 du CSP).

36 - Voir les articles L. 1233-2, L. 1234-3, L. 1242-2 et L. 1244-6 du CSP.

37 - Voir, notamment à titre d'exemple, Conseil d'État, 30 juillet 2002, n° 208642. Sur l'obligation de recueillir l'accord écrit des patients devant être opérés en libéral, voir, par exemple, CAA Marseille, 7 avril 2005, n° 02MA00694, *Assistance publique de Marseille*.

38 - Req. 384293.

l'article R. 311-1 du CJA, le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort, notamment, « des litiges concernant la discipline des agents nommés par décret du Président de la République en vertu des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État ». Sont ainsi nommés par décret du Président de la République, entre autre, les professeurs de l'enseignement supérieur, dont les PU-PH. Le requérant soutenait que seul le Conseil d'État était de ce fait compétent pour connaître en premier et dernier ressort de la décision implicite de rejet née du silence gardé par le ministre chargé de la santé sur son recours dirigé contre la décision de suspension prise par le directeur général de l'ARS. Mais le Conseil d'État a décidé qu'était ici contestée une décision relative à l'exercice d'une profession libérale et non une décision relative à la discipline d'un agent public. Le contentieux n'est nullement relatif à la discipline « statutaire » du praticien mais à une autorisation d'exercer, « en parallèle », à titre libéral au sein d'un établissement public de santé (il convient de relever qu'un praticien peut manquer aux obligations découlant du contrat d'activité libérale - ce qui justifierait la décision du directeur général de l'ARS - tout en remplissant parfaitement, à côté de cela, ses obligations statutaires). Aussi, étant, en l'espèce, en dehors du champ de l'article R. 311-1 du CJA, les décisions relatives à ces autorisations relèvent, dans tous les cas (que, statutairement, le praticien soit ou non nommé par décret du chef de l'État : PU-PH, MCU-PH, CCA, AHU ou encore PHU), en première instance des tribunaux administratifs.

La décision du Conseil d'État est parfaitement justifiée. Et elle vient remettre à l'esprit la situation du praticien exerçant à titre libéral au sein d'un établissement public de santé. L'article L. 6154-3, alinéa 3, du CSP précise que « l'activité libérale donne lieu au versement à l'établissement par le praticien d'une redevance »³⁹. Les articles D. 6154-10-1 à D. 6154-10-3 du même code viennent encadrer ces redevances. Ces redevances sont fixées en pourcentage des honoraires perçus au titre de l'activité libérale (16 % pour les consultations dans les CHU, 15 % pour les consultations dans les centres hospitaliers, 60 % pour les actes d'imagerie, de radiothérapie, de médecine nucléaire, de biologie dans les CHU et centres hospitaliers, pour les autres actes, 25 % pour les CHU et 16 % pour les centres hospitaliers). Cette redevance est perçue en contrepartie du service rendu par l'établissement public de santé au praticien qui est autorisé à percevoir une rémunération à l'acte tout en bénéficiant des installations et du personnel du service public hospitalier. Comme a pu le préciser le Conseil d'État, cette redevance vient rémunérer « la valeur du service rendu par l'établissement hospitalier au praticien y exerçant une activité libérale [qui] n'est pas limitée au coût des installations techniques et des locaux mis à la

39 - À ce sujet, voir Jean Marty et Rémi Pellet, « Les dépassements d'honoraires, l'assurance maladie et le projet de loi relatif à la santé », *Droit social*, 2014, n° 10, pp. 839-846, spéc. P. 843.

disposition de celui-ci, ainsi que des dépenses de personnel exposées par l'établissement, mais peut également être appréciée au regard des avantages de toute nature qu'en retirent les praticiens hospitaliers, eu égard notamment à la possibilité qui leur est ainsi ouverte d'exercer leur activité libérale dans le cadre et avec les moyens du service, en bénéficiant le cas échéant de la notoriété qui s'attache à l'établissement dans lequel ils exercent cette activité »⁴⁰. Les praticiens lorsqu'ils exercent une activité libérale sont donc traités comme des usagers du service public et non comme des agents publics. Lorsqu'ils exercent à titre libéral, les praticiens installent leurs consultations privées au sein de la structure publique ; ils n'agissent plus comme agent de l'établissement public de santé. D'ailleurs, les relations entre le praticien exerçant à titre libéral et le patient relève de la compétence du juge judiciaire ; celui-ci sera compétent pour les litiges nés de l'activité médicale exercée par ce praticien. Le juge administratif ne sera ici plus compétent que pour les dommages résultant d'un défaut dans l'organisation et le fonctionnement même du service (mauvaise installation des locaux, matériel de l'hôpital défectueux) ou d'actes effectués par un autre membre du personnel hospitalier mis à la disposition du praticien par le service de l'établissement⁴¹.

2- Le praticien statutaire exerçant à titre libéral et les frais d'hospitalisation supportés par l'établissement public de santé

Le code de la sécurité sociale comporte un certain nombre de dispositions, plus ou moins impénétrables, relatives à la prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale des frais d'hospitalisation.

Selon l'article L. 162-22-6 du CSS, la classification des prestations d'hospitalisation donnant lieu à prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale tient compte notamment des moyens techniques, matériels et humains mis en œuvre pour la prise en charge des patients. L'article R. 162-32 du CSS précise que les catégories de prestations d'hospitalisation prises en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale comportent, notamment, « le séjour et les soins avec ou sans hébergement, représentatifs de la mise à disposition de l'ensemble des moyens nécessaires à l'hospitalisation du patient ».

.....

40 - Conseil d'État, 16 juillet 2007, n° 293229, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, Rec., p. 349, ou encore 29 mai 2009, n° 318071, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, Rec. Tables, pp. 738 et 958. Sur ces décisions, voir, par exemple, Xavier Cabannes, « La redevance : de la rémunération du coût du service rendu à la rémunération de la valeur économique de la prestation fournie. Une longue marche vers un prix de marché ? », in *Réformes des Finances Publiques & Modernisation de l'Administration. Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, Economica, 2011, pp. 67-82, spéc. pp. 78-82 (avec les notes).

41 - Conseil d'État, 10 octobre 1973, n° 84178 et 84273 ; Tribunal des conflits, 19 février 1990, n° 02594, *Hervé*, Rec., p. 390.

Le Conseil d'État, dans sa décision du 1^{er} juin 2015, *Fédération de l'hospitalisation privée-Médecine chirurgie obstétrique*⁴², a dû se prononcer sur la prise en compte de la rémunération statutaire des praticiens dans le calcul des frais de séjour des malades traités dans le cadre de l'activité libérale au sein d'un établissement public de santé. En effet, alors que l'article R. 162-32-1 du CSS exclut, pour les établissements de santé privés, les honoraires des praticiens du calcul des prestations d'hospitalisation donnant lieu à prise en charge par les régimes obligatoires, rien de tel n'est prévu pour les établissements publics de santé. Y a-t-il là une atteinte au principe d'égalité ? Lorsque l'activité libérale d'un praticien d'un établissement public de santé donne lieu à des prestations d'hospitalisation, celles-ci sont prises en charge dans les mêmes conditions que si ces prestations avaient eu lieu dans le cadre de l'activité statutaire de l'hospitalier. L'établissement public de santé se verra donc verser par la sécurité sociale une somme correspondant à l'ensemble des moyens nécessaires à l'hospitalisation du patient y compris la rémunération statutaire versée au praticien par l'établissement, alors même que l'hospitalisation a été décidée dans le cadre de l'activité libérale et que le praticien a perçu, en plus de sa rémunération statutaire, des honoraires de la part du patient. La rémunération statutaire du praticien, agissant ici comme libéral, doit-elle être retenue pour le calcul des sommes prises en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale, alors même que pour les établissements de santé privés à but lucratif les honoraires des praticiens sont exclus ?

Il faut noter que seule la rémunération statutaire de l'hospitalier public est prise en compte dans le calcul, et non les honoraires versés par le patient, car seule la rémunération statutaire est une charge financière pour l'établissement public de santé (les honoraires étant une charge pour le patient). Toute la différence entre les établissements publics et les établissements privés de santé est là. Comme le souligne le Conseil d'État, un établissement de santé privé ne verse pas de rémunération aux praticiens qui exercent leur activité à titre libéral en leur sein ; ceux-ci sont rémunérés par l'établissement lorsqu'ils travaillent pour son compte et non à leur compte. Lorsque le praticien consulte à titre libéral il n'est ici rémunéré que par le patient. A l'inverse, les établissements publics de santé versent à tous leurs praticiens une rémunération statutaire mensuelle et mensualisée, même lorsqu'ils exercent en plus de leur service statutaire une activité libérale au sein de l'établissement. Aussi, lorsqu'un tel praticien consulte à titre libéral, il est à la fois rémunéré par l'établissement public de santé et par le patient (il y a un cumul).

Lorsqu'un praticien consulte à titre libéral, l'établissement public de santé supporte donc des frais de rémunération que ne supporte pas l'établissement de santé privé. Les deux catégories d'établissements de santé n'étant pas dans la même

.....

42 - Req. 373834.

situation, la différence de réglementation ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité ; la prise en compte de la rémunération statutaire du praticien permet de couvrir tous les frais représentatifs de l'ensemble des moyens nécessaires à l'hospitalisation du patient supportés par l'établissement public. Le praticien exerçant à titre libéral au sein d'un hôpital est donc pendant cette activité dans une situation particulière puisqu'il ne travaille pas pour le compte de son établissement mais il reste malgré tout une charge financière statutaire pour celui-ci.

La lecture simultanée de ces deux décisions peut surprendre, donnant l'impression que l'établissement public de santé bénéficie financièrement deux fois de l'activité libérale : une première fois au travers d'un pourcentage des honoraires libéraux et une seconde fois au travers du remboursement par le régime obligatoire de sécurité sociale. Cependant, nous ne sommes pas sur le même terrain juridique. La première fois, l'établissement public de santé est rémunéré, par le praticien exerçant à titre libéral pour un service rendu et la seconde fois, il est remboursé d'une charge financière statutaire ...

Xavier Cabannes

Nesrine Benyahia

Doctorante, Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Inserm UMR S 1145

Pascal Paubel

Professeur associé, Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Inserm UMR S 1145

Imagerie médicale : une tarification inadaptée aux évolutions technologiques

L'accès aux nouvelles technologies de santé pose aujourd'hui plusieurs problématiques. Ces technologies nécessitent non seulement un cadre juridique permettant leur adoption et leur utilisation par les professionnels de santé, mais également un modèle économique avec une tarification appropriée. Cette tarification devrait tenir compte de deux axes, pas nécessairement contradictoires, la maîtrise des dépenses de santé et une attractivité économique suffisante pour les établissements et les professionnels de santé.

L'imagerie médicale, au cœur de toutes les spécialités médicales, connaît d'importantes évolutions technologiques depuis plusieurs décennies et continue d'être un atout considérable dans le diagnostic et le traitement des pathologies.

Pourtant, les dépenses en imagerie ont été jugées excessives, notamment en IRM¹, avec plus de 642 millions d'euros de dépenses pour les radiologues libéraux en 2013, et une augmentation de 5,8 % par rapport à 2012. Les pouvoirs publics ont donc affiché l'objectif de diminuer les dépenses d'imagerie. Comment s'y prendre ?

Une photographie des dépenses de santé en imagerie médicale est indispensable, tout comme la distinction entre les

divers modes de tarification, selon l'équipement en question ou les spécificités tarifaires. Ces deux grands axes permettront d'analyser la logique économique induite par l'évolution de ces dépenses et les ajustements tarifaires effectués.

I. L'imagerie médicale dans les dépenses de santé

En 2014, le marché français de l'imagerie médicale représentait (en nombre d'appareils vendus) : 172 scanners, 159 IRM, 68 salles d'angiographie numérique et interventionnelle, 54 appareils de médecine nucléaire, 4 141 échographes et près de 508 appareillages de radiologie (salle d'os, mammographie, etc.).²

Selon les données de la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS), les dépenses d'imagerie de ville prises en charge en 2012 par l'assurance maladie s'élevaient, tous régimes confondus, à 4,6 milliards d'euros³. L'évolution globale est à la hausse (figure 1), entre 2009 et 2012 (+ 4 %).

Ces chiffres intègrent principalement les radiographies, les échographies, les examens de scanographie et IRM, ainsi que les scintigraphies et examens de tomographie par émissions de positons (TEP).

L'échographie représentait en 2012 à elle-seule environ 1,6 milliard d'euros, suivie par la radiographie avec plus de 1,3 milliard d'euros (tableau I).

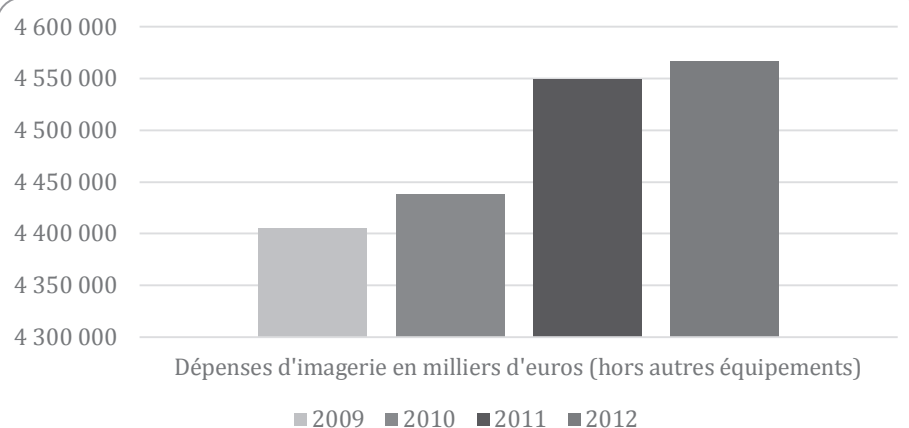


Figure 1 : Évolution globale des dépenses d'imagerie (tous régimes) entre 2009 et 2012

(Source : CNAMTS)

2 - Syndicat national de l'industrie des technologies médicales (SNITEM), 2015.

3 - Inspection générale des affaires sociales (IGAS), rapport n° 2013-163R « Évaluation de la gestion du risque maladie », mai 2014.

1 - IRM : imagerie par résonance magnétique

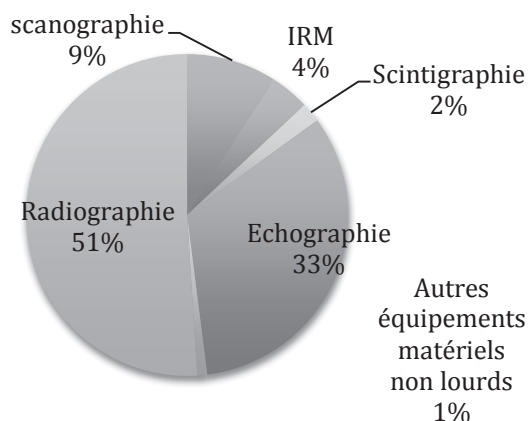
Tableau I : Évolution des dépenses d'imagerie par type d'équipement entre 2009 et 2012 (tous régimes, en milliers d'euros)

Dépenses d'imagerie	2009	2010	2011	2012	Évolution
Radiographie	1 485 010	1 408 267	1 360 896	1 305 047	-12 %
Échographie	1 452 116	1 476 364	1 547 360	1 564 427	8 %
Scanographie	600 556	624 935	620 652	634 256	6 %
IRM	529 687	582 345	650 211	680 878	29 %
Scintigraphie	209 794	221 727	244 848	259 643	24 %
Autres équipements (cotation multiple)	127 948	124 486	125 173	122 637	-4 %

(Sources : CNAMTS, IGAS Rapport « Évaluation de la gestion du risque maladie » n° 2013-163R, mai 2014)

99 millions d'actes ont ainsi été pris en charge en 2012 avec une croissance globale de 5 % en trois ans. La radiographie est au 1^{er} rang avec une part de plus de 50 % des actes, et une évolution à la baisse entre 2009 et 2012 (- 2 %).

En revanche, les nombres d'actes de scanographie et d'IRM augmentent respectivement de 17 % et 34 % entre 2009 et 2012. Cette hausse est à relativiser au regard de la part relativement faible des actes de scanner et d'IRM parmi l'ensemble des actes d'imagerie, (environ 13 %, figure 2) : le nombre d'actes d'échographies s'est ainsi accru de 4,5 %, soit une hausse des dépenses de 4,3 %, alors que le nombre d'actes d'IRM a dans le même temps augmenté de 9,1 %, pour une progression de 5,8 % et un total de dépenses de 681 M€.



(Sources : IGAS, Rapport « Évaluation de la gestion du risque maladie » n° 2013-163R, CNAMTS)

Figure 2 : Décomposition du nombre d'actes d'imagerie médicale en 2012

En 2013, les dépenses d'imagerie ont représenté 50 % de la somme remboursée au titre de la CCAM technique. En effet, sur les 8 milliards d'euros remboursés en 2013 au titre de la CCAM concernant l'activité technique libérale, 46,8 % étaient consacrés à l'imagerie (3,8 milliards d'euros pour 46,3 % d'actes)⁴. Ces dépenses d'imagerie contribuent fortement à la croissance globale.

4 - « Améliorer la qualité du système de santé et maîtriser les dépenses : propositions de l'assurance maladie pour

Selon l'inspection générale aux affaires sociales (IGAS) dans son rapport d'évaluation de la gestion du risque maladie⁵ reprenant les données de la CNAMTS, un des principaux leviers serait la tarification des actes d'imagerie « afin de tenir compte des progrès techniques et des gains de productivité sur certains actes ».

La part de l'activité d'imagerie dans les dépenses de santé ne cessera

d'augmenter, au regard des évolutions des technologies, mais également des nouvelles pathologies.

Quoiqu'il en soit, un zoom sur les modes de tarification est nécessaire.

II. Les divers modes de tarification des actes d'imagerie

Les modes de tarification des actes d'imagerie diffèrent en fonction du type d'équipement, de l'ancienneté de l'appareil et du nombre d'actes effectués.

A. Des modèles différents selon le type d'équipement

Pour les actes de radiographie, d'échographie et d'imagerie interventionnelle (hors utilisation d'équipements lourds), la tarification est établie de façon globale dans la CCAM technique. Le tarif englobe la rémunération du praticien et ses frais de fonctionnement et d'investissement (coût de la pratique).

Pour les équipements lourds en revanche, la tarification est duale, distinguant d'une part les honoraires médicaux, définis dans la CCAM technique, et d'autre part, un forfait technique qui reste défini par une annexe de la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP). Ce forfait technique, versé à l'exploitant de l'appareil qui n'est pas toujours le radiologue lui-même, vise à couvrir les frais liés aux « locaux, à l'équipement principal et annexes, à la maintenance, au personnel non médical, aux consommables hors produits de contraste, aux frais de gestion, à l'assurance et taxe professionnelle »⁶. Il est calculé en fonction de l'ancienneté de l'appareil

2015 ». Rapport au ministre chargé de la sécurité sociale et au Parlement sur l'évolution des charges et des produits de l'Assurance maladie au titre de 2015.

5 - IGAS, Rapport « Évaluation de la gestion du risque maladie », n°2013-163R, mai 2014.

6 - Arrêté du 21 mars 2005 portant approbation de l'avenant n°2 à la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, annexe II (JORF 30 mars 2005)

(année d'installation⁷), de sa puissance, du nombre annuel d'actes réalisés ainsi que de sa localisation géographique. Des seuils d'activité de référence sont définis correspondant à un montant précis et en adéquation avec la durée d'amortissement de l'équipement, réglementairement fixée à sept ans.

Ces seuils d'activité s'appliquent par année civile, avec un décompte d'actes débutant à la date du premier acte effectué⁸. Cela explique le nombre étonnamment important d'appareils changés en milieu d'année, permettant de remettre à zéro le compteur du tarif plein pour le nouvel appareil.

Ainsi, le forfait technique diffère selon l'amortissement ou non de l'équipement (un équipement de plus de 7 ans, amorti, bénéficiera d'un forfait réduit). Par ailleurs, ces forfaits techniques diminuent au-delà d'une activité annuelle de référence pour les scanner et les IRM, alors qu'ils restent fixes pour les TEP. Ces activités de référence diffèrent, pour chaque catégorie d'appareils, en fonction de plusieurs critères techniques définis par les partenaires conventionnels, et rarement actualisés.

Pour le TEP et le scanner, ce sont les caractéristiques techniques qui sont prises en compte via trois critères cumulatifs (tableau II).

Tableau II :
Critères techniques de classification des scanners

Critères	classe 1	classe 2	classe 3
système de détection	monobarrette (1 canal)	mono ou multicanaux	≥ 4 canaux
puissance générateur	< 30 kW	≥ 30 kW	≥ 50 kW
capacité calorique maximale (CCM) du tube	< 3 MUC	≥ 3 MUC	≥ 5 MUC

Cette répartition en trois classes est complétée par une activité de référence prédéfinie et par un zonage géographique (tableau III). Cette classification s'accompagne d'un système de seuil dégressif : plus le nombre d'actes est élevé, plus le tarif du forfait technique diminue (tableau IV).

Tableau III : Classification et activités de référence en scanographie

Zone géographique	Classe 1	Classe 2	Classe 3
Paris	3 500	5 700	6 700
Région parisienne (hors Paris)	3 200	5 350	6 350
Province	3 000	5 000	6 000

À propos de cette classification des scanners, il est précisé que « quand un appareil nouvellement commercialisé n'apparaît pas dans les tableaux de classification (...), il est classé par défaut en classe 2, jusqu'à la parution d'une classification dans laquelle il est mentionné ». La dernière décision UNCAM modifiant la classification des scanners date de 2015⁹, la précédente remontant à 2007¹⁰, soit une absence d'actualisation durant huit ans...

Tableau IV : Montants des forfaits techniques (FT) pour les scanners au 1^{er} janvier 2015¹¹

TYPE D'APPAREILS	FORFAIT PLEIN	FORFAIT REDUIT SELON LES TRANCHES D'ACTIVITE		
		Activité > activité de référence et = seuil 1	Activité > seuil 1 et = seuil 2	Activité > seuil 2
Amortis ⁽¹⁾ , toutes classes	70,38	58,72	41,88	29,63
Non amortis, toutes classes	99,51	58,72	41,88	29,63

(1) Sont considérés comme amortis, les appareils installés depuis plus de 7 ans révolus au 1^{er} janvier de l'année considérée.

Seuil 1 = 11 000 FT ; Seuil 2 = 13 000 FT

Pour l'IRM, c'est la puissance du champ magnétique (en Tesla = T) qui détermine la classe à laquelle appartient l'appareil. Une activité de référence est également fixée en fonction de ces caractéristiques (tableau V).

Cependant, l'IRM présente quelques spécificités. Le critère de variation du tarif plein pour les appareils polyvalents amortis est uniquement géographique (la puissance de l'aimant n'est pas prise en compte). Des tarifs différents sont appliqués pour les

IRM 1,5 T dédiés aux membres, les IRM spécialisés ostéo-articulaires et pour les IRM polyvalents à champ supérieur à 1,5 T. Cette situation diffère logiquement pour les forfaits pleins pour les appareils non amortis, car il est évident qu'un IRM 0,5 T n'a pas les mêmes coûts d'achat, ni de maintenance... qu'un IRM de 1,5T (tableau VI).

9 - Décision du 24 avril 2015 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 24 juin 2015).

10 - Décision du 23 août 2007 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 11 septembre 2007).

11 - Arrêté du 29 novembre 2012 portant approbation de l'avenant n°8 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011 (JORF 7 décembre 2012).

7 - Article D. 6122-38 CSP

8 - Décision du 20 mars 2012 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 7 juin 2012)

En résumé, le forfait technique peut être « plein » et être fixé de façon différente en fonction de l'amortissement de l'appareil.

Un forfait technique « réduit » s'applique de façon automatique lorsque le nombre d'examens dépasse les seuils de référence, que l'appareil soit amorti ou non.

Tableau V :
Classification et activités de référence en IRM

Classe d'appareils selon la puissance de l'aimant (en tesla)	< 0,5 T	0,5 T	> 0,5 T et < 1,5 T	1,5 T	1,5 T dédié aux membres	1,5 T spécialisé ostéo-articulaire	> 1,5 T
Activité de référence (nombre de forfaits)	3500	4000	4000	4500	4500	4500	4500

Tableau VI :
Forfaits techniques IRM au 1^{er} janvier 2015¹²

CLASSE D'APPAREILS selon la PUISSANCE de l'aimant (en tesla)	< 0,5 T	0,5 T	> 0,5 T et < 1,5 T	1,5 T (2)	1,5 T dédié aux membres ⁽³⁾	1,5 T spécialisé ostéo-articulaire ⁽³⁾	> 1,5 T
Activité de référence (nombre de forfaits)	3 500	4 000	4 000	4 500	4 500	4 500	4 500
AMORTIS, forfaits pleins⁽¹⁾							
Paris	124,62				72,64	85,68	154,26
Région parisienne hors Paris	120,94				72,17	84,64	147,80
Province	119,68				72,01	84,28	138,76
NON AMORTIS, forfaits pleins							
Paris	125,15	122,44	207,78	186,46	108,00	125,00	218,69
Région parisienne hors Paris	121,53	117,92	200,97	180,66	107,54	123,96	211,88
Province	115,83	112,95	194,16	173,11	107,37	123,60	203,02
FORFAIT REDUIT selon les tranches d'activité							
Activité > Activité Référence et = seuil 1	74,16				46,67	48,88	74,16
Activité > seuil 1 et = seuil 2	52,54				39,73	40,74	61,81
Activité > seuil 2	26,11				24,20	25,46	38,63

Seuil 1 = 8 000 FT ; Seuil 2 = 11 000 FT

(1) Sont considérés comme amortis, les appareils installés depuis plus de 7 ans révolus au 1^{er} janvier de l'année considérée.

(2) Hors appareil IRM 1,5T dédié aux examens des membres et appareil IRM 1,5T spécialisé ostéo-articulaire

(3) Appareils IRM adossés à un appareil 1,5T ou 1,5T déjà installé, sur le même site géographique ou en « adossement fonctionnel » selon les dispositions de l'instruction CNAMTS/ DGOS/R3 n° 2012-248 du 15 juin 2012 relative à la priorité de gestion du risque sur l'imagerie médicale en 2010-2012.

En ce qui concerne les TEP, leur tarification ne distingue pas de tarifs dégressifs en fonction de seuils d'activité mais elle fixe un unique tarif réduit au-delà d'une activité de référence annuelle fixe de 1 000 actes. Deux catégories d'appareils sont distinguées, selon le couplage ou non du TEP avec un scanner à rayons X, catégorisation qui n'a d'influence que sur le tarif du forfait plein (tableau VII).

Tableau VII : Classification des TEP.

Structure	TEP non couplé à un scanner	TEP couplé à un scanner
Classification du TEP	Classe 1	Classe 2

B. Particularité de la tarification en cas d'association d'actes d'imagerie

La radiologie constitue une des rares spécialités dérogeant à la règle de limitation de la facturation de deux actes en cas d'association lors d'une même séance. En outre, cette dérogation s'accompagne d'une exception, la décote au tarif du deuxième acte.

La limitation à deux actes seulement serait dangereuse, tant pour le secteur de l'imagerie que pour la qualité des soins et le traitement efficient des patients, puisque plusieurs examens peuvent être nécessaires pour répondre à une question clinique donnée. Cependant, l'Inspection générale des fi-

.....

12 - Arrêté du 29 novembre 2012 portant approbation de l'avenant n°8 de la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011 (JORF 7 décembre 2012). Arrêté du 3 mars 2014 modifiant l'arrêté du 29 novembre 2012 portant approbation de l'avenant n°8 de la convention nationale du 26 juillet 2011 (JORF 13 mars 2014).

nances (IGF)¹³ préconise de supprimer ce régime dérogatoire qu'elle considère comme plus néfaste que favorable à la maîtrise des dépenses de santé.

Une solution plus nuancée serait de responsabiliser les radiologues et remédicaliser les associations d'actes en imposant des exigences strictes de justification pour la facturation de plus de deux actes chez un même patient lors d'une même séance. Les modalités pratiques d'application devraient faire l'objet de recommandations de la Haute autorité de santé (HAS), élaborées avec les sociétés savantes. Un système de contrôle dynamique pourrait s'avérer indispensable.

Par ailleurs, par une décision du 5 mars 2009, l'UNCAM a institué une décote de 50 % applicable aux actes multiples de radiologie conventionnelle, qui aurait généré une économie de 100 millions d'euros pour l'assurance maladie¹⁴ puis a décliné le principe aux forfaits techniques de scanographie et d'IRM.

En effet, en scanographie, il est de règle de ne facturer qu'un seul forfait technique par examen, même lorsqu'il porte sur plusieurs régions anatomiques. Toutefois une double facturation de FT peut être cumulée lorsqu'il s'agit d'un examen « conjoint » des membres et de la tête, des membres et du thorax, des membres et de l'abdomen, de la tête et de l'abdomen, de la tête et du thorax. Dans ces cas précités, deux actes intellectuels peuvent être facturés à taux plein, ainsi que deux forfaits techniques, avec une minoration du second de 85 %.

Cette minoration du second FT vise clairement à réduire les dépenses. Cette décote a progressivement

été portée de 10 % à 50 %¹⁵, puis 75 % et enfin 85 %¹⁶ à partir du 1^{er} juillet 2013.

Cependant, en cancérologie, pour prendre en compte la réalisation fréquente et souhaitable, d'examens complexes au-delà de deux régions anatomiques, un tarif spécifique pour l'acte intellectuel correspondant à la valeur de trois actes unitaires a été établi, mais sans modification de la règle de décote de 85 % du second forfait technique.

En IRM, même lorsque l'examen porte sur plusieurs régions anatomiques, un seul acte peut être tarifé.

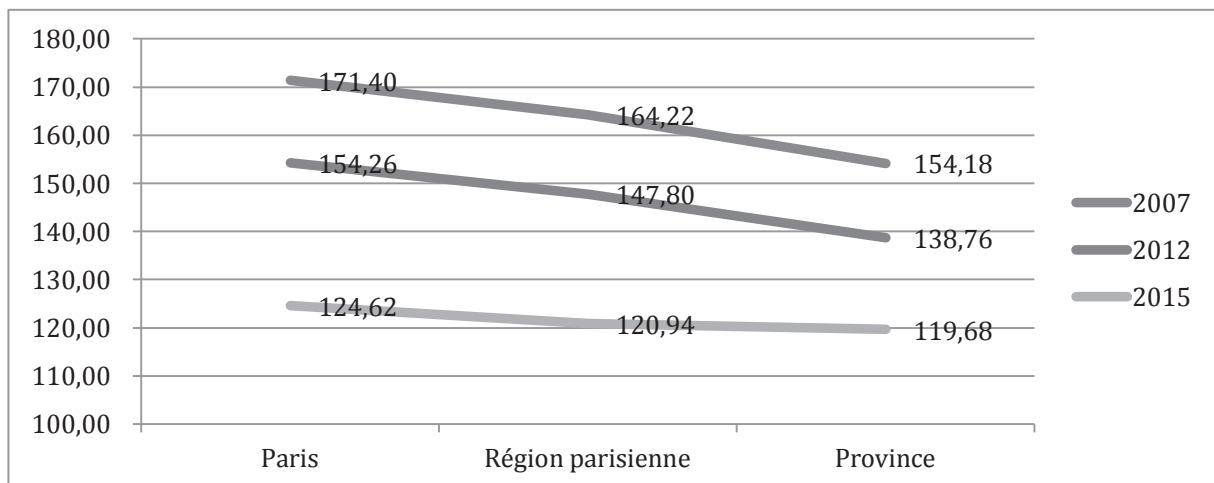
III. L'évolution de la tarification en imagerie.

L'imagerie a donc subi, durant la dernière décennie, d'importantes baisses de ses tarifs, contrastant avec un immobilisme de la CCAM, peu favorable aux évolutions des pratiques et à l'innovation.

A. Une politique du rabot discutable

Les forfaits techniques n'ont cessé d'évoluer au gré de choix tarifaires dictés par les pouvoirs publics, et leur évolution est à la baisse depuis plusieurs années, pour le scanner et l'IRM mais dans des proportions très disparates (figure 3).

Figure 3 : Évolution des forfaits techniques pleins d'IRM polyvalents amortis entre 2007 et 2015.



Source : Circulaire 44/2007 « mise en œuvre de la nouvelle tarification des forfaits techniques de scanner et d'IRM ». Instruction CNAMTS/DGOS/R3 n° 2012-248 du 15 juin 2012 relative à la priorité de gestion du risque sur l'imagerie médicale en 2010-2012.

13 - Inspection générale des finances (IGF), « Evaluation de la tarification des soins hospitaliers et des actes médicaux », Rapport n° 2011-M-056-01, avril 2012.

14 - Décision du 5 mars 2009 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 11 mars 2009)

15 - Décision du 16 novembre 2010 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 26 décembre 2010)

16 - Décision du 8 avril 2013 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 31 mai 2013)

Une baisse d'un euro est constatée sur les tarifs des forfaits techniques pour toutes les classes de scanners entre 2007 et 2015. Ainsi, le forfait plein des scanners amortis toutes classes est passé de 71,38 euros en 2007 à 70,38 euros aujourd'hui, une évolution ridicule au regard de l'évolution des coûts de fonctionnement.

Concernant l'IRM, les pouvoirs publics indiquent souhaiter impulser une politique d'équipements et de tarification plus incitative pour la prise en charge des pathologies dites « lourdes » dans le cadre des plans cancer. Cependant, l'évolution des tarifs depuis 2007 ne l'a pas confirmé : ainsi, le tarif du forfait technique d'un examen sur un appareil IRM 1,5T polyvalent (hors appareils dédiés et spécialisés ostéo-articulaire) a perdu pour Paris environ 47 euros, près de 43 euros pour la région parisienne, et environ 35 euros pour la province.

Ces baisses prétendaient contrecarrer l'utilisation parfois abusive de ces équipements polyvalents pour des examens ostéo-articulaires. Ainsi, l'avenant n° 4 de la convention médicale a créé une nouvelle classification tarifaire des IRM et instauré de nouveaux forfaits techniques, dans l'objectif de « renforcer l'accès aux soins des patients en matière d'IRM. Afin de favoriser une augmentation soutenable du parc des appareils pour répondre aux besoins croissants de recours à ce type d'examens et de prendre en compte l'évolution des technologies notamment le développement d'appareils spécifiques dits ostéo-articulaires et des coûts associés (...) »¹⁷.

Entre cette diminution des forfaits techniques des IRM polyvalents et la diffusion des IRM dédiés et spécialisés ostéo-articulaires avec un tarif jugé attractif, l'assurance maladie entendait diminuer les dépenses de santé - ou tout au moins les contrôler- et réorienter l'utilisation des IRM polyvalents vers les examens dits « lourds » (oncologie par exemple). Qu'en a-t-il été réellement ?

Depuis 2011, la politique tarifaire en matière d'IRM avance à reculons : le délai d'attente en France pour un examen d'IRM reste préoccupant et les dépenses d'IRM ont augmenté. Il aurait plutôt fallu contrôler le type d'actes effectués par le radiologue et proposer des tarifs différents pour les examens « lourds » et les examens ostéo-articulaires quand bien même ils seraient effectués sur des appareils polyvalents. Ainsi, non seulement les radiologues auraient potentiellement été incités à limiter les examens ostéo-articulaires, devenus moins rémunérateurs, et l'on aurait sans doute observé une réduction des délais d'attente des examens IRM pour les pathologies lourdes.

Par ailleurs, il faut signaler que le seul modèle d'IRM dédié ostéo-articulaire à haut champ qui était proposé sur le marché s'est avéré limité dans son intérêt pratique et a donc été un échec commercial.

17 - Avis relatif à l'avenant n°4 de la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011.

Sa production et vente ont été interrompues par General Electric en 2014¹⁸.

Par ailleurs, la comparaison entre les tarifs des forfaits techniques de l'IRM spécialisé ostéo-articulaire et polyvalent (tableau VI) est plus que parlante : à Paris, au 1^{er} janvier 2015, le forfait technique de l'IRM polyvalent est à 124,62 euros tandis que le forfait technique de l'IRM spécialisé ostéo-articulaire est à 85,62 euros, soit une différence de 39 euros. En d'autres termes, lorsqu'un radiologue facture deux forfaits techniques sur un IRM polyvalent, il faut facturer trois forfaits techniques d'IRM spécialisé ostéo-articulaire pour atteindre la même valeur. Le calcul est donc vite fait, à travail identique, un radiologue a tout intérêt à effectuer ses examens ostéo-articulaires sur un IRM polyvalent...

En 2012, cette différence entre les forfaits techniques était encore plus flagrante, le forfait technique de l'IRM polyvalent s'élevait à 154,26 euros à Paris contre environ 85 euros pour l'IRM spécialisé ostéo-articulaire, soit une différence de 69 euros.

Depuis l'introduction de ces appareils dits « dédiés » ou « spécialisés » ostéo-articulaires, aucune modification n'a été apportée à leurs forfaits techniques (pleins ou réduits).

Les pouvoirs publics ont seulement tenté de contrôler l'accroissement du volume d'actes et la multiplication des actes jugés non pertinents, en diminuant le tarif des forfaits techniques de l'IRM polyvalent afin de le rapprocher du tarif de l'IRM spécialisé ostéo-articulaire, mais ils semblent piégés par les limites de cette approche.

Quelle est donc la logique de ces modifications de tarification, déconnectées des enjeux de santé publique et d'organisation des soins ?

D'un côté, il faudrait limiter les expositions aux rayonnements ionisants¹⁹ et favoriser plutôt l'IRM (lorsque c'est possible médicalement) au détriment du scanner²⁰, et d'un autre, ce sont les forfaits techniques des IRM polyvalents, et uniquement eux, qui ont été diminués... Comment ne pas y voir une contradiction ?

B. Un immobilisme tarifaire défavorable aux nouvelles technologies

Pour retracer rapidement son historique, la CCAM technique est venue remplacer le catalogue des actes médicaux (CDAM) tout en laissant subsis-

18 - Rapport d'évaluation de technologie de santé : « Exploration ostéo-articulaire des membres par IRM : intérêt diagnostique des équipements à champ modéré et des équipements dédiés ». Haute autorité de santé (HAS), mars 2012.

19 - Directive 2013/59/Euratom du 5 décembre 2013 fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire contre les dangers résultant de l'exposition aux rayonnements ionisants (JOUE 17 janvier 2014).

20 - Autorité de sûreté nucléaire (ASN), conclusions du séminaire du 16 septembre 2010 « Augmentation des doses délivrées aux patients lors des examens d'imagerie médicale ».

ter la tarification des consultations selon l'ancienne NGAP.

L'apport de la CCAM a été de décrire avec finesse et précisions le détail des actes, notamment en imagerie médicale, et de décrire de nouveaux actes ou des associations d'actes multiples concernant plusieurs appareils pour un diagnostic unique. Cependant, dans sa recherche d'efficience et d'équilibre entre les spécialités, la CCAM a rapidement perdu sa valeur médico-économique, du fait d'une insuffisante actualisation. Les tarifs ne sont plus étroitement corrélés aux coûts matériels et intellectuels des actes, rendant cette tarification obsolète.

Par sa décision du 31 mars 2015²¹, l'UNCAM a publié une version 40 de la CCAM (V40), dans laquelle de nouveaux tarifs, réduits, s'appliquent à 69 actes d'imagerie conformément à l'avenant n°8 de la convention médicale. Ces baisses sont applicables depuis le 1^{er} juillet 2015 aux actes de radiographie conventionnelle, d'échographie, d'échographie-doppler. L'imagerie interventionnelle n'a pas été épargnée puisqu'une baisse des suppléments a été rendue effective. En 2013²², l'UNCAM avait déjà supprimé le supplément pour injection intraveineuse de produit de contraste au cours d'un examen radiographique et scanographique.

La tarification des actes de radiologie fait l'objet de nombreuses critiques et son manque de pragmatisme est dénoncé dans de nombreux rapports. La durée des actes a largement évolué grâce notamment aux progrès des technologies et ces évolutions n'ont pas été prises en compte.

Ainsi, peut-on éventuellement considérer que plus le nombre d'actes augmente, plus la rentabilité de l'appareil est importante, et plus les marges faites sur les forfaits techniques ne sont plus en adéquation avec les coûts réels d'amortissement et d'exploitation. C'est une des difficultés actuelles car les appareils sont bien plus performants qu'autrefois et permettent de multiplier les actes. Mais ceux-ci sont aussi souvent plus lourds à interpréter pour les radiologues, et la productivité des appareils n'est plus en rapport avec celle des médecins utilisateurs.

Ces innovations devraient-elles conduire à remettre en question la durée d'amortissement de 7 ans ? D'autant plus qu'avec le système des autorisations administratives quinquennales, les établissements ont tout intérêt à changer d'équipement tous les 5 ans en revendant l'ancien appareil pendant qu'il a encore une valeur sur le marché.

Des ajustements tarifaires sont nécessaires et devraient accompagner l'optimisation des organisations administrative et juridique de la radiologie. L'adéquation de la tarification avec une

.....

politique publique de développement de l'imagerie médicale est indispensable pour une structuration complète d'une offre crédible, médicalisée et efficiente.

Nos remerciements à Vincent Hazebroucq, maître de conférence et praticien hospitalier en radiologie à l'université Paris Descartes.

Nesrine Benyahia et Pascal Paubel

21 - Décision du 31 mars 2015 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 2 juin 2015).

22 - Décision du 8 avril 2013 de l'UNCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie (JORF 31 mai 2013).

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

David Noguéro

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

La faute intentionnelle de l'assuré, de plus en plus restrictivement admise

Note sous

Civ. 2^{ème}, 22 oct. 2015, n° 14-25494

La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2015 promis au Bulletin, a jugé que « le seul placement sous contrôle judiciaire de l'assuré à la suite de sa mise en examen, fût-ce pour des infractions intentionnelles, ne permet pas de tenir pour établie une faute intentionnelle ou dolosive de sa part » ; l'assureur est donc tenu de garantir le dommage.

Un pharmacien avait souscrit un contrat d'assurance garantissant, notamment, les pertes liées à la valeur vénale de son officine. Mis en examen des chefs de complicité d'infraction à la législation sur les substances vénéneuses, en l'espèce le Subutex®, complicité d'escroquerie à la CPAM et mise en danger d'autrui, il lui a été fait interdiction, dans le cadre de son contrôle judiciaire, de se rendre dans sa pharmacie et d'exercer son activité professionnelle. Ne trouvant pas immédiatement un remplaçant, il a été contraint de fermer son officine pendant six semaines, motivant une déclaration de sinistre auprès de son assureur, lequel lui a opposé une exclusion de garantie tirée du caractère intentionnel des infractions pour lesquelles il était poursuivi. Le pharmacien a assigné sa compagnie d'assurance aux fins d'obtenir le versement d'indemnités couvrant les divers dommages qu'il estimait avoir subis.

Si le Tribunal de commerce de Paris avait fait droit à ses prétentions, dans un jugement du 30 septembre 2011, la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 16 septembre 2014 l'a réformé, au motif qu' : « alors que le fait générateur du dommage est la mise sous contrôle judiciaire de l'intéressé du fait de sa mise en examen pour les infractions intentionnelles de complicité d'infraction à la législation sur les substances

vénéneuses, en l'espèce du Subutex®, complicité d'escroquerie à la CPAM et mise en danger d'autrui, l'assureur est bien fondé, même si ces infractions sont contestées, à opposer l'exclusion résultant de la faute intentionnelle de l'assuré et la garantie n'est pas due [...] »¹

La Cour de cassation censure cet arrêt au visa de l'article L. 113-1 du code des assurances, au motif que « le seul placement sous contrôle judiciaire de l'assuré à la suite de sa mise en examen, fût-ce pour des infractions intentionnelles, ne permet pas de tenir pour établie une faute intentionnelle ou dolosive de celui-ci [...] ».

Cette solution se situe dans le courant d'un retour à une définition stricte de la faute intentionnelle, qui s'entend comme la volonté, de la part de l'assuré, de créer le dommage tel qu'il est survenu et pas seulement d'en créer le risque².

Cette solution n'est pas surprenante, la Cour de cassation ayant déjà précisé le lien entre la faute pénale et la faute intentionnelle, l'exclusion de garantie s'appliquant uniquement au dommage recherché par l'assuré lors de la commission de l'infraction.

Si l'aléa constitue l'essence même du contrat d'assurance³ (article 1964 du code civil) il est revenu, à la Cour de cassation, de définir la notion de faute intentionnelle ou dolosive telle qu'énoncée à l'article L. 113-1 du code des assurances comme cause d'exclusion de la garantie (« les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »).

Après quelques fluctuations jurisprudentielles et de houleux débats doctrinaux, la Cour de cassation revient donc à une conception subjective stricte de la faute intentionnelle, selon laquelle la garantie de l'assureur est exclue lorsque deux éléments sont réunis à savoir :

- un fait volontaire générateur du dommage,
- et la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu.

La faute intentionnelle nécessite donc que soit caractérisée la volonté de créer le dommage tel qu'il

1 - CA Paris, 16 sept. 2014, n°11/19307.

2 - Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, n°01-10.478.

3 - Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} juillet 2010, n°09-10.590.

s'est réalisé et non pas d'avoir simplement eu la conscience de créer le risque d'un dommage⁴.

Il a été soutenu que, si cette conception semblait parfaitement adaptée en assurance de biens et en assurance de responsabilité civile délictuelle, tel n'était pas le cas en matière d'assurance de responsabilité contractuelle souscrite par des professionnels. Elle risque en effet de diminuer la portée de la notion de faute intentionnelle tant il est rare de rencontrer, chez un professionnel une volonté de provoquer le dommage. Or l'inexécution, même volontaire, d'obligations professionnelles ne permet pas de démontrer la volonté de créer le dommage.

C'est la raison pour laquelle a été préconisée, pour l'assurance responsabilité civile professionnelle, une conception plus souple, objective, de la faute intentionnelle ou de la faute dolosive, permettant à l'assureur de dénier sa garantie dès lors qu'un manquement contractuel délibéré était constaté, au motif que le comportement de l'assuré supprimait le caractère aléatoire de la survenance du dommage.

La Cour de cassation a fait sienne, pendant un temps, cette conception souple selon laquelle il suffirait que le dommage soit une conséquence inéluctable de la faute sans qu'il soit nécessaire que l'assuré ait voulu provoquer le dommage tel qu'il est survenu⁵. Il suffisait alors que l'assuré se soit placé dans une situation dont il ne pouvait ignorer qu'elle conduirait inéluctablement au dommage, supprimant l'incertitude tenant à sa survenance, pour que l'assureur ne soit pas tenu à garantir. Pour la Cour de cassation alors, les manquements délibérés du souscripteur à ses obligations professionnelles pouvaient constituer une faute dolosive ayant pour effet de retirer au contrat d'assurance son caractère aléatoire⁶.

Mais cette souplesse n'a eu qu'un temps et l'arrêt commenté confirme le retour à une conception stricte de la faute intentionnelle, initiée par un arrêt du 1^{er} juillet 2010, lui aussi publié au Bulletin, rendu en matière de responsabilité professionnelle. L'arrêt soumis alors au contrôle de la Haute juridiction, rendu par la Cour d'appel de Paris, avait débouté de ses demandes un assuré s'étant affranchi de se conformer aux règles de l'art de sa profession, au motif qu'il avait « *agi ainsi en connaissance de cause, de manière manifestement intentionnelle et en tout état de cause dolosive, provoquant les sinistres en série et faisant disparaître l'aléa qui en est l'essence même du contrat d'assurance* ». Pour les juges du fonds, cette disparition de l'aléa était d'autant plus évidente en l'espèce que plusieurs incidents s'étaient déjà produits et que l'assuré s'était abstenu de mettre en œuvre les préconisations d'un expert appelé à examiner les premiers incidents.

Balayant ces considérations, la Cour de cassation avait, on s'en souvient, cassé cet arrêt pour défaut de motif, ceux retenus par la juridiction d'appel ne permettant pas de constater que « *le souscripteur de l'assurance ait eu la volonté de commettre le dommage tel qu'il est survenu* »⁷.

La Haute juridiction a ainsi battu en brèche la position défendue par les assureurs, fondée sur une disparition de l'aléa, en réaffirmant une position classique consistant à exiger un acte volontaire, générateur du dommage, et la volonté de provoquer le dommage tel qu'il est survenu⁸.

On peut y voir une volonté de limiter les cas d'exclusion de la garantie afin que les victimes des dommages puissent percevoir une indemnisation. Si cette solution peut se comprendre, elle peut paraître surprenante lors de la commission d'infractions pénales, en particulier si la victime en est l'auteur.

Or, classiquement, la Cour de Cassation n'assimile pas l'infraction intentionnelle, au sens de l'incrimination pénale, à la faute intentionnelle, au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances : dans un arrêt du 27 mai 2003⁹, la Cour de cassation a ainsi jugé, concernant un incendie provoqué par deux anciens élèves :

« *La faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, qui implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu, n'exclut de la garantie due par l'assureur à l'assuré, condamné pénalement, que le dommage que cet assuré a recherché en commettant l'infraction ; que la cour d'appel, après avoir souverainement apprécié, au vu du dossier pénal, que les auteurs n'avaient pas délibérément recherché les conséquences dommageables effectivement survenues, a sans méconnaître le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, exactement décidé, hors la dénaturation alléguée par la société GPA IARD de la clause subordonnant la prise en charge de l'assureur au caractère accidentel de l'évènement à l'origine du dommage, que les assureurs étaient tenus à garantie [...] ».*

Cette solution n'est d'ailleurs pas isolée (¹⁰ et ¹¹).

L'arrêt commenté est intéressant en ce qu'il se penche sur un autre aspect du contour de la faute intentionnelle, celui du fait générateur du dommage : poursuivi du chef d'infractions intentionnelles, les juges d'appel avaient estimés que, même contestés, les faits reprochés à l'assuré, qui étaient à l'origine de son contrôle judiciaire générateur du dommage, étaient constitutifs d'une faute intentionnelle ou dolosive, justifiant le refus d'indemniser de l'assureur.

La Haute juridiction ne l'entend pas ainsi puisqu'elle censure les juges du fonds pour violation

4 - En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, n° 93-14.571 ; Cass. 2^{ème} civ., 28 février 2013, n°12-12.813 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juillet 2015, n° 14-50.826.

5 - Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, n°00-17718, Cass. 2^{ème} civ., 22 septembre 2005, n°04-17232, Cass. 2^{ème} civ., 16 octobre 2008, n°07-14373.

6 - Cass. 3^{ème} civ., 7 octobre 2008, n°07-17.969.

7 - Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juillet 2010, n°09-10.590.

8 - Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, n°10-21.474, 10-23.559.

9 - Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, n°01-10.478, 01-10.747.

10 - Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 2014, n°13-18844.

11 - Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 2014, 13-15836, 13-16397, 13-17509, 13-21386, 13-25565.

de la loi, au visa de l'article L. 113-1 du code des assurances. Et cette censure n'est pas tirée de l'absence de sanction pénale au titre des infractions intentionnelles reprochées à l'assuré, mais bien sur l'absence de caractérisation d'une faute intentionnelle ou dolosive résultant du contrôle judiciaire imposé à l'assuré, à l'origine du dommage.

En effet, dès lors que la Cour d'appel de Paris a retenu que le dommage ne résultait pas de la commission d'infractions intentionnelles mais du contrôle judiciaire imposé à l'assuré, il n'existait, pour la Haute juridiction, aucune faute intentionnelle de l'assuré à l'origine du dommage, permettant à l'assureur de dénier sa garantie.

C'est donc sur le terrain de l'absence de causalité adéquate entre le fait générateur du dommage (les mesures de contrôle judiciaire imposées à l'assuré) et la faute (les délits intentionnels reprochés à l'assuré) que la censure intervient.

Au vu de cette tendance jurisprudentielle lourde, les hypothèses dans lesquelles l'assureur sera recevable à dénier sa garantie sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances semblent de plus en plus rares, notamment en matière de responsabilité professionnelle.

Reste comme échappatoire, pour l'assureur, à prévoir clairement des clauses d'exclusion de garantie et/ou à enfermer minutieusement le périmètre de sa garantie au vue de déclarations préalables circonstanciées de l'assuré.

Bertrand Vorms

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne (IRJS-CRDP)

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

Responsabilité du fait des produits de santé : incertitude scientifique et causalité

Cass. 1^{ère} Civ., 12 novembre 2015, n° 14-18118

1. Par un important arrêt du 12 novembre 2015 la Cour de cassation pose à la Cour de justice de l'Union européenne trois questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, dans un litige relatif aux risques liés à la vaccination contre l'hépatite B. Pour comprendre les enjeux et la pertinence de ces questions, il convient au préalable de rappeler le contexte dans lequel elles interviennent.

I- Le contexte

2. L'article 1386-9 du code civil transposant l'article 4 de la directive impose à la victime de rapporter la preuve du lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage qu'elle subit. La victime doit établir qu'en l'absence de défaut, le dommage ne se serait pas produit. Si la certitude de l'absence de causalité constitue un obstacle à l'action en responsabilité, cette hypothèse n'est pas en pratique la plus fréquente. Très souvent, un doute subsiste quant au lien de cause à effet entre le produit et le dommage dont se plaint le demandeur. S'appuyant sur l'article 1353 du code civil, aux termes duquel le juge peut en matière de preuve se fonder sur des présomptions de fait « graves précises et concordantes », la jurisprudence se contente alors d'un faisceau d'indices pour estimer rapporter la preuve d'un tel lien.

3. Mais en présence de produits de santé, le doute portant sur la causalité peut être de nature scientifique et pas seulement juridique. L'incertitude

est scientifique lorsqu'elle affecte la relation objective entre un produit envisagé *in abstracto* et un dommage. Elle est juridique lorsqu'elle affecte, *in concreto*, le lien entre le dommage subi par la victime qui agit et le produit dont elle a personnellement bénéficié. La question est alors de savoir si ce doute scientifique bloque la recevabilité même de la preuve juridique. La jurisprudence relative au vaccin anti hépatite B en est une illustration puisqu'en l'état des connaissances scientifiques le lien entre ce vaccin et la sclérose en plaque n'est pas encore avéré. La causalité scientifique est dans cette hypothèse incertaine.

4. La Cour de cassation s'est montrée sur cette question hésitante. Dans un arrêt rendu le 23 septembre 2003, elle avait, dans un premier temps, interdit aux victimes de rapporter la preuve du lien causal entre la sclérose en plaque et l'administration du vaccin¹. Elle avait en cela estimé qu'une causalité scientifique incertaine faisait obstacle à la causalité juridique et devait nécessairement aboutir au rejet de l'action en responsabilité, sans pouvoir être supplée par des présomptions de fait². Le Conseil d'État avait pourtant choisi d'adopter une position différente, dans une série d'arrêts du 9 mars 2007³. Tout en prenant acte de l'incertitude scientifique relative au lien envisagé *in abstracto* entre la vaccination et la sclérose en plaque, il acceptait de rechercher, au cas par cas, la preuve de la causalité juridique entre la maladie dont se plaignait le demandeur et sa vaccination, en s'appuyant sur un faisceau d'indices tenant au bref délai entre l'apparition des symptômes et la dernière injection ainsi qu'à la bonne santé antérieure et à l'absence d'antécédents de la victime⁴.

5. Dans le but sans doute d'harmoniser les jurisprudences, la Cour de cassation a dans un deuxième temps opéré un revirement de jurisprudence, dans

1 - Civ. 1^{ère}, 23 septembre 2003, B I n° 188, JCP 2003. II. 10179, note N. Jonquet, A.-C. Maillols, D. Mainguy et E. Terrier, JCP 2004. I. 101, obs. G. Viney, D. 2004, p. 898, note Y.-M. Sérinet et R. Mislowski, somm. 1344, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2004, p. 101, obs. P. Jourdain, RCA 2003, chr. n° 23 par C. Radé.

2 - Solution réaffirmée : Civ. 1^{ère}, 27 février 2007, n° 06-10063, RCA 2007, comm. n° 165, note A. Gouttenoire et C. Radé.

3 - CE, 9 mars 2007, n° 26 76 35, Gaz. Pal. 2007, Droit de la santé n° 2, p. 47, note S. Hocquet-Berg; deux autres arrêts du même jour ont en revanche écarté le lien causal, eu égard aux circonstances de l'espèce, la victime ayant développé les symptômes avant même la première injection (n° 283067) ou bien après la dernière (n° 285288).

4 - La chambre sociale de la Cour de cassation avait également adopté une position similaire s'agissant des vaccinations obligatoires, en estimant que la sclérose en plaque pouvait constituer un accident du travail : Soc. 2 avril 2003, n° 00-21768.

une série d'arrêts rendus le 22 mai 2008⁵. Selon la Cour, « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage du défaut et du lien de causalité, entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions pourvu qu'elles soient graves précises et concordantes ». Désormais, le doute sur la causalité scientifique peut être juridiquement dépassé par le recours en l'espèce à des présomptions de fait. Le débat judiciaire s'est dès lors détaché du débat scientifique⁶. Si un arrêt du 29 mai 2013 avait semblé jeter le doute sur cet acquis⁷, la solution a clairement été par la suite réaffirmée le 10 juillet 2013⁸. Le pourvoi formé par le fabricant qui reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir retenu sa responsabilité en dépit de « l'incertitude scientifique sur un le lien entre le dommage et le produit au stade de l'état actuel des connaissances scientifiques et techniques » est rejeté au motif que « l'impossibilité de prouver scientifiquement tant le lien de causalité que l'absence de lien entre la sclérose en plaques et la vaccination contre l'hépatite B, laisse place à une appréciation au cas par cas, par présomptions, de ce lien de causalité ».

6. Si ce principe semblait acquis, son application continuait de soulever, en revanche, des difficultés. La raison en est que la Cour de cassation refuse d'exercer son contrôle sur la qualification du lien de causalité, l'appréciation des éléments de preuve relevant du « pouvoir souverain » des juges du fond. Cette prise de position interdit à la Cour de donner des précisions sur les indices sur lesquels le juge peut s'appuyer pour retenir le lien causal et aboutit à des solutions contradictoires dans des espèces où les faits sont pourtant très proches⁹. En outre, cette

.....

5 - Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008 (5 arrêts), D. 2008, 1545, obs. I. Gallmeister, pan 2897, obs. P. Jourdain, JCP 2008 II 10131, note L. Grynbaum, I 186, obs. Ph. Stoffel-Munck, RCA 2008, étude 8, note C. Radé, RTDciv. 2008, 492, obs. P. Jourdain.

6 - V. not. C. Radé, « Causalité juridique et causalité scientifique », D. 2012, 112 ; Même sens : Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, n° 08-12781, obs., RTDciv. 2009, 723, obs. P. Jourdain.

7 - Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n° 12-20903, D. 2013, p. 1717, J.-S. Borghetti, 1723, P. Brun, RTDciv. 2013, 625, obs. P. Jourdain, D. 2014, 54, obs. O. Gout, Gaz. Pal. 18 juill. 2013, n°199, p. 4, note N. Bargue, 12 sept. 2013, n° 255, p. 9, note P. Oudot : La Cour y avait affirmé que « si la responsabilité du fait des produits défectueux requiert que le demandeur prouve le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage, la participation du produit à la survenance du dommage est un préalable implicite, nécessaire à l'exclusion éventuelle d'autres causes possibles de la maladie, pour la recherche de la défectuosité du produit et du rôle causal de cette défectuosité, sans pour autant que sa simple implication dans la réalisation du dommages suffise à établir son défaut au sens de l'article 1386-4 du code civil ni le lien de causalité entre ce défaut et le dommage ».

8 - Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2013 n° 12-21314, D. 2013, 2306, avis C. Mellotté, 2312 note. P. Brun, et 2315 note J.-S. Borghetti, RCA 2013, ét. 6, D. Bakouche, JDSAM 2013-3, p.81, obs. S. Welch, RTDciv. 2013, 852, obs. P. Jourdain, JCP 2013, 1012, obs. B. Parance, D. 2014, 53, obs. O. Gout, 563, obs. I. Darret-Courgeon, RDC 2014, 37, obs. G. Viney.

9 - Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2009, n° 08-11073, JCP 2009, 308, note P. Sargos, RCA 2009, étude 13 note C. Radé, Gaz. Pal., 12 et 13 août 2009, p. 9, avis A. Legoux, D. 2010 pan. 50, obs. Ph. Brun : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le responsable, la cour d'appel ayant souverainement estimé que

absence de contrôle aboutit à fragiliser la portée du revirement et constitue un obstacle à l'effectivité de la solution nouvelle. Sans remettre en cause ouvertement le principe même de l'autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique, de nombreuses juridictions judiciaires manifestent indirectement leur désaccord en s'abritant derrière leur pouvoir souverain et en estimant non rapportée en l'espèce la preuve requise¹⁰. Le Conseil d'État adopte en revanche une position différente en exerçant un contrôle sur la qualification du lien causal. À cet effet, la haute juridiction administrative s'appuie sur un faisceau d'indices tenant notamment au bref délai entre l'apparition des symptômes et la dernière injection ainsi qu'à une bonne santé antérieure et à l'absence d'antécédents de la victime¹¹.

7. C'est dans ce contexte et à l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt qui avait rejeté la demande en réparation contre la société Sanofi Pasteur MSD, fabricant du vaccin, que la Cour de cassation a choisi de poser à la CJUE les trois questions préjudicielles suivantes : « 1° / L'article 4 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives,

.....

« l'absence d'antécédents neurologiques chez la victime ou sa famille ainsi que sur le court laps de temps séparant la vaccination des premiers symptômes (2 mois) constituaient des présomptions graves précises et concordantes de nature à établir le lien causal entre la maladie et le vaccin » ; Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009 n°08-16097, D. 2009, 2426, obs. I. Gallmeister, RCA 2009, com. 328, note C. Radé, JCP 2009, 494, N. Molfessis : la Cour rejette le pourvoi formé par la victime, la cour d'appel ayant souverainement estimé que « la simple proximité temporelle entre la vaccination et le dommage, de même que le bon état de santé de la victime avant les injections »... n'avaient pas « le caractère d'une présomption grave précise et concordante » ; *adde* : G. Viney, « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affaires de la preuve », D. 2010, 391 ; même sens : Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, n° 07-16449, RTDciv. 2009, 329, obs. P. Jourdain, RCA 2009 com. 58 obs. C. Radé ; Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n° 09-16556, RTDciv. 2011, 134, obs. P. Jourdain, JCP 2011 note 79, S. Borghetti, RCA 2011 com. 24, note C. Radé ; Ph. Brun, « Raffinement ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B », D. 2011, 316 ; Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012, n° 11-14287.

10 - notamment : CA Paris, 17 avril 2015, n° 14/10164, 31 octobre 2014, n° 13/24211 ; CA Versailles 26 mars 2015, n° 13/02794 ; CA Rennes, 23 octobre 2013, n° 12/04237... ; de sorte que le revirement de 2008 apparaît pour les victimes comme un victoire « à la Pyrrhus » : F. Leduc, « le lien de causalité », in *La responsabilité du fait des produits défectueux, 30 ans après la directive*, RCA janvier 2016, dossier spécial n° 11.

11 - CE, 5 mai 2010, n° 324895 : le Conseil d'État approuve la cour d'appel d'avoir retenu le lien causal entre la vaccination et la maladie aux motifs qu'« en déduisant de ces faits, qu'elle n'a pas dénaturés, que le délai qui s'était ainsi écoulé entre la dernière injection et les premiers symptômes constituait un bref délai de nature à établir le lien de causalité entre la vaccination et l'apparition de la sclérose en plaques, la cour ne les a pas inexactly qualifiés » ; CE 9 février 2011 n° 319497 : le conseil d'État censure l'arrêt d'appel qui avait estimé établi un tel lien aux motifs qu'en « retenant l'existence d'un lien direct entre la vaccination et la sclérose en plaques alors que les premiers symptômes de la maladie étaient apparus plusieurs années après la vaccination initiale, la cour administrative d'appel de Bordeaux a entaché son arrêt d'une erreur dans la qualification juridique des faits » ; même sens : CE, 21 novembre 2012, n° 344561 et n° 356462 ; 6 novembre 2013, n° 345696 ; 5 novembre 2014 n° 363036.

réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux s'oppose-t-il, dans le domaine de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent, à un mode de preuve selon lequel le juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, peut estimer que les éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à prouver le défaut du vaccin et l'existence d'un lien de causalité de celui-ci avec la maladie, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit pas de lien entre la vaccination et la survenance de la maladie ?

2° / En cas de réponse négative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/ 374, précitée, s'oppose-t-il à un système de présomptions selon lequel l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices de causalité sont réunis ?

3° / En cas de réponse affirmative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/ 374, précitée, doit-il être interprété en ce sens que la preuve, à la charge de la victime, de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage par elle subi ne peut être considérée comme rapportée que si ce lien est établi de manière scientifique ? »

II- La pertinence des questions préjudicielles posées

8. Il s'agit en réalité de trois questions fortement imbriquées, formées autour d'une question principale et de deux questions annexes selon la réponse donnée à la première.

Il convient de noter que les questions posées partent toutes d'un même postulat, celui de l'absence de certitude scientifique quant au lien entre un produit et un dommage et se limitent à un cas bien particulier, celui de « la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent ».

Que faut-il en penser ?

9. La première question consiste en substance à savoir si, au regard de l'article 4 de la directive, le juge peut avoir recours à des présomptions du fait de l'homme pour estimer rapporter la preuve de la causalité juridique lorsque la causalité scientifique reste douteuse. Or cette première question n'avait pas besoin d'être posée et ne semble pas légitime. Pour le comprendre, il convient d'observer que la jurisprudence qui permet le recours à des présomptions du fait de l'homme ne pose pas de présomption de causalité, en ce sens qu'elle ne dispense pas la victime de rapporter la preuve du lien entre le vaccin qui lui a été administré et son dommage. Elle lui permet simplement d'apporter cette preuve, en dépit de l'incertitude scientifique, preuve qui peut résulter, conformément au droit commun, de présomptions du fait de l'homme, c'est-à-dire d'indices graves précis et concordants. Par conséquent, le recours à des présomptions de fait relève,

non pas du fond, mais des modalités de la preuve et donc échappe au domaine de la directive¹². En effet, en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres « il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre ... de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire... »¹³. Bien plus, il serait contraire au principe d'effectivité du droit communautaire d'interdire aux victimes d'avoir recours aux présomptions de fait pour rapporter la preuve du lien de causalité¹⁴.

10. Pourquoi la Cour de cassation a-t-elle dès lors posé la question ? Deux réponses peuvent être avancées. La première consiste pour la Cour à faire le pari d'une réponse négative, autorisant le recours aux présomptions de fait, afin de recevoir sur ce point la caution de la CJUE et de vaincre la réticence des juges du fond. Si le but est louable, le pari est risqué. La Cour de cassation prend en effet le risque d'une réponse positive qui interdirait au juge d'avoir recours à ces présomptions de fait, marquant un recul dans les droits des victimes et un retour à la jurisprudence de 2003. La deuxième explication consiste alors précisément pour la Cour à faire le pari inverse, celui d'une réponse positive, traduisant en cela les remords qu'elle nourrit depuis ses arrêts de 2008. Cette interprétation serait corroborée par la troisième question posée à la CJUE. Elle consiste à savoir, en cas de réponse positive à la première question, c'est-à-dire au cas où l'article 4 de la directive s'opposerait au recours aux présomptions de fait, s'il convient d'aller plus loin dans l'interdiction, de reculer encore, pour interdire et bloquer tout mode d'établissement de la causalité en cas de doute scientifique portant sur le lien entre le produit et le dommage. Or cette question n'est pas plus légitime que la première en ce qu'elle ne relève pas du domaine de la directive mais touche au rapport du droit et de la science. La science et le droit ne se situent pas sur le même plan, la science cherchant à expliquer le réel alors que le droit est normatif. Si la causalité scientifique se propose d'établir des enchaînements logiques et à portée universelle, la causalité juridique est un instrument au service de la solution la plus juste dans un cas particulier¹⁵. Or il est légitime et juste de ne pas faire peser sur les victimes potentielles mais sur le fabricant les risques de l'incertitude relative à l'inocuité du produit dont il tire profits. Procédant non d'une vérité absolue mais d'un jugement de valeur, la causalité juridique

.....

12 - Conclusions de l'avocat général sous CJUE 20 novembre 2014, C-310/13 (D. 2015, 549 note J.-S. Borghetti, JCP 2014 act.1289 F. Picod, JCP 2015, 67, L. Grynbaum, RDC 2015, 248, G. Viney), point 46 : « l'article 4 de la directive... ne régit pas... les modalités d'administration de la preuve ».

13 - CJCE, 20 sept. 2001, aff. C453/99 ; 24 sep. 2002 aff. C-255/00. Or les modes de preuves relèvent de la catégorie des « modalités procédurales des recours » : S. Carval, « Le lien de causalité », in *la responsabilité du fait des produits défectueux, 30 ans après la directive*, préc. n° 12.

14 - S. Carval préc.

15 - F. Leduc, préc.

peut s'accommoder d'une certitude relative¹⁶. Par ailleurs et surtout, on peut raisonnablement douter de l'infailibilité des études scientifiques compte tenu des divers scandales sanitaires qu'a connus notre pays depuis quelques années dont le dernier en date, celui du médiateur, a même abouti à réformer l'AFFSAPS¹⁷.

11. La seule question légitime est en réalité la deuxième. En substance, elle consiste à savoir, en cas de réponse négative à la première, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'article 4 ne s'opposerait pas au recours à des présomptions de fait, si on pourrait aller plus loin et retenir une véritable présomption de droit. En effet, cette présomption semble a priori contraire à la lettre de l'article 4 qui met expressément la preuve du lien de causalité à la charge de la victime et s'oppose à un renversement de la charge de la preuve qui obligerait le producteur à rapporter celle de l'absence de lien causal. La Cour a dès lors besoin de l'aval de la CJUE pour consacrer une telle présomption de droit, par une interprétation audacieuse de la directive, dans l'hypothèse particulière du doute scientifique.

12. La question étant légitime, peut-on parier sur la réponse ? A priori, tout laisse à penser que la CJUE estimerait, par respect de la lettre du texte, que l'article 4 s'opposerait à une telle présomption de droit. Pour autant, elle a récemment montré une volonté d'assouplissement, dans un arrêt du 20 novembre 2014¹⁸. En réponse à une question préjudicielle relative à la modification de la loi allemande du 24 août 1976 instaurant un régime spécial pour les médicaments (AMG), consistant à permettre à la victime d'un dommage causé par un médicament de demander des renseignements sur ses effets indésirables (art. 84a), elle a estimé que le droit d'exiger du producteur la fourniture de renseignements sur les effets indésirables d'un produit ne conduit pas à un renversement de la charge de la preuve, même s'il est de nature à aider la victime dans l'établissement des conditions de la responsabilité.

13. Pareille réponse est-elle dès lors souhaitable ? Est-il opportun d'avoir recours à une véritable présomption de droit ? L'idée est fortement soutenue par une partie de la doctrine¹⁹. Si la proposition est séduisante, en ce qu'elle renforce le droit à indemnisation des victimes, elle nous semble néanmoins excessive et dangereuse. En présence d'un risque incertain, la prise en compte du principe de précaution ne devrait pas dispenser la victime d'établir que son dommage est la conséquence directe du fait du défendeur mais simplement l'autoriser à

rapporter cette preuve en dépit du doute scientifique, aux moyens de présomptions graves, précises et concordantes²⁰. Pour préserver les droits des victimes, il suffira à la Cour de cassation, en cas de réponse négative à la première question, autorisant le recours aux présomptions de fait, d'exercer son contrôle sur les indices retenus par les juges pour estimer rapportée la preuve du lien de causalité. Rappelons que le contrôle de qualification n'est pas étranger à la Cour de cassation, qu'il s'agisse de la qualification de la faute ou du lien de causalité²¹. Par conséquent, si les constatations des faits relèvent du pouvoir souverain des juges du fond, en revanche, la qualification du lien causal, à partir des faits souverainement constatés, peut relever du contrôle de la Cour de cassation. La Cour de cassation pourrait contrôler la qualification du lien de causalité entre la maladie et le vaccin à partir des éléments de fait souverainement relevés par les juges du fond, en donnant les critères précis à retenir, à l'instar du Conseil d'État.

14. En attendant la réponse de la CJUE, le débat sur la responsabilité du fabricant de vaccin contre l'hépatite B est clairement relancé. Espérons que le CJUE recentre le débat sur la deuxième question qui seule nécessitait son interprétation.

Mireille Bacache

16 - Ibid.

17 - Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, *RTDciv.* 2012-1, chr. Législation, p. 169, M. Bacache ; v. Rapport d'information sur le Médiateur et la pharmacovigilance, déposé par la commission des affaires sociales à l'Assemblée Nationale le 22 juin 2011, n° 3552 ; Rapport sur la pharmacovigilance et la gouvernance de la chaîne du médicament, IGAS, juin 2011.

18 - CJUE, 20 nov. 2014, C-310/13, *D.* 2015, 549 note J.-S. Borghetti, *JCP* 2014 act. 1289 F. Picod, *JCP* 2015, 67, L. Grynbaum, *RDC* 2015, 248, G. Viney.

19 - Ch. Radé, *D.* 2012, p.116, « causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique » ; S. Hocquet-Berg, *Rev. Lamy dr. Civ.* 2004, n° 1, p. 13.

20 - La solution a encore été rappelée par un arrêt du 18 mai 2011 (*Civ.* 3^e, 18 mai 2011 n° 10-17645, *D.* 2011, 2089, note M. Boutonnet, *RCA* 2011, étude 11 par M. Bary, « Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos des champs électromagnétiques » ; *adde* : L. Mazeau, « La responsabilité civile du fait des activités à risque électromagnétique », *RRJ* 2010 p.7 11) : dans un domaine certes extérieur au activités de soins mais touchant à la santé, puisqu'il s'agissait des effets potentiels et incertains des courants électromagnétiques provenant des lignes à haute tension sur la santé des riverains.

21 - *Civ.* 2^e, 8 février 1989, *B II* n° 39, *JCP* 1990. II. 21544, note N. Dejean de la Bâtie, *RTD civ.* 1989, p. 556, obs. P. Jourdain ; 3 octobre 1990, *B II* n° 184 ; 9 décembre 1992, *B II* n° 306, *RCA* 1993, comm. n° 72, *JCP* 1993. I. 3364, obs. G. Viney ; 9 juillet 1997, *RCA* 1997, comm. n° 327 ; 27 janvier 2000, *B II* n° 20, *JCP* 2000. II. 10363, note Ph. Conte, *RTD civ.* 2000, p. 335, obs. P. Jourdain ; 19 juin 2003, *B II* n° 204.

Le recours du prestataire de soins dispensés en milieu hospitalier contre le fabricant : la saisine du tribunal des conflits

Conseil d'État, 23 décembre 2015, n° 375406
Centre hospitalier de Chambéry

1. Pour rappel, le conseil d'État a, par arrêt du 4 octobre 2010²², pris l'initiative de poser à la CJUE les questions préjudicielles suivantes :

« 1- Compte tenu des dispositions de son article 13, la directive 85/374 permet-elle la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé, en tant qu'il leur reconnaît notamment le droit d'obtenir de ces établissements, en l'absence même de faute de ceux-ci, la réparation des dommages causés par la défaillance des produits et appareils qu'ils utilisent, sans préjudice de la possibilité pour l'établissement d'exercer un recours en garantie contre le producteur ? »

2- La directive 85/374 limite-t-elle la possibilité pour les États membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages aux bénéficiaires de la prestation ? »

2. La CJUE a, par arrêt du 21 décembre 2011²³, dit pour droit que : *"La responsabilité d'un prestataire de services qui utilise, dans le cadre d'une prestation de services telle que des soins dispensés en milieu hospitalier, des appareils ou des produits défectueux dont il n'est pas le producteur au sens des dispositions de l'article 3 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, telle que modifiée par la directive 1999/34/CE du parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, et cause, de ce fait, des dommages au bénéficiaire de la prestation, ne relève pas du champ d'application de cette directive. Cette dernière ne s'oppose dès lors pas à ce qu'un État membre institue un régime tel que celui en cause au principal, prévoyant la responsabilité d'un tel prestataire à l'égard des dommages ainsi occasionnés, même en l'absence de toute faute imputable à celui-ci, à condition, toutefois que soit préservée la faculté pour la victime et/ou ledit prestataire de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de ladite directive*

lorsque se trouvent remplies les conditions prévues par celle-ci".

Ainsi, la directive du 25 juillet 1985 ne fait pas obstacle à l'application du principe selon lequel, le service public hospitalier est 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 –sous une condition cependant : que lui soit préservée la faculté de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de ladite directive si les conditions en sont remplies.

La contrepartie de la reconnaissance de ce régime spécifique de responsabilité sans faute est la faculté préservée d'un recours en garantie au bénéfice de l'établissement sur le fondement de la directive.

Le principe de la responsabilité sans faute réaffirmé

3. C'est ainsi que la juridiction administrative, dans le droit fil de la jurisprudence *Marzouk*²⁴ et au vu de la réponse apportée par la CJUE, a maintenu le principe de la responsabilité sans faute du service hospitalier, utilisateur du produit ou matériel qui a causé un dommage.

Ainsi par arrêt du 12 mars 2012 n° 327449²⁵, le conseil d'État a considéré que c'était à bon droit que les juges d'appel ont reconnu le service public hospitalier responsable des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils qu'il utilise (ici un matelas chauffant défectueux), même en l'absence de faute de sa part et sans préjudice des actions qu'il est susceptible d'exercer à l'encontre du producteur.

4. La jurisprudence administrative a confirmé sa position et précisé que ce principe trouvait à s'appliquer lorsque le service public hospitalier implante, au cours de la prestation de soins, un produit défectueux dans le corps d'un patient.

Ainsi par arrêt du 25 juillet 2013 n° 339922²⁶, le conseil d'État confirme, pour une luxation de prothèse, « que la directive du 25 juillet 1985 ne fait pas obstacle à l'application du principe selon lequel, sans préjudice des actions susceptibles d'être exercées à

24 - Conseil d'État, 9 juillet 2003 (n° 220437) *Marzouk* (rec. CE 2003, p. 338), le Conseil d'État considère, qu'après avoir relevé que le décès de Monsieur M. était imputable aux conséquences du fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel ayant entraîné un arrêt cardiaque et une anoxie, la Cour a commis une erreur de droit en retenant la responsabilité de l'AP-HP au motif que la défaillance du matériel utilisé faisait présumer une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier ;

Toutefois, le Conseil d'État relève que la défaillance du respirateur artificiel engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'AP-HP de Paris, même en l'absence de faute de sa part, à réparer le préjudice qui en résulte.

25 - CE 12 mars 2012, req. n° 327449 A.

26 - CE 25 juillet 2013, n° 339922 *Falempin*, AJDA 2013 p. 1972.

22 - CE 04/10/2010 n° 327449B *CHU de Besançon*.

23 - CJUE, 21 déc. 2011, - C-495/10 *centre hospitalier universitaire de Besançon/Thomas Dutruieux*, CPAM du Jura - JCP A 2012, act. 27.

l'encontre du producteur, le service public hospitalier est 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 ; que ce principe trouve à s'appliquer lorsque le service public hospitalier implante, au cours de la prestation de soins, un produit défectueux dans le corps d'un patient ».

L'arrêt d'appel²⁷ qui a précisé qu'il appartenait à la victime de diriger son action contre le producteur de la prothèse défectueuse dont elle connaissait l'identité et que ne pouvait être recherchée la responsabilité du centre hospitalier qui n'en était que fournisseur, est annulé pour erreur de droit et le conseil d'État a renvoyé l'affaire devant la cour administrative de Lyon.

5. Devant la Cour administrative d'appel de Lyon, le centre hospitalier de Chambéry dont la responsabilité sans faute était donc invoquée, a demandé, à titre subsidiaire, la condamnation de la société Groupe Lépine producteur de la prothèse incriminée, à le garantir des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre.

Par arrêt du 12 décembre 2013²⁸, la Cour administrative d'appel de Lyon, appliquant les principes dégagés par le conseil d'État, a rappelé que le centre hospitalier de Chambéry ne contestait pas la défectuosité de la prothèse totale du genou qui était également relevée par l'expert médical. La Cour a jugé que, dès lors, la réparation du préjudice subi incombait au centre hospitalier de Chambéry « sans préjudice d'un éventuel recours de celui-ci contre le fabricant du matériel en cause » et que la victime était ainsi fondée à soutenir que c'était à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Grenoble a refusé de l'indemniser du préjudice résultant de la défaillance du matériel utilisé par le service hospitalier lors de l'intervention chirurgicale pratiquée.

Le recours en garantie

6. Après l'évaluation des préjudices, se posait alors la question de l'appel en garantie du centre hospitalier de Chambéry contre son fournisseur, producteur de la prothèse incriminée, et préalablement, celle de la compétence de la juridiction administrative pour en connaître.

En effet, la société productrice de la prothèse dite défectueuse soutenait à titre principal que le juge administratif était incompétent pour apprécier sa responsabilité sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux en vertu des articles 1386-1 et suivants du code civil, ladite responsabilité ne relevant pas du juge du contrat. Subsidiairement, elle faisait valoir que l'action était prescrite en application de l'article 1386-7 du code civil et plus subsidiairement que le matériel prothé-

tique n'avait présenté aucune défectuosité et que le rapport d'expertise lui était inopposable.

Dans l'arrêt précité du 12 décembre 2013, la cour administrative d'appel de Lyon, a retenu la compétence de la juridiction administrative pour connaître des conclusions du centre hospitalier de Chambéry, ceci à raison du contrat passé entre le centre hospitalier et la société Groupe Lépine dans le cadre d'un marché dont elle avait été attributaire du lot relatif aux prothèses totales de genou modulaire et qui avait pour objet la fourniture de matériel à un établissement hospitalier, ce contrat ayant le caractère d'un contrat administratif.

Statuant sur le bien-fondé des conclusions d'appel en garantie, la Cour les a rejetées.

Le centre hospitalier de Chambéry a formé pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

L'arrêt du conseil d'État du 23 décembre 2015 et les questions posées

7. C'est sur la question de la compétence de la juridiction administrative que le conseil d'État s'est interrogé, en précisant préalablement que le service public hospitalier dont la responsabilité est engagée à l'égard d'un patient à raison de l'utilisation d'un produit défectueux dans la cadre des soins, dispose, lorsqu'il est lié au producteur par un contrat administratif, de « deux voies de recours alternatives » :

-la première consistant à rechercher la responsabilité contractuelle du producteur devant le juge administratif au titre des stipulations du contrat ou en raison des vices cachés du produit sur le fondement des articles 1641 à 1640 du code civil et,

-la seconde consistant, au regard de l'arrêt de la CJUE du 21 décembre 2011, à mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement des règles issues de la directive 85/374/CEE du conseil du 25 juillet 1985, régime transposé en droit français par les dispositions des articles 1386-1 à 1386-18 du code civil.

En l'espèce, le centre hospitalier qui disposait de ces deux voies alternatives puisque la prothèse défectueuse lui a été fournie par la société Groupe Lépine dans le cadre d'un marché public présentant le caractère d'un contrat administratif, a demandé la condamnation de cette société à le garantir par application des articles 1386-1 à 1386-18 du code civil.

Le conseil d'État y voit ici matière à renvoyer au tribunal des conflits « la question de savoir si l'action introduite par le centre hospitalier de Chambéry relève ou non de la compétence de la juridiction administrative ».

Il considère en effet que l'action en garantie du centre hospitalier tendant à ce qu'une personne morale de droit privé avec laquelle il est lié par un contrat administratif soit condamnée à réparer sur le fondement des articles 1386-1 à 1386-18 du code civil les dommages résultant de la fourniture d'un

27 - Cour administrative d'appel de Lyon 23 mars 2010 n° 06LY01191.

28 - Cour administrative d'appel de Lyon 12 décembre 2013 n° 13LY02237.

produit défectueux, présente une difficulté sérieuse justifiant le recours à la procédure de l'article 35 du décret du 27 février 2015²⁹.

8. Si le principe de responsabilité sans faute de l'hôpital ne pose plus de difficulté au regard de la jurisprudence précitée du conseil d'État, l'exercice de son action en garantie expressément réservée par la CJUE pose néanmoins difficulté quant à la compétence de la juridiction administrative.

Le point de départ est que le prestataire de soins qui a indemnisé la victime, est bien lié au producteur, personne morale de droit privé, par un contrat administratif.

Le recours au titre de la responsabilité contractuelle

9. On comprend ici le premier fondement possible du recours en garantie tiré de la responsabilité contractuelle au titre des stipulations du contrat qui en lui-même ne pose pas de difficultés de compétence.

En effet, s'agissant de la responsabilité contractuelle née du contrat passé, le juge naturel est bien le juge administratif : il s'agit d'un marché public de fournitures, contrat administratif par détermination de la loi.

L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi Murcef, précise en effet que « les marchés publics passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi ».

Les relations relèvent d'un régime de droit public dont la juridiction administrative peut connaître. L'exemple de l'évolution de la jurisprudence en matière de marché d'assurances l'illustre pleinement³⁰.

L'arrêt du 12 juin 2014 de la Cour administrative d'appel de Lyon³¹ n° 13LY01045 illustre la reconnaissance de cette voie de recours.

Dans cette espèce, il est relevé que le CHU de Saint Etienne n'avait pas invoqué les dispositions des articles 1386 et suivants du code civil et ne justifiait d'ailleurs pas que le producteur ne pouvait être identifié comme l'exige l'article 1386-7 du code civil pour que la responsabilité du fournisseur puisse être

recherchée. Le CHU n'était donc pas fondé à rechercher sur ce fondement la garantie de la société fournisseur du matelas chauffant défectueux.

Mais la Cour a retenu toutefois que l'établissement avait acquis auprès de la société PDG Système France, un matelas chauffant et son unité de contrôle dans le cadre d'un marché avec bon de commande et que l'instruction avait mis en évidence que le fournisseur avait failli à son obligation de maintenance du produit fourni afin d'assurer la fiabilité et la sécurité que le CHU était fondé à attendre de ce produit et à éviter un dysfonctionnement tel que celui qui s'est produit. La Cour retient une faute contractuelle de nature à engager la responsabilité de la société fournisseur, justifiant la demande de garantie du CHU pour les condamnations prononcées. Notons que cette demande a été accueillie à hauteur de 50 % à raison des fautes retenues à l'encontre du personnel en charge de l'intervention qui n'avait fait aucun contrôle de l'état du patient avant l'arrêt du matelas chauffant, au moment de cet arrêt et après.

Le fondement des articles 1386-1 à 1386-18 du code civil

10. S'agissant de l'appel en garantie fondé sur les articles 1386-1 et suivants du code civil en tant qu'ils ont transposé la directive 85/374 du 25 juillet 1985, l'arrêt de la CJUE du 21 décembre 2011 en a consacré le principe : la responsabilité sans faute du prestataire de services (l'hôpital) à l'égard du patient, n'est possible qu'à condition toutefois que soit préservée la faculté pour la victime et/ou ledit prestataire de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de la directive.

L'arrêt précise au point 30 « une telle responsabilité du prestataire de services, lorsqu'elle est prévue par le droit d'un État membre, ne saurait en tout état de cause être instituée que sous réserve de ne pas préjudicier au régime établi par la directive 85/374... Aussi la possibilité de mettre en cause la responsabilité du producteur lorsque se trouvent remplies les conditions auxquelles cette directive subordonne l'existence d'une telle responsabilité doit-elle se trouver préservée. Cette possibilité de mise en cause doit ainsi être ouverte non seulement à la victime, mais également au prestataire de services qui doit donc, à cette fin, notamment pouvoir disposer d'un mécanisme tel que celui du recours en garantie auquel se réfère la juridiction de renvoi dans sa première question ».

Le conseil d'État a confirmé l'existence du recours sur le fondement de la directive transposée aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil, qu'il distingue du recours fondé sur le contrat.

Or, l'argument initial du défendeur à l'appel en garantie est que seule la juridiction judiciaire peut connaître du principe de la responsabilité du fait des produits défectueux, responsabilité qui ne relève pas du juge du contrat.

11. Dans l'hypothèse -qui est- celle de l'espèce *centre hospitalier de Chambéry*- où un contrat de marché public est conclu dont la juridiction admi-

29 - « lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle peut, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ».

30 - CE, Avis du 31 mars 2010, Mme Renard n°333627 ; CE, 15 mai 2013, communauté de communes d'Épinal-Golbey n° 357810 - TC 22 mai 2006, OPHLM de Montrouge, 3503.

31 - Cour administrative d'appel de Lyon 12 juin 2014 n° 13LY01045.

nistrative peut connaître mais que le fondement choisi de l'action en garantie sont les articles 1386-1 à 1386-18 du code civil en tant qu'ils ont transposé la directive 85/374 du 25 juillet 1985, la compétence juridictionnelle pose ainsi difficulté : c'est la question posée au tribunal des conflits.

12. Son acuité est réelle au regard du jugement rendu le 10 février 2015 par le tribunal administratif de Lyon³² - dont l'appel est pendant devant la Cour administrative d'appel de Lyon -, qui a d'abord rappelé que le contrat passé entre les HCL et la société Dupuy France présentait le caractère d'un contrat administratif, a jugé que la juridiction administrative était bien compétente pour connaître des conclusions des HCL et de la SHAM tendant à la garantie des condamnations prononcées à son encontre dans le cadre « *et alors même que cet appel en garantie ne serait pas fondé sur le contrat lui-même* » et retient, sur la base de l'arrêt de la CJUE, que les HCL sont fondés à invoquer, au titre de l'appel en garantie formé contre la société Dupuy France, producteur et fournisseur de la prothèse, le bénéfice des articles 1386-1 et suivants du code civil qui ont assuré la transposition de la directive. Un appel est en cours.

13. Un certain pragmatisme voudrait que le juge administratif puisse juger tout à la fois du bien-fondé de l'action de la victime contre le prestataire de soins et l'éventuel appel en garantie de celui-ci, soit sur le fondement du contrat, soit sur le fondement de la directive transposée par les articles 1386-1 et suivants du code civil ouvert par l'arrêt de la CJUE.

Mais, s'agissant de ce second fondement, distinct de celui du contrat, il relève d'une compétence naturelle judiciaire contre la personne morale de droit privé dont la responsabilité est recherchée en qualité de producteur.

Attirer la compétence unique du juge administratif, imposerait d'établir un lien qui pourrait peut-être reposer sur l'action initiale de la victime et être tiré de la nature subrogatoire du recours du prestataire condamné à réparation (subrogation née de la décision de justice), sachant le conseil d'État a jugé que la subrogation, à la différence de l'action récursoire, n'entraîne aucun transfert de compétence mais relève de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître de l'action initiale³³. Mais bien des écueils se heurtent à cette qualification sachant au demeurant que l'action de la victime qui entend rechercher directement la responsabilité du producteur sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du code civil, relève sans conteste du juge judiciaire.

Ce lien pourrait être tiré du lien de droit né du contrat administratif qui fonde la compétence de la juridiction administrative, l'application de la directive transposée aux articles 1386 et suivants devant être considérée d'ordre public et loisible d'être ap-

.....

préciée dans le même cadre procédural par la juridiction administrative.

Cet objectif de pragmatisme ne doit cependant pas amener à une distorsion des règles de compétence qui régissent le principe de séparation des ordres de juridiction.

14. Il appartient désormais au tribunal des conflits de répondre à la question formellement posée par le Conseil d'État.

Sylvie Welsch

32 - Tribunal administratif Lyon, 10 février 2015 n° 12049.30, Madame Abigail Michel.

33 - CE 22 janvier 1960 n°39796 sieur Gladieu, RD publ. 1960, p. 686.

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Olswang France LLP

Caroline Le Goffic

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

I. Droit des brevets

1. Validité

a. Objet non brevetable

Était opposée la revendication suivante portant sur l'utilisation d'une substance médicamenteuse pour la préparation d'un médicament : « *Utilisation de particules constituées essentiellement d'une substance médicamenteuse portant un modificateur de surface adsorbé sur sa surface en une quantité suffisante pour maintenir une dimension moyenne de particule inférieure à environ 400 nm ou d'une composition pharmaceutique de ces dernières pour la préparation d'un médicament dans le but d'accélérer le début de l'action après l'administration à un mammifère, pour autant que la substance médicamenteuse n'est pas du naproxène ou de l'indométhacine* ». L'article 53c) de la CBE exclut de la brevetabilité les méthodes de traitement thérapeutique. Cette disposition ne s'applique pas, toutefois, aux produits pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes. L'article 54 §5 de la CBE, dans sa rédaction applicable en juin 1992, précisait en outre qu'un tel produit, bien que connu, était susceptible d'être brevetable à condition que son utilisation ne soit pas contenue dans l'état de la technique. La cour annule la revendication précitée, estimant (i) ne pas être en présence d'un produit, mais bien d'une méthode thérapeutique, puisque n'était revendiquée l'utilisation d'aucune substance précise, et que (ii) n'était visée aucune utilisation thérapeutique quelle qu'elle soit mais seulement un mode d'action accéléré du médicament.¹

b. Droit de priorité

Le brevet européen en cause avait été déposé sous priorité d'une demande américaine US '193 qui se trouvait être une *continuation-in-part* d'une autre demande américaine US '105. La *continuation-in-part* est une pratique américaine qui permet, sous certaines conditions, d'ajouter à une demande déjà déposée une amélioration qui n'y était pas divulguée. La partie commune bénéficiera de la date de priorité de la demande première, tandis que l'ajout prendra date au jour du dépôt de la *continuation-in-part*. Le défendeur soutenait que le brevet européen litigieux ne couvrirait pas seulement la même invention que sa priorité US '193, mais aussi la même que le brevet US '105. Aussi, considérerait-il que le délai de priorité courait à compter du dépôt de ce brevet US '105 et que le brevet litigieux ne pouvait pas en bénéficier puisqu'il avait été déposé plus de douze mois après. La cour confirme le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté cette argumentation. Selon elle, pour bénéficier du délai de priorité de l'article 87 CBE, « *il suffit que la demande réflexe ait le même objet que la demande prioritaire et qu'il existe une identité d'invention, sinon dans la forme, au moins dans le fond* ». Il est jugé que tel était le cas en l'espèce, puisque la *continuation-in-part* US '193 ajoute une caractéristique à la demande initiale US '105.²

2. Saisies-contrefaçon et article 145 CPC

Le demandeur sollicitait la désignation d'un expert, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, afin de vérifier si la technologie utilisée par son adversaire, ancien licencié, était susceptible de caractériser l'appropriation d'un savoir-faire confidentiel. Ledit licencié s'y opposait en invoquant qu'il se serait agi d'une saisie-contrefaçon déguisée, dès lors que la demande tendait exclusivement à apporter la preuve de la prétendue contrefaçon du brevet donné en licence. La cour rejette la demande d'expertise en estimant que la mission de l'expert a pour objet de vérifier la mise en œuvre d'un savoir-faire et d'un procédé breveté. Or, pour la cour, la preuve d'une contrefaçon ne peut être rapportée que par la voie de la saisie-contrefaçon, conformément à l'article L. 615-5 du code de la propriété intellectuelle.³

1 - CA Paris, 3 novembre 2015, RG n° 12/23743, Etypharm c. Alkermes.

2 - CA Paris, 3 novembre 2015, RG n° 12/23743, précité.

3 - CA Paris, 24 novembre 2015, RG n° 14/16359, CL Tech c. Pierre Fabre.

3. Procédure

Action en concurrence déloyale connexe à une action sur le fondement du brevet

La demanderesse avait obtenu en référé devant le président du tribunal de commerce de Lyon qu'il soit fait interdiction à son adversaire de commercialiser un produit générique et ce, jusqu'à expiration de son brevet ou jusqu'à ce qu'une décision définitive annule ledit brevet. Au soutien de ses demandes, le breveté arguait que le lancement à risque, effectué par le génériqueur avant l'expiration du brevet, violait l'article L.5121-10 du code de la propriété intellectuelle (« CSP ») qui dispose, en son troisième alinéa, que « la commercialisation de cette spécialité générique ne peut intervenir qu'après l'expiration des droits de propriété intellectuelle ». Était également invoquée la violation de plusieurs autres dispositions du CSP, notamment en raison de la remise d'échantillons gratuits non sollicités et de l'apposition de la mention « identique au princeps » sur des supports publicitaires. Une action relative à la validité et la contrefaçon du brevet couvrant le produit princeps étant pendante devant le TGI de Paris, la défenderesse demandait le renvoi devant cette juridiction. Faisant droit à cette exception d'incompétence, la cour d'appel infirme l'ordonnance de référé, sur le fondement des articles L615-17 et D211-6 du code de la propriété intellectuelle qui donnent compétence exclusive au TGI de Paris pour statuer sur « les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention y compris (...) lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale ». La cour juge que les seuls moyens susceptibles de caractériser un acte de concurrence déloyale sont ceux tirés de la violation de l'article L.5121-10 précité du CSP et que ceux-ci « se rattachent nécessairement aux droits » du breveté. Cette demande est considérée comme étant connexe à l'action portant sur le brevet, relevant dès lors de la compétence exclusive du juge de la contrefaçon. La cour écarte les autres griefs invoqués car, selon elle, ils portent sur des dispositions du CSP qui ont vocation à protéger la santé et non la concurrence. Pourtant, s'affranchir du cadre réglementaire, quel qu'il soit, est bien susceptible de créer une distorsion de concurrence. Un pourvoi est pendant.⁴

4. Invention de salarié

Était applicable la convention collective de l'industrie pharmaceutique dans sa version antérieure à la loi de 1990 qui soumettait l'octroi au salarié inventeur d'une rémunération supplémentaire à la démonstration d'un « intérêt exceptionnel pour l'entreprise ». La Cour de Cassation approuve le

juge du fond⁵ d'avoir rejeté la demande du salarié en relevant que, malgré l'intérêt économique non négligeable de l'invention, il n'est pas établi qu'elle présentait un caractère remarquable soit par le caractère novateur des produits, soit par l'importance du chiffre d'affaires généré.⁶

5. Secret professionnel du conseil en propriété industrielle

La cour d'appel rappelle que le conseil en propriété industrielle est astreint à un secret professionnel absolu, similaire à celui de l'avocat, en vertu de l'article L.422-11 du code de la propriété industrielle. En conséquence, la correspondance adressée par le conseil en propriété industrielle d'une partie à l'avocat de l'autre est couverte par ce secret et doit être écarté des débats.⁷

Jean-Frédéric Gaultier

Index des décisions citées :

CA Paris, 3 novembre 2015, RG n° 12/23743, Ethypharm c. Alkermes

CA Paris, 24 novembre 2015, RG n° 14/16359, CL Tech c. Pierre Fabre

CA Lyon, 17 décembre 2015, RG n° 15/08783, Mylan c. AstraZeneca

Cass., 15 septembre 2015, Pourvoi n° 14/14587, Henri C. c. Pierre Fabre - PIBD, n° 1039, III, 782

4 - CA Lyon, 17 décembre 2015, RG n° 15/08783, Mylan c. AstraZeneca.

5 - Voir cette chronique dans JSDAM n° 3 de décembre 2013, page 92, CA Paris, 6 décembre 2013, RG n° 12/03268, Pierre Fabre c. Cousse.

6 - Cass., 15 septembre 2015, Pourvoi n° 14/14587, Henri C. c. Pierre Fabre - PIBD, n° 1039, III, 782.

7 - CA Paris, 24 novembre 2015, RG n° 14/16359, précité.

II. Droit des marques

1. Validité

En droit français comme en droit de l'Union européenne, une marque, pour être valablement enregistrée, doit être distinctive (parmi d'autres exigences de fond). Aux termes de l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle, « le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés ».

L'appréciation de la distinctivité est source d'un abondant contentieux, tant en matière de marques verbales (a) qu'en matière de marques tridimensionnelles (b).

a) Distinctivité des marques verbales

Sont dépourvus de caractère distinctif, selon l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle, « les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ».

Trois arrêts récents permettent d'illustrer la sévérité en la matière des juges français et européens.

Dans une décision en date du 20 octobre 2015⁸, la Cour d'appel de Paris a annulé l'enregistrement de la marque « INVISIBLE », déposée pour désigner, entre autres des déodorants et des poudres cosmétiques pour les cheveux. Elle infirme le jugement rendu le 7 mars 2014⁹ par le tribunal de grande instance de Paris – que nous avons commenté dans cette chronique¹⁰ –, qui avait considéré que cette marque, déposée en 1951, était valable, ne désignant pas lors du dépôt les qualités essentielles de ces produits, mais étant tout au plus évocatrice de ces qualités. La Cour d'appel, à l'inverse, retient que l'adjectif « invisible » ne constitue pas seulement une désignation mettant en valeur les produits concernés, mais bien une appellation descriptive de ces produits, dans la mesure où, avant même le dépôt de la marque, le terme était déjà utilisé pour décrire la qualité qu'avaient certains déodorants d'éviter les tâches laissées sur les vêtements ainsi que certaines poudres cosmétiques pour les cheveux. Cette décision illustre les dangers du choix à titre de marque d'un adjectif évoquant les propriétés des produits en cause.

En matière de marques de l'Union européenne, aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 207/2009 sur la marque communau-

taire, sont refusées à l'enregistrement « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ». Trois arrêts du Tribunal de l'Union européenne concernent l'application de cette règle à des marques de produits de santé. Dans le premier, rendu le 30 septembre 2015¹¹, le Tribunal a estimé que la marque « GREASECUTTER », déposée pour désigner notamment des huiles essentielles, antibactériennes ou antiseptiques, des cosmétiques et lotions pour cheveux ainsi que des « produits pharmaceutiques et vétérinaires », les « substances diététiques à usage médical », était dépourvue de distinctivité dans la mesure où la marque demandée, prise dans son ensemble, permettait immédiatement aux consommateurs « de savoir, sans autre réflexion, que les produits visés par la demande d'enregistrement sont des produits qui coupent (dissolvent) ou réduisent la graisse animale ou l'état graisseux et est ainsi directement descriptive de leur nature, de leur qualité ou de leur destination ». Dès lors, cette marque sera reconnue par les milieux intéressés comme une description de l'une des caractéristiques de ces produits.

Dans un second arrêt, en date du 6 mars 2015¹², le Tribunal de l'Union européenne a développé la même analyse à propos de la marque « SafeSet », désignant des appareils et instrument de perfusion médicale. Selon les juges, « le public pertinent comprendrait directement et sans réflexion supplémentaire le terme « safeset » comme une indication descriptive des caractéristiques techniques des produits en cause, c'est-à-dire qu'il comprendrait que ces produits constituaient un ensemble d'éléments ou d'objets sûr ».

Enfin, dans un troisième arrêt, rendu le 4 juin 2015¹³, le Tribunal a jugé non distinctive la marque « Gel nails at home », déposée pour désigner des produits pour les ongles, au motif que le signe verbal « gel nails at home » dans son ensemble, était immédiatement compréhensible par le public pertinent, qui y verrait une description des produits litigieux destinés au modelage des ongles (en gel) à la maison.

Il ressort de ces trois décisions que la plus grande prudence s'impose aux déposants désireux d'enregistrer à titre de marque des termes pouvant évoquer des propriétés des produits concernés.

8 - CA Paris, 20 oct. 2015, PIBD 2015, 1040, III, 844.

9 - TGI Paris, 7 mars 2014, PIBD 2014, n° 1009, III, 556.

10 - JDSAM 2014/3, p. 69, obs. C. Le Goffic.

11 - TUE, 30 sept. 2015, aff. T-610/13, *Ecolab USA c./ OHMI*.

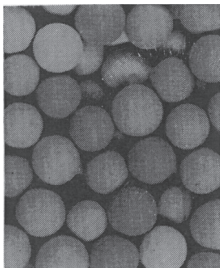
12 - TUE, 6 mars 2015, aff. T-513/13, *B. Braun Melsungen AG c./ OHMI*.

13 - TUE, 4 juin 2015, aff. T-141/14, *Bora Creations, SL c./ OHMI*.

b) Distinctivité des marques tridimensionnelles

S'agissant des marques tridimensionnelles, plusieurs règles doivent être combinées afin d'en apprécier la distinctivité.

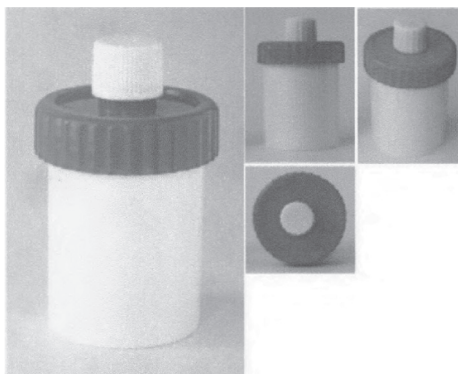
D'une part, en vertu d'une règle générale applicable à toutes les marques, les signes retenus doivent présenter une « distinctivité intrinsèque », c'est-à-dire qu'ils doivent être « propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises » (art. 4 du règlement 207/2009). En d'autres termes, les signes doivent pouvoir être perçus par les consommateurs comme des marques indiquant l'origine commerciale des produits concernés. Dans un jugement en date du 10 septembre 2015¹⁴, le Tribunal de grande instance de Paris a appliqué cette règle à la marque tridimensionnelle suivante :



désignant une poudre de maquillage pour le visage, constituée par la forme d'un mélange de petites boules de couleurs pastel conditionnées dans une boîte cylindrique. Après avoir rappelé que « seule une marque qui, de manière significative, diverge de la norme ou des habitudes

du secteur, et de ce fait, susceptible de remplir sa fonction essentielle de garantie d'origine, est pourvue du caractère distinctif », le tribunal estime que les poudres de teint sous forme de petites boules ou billes étaient déjà commercialisées avant le dépôt de la marque en cause sous d'autres marques, ce dont il résulte qu'à la date du dépôt, la distinctivité intrinsèque des signes figuratifs, objets du litige pour des cosmétiques, n'est pas démontrée.

Sur ce même fondement général de la distinctivité intrinsèque, le Tribunal de l'Union européenne, par un arrêt du 16 juin 2015¹⁵ a estimé que la marque tridimensionnelle suivante :

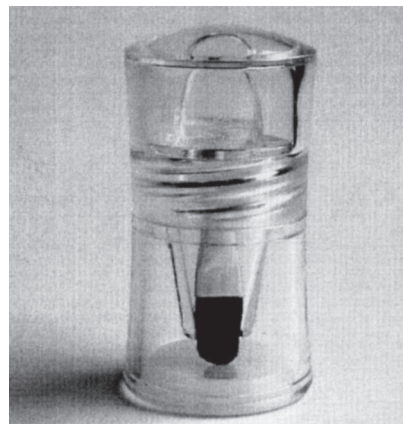


constituée par la forme d'un récipient pour du savon, n'était pas distinctive. En l'espèce, selon les juges, la forme cylindrique à couvercle est une forme habituelle pour les pots de pharmacie et les pots de

produits de beauté. Les éléments de différenciation de la forme demandée, à savoir les deux ouvertures et les couleurs rouge et blanche, ne suffisent pas à la distinguer de façon significative des autres formes du marché, de sorte que cette forme puisse remplir la fonction d'identification d'origine. En effet, s'agissant de la combinaison des couleurs rouge et blanche, celle-ci n'a rien d'inhabituel dans le domaine cosmétique et médical, le blanc étant couramment associé à l'hygiène et à la propreté et le rouge étant associé, surtout dans le domaine médical, aux avertissements.

On retiendra de ces deux décisions la prudence qui s'impose aux déposants souhaitant déposer une forme à titre de marque. Afin d'éviter de s'approprier indument une forme usuelle dans le secteur concerné, ces déposants devront donc veiller à ce que la forme choisie diffère sensiblement des formes habituelles, afin que le signe soit apte à exercer la fonction de distinction propre à toute marque.

D'autre part, il existe une règle spécifique aux marques tridimensionnelles, à savoir l'article L. 711-2 c) du Code de la propriété intellectuelle, en vertu duquel ne peut être protégée comme marque une forme imposée par la nature ou la fonction du produit, de même qu'une forme qui confère au produit sa valeur substantielle. Dans un arrêt rendu le 5 novembre 2015, la Cour d'appel de Bordeaux a appliqué cette règle à la marque suivante :



constituée par la forme d'un fard à paupières. En l'espèce, les juges ont considéré que les caractéristiques de cette représentation graphique d'un conditionnement ne résultaient d'aucune exigence technique ou utilitaire liée à la nature ou à la fonction du produit : la forme n'est donc pas fonctionnelle. Elle ne confère pas davantage au produit sa valeur substantielle, dans la mesure où, dans le cas d'un fard à paupières, sa valeur substantielle résulte des composants, des couleurs et des propriétés lui-même, et non de son conditionnement. La marque est donc distinctive, en ce qu'elle est « détachée au regard de la nature, de la fonction ou de la valeur du produit, afin notamment de laisser aux concurrents l'accès à certaines formes », et qu'elle n'est pas « essentiellement à l'origine de l'achat par le consommateur ».

14 - TGI Paris, 10 sept. 2015, PIBD 2015, 1037, III, 724.

15 - TUE, 16 juin 2015, aff. T-654/13, *Gako Konietzko GmbH c./ OHMI*.

2. Déchéance

Déchéance pour défaut d'usage de la marque

Cause de déchéance des droits de marque, le défaut d'usage du signe pendant 5 ans est prévu par l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle et par l'article 15, § 1, du règlement sur la marque communautaire. C'est alors au titulaire de la marque dont la déchéance est demandée de prouver, par tout moyen, qu'il en fait un usage sérieux, en tant que marque, c'est-à-dire pour garantir l'identité commerciale des produits qui en sont revêtus.

Le contentieux relatif à la preuve de cet usage sérieux est abondant. Les tribunaux apprécient alors souverainement les éléments de preuve fournis par les titulaires de marques, sous réserve du contrôle de la motivation opéré par la Cour de cassation.

Un arrêt rendu le 15 septembre 2015 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁶ renseigne utilement sur ce contrôle. Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande reconventionnelle en déchéance de la marque semi-figurative suivante :



déposée pour désigner des parfums. En l'espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir prononcé la déchéance en les termes suivants : « attendu que l'arrêt constate que les trois factures produites, émises en 2005, 2007 et 2008, qui ont pour destinataires deux librairies, totalisent la vente de cent huit produits référencés sous la désignation « Parfum VII Bonheur Triomphant » ; qu'il relève encore que ces factures ne sont pas accompagnées de bons de commande, catalogues, échantillons du produit qui pourrait en être griffé ou même de sa photographie et ne se présentent ainsi que comme un simple référencement, aucun document ne venant attester d'une exploitation de la dénomination « Parfum VII Bonheur Triomphant » dans la relation avec la clientèle ; qu'il relève enfin que la marque (VII) soit un chiffre romain cerclé, seule marque sur laquelle M. X... peut revendiquer la titularité de droits, fait l'objet d'une exploitation sous une forme modifiée qui en altère le caractère distinctif dès lors que l'adjonction au chiffre romain VII des mots « Parfum » et « Bonheur Triomphant », et l'élision du cercle, qui caractérise la marque semi-figurative telle que déposée, sont de nature à affecter la perception que l'éventuel public concerné pourrait en avoir ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a pu dé-

duire que la preuve de l'usage sérieux de la marque (VII) entre le 28 janvier 2005 et le 28 janvier 2010 n'était pas rapportée ». Cette décision rappelle ainsi fermement que l'usage d'un signe autre que la marque telle qu'elle a été enregistrée n'est pas susceptible de constituer un usage sérieux de cette dernière dès lors que le signe utilisé en altère le caractère distinctif. Les titulaires de marques doivent donc veiller soigneusement à conserver des preuves de l'exploitation du signe enregistré en tant que tel ou, à tout le moins, sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif.

Dans l'arrêt précité rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 5 novembre 2015¹⁷, il a ainsi été jugé que constituaient des preuves de l'usage sérieux de la marque tridimensionnelle désignant un fard à paupières :

« - un tableau des investissements publicitaires réalisés par le titulaire de la marque par voie d'affichage et de presse ainsi que de nombreuses factures de l'agence de publicité ;

- des exemples de commercialisation du produit apparaissant sur des pages internet mentionnant des dates de connexion en avril 2010 et des factures de vente de 2003 à 2007 ;

- un document publicitaire de ce produit de 2008, rappelant le lancement en automne 2003 de l'ombre à paupières ;

- un extrait du site internet www.marionnaud.fr, sur lequel apparaissent aux rubriques "Toutes les marques" et "Fard à paupières" divers produits de marques différentes et notamment plusieurs produits de la société titulaire de la marque présentés sous divers conditionnements, dont celui objet du litige avec l'image correspondante, la connexion ayant été réalisée le 24 décembre 2010 ;

- un extrait du site internet www.amazon.fr sur lequel est mentionné le même fard à paupière sous le même nom, et un extrait du site internet www.remake.fr montrant ce même produit, les connexions à ces deux sites ayant été effectuées le 10 avril 2014. »

Enfin, l'arrêt précité rendu le 20 octobre 2015 par la Cour d'appel de Paris¹⁸ rappelle, comme l'avaient fait les premiers juges, le principe de spécialité, essentiel en droit des marques, en vertu duquel la déchéance pour défaut d'exploitation peut être prononcée pour certains produits visés par la marque, et ne pas être prononcée pour d'autres. En d'autres termes, l'usage sérieux du signe doit être apprécié indépendamment pour chaque catégorie de produit concernée. C'est ainsi que la déchéance de la marque *Invisible* a été prononcée pour les savons, cosmétiques, produits de parfumerie et de beauté, savons et onguents, en l'absence de toute preuve d'usage sérieux pour ces produits. En revanche, la société titulaire de la marque étant parvenue à prouver un usage sérieux du signe pour des déodorants, elle a pu conserver ces droits sur la marque pour ces produits.

Caroline Le Goffic

16 - Cass. Com., 15 sept. 2015, *PIBD* 2015, 1039, III, 786 ; *Prop. ind.* 2015, comm. 74, obs. P. Tréfigny.

17 - CA Bordeaux, 5 nov. 2015, *PIBD* 2016, 1041, III, 23.

18 - CA Paris, 20 oct. 2015, *PIBD* 2015, 1040, III, 844.

III. Droit de la concurrence

Le « balisage » des activités de santé joue clairement en faveur du bien commun. Il empêche toutes sortes de dérives ou de débordements dont pourrait avoir à souffrir l'ensemble des parties prenantes. Le principe, on l'aura constaté, ne cesse d'alimenter les diverses rubriques de la présente revue. Mais sa mise en œuvre est d'autant plus significative qu'elle englobe des disciplines qui n'ont à première vue que peu de points communs. Ainsi, chacune d'entre elles apporte un éclairage spécifique à la hauteur des attentes de la collectivité.

Les règles de concurrence offrent en la matière différentes possibilités d'intervention destinées à normaliser et moraliser, si nécessaire, les projets ou réalisations des uns et des autres.

L'approche qui vient d'être décrite ne cesse en vérité de se renouveler. Sans doute, connaît-on d'ores et déjà bon nombre de prises de position des instances appelées à se prononcer sur des initiatives susceptibles de relever des prohibitions ou contrôles imposés par les textes. Mais il est encore possible aujourd'hui d'aller au-delà de cette approche traditionnelle. En effet, la vigilance d'une pluralité d'organes officiels offre des possibilités d'amélioration du dispositif existant qui ne saurait être totalement ignorées.

L'ordre des choses pourrait ainsi peu à peu connaître un certain nombre de changements. Pour le moment, il suffira de présenter les éléments susceptibles d'y concourir. Le droit de la concurrence influence plus précisément la résolution des questions de santé dans une double perspective. La première atteste la permanence de différentes solutions (1). La seconde annonce d'utiles perspectives d'évolution (2).

1. Santé, concurrence et permanence de solutions

Un premier « regard » sur les règles applicables ne laisse guère apparaître de modifications sensibles du dispositif jusqu'alors décrit dans ces lignes. À ce titre, il a été fait mention à différentes reprises des objectifs du droit de la concurrence et des moyens de les atteindre. Dans cette optique, on sait que la protection du marché occupe dans les textes applicables une place essentielle que cherchent à préserver les institutions compétentes. Les questions de santé y sont de toute évidence abordées au travers d'un prisme qui ne doit clairement rien au hasard.

Il convient de relever dans cette optique le maintien de solutions traditionnelles, tant au regard des conditions de mise en œuvre du droit de la concurrence que de ses modalités. Rien de ce qui concerne la notion d'activité économique (A) ou la procédure de contrôle des concentrations (B) n'a dans ce contexte connu de véritables bouleversements.

A. Notion d'activité économique

L'emprise du droit de la concurrence, pour déterminante qu'elle puisse être, implique néanmoins que soient satisfaites les conditions essentielles imposées par les textes. En toute hypothèse, l'ouverture des marchés qu'ils recherchent notamment n'a véritablement de sens que par rapport à un faisceau d'échanges de nature spécifique. Sans entreprendre l'examen approfondi des dispositions du droit de l'Union européenne ou du droit interne en ce sens, il est au moins possible de les résumer en soulignant la place centrale qu'occupe de ce point de vue la notion d'activité économique.

Il reste que pour ainsi dire l'essentiel reste à faire. En d'autres termes, au-delà de l'intervention d'une « entreprise », quelle qu'elle soit, sur un « marché », se pose la question de la nature des échanges qui s'y nouent. Le droit de la concurrence, en effet, n'a vocation à régir que ceux de nature marchande. On imagine aisément les difficultés d'interprétation d'une telle exigence. Si la question se pose en toute matière, il va pour ainsi dire qu'elle peut se poser avec une acuité particulière dans le domaine de la santé. Il est clair en effet que « l'altruisme » qui l'inspire dans bon nombre d'hypothèses est de nature à rendre plus complexe la qualification exigée par les textes.

Un arrêt récent rendu par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹ est l'occasion de rappeler les critères qui président à la définition recherchée. On relèvera toutefois qu'il intervient dans un domaine différent de celui généralement abordé dans ces lignes. Où une comparaison entre le droit fiscal et le droit de la concurrence peut porter ses fruits.....

Si la notion d'entreprise joue toujours un rôle essentiel (a), il convient de s'intéresser également à la place qu'occupent dans ce dispositif les activités de santé (b).

a) Des entreprises

Le droit de la concurrence, on le sait, a pour particularité de s'adresser aux « entreprises » qui interviennent, comme il a été dit plus haut, sur un marché donné. Il est facile de mesurer d'ores et déjà ce que peuvent être de ce point de vue ses possibilités de mise en œuvre. Il suffira ici de renvoyer aux précédentes chroniques dans lesquelles ont été évoqués les griefs d'atteintes à la concurrence dont ont pu avoir à répondre toutes sortes d'acteurs économiques : laboratoires, hôpitaux, ordres professionnels notamment.

On en revient alors à une approche classique qui reconnaît la qualité d'entreprise à toute entité, quels qu'en soient notamment le statut juridique, le mode de financement. Il n'est toutefois pas inutile de se référer à une autre approche

19 - CJUE, 29 octobre 2015 Aff. C-174/14 Sociedad Gestora de Recursos e Equipamentos da Saúde dos Açores SA c/Fazenda Pública, JOUE C 429 du 21 décembre 2015 p. 3.

b) Des activités de santé

La question de la nature des prestations soumises à examen est certes décisive en droit de la concurrence : n'en relèvent encore une fois que les activités à caractère économique. Mais elle peut resurgir à d'autres titres. Ainsi, comme il a déjà été signalé dans ces lignes²⁰, l'application ou non de règles fiscales est parfois subordonnée à la qualification des actes en cause. Il n'y aurait pas lieu de s'en préoccuper si, à cette occasion, les juridictions saisies ne statuaient sur ce point.

Ainsi, dans l'arrêt précité du 29 octobre 2015, les magistrats ont eu à se prononcer sur une demande de question préjudicielle introduite par la Cour suprême du Portugal pour déterminer les possibilités de non-assujettissement à la TVA dont se prévalait une entité au titre de son statut d'organisme de droit public, selon les termes de la directive applicable en l'espèce. Il est clair que le problème posé dépasse de beaucoup le cadre de la présente étude et les connaissances de son auteur... Mais il revenait à la Cour de se prononcer sur un point sensible auquel le droit de la concurrence, on le sait, est particulièrement exposé.

Pour statuer, la Cour est en effet amenée à « décomposer » l'ensemble des rouages présidant au fonctionnement de l'organisme en cause (1°) pour en définir l'aptitude à « échapper » aux règles fiscales (2°).

1° Des missions de l'organisme concerné

Il revenait officiellement à l'entreprise concernée un certain nombre de missions d'intérêt économique général. La Cour de justice procède leur énumération dans les termes suivants (point 13) :

- a) réaliser de manière centralisée l'approvisionnement du service régional de santé ;
- b) fournir des biens et des services aux entités membres du service régional de santé ;
- c) attribuer des financements aux unités de santé, conformément aux objectifs de prestation de soins sur lesquels chaque unité s'est contractuellement engagée ;
- d) définir des règles et des principes directeurs pour la gestion budgétaire des unités de santé ainsi que pour en suivre la mise en œuvre ;
- e) évaluer la gestion économique-financière des institutions et des services intégrés dans le service régional de santé ou financés par ce dernier, et élaborer des rapports périodiques sur sa situation financière et sur la gestion de ses ressources humaines et matérielles (...)

Il était en outre précisé que l'organisme concerné exerce ses activités dans le cadre de contrats de programme dans lesquels sont définis, notamment, les services qu'il doit fournir dans le domaine de la planification et de la gestion du service régional de

santé, ainsi que dans la compensation due par la région en contrepartie de ces services.

L'essentiel en vérité est ailleurs...

2° De leur qualification

L'une des questions préjudicielles posées à la Cour devait conduire celle-ci à se prononcer sur l'assujettissement, ou non, de l'intéressé à la TVA. L'arrêt rendu sur ce point mérite l'attention.

Au sens de la directive applicable en l'espèce, l'activité économique est en effet définie en ces termes (point 42) : « une activité (...) telle que celle en cause au principal, consistant pour une société à fournir à une région des services de planification et de gestion du service régional de santé conformément aux contrats de programme conclus entre cette société et ladite région ».

Il n'est d'ailleurs certainement pas indifférent de noter que la Cour de justice s'attache en outre à la portée que pourrait avoir une analyse laxiste des possibilités d'exonération prévues par la directive applicable en la cause. Elle rappelle en effet que « les distorsions de concurrence d'une certaine importance auxquelles conduirait le non-assujettissement des organismes de droit public agissant en tant qu'autorités publiques doivent être évaluées par rapport à l'activité en cause, en tant que telle, sans que cette évaluation porte sur un marché en particulier, ainsi que par rapport non seulement à la concurrence actuelle, mais également à la concurrence potentielle, pour autant que la possibilité pour un opérateur privé d'entrer sur le marché pertinent est réelle et non purement hypothétique » (point 74).

Les questions les plus sensibles du droit de la concurrence apparaissent ainsi même indirectement au grand jour, jusques et y compris dans un domaine réputé pour son autonomie. Nul ne saurait véritablement le regretter.

La protection de l'ouverture des marchés appelle encore d'autres mesures.

B. Contrôle des opérations de concentration

L'industrie pharmaceutique, en particulier, n'a sans doute d'autres choix que celui de procéder aux rapprochements nécessaires à l'amélioration de sa productivité. L'année 2015, à cet égard, a clairement valeur de symbole²¹. Il reste toutefois à souligner les dangers que font peser sur la concurrence de telles opérations. Le droit et l'économie, en la matière, sont loin de partager les mêmes points de vue. En témoigne très précisément, on le sait, la mise en place de procédures de contrôle des opérations de concentration selon les modalités prévues tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne.

20 - Cf. cette chronique JDSAM 2015 n°3 p. 24.

21 - Cf. notamment en ce sens le Figaro daté du 24 novembre 2015 supplément économie à consulter sur le site www.figaro.fr.

La question n'a en vérité rien perdu de son actualité. En témoignent une nouvelle fois les décisions récentes prises par la Commission dans le secteur de la santé. Deux exemples suffiront à la démonstration. Il s'agit des solutions adoptées dans les opérations ainsi désignées : M.7787 (a) et M.7872 (b)

a) Acquisition par Panasonic Healthcare de Bayer's diabetes care business (M.7787)

La concentration qu'il s'agit d'évoquer s'inscrit dans un processus aujourd'hui parvenu à son terme. La Commission de l'Union européenne a finalement décidé de ne pas s'opposer à la notification qui lui avait été adressée.

1° Notification préalable

Conformément aux dispositions applicables, la Commission de l'Union européenne a reçu notification le 22 octobre 2015 d'un projet de concentration par lequel Panasonic Healthcare, spécialisée dans la mise au point, fabrication, et vente de dispositifs de diagnostic *in vitro* et dispositifs et services en matière de sciences de la vie, se portait acquéreur, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b) du règlement sur les concentrations, du contrôle exclusif de l'activité Diabetes Care de Bayer AG impliquée dans la distribution de systèmes de surveillance glyémique²².

On connaît désormais les suites données à ce projet.

2° Décision de non-opposition

Faute de plus amples renseignements disponibles à l'heure où ces lignes sont écrites, il suffira ici de renvoyer le lecteur à la décision prise par la Commission le 23 novembre 2015²³. Celle-ci a finalement renoncé à s'opposer au projet qui lui avait été adressé.

Une autre opération de concentration suscite l'intérêt.

b) Acquisition par Novartis de GSK (Ofatumumab Autoimmune Indications) (M.7872)

Sans doute, pourrait-on se contenter de la décision finale. Mais, conformément à la procédure en vigueur, la notification préalable adressée à la Commission de l'Union européenne contient d'utiles précisions.

1° Notification préalable

Le 18 novembre 2015, la Commission a reçu notification d'un projet de concentration par lequel l'entreprise Novartis AG manifestait sa volonté d'acquérir auprès de l'entreprise GlaxoSmithKline (Royaume Uni) le contrôle exclusif des droits des

indications auto-immunes du principe actif Ofatumumab par achat d'actifs²⁴.

Il est rappelé à cet endroit les activités des entreprises concernées. « Novartis est une entreprise suisse du secteur de la santé présente dans le monde entier dans trois grands domaines d'activités : les produits pharmaceutiques, les produits ophtalmiques et les médicaments génériques ». De l'autre côté, il est précisé que « GSK est une entreprise pharmaceutique britannique présente dans le monde entier dans les domaines des produits pharmaceutiques, des vaccins et des produits de santé grand public.

La Commission réserve *in fine* un sort favorable à ce projet.

2° Décision de non-opposition

Le 21 décembre 2015, la Commission a rendu dans cette affaire une décision de non-opposition²⁵. Elle estime en effet que l'acquisition projetée ne soulève aucune difficulté de concurrence au regard des activités et positions sur le marché des entreprises concernées.

Une fois rappelée l'approche traditionnelle des questions de santé par le droit de la concurrence, il convient certainement d'élargir le champ de l'étude pour tenir compte de données nouvelles susceptibles d'influencer le cours des choses.

2. Santé, concurrence et perspectives d'évolution

Le droit de la santé met en évidence un ensemble de priorités auxquelles les pouvoirs publics se préoccupent d'apporter les réponses adéquates. En témoigne de toute évidence la diversité des sujets abordés dans la présente revue. Mais il ne saurait y avoir en la matière de véritables « cantonnements ». Dans ce contexte, il peut certainement arriver que des recoupements s'imposent et conduisent à un renouvellement de certaines normes ou procédures. L'emprise du droit de la concurrence peut ainsi n'être qu'« indirecte » sans perdre de son efficacité. Il serait dès lors clairement dommage d'ignorer une telle perspective qui recouvre une réalité dont, ici encore, des données récentes témoignent.

Sont ici plus précisément en cause tant des mesures financières (A) que des mesures juridiques (B).

A. Mesures financières

L'insertion des entreprises dans un marché donné tient, on le sait, à une pluralité de stratégies.

Des études préalables y contribuent de toute évidence dans une large mesure. Mais un « suivi » des opérations est également gage de succès. Il est pour ainsi dire évident que bien peu d'initiatives ont des chances d'aller à leur terme sans que soit assurée

22 - JOUE C 337 du 29 octobre 2015 p. 16.

23 - MEX/15/6155 p.2 ; JOUE C 437 du 29 décembre 2015 p. 1.

24 - JOUE C 397 du 28 novembre 2015 p. 11.

25 - MEX/15/6386 p. 3.

leur viabilité financière. A défaut de ressources suffisantes, leur avenir s'obscurcit dans une mesure qui reste à préciser.

Le problème se pose notamment au regard de règles de concurrence qui cantonnent à l'intérieur de strictes limites les renforts susceptibles d'être apportées aux entreprises. Il ne s'agit pas ici d'observer une nouvelle fois les possibilités offertes aux « aides d'État » dont on connaît le « statut » restrictif. Il s'agit bien au contraire d'insister sur des initiatives dont la légitimité est communément admise au regard d'enjeux manifestes de santé publique.

Un organe, tel la Banque européenne d'investissement (BEI), apporte en vérité un concours qui, au-delà de montants plus ou moins importants, améliore la position des entités concernées et, dès lors, leur compétitivité à des fins d'intérêt général. Il en a été ainsi à l'époque récente dans deux hypothèses qui ne peuvent qu'intéresser les lecteurs de la présente revue. La modernisation du synchrotron de Grenoble (a) et le financement de la construction du nouveau Midland Metropolitan Hospital de Birmingham (b) se rattachent précisément à cette orientation.

a) Contribution de la BEI à la modernisation du synchrotron de Grenoble²⁶

La nouvelle annoncée le 11 décembre 2015 par la BEI constitue un nouvel exemple de l'implication des instances communautaires dans les domaines sensibles et les projets innovants.

Le Commissaire européen à la recherche, à l'innovation et à la science s'exprimait d'ailleurs en ce sens. « Cette première signature (...) renouvelle notre engagement non seulement en faveur de la recherche fondamentale, mais aussi en faveur de la santé publique, qui est un des enjeux majeurs d'Horizon 2000 ».

La mesure que l'on évoque ici va en réalité bien au-delà du compte-rendu qui vient d'en être fait. Elle témoigne surtout, sous un jour particulier, des bienfaits attendus pour la concurrence d'avancées scientifiques majeures, sachant que toutes les entreprises n'ont pas nécessairement les moyens financiers de mener à bien leurs investigations²⁷. Les retombées à attendre de ces soutiens mettent clairement en évidence l'urgence que peuvent revêtir certaines de ces interventions et leur intérêt pour le bien commun.

Il en va de même dans une autre perspective.

b) Soutien de la BEI à la construction du nouveau Midland Metropolitan Hospital de Birmingham²⁸

Dans une « bonne » politique de santé publique, la qualité des établissements hospitaliers occupe une place essentielle. Mais il est tout aussi évident que des contraintes financières pèsent lourdement sur la faisabilité d'un tel projet. Il reste alors à trouver des ressources « extérieures » pour faire avancer les choses et offrir aux intéressés une amélioration de leur sort.

La formule qui précède est volontairement large. Elle désigne tout d'abord la communauté des patients qui aspirent à une prise en charge dans les meilleures conditions possibles. Elle désigne également « l'institution » dont les atouts ne peuvent qu'attirer une clientèle captive. Encore faut-il se singulariser par rapport aux autres établissements.

On évoquera dans ce cadre la décision de la BEI prise également le 11 décembre 2015. Elle consiste en l'octroi d'un soutien de 107 millions GBP en vue de la construction du nouveau Midland Metropolitan Hospital de Birmingham. Le vice-président de la BEI, John Taylor, justifiait en ces termes la mesure en question : « This investment will also act a catalyst for wider economic regeneration in Sandwell and Birmingham ». Il est clair en effet que le « rajeunissement » de cet établissement ne peut qu'améliorer son attractivité et, au-delà, améliorer sa visibilité par rapport à l'offre des concurrents.

Les mesures financières, pour importantes qu'elles soient, ne sont pas exclusives d'autres initiatives à portée caractéristique.

B. Mesures juridiques

Il n'y a vraisemblablement rien de tel qu'une réflexion collective de grande ampleur pour faire « bouger » les choses. On connaît par exemple la place qu'occupe, dans le domaine de la santé, l'activité de normalisation²⁹. À première vue, il n'y a sans doute rien à redire de cette « préférence ». Mais son emprise systématique ou ses modalités, peuvent susciter des réserves, *a fortiori* lorsqu'elles émanent des professionnels eux-mêmes.

Une initiative prise par l'Autorité de la concurrence, par voie de saisine d'office (article L. 462-4 c. commerce)³⁰, est à l'origine d'observations qui ne

28 - À consulter sur le site : www.eib.org/infocentre/press/release.

29 - Cf. sur ce point N. Birouste, L'activité de normalisation dans le secteur de la santé JDSAM 2015 n° 3 p. 32 in Dossier thématique : Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonne pratique (2^{ème} partie).

30 - Autorité de la concurrence, Décision n°14-SOA-01 du 6 janvier 2014 relative à une saisine d'office pour avis concernant le fonctionnement concurrentiel des processus de normalisation et de certification (« Les activités de normalisation sont-elles pro ou anti-concurrentielles ? », à consulter sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr).

26 - À consulter sur le site : www.eib.org/infocentre/press/release

27 - Cf. en ce sens Commission européenne, Concurrence : En quoi la politique de concurrence est-elle importante pour les consommateurs ? À consulter sur le site ec.europa.eu. *Adde* R. Lallement, V. Wisnia-Weill, Concurrence et innovation : quelles politiques pour le développement des entreprises ? Horizons stratégiques 2007/2 n° 4 p. 310.

sauraient être passées sous silence³¹. On voit bien en effet, d'après leur intitulé-même, la place qu'occupent dans ces documents les questions de concurrence.

Au-delà de préoccupations suscitées par la normalisation (a), en apparaissent d'autres sur la certification (b) pour des raisons qu'il s'agit ici de mettre en évidence.

a) Santé, concurrence et normalisation

Les lecteurs de cette revue connaissent mieux que quiconque le processus auquel s'intéresse notamment l'Autorité de la concurrence. Il ne s'agit donc pas d'en reprendre l'exposé. En revanche, il convient d'insister sur les aspects concurrentiels qu'il comporte. Ce n'est certainement pas par hasard que la consultation initiale est intitulée : « les activités de normalisation et de certification pro ou anti-concurrentielles ? ».

La question est loin d'être fortuite. Une réponse dans le sens de la première hypothèse (1°) n'est pas exclusive de certaines recommandations (2°).

1° Bienfaits concurrentiels de la normalisation

L'Autorité de la concurrence considère en ce sens que « la normalisation de qualité est pro-concurrentielle » (points 4 s.). Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue. Tout d'abord, dans son principe même, l'uniformisation qui s'y rattache (« standards communs » sur lesquels s'accordent les différents acteurs économiques) est de nature à faciliter les échanges commerciaux, tant nationaux qu'internationaux. Cette contribution est ainsi exprimée : « l'existence de normes consensuelles permet d'abaisser les barrières à l'entrée que constituent les particularismes nationaux et d'ouvrir l'accès à de nouveaux marchés en établissant des règles du jeu claires et équitables pour toutes les entreprises concernées » (point 5). Ensuite, dans sa mise en œuvre, « en facilitant la compatibilité et l'interopérabilité des différents produits et services, la normalisation a un effet pro concurrentiel « car elle favorise la diversité de l'offre et permet aux acheteurs de comparer plus aisément les différents biens, ce qui va au soutien d'une concurrence par les mérites ».

Les vertus de la normalisation sont ainsi pleinement affirmées. D'une part, elle crée ou maintient à un niveau élevé « une forme de confiance entre les opérateurs sans laquelle le marché perd en efficacité ». D'autre part, elle s'inscrit dans la lignée d'une approche qui attache au jeu libre de l'offre et de la demande une valeur essentielle³².

31 - Autorité de la concurrence, Avis n° 15-A-16 du 16 novembre 2015 portant sur l'examen, au regard des règles de concurrence, des activités de normalisation et de certification, à consulter sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr.

32 - Cf. sur la notion de concurrence par les mérites, Cour de cassation, Colloque Droit et économie de la concurrence. La concurrence par les mérites 2005 ; O. Fréget, La concurrence, une idée toujours neuve pour la France Paris éd. Odile Jacob 2015 ; P. Rey, Concurrence par les mérites in La modernisa-

Il n'en demeure pas moins, selon l'Autorité de la concurrence, des points qui pourraient donner lieu à quelques aménagements.

2° Recommandations

La décision commentée est en vérité d'une extrême richesse. Si le principe lui-même de la normalisation est loin d'y être remis en cause, son « pilotage » pourrait certainement être amélioré (points 20 s.). L'Autorité de la concurrence suggère alors que les changements à venir s'inscrivent dans deux directions complémentaires.

En premier lieu, la décision même de normaliser devrait s'inscrire dans un cadre plus strict. L'Autorité de la concurrence appréhende à ce titre « en amont » les vicissitudes éventuelles du processus en cause pour y remédier. Il s'agit en particulier de « rationaliser les organes de normalisation et leurs méthodes de travail (points 22 s.) » et de mieux contrôler le lancement des travaux normalisés (points 31 s.).

En deuxième lieu, l'adoption de la norme, placée sous le signe de la diversité, devrait être appréhendée de façon plus rigoureuse. L'Autorité de la concurrence formule en ces termes sa suggestion (points 39 s.) : « Mieux contrôler la validation du projet en aval ». Il lui apparaît surtout que les critères permettant à l'AFNOR de juger qu'un projet est en état d'être homologué ne sont pas clairement définis. Il serait ainsi souhaitable d'établir à l'avenir ce que cet organisme peut ou ne peut pas imposer aux bureaux de normalisation sectoriels et par quels moyens (point 49).

La décision commentée englobe d'autres considérations sur un mécanisme étroitement lié à ce qui précède.

b) Santé, concurrence et certification

L'approche des questions de concurrence voulue par l'Autorité implique qu'il soit également répondu à la seconde interrogation. En d'autres termes, il convient également de s'intéresser aux aspects concurrentiels de la certification. Le traitement de ce sujet révèle des particularités qu'il est certainement utile d'analyser. On observera d'ailleurs, à titre liminaire, que la réponse donnée en la matière (« activité ouverte à la concurrence ») n'est pas rigoureusement identique à la première (« activité pro concurrentielle ») ...

La décision commentée invite à un double examen : celui des enjeux concurrentiels de la

tion du droit de la concurrence (sous la direction de G. Canivet, M.A Frison-Roche) Paris L.G.D.J Collection Droit et Économie 2006 p. 151 ; Comp. T.P.I.U.E, 1^{er} juillet 2010 Aff. T-321/05 AstraZeneca et 9 septembre 2010 Aff. Tomra Systems Rec. 2010 II p. 2805, Rev. trim. dr. eur. 2011 p. 406 Observations J.-B. Blaise ; Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Klivia dans le secteur de l'optique-lunetterie ; Décision n° 14-D-16 du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique à consulter sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr.

certification (1°) et d'une amélioration souhaitable de son fonctionnement (2°).

1° Enjeux concurrentiels de la certification

Sans doute liées l'une à l'autre par une pluralité de liens, la normalisation et la certification se distinguent à différents titres, comme le révèlent la structure et le contenu de l'avis étudié.

L'Autorité de la concurrence définit la certification comme « une activité marchande ordinaire » (donc non coopérative, comme l'est la normalisation) pleinement ouverte à la concurrence, « qui concerne des opérateurs de taille très variable allant de la profession libérale au groupe international » (point 51).

Les enjeux concurrentiels de la certification tiennent en vérité à sa nature elle-même. La certification implique, comme l'explique l'Autorité, le recours à une procédure par laquelle « une tierce personne atteste que le produit ou service présente un certain nombre de caractéristiques définies dans un document de référence appelé référentiel de certification et auxquelles les clients professionnels ou les consommateurs sont censés attacher une importance particulière » (point 55). Le processus qui vient d'être décrit dans ses aspects essentiels est susceptible de poser des problèmes de concurrence. Est plus précisément en question « la compétition entre les certificateurs qui a des effets, en aval, sur les marchés de produits lorsque la certification est une condition de leur réussite commerciale ». Son impact sur la concurrence peut dès lors être très large, « à la dimension des secteurs des produits ou services » (point 57).

L'Autorité de la concurrence précise alors les améliorations qui pourraient être apportées au dispositif aujourd'hui en vigueur.

2° Améliorations souhaitables

Il est sans doute inutile de préciser que seront laissées ici de côté les recommandations faites en particulier pour certains secteurs (le bâtiment). L'avis de l'Autorité de la concurrence est ainsi articulé autour de la situation particulière du groupe AFNOR et du marquage NF.

En premier lieu, au terme d'un examen minutieux du statut d'AFNOR, l'Autorité se préoccupe des conditions dans lesquelles opèrent ses filiales (AFNOR Certification et AFNOR Compétences). Il lui apparaît en particulier qu'elles peuvent être source de préoccupations concurrentielles « si celles-ci tirent un avantage abusif de la confusion de leurs activités avec celles de l'association mère » (point 79). Le risque apparaît en vérité bien réel au regard de la « vitrine » de l'AFNOR et du « mélange des genres » (« confusion », dit l'Autorité) dont relèvent ses activités. Il serait donc utile que l'AFNOR s'empare de ces problèmes, procède à une évaluation de ses pratiques et prenne le cas échéant « des mesures pour prévenir l'apparition de situations de marché dans lesquelles les liens privilégiés qu'elle entretient avec ses filiales seraient susceptibles de leur apporter un avantage abusif par rapport aux opérateurs concurrents » (point 82).

En deuxième lieu, en considération des activités qui viennent d'être évoquées, l'Autorité de la concurrence insiste sur la nécessité de procéder à une clarification du statut de la norme NF et de la marque NF. En l'état actuel des choses, « l'acronyme NF accolé à un numéro d'identification est utilisé pour désigner une norme homologuée par l'AFNOR ; l'abréviation NF signifie alors « norme française ». Mais l'ambiguïté vient de ce que « NF est aussi un logo utilisé pour apposer un marquage certifiant la conformité de biens ou de services à un référentiel élaboré par sa filiale AFNOR Certification, sans lien nécessaire avec le respect d'une norme française » (point 84). L'Autorité de la concurrence ouvre ainsi la voie à des changements de nature à faire disparaître « le risque de confusion », selon les propres termes de l'avis étudié, qui vient d'être évoqué. Il lui apparaît important « qu'AFNOR donne une signification claire au marquage NF et lève les restrictions d'accès à ce marquage ; les préoccupations de concurrence qu'elles soulèvent sur le marché de la certification n'étant pas fondamentalement différentes selon l'option qui serait retenue pour le marquage NF » (point 99).

Des pistes nouvelles sont ainsi ouvertes à l'initiative d'un organe dont la contribution à l'amélioration du statut concurrentiel des activités qui touchent à la santé est une pierre angulaire du dispositif aujourd'hui en vigueur. Les choses ne devraient d'ailleurs pas longtemps en rester là...³³

Caroline Carreau

.....

33 - Cf. en dernier lieu Commission européenne, Communiqué de presse IP/15/5998 du 5 novembre 2015 : « La Commission lance une consultation sur le renforcement des compétences de mise en œuvre des autorités nationales de concurrence ».

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences-Po Paris, Institut de Droit de la Santé, UMR S 1145

Emprunts des hôpitaux publics : trois réformes

Comme un rapport de la Cour des comptes de 2014¹ l'avait souligné, « longtemps contenu à un niveau relativement modeste, l'endettement des établissements publics de santé (EPS) a triplé en dix ans pour atteindre 29,3 Md€ fin 2012 », sachant que pour la période 2006- 2009, la dette « a crû en moyenne de 16 % par an » et que ce rythme « est revenu à une hausse moyenne annuelle de l'ordre de 10 % dans les années récentes et de 6 % »² en 2015. Mais, selon la DREES, « avec la diminution des capacités d'autofinancement, le ratio d'endettement des hôpitaux publics, qui mesure le nombre d'années d'autofinancement nécessaire au remboursement total de la dette, [devait continuer] de se dégrader en 2014 », ce ratio s'établissant à « 8,1 années en 2014 contre 7,6 années en 2013 et 6,8 années en 2012 »³.

Traditionnellement, les établissements publics de santé empruntaient auprès des banques de sorte que les emprunts obligataires étaient très faibles, comme le montre le tableau ci-dessous :

Détail de la dette à long et moyen termes des eps en 2011 et 2012 (en millions d'euros)

	2011	2012
Emprunts et dettes assimilées	26 758	29 382
emprunts obligataires	1 606	1 695
emprunts auprès des établissements de crédit	24 551	25 930
emprunts assortis de conditions particulières	377	1 503
dettes – partenariats public-privé	30	1 179
autres emprunts et dettes assimilés	205	234

1 - Cour des comptes, La dette des établissements publics de santé, avril 2014, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/budget/mecss/rapport_cdc_eps.pdf.

2 - <http://giselebiemouret.fr/MissionMecss>.

3 - Engin Yilmaz, « La situation économique et financière des hôpitaux publics en 2013 et en 2014 » in DREES, Les dépenses de santé en 2014, Ministères des finances et des affaires sociales, 2015, pp. 205 et s.

Ces dernières années les hôpitaux publics souscrivirent des emprunts dits « structurés » qui se sont avérés être « toxiques », c'est-à-dire que leur coût est devenu prohibitif, la charge des intérêts pouvant s'étendre jusqu'à 40 % du principal⁴. Pour prévenir le risque de récurrence, la loi dite de « modernisation de notre système de santé » de 2016 a limité le droit d'emprunter des hôpitaux publics en prohibant notamment les intérêts en devise autre que l'euro.

Ainsi, l'article 103 de la loi, telle qu'adoptée définitivement le 17 décembre 2015 a inséré au code de la santé publique un article L. 6145-16-1 ainsi rédigé :

« – I. – Les établissements publics de santé et leurs groupements ne peuvent souscrire des emprunts auprès des établissements de crédit que dans les limites et sous les réserves suivantes :

« 1° L'emprunt est libellé en euros ;

« 2° Le taux d'intérêt peut être fixe ou variable ;

« 3° La formule d'indexation des taux variables doit répondre à des critères de simplicité ou de prévisibilité des charges financières des établissements publics de santé et de leurs groupements.

« II. – Un contrat financier adossé à un emprunt auprès d'un établissement de crédit ne peut avoir pour conséquence de déroger au I.

« III. – Un décret fixe les conditions d'application du présent article, notamment :

« 1° Les indices et les écarts d'indices autorisés pour les clauses d'indexation des taux d'intérêt variables mentionnés au 2° du I, ainsi que le taux maximal de variation du taux d'intérêt ;

« 2° Les critères prévus au 3° du I ;

3° Les conditions d'application du II. »

En revanche, les pouvoirs publics ont décidé d'autoriser certains centres hospitaliers régionaux à émettre des billets de trésorerie sur le marché des titres de créances négociables⁵, ce qui permettra à ces établissements d'emprunter sans passer par les banques.

Le rapport précité de la Cour des comptes de 2014 indiquait que « le principal intérêt de l'émission de billets de trésorerie réside dans l'économie que représente dans la période actuelle le recours à ce type d'instruments en lieu et place des financements bancaires » sachant que « selon l'évaluation figurant dans l'annexe au projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, ce dispositif permettrait de diminuer

4 - Cf. Xavier Cabannes, « Des emprunts toxiques contractés par les établissements publics de santé », JDSAM, n°3, 2014, pp. 38-43

5 - Sur ce marché, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage : Rémi Pellet, Droit financier public. Monnaies, Banques centrales, Dettes publiques, PUF, 2014, pp. 637-643

de 200 points de base le coût d'accès des établissements publics de santé aux financements court terme. »

Pris pour l'application du I et du II de l'article 49 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, le décret n° 2015-353 du 27 mars 2015 relatif aux émissions de titres de créances négociables par les centres hospitaliers régionaux a fixé la liste des établissements autorisés à émettre des billets de trésorerie, en application du 13 de l'article L. 213-3 du code monétaire et financier. Le décret désigne les centres hospitaliers régionaux de Bordeaux, Lille et Montpellier, les hospices civils de Lyon et l'Assistance publique-hôpitaux de Paris (AP-HP).

Il s'agit des établissements dont le compte financier du dernier exercice clos répond aux critères suivants :

- le total des produits toutes activités confondues est supérieur à 750 millions d'euros ;
- le compte de résultat principal présente un résultat au moins supérieur à -2 % du total de ses produits. Ce résultat est calculé conformément au deuxième alinéa de l'article D. 6143-39 du code de la santé publique ;
- la capacité d'autofinancement de l'établissement est suffisante pour couvrir le remboursement en capital contractuel des emprunts figurant dans le tableau de financement mentionné à l'article R. 6145-13 du code de la santé publique ;
- l'encours de dette de l'établissement n'est pas constitué d'emprunts structurés « hors charte » au sens du tableau des risques de la charte de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités locales ;
- la trésorerie nette de l'établissement du dernier exercice clos est au moins supérieure à - 2 % de ses produits toutes activités confondues.

Le décret précise que le plafond légal d'émission des titres de créances négociables que chaque établissement peut émettre est fixé à 5 % du total de ses produits.

Enfin, concernant le « fonds de soutien », qui avait été créé par la loi de finances pour 2014⁶, pour aider les collectivités et établissements les plus fortement affectés par les emprunts structurés dont ils restaient porteurs, l'article 31 de la loi de finances pour 2016 a augmenté la taxe spécifique acquittée par les entreprises du secteur bancaire relevant de la compétence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) pour financer ce fonds et a affecté une partie du produit de cette taxe (28 M€ par an) à la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) pour les années 2016 à 2025. La CNAMTS pourra ainsi aider, sous la forme d'une aide à la contractualisation (AC) ou d'une dotation annuelle de financement (DAF), les établissements publics de santé éligibles à faire face au renchérissement des indemnités de remboursement anticipé (IRA), consécutif à la hausse du franc

suisse et évalué à 300 M€ sur la période pour les établissements concernés.

Cette aide sera versée sur décision de la Direction générale de l'offre de soins (DGOS) dans le respect des modalités et de la doctrine d'emploi définies dans une instruction interministérielle du 28 juillet 2015 relative à la révision du dispositif d'accompagnement des établissements publics de santé dans la sécurisation de leurs prêts structurés. L'aide est notamment plafonnée à 75 % du montant de l'IRA et son versement est conditionné par la signature d'une convention avec le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS).

Rémi Pellet

6 - Cf. l'article de X. Cabannes précité.

Stéphane Brissy

Maitre de conférences à l'Université de Nantes, Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales

Pierre Mazière

Maitre de conférences à l'université Paris Descartes, Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur : le retour de la faute

Soc. 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24444

Le 25 novembre 2015, la Chambre sociale de la cour de cassation a livré un arrêt important aux termes duquel elle affirme que l'employeur a satisfait à son obligation d'assurer la sécurité de ses salariés, en démontrant avoir pris toutes mesures nécessaires à la prévention des dommages.

Cette affirmation ne manquera pas d'avoir un effet sur la notion de faute inexcusable de l'employeur, compte tenu des perturbations provoquées, en la matière par l'irruption de l'obligation de sécurité de résultat (I).

Au-delà, c'est peut-être la nature même de l'obligation de sécurité qui s'en trouvera modifiée, pour donner naissance à l'affirmation d'une obligation de sécurité de moyens (II).

I- Le retour de la faute dans la recherche de la faute inexcusable

Le code de la sécurité sociale, c'est bien connu, ne définit pas la notion de faute inexcusable, ni celle de l'employeur (c.s.s.art.L.452-1), ni d'ailleurs celle du salarié (c.s.s.art.L.453-1).

Pour autant, si les mots ont un sens, la notion de faute inexcusable procède nécessairement d'un comportement fautif, et d'une certaine gravité.

C'est bien, aux termes mêmes du code de la sécurité sociale, parce qu'elle est inexcusable, que la faute de l'employeur permet au salarié de solliciter

contre lui l'octroi de réparation au-delà des postes de préjudices couverts par le Livre IV dudit code.

C'est d'ailleurs ce qui était régulièrement jugé, compte tenu du principe de réparation forfaitaire des accidents du travail, la responsabilité de l'employeur n'étant engagée qu'en présence de son comportement gravement fautif (Ch. réun. 23 juin 1966, jurispr. UIMM, n° 66-252, Soc. 13 juillet 1993, jurispr. UIMM, n° 93-564).

La faute « inexcusable » est celle dont la gravité est telle qu'on ne peut l'excuser. La faute simple ou ordinaire de l'employeur n'est pas censée avoir cette nature puisque, si tel était le cas le législateur n'aurait pas pris la peine de la qualifier d'inexcusable.

À contrario, il existe donc des fautes « excusables » de l'employeur qui, alors même qu'elles seraient à l'origine de l'accident du travail ne devraient pas entraîner la mise en œuvre des mécanismes spéciaux d'indemnisation.

Le principe de la réparation forfaitaire des accidents du travail s'applique donc tant aux accidents purement fortuits qu'à ceux résultant de la faute simple de l'employeur.

Tel est le sens que donnait à la faute inexcusable l'arrêt « Veuve VILLA » (Cass. ch. Réunies, D. 1941, 117), qui visait parmi d'autres critères de la faute inexcusable une faute d'une « exceptionnelle gravité ». À la fin du XX^{ème} siècle, il était toujours jugé en ce sens (v. p.ex.Soc.15 octobre 1998, TPS 1998, comm.408).

Il est pourtant connu que, contre le sens des mots, la jurisprudence postérieure a considérablement relâché les critères d'identification de la faute inexcusable, tant en ce qui concerne la gravité de la faute qu'en ce qui concerne son rôle causal dans l'accident.

Ainsi, et pour de compréhensibles motifs d'opportunité indemnitaire, les arrêts relatifs à la réparation des préjudices causés par l'amiante ont abandonné toute référence à l'exceptionnelle gravité de la faute inexcusable, pour finalement punir la négligence de l'employeur, voire son indifférence au sort de ses salariés (Soc., 28 février 2002, RJS 5/02 n° 618, 6^{ème} et 7^{ème} esp., 621, 622, 623, 626 et 629).

De même, il n'est plus nécessaire que la faute de l'employeur ait été la cause déterminante de la réalisation du risque professionnel pour que cette faute soit dite inexcusable (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.445).

Naturellement, la faute inexcusable ainsi allégée a été transposée à la matière des accidents du travail (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 00-18359), puisque ne pouvaient coexister deux définitions d'une même notion.

Au terme de cette évolution, et en certaines matières, la faute inexcusable de l'employeur s'est tout simplement émancipée de la notion de faute.

La découverte en 2002 de l'obligation de sécurité de résultat y est évidemment pour beaucoup, créant un vice du raisonnement selon lequel le manquement à une obligation de résultat caractérisait un comportement inexcusablement fautif.

Alors même que, compte tenu du régime de l'obligation de résultat, ledit comportement pouvait fort bien ne procéder d'aucune faute.

Par exemple, en matière de santé psychique des salariés, la jurisprudence désormais classique relative au harcèlement retient la faute inexcusable de l'employeur du salarié harcelé « *quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements* » (Soc. 03 février 2010, pourvoi n° 08-40144 et n° 08-44019).

L'obligation de sécurité de résultat, pour posséder un champ d'application plus vaste que celui de la faute, a donc entièrement absorbé le champ de la faute inexcusable de l'employeur.

Dans ces conditions, c'est de manière fort opportune que l'arrêt intervenu le 25 novembre 2015 a jugé :

« Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail ».

La problématique posée aux juges dans cet arrêt n'était pas directement celle de la faute inexcusable.

À n'en pas douter cependant, la notion de faute inexcusable s'en trouvera affectée.

En effet, au-delà de la tautologie que constitue l'affirmation selon laquelle « *ne méconnaît pas l'obligation de prendre les mesures nécessaires, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures* », la Haute juridiction a ici affirmé que l'employeur échappe au grief de manquement à l'obligation de sécurité en démontrant avoir fait son possible pour y satisfaire.

Ayant fait cette démonstration, il échappera aussi au grief de faute inexcusable, en l'absence de tout manquement à l'obligation de sécurité.

Les deux notions sont à ce point imbriquées que, si le manquement à l'obligation de sécurité caractérise la faute inexcusable, réciproquement ladite faute inexcusable n'existe pas sans ce manquement.

Il est dès lors possible d'affirmer, à la suite de l'arrêt du 25 novembre 2015 que désormais « *aucune faute inexcusable ne saurait être reprochée à l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail* ».

Cette affirmation de pur bon sens n'est pourtant pas anodine, car elle écarte le grief de faute inexcusable lorsque l'employeur a pris toutes précautions

utiles en matière de sécurité des travailleurs, c'est-à-dire n'a commis aucune faute.

Cette formule rend sa place à la recherche de la faute dans la recherche d'une faute inexcusable, et c'est bien le moins, compte tenu d'ailleurs d'une jurisprudence qui, jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle imposait en outre la recherche d'une faute d'une gravité exceptionnelle.

Or, il n'est malheureusement plus possible d'affirmer que tel a toujours été le cas.

C'est donc de manière doublement opportune que la Haute juridiction, dans son arrêt du 25 novembre 2015 ici rapporté, a statué sur les mesures prises par l'employeur, et jugées insuffisantes par le salarié, pour prévenir la survenance de troubles psychiques post-traumatiques.

En l'espèce il s'agissait d'un membre du personnel navigant de la Cie AIR FRANCE, pris d'une crise de panique en 2006 qu'il imputait au traumatisme subi ensuite des événements du 11 septembre 2001, auxquels il avait semble-t-il assisté sur place à New-York.

Dans la mesure où la haute juridiction a jugé que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de sécurité, toute faute inexcusable est nécessairement exclue lorsque l'un d'eux développerait une maladie psychique postérieure en lien avec ces événements.

Opportunément encore, la Haute juridiction a jugé devoir publier ce raisonnement salubre.

En effet, transposée à la question du harcèlement moral, l'exclusion de la faute inexcusable au profit de l'employeur ayant pris toute mesure utile, ne pourra manquer de provoquer un revirement.

Nul ne voit en effet quel motif interdit à présent l'affirmation, conforme à l'arrêt ici rapporté, lui-même intervenu dans le domaine des lésions psychiques causées aux salariés, de ce que la faute inexcusable est nécessairement exclue lorsque l'employeur démontre avoir pris toutes les mesures visées par les articles L.4121-1 et L.4121-2, afin de faire cesser les agissements constitutif de harcèlement.

La sécurité juridique s'oppose, a-t-on dit, à ce que de la faute inexcusable coexistent plusieurs définitions.

L'on regrettera néanmoins que l'arrêt du 25 novembre 2015 n'ait pas dans le même mouvement rétabli le critère de gravité de la faute inexcusable.

Mais s'agit-il seulement d'une étape sur le parcours de la restitution aux mots de leur sens ?

De même, l'arrêt ici rapporté pourrait bien annoncer l'opportune transformation de l'obligation de sécurité en obligation de moyens.

II- Vers une obligation de sécurité de moyens ?

Le législateur n'a jamais écrit que l'obligation de sécurité de l'employeur est une obligation de résultat.

Comme le rappelle l'arrêt du 25 novembre 2015, le contenu de l'obligation de sécurité résulte des articles L.4121-1 et suivants du code du travail.

Mais pas sa nature.

L'article L.4121-1 du Code du travail dispose :

« L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ;*
- 2° Des actions d'information et de formation ;*
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.*

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes ».

L'article L.4121-2 du Code du travail dispose :

« L'employeur met en œuvre les mesures prévues à l'article L.4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

- 1° Éviter les risques ;*
- 2° Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;*
- 3° Combattre les risques à la source ;*
- 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;*
- 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;*
- 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;*
- 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L.1152-1 et L.1153-1 ;*
- 8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;*
- 9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs ».*

8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;

9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs ».

Même s'ils ne sont pas rédigés au conditionnel, ces dispositifs ne renvoient aucunement à une obligation de résultat.

Les textes suivants (c.trav.art.L.4121-3 et suivants) sont rédigés de la même manière et ne renvoient pas non plus à une quelconque obligation de résultat.

En bien des matières d'ailleurs, le droit du travail ne met à la charge de l'employeur qu'une obligation de moyens, comme par exemple dans les cas de réintégration ou de reclassement de salariés.

En matière de sécurité par contre, l'obligation est de résultat, notamment depuis les arrêts « *amiante* », intervenus avant la codification de ladite obligation (Soc. 28 février 2002, RJS 5/02, n° 618 6^{ième} et 7^{ième} esp.).

Le législateur n'a donc fait que codifier l'obligation prétorienne, avec sa nature.

Depuis, l'obligation de sécurité mise à la charge de l'employeur est de résultat, aux termes d'une jurisprudence invariante (v. p.ex. Soc.28 avril 2011, RJS7/11, n° 596 ; Soc. 29 mai 2013, RJS 8-9/13, n° 596 ; Soc. 12 février 2014, RJS 4/14, n° 329).

Dans ce cadre, il n'était pas surprenant que, rattachant à l'obligation de sécurité la lutte contre le harcèlement en entreprise, la haute juridiction admette la responsabilité de l'employeur « *quand bien même il aurait pris les mesures en vue de faire cesser ces agissements* » (Soc. 23 janvier 2013, RJS 4/13, n° 291).

Cette nature juridique de l'obligation de sécurité était tout à fait acceptable en soi, à condition d'en cantonner les effets au droit du travail, sans l'exporter dans le champ de la faute inexcusable.

En effet, comment expliquer qu'un acte qui peut être non-fautif en droit du travail caractérise toujours une faute, qui plus est inexcusable en droit de la sécurité sociale ?

À la rigueur, on aurait pu résoudre la difficulté en affirmant que le raisonnement est à sens unique, et donc non réciproque.

Ainsi, la faute inexcusable de l'employeur admise ensuite de la survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, et le cas échéant reconnue par un Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale peut aisément, dans un second temps, nourrir une action prud'homale en résiliation judiciaire du contrat.

Dans ce cadre, le manquement à l'obligation de sécurité ne peut être que fautif, puisque provenant d'un comportement ayant caractérisé une faute inexcusable. Toutefois, dans ce sens, c'est-à-dire depuis le champ de la sécurité sociale vers celui des relations de travail, le raisonnement est tenable. La faute en protection sociale reste évidemment compatible avec l'obligation travailliste de résultat.

Résoudre la difficulté suppose par contre d'affirmer que, dans l'autre sens, la réciproque est fautive.

En effet, un manquement non-fautif à l'obligation de résultat reste obstinément insuffisant à caractériser... une faute, surtout inexcusable.

Dès lors, le succès prud'homal du salarié sollicitant la résiliation judiciaire de son contrat de travail pour manquement non-fautif à l'obligation de sécurité de résultat n'entraîne pas considération par le T.A.S.S. qu'une faute inexcusable a été commise.

En somme, si le constat d'une faute inexcusable caractérise un manquement à l'obligation de sécurité, inversement ledit manquement ne caractérise pas ladite faute.

La jurisprudence n'a pas pris cette voie, qui est celle du cloisonnement des matières juridiques, puisqu'elle a au contraire affirmé que le manquement même non-fautif à l'obligation de résultat caractérisait une faute inexcusable, au sens du code de la sécurité sociale.

Cette logique étant toutefois intenable, il est heureux que, par l'arrêt du 25 novembre 2015, la Haute juridiction y ait mis un terme.

La Chambre sociale de la Cour de cassation admet désormais expressément que l'employeur échappe au grief de manquement à l'obligation de sécurité en démontrant avoir fait son possible pour y satisfaire.

Elle énonce en effet que : « *Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail* ».

Manque par contre à son obligation l'employeur qui justifie n'avoir pris que certaines d'entre elles.

Sous cette réserve, la mise en œuvre de toutes les mesures envisagées par ces textes démontre qu'effectivement l'employeur a fait son possible pour prévenir la survenance d'un dommage.

Ce qui caractérise l'exécution d'une obligation de moyens.

Si aux termes de cet arrêt la liste des précautions à prendre peut donc sembler exhaustive, la rédaction des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail laisse amplement la place à une simple obligation de moyens.

Il suffit en effet que tous les moyens envisagés par ces textes aient été mis en œuvre par l'employeur.

Dans ces conditions, si un dommage survient, sa survenance ne saurait engager la responsabilité de l'employeur, qui a correctement déféré à son obligation de sécurité.

En l'espèce, la Cour de cassation a relevé que l'employeur « *avait pris en compte les événements violents auxquels le salarié avait été exposé, avait au retour de New-York le 11 septembre 2001 fait accueillir celui-ci comme tout l'équipage par l'ensemble du personnel médical mobilisé pour assurer une présence jour et nuit et orienter éventuellement les intéressés vers des consultations psychiatriques* ».

L'employeur avait donc, rapatrié ses salariés et mis en place une cellule de crise et une procédure de soutien, de manière préventive, pour désamorcer tout risque de syndrome post-traumatique.

L'employeur avait donc pris les devants en anticipant le risque d'atteinte psychologique séquelle.

Il avait en outre soumis ses salariés aux visites médicales régulières et le demandeur avait été déclaré apte.

L'employeur n'ayant été alerté de l'existence d'aucune difficulté, il avait mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour en prévenir la survenance.

Il y a là l'énoncé d'une obligation de moyens.

En effet, si la mise en œuvre des mesures prescrites par les articles L.4121-1 et L.4121-2 n'a pas permis à l'employeur d'identifier tous les risques, il sera désormais considéré qu'il a néanmoins fait son possible pour s'en donner la capacité, remplissant ainsi son obligation.

De même, identifiant un risque à travers la mise en œuvre de mesures préventives, l'employeur aura satisfait à son obligation, même sans parvenir à le supprimer et peu important en termes de responsabilité que par suite le risque se réalise ou non.

À cet égard, il est observé que l'article L.4121-2 du code du travail impose, par exemple, à l'employeur de « *combattre le risque* », non de l'éradiquer, tant il est vrai que certaines situations ou certains métiers ne le permettent pas.

C'est encore le cas des obligations, figurant au même texte, « *d'adapter le travail à l'homme* », « *d'éviter les risques* », « *remplacer ce qui est dangereux par ce qui est moins dangereux* » ... dont la formulation même exclut qu'elles soient de résultat.

S'il se confirme, l'arrêt du 25 novembre 2015 marque une évolution importante, restaurant la faute au sein du Livre IV du code de la sécurité sociale, et par l'obligation de moyens renforçant sa présence dans les relations de travail.

L'arrêt fait d'ailleurs l'objet d'une publication au bulletin.

L'évolution sera par conséquent complète lorsque la deuxième chambre civile de la Cour de cassation aura énoncé que, désormais, n'a pas commis de faute inexcusable l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail même si le risque professionnel, consisterait-il en une situation de harcèlement, s'est néanmoins réalisé.

Pierre Mazière

Partage de responsabilité entre l'État et l'employeur suite à des maladies professionnelles liées à l'amiante

Note sous CE, 9 nov. 2015, n° 342468

La prévention des risques professionnels est un impératif qui nécessite l'intervention de plusieurs acteurs internes et extérieurs à l'entreprise. La responsabilité du manque d'action en la matière vis-à-vis des victimes ou de la sécurité sociale n'en reste pas moins imputée à l'employeur, voire à l'entrepreneur décidant directement de l'organisation du travail. Dans un arrêt du 9 novembre 2015, le Conseil d'État affirme cependant que la responsabilité d'une maladie professionnelle due à une faute inexcusable de l'employeur peut être partagée avec l'État. Le principe et les conditions du partage de responsabilité retenus dans cet arrêt (1) s'inscrivent de manière cohérente dans la logique du droit de la santé au travail, non seulement au regard de la notion de faute inexcusable dégagée par la jurisprudence civile (2) mais plus encore du rôle attendu de l'État dans la protection de la santé des travailleurs (3).

1- Le principe et les conditions du partage de responsabilité

Cette affaire a pour origine la maladie professionnelle subie par plusieurs salariés d'une entreprise de construction navale suite à leur exposition à des poussières d'amiante. Les victimes ont obtenu le bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante et l'employeur a été condamné à rembourser à l'assurance maladie les sommes versées par elle aux victimes. Estimant que l'État avait lui aussi failli dans sa mission de prévention des risques professionnels, la société employeur a attaqué celui-ci pour obtenir qu'il partage avec elle le montant des condamnations financières.

Dans l'arrêt précité du 9 novembre dernier, le Conseil d'État a accueilli cette demande. Pour motiver sa décision le Conseil combine les règles de responsabilité administrative et le régime des accidents du travail et maladies professionnelles. Il rappelle tout d'abord que la responsabilité de l'administration peut être engagée à raison de la faute qu'elle a commise si cette faute cause un préjudice direct et certain. A ce principe de la responsabilité de l'État pour une faute simple, s'ajoute la faculté pour l'employeur auteur d'une faute inexcusable ayant causé un accident du travail ou une maladie professionnelle d'engager la responsabilité d'un tiers étant pour partie à l'origine de l'accident ou de la maladie. La Cour de cassation décide en effet qu' » en cas de partage de responsabi-

té d'un accident du travail avec un tiers, l'employeur, auteur d'une faute inexcusable, ou son assureur, est en droit d'obtenir le remboursement par ce tiers de la fraction, correspondant à sa part de responsabilité, de la cotisation complémentaire d'accident du travail qui lui a été réclamée à la suite de l'accident, en application de l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale »¹.

Le Conseil d'État en déduit le principe selon lequel lorsque la faute de l'administration « et celle d'un tiers ont concouru à la réalisation d'un même dommage, le tiers co-auteur qui a indemnisé la victime peut se retourner contre l'administration, en vue de lui faire supporter pour partie la charge de la réparation, en invoquant la faute de celle-ci, y compris lorsqu'il a commis une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale ». Ce même tiers, l'employeur en l'occurrence, « peut, de même, rechercher la responsabilité de l'administration, à raison de cette faute, pour être indemnisé de ses préjudices propres ».

Le Conseil d'État ne remet pas en cause la faute inexcusable de la société employeur des victimes qui n'avait pas pris de mesures de sécurité suffisantes mais l'existence de cette faute ne suffisait pas à écarter la responsabilité de l'État qui lui n'a pas édicté de réglementation suffisamment protectrice des travailleurs de l'amiante. Pour exclure la responsabilité de l'État il aurait fallu que la faute de l'employeur soit la cause exclusive des maladies professionnelles, et donc écarte tout lien de causalité directe entre la faute de l'État et les maladies ainsi qu'avec préjudice subi par l'employeur du fait de ces maladies (arrêt précité, cons. n° 3). L'État peut également être exonéré de toute responsabilité lorsque le risque professionnel survenu est dû à une faute délibérément commise par l'employeur et d'une gravité telle que l'employeur ne peut se prévaloir de la carence de l'administration (ibid.). Tel n'était pas le cas en l'espèce.

Une fois posées les conditions du partage de responsabilité, il revenait au Conseil d'État de rappeler les contours de la responsabilité de l'État et de caractériser sa faute, c'est à dire ici ses carences dans l'encadrement réglementaire du travail au contact de l'amiante.

Dans la lignée des arrêts rendus le 3 mars 2004², le Conseil affirme qu' » il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques et des informations disponibles, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers » (cons. n° 6).

.....

1 - Cass. 1^{ère} civ. 11 janv. 2000, n° 97-16605, Bull. civ. 2000, I, n° 7.

2 - CE 3 mars 2004, n° 241150 à 241153, AJDA 2004, p. 974.

Pour appliquer ce principe, le Conseil d'État fait référence à des études précises ayant montré que la nocivité de l'amiante et la gravité des maladies dues à son exposition étaient connues bien avant les premières mesures réglementaires significatives intervenues en 1977. Si certaines dispositions existaient déjà avant cette date, elles étaient nettement insuffisantes, nous dit le Conseil, au regard des dangers présentés par l'exposition à l'amiante. Pour toute la période antérieure à 1977 pendant laquelle ses salariés ont été exposés à l'amiante, l'employeur pouvait ainsi invoquer une faute de l'État « *en raison de l'absence de mesures propres à éviter ou du moins à limiter les dangers liés à une exposition à l'amiante* » (cons. n° 10). Les fautes respectives de l'employeur et de l'État ont amené le Conseil d'État à imputer à l'État la prise en charge du tiers des sommes payées par l'employeur.

Le Conseil n'a en revanche pas reconnu la responsabilité de l'État après l'adoption du décret du 17 août 1977³ relatif aux mesures d'hygiène applicables dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières d'amiante. Bien que la réglementation ainsi adoptée soit insuffisante à éliminer les risques, l'employeur n'avait pu caractériser un lien de causalité direct entre une carence fautive de l'État et les maladies subies par ses salariés. A ce stade les négligences de l'employeur, notamment le caractère inadapté des systèmes de ventilation, ont occulté l'insuffisance de la réglementation. L'obligation pour l'État d'agir par voie réglementaire n'est pas nécessairement source de responsabilité. La preuve d'un lien de causalité direct entre la faute et le dommage invoqués reste nécessaire.

Aussi bien dans le principe énoncé que par l'application qui en est faite, on retrouve la configuration du régime des risques professionnels, et plus exactement celui des risques causés par une faute inexcusable de l'employeur.

2- La concordance avec la notion de faute inexcusable

Le partage de responsabilité entre l'État et l'employeur auteur d'une faute inexcusable est tout à fait conciliable avec le régime de prise en charge des risques professionnels. Ce partage tient compte en effet de la définition de la faute inexcusable de l'employeur retenue depuis 2002, laquelle n'est plus une faute d'une particulière gravité et est caractérisée par la conscience du danger qu'avait ou qu'aurait dû avoir l'employeur et par l'absence de mesures de sécurité suffisantes prises par l'employeur pour protéger le salarié de ce danger.

Le constat ou l'obligation pour l'employeur d'avoir conscience du danger repose sur l'activité de l'entreprise et sur l'état des connaissances scientifiques au moment où les salariés ont été exposés au risque. La nocivité de l'amiante étant connue depuis les années 1950-1960, voire même avant, une entreprise utilisant massivement de l'amiante, même sans

en produire, ne pouvait ignorer que ses salariés encourageaient des risques. Tout comme l'État, l'employeur utilisant des produits dangereux doit ainsi se tenir informé de l'évolution des connaissances scientifiques et prendre les mesures permettant de protéger les salariés. L'arrêt du 9 novembre le rappelle et indique par la même occasion que l'inaction de l'État ne peut occulter totalement la responsabilité de l'employeur. Tout comme l'État, ce dernier doit se tenir informé et agir en conséquence. L'employeur ne peut attendre que l'État lui impose des obligations pour avoir connaissance d'un danger lié à une activité dont de nombreuses études montrent qu'elle présente des dangers importants.

De même le caractère suffisant ou non des mesures de sécurité prises pour protéger les salariés de ce danger ne dépend pas du seul respect des obligations légales et réglementaires. Si le non-respect des mesures de sécurité imposées par les textes peut certes établir l'insuffisance des mesures de sécurité, cela ne signifie pas qu'à contrario le respect de ces textes exonère l'employeur de toute responsabilité, spécialement lorsque les textes n'existent pas ou sont très lacunaires. L'importance des mesures de sécurité est appréciée *in concreto* en fonction de la connaissance réelle ou supposée du danger, du respect des obligations légales et réglementaires et de la réalité des conditions de travail.

En résumé la responsabilité de l'État pour faute simple et de l'employeur pour faute inexcusable suivent la même logique : une obligation de s'informer sur les risques et d'agir en conséquence pour protéger les salariés contre des risques qu'une information sérieuse permet de connaître.

L'appréciation du lien de causalité entre la faute et le ou les dommages suit elle aussi une logique similaire. Pour qu'une maladie professionnelle puisse être déclarée imputable à la faute inexcusable de l'employeur, il faut établir un lien de causalité direct entre cette faute et la maladie mais il n'est pas nécessaire de montrer que la faute est la seule cause de la maladie. En d'autres termes, si la faute est l'une des causes possibles, mais pas nécessairement unique, de la maladie, elle est source de responsabilité pour l'employeur.

Dans ce cadre, reconnaître que l'État peut lui aussi être en partie responsable de ces maladies professionnelles est tout à fait cohérent. Le Conseil d'État exige en effet la preuve d'un lien de causalité direct entre la faute de l'État et les préjudices invoqués sans toutefois qu'il soit nécessaire de montrer que la carence de l'État est la cause exclusive de ces préjudices. La responsabilité de l'État n'aurait pu être exclue que si la faute inexcusable de l'employeur avait empêché la reconnaissance d'un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et les dommages ou si la faute de l'employeur avait été délibérée et particulièrement grave (cons. n° 3).

Ces causes d'exonération montrent bien la compatibilité entre la responsabilité de l'État et la faute inexcusable de l'employeur, qui n'est ni une faute délibérée particulièrement grave ni une faute consti-

3 - D. n° 77-949 : JORF du 20 août 1977, p. 4304.

tuant nécessairement la cause exclusive de la maladie ou de l'accident.

Ce faisant, le Conseil d'État rappelle le rôle que doit endosser l'État dans la protection de la santé des travailleurs.

3- La protection de la santé des travailleurs par l'État

À l'exception de quelques dispositions législatives ciblées, l'État a longtemps laissé aux initiatives privées le soin d'intervenir dans la sécurité au travail⁴. Des évolutions progressives ont néanmoins fait de l'État un acteur majeur et même un catalyseur de la politique de santé au travail⁵, comme en témoigne l'adoption d'un plan pluriannuel de santé au travail (dont le dernier en date, le troisième, court de 2016 à 2020).

Sans exclure les responsabilités des divers acteurs de la santé au travail, et notamment celle de l'employeur, l'action de l'État doit assurer les fondements législatifs de la politique de santé au travail et sa mise en œuvre par l'adoption de mesures réglementaires reposant sur le dernier état des connaissances scientifiques. Cette même réglementation doit par ailleurs être de nature à prévenir les risques professionnels et notamment les risques liés à l'exposition à l'amiante. L'arrêt du 9 novembre dernier est on ne peut plus clair sur ce point et tout à fait légitime à mon sens.

L'intervention de l'État doit en effet permettre une cohérence nécessaire à l'efficacité d'une politique de santé au travail qui ne peut reposer sur de simples initiatives et obligations individuelles. La santé au travail est un enjeu de santé publique et relève en tant que telle de la responsabilité de l'État. Il serait à ce sujet particulièrement incohérent de dégager l'État de toute responsabilité alors que celui-ci tend depuis plusieurs années à reprendre en mains l'organisation générale du système de santé.

Sur ce point la position de l'Association nationale de défense des victimes de l'amiante (Andeva) critiquant le partage de responsabilité employeur-État⁶ et considérant que la responsabilité de l'État se situe davantage au niveau pénal⁷ me semble critiquable. La mise en œuvre d'une responsabilité pénale répond à des conditions très strictes, tenant à la fois à la faute caractérisée qui doit avoir été commise, et à une conscience du danger appréciée strictement⁸. On ne peut certes pas souhaiter que le partage de responsabilité entre l'État et l'employeur auteur

d'une faute inexcusable réduise l'incitation des employeurs à investir dans la santé au travail. Mais le Conseil d'État enferme ce partage dans des conditions strictes et même si l'amiante n'est pas le seul produit dangereux source de maladies professionnelles à être concerné par la solution rendue le 9 novembre, rappelons que la responsabilité de l'employeur persiste, et qu'elle peut être engagée même s'il respecte une réglementation lacunaire. La position du Conseil d'État me semble ainsi justifiée parce qu'elle incite l'État à agir en matière de santé au travail sans pour autant réduire les obligations de l'employeur.

Limiter la responsabilité de l'État au domaine pénal reviendrait à conditionner celle-ci à la violation d'obligations particulières de sécurité ou à des infractions spécifiques dont les conditions sont appréciées strictement en application du principe de légalité des délits et des peines. La faire reposer sur une obligation générale de protection de la santé des travailleurs permet en revanche d'adopter une vision plus large du rôle de l'État en la matière qui présente l'intérêt d'être applicable à tout risque professionnel. La question se pose notamment de savoir si l'État pourra être rendu responsable, sur le fondement d'une telle obligation, des risques psychosociaux dont l'encadrement législatif et réglementaire reste très lacunaire.

C'est, au-delà, l'utilité de la législation du travail que l'arrêt du 9 novembre permet de rappeler, et sur ce point une stratégie patronale consistant à invoquer un partage de responsabilité avec l'État en raison de son inaction tout en réclamant un assouplissement du droit du travail n'est pas sans paradoxes. En faisant usage de son pouvoir normatif, l'État peut non seulement favoriser la prévention des risques professionnels et l'amélioration des conditions de travail mais aussi procurer aux employeurs des moyens d'action et une sécurité juridique plus grande.

Stéphane Brissy

4 - J. P. Le Crom, La prévention des risques professionnels : quelques repères historiques, in La prévention des risques au travail, Sem. Soc. Lamy 2014, suppl. n° 1655, p. 13.

5 - S. Brimo, L'État et la protection de la santé des travailleurs, LGDJ, 2013.

6 - V. not. l'éditorial du dernier Bulletin de l'Andeva, n° 50, 10 janvier 2016.

7 - Sem. Soc. Lamy 2015, n° 1675.

8 - Au niveau de l'instruction, v. not. Cass. crim. 14 avr. 2015, n° 14-85333 à 335, Jur. soc. Lamy 2015, n° 388.

Thomas Baudesson

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Charles-Henri Boeringer

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Ana Zelcevic-Duhamel

Maitre de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Gaëlle Merlier

Avocat à la Cour, Clifford Chance

De la proportionnalité en droit pénal

À propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 3 juin 2015, n° 14-86.507, publié au bulletin

L'arrêt rendu le 3 juin 2015 par la chambre criminelle ne relève pas de droit pénal de la santé au sens strict du terme. L'intérêt de cet arrêt, cependant, justifie que l'on se penche sur cette décision, qui traduit l'évolution des lignes directrices du droit français, en général et du droit pénal, plus particulièrement. En faisant référence au principe de proportionnalité, la Haute juridiction exerce un contrôle qui se rapproche de celui qu'exerce la Cour européenne des droits de l'Homme.

En l'espèce, un individu de nationalité serbe a été condamné en 2002 à cinq ans d'emprisonnement, 50 000 euros d'amende et à l'interdiction définitive du territoire pour des infractions à la législation sur les stupéfiants. Réfugié politique, il ne pouvait être reconduit à la frontière à l'issue de l'exécution de la peine privative de liberté. Il faisait pour cette raison l'objet d'une assignation à domicile. En 2013, il forma, se fondant sur les articles 702-1 et 703 du code de procédure pénale, une requête en relèvement de la peine d'interdiction du territoire, précisant qu'il était marié à une femme de nationalité française avec laquelle il avait quatre enfants, tous de nationalité française. Le requérant indiqua à l'appui de sa demande qu'il exerçait un emploi en France. Par arrêt du 11 septembre 2014, la cour d'appel de Lyon rejeta sa demande, considérant que la mesure prononcée, en raison de la gravité des faits commis, ne portait pas d'atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Cette décision est cassée par arrêt du 3 juin 2015 de la chambre criminelle.

Deux observations, nous semble-t-il, s'imposent à propos de cet arrêt. D'une part, l'idée de la propor-

tionnalité se précise en tant qu'instrument de contrôle de la Haute juridiction (I). D'autre part, l'application des règles de droit pénal est appréciée à la lumière du droit au respect à la vie privée et familiale (II).

I. Le principe de proportionnalité en tant qu'instrument de contrôle de l'application des règles de droit pénal

Si l'idée de la proportionnalité en droit n'est pas vraiment nouvelle (rappelons-nous qu'en 1998 fut organisé à la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes un colloque sur le thème « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? »), force est de constater qu'elle est de plus en plus présente en droit français en raison, essentiellement, d'un rôle croissant du droit européen et de son influence sur les systèmes nationaux.

La Cour de cassation a décidé, à plusieurs reprises, qu'il convenait de rechercher un juste équilibre entre, d'une part, le respect de la vie privée et familiale, prévu à l'article 8 de la CEDH, et d'autre part, les impératifs de la défense de l'ordre public, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique¹. Le contrôle de proportionnalité, qui traduit cette recherche d'équilibre, fait désormais partie du contrôle qu'exerce la Cour de cassation. L'élargissement du champ du contrôle de la Haute juridiction concerne, en l'espèce, les conséquences d'une condamnation pénale et leur articulation avec le droit au respect à la vie privée et familiale, prévu à l'article 8 de la CEDH.

Le contrôle exercé par la Haute juridiction étant élargi, il comprend nécessairement aussi des considérations de fait en rapport avec la notion de vie privée et familiale. Il diffère ainsi du contrôle habituellement effectué, qui a pour objet les questions de droit². Le contrôle de la Cour de cassation, en conséquence, se rapproche de celui de la Cour européenne, qui apprécie régulièrement l'existence d'un juste équilibre entre le respect des droits garantis par la CEDH et la prévention des infractions pénales. La proportionnalité s'inscrit ainsi, par l'intermédiaire du droit européen, dans le contrôle effectué par la Cour de cassation³.

1 - Crim. 25 mai 2005, *Bull. crim.*, n° 158 ; 12 mars 2008, n° 07-82.970 ; 30 mars 2011, n° 09-86.641, *AJ pénal* 2001.262 ; D. 2011.1221, obs. M. Bombléd.

2 - J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, 2011, n° 83.21

3 - V. à ce sujet, C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation)*. Le point de vue d'un avocat aux Conseils, D. 2015.1743 ; G. Chetard, *Cassation pour « méconnaissance du principe de*

Il nous semble, cependant, que la portée d'arrêt du 3 juin 2015 doit être observée avec un certain recul. Si la prise en compte de la proportionnalité par la chambre criminelle traduit une similitude avec le contrôle effectué par la Cour de Strasbourg, il ne s'agit pas, selon nous, d'un mécanisme qui devrait permettre à la Cour de cassation de s'immiscer systématiquement dans les décisions des juges du fond et, encore moins, qui l'obligerait à examiner les sanctions prononcées par ces derniers afin d'apprécier leur répercussion sur la vie privée des personnes condamnées. Le présent arrêt, malgré son intérêt indéniable⁴, selon nous, une portée plus limitée.

En l'espèce, il s'agissait d'une personne condamnée à une peine principale et une peine complémentaire, en l'occurrence, l'interdiction définitive du territoire français. La chambre criminelle ne critique pas le bien-fondé des sanctions prononcées par la cour d'appel. La cassation est encourue en raison, d'une part, des motifs contradictoires de la décision des juges du fond et, d'autre part, en raison de la méconnaissance du principe de proportionnalité. En d'autres termes, l'interdiction du territoire français et le renouvellement systématique de l'assignation à domicile constituent des mesures contradictoires. Cette situation, pour le moins paradoxale, à terme, ne traduit pas le nécessaire équilibre entre le besoin de prévention des infractions pénales et le respect de la vie privée et familiale.

On peut également observer qu'en l'espèce la Cour de cassation ne censure pas les juges du fond de *ne pas avoir recherché* si les sanctions prononcées portaient atteinte de manière excessive au droit au respect à la vie privée et familiale. Le contrôle de la chambre criminelle va plus loin, il concerne les conséquences des sanctions effectivement prononcées, en l'occurrence, de la peine complémentaire. Enfin, cet élargissement du contrôle de la Cour de cassation peut aussi être expliqué par le fait, qu'en effectuant un contrôle de proportionnalité, les Hauts magistrats évitent à la France une éventuelle condamnation par la Cour de Strasbourg. Pour autant, selon nous, cela ne permet pas de dire qu'il existe désormais une ingérence de la Cour de cassation généralisée, applicable à toutes les sanctions décidées par les juges du fond, qui porte le nom du principe de proportionnalité.

Si, toutefois, il existe des incertitudes relatives à la portée de l'arrêt du 3 juin 2015, la solution retenue confirme cependant un rôle croissant du droit au respect de la vie privée et familiale qui, outre un rôle spécifique, propre à la sphère privée de l'individu, devient aussi un instrument de contrôle de l'application des règles de droit.

proportionnalité », Crim., 3 juin 2015, n° 14-86.507, *AJ Pénal* 2015, 487.

II. Le droit au respect de la vie privée en tant qu'instrument de contrôle de l'application des règles de droit pénal

On peut observer d'abord que le droit au respect de la vie privée et familiale, prévu à l'article 8 de la CEDH, est une notion évolutive dont l'appréciation est étroitement liée à l'évolution des mœurs⁴. Comme il a été souligné dans l'arrêt *Pretty c/ Royaume Uni* du 29 avril 2002, n° 2346/02, § 61, la notion de vie privée « ...est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive ». Ce droit comprend notamment le droit de nouer des relations avec ses semblables, que l'on a pu désigner comme la protection de la « vie privée sociale »⁵, ainsi que le droit à une vie familiale normale⁶.

La diversification de la notion de vie privée et familiale traduit l'importance croissante du droit au respect de la vie privée et familiale. Ce droit, en conséquence, est parfois appliqué conjointement avec d'autres droits ou libertés protégés par la Convention. C'est le cas, par exemple, de la liberté de mariage⁷. De même, le droit au logement et la protection du domicile sont appréciés par rapport au droit au respect de la vie privée et familiale⁸.

De même, le droit au respect de la vie privée et familiale fait partie du dispositif applicable en matière de fin de vie, comme on a pu le voir récemment dans l'affaire *Lambert*⁹. D'une manière plus générale, on peut s'interroger sur la question de savoir s'il existe un droit permettant à l'individu de contrôler les conditions de son décès. Si, dans un premier temps, la Cour de Strasbourg précise qu'il n'existe pas un droit à la mort¹⁰, on peut observer, dans un second temps, que le droit au respect à la vie privée est en cause chaque fois qu'il est fait obstacle à la volonté de l'individu de mettre fin à ses jours¹¹. En d'autres termes, s'il n'y a pas de droit à la mort, les conditions du décès font partie du droit au respect de la vie privée et familiale.

4 - V. arrêt *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 ; *Airey c/ Irlande*, 9 oct. 1979, n° 6289/73 ; *Mazurek c/ France*, 1^{er} février 2000, n° 34406/97.

5 - F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd. PUF, 2011, p. 520.

6 - V. CEDH, 26 oct. 2006, n° 23848/04, *Wallowa et Walle c./ Rép. Tchèque*.

7 - Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014., chron. 153, chron. Fulchiron, cassation, sur le fondement du droit au respect à la vie privée et familiale, de l'arrêt ayant prononcé, en vertu de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage entre un beau-père et sa belle-fille.

8 - CEDH, 6 déc. 2011, n° 7097/10, *Gladysheva c./Russie* ; bien entendu, le droit au respect à la vie privée n'est pas en soi un obstacle interdisant l'expulsion des occupants sans droit ni titre ; la question qui se pose est celle de l'articulation des différents droits, protégés par la Convention.

9 - CEDH, G.C., 5 juin 2015, n° 46043/14.

10 - V. l'affaire *Pretty*, préc.

11 - S. Hennette-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2^e éd. 2015, n° 755.

La Cour affirme ainsi que « le droit d'un individu de quelle manière et à quel moment la vie doit prendre fin...est un aspect de l'article 8 ». Elle a cependant jugé en l'espèce, que le droit suisse, qui autorise le suicide assisté, mais ne permet pas la délivrance en pharmacie, sans ordonnance, de doses létales de substances réglementées, était conforme à la Convention¹². La Cour a, en revanche, condamné l'Allemagne, sur le fondement du volet procédural de l'article 8, au motif que les juridictions internes n'avaient pas examiné au fond la requête du mari d'une femme, décédée depuis, laquelle avait finalement choisi de mettre fin à ses jours en Suisse par l'intermédiaire d'une association militant pour le droit à l'autodétermination¹³.

L'élargissement du champ d'application de l'article 8 de la CEDH est, en conséquence, le résultat d'une évolution qui s'inscrit dans une durée. Le droit au respect de la vie privée et familiale occupe une place de plus en plus importante en matière de droits des malades, comme en témoigne la jurisprudence européenne. Si sa mise en œuvre suppose, quel que soit son domaine d'application, un contrôle de proportionnalité, la portée de l'arrêt du 3 juin 2015, cependant, ne doit pas être surestimée. Ainsi, s'agissant des sanctions pénales prononcées, force est de constater qu'elles portent nécessairement atteinte à la vie privée des personnes condamnées. Il est pourtant difficilement envisageable, nous semble-t-il, de procéder, au nom du principe de proportionnalité, à un examen systématique de toutes les sanctions décidées par les juges du fond. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation permet, selon nous, de corriger seulement les conséquences excessives des sanctions pénales, en particulier, des peines complémentaires.

Ana Zelcevic-Duhamel

12 - CEDH, 20 janv. 2011, n° 31322 : 07, *Hasse c./ Suisse*.

13 - CEDH, 19 juill. 2012, n° 497/09, *Koch c./Allemagne*.

Denis Piveteau

Conseiller d'État, Président de la 4^{ème} sous-section du Contentieux, Professeur associé à l'université Paris-Ouest Nanterre La Défense

La protection universelle maladie (PUMA)

Alors que l'action du gouvernement en matière de santé et d'accès aux soins semblait s'être exclusivement polarisée sur les dispositions de la loi de modernisation du système de santé¹, l'article 59 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016² a été le vecteur inattendu d'une profonde refonte de la prise en charge des frais de santé³.

Inattendu et presque subreptice, car ce sont des dispositions qui, dans leur présentation, hésitent entre l'affirmation radicale de créer une « protection universelle maladie » (PUMA)⁴ et la présentation plus modeste d'un simple dispositif « d'amélioration de l'accès aux droits », ainsi que s'intitule le chapitre dans lequel se trouve ce fameux article 59.

En réalité, sous les extérieurs apparemment techniques⁵ d'un changement de mode de gestion (I), c'est bien une réforme conceptuelle qui a été votée par le Parlement, au point qu'on peut se demander si elle n'appelle pas nécessairement des évolutions qui la parachèveraient (II).

1 - Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

2 - Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015. La réforme est en réalité portée à la fois par son article 59, en termes de dispositions organisationnelles, et par son article 32, en termes d'architecture financière.

3 - Pour une présentation très complète de ce dispositif, et du processus dans lequel il s'inscrit, voir l'article de référence de Didier Tabuteau dans la Revue de droit sanitaire et social (RDSS) n° 6/2015, novembre-décembre 2015.

4 - Notamment dans la présentation qui en est faite à l'Annexe 10 du PLFSS (à ce qui était, à la date du dépôt du projet de loi, l'article 39)

5 - Et à la lecture particulièrement hermétique en raison des multiples renumérotations, insertions et renvois auxquels procède l'article 59 de la loi de financement.

I. En première approche, une simple transformation des règles de gestion dont les motivations sont principalement techniques

Depuis la création de la « couverture maladie universelle » (CMU⁶) par la loi du 27 juillet 1999⁷, toute personne résidant de manière régulière et suffisamment stable⁸ sur le territoire français est assurée d'une couverture de ses dépenses de santé, dans les conditions du régime général de l'assurance maladie. La prise en charge universelle des « prestations en nature » de l'assurance maladie est donc, en principe, une réalité juridique depuis plus de quinze ans.

Mais c'est réalité juridique est à la fois très imparfaite dans sa réalisation concrète et – les deux choses étant liées – très consommatrice de temps et de démarches administratives.

L'explication tient à la façon dont a, à l'époque, été positionné l'accès universel ouvert par la CMU par rapport au mode normal d'accès à la prise en charge des frais de santé. Bien qu'intitulée « universelle », la CMU apparaît au titre huitième du troisième livre du code de la sécurité sociale, sous un intitulé (« dispositions relatives à diverses catégories de personnes rattachées au régime général ») qui montre qu'elle n'est en réalité qu'une sorte de voiture-balai. La voie prioritaire d'accès à la couverture des frais de santé reste l'affiliation à un régime professionnel, en qualité de travailleur ou « d'ayant droit » d'un travailleur.

La conséquence de cette subsidiarité se fait particulièrement sentir pour les personnes qui alternent divers statuts (salariat, profession indépendante) ou qui alternent des périodes d'activité qui les rattachent à un régime professionnel et des périodes d'inactivité qui, lorsqu'elles excèdent les durées de maintien de droit, les obligent à faire valoir leurs droits à la CMU. Non seulement ces démarches peuvent se payer de retards administratifs importants et, par conséquent, de périodes de rupture de droits, mais elles mobilisent des moyens non négligeables.

6 - CMU dite « de base », à ne pas confondre avec la « CMU complémentaire » qui met en place une exonération de ticket modérateur ainsi que, sur certains points, une tarification spécifique, pour les personnes à bas revenus.

7 - Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

8 - Il faut résider en principe depuis plus de trois mois (art. R. 380-1), plusieurs exceptions étant toutefois prévues, notamment pour les étudiants.

geables dans les services de gestion des différents régimes⁹.

Bref, beaucoup d'énergie est aujourd'hui assez inutilement consacrée, sans que le résultat soit même satisfaisant, à répondre prioritairement à la question de savoir à quel titre sont ouverts les droits aux prestations en nature de l'assurance maladie, alors que cette question, certes importante pour la gestion des remboursements, n'a en revanche aucune raison de rester prioritaire puisque depuis 1999 tout résident stable et régulier est assuré, à un titre ou à un autre, qu'il bénéficiera bien de cette couverture.

Pour le dire de manière imagée, le système de la CMU est un peu comme un moyen de transport dans lequel une armée de contrôleurs seraient en charge de vérifier d'abord que chaque passager a bien le titre de transport correspondant à la rame dans laquelle il circule, avant de délivrer de toutes façons une contremarque de libre circulation à ceux qui ne peuvent pas en présenter.

La nouvelle PUMA se présente ainsi comme une réponse visant à faire disparaître la partie la moins utile du travail de tous ces contrôleurs.

Elle ne change strictement rien aux contenus substantiel des droits aux prestations en nature de l'assurance maladie (à la différence de la réforme de 1999, la réforme de 2015 ne se traduit par aucune extension du champ de la couverture maladie). Mais elle vient modifier les conditions techniques de leur gestion.

Conservant les droits tels qu'ils sont, elle renverse la logique de subsidiarité qui présidait à la CMU. Etant acquis que tout résident stable et régulier qui n'a pas de droit ouvert dans un régime professionnel peut d'ores-et-déjà, par la CMU, bénéficier de la couverture des prestations en nature de l'assurance maladie, la PUMA fait de la résidence stable et régulière une condition alternative – et non plus supplétive – de l'accès au remboursement des frais de santé. La PUMA met en quelque sorte sur un pied d'équivalence les deux modalités possibles d'un droit à la couverture des frais de santé : travailler ou résider de manière stable sur le territoire.

L'adulte qui travaille continue ainsi de tenir ses droits de son affiliation au régime qui découle de la nature de son travail : régime général ou régime spécial pour le travailleur salarié, régimes autonomes des exploitants agricoles ou des indépendants pour le travailleur non salarié.

Mais l'adulte qui ne travaille pas tire désormais ses droits de sa seule qualité de résident régulier et stable sur le territoire.

Restent les enfants mineurs, qui continuent de tenir leurs droits du parent auquel ils sont rattachés, et certains cas particuliers tels les membres de famille non-résidents sur le territoire, pour lesquels

continue de jouer une logique de rattachement à un « ouvrant droit ».

De ce principe simple découlent plusieurs conséquences importantes, dont on comprend vite qu'elles sont loin de n'être que techniques :

La première est, on l'a compris, que la notion « d'ayant droit majeur » doit disparaître, puisque le non-travailleur majeur ne tient plus ses droits de son rattachement à un majeur qui travaille, mais directement de sa résidence sur le territoire¹⁰.

C'est cette disparition qui signe le plus clair tournant pris par la PUMA : là où la CMU venait régler des situations de « ni-ni » (ni affiliation professionnelle par le travail, ni rattachement à un ouvrant droit qui travaille), la PUMA se présente comme installant un « ou bien – ou bien » : ou bien affiliation par le travail, ou bien succédané d'affiliation par la résidence.

On a bien dit : « succédané d'affiliation », car, deuxième conséquence, la PUMA organise ce qu'on pourrait appeler un découplage entre l'accès au droit et l'affiliation à un organisme gestionnaire des prestations. Ou pour le dire autrement, l'affiliation à un régime professionnel ne conserve son automaticité que pour les adultes ayant une activité professionnelle. Pour ceux dont le droit découle de la simple résidence, il n'y a plus d'affiliation au sens fort, mais seulement un lien de gestion à créer avec un organisme chargé du paiement.

Quel sera cet organisme ? La loi ne le dit pas, ou plutôt elle renvoie à un décret le soin de le préciser. Car si les organismes du régime général ont vocation, sans doute, à couvrir la plupart des situations « d'accès à la couverture des frais de santé par la résidence stable », il pourra être plus commode, dans certaines situations, par exemple de transition entre deux affiliations professionnelles, ou de gestion déjà assurée par un régime donné pour d'autres membres de la même famille, d'attribuer à tel ou tel autre régime le soin de verser les prestations. C'est précisément en cela qu'on peut parler de « découplage », même s'il n'est que partiel puisque ne valant pas (pas encore ?) pour les adultes qui travaillent.

Troisième conséquence enfin, le contrôle de la résidence régulière et stable sur le territoire va devenir progressivement, et bien davantage qu'aujourd'hui, un pan important du contrôle administratif des caisses.

C'est par toutes ces transformations induites que la réforme dévoile son importance.

Car même si son mobile se présente, dans les documents d'accompagnement de la loi, comme visant principalement à l'efficacité gestionnaire et à la sécurisation de l'accès aux droits, il est assez flagrant

.....

10 - Cette disparition des ayants droits majeurs, qui concerne aujourd'hui plus de trois millions de personnes pour le seul régime général (essentiellement des conjointes de salariés n'ayant pas d'activité professionnelle) se fera progressivement, au fur et à mesure de leurs éventuels changements de situation (veuvage, divorce, reprise d'activité professionnelle ...) et, au plus tard, avant la fin de l'année 2019.

9 - Dans le rapport de présentation du nouveau dispositif, le gouvernement indique par exemple que la gestion des droits de base à l'assurance maladie emploie plus de 5000 ETP au sein de la branche maladie du régime général.

que cette réforme va plus loin et qu'elle bouscule, pour les prestations en nature de l'assurance maladie, les deux concepts bismarckiens fondamentaux des assurances sociales du système de 1945 : l'accès aux droits par l'intermédiaire d'un groupe familial, via l'assujettissement du chef de famille au régime professionnel qui découle de son travail.

Il se dégage l'impression qu'une fois de plus, la pression (de bon sens) de la logique gestionnaire a pris le pas sur la réflexion de principe et l'a bousculée en l'obligeant à progresser.

Toujours est-il que cette transformation conceptuelle est, comme on va le voir, pleinement assumée par le nouveau texte.

II. Un changement profond, dont on peut penser qu'il appelle, à moyen terme, des évolutions plus radicales qui devront le parachever.

La loi tire en effet toutes les conséquences de principe de cette modification techniques des conditions d'ouverture des droits.

En premier lieu, l'article L.111-1 du code de sécurité sociale, qui ouvre le code en frontispice, est réécrit pour distinguer désormais, au sein de la « sécurité sociale », les « assurances sociales » de la « prise en charge des frais de santé ». Le remboursement des frais de soins ne fait plus partie des assurances sociales, puisque, couvrant tous les résidents stables, il ne relève plus d'une logique de solidarité entre assurés-cotisants à un même régime.

À vrai dire, cette réalité était déjà sous-jacente au système de 1999, puisque la couverture des prestations en nature de l'assurance maladie ne pouvait, en principe, jamais être prise en défaut.

Mais, comme on l'a déjà dit, cette couverture ultime par la CMU restait une couverture subsidiaire et, pour la plupart des assurés sociaux, la règle qui s'appliquait en priorité était bien, aux termes de l'article L.313-1 du code de la sécurité sociale, celle d'une obligation d'avoir cotisé « *au cours d'une période de référence (...) sur la base d'un salaire au moins égal à un montant fixé par référence au SMIC, soit avoir effectué un nombre minimum d'heures de travail* ».

C'est ce lien d'assujettissement, cette règle de cotisation préalable comme condition de l'accès au droit, qui disparaît, tant bien sûr pour les personnes qui accèdent aux droits par le seul fait de leur résidence stable, que pour celles – toute la nouveauté est là – qui restent affiliées du fait de leur travail.

L'obligation de cotisation préalable (et même, dans certains cas, de durée d'immatriculation minimale) demeure en revanche pour les prestations en espèces de l'assurance maladie – maternité – invalidité, c'est-à-dire pour les indemnités journalières et pensions versées à ce titre.

Prestations en nature et prestations en espèces prennent donc deux routes divergentes. Le concept d'assurance maladie, qui les englobe encore, rassemble désormais, d'un côté, une « assurance sociale » au sens strict, qui correspond aux anciennes prestations en espèces et conserve la logique des assurés-cotisants et, d'un autre côté, la prise en charge des frais de santé. Cette dernière conserve en partie la terminologie du travailleur affilié, mais repose en réalité – puisque même l'affilié travailleur n'est plus un « assujetti » tenu d'avoir cotisé – sur une logique de prestation universelle.

Pour mieux marquer les choses, l'article L.111-2-1 du code de la sécurité sociale a été réécrit avec un soin de précision que révèle la comparaison, terme à terme, du texte ancien et du texte nouveau. Il était jusque-là affirmé le caractère « *universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie* ». Ces épithètes sont désormais réservées à la seule « *prise en charge des frais de santé* ». En apparence, c'est un repli. En réalité, c'est la restauration exacte de ce qu'était, et demeure, la réalité de la couverture maladie. Car il y avait jusqu'ici un abus de langage à parler d'universalité des prestations en espèces de l'assurance maladie.

Enfin, un chapitre nouveau est créé au début du titre 6 du livre 1er du code de la sécurité sociale pour rassembler, dans une présentation structurée et complète, l'ensemble des dispositions relatives à la prise en charge des frais de santé. Les nouveaux articles L.160-1 à L.160-17, pour partie nouvellement écrits et pour partie repris d'anciens articles situés à divers endroits de l'ancien code, constituent désormais les « tables législatives » de ce risque qui s'autonomise : dispositions relatives aux bénéficiaires (et notamment les maintiens nécessaires de certaines situations marginales « d'ayants droits » sous l'appellation de « membre de famille »), dispositions relatives aux prestations (et notamment la question de la participation de l'assuré, c'est-à-dire des tickets modérateurs et de leurs exonérations), dispositions relatives au service des prestations (qui organisent, comme on l'a dit plus haut, la gestion des prestations par les régimes de manière partiellement « découplée » de l'affiliation aux mêmes régimes).

Cette clarification à la fois logique, sémantique et légistique est évidemment bienvenue. Elle laisse néanmoins dans une sorte de pénombre plusieurs questions délicates.

D'abord, bien sûr, on aurait aimé qu'à l'occasion de cette remise à plat de ce qui doit distinguer logique d'assurance et logique de solidarité, puisse être plus clairement affirmée la logique de solidarité « horizontale » qui devrait caractériser la prise en charge des frais de santé. Autrement dit, le fait que ces prestations ne doivent dépendre que du montant et de la nature des frais exposés, et pas de la fortune de celui qui les expose.

Le nouvel article L.111-2-1 redit, comme le disait déjà son prédécesseur, que la protection contre le risque et les conséquences de la maladie est assurée à chacun « indépendamment de son âge et de son état de santé ». Dont acte. C'est là le propre, aussi

bien d'une assurance sociale que d'un mécanisme de solidarité universelle. Car l'assurance sociale, à la différence de l'assurance de marché, mutualise le *risque* du sinistre quand l'assurance de marché ne peut, elle, mutualiser que l'*aléa* du sinistre. Le fait de ne pas tenir compte de l'état de santé n'est pas de nature à caractériser un mécanisme de sécurité sociale universel.

Il existe en revanche dans un système d'assurance sociale une sorte de garde-fou tacite contre les tentations de faire de la sécurité sociale un simple système de redistribution « verticale » de revenus, entre ceux qui ont les moyens personnels de se soigner et ceux qui ne les ont pas.

Ce garde-fou, que caractérise très bien le lien qui doit normalement exister entre les cotisations que l'on verse et l'ouverture des droits aux prestations¹¹, n'existe plus dans un système de solidarité. Tous les schémas y sont ouverts, y compris ceux par lesquels le système de solidarité se fixerait pour objet de maximiser les effets de redistribution « verticale » (en modulant à la baisse les prestations versées aux personnes à hauts revenus) par rapport aux effets de redistribution « horizontale » (ceux par lesquels, comme on le disait plus haut, tous les malades ont droit aux mêmes prestations, à raison seulement de la nature de leur maladie et des coûts qu'elle entraîne)¹².

En un mot, et puisque la réforme des textes se prêtait à une importante clarification des concepts, on aurait aimé qu'apparaisse enfin clairement le principe selon laquelle la prise en charge des frais de santé doit obéir au vieil adage : « de chacun selon ses moyens, à chacun selon ses besoins ». Ou pour le dire encore plus clairement : on aurait aimé qu'il soit affirmé que cette prise en charge doit se faire indépendamment des revenus de chacun, au moment où cette évidence cesse de pouvoir s'appuyer sur la notion « d'assurance sociale » et sur ses principes implicites.

Autre zone de pénombre, plus technique mais qui n'est pas sans lien : la nature juridique des prélèvements obligatoires affectés au financement de la couverture des charges de santé.

Le financement de ce qu'on qualifiait jusqu'ici de « prestations en nature de l'assurance maladie » est assuré pour environ 40 % par des cotisations so-

ciales, qui sont elles-mêmes pour l'essentiel des cotisations patronales¹³. S'agissant de cotisations, c'est-à-dire de prélèvements qui, à la différence d'un impôt, sont réputés avoir pour contrepartie le droit de bénéficier des prestations d'assurance maladie, leur taux n'a pas à être fixé par voie législative¹⁴. C'est donc aujourd'hui un décret (l'article D.242-3 du code de la sécurité sociale) qui en fixe le niveau.

Mais dès l'instant que le droit aux prestations en nature de l'assurance maladie (ou si l'on préfère : le droit à la prise en charge des frais de santé) n'est plus la contrepartie d'un paiement de cotisations, on est en droit de penser que celles-ci perdent leur nature de cotisations et qu'elles entrent, en bonne logique, dans la catégorie des impositions de toute nature¹⁵.

Il faudrait donc que le législateur fixe désormais lui-même ou, au moins, encadre, par exemple à l'occasion du vote de la loi de financement de la sécurité sociale, le taux des contributions qui, assises sur les salaires et la masse salariale des entreprises, assurent le financement de la prise en charge des frais de santé.

On objectera que la réalité est plus complexe que cela, puisque les mêmes prélèvements servent aussi au financement des prestations en espèces de l'assurance maladie et que, à ce titre, ils peuvent continuer de se voir qualifier de « cotisations » et de voir leur taux fixé par décret. Mais l'unité du concept d'assurance maladie, qu'on est bien obligé d'admettre encore puisqu'il dispose d'un fondement organique (notamment à l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale), permet-elle vraiment cette confusion ?

Tout comme il est permis de se demander à quoi répondra, dans l'avenir, la diversité des régimes professionnels d'affiliation pour les personnes qui accèdent à la prise en charge de leurs frais de santé par leur qualité de travailleur. Ou pour aller droit au but : à quoi bon conserver encore différents régimes d'assurance maladie pour le remboursement des frais de santé, quand la cotisation n'est plus une condition des prestations, et que se développent en parallèle la reconnaissance des droits sur la base de la seule résidence stable ?

11 - Sur ce lien et les nombreux débats auxquels il donne lieu, voir notamment les actes du colloque organisé en juin 2014 par le Conseil d'État : « Impôts et cotisations : quel financement pour la protection sociale ? », La Documentation française, Paris, 2015. Et bien sûr la décision du Conseil constitutionnel n°2014-698DC du 6 août 2014, sur la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014.

12 - Sur cette question qui justifierait de plus amples développements, on peut au moins rappeler qu'un système assurantiel est, intrinsèquement, un système de solidarité horizontale : il fait payer le bien portant pour le malade, mais pas le riche pour le pauvre. Un système assurantiel obligatoire, autrement dit une « assurance sociale », peut ajouter à cette solidarité horizontale une solidarité « verticale », entre hauts et bas revenus, en se finançant par des cotisations ou des impôts plus élevés pour les premiers que pour les seconds. Mais il s'interdit en principe de moduler ses remboursements en fonction du revenu.

13 - Cette donnée s'extrapole des chiffres disponibles pour la structure de financement de l'ensemble des régimes de base de l'assurance maladie (voir l'annexe C de la LFSS 2016). Le reste, des recettes, comme on le sait, vient essentiellement de la CSG.

14 - Si l'article 34 de la Constitution fait relever du domaine de la loi « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement » des impositions de toute nature, il n'instaure pas la même contrainte pour les prélèvements qui ont le caractère d'une « cotisation ». Pour les cotisations de sécurité sociale, le pouvoir réglementaire est donc compétent pour décider de leurs taux, lesquels ne sont pas au nombre des « principes fondamentaux de la sécurité sociale » réservés à la loi.

15 - On pourrait dire exactement la même chose des « cotisations » qui financent la branche famille, avec les mêmes doutes sur la faculté, pour le pouvoir réglementaire, d'en fixer lui-même le taux à l'article D.241-3-1 du code de la sécurité sociale.

Là encore, on objectera, avec raison, qu'il n'était ni politiquement possible ni d'ailleurs techniquement nécessaire de faire table rase de la gestion actuelle par régimes. Le but de la réforme était de faciliter seulement la prise en charge de certaines situations, et non de faire disparaître, pour les prestations en nature de l'assurance maladie, la notion même de régime.

Il reste que c'est bien la question même de la multiplicité des régimes qui est désormais posée pour la prise en charge des frais de santé.

Bref, non seulement on peut dire qu'au-delà de la mesure technique de meilleure gestion, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 procède à une restructuration assumée des principes de solidarité sous-jacents à l'assurance maladie, mais on peut même soutenir qu'au-delà de cette restructuration assumée il s'en profile d'autres, certes potentielles, mais déjà inscrites et de bien plus grande ampleur.

Et c'est là une sorte de gêne qu'on ne peut s'empêcher de ressentir face à une réforme qui se fait à la vitesse des lois de financement de la sécurité sociale, en se glissant dans les habits discrets d'une facilitation gestionnaire, mais nous prive, du coup, des mérites d'un véritable débat sur les horizons de principe de notre système de solidarité face à la maladie¹⁶.

Ne serait-ce que pour discuter de la cohérence – qui ne tombe pas immédiatement sous le sens – entre les deux grandes transformations récentes de la prise en charge solidaire des frais de santé : celle dont il est question ici, qui opère un tournant (dans un sens que, personnellement, on a plaisir à saluer) vers l'universalité de la couverture dite « de base » et celle qui, issue de la loi de sécurisation de l'emploi¹⁷, entre en vigueur exactement au même moment, mais en renforçant au contraire la dimension professionnelle, et même catégorielle, de la prise en charge de la part « complémentaire » de ces mêmes frais de santé.

Denis Piveteau

16 - À notre connaissance, cette restructuration profonde de l'architecture de la branche maladie n'a pas été préalablement discutée au sein du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie.

17 - Loi n°2012-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi.

Yvon Martinet

Avocat associé, ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, membre du Conseil de l'Ordre, Cabinet DS Avocats

Béatrice Parance

Professeur à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Directrice de l'axe Environnement Santé du Laboratoire de droit médical et de la santé (EA 1581)

Patricia Savin

Avocate associée, Docteur en droit, Cabinet DS Avocats

Gwladys Beauchet

Avocate, Cabinet DS Avocats

Les faiblesses de la prise en considération du lien Santé Environnement dans la nouvelle loi santé

Dès 1986, la Charte d'Ottawa de l'OMS mettait en avant les liens profonds existants entre l'environnement et la santé, affirmant que « L'évaluation systématique des effets sur la santé d'un environnement en évolution rapide notamment dans les domaines de la technologie, du travail, de l'énergie et de l'urbanisation -est indispensable et doit être suivie d'une action garantissant le caractère positif de ces effets sur la santé du public. La protection des milieux naturels et des espaces construits, ainsi que la conservation des ressources naturelles, doivent être prises en compte dans toute stratégie de promotion de la santé ». Ceci explique que la thématique Santé Environnement ait pris une importance majeure tant dans la dernière feuille de route environnementale rendue publique par le gouvernement en février 2015, que dans le rapport de l'Agence européenne de l'environnement de mars 2015 intitulé *L'environnement en Europe : état et perspectives*¹.

Ces éléments auraient permis de penser que cette thématique aurait eu une place de choix au sein de la nouvelle loi santé et que la part faite aux différents aspects préventifs en lien avec la qualité de l'environnement aurait été importante. C'était d'ailleurs ce à quoi s'était engagée la ministre de la Santé Marisol Touraine lors de la table ronde santé environnement de la Conférence environnementale de novembre 2014. Pourtant, après plus d'un an de

discussions parlementaires et son adoption définitive devant l'Assemblée nationale le 17 décembre 2015, le texte laisse un sentiment d'inachevé. Si quelques dispositions générales viennent enrichir la prise en considération de la santé environnementale, ce sont les questions de la pollution de l'air et de l'amiante qui se sont taillées la part du lion, à côté de quelques dispositions que l'on peut qualifier d'anecdotiques. Ces aspects de santé environnementale de la loi n'ont pas été touchés par la décision du Conseil constitutionnel rendu le 21 janvier 2016 qui n'est venue sanctionner que quelques dispositions particulières.

I. Les dispositions générales relatives à la santé environnementale

C'est au sein d'un titre préliminaire de la loi intitulé « Rassembler les acteurs de la santé autour d'une stratégie partagée » qu'ont été intégrées des dispositions générales relatives à l'affirmation du lien entre la santé et l'environnement.

D'une part, c'est la notion d'exposome qui est consacrée. L'article L. 1411-1 du code de la santé publique qui vient définir la politique de santé comprendra un 1° ainsi rédigé « la surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et l'identification de ses principaux déterminants, notamment ceux liés à l'éducation et aux conditions de vie et de travail. L'identification de ces déterminants s'appuie sur le concept d'exposome, entendu comme l'intégration sur la vie entière de l'ensemble des expositions qui peuvent influencer la santé humaine ». C'est le député Gérard Bapt, président du groupe Santé Environnement du Plan national Santé Environnement qui a bataillé pour introduire cette notion qui ne figurait dans le projet de loi initial. Ce concept a été proposé pour la première fois en 2005 par l'actuel directeur du Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) Christopher Wild pour exprimer la prise de conscience qu'à côté des facteurs génétiques, de nombreuses pathologies d'origine environnementale et sociale se développent, comme par exemple l'obésité. Comme a pu le préciser Gérard Bapt, le terme d'exposome regroupe toutes les atteintes à la santé qui ne sont pas d'origine génétique, et ce sur toute la durée de la vie, en intégrant non seulement l'environnement mais aussi les causes psychologiques et socio-économiques. En effet, les avancées scientifiques ont été majeures ces dernières années sur les effets de contaminants chimiques sur l'état des personnes ; les progrès de la toxicologie ont mis en évidence les effets délétères des perturbateurs endocriniens, pesticides, plastifiants, polluants organiques persistants etc... qui viennent bouleverser l'équilibre physiologique de l'organisme. Comme

1 - B. Parance, *L'affirmation de la thématique Santé Environnement dans les politiques publiques*, JDSAM n°2/2015, p. 109.

l'expose le docteur Robert Barouki, chercheur à l'Inserm, « leur mode de toxicité est bien différent de toxiques plus directs comme les agents mutagènes et reprotoxiques car ils agissent à de faibles doses et surtout, la découverte la plus radicale a été la mise en évidence de la vulnérabilité de certains stades de développements, notamment la vie fœtale, la petite enfance ou l'adolescence ». La notion d'exposome renvoie aussi à l'idée de la multiplicité et de l'additivité des expositions, décrite sous l'appellation d'effet cocktail, et dont il est très difficile d'étudier les effets d'un point de vue scientifique.

D'autre part, le deuxième article du même article prévoit que la politique de santé comprend « la réduction des risques pour la santé liés à l'alimentation, à des facteurs environnementaux et aux conditions de vie susceptibles de l'altérer », reconnaissant ainsi explicitement le lien entre les facteurs environnementaux et l'état de santé des personnes.

Enfin, dans le chapitre V relatif à l'information et la protection des populations face aux risques sanitaires liés à l'environnement, il est prévu que le plan national de prévention des risques pour la santé sera décliné au niveau régional sous la forme de plans régionaux Santé Environnement, dans le but de tendre vers une territorialisation des politiques définies dans les domaines de la santé et de l'environnement, afin de prendre en considération les spécificités régionales en terme de risques. Ces plans régionaux seront mis en œuvre par les agences régionales de santé et les conseils régionaux.

Mais tout ceci est bien maigre et de nombreux élus et associations ont fortement regretté que cette loi n'ait pas permis d'avancer plus avant sur la question des risques liés aux substances chimiques, dont certaines ont des fonctions de perturbation endocrinienne, aux pesticides ou encore aux nanomatériaux. Seules deux questions ont retenu l'attention en substance, celle de la qualité de l'air et celle de l'amiante.

II. Les dispositions relatives à la qualité de l'air, au plomb et à l'amiante

C'est au sein du Titre I^{er} de la loi santé intitulé « Renforcer la prévention et la promotion de la santé » qu'est inséré un chapitre V relatif à l'information et la protection des populations face aux risques sanitaires liés à l'environnement. Ce dernier contient des dispositions sur les sujets de la qualité de l'air, du plomb et de l'amiante.

A/ Renforcer les informations et les obligations relatives à la qualité de l'air

S'agissant de la qualité de l'air, la loi santé a principalement pour objectif de renforcer l'information du public, mais aussi d'augmenter les obligations relatives à son amélioration. À cet effet, ce sont les dispositions du chapitre du code de l'environnement relatives à la surveillance de la qualité de l'air et

l'information du public qui sont enrichies. Ainsi, l'article L. 221-1 du code de l'environnement se voit complété par l'obligation de fixer par arrêté des ministres de l'écologie et de la santé un objectif pluriannuel de diminution de la moyenne annuelle des concentrations journalières de particules atmosphériques, après avis de l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES). De plus, est instituée une surveillance des pollens et des moisissures de l'air ambiant qui devra être l'objet d'une information du public et des acteurs concernés. De même, des études épidémiologiques et des études sur l'environnement liées aux rayonnements ionisants seront confiées à l'Institut de veille sanitaire (INVS) et à l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire sur la pollution atmosphérique (IRSN). Ceci supposera une augmentation des moyens financiers de ces instituts alors que ceux de l'IRSN sont en baisse constante depuis quelques années.

Espérons que ces dispositions permettront d'améliorer véritablement les choses alors que la Cour des comptes porte un jugement très sévère sur les politiques nationales de lutte contre les pollutions atmosphériques à travers un rapport rendu public le 21 janvier 2016. Ce rapport affirme d'emblée le caractère artificiel de la volonté politique de lutte contre la pollution atmosphérique alors même que les coûts sanitaires et économiques liés à cette pollution sont très importants. En effet, à rebours de la volonté affichée, certaines politiques publiques favorisent l'émission de la pollution à travers des subventions ou des avantages fiscaux tels que la fiscalité du gazole, l'allègement de la TICPE pour les taxis et les agriculteurs ou encore la suppression de la taxe poids lourds. Le seul sujet qui retient véritablement l'attention est celui des pics de pollution, très médiatiques, alors même que leurs conséquences sanitaires sont moins lourdes que celles de la pollution de fond. Il apparaît ainsi que la marge de progression en la matière est très importante...

B/ Étendre l'information relative au risque d'exposition au plomb aux femmes enceintes

L'article L. 1334-1 du code de la santé publique est enrichi afin d'ajouter les femmes enceintes parmi la liste des personnes qu'il est nécessaire d'informer des risques d'intoxication au plomb, en dehors même de la déclaration de cas de saturnisme.

C/ Renforcer les sanctions au sujet de la présence d'amiante

C'est enfin l'amiante qui a retenu l'attention du législateur.

D'une part, le texte prévoit une meilleure communication des informations relatives à la présence d'amiante dans le parc immobilier. Ainsi, l'article L. 1334-14 est modifié afin que les organismes réalisant des repérages et les opérations de contrôle communiquent les informations nécessaires à

l'observation de l'état du parc immobilier, non seulement au préfet comme c'est déjà le cas actuellement, mais encore aux ministres chargés de la santé et de la construction. De plus, ces informations devront également porter sur les éléments nécessaires à la gestion des risques et seront mises à la disposition des maires concernés.

D'autre part, le texte introduit une nouvelle sanction à l'article L. 1334-16-1 du code de la santé publique si le propriétaire ou l'exploitant d'un immeuble ne recherche pas la présence d'amiante ou ne prend pas les mesures nécessaires pour contrôler et réduire l'exposition : le préfet peut alors, en cas de danger grave pour la santé, suspendre l'accès et l'exercice de toute activité dans les locaux concernés et prendre toutes mesures pour limiter l'accès aux locaux dans l'attente de leur mise en conformité.

De même, si la population est exposée à des fibres d'amiante résultant d'une activité humaine, le préfet peut, toujours en cas de danger grave pour la santé, ordonner dans un délai qu'il fixe la mise en œuvre de mesures propres à évaluer et à faire cesser l'exposition, y compris aux frais du responsable de l'activité émettrice.

III. Les dispositions plus anecdotiques relatives à la remise de rapports

La loi santé contient enfin des dispositions plus anecdotiques sur des sujets pourtant majeurs. Ainsi, les sénateurs ont enrichi le texte en prévoyant que dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, le gouvernement devra remettre au Parlement un rapport sur les perturbateurs endocriniens et leurs effets sur la santé humaine.

L'article 59 prévoyait pour sa part que le gouvernement devrait remettre un rapport portant plus spécifiquement sur les effets sur la santé du bisphénol A non chauffé, notamment pour les personnes à risque tels les enfants en bas âge. Mais cette disposition a subi les foudres du Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 janvier 2016 au motif qu'elle résultait d'un amendement introduit en nouvelle lecture devant l'Assemblée nationale, et qu'elle n'était pas en relation directe avec une disposition en discussion.

En tout dernier lieu, ce sont les nanomatériaux dans les médicaments et les dispositifs médicaux qui devront eux aussi faire l'objet d'un rapport à remettre au Parlement dans le délai de 18 mois à compter de la promulgation de la loi.

C'est donc un jugement en demi-teinte qu'appellent les dispositions de santé environnementale dans la loi santé : peut mieux faire ! Trop de sujets majeurs n'ont pas été abordés qui devront inciter le législateur à remettre l'ouvrage sur le métier.

Béatrice Parance

Paul J. Zwier

Professor of Law, Emory University School of Law

High Prices for US Prescription Drugs: A Case for a “Reference Pricing”

One need only to consider Valeant Pharmaceutical buying up of the rights to Cupimine, (a drug to treat Wilson's disease), and raising its price,¹ or the example of Turing Pharmaceuticals and Daraprim (AIDs drug),² with its price over 25 times higher, to see examples of what has been happening and may continue to happen to drug prices in the US. The pricing of US drugs is many times higher than any of its neighbors. Drug manufacturers are boldly taking advantage of their ability to charge exorbitant prices for necessary often life-saving drugs. Using the cover of a confusing amalgam of insurance regimes that obscure from the market what is being charged, there is little to moderate drug prices. The promise of generics has also failed to deliver real competition, as Big Pharma and generic competitors conspire to split up markets, rather than compete for them.

Most troubling threat to prices in the Valeant and Turing examples is that Big Pharma can argue, “If we don't raise our prices, we may be the subject of a takeover.” Their managements may argue it violates its duty to its shareholders if it moderates prices in consideration of the patients need for the

1 - See, Andrew Pollack and Sabrina Tavernise, *A Drug Company's Price Tactics Pinch Insurers and Consumers*, NYT, Monday, October 5, 2015 (reporting that Valeant bought up the rights to the drug Cupimine, a drug that is used to treat Wilson's disease, and quadrupled its price overnight. A patient who used to pay \$888 a year will now pay \$26,189. While Medicare will cover \$35,000 of its cost, the patient will now have to pay \$1800 a month out of pocket).

2 - Turing is a startup that paid Impax Laboratories \$55 million in August, 2015 for rights to Daraprim. It's the only approved treatment for a rare parasitic infection called toxoplasmosis that mainly strikes pregnant women, cancer patients and AIDS patients. Turing's CEO, former hedge fund manager Martin Shkreli, soon raised Daraprim's price from \$13.50 to \$750 per pill) Linda A. Johnson, *Exorbitant drug price hikes are becoming more common: How pharmaceuticals can spike prices and the impact*, The Associated Press POSTED: 09/27/2015 12:01:00 AM MDT, http://www.denverpost.com/business/ci_28879430/exorbitant-drug-price-hikes-are-becoming-more-common. See Also, Rafi Mohammed, *It's Time to Rein in Exorbitant Pharmaceutical Prices*, September 15, 2015, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2015/09/its-time-to-rein-in-exorbitant-pharmaceutical-prices>

drug. The market supply and demand overrides any moral considerations. Without some collective bargaining forces entering the market, or pricing referencing to provide protection for more reasonable pricing the price differences between US drugs and the rest of the world will only exacerbate.

Big Pharma might argue that it is adequately regulated by limited patent life and generic completion, in combination with the regulations found in the False Claims Act and RICO, from taking undue advantage of its place in the market. Yet, while there have been some major settlements subject to these regulations over the last years, Big Pharma's practices, in fact, evidence exactly the opposite. The settlements are, themselves, evidence that the FCA and related regulations don't deter Big Pharma's fraud. These settlements instead show just how overheated the US market is, especially for drugs needed in end-of-life settings. The ability to extract exorbitant prices in these situations seemingly presents too great a temptation to deter illegal activity, and does little to temper Big Pharma's pricing of drugs.

Pharmaceuticals, Profits and Risks

An estimated 576,000 Americans spent more than the median household income on prescription medications in 2014.⁴ This population of patients

3 - For a definition of Big Pharma, I use the criteria developed by Sebastian Held, Claus Bolte, Martin Beirbaum & Oliver Schoffski, *Impact of Big Pharma Organizational Structure on R&D Productivity* 9-12, Health Economics Research Zentrum, 17, (2009). The criterion they use for defining Big Pharma are, 2 billion in sales a year, are selling 3 dominant markets, US, Europe, and Japan, ongoing R&D marketing efforts in a minimum of 5 separate therapeutic fields, and maintain completely integrated marketing operations including internal R&D, manufacturing, clinical, regulatory, marketing and sales. Using this criterion as of 2009 twelve companies fit the category, Pfizer, (leads the way with over 46 billion in sales and a 7.6 market share, in 2009), GlaxoSmithKline, Novartis, Sanofi-Aventis, Johnson & Johnson, AstraZeneca, Merck & Co, Roche, Abbot, Amgen, Wyeth, Lilly, (other at or just missing the 2 billion in sales and making up about 2 % of the market are Bayer, Bristol Meyers Squibb, and Boehringer Ingelheim).

4 - *Annual Healthcare Cost For Family Of Four Now At \$24,671*, Forbes at <http://www.forbes.com/sites/danmunro/2015/05/19/annual-healthcare-cost-for-family-of-four-now-at-24671/>. According to Milliman, this year's MMI is \$24,671 and represents a \$1,456 (6.3%) increase from last year's MMI of \$23,215. Forbes noted the following quote from one of the report's authors:

For the last several years we've noted that the Milliman Medical Index was only indirectly affected by the Affordable Care Act, since the employer-sponsored insurance market was not a focus of the early reforms, but now we have the prospect that this family's health plan—which, in terms of actuarial value, is in a “gold” plan—may trigger the “Cadillac tax” that goes into effect on high-cost health plans in 2018.

grew an astounding 63 % from 2013.⁵ Further, the population of patients with costs of \$100,000 or more nearly tripled during the same time period, to nearly 140,000 people.⁶ The total cost impact to payers from both patient populations is an unsustainable \$52 billion a year.⁷

Across the board increases in prescription drug costs were cited as the primary cause for the higher total percentage increase in health care costs (6.3 % this year versus 5.4 % in 2014).⁸ The rate at which prescription drug costs increased in 2014 doubled over the average increase of the prior five years.⁹ This was driven by a combination of factors, including the introduction of new specialty drugs, a continued increase in compound drugs, and price increases for both brand name and generic drugs.¹⁰

It is not as if the profits for pharmaceuticals are so tight that the makers must cut corners to make a profit. The World Health Organization estimates that, worldwide, pharmaceutical companies made in excess of \$300 billion in profits last year, and is headed to \$400 billion in the next three years.¹¹ In fact, the opposite seems to be true, that the profit potential is so great, that it is greed that incentivized companies to engage in even more fraudulent practices.¹²

One can look at Medicare reimbursements for further evidence of the overheated nature of the market. The total amount of Medicare reimbursement for pharmaceuticals in 2015 is estimated at 85 billion,¹³ or 14 % of total Medicare health care expenditures. These include both Medicare B plan reimbursements, (for drugs prescribed outside a hospital setting), and Medicare D plans, (for drugs in a hospital setting).¹⁴ In the US, the free market sets the price for drugs. So, while Medicare has some

leverage over what it pays (Medicare will only pay the price of the lowest cost generic, where generics exist) it has little ability to effect generic prices or negotiate down the cost of drugs, generally.

Remedies Under the False Claims Act, Their Failure to Adequately Compensate and Deter Big Pharma's Behavior

1. *The False Claims Act fails to make an Impact.*¹⁵

Under the False Claims Act (FCA) the essential elements are as follows: 1) The FCA imposes civil liability upon "[a]ny person" who, among other things "knowingly presents, or causes to be presented, to an officer or employee of the United States Government or a member of the United States Armed forces a false or fraudulent claim for payment or approval."¹⁶ 2) A "claim" means any request or demand, whether the claim is made against a party other than the government, if payment of the claim would ultimately result in a loss to the United States.¹⁷

While words *false* and *fraudulent* are not defined in the FCA, the phrase "known to be false" has been found to mean "a lie."¹⁸ Errors based simply on faulty calculations or flawed reasoning are not false under the FCA.¹⁹ In other words, the act requires the defendant had *scienter*.²⁰ 3) The defendant must make the statements *knowingly*; which means the defendant had actual knowledge of the falsity of the claim or acted in deliberate ignorance of the truth or falsity of the claim.²¹ 4) The statements must be material, which turns on whether the false statement has a natural tendency to influence agency action or is capable of influencing agency action. This is a question of law for the court to decide. 5) Some

Whether or not our typical family of four finds themselves affected by the Cadillac tax will depend on whether future trends exceed recent levels, with people insured through smaller employer-sponsored plans potentially being more susceptible. Chris Girod – Principal and Consulting Actuary at Milliman, Inc. and Co-Author of The Milliman Medical Index.

5 - *Id.*

6 - *Id.*

7 - *Id.*

8 - *Id.*

9 - *Id.*

10 - *Id.*

11 - WORLD HEALTH ORG.: TRADE, FOREIGN POLICY, Diplomacy: Pharmaceutical Industry, available at <http://www.who.int/trade/glossary/story073/en/>.

12 - *Id.* In an effort to mitigate the public relations problem caused by its giant profits some are making contributions of free pharmaceuticals to the developing world. The article gives the examples of SmithKline Beecham, American Home Products, the DuPont Company and the Japanese Nippon Foundation as making significant contributions to the WHO. *Id.*

13 - DEP. OF HEALTH AND HUMAN SERVS., *HHS FY2015 Budget in Brief* (2015), available at <http://www.hhs.gov/about/budget/fy2015/budget-in-brief/cms/medicare/index.html>.

14 - *Id.*

15 - 31 U.S.C. § 3729–3733

16 - *Id.* at § 3729 (a).

17 - *Id.* at § 3729 (b)(2); *see also* United States v. Neifert-White Co., 390 U.S. 228 (1968) (discussing the scope of the False Claims Act and defining the term "claim" as used in the statute to reach all fraudulent attempts to make the Government pay out sums of money); *see also* Harrison v. Westinghouse Savannah River Co., 176 F.3d 776 (4th Cir. S.C. 1999) (discussing the expansive scope of the False Claims Act). The endorsement and deposit of government checks known to have been issued by mistake have been found to be false claim under the FCA. A progress report submitted pursuant a government contract has been held to constitute an actionable claim.

18 - 31 U.S.C § 3729 (a); *cf.* United States ex rel. Spicer v. Westbrook, __ F.3d __, 2014 U.S. App. Lexis 8432 (5th Cir. May 5, 2014) (discussing the 5th Circuit also requires the lie be material, or a misrepresentation that would have entitled the government not to take the delivery).

19 - § 3729 (a).

20 - *Id.*

21 - DEP. OF HEALTH AND HUMAN SERVS., *HHS FY2015 Budget in Brief* (2015), available at <http://www.hhs.gov/about/budget/fy2015/budget-in-brief/cms/medicare/index.html>.

courts have also asserted that the Government must have suffered some damages.²² Others have found that the public is harmed anytime the Government's money is taken by a false statement.²³

2. Types of illegal behaviors by Pharmaceuticals don't get at pricing per se.

a) Kick-backs

A common scheme employed by pharmaceutical companies involves compensating physicians with payments or other financial incentives in an effort to induce them to prescribe its drug.²⁴ This practice is referred to as a "kick-back" and can also be used to encourage a physician to promote a particular company's drug.²⁵ The practice of kickbacks is not only limited to benefitting prescribing physicians but also includes financial incentives for market gatekeepers and long-term care pharmacy providers.²⁶ These inducements can come in many forms, including, but not limited to: bonus payments to physicians and hospitals, free or reduced cost vacations, lavish dinners and lunches, tickets to sporting events or concerts, golf outings, gifts, payments for serving on advisory boards which are excessive compared to the work being performed, phony or sham drug trials, and free samples of drugs which physicians then sell to patients.²⁷

Examples of illegal practices performed by Glaxo and exposed by FCA claims include: trying to win over doctors by paying for trips, spa treatments, hunting excursions.²⁸ Those engaged in this type of fraud are also subject to liability under the Anti-Kickback statute.²⁹

b) False statements regarding efficacy or safety of a drug

The FCA was created to ensure that companies were not intentionally defrauding the government,

22 - *Id.*

23 - *Id.*

24 - *Id.*

25 - Katie Thomas & Michael S. Schmidt, *Glaxo Agrees to Pay \$3 Billion in Fraud Settlement*, N.Y. Times (June 7, 2012) at A1, available at http://www.nytimes.com/2012/07/03/business/glaxosmithkline-agrees-to-pay-3-billion-in-fraud-settlement.html?_r=0.

26 - See *Amgen to Pay U.S. \$24.9 Million to Resolve False Claims Act Allegations*, DEPARTMENT OF JUSTICE (Apr. 16, 2013), available at <http://www.justice.gov/opa/pr/amgen-pay-us-249-million-resolve-false-claims-act-allegations> (discussing the settlement reached with Amgen over the government allegation's that Amgen provided kickbacks in the form of performance-based rebates that were tied to market-share or volume thresholds to long-term care pharmacy providers).

27 - DEP. OF HEALTH AND HUMAN SERVS., *HHS FY2015 Budget in Brief* (2015), available at <http://www.hhs.gov/about/budget/fy2015/budget-in-brief/cms/medicare/index.html>.

28 - Thomas & Schmidt, *supra* note 64.

29 - See 42 U.S.C. § 1320a-7b; see also *United States ex rel. Brown v. Celgene Corp.*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 99815 (C.D. Cal. July 10, 2014) (discussing the Anti-Kickback statute and its relationship with the False Claims Act).

and nothing is a clearer violation of that than providing false reports or studies detailing the safety of a particular drug. This mostly occurs in the pharmaceutical context when a company is made aware of the serious health risks associated with a particular drug before it reaches the market.³⁰ Some companies will either downplay the risk involved by fudging the numbers or include data from other studies pertaining to another age group in order to water down the appearance of bad numbers.³¹ An example of this type of case is helping to publish a medical journal article that misreported data from a clinical trial.³²

c) Off-label marketing

Off-label marketing is the most prominent form of fraudulent activity employed by pharmaceutical companies and is a distinctly illegal-marketing-tactic prohibited by federal law.³³ Given their potential for seriously affecting a consumer's wellbeing, pharmaceutical drugs are subject to heavy governmental regulation and their use raises serious health and safety concerns.³⁴ Before a drug can be put on the market it must first be approved by the Food and Drug Administration ("FDA").³⁵

Off-label entails medication that is being used in a manner not specified in the FDA's approved packaging label, which provides the detailed instructions for that particular drug's suggested uses and doses.³⁶ Physicians may generally prescribe a particular drug even though it has not been approved for such use.³⁷ It is legal for doctors to prescribe drugs for unintended or non-FDA approved purposes; many drugs may have positive effects in certain patients when prescribed for other uses. This subtle form of misbranding is often conducted in a way that actors do not realize they are engaging in wrongdoing.³⁸ How-

30 - *Johnson & Johnson to Pay More than \$2.2 Billion to Resolve Criminal and Civil Investigations*, DEPARTMENT OF JUSTICE (Nov. 4, 2013), available at <http://www.justice.gov/opa/pr/johnson-johnson-pay-more-22-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations>.

31 - *Id.*

32 - Thomas & Schmidt, *supra* note 6425.

33 - Partha Choudhury, *Settlements In Cases Regarding Pharmaceutical Companies*, BAD DRUG BLOG (Oct. 26, 2012), available at <http://www.bad-drug.net/bad-drug-blog/settlements-in-cases-regarding-pharmaceutical-companies>.

34 - See *Pharmaceutical Fraud*, Pietragallo, False Claims Act Resource Center (last visited on April 1, 2015), <http://www.falseclaimsact.com/common-types-of-fraud/pharmaceutical-fraud>.

35 - *Id.*

36 - Kelli Miller, *Off-Label Drug Use: What You Need to Know*, WEBMD (2009), available at <http://www.webmd.com/a-to-z-guides/features/off-label-drug-use-what-you-need-to-know>.

37 - See Pietragallo, *supra* note 34.

38 - Reuben Guttman, *Internal Compliance: Is It Really About Compliance?*, HARVARD UNIVERSITY CENTER FOR ETHICS (Feb. 24, 2014), available at <http://ethics.harvard.edu/blog/internal-compliance> (explaining, "Ask an employee of a pharmaceutical giant whether their company markets drugs outside the FDA approved indication, and the employee will no doubt point to a company rule that precludes such conduct or a

ever, it is illegal for pharmaceutical companies to promote, market, or encourage physicians to use their products for uses not approved by the FDA.³⁹

Off-label prescriptions are particularly dangerous because a particular medication may not be approved for your specific condition or age group.⁴⁰ Most of the FCA issues arise when companies engage in a marketing scheme to promote the drug's use in children and the elderly, groups that are particularly vulnerable to a product's unintended side effects.⁴¹ Many pharmaceutical companies encourage doctors to employ tactics aimed at promoting use of drugs in unintended groups.⁴² These FCA cases are typically brought by pharmaceutical company employees, physicians, nurses, or employees of hospitals.⁴³ These are generally the people with the inside knowledge necessary to expose practices that would constitute a violation of the FCA.

3. Remedies Under the False Claims Act Don't Get At Pricing

a) Compensatory Damages

The False Claims Act imposes treble damages on violators, resulting in an award that is triple the amount of each false claim submitted. Under 31 U.S.C. § 3729(a), however, the classification of the treble damages as either purely compensatory or as including a punitive element, is far from an exact science, "the tipping point between payback and punishment defies general formulation, being dependent on the workings of a particular statute and the course of particular litigation."⁴⁴

Most courts have posited that the "multiplier" is meant to serve both remedial and punitive purposes. The Supreme Court noted in *Cook v. Illinois*, that "the facts about the FCA show that the damages multiplier has compensatory traits along with the punitive."⁴⁵ The Court explained that the 1986 Amendments to the FCA, which increased damages from double to treble, "the very idea of treble damages reveals an intent to punish past, and to deter

future, unlawful conduct, not to ameliorate the liability of wrongdoers."⁴⁶

b) Civil Penalties under the FCA

One of the reasons why the False Claims has been unable to deter institutional greed is because the statute's damages provisions are read in the light of the context of civil fraud, where damages are tied to the harm that has been done to the individual who has been relying on the statements that have been made. Where the US government is the one harmed, the US' citizens, taxpayers, and those who are directly affected by the goods purchased or sold, are all harmed by the fraud. Part of the problem, where the US acts for those harmed, is whether they should rely on the secondary market: lawsuits by those directly injured by the fraud, or whether the US should be seen as an intervener on behalf of the individual victims, to create a fund to compensate those injured by the fraud. What are the chances that individuals will sue, or that plaintiff's class action lawsuits will be brought, or that criminal penalties and jail time will also be imposed? In other words, it falls to the US attorney to be the advocate for the US, not only as an institution, but also for the society as a whole.⁴⁷

The monetary consequences have been great for violating the FCA. According to publically available data, well over \$19 billion has been collected from pharmaceutical companies.⁴⁸ The Department of Justice has represented that it has recovered fifteen dollars for every one dollar that it costs to prosecute these companies.⁴⁹ Additional theoretical consequences include exclusion from government programs.⁵⁰ Unfortunately, for the US consumer of Pharmaceuticals, such exclusions have seldom, if ever, been enforced.⁵¹

training program where employees were counseled about the evils of 'off-label marketing.' Yet ask the same employee whether their company encourages sales representatives to compete their drugs against others that have different – or more expanded – FDA indications and the employee may say 'of course.'").

39 - *List of off-label promotion pharmaceutical settlement*, PROJECT ON GOVERNMENT OVERSIGHT, available at <http://www.pogo.org/our-work/public-health-and-science.html>.

40 - Miller, *supra* note 36.

41 - See Guttman, *supra* note 38.

42 - Thomas & Schmidt, *supra* note 25.

43 - See Pietragallo, *supra* note 34.

44 - *Cook Cnty., Ill. v. United States ex rel. Chandler*, 538 U.S. 119 (2003).

45 - *Id.* at 130.

46 - *Vt. Agency of Natural Res. v. United States ex. Rel. Stevens*, 529 U.S. 765 (2000) (quoting *Texas Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981)).

47 - Tobacco litigation teaches us how this works. The settlements with states were supposed to compensate the state's Medicare and Medicaid funds or county governments funds that will be drawn against in the future because of the fraud perpetrated on the public by the tobacco industry. See, Cezary Podkul and Claire Kelloway, *Investors Haul In Nearly Half the Tobacco Settlement Cash*, Pro Publica, Journalism in the Public Interest, <http://www.propublica.org/article/investors-haul-in-nearly-half-the-tobacco-settlement-cash>.

48 - See Pietragallo, *supra* note 34.

49 - Thomas & Schmidt, *supra* note 25.

50 - See, *Fixing the False Claims Act, The Case For Compliance-Focused Reforms*, U.S. Chamber Institute for Legal Reform (October 2013), http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/Fixing_The_FCA_Pages_Web.pdf.

51 - *Id.*

c) Criminal Sanctions under Anti-Racketeering Statutes.⁵²

The Office of the Inspector General (OIG) has indicated that it will be more aggressive in imposing different remedies including lifetime bans on individuals and companies that engage in off-label marketing or other kickback schemes.⁵³ OIG also has issued guidelines for when it might revoke a patent, sell it, or otherwise take profits from the big companies.⁵⁴ Will these work?

One can predict, from what happens to criminal charges against companies in settlement of these cases that other punitive schemes will likely fail. After all, what is theoretically on the table during the settlement of claims against Big Pharma are Federal Anti-Racketeering Statutes. Typically these fall out of the discussion during the resolution of cases involving FCA or kickback pricing schemes. Maybe because of burden of proof claims (beyond a reasonable doubt) or difficulties wrapped up in proving criminal intent, what you can see from an examination of these claims is that the companies and their executives deny any criminal wrongdoing, and the sanctions associated with that wrongdoing are not invoked. Denying one of these major players access to a market, or forfeiture of profits, or requiring that anyone actually serves time in jail has never been part of any settlement against any of the Big Pharma companies.⁵⁵ While they have been invoked against smaller players, Big Pharma seemingly presents the same dilemma where the government is dealing with failing financial institutions. Big Pharma can't be denied access to the market: they are too big to be punished (their products impact too many patients) and as a result are too big to fail.

d) Alternatives to Liability Under the FCA: Corporate Integrity Agreements

Corporate Integrity Agreements are contracts negotiated between a corporation and the Office of Inspector General (OIG) of the United States Department of Health and Human Services ("DHHS") to promote compliance with the statutes, regulations, and written directives of Medicare, Medicaid, and all other Federal health care programs.⁵⁶ These negotiated settlements are essentially a second chance at redeeming themselves within the pharmaceutical market and are commonplace within the industry.⁵⁷ As part of a deferred prosecution agreement, the DOJ will ask the defendant corporation to enter into a CIA to police its own behavior.⁵⁸ These agreements are usually a stipulation of settlement agreements providing for release of liability under the False Claims Act. As a result of release of liability, the government is agreeing not to seek the company's exclusion from participation in Medicare, Medicaid, and other Federal health care programs.⁵⁹

Although the terms and conditions of each CIA vary depending on the nature and extent of the alleged fraudulent or abusive activity, they have

52 - RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organization), 18 U.S.C. §§ 1961-1968, prohibits the acquisition of any enterprise through the investment of racketeering proceeds, 18 U.S.C. § 1962(a), as well as the acquisition or operation of an enterprise through a pattern of racketeering activities, 18 U.S.C. § 1962(b) (c). In addition to a 20 year sentence for the violation of any of the RICO subsections, the statute also provides for forfeiture of the "racketeers'" interest in the enterprise, 18 U.S.C. § 1963 (1982). Bradley, Craig M., "Racketeers, Congress, and the Courts: An Analysis of RICO" (1980). Articles by Maurer Faculty. Paper 973. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/973>, for a detailed analysis of the criminal provisions of RICO. RICO also provides for civil remedies for RICO violations. 18 U.S.C. § 1964. See Blakey, *The RICO Civil Fraud in Context: Reflections on Bennet v. Berg*, 58 Notre Dame Law. 237 (1982).

53 - OFFICE OF INSPECTOR GEN., PRACTICAL GUIDANCE FOR HEALTH CARE GOVERNING BOARDS ON COMPLIANCE OVERSIGHT (2015), available at <https://oig.hhs.gov/compliance/compliance-guidance/docs/Practical-Guidance-for-Health-Care-Boards-on-Compliance-Oversight.pdf>; see also, OFFICE OF INSPECTOR GEN., COMPLIANCE PROGRAM GUIDANCE FOR PHARMACEUTICAL MANUFACTURERS (2003), available at <https://oig.hhs.gov/fraud/docs/complianceguidance/042803pharmacymfgnonfr.pdf>.

54 - *Supra* note 53.

55 - See settlements discussed, *infra*, note 64.

56 - See *Corporate Integrity Agreements*, HEALTH LAW RESOURCES, [https://www.healthlawyers.org/hlresources/Health%20Law%20Wiki/Corporate%20Integrity%20Agreements%20\(CIAs\).aspx](https://www.healthlawyers.org/hlresources/Health%20Law%20Wiki/Corporate%20Integrity%20Agreements%20(CIAs).aspx) (last visited Apr. 15, 2015).

57 - *Corporate Integrity Agreements*, METRICSTREAM.COM, <http://www.metricstream.com/industries/healthcare/corporate-integrity-agreements-compliance.htm> (last visited on March 19, 2015).

58 - Reuben Guttman, *Corporate Integrity Agreements: Asking the Companies to Police Themselves, Please*, WHISTLEBLOWERLAWS (August, 12, 2010), available at <http://www.whistleblowerlaws.com/corporate-integrity-agreements-asking-the-companies-to-police-themselves-please/>.

59 - *Corporate Integrity Agreements*, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, available at <https://oig.hhs.gov/compliance/corporate-integrity-agreements/> (last visited on March 25, 2015). For example, Johnson & Johnson's CIA mandates that the company make changes to current executive pay structure in an effort to effectuate change in corporate behavior. The OIG hopes that by imposing non-monetary measures and requiring compliance with CIAs, the agreement will increase accountability among key players and foster transparency. The five-year CIA implemented as a result of Johnson & Johnson's 2013 settlement with the DOJ supersedes an existing CIA in place. This begs the question of whether these agreements are essentially toothless. Between the civil and criminal complaint, Johnson & Johnson ultimately settled over six allegations over egregious fraudulent misbehavior, all occurring while Johnson & Johnson had a CIA in place and were expected to comply. This would seem to suggest that the CIAs are not particularly effective, at least in some of the major pharmaceutical companies.

In another settlement with Daiichi, Daiichi agreed to enter into a CIA, which mandates that the company implement compliance reforms for the next 5 years. As Daiichi is the most recent settlement reached, we see some changes that were not present in former CIAs. Notably, unlike most other CIAs, Daiichi refused to implement a new financial incentive structure for its sales representatives. But the new trend in these agreements, which is included in Daiichi's CIA, is the monitoring and oversight of the company's social media presence. Companies are now expected to also watch what it disseminates in its posts as direct-to-consumer marketing.

many similar elements.⁶⁰ According to OIG, CIAs typically contain a duration requirement of five years and include requirements to hire a compliance officer and/or appoint a compliance committee, develop written standards and policies, implement a comprehensive employees training program, retain an independent review organization to conduct annual reviews, establish a confidential disclosure program, restrict employment of ineligible people, report overpayments, reportable events, and ongoing investigations/legal proceeds, and provide an implementation report and annual reports to OIG on the status of the entity's compliance activities.⁶¹ None of these provisions deal with setting the prices of drugs.

Since May of 2009, CIAs have been a part of most settlements between Big Pharma and the Justice Department. At that time the Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009 ("FERA") was signed into law, implementing the most significant amendments to the FCA since 1986.⁶² Furthermore, in March of 2010, the Patient Protection and Affordable Care Act was signed into law by President Obama, further amending and broadening the scope of the FCA.⁶³ Since the enactment of these two laws, countless other settlements, besides the four large ones described above, have contributed to over 7 billion dollars in settlement payments just within the last few years.⁶⁴

60 - Tom Herrmann, *Meeting the Challenge of Corporate Integrity Agreements and Independent Review Organizations*, COMPLIANCE.COM (January 2013), available at <http://compliance.com/challenge-of-corporate-integrity-agreements-and-independent-review-organizations>.

61 - *Supra* note 58.

62 - 31 U.S.C. § 3729-3733

63 - *Id.*

64 - These troubling examples, in chronological order, include companies such as:

1. - Eli Lilly*; \$1.415 billion; for its off-label promotion of Zyprexa; settled in January 2009
2. - Alpharma; \$42.5 million; off-label promotion of Kadian; March 2010
3. - AstraZeneca*; \$520 million; off-label promotion of Seroquel; illegal kick-backs; settled in April 2010
4. - Ortho-McNeil-Janssen; \$81 million; off-label marketing of Topamax; settled in May 2010
5. - Novartis*; \$72.5 million; off-label promotion of TOBI; illegal kick-backs; settled in May 2010
6. - Allergan*; \$600 million; off-label promotion of Botox; settled in September 2010
7. - Novartis*; \$422.5 million; off-label promotion of Trileptal; settled in September 2010
8. - Forest Laboratories*; \$313 million; off-label promotion of Levothroid, Celexa, and Lexapro; settled in September 2010
9. - Elan*; \$203 million; off-label promotion of Zonegran; settled in December 2010
10. - Kos Pharmaceuticals; \$41 million; off-label promotion of Advicor and Niaspan; settled in December 2010
11. - Dey Pharma LP; \$280 million; inflating published drug prices; settled in December 2010
12. - UCB*; \$34 million; off-label promotion of Keppra; settled in June 2011
13. - Novo Nordisk*; \$25 million; off-label promotion of NovoSeven; settled in June 2011

Of the twenty four companies that settled with the DOJ within the past seven years, seventeen have included a stipulation for implementation of and compliance with Corporate Integrity Agreements as a condition of settlement. (All except for Alpharma, Dey Pharma LP, Ortho-McNeil-Janssen, Kos Pharmaceuticals, Wyeth, CareFusion, and Sanofi-Aventis.) According to data, there has been a dramatic decrease in the number of CIAs in 2014.⁶⁵ But this can mostly be attributed to the fact that the majority of the large pharmaceutical companies already have a mandated CIA in place.⁶⁶ Eight out of the ten biggest pharmaceutical companies are currently operating under a CIA, and some have already violated earlier agreements multiple times.⁶⁷

Price referencing is the Best Alternative?

Inflating the Price of Pharmaceuticals

In some instances, Medicare and Medicaid determine the price they will pay for certain medications based upon a figure known as the Average Sales Price ("ASP") which is calculated based on reports by the drug manufacturers.⁶⁸ The

14. - Pfizer*; \$14.5 million; off-label promotion of Detrol; settled in October 2011

15. - Merck, Sharp & Dohme*; \$441 million; off-label marketing of Vioxx and false statements about the drug's cardiovascular safety; November 2011

16. - GlaxoSmithKline*; \$1.043 billion; off-label promotion of Paxil, Wellbutrin, Advair, Lamictal, Zofran; settled in July 2012

17. - Boehringer Ingelheim*; \$95 million; off-label promotion of Aggrenox; settled in October 2012

18. - Amgen*; \$612 million; off-label promotion of Aranesp, Enbrel, Neulasta; illegal kick-backs; settled in December 2012

19. - Sanofi-Aventis; \$109 million; illegal kick-backs; lowering of effective price of Hyalgan; settled in December 2012

20. - Par Pharmaceutical*; \$22.5 million; off-label promotion of Megace ES; settled in March 2013

21. - Wyeth Pharmaceuticals; \$257.4 million; off-label promotion of Rapamune; settled in July 2013

22. - CareFusion; \$40.1 million; off-label promotion of ChloraPrep; settled in January 2014

23. - Endo Pharmaceuticals*; off-label promotion of Lidoderm; settled in February 2014

24. - Shire Pharmaceuticals*; \$56.5 million; off-label promotion, settled in September 2014.

* Indicates that the company has implemented a CIA as a condition of settlement with the DOJ. *Supra* note 33.

65 - See Sullivan, *Daichi Sankyo Settlement and Corporate Integrity Agreement*, <http://www.policymed.com/2015/01/daichi-sankyo-agrees-to-pay-39-million-to-resolve-off-label-and-kickback-allegations-enters-into-co.html> January 13, 2015. *Policy and Medicine*.

66 - See *Id.*

67 - See Maria Szalavitz, *Top 10 Drug Company Settlements, Pharma Behaving Badly*, TIME (Sept. 17, 2012), available at <http://healthland.time.com/2012/09/17/pharma-behaving-badly-top-10-drug-company-settlements/>.

68 - The ASP is computed using included sales divided by the number of units sold. The Act excepts certain sales from inclusion in the computation of ASP, including (a) sales

Act provides for civil monetary penalties for any manufacturer misrepresentations of ASP data.⁶⁹ The Secretary of the Department of Health and Human Services ("the Secretary") has the authority to adjust the ASP for a drug if the Secretary finds that the ASP does not accurately reflect actual market prices.⁷⁰ Manufacturers had manipulated the Average Wholesale Price (AWP) in an effort to induce pharmacists and pharmacies to promote and prescribe their drug but physician claimed that the spread didn't cover their actual costs of administering the drugs.⁷¹ What remained was a way for the actual price that pharmacies and physicians pay for a drug to be substantially less than what the government will reimburse them for.⁷² This is referred to in the pharmaceutical world as "marketing the spread."⁷³

The dilemmas are particularly acute at the end of life, when a patients resources have often been depleted by the requirements of more drugs and more intensive care.⁷⁴ In many cases this results in the patient having to choose between taking the drug, depleting their personal finances, and or seeking other alternatives.⁷⁵ One result is that Big Pharma is incentivized to charge high prices even when the patient's resources are depleted for tax benefits. The higher price when not paid serves as a bad debt or deduction, lowering the amount that the company may have to declare as income. The need

exempt from inclusion in the determination of "best price" under section 1927(c)(1)(C)(i) of the Social Security Act, and (b) "such sales as the Secretary identifies as sales to an entity that are merely nominal in amount." H.R. 1 § 303(c)(1), adding new section 1847A to the Social Security Act. Rebates and discounts include "volume discounts, prompt pay discounts, cash discounts, free goods that are contingent on any purchase requirement, chargebacks and rebates (other than rebates under section 1927)." For years after 2004, the Secretary may include "other price concessions... that would result in a reduction of the cost to the purchaser." *Id.*

69 - H.R. 1 § 303(c)(1), adding new § 1847A to the Social Security Act.

70 - *Id.*

71 - *Id.*

72 - *Id.*

73 - See Pietragallo, *supra* note 34.

74 - 2013 Medicare report on average cost of care for decedents in excess of \$38,000.00. Helen Adamopoulos, *The Cost and Quality Conundrum of American End-of-Life Care*, June 03, 2013 The Medicare NewsGroup, <http://www.medicarenewsgroup.com/context/understanding-medicare-blog/understanding-medicare-blog/2013/06/03/the-cost-and-quality-conundrum-of-american-end-of-life-care>.

75 - For a recent example see, Turing Pharmaceuticals, a startup, that paid Impax Laboratories \$55 million in August, 2015 for rights to Daraprim. It's the only approved treatment for a rare parasitic infection called toxoplasmosis that mainly strikes pregnant women, cancer patients and AIDS patients. Turing's CEO, former hedge fund manager Martin Shkreli, soon raised Daraprim's price from \$13.50 to \$750 per pill. Linda A. Johnson, *Exorbitant drug price hikes are becoming more common: How pharmaceuticals can spike prices and the impact*, By The Associated Press POSTED: 09/27/2015 12:01:00 AM MDT, http://www.denverpost.com/business/ci_28879430/exorbitant-drug-price-hikes-are-becoming-more-common. See Also, Rafi Mohammed, *It's Time to Rein in Exorbitant Pharmaceutical Prices*, September 15, 2015, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2015/09/its-time-to-rein-in-exorbitant-pharmaceutical-prices>.

for government monitoring of these costs is crucial to the calculation of the ASP.

One approach is to recognize, as does Europe and Canada, the monopoly effect of patents, and the lack of transparency and information in the market about competitive drugs, generics, and prices about competitive markets and then engage in pricing regulation through a government/ industry negotiation process.⁷⁶ Government involvement is either through some sort of transparency agency, (Canada, through the Patented Medicines Price Review Board: France, through The Transparency Commission (Commission de la Transparence) at the French National Authority for Health (Haute autorité de santé, HAS) (which determines the added therapeutic benefit, which forms the basis for price negotiations), and The Healthcare Products Pricing Committee (Comité économique des produits de santé, CEPS) (which determines the price through negotiations with the industry. The committee comprises ten voting members) Germany, which allows for collective bargaining by insurance companies in their negotiations with drug companies).⁷⁷

There are two basic different kinds of pricing regulation in use outside of the US. One is called "external reference" pricing, and refers to the cost of the same drugs in "baskets" of other markets the country selects for comparison purposes. The second is called "internal pricing," and allows some

76 - Kai Rugerri & Ellen Nolte, *Pharmaceutical Pricing: The Use of External Reference Pricing* (2013), available at http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR200/RR240/RAND_RR240.pdf (attempting to compare pharmaceutical company profits in European, Canadian, and other regulated markets with US pharmaceutical company profits).

77 - Pharmaceutical prices are principally set freely by manufacturers (but see below); however, a complex set of regulations applies along the market chain, which mainly relates to the way in which prices are reimbursed under the statutory health insurance system.³⁰ These include the following: • Statutory pricing: applies to prescription drugs and non-prescription drugs that are exceptionally covered under the SHI system at wholesaler and pharmacy levels. It involves the application of fixed mark-ups on ex-factory prices plus dispensing fee to ensure uniform prices for prescription drugs in all pharmacies in the country as set out in the Pharmaceutical Price Ordinance (Arzneimittelpreisverordnung); non-prescription drugs other than those exceptionally funded under SHI are not subject to this regulation; here wholesalers and pharmacies can set their own prices (based on ex-factory prices). • Mandatory discounts and rebates: Germany uses internal reference pricing, but this scheme is not aimed at regulating pharmaceutical prices directly but to set reimbursement limits under the statutory (SHI) system:⁷ o Highly innovative drugs are typically not subject to reference pricing (but see below); however, for drugs not subject to reference pricing, Pharmaceutical pricing: the use of external reference pricing RAND Europe 42 manufacturers are required to provide SHI funds with a rebate on the exfactory priced. o For off-patent, generic prescriptions, manufacturers are required to provide a 10 percent rebate to SHI funds. Where for a given generic drug the manufacturer holds a lower price constant for at least three years (from 2007), the manufacturer may charge the reduced price against the rebate; where the price is reduced by more than 10 percent, the rebate no longer applies (for price reductions introduced after 2007). o All prescription drugs reimbursed under SHI are subject to a rebate to be provided by pharmacies to SHI funds of currently (2011–12) –2.05 per package.³¹ For non-prescription drugs the rebate is set at 5 percent of the retail price.

room for higher prices for new drugs, based on their value in the market, and based on their costs to manufacturer. There is no clear winner between these two different models, and because they overlap ("externals" use "internals" for cross reference, and vice versa.)

In either case, there is strong evidence that prices moderate substantially compared to the US market. It is also important to note that the German insurance companies do not seem to be splitting profits with the drug companies by passing on higher costs in what they charge in premiums. German medical insurance providers, (like US medical insurers) profits at about 3 % a year. This compares to drug company profits in the US, which run at up to ten times that amount a year.

In this regard the Europeans and Canadians have served as a test market for the impact of reference pricing on the availability and pricing of drugs. They have the results to show from their various regulation schemes that prices for pharmaceuticals are much lower than in the US. Yet the US seems reluctant to learn from their experience. There are a number of excuses for this. First, the US market is said to value free market competition and is based on a foundational belief that such competition produces the best incentives for the development of new drugs. Second, the worry is that "government" price controls will lead to inefficiencies, and its own brand of corruption.⁷⁸

Yet, the Europeans and the Canadian markets certainly share these concerns. And there is no evidence that non-US markets are have difficulty getting the drugs they need. At a minimum, the connection between incentives for exorbitant prices and the development of needed, (as opposed to "block buster") drugs is tangential.⁷⁹ Moreover, there is no evidence that Big Pharma would not be able to negotiate appropriate returns for block buster drugs under a price-referencing system.⁸⁰

While the Canadian model is a single payer model, the Europeans use a combination of price referencing, but in a market with multiple insurance providers. The key differences in drug prices does not appear to the single payer nature of these systems but instead the ability of these insurers to collectively negotiate drug payments in relationship with a reference pricing system.⁸¹

Conclusion

The special features Big Pharma's ability to dictate the pricing of drugs in the US health care market creates seemingly insurmountable incentives for it extract exorbitant prices. Traditional common law remedies just don't provide deterrence. In addition, the regulations that do exist don't even prevent fraud.⁸² In fact, until the pricing incentives are moderated, there is likely to be little impact even from more stringent punishment on fraudulent behavior.

Moreover, one wonders how these remedies under the FCA deter the setting of prices in context of supply and demand, where supply is often exclusively provided by the patent holder and the demand is driven by the health impact of going without the drug. In a society that is extremely distrustful of a government agency setting prices, one might wonder whether common law civil remedies can ever sufficiently deter against illegal activities. Even in the case of disgorgement, the question is who will get the profits. If they go to the government, the government has an interest in seeking such remedies. At stake is the distinction between private and public ownership of pharmaceuticals. The dilemma then is whether disgorgement or forced sales will ever be implemented, or whether like the nuclear options, they will ever be used.

Finally, then, Big Pharma is an example of a market where traditional legal remedies just do not work. As a result the US should take a look at the European and Canadian experience with reference pricing for drugs. These countries have created a compromise market pricing system that works. Setting prices for drugs between what the market will bear, and the a fair return determined on the real costs of drug development, its need (effectiveness) in the market will not only moderate prices for the patients who need them but will help guide Big Pharma R&D towards the development of important new drugs, In other words reference pricing should cool an over-heated drug market of the perverse incentives that are created by the unique features of the health care market -- the lack of transparency, the confused nature of payment systems, the monopoly effects of patents, often developed through research funded by the government, and the impact of end of life treatments that coerce from patients the payments of their life savings. And perhaps, as a further result, the overheated nature of the market for drugs will make kickbacks, off labeling marketing and racketeering less tempting.

Paul J. Zwier

78 - Id.

79 - Id, See also, Els Torrelee, *No: It's More of a Bad Thing*, WSJ, January 23, 2012, (arguing that patents do not need to be extended because rather than subsidizing the development of needed drugs, it over incentivizes design of drugs of marginal utility that maximize profits).

80 - See, International Federation of Health Plans, 2013 Comparative Price Report, <http://static1.squarespace.com/static/518a3cfee4b0a77d03a62c98/t/534fc9ebe4b05a88e5fbab70/1397737963288/2013+iFHP+FINAL+4+14+14.pdf>

81 - Kai Rugerri & Ellen Nolte, *Pharmaceutical Pricing: The Use of External Reference Pricing* (2013), available at http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/

RR200/RR240/RAND_RR240.pdf (comparing European and US pharmaceutical company profits).

See also, Ezra Klein, *What Liberals Don't Get About Single Payer*, Jan 8, 2014, Bloomberg, <http://www.bloomberg.com/news/2014-01-08/what-liberals-don-t-get-about-single-payer.html>.

A health-care system that followed international best practices would direct the government to set rates. Or it would let insurers band together and negotiate rates collectively -- a practice called "all-payer rate setting." But it wouldn't need to eliminate private insurers. It's good for consumers to have a choice of insurers, who have real incentives to innovate and devise better ways to keep customers healthy and costs down.

82 - Id.

Laurie Dupont-Horoux
Katia Grammatico

*Institut Droit et Santé, Sorbonne Paris Cité, Inserm
UMR S 1145*

□ **Guillaume Bricker**
Le droit et la génétique

L'Harmattan
Décembre 2015

Avec les avancées techniques en matière de génie génétique, l'auteur tente de mieux comprendre les enjeux et les limites de la législation. L'ouvrage permet également la prise en compte des questions éthiques que peut susciter la génétique.

□ **Patrice Cohen, Emilie Legrand, et coll.**
Cancer et pluralisme thérapeutique

L'Harmattan
Janvier 2016

Cet ouvrage propose un regard croisé des itinéraires thérapeutiques dans trois pays européens (Belgique ; France et Luxembourg), et tente de comprendre les reconfigurations du monde médical et des personnes vivant avec le cancer, ainsi que leur entourage.

□ **Béatrice Grandordy**
Le médecin devant le juge

L'Harmattan
Janvier 2016

Cet essai traite des questionnements des juristes face à la pléiade de tribunaux dans les affaires mettant en cause la responsabilité médicale. Si l'accès aux juridictions pénales est direct pour le citoyen qui se dit victime, un déséquilibre du système judiciaire naît alors à l'encontre du médecin.

□ **André Tarby**
Bioéthique mosaïque en 100 mots

L'Harmattan
Janvier 2016

Cet ouvrage s'adresse aux lecteurs soucieux des questions de bioéthiques. L'auteur analyse, définit et se questionne sur cent termes relatifs à la bioéthique, sous différents angles tels qu'historiques, techniques et sociologiques, tout en apportant une réflexion personnelle.

□ **Pierre Rabischong**
Le Handicap

PUF
Décembre 2015

Cet ouvrage propose une approche pluridisciplinaire du handicap. C'est à travers la prise en compte des réalités physiologiques, psychologiques, sociales, historiques, juridiques, administratives et technologiques, que l'auteur tente d'aborder la situation de handicap, afin, notamment, de pouvoir mieux agir sur l'environnement de chacun.

□ **Geneviève Casile Hugues, Jean-Paul Céré, et coll.**

Santé et prison
Les Études Hospitalières
Décembre 2015

Cet ouvrage pose les grandes lignes du droit de la santé de la personne incarcérée. Les auteurs abordent les questions relatives aux droits des malades privés de liberté, et ce, à la lumière des normes nationale, européenne et internationale.

□ **Éric Agostini, Alain Carbonneau, et coll.**

Vin, droit et santé, 3^{ème} édition
Les Études Hospitalières
Octobre 2015

Ce livre est né d'une manifestation qui s'est déroulée en novembre 2014 et offre une nouvelle étude sur les trois disciplines. Du patrimoine culturel aux bienfaits et méfaits du vin sur l'organisme humain, les auteurs exposent également les contours de la loi Évin, avant de conclure par les paradoxes existants autour de la qualité du vin.

En droit étranger :

Afrique

- Susanne M. Klausen
Abortion Under Apartheid

Oxford University Press
Novembre 2015

Cet ouvrage traite des politiques d'avortement en Afrique du Sud pendant l'apartheid (1948-1990), lorsque l'interruption volontaire de grossesse était encore pénalisée. L'auteure aborde des thèmes comme l'industrie clandestine florissante, l'exécution des personnes favorables à l'avortement et le passage, en 1975, à un statut juridique de l'avortement.

- Mamadou Badji, Alice Desclaux
Nouveaux enjeux éthiques autour du médicament en Afrique

L'Harmattan
Janvier 2016

Cet ouvrage apporte une analyse des nouveaux enjeux éthiques sous différents angles, notamment au regard des tensions et enjeux contextuels et structurels en Afrique.

États-Unis

- Jennifer L. Pomeranz
Food Law for Public Health

Oxford University Press
Décembre 2015

Ce livre propose aux lecteurs n'ayant pas spécifiquement de formation en droit, une analyse de chaque aspect du droit lié à l'alimentation aux États-Unis. L'auteure aborde divers aspects liés aux problématiques nutritionnelles, tels que la sécurité des aliments, le marketing autour de l'alimentation, ou encore les programmes et directives mis en place par les autorités américaines.

Inde

- Feroz Ali
The access regime

Oxford University Press
Mars 2016

Cet ouvrage explique en quoi le droit des brevets en Inde est unique, car basé sur la démocratie sociale ; et différent du modèle américain qui lui est basé sur le néolibéralisme. L'auteur donne, aux États voulant suivre l'exemple indien de droit des brevets, un chemin à suivre.

Québec

- Julie Gosselin, Paul Samuel Greenman, Mélanie Joannis

Le développement professionnel en soins de santé primaire au Canada

PUQ
2015

Cet ouvrage fait état des enjeux de la pratique des professionnels en soins de santé primaire, et des meilleures stratégies pour leur permettre un développement professionnel ; dans un objectif d'amélioration continue des soins au profit des patients.

Royaume-Uni

- Katherine E. Smith, Clare Bambra, Sarah E. Hill

Health inequalities

Oxford University Press
Novembre 2015

L'ouvrage traite de la prise en charge des inégalités en santé au Royaume-Uni, des recherches effectuées jusqu'à aujourd'hui, et des efforts fournis par le gouvernement pour réduire ces inégalités. Il permet d'explorer les perspectives d'actions des acteurs, et s'adresse ainsi particulièrement aux chercheurs, étudiants postdoctoraux, décideurs publics et praticiens.

- Franklin G. Miller, Robert D. Truog
Death, Dying, and Organ Transplantation

Oxford University Press
Mars 2016

Les auteurs proposent un examen de l'arrêt de traitement des patients en fin de vie, et de ce que cela implique pour le don d'organes. L'ouvrage traite également des questions éthiques en la matière.

JANVIER 2016

♦ 2^{ème} journée Radiothérapie des établissements publics de santé

Le 14 janvier 2016

Organisée par la Fédération Hospitalière de France ainsi que par la Société Française de Radiothérapie Oncologique (SFRO), la Société Française des Physiciens Médicaux (SFPM), l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) et avec le soutien de l'Institut National du Cancer (INCa)

Hôpital Georges Pompidou, 20 rue Leblanc, 75015 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.chu-rouen.fr/sfmt/pages/accueil.php>

♦ « Actualités en santé au travail en milieu de soins »

Le 15 janvier 2016

Organisé par la Société Française de la Médecine du Travail

FIAP, salle Bruxelles – 30 rue Cabanis, 75014 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.chu-rouen.fr/sfmt/pages/accueil.php>

♦ Journée « Quelques notions clés de l'éthique biomédicale »

Le 19 janvier 2016

Organisée par l'Espace de réflexion éthique de la région Ile-de-France

Espace éthique Ile-de-France, CHU Saint-Louis, 1 avenue Claude Vellefaux, 75010 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.espace-ethique.org/evenements-de-janvier2016>

♦ Conférence – débats : « Rencontres d'Hippocrate ... Quelle politique de santé publique pour les addictions ? »

21 janvier 2016

Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes

Amphithéâtre Frezal, site des Cordeliers, 15 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions : http://www.medecine.parisdescartes.fr/?page_id=6672

♦ Journées de l'innovation en santé

Les 23 et 24 janvier 2016

Organisées par la Cité des Sciences et de l'Industrie

Centre des congrès de la Villette, 211 avenue Jean Jaurès, 75019 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.cite-sciences.fr/fr/au-programme/lieux-ressources/cite-de-la-sante/au-programme/cycle-innovation-sante/>

♦ Journée « Traverser ensemble l'erreur médicale »

Le 25 janvier 2016

Organisée par l'Espace de réflexion éthique de la région Ile-de-France

Espace éthique Ile-de-France, CHU Saint-Louis, 1 avenue Claude Vellefaux, 75010 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.espace-ethique.org/evenements-de-janvier2016>

♦ Séminaire : « Globalisation et efficience des systèmes de santé dans les pays ne développement

Le 26 janvier 2016

Organisé par l'Institut de Recherche et Documentation en Économie de la Santé (IRDES)

IRDES, 117 bis rue Manin, 75019 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://asp.bdsp.ehesp.fr/Colloques/Scripts/Show.bs?bqRef=18904>

♦ **Grenelle de la Santé Bucco-Dentaire : « L'accès aux soins de qualité pour tous »**

Le 28 janvier 2016

Organisé par l'Ordre National des Chirurgiens-Dentistes (ONCD)

Centre de conférence Capital 8, 32 rue Monceau, 75008 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.leciss.org/agenda/instances-et-groupes-de-travail-auxquels-le-ciss-participe/grenelle-de-la-sant%C3%A9-bucco-dentaire>

♦ **Colloque : « Santé au travail : repenser les liens. Quelles perspectives professionnelles, économiques et politiques pour agir autrement ? »**

Le 29 janvier 2016

Organisé par l'Association Travail Santé Société Territoire (TSST)

Salle Clémenceau, Palais du Luxembourg, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.asso-tsst.org/>

♦ **Séminaire : « Coopération hospitalière internationale »**

Le 29 janvier 2016

Organisé par la Conférence des directeurs généraux de CHU, le Fond pour la promotion des Études préalables, Études transversales et Évaluations (F3E) et la Fédération Hospitalière de France.

1 bis rue Cabanis, 75014 Paris.

Renseignements et inscriptions :

<http://www.fhf.fr/Actualite/Agendas/Seminaire-cooperation-hospitaliere-internationale>

FÉVRIER 2016

♦ **Forum de lancement de l'Institut pour la démocratie sanitaire**

Le 01 février 2016

Organisé par le Collectif Interassociatif sur la Santé (CISS)

Cite des Sciences et de l'Industrie, 30 avenue Corentin-Cariou, 75019 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.leciss.org/agenda/instances-et-groupes-de-travail-auxquels-le-ciss-participe/forum-lancement-IPDS>

♦ **Colloque : « TIC Santé 2016 »**

Les 3 et 4 février 2016

Organisé par FORMATICSanté

Institut Mutualiste Montsouris, 42 Boulevard Jourdan, 75014 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://formaticsante.fr/index.php/13-accueil/activitesformaticsante/1559-inscriptions-au-colloque-tic-sante-2016-a-tarif-preferentiel>

♦ **4^{ème} Journée nationale : « Accompagnement Hôpital numérique »**

Le 4 février 2016

Organisée par l'ANAP

Salle ASIEM, 6 rue Albert de Lapparent, 75007 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.evenements.anap.fr/hopitalnumerique/>

♦ **Conférence « La santé, bien commun de la société numérique »**

Le 9 février 2016

Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes

Salle du Conseil, 12 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions :

<https://www.univ-paris5.fr/AGENDA/Fevrier-2016/La-sante-bien-commun-de-la-societe-numerique>

- ♦ **Journée d'études : « Aménagements raisonnables et situation de handicap : Quels usages d'un nouveau cadre juridique ? »**

Le 11 février 2016

Organisées par la Fédération Hospitalière de France

FIAP Jean Monnet, 30 rue Cabanis, 75014 Paris.

Renseignements et inscriptions : <http://www.fhf.fr/Actualite/Agendas/Colloque-Actualite-et-enjeux-de-la-psychiatrie-et-de-la-sante-mentale-2016>

- ♦ **Colloque : « Actualité et enjeux de la psychiatrie et de la santé mentale 2016 »**

Le 11 février 2016

Organisé par l'École des Hautes Études en Santé Publique (EHESP), le Département sciences humaines et sociales et programme emploi des personnes handicapées dans la fonction publique, le Fonds d'insertion pour les Personnes Handicapées dans la Fonction Publique (FIPHFP), le Défenseur des droits et l'Institut fédératif de recherche sur le handicap (IFRH)

Paris.

Renseignements et inscriptions : <http://www.ehesp.fr/inscriptions-amenagement-raisonnable-et-situations-de-handicap-quels-usages-dun-nouveau-cadre-juridique/>

- ♦ **Conférence « Éthique et recherche en pédiatrie ? »**

Le 12 février 2016

Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes

Amphithéâtre Frezal, site des Cordeliers, 15 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions : http://www.medecine.parisdescartes.fr/?page_id=6672

- ♦ **Conférence « Éthique et recherche en pédiatrie ? »**

Le 12 février 2016

Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes

Amphithéâtre Frezal, site des Cordeliers, 15 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions : http://www.medecine.parisdescartes.fr/?page_id=6672

MARS 2016

- ♦ **Colloque : « Nous n'en avons pas fini avec la maltraitance »**

Le 8 mars 2016

Organisé par la Fédération des Établissements Hospitaliers et d'Aide à la Personne (FEHAP)

Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Salle Laroque, 14 avenue Duquesne, 75007 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.leciss.org/agenda/ev%C3%A9nements-et-manifestations-externes-au-ciss/colloque-maltraitance-mars-2016>

- ♦ **Colloque : « Les femmes au cœur du risque cardiovasculaire »**

Le 10 mars 2016

Organisé par la Direction Générale de la Santé (DGS), l'Institut de Veille Sanitaire (InVS) et l'Institut National de Prévention et d'Éducation pour la Santé (INPES)

Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Salle Laroque, 14 avenue Duquesne, 75007 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.leciss.org/agenda/ev%C3%A9nements-et-manifestations-externes-au-ciss/colloque-les-femmes-au-c%C5%93ur-du-risque-cardiovasculaire>

- ♦ **Colloque « Les enfants en situation de handicap psychique : des projets de soin au parcours de vie »**
Le 11 mars 2016
 Organisé par l'AFAR
 Maison de la Chimie, 28 rue Saint Dominique, 75007 Paris
 Renseignements et inscriptions :
http://www.afar.fr/afar-colloques/colloques_2016/colloque_ENFANT_150805.pdf
- ♦ **Colloque « L 'ambulatoire»**
Le 15 mars 2016
 Organisé par l'Association Française de Droit de la santé
 Paris
 Renseignements et inscriptions : <http://www.afds.fr/index.php?art=65&th=28>
- ♦ **Conférence « Une actualité internationale : la souffrance sociale»**
Le 17 mars 2016
 Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes
 Amphithéâtre Frezal, site des Cordeliers, 15 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris
 Renseignements et inscriptions : http://www.medecine.parisdescartes.fr/?page_id=6672
- ♦ **3^{ème} rencontres francophones sur les recompositions en santé**
Du 31 mars 2016 au 1er avril 2016
 Organisées par les rencontres francophones sur les recompositions en santé et l'ANAP
 Hôtel Méridien, Promenade des anglais, 06046 Nice
 Renseignements et inscriptions : <http://www.anap.fr/actualites/agenda/detail/actualites/les-3emes-rencontres-francophones-sur-les-recompositions-en-sante/>

AVRIL 2016

- ♦ **Conférence « Un an après la loi sur la fin de vie»**
Le 12 avril 2016
 Organisée par l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes
 Amphithéâtre Frezal, site des Cordeliers, 15 rue de l'École de Médecine, 75006 Paris
 Renseignements et inscriptions : http://www.medecine.parisdescartes.fr/?page_id=6672
- ♦ **Journée régionale « Les coopérations en question(s) dans le champ du handicap psychique et mental. La continuité du parcours de vie et de soins dans les coopérations croisées ».**
Le 28 avril 2016
 Organisée par la coordination Nord-Pas-de-Calais de la FASM Croix-Marine et l'EPSM Val-de-Lys-Artois
 EPSM Val-de-Lys-Artois, 20 rue de Busnes, 62350 Saint-Venan
 Renseignements et inscriptions : http://www.ash.tm.fr/mybdd/index.php?visu=142&date_debut=%3E=11/01/2016&fin_evenement=%3E=11/01/2016&statut=8763

Direction éditoriale
Directeur de la publication : Jean Deichtmann
Président de



Thomson Reuters France SAS
Division TRANSACTIVE
6/8 boulevard Haussmann – F-75009 Paris
RCS : Paris 352 936 876
information@transactive.fr
www.transactive.fr

ISSN : 2269-9635

Rédaction
TRANSACTIVE
jdsam@transactive.fr

Conception graphique
Laurent Dejestret

Imprimeur
Imprimerie Jouve

Achevé d'imprimer
par l'imprimerie Jouve
en mars 2016
Pour TRANSACTIVE
Dépôt légal : mars 2016



THOMSON REUTERS
TRANSACTIONAL

Institut
Droit et
Santé

Université Paris Descartes
Inserm UMRS 1145



UNIVERSITÉ
PARIS DESCARTES

