

Journal de Droit de Santé et de l'Assurance Maladie

Éditorial

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview

MIREILLE FAUGÈRE

Dossier thématique

Familles, santé : évolutions et perspectives

La loi Taubira, et au-delà...

MARIE MESNIL

Et au-delà de l'IAD pour toutes : la maternité pour autrui ?

ASTRID MARAIS

Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ?

LAURENCE BRUNET

Nouvelles de l'étranger

DUNCAN FAIRGRIEVE

Bibliographie

FLORENCE FILLY
AMANDINE GICQUEL
MAGALI SITBON

Agenda

Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
MARIE GROSSET
DIDIER TABUTEAU

2 – Droits des malades et bioéthique

ANNE LAUDE
EMMANUELLE PRADA-BORDENAVE
OLIVIER SAUMON

3 – Établissements de santé et médico-sociaux

XAVIER CABANNES
JULIE DIEBOLD
MARC DUPONT

4 – Produits de santé

HÉLENE MILLER
PASCAL PAUBEL
JÉRÔME PEIGNÉ

5 – Assurances des activités de santé

LUC GRYNBAUM
DAVID NOGUÉRO
BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation

MIREILLE BACACHE
LYDIA MORLET
SYLVIE WELSCH

7 – Propriété intellectuelle et concurrence

CAROLINE CARREAU
JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER
CAROLINE LE GOFFIC

8 – Financement et fiscalité

ALAIN GUBIAN
RÉMI PELLET
AGNÈS SCHWEITZER

9 – Travail et risques professionnels

STÉPHANE BRISSY
NICOLAS DESBACQ
DOMINIQUE MARTIN

10 – Droit pénal de la santé

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

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire

JEAN-LOUIS CARPENTIER
JEAN LESSI
AGNÈS MARTINEL
DIDIER TABUTEAU

12 – Environnement et santé

PHILIPPE BILLET
YVON MARTINET
PATRICIA SAVIN
CHRISTOPHE SAVONNET



Éditorial.....	3
ANNE LAUDE DIDIER TABUTEAU	

Interview.....	5
MIREILLE FAUGÈRE	

Dossier thématique

Familles, santé : évolutions et perspectives

La loi Taubira, et au-delà.....	9
MARIE MESNIL	

Et au-delà de l'ADI pour toutes : la maternité pour autrui ?	20
ASTRID MARAIS	

Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ?	25
LAURENCE BRUNET	

Nouvelles de l'étranger.....	128
DUNCAN FAIRGRIEVE	

Bibliographie	130
FLORENCE FILLY AMANDINE GICQUEL MAGALI SITBON	

Agenda.....	135
-------------	-----



Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé.....	31
--	----

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
MARIE GROSSET
DIDIER TABUTEAU

2 – Droits des malades et bioéthique.....	37
---	----

ANNE LAUDE
EMMANUELLE PRADA-BORDENAVE
OLIVIER SAUMON

3 – Établissements de santé et médico-sociaux.....	46
--	----

XAVIER CABANNES
JULIE DIEBOLD
MARC DUPONT

4 – Produits de santé.....	55
----------------------------	----

HÉLÈNE MILLER
PASCAL PAUBEL
JÉRÔME PEIGNÉ

5 – Assurances des activités de santé	61
---	----

LUC GRYNBAUM
DAVID NOGUÉRO
BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation.....	67
--	----

MIREILLE BACACHE
LYDIA MORLET
SYLVIE WELSCH

7 – Propriété intellectuelle et concurrence.....	78
--	----

CAROLINE CARREAU
JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER
CAROLINE LE GOFFIC

8 – Financement et fiscalité	92
------------------------------------	----

ALAIN GUBIAN
RÉMI PELLET
AGNÈS SCHWEITZER

9 – Travail et risques professionnels.....	98
--	----

STÉPHANE BRISSY
NICOLAS DESBACQ
DOMINIQUE MARTIN

10 – Droit pénal de la santé	106
------------------------------------	-----

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

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire.....	113
---	-----

JEAN-LOUIS CARPENTIER
JEAN LESSI
AGNÈS MARTINEL
DIDIER TABUTEAU

12 – Environnement et santé	120
-----------------------------------	-----

PHILIPPE BILLET
YVON MARTINET
PATRICIA SAVIN
CHRISTOPHE SAVONNET

Directeurs de la rédaction :

Anne Laude : *Professeur, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, 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, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po*

Coordinatrice de la rédaction :

Caroline Le Goffic : *Maître de conférences, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Membre de l'Institut Droit et Santé*

Comité international :

Lary Brown : *Professor of Health policy and management, Columbia University*

Sueli Dallari : *Professeur à l'Université de Sao 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*

Bulletin d'abonnement

Destinataire de l'abonnement

Organisme/Société/Cabinet
Nom et Prénom
Fonction/Service
Adresse
Code postal Ville
Pays
Tél. Fax
eMail

Adresse de facturation (si différente)

Organisme/Société/Cabinet
Nom et Prénom
Fonction/Service
Adresse
Code postal Ville
Pays
Tél. Fax
eMail

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



**THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE**

Revue trimestrielle
(4 numéros / an)

Abonnement année 2013
3 numéros : 120 € TTC

Chèque joint
Règlement à réception de facture
(rayer la mention inutile)

À retourner par courrier,
email ou fax à

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

Contact
liana.debras@thomsonreuters.com

Tél. +33 (0) 1 56 03 68 08
Fax +33 (0) 1 56 03 68 98

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé

Didier Tabuteau

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

L'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples des personnes de même sexe a non seulement fait l'objet de vifs débats pour son contenu même, mais aussi pour les évolutions auxquelles elle pourrait conduire : l'ouverture de la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de même sexe et la légalisation de la gestation pour autrui (GPA). Ces questions au croisement du droit de la famille et du droit de la bioéthique ont apparues par leur importance pouvoir faire l'objet du dossier de ce numéro du Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie.

L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe procède d'une définition par le législateur du mariage puisque cette définition faisait défaut. L'article 1^{er} de la loi dispose que « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Cette définition, indifférente au sexe des époux, induit nécessairement l'ouverture des mécanismes juridiques réservés aux couples mariés et notamment ceux de l'adoption plénière par un couple marié et de l'adoption simple de l'enfant du conjoint.

Toutefois, la loi du 17 mai 2013 ne change aucunement les conditions d'accès aux techniques de PMA, qui font l'objet d'un double verrouillage. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique réserve le bénéfice des techniques de PMA aux couples dont les techniques auraient « pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». En outre, « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ». Depuis les révisions des lois dites de bioéthique en 2004 et 2011, les techniques de PMA ont été peu à peu mises en place comme des techniques thérapeutiques intervenant dans le cadre d'un « couple pathologique ». Ceci exclut les couples qui n'auraient pas un diagnostic médical de leur stérilité, d'avoir accès aux techniques sur le territoire national. Seule une nouvelle loi permettrait d'ouvrir l'accès des techniques de PMA aux femmes, seules ou en couples. Mais, la mise à l'agenda politique de ce nouveau sujet de société semble délicate.

La parution d'une circulaire du ministère de la justice le 25 janvier 2013, a au même moment relancé la question de la reconnaissance en France de l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger. Cette circulaire d'application immédiate invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité français aux enfants nés à l'étranger d'un parent français même s'il y a vraisemblablement eu recours à une GPA. Cette circulaire a soulevé des interrogations quant à sa légalité, mais aussi sur les évolutions possibles de la législation.

Les articles réunis dans ce dossier permettent d'aborder ces questions délicates à travers la réflexion personnelle de différents chercheurs.



Interview de Mireille Faugère Directrice Générale de l'AP-HP

Quelles évolutions du droit hospitalier vous semblent souhaitables ?

● Le cadre légal et réglementaire des relations entre la ville et l'hôpital est actuellement en partie inadapté à des coopérations souples et opérationnelles. Les échanges croisés de personnels requièrent la formalisation d'organisations très construites, sous forme de groupements (GCS, GIP), qui sont souvent lourdes à mettre en œuvre, et donc dissuasives.

Le droit hospitalier gagnerait à responsabiliser davantage les établissements en leur permettant un usage plus immédiat des contrats et conventions, pour des actions ponctuelles « gagnant-gagnant » pouvant être mises en place sans formalités excessives, et faisant participer les professionnels médicaux et paramédicaux libéraux, exerçant en cabinet ou en clinique, ou ceux des centres de santé, aux activités hospitalières. Ceci en fonction des fluctuations d'activités, pour des besoins ponctuels de compétences spécialisées ou encore pour associer les praticiens hospitaliers à des missions externes de santé publique (permanence de soins, etc.).

De plus grandes possibilités de « panachage » des personnels sur des actions spécifiques d'intérêt général associant professionnels publics et privés permettraient probablement de mieux organiser les soins, dans un contexte difficile au plan démographique (problématique des masseurs kinésithérapeutes dans les USLD par exemple)¹.

● De manière plus générale, le droit hospitalier gagnerait à être simplifié sur de nombreux aspects pour lesquels, dans un souci de consensus général, le processus de décision comprend de multiples étapes.

Prenons l'exemple de la télémedecine. À mon initiative, la conférence des directeurs généraux de CHU a souhaité des simplifications permettant, dans l'intérêt des malades, avec le maximum de souplesse (ce qui n'est pas forcément contradictoire avec les obligations de protection des données) dans les prises en charge à distance associant ponctuellement des professionnels de différents sites hospitaliers ou exerçant en ville ; il devrait être possible à nos équipes et à d'autres professionnels, en respectant des précautions connues de tous, d'échanger sous forme de téléconsultation leurs analyses et commentaires diagnostiques sur un patient donné, sans devoir s'inscrire forcément dans un dispositif très formalisé et doté d'une autorisation donnée au plan régional (ARS) ; il pourrait en être de même lorsque nos équipes universitaires souhaitent développer

une activité rémunérée de télé-expertise au bénéfice d'autres équipes à l'étranger dépourvues de nos capacités d'investigation.

La simplification de la conservation des données en est un autre exemple, que j'ai également évoqué avec la conférence des directeurs généraux de CHU. Il s'agit de tirer pleinement parti de l'outil informatique pour gérer la masse considérable de nos dossiers médicaux ou valider les examens biologiques. La réglementation hospitalière doit nous aider à mettre en œuvre véritablement l'« hôpital sans papier ». Le droit ne doit pas être en retard, sur ces sujets stratégiques, et freiner le déploiement de techniques à fort impact en termes d'efficacité.

● Un CHU comme l'AP-HP, dont la taille et l'attractivité sont importantes à l'échelle internationale, doit pouvoir bénéficier de facilités pour attirer et fidéliser des professionnels de haut niveau en dehors de nos frontières, dans une ambition qui est partagée d'ailleurs par nos grands organismes de recherche. De la même façon, il est souhaitable que nos professionnels des CHU puissent davantage – sans pour autant encourager une fuite des compétences – se former et échanger, régulièrement au cours de leur carrière, dans les plus grands hôpitaux hors la France.

Par ailleurs, le contexte budgétaire actuel nous conduit à chercher de nouvelles ressources ou de nouveaux montages juridiques, qui ne sont pas toujours possibles dans le cadre réglementaire et jurisprudentiel actuel.

● Ainsi, la loi « Evin » du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière a introduit dans le droit hospitalier la possibilité pour les hôpitaux publics, « à titre accessoire », de mener des activités « subsidiaires » génératrices de ressources externes.

Cette disposition est aujourd'hui très peu mise en œuvre en raison d'une jurisprudence administrative restrictive. Or, elle pourrait permettre à nos hôpitaux de valoriser leur patrimoine économique et humain : actions de formation, d'expertise (le cas échéant à l'international), prestations logistiques (traitement du linge, restauration, contrôle qualité), prestations médicales et soignantes (auprès d'EHPAD, de cliniques...), biologiques (valorisation des plates-formes), d'imagerie, etc.

Il serait utile de réfléchir à plus de sécurisation des conditions de mise en œuvre de cette faculté prévue par la loi, mais aujourd'hui virtuelle en pratique.

● S'agissant de nouvelles structures de valorisation, il faudrait étudier la possibilité de constituer des filiales, ce qui n'est pas possible aujourd'hui à l'hôpital public, alors que cette possibilité est prévue, pour des établissements comme l'INSERM. Les

1 - L'article L.6146-2 du code de la santé publique sur les contrats de participation aux missions de service public des professionnels libéraux n'est pas ouvert aux paramédicaux sauf pour l'HAD.

universités elles-mêmes peuvent créer des sociétés de valorisation, gage de souplesse. L'AP-HP gagnerait, de même que les plus grands CHU, à bénéficier d'une telle faculté, qui rendrait possible le développement de nouvelles activités, notamment dans le champ des activités logistiques et dans celui de la recherche.

Quelles sont les attentes de l'AP-HP à la suite de la remise du rapport sur le pacte de confiance ?

Le terme de confiance est un très beau mot. Le fait qu'il soit le fil conducteur d'une politique destinée à améliorer l'organisation et le fonctionnement de l'hôpital doit être considéré comme prometteur.

La ministre a annoncé plusieurs engagements lors de la remise du rapport. Je ne vais pas les reprendre un par un. Certains concernent spécifiquement l'AP-HP :

- nécessité pour l'AP-HP de renforcer son ancrage territorial,
- importance d'une gouvernance simplifiée, et d'associer les personnels aux choix qui les concernent,
- mise en place par l'ARS d'un fonds spécial pour l'investissement matériel médical de proximité.

C'est à partir des engagements et des messages particuliers de la ministre que se déterminent les attentes de l'AP-HP autour de 4 grands axes.

L'ancrage territorial de l'AP-HP, CHU d'Ile-de-France, est un objectif pour les établissements de l'AP-HP, comme il doit l'être d'ailleurs pour tous les hôpitaux. Cette dimension territoriale va être un des axes majeurs du futur plan stratégique de l'AP-HP pour la période 2015-2019 qui va être préparé à partir de l'automne prochain. Elle sera intégrée dans le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens qui va être conclu entre l'AP-HP et l'ARS d'Ile-de-France. Nous avons la ferme volonté de participer au décloisonnement de l'offre de santé et pas seulement de soins. La mission des agences régionales de santé est en particulier de permettre une organisation coordonnée entre la prise en charge sanitaire, sociale et médicosociale. L'AP-HP entend prendre toute sa place dans la mise en œuvre de cette orientation.

L'AP-HP avec 37 hôpitaux et 12 groupes hospitaliers est un établissement nécessitant une gouvernance adaptée à sa taille. Le code de la santé publique et le règlement intérieur de l'AP-HP fixent une organisation spécifique. Elle existe donc mais elle nécessite en permanence d'évoluer. Au-delà des évolutions annoncées sur la gouvernance en particulier sur le champ de compétence de la commission médicale d'établissement (CME), ma préoccupation permanente est de déterminer à chaque niveau de l'organisation, direction générale, groupes hospitaliers, pôles, sites, services, les responsabilités adaptées. Il n'y a pas de réponse en soi mais cela suppose à chaque fois pour chaque sujet de trouver un bon équilibre entre efficacité et besoin de coordination. Ma volonté est de responsabiliser le plus possible les

acteurs avec en contrepartie un engagement en termes d'objectifs.

La gouvernance démocratique équilibrée par la ministre implique de renforcer tant la place des professionnels que celle des usagers. C'est dans cet esprit que l'AP-HP a mis en place des dispositifs d'écoute et de consultation de tous avec les enquêtes désormais renforcées auprès des usagers et le baromètre interne pour les professionnels. Près de 22 000 professionnels ont répondu au questionnaire du baromètre ce qui va nous permettre de travailler dès la rentrée de septembre 2013 à partir de leur opinion et de leur attente. C'est bien la base du « pacte de confiance » que de partir de l'opinion des patients et des professionnels. Mais écouter sans actions à suivre serait vain et nous attendons beaucoup de cette mobilisation collective pour dégager des pistes concrètes d'amélioration des conditions de travail et par là même de la qualité et de la sécurité des soins.

L'AP-HP est une organisation complexe en transformation qui a l'ambition de prendre en compte le progrès médical, l'évolution des prises en charges et les attentes des patients. Ceci suppose un travail permanent sur les organisations des activités et du travail de tous les professionnels, médicaux et non médicaux.

D'ores et déjà, nous avons mis en place des actions fortes autour du référentiel de conduite d'un projet de restructuration, un projet prioritaire sur les conditions de travail, un autre sur le lean management. En parallèle se mènent des plans d'attractivité et de fidélisation pour les métiers en tension, les cadres de santé, les infirmiers. Alors que la gouvernance s'organise au niveau des pôles, des groupes hospitaliers et de l'institution, les sujets autour des organisations et des conditions de travail doivent faire l'objet d'un travail dans les unités de travail avec les professionnels de toutes catégories. La mobilisation des responsables médicaux, chefs de services ou responsables d'unités avec les cadres de santé est déterminante pour mener ces actions. Il est frappant de constater les améliorations immédiates dans les unités qui se sont déjà engagées dans ces actions. L'accompagnement institutionnel est très fort, tant du président de la CME que de la direction générale. Il se traduit par un projet d'Institut AP-HP qui est destiné à accompagner tous les responsables et qui verra le jour à l'automne 2013.

L'annonce ministérielle d'une relance des contrats locaux d'amélioration des conditions de travail et de création d'un fonds spécial par l'ARS pour aider l'investissement en petit matériel médical peut représenter un soutien intéressant pour accompagner la politique déjà engagée dans ce domaine par l'AP-HP.

Certaines réorganisations vont impliquer des projets d'investissement de grande ampleur et ne peuvent être lancés sans accompagnement financier des tutelles. Dans le cadre de la nouvelle procédure d'accompagnement des investissements mise en place par le ministère de la santé, l'AP-HP va présenter des projets concernant notamment le nouveau Lariboisière, Bichat et Beaujon.

Les attentes de l'AP-HP suite au rapport sur le « Pacte de Confiance » sont donc plus à notre main avec des engagements qui avaient été inscrits dans notre action depuis 3 ans. Il y a bien sûr des attentes à l'égard des pouvoirs publics pour un accompagnement des opérations d'investissement. Pour le reste, il nous faut disposer du temps pour créer les conditions de la confiance avec tous, usagers et professionnels, dans un contexte où la contrainte financière ne doit pas brider l'action mais bien au contraire nous conduire à regarder par nous-mêmes les marges de manœuvre que doit permettre une meilleure organisation au service des patients.

Quelle doit être selon vous la place des usagers à l'hôpital ?

À l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, l'attention portée à l'expression des usagers est au cœur des nouvelles orientations stratégiques. Cette notion recouvre à la fois le respect des droits des patients et le souci de leur satisfaction, objectifs qui relèvent d'un même programme qualité.

Le dialogue engagé reste cependant fragile : la communauté hospitalière a encore peu de recul (la mise en place des CRUQPC² ne date que de 2006), une connaissance insuffisante des droits individuels et collectifs, que certains patients ne maîtrisent pas davantage, et les réticences demeurent. Un gros travail de pédagogie reste à faire. Il doit passer par une écoute réciproque et des échanges réguliers.

En dix ans, les usagers de l'hôpital, patients et proches, ont peu à peu appris à faire entendre leur voix, à faire valoir leurs droits et sont devenus des interlocuteurs plus actifs et mieux informés face aux professionnels.

Tout d'abord, l'usager apporte des informations essentielles à l'équipe soignante lors de sa prise en charge. À ce titre, il est un acteur de sa santé et contribue à améliorer les soins qui lui sont prodigués. La prise en compte de la parole du malade, l'écoute et l'échange sont essentiels pour permettre l'expression du consentement.

La qualité de la relation avec le patient et son entourage est plus essentielle encore dans les situations d'évènements indésirables graves.

La prise en compte des usagers se traduit également par la mesure de sa satisfaction à la suite de son passage à l'hôpital, soit en consultation, soit en hospitalisation. Un dispositif d'enquête en ligne destiné à disposer d'un suivi de la satisfaction des usagers est actuellement en cours de déploiement.

Depuis l'émergence de la démocratie sanitaire à l'hôpital, la mise en place d'une instance dédiée et la montée en charge des représentants des usagers, la communauté hospitalière s'est adaptée en assurant le fonctionnement des CRUQPC et en dédiant des équipes au dialogue avec les usagers et leurs représentants.

Au-delà de ces efforts organisationnels liés à une obligation réglementaire, force est de constater, au quotidien, que les mentalités évoluent plus lentement : de nombreux professionnels se méfient de la parole du patient qui est perçue comme potentiellement critique et non constructive.

Pourtant, les réclamations, même si elles restent très peu nombreuses au regard du nombre de consultations et d'hospitalisations, sont une source importante et souvent très riche d'informations sur la qualité perçue et sur le vécu du passage à l'hôpital et permettent souvent, après investigations, de mettre en place des actions correctives qui peuvent représenter de vraies avancées qualitatives : prévention des pertes de prothèses, des chutes, des fugues, gestion du linge, transmission plus rapide des dossiers médicaux, ...

À ce titre, les représentants des usagers et les usagers eux-mêmes, via les remarques et les éloges qu'ils adressent aux établissements, sont des partenaires essentiels.

C'est pour cultiver ce terreau fertile que j'ai souhaité créer la direction du service aux patients et de la communication.

Cette nouvelle direction a pour objectifs et principes fondateurs en matière de service aux patients d'améliorer l'accessibilité à l'hôpital, de développer la continuité pour le patient entre la ville et l'hôpital, de faciliter la relation entre les patients et les hospitaliers et de poursuivre la mise en qualité de divers services utiles au patient au quotidien.

Sur un plan plus institutionnel, j'ai aussi présidé à la mise en place de la commission centrale de concertation avec les usagers, instance nouvelle créée en juin 2011 pour veiller, aux côtés de la CME et de la CCSIRMT³, à impulser une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que des conditions d'accueil et de prise en charge des usagers.

Dialogue, concertation, réflexion transversale sur la qualité du service aux usagers, tout au long du parcours du patient et dans son intérêt, sont les fils conducteurs des débats de cette commission, qui doivent permettre d'avancer ensemble sur certaines thématiques transversales et récurrentes identifiées notamment grâce à l'investissement de nos représentants des usagers et des familles dans divers projets d'amélioration de la qualité.

Les usagers sont associés à des travaux de réflexion qui ont pour préoccupation commune la bientraitance des malades notamment des patients âgés.

Cette instance nouvelle s'inscrit dans la continuité de la loi du 4 mars 2002, en ménageant un nouvel espace dédié au recueil de l'expression des usagers et de leurs représentants. Cet échange dans le respect mutuel constitue une réelle opportunité.

2 - commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge.

3 - commission centrale des soins infirmiers, de rééducation et médico-technique.

Il convient donc d'envisager l'utilisateur comme un moteur de la transformation de l'AP-HP.

C'est à la communauté hospitalière de se mobiliser pleinement pour favoriser le travail collaboratif avec les usagers. À la clé d'un changement des perceptions et des positionnements de part et d'autre, il importe avant tout de prendre l'habitude de travailler ensemble au quotidien pour que cela devienne partie intégrante des pratiques.

C'est l'esprit d'une délibération récente du conseil de surveillance de l'AP-HP appelant les instances locales et centrales à s'impliquer dans la promotion des commissions des usagers (CRUQPC).

La loi Taubira, et au-delà...

Marie Mesnil

Doctorante contractuelle – Réseau doctoral de l'EHESP
– Institut Droit et Santé – Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité, France
Institut Droit de la Santé, Université de Neuchâtel,
Suisse

Les débats relatifs à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe sont anciens. En amont de l'adoption de la loi créant le Pacte Civil de Solidarité (PACS) en 1999, la question de la forme de l'union reconnaissant le couple homosexuel s'est posée. Finalement, le PACS est adopté et offre un statut conjugal alternatif, plus protecteur en comparaison avec le seul concubinage qui était alors possible pour les couples homosexuels¹. Aujourd'hui, le PACS est rentré dans le paysage juridique et la proportion réduite de PACS contractés par des couples de même sexe en est une illustration².

Par ailleurs, la question de la reconnaissance juridique du couple homosexuel s'inscrit dans le cadre plus large d'évolutions progressives qui permettent de faire passer le droit français « de la répression de l'homosexualité à la répression de l'homophobie »³.

Avec le changement de gouvernement en mai 2012, la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe trouve une inscription à l'agenda politique⁴.

À la suite de débats parlementaires longs et de mobilisations collectives animées, le projet de loi a été adopté le 23 avril 2013, puis a été immédiatement déféré par plus de 60 députés et sénateurs au Conseil constitutionnel. Ce dernier a rendu sa décision le 17 mai 2013⁵, déclarant l'ensemble des articles du texte de loi qui lui étaient déférés conforme à la Constitution. Une réserve d'interprétation a par

ailleurs été émise quant à la finalité de l'agrément nécessaire en cas d'adoption plénière, répondant au grief tiré de la conformité des dispositions à l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946. Le texte a été immédiatement promulgué, inscrivant définitivement le 17 mai 2013 comme la date du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁶. Le 17 mai 2013 est une date symbolique puisqu'elle correspond à la journée mondiale de lutte contre l'homophobie, qui a été choisie pour rendre hommage à la décision de l'Organisation mondiale de la santé qui avait retiré l'homosexualité de la liste des troubles du comportement le 17 mai 1990.

La question de l'ouverture du mariage a été associée par les partisans comme les opposants au texte aux questions de filiation, déplaçant les débats du mariage vers les nouvelles techniques de la reproduction, que sont respectivement la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA). Il semble alors important, comme le Conseil constitutionnel le fait dans sa décision du 17 mai 2013, de répondre explicitement à ces interrogations. En effet, le texte de loi sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe définit le mariage afin de permettre aux couples de même sexe de se marier (I). Cette définition, indifférente au sexe des époux, induit nécessairement l'ouverture des mécanismes juridiques réservés aux couples mariés et notamment ceux de l'adoption plénière par un couple marié et de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. C'est alors l'occasion pour le Conseil constitutionnel de replacer l'intérêt de l'enfant au centre des préoccupations liées à l'agrément requis pour une adoption plénière (II). Toutefois, les conditions d'accès à la PMA et l'interdiction de la GPA ne sont pas actuellement remises en cause, même si l'encadrement juridique de ces techniques fait l'objet de discussions importantes (III).

I. Ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe

L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe procède d'une définition par le législateur du mariage dans la mesure où cette définition faisait défaut (A). Par ailleurs, des dispositions spécifiques sont prévues pour les mariages de couples de personnes de même sexe, qui présenterait un élément d'extranéité. Ces mesures répondent à la nécessaire prise en compte des différences d'avancement des droits des personnes LGBT⁷ à

1 - Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

2 - Emma Davie, Un million de pacsés début 2010, Insee Première, n° 1336, février 2011, disponible sur http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&ref_id=ip1336 : Au 1er janvier 2010, le nombre de personnes pacsées a dépassé le nombre symbolique du million et seuls 6% des PACS sont conclus par des personnes de même sexe, selon les données de l'INSEE.

3 - Pour une perspective historique sur ce sujet, voir not. Yvoret Jean-Jacques, « De la répression de l'homosexualité à la répression de l'homophobie », Les Cahiers Dynamiques, 2011/2 n° 51, p. 101-107.

4 - L'engagement 31 du programme du candidat-président prévoit explicitement : « J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels ».

5 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

6 - Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

7 - L'acronyme LGBT correspond à une catégorie hétérogène de personnes qui rassemble les lesbiennes, les gays, les

travers le monde et en particulier de la pénalisation des pratiques homosexuelles qui concernent 76 pays⁸ (B).

A. Une définition du mariage indifférente au critère d'altérité sexuelle des époux

Il est intéressant de noter, à titre liminaire, comme le fait le professeur Rémy Libchaber, que « la revendication des personnes de même sexe travaille sous nos yeux la catégorie juridique du mariage civil, dont on croyait pourtant tout connaître »⁹. Ainsi, l'ouverture du mariage induit une définition générale du mariage (1), remettant en cause les certitudes de certains juristes (2).

1. La définition légale du mariage

D'un point de vue historique, le « mariage civil, ce mariage laïcisé, n'a pas été défini : sortant de la tradition pour être appréhendé par la législation révolutionnaire, il n'a fait l'objet d'aucune élaboration qui en eût établi la singularité »¹⁰. Les décisions qui ont été rendues jusqu'à l'adoption du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe témoignent d'ailleurs de cette absence de définition légale du mariage. Ainsi, dans l'affaire du mariage de Bègles célébré par le maire de commune entre deux hommes en 2004, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la définition du mariage. Approuvant les décisions rendues par les juridictions du fond¹¹, la première chambre civile de la haute juridiction judiciaire a dans ce contexte jugé « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »¹². Il est intéressant de noter qu'à ce stade la décision de la Cour de cassation est rendue sans visa et que le raisonnement juridique n'est fondé sur aucune disposition législative particulière.

Saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de deux articles du code civil qui explicitent une condition d'altérité sexuelle et qui fonderaient alors

bisexuels et les trans, autrement dit des personnes qui pourraient être discriminées à raison de leur orientation sexuelle ou de leur genre.

8 - "State-sponsored homophobia: a world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults", International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), Brussels, May 2011, p. 9 cité par le Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41, p. 15, § 40. Consultable en ligne sur www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_French.pdf

9 - Rémy Libchaber, La notion de mariage, civil, Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, p. 326.

10 - Rémy Libchaber, La notion de mariage, civil Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, p. 327.

11 - TGI de Bordeaux, 27 juillet 2004 puis en appel, CA Bordeaux, 19 avril 2005, D. 2005.J.1687, N. Agostini

12 - Cass., 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

l'interdiction de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe¹³. Les dispositions concernées se trouvent au dernier alinéa de l'article 75 du code civil qui dispose que l'officier d'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » et de l'article 144 du code civil, aux termes duquel « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Les juges de la rue de Montpensier ont rejeté l'ensemble des griefs, relatifs à la liberté du mariage, au principe d'égalité et au droit à mener une vie familiale normale. Un commentaire réalisé par le Conseil constitutionnel de la décision de la Cour de cassation de 2007 met d'ailleurs en exergue que l'absence de visa à l'arrêt montre que la haute juridiction judiciaire « a énoncé ainsi que la condition d'altérité sexuelle le mariage est un principe général du droit civil qui a un fondement et une portée plus larges que ceux de (l)es deux articles du code civil »¹⁴ qui ont par la suite été déferés devant les sages.

Des juridictions de nature et de degrés différents ont ainsi été amenées à se prononcer sur la définition du mariage, de manière générale ou en appréciant spécifiquement certains articles du code civil. Finalement, les juges du Conseil constitutionnel dans la QPC de 2011 ont renvoyé au parlement le soin d'apprécier et de décider s'il y avait lieu d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁵.

Il appartient donc au parlement de définir les contours du mariage et de décider de l'ouvrir aux couples de personnes de même sexe. Voilà chose faite avec l'adoption du texte de loi et sa promulgation le 17 mai 2013 par le président de la République.

Ainsi, le projet de loi part du constat d'absence de définition du mariage et l'exposé des motifs précise d'emblée que : « Le mariage n'a toutefois pas été défini par le code civil, qui traite des actes du mariage, puis, dans un titre distinct, des conditions, des effets et de la dissolution du mariage. Nulle part n'a été expressément affirmé que le mariage suppose l'union d'un

13 - Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

14 - Commentaire Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, Cahier n° 32 de l'arrêt Cass., 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

15 - Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, §9 : « que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; »

homme et d'une femme. Cette condition découle toutefois d'autres dispositions du code civil. »¹⁶

L'article 1^{er} du texte de loi apporte alors des modifications aux dispositions du code civil relatives au mariage : d'abord, en insérant à l'article 143 du code civil, qui dispose que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* » et ensuite en modifiant l'article 144 qui était auparavant discuté comme un fondement à l'altérité sexuelle du mariage¹⁷, aux termes duquel, « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ». Les dispositions relatives aux cas d'inceste sont modifiées¹⁸ afin de prendre en compte les unions entre personnes de même sexe qui pourraient intervenir « *entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus* »¹⁹.

La question de la possibilité d'existence juridique d'un mariage ouvert aux couples de personne de même sexe s'est posée en amont de l'adoption du texte et certains juristes ont alors apporté une réponse empreinte de jusnaturalisme.

2. L'absence de valeur juridique reconnue à l'altérité sexuelle

L'absence de définition du mariage a très tôt été interprétée par les commentateurs et spécialistes les plus éminents du droit de la famille comme le reflet d'une évidence. Ainsi, le doyen Carbonnier écrivait que « *le code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes* »²⁰. Dans le même sens, d'aucuns parlent d'une loi qui « *a suivi la nature* »²¹ ou encore d'une « *évidence classique* »²² faisant l'objet d'« *une remise en cause contemporaine* »²³.

Cette position doctrinale a par la suite été étayée juridiquement ces derniers mois en préparation de l'examen du texte par le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'opposition au texte de loi s'est en partie portée sur l'inconstitutionnalité de l'ouverture du

16 - <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344.asp>

17 - En ce sens, Jean Carbonnier écrit que « L'article 144 donne élégamment à entendre que le mariage est une conjonction des sexes », Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2 – La famille, l'enfant, le couple*, 21e édition refondue, PUF, 2002, p. 392.

18 - L'article 162 du code civil dispose désormais que « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs » et l'article 163 du code civil « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce ».

19 - Pour reprendre la formulation indifférente au genre utilisée concernant le PACS à l'article 515-2 1° du code civil.

20 - Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2 – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21e édition refondue, 2002, pp. 391-392.

21 - Gérard Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien, 9e édition, 2006, p. 274.

22 - Alain Bénabent, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2e édition, 2012, n° 145, p. 31.

23 - Alain Bénabent, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2e édition, 2012, n° 146, p. 32.

mariage aux couples de personne de même sexe au nom d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Écrivant sous pseudonyme, une partie de la doctrine a pu défendre l'idée que la définition du mariage relèverait du « *législateur constitutionnel* » et non du législateur ordinaire²⁴. Dans le même sens, le professeur Pierre Delvolvé écrit que l'hétérosexualité du mariage « *est un principe fondamental que les lois de la République ont toujours mis en œuvre* »²⁵. En réponse, le professeur Dominique Rousseau démontre, quant à lui, que le mariage hétérosexuel relève de la compétence du législateur ordinaire, notamment dans la mesure où le mariage n'est défini par aucune loi²⁶.

Le débat doctrinal prend de l'ampleur²⁷ et différentes arènes d'expression sont mobilisées. Sur le débat relatif à la constitutionnalité du « mariage pour tous », d'autres auteurs à l'instar du professeur François-Xavier Bréchet continuent de défendre « *l'altérité sexuelle des époux et celle des parents* »²⁸ comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et appellent le Conseil constitutionnel à reconnaître ces principes. En réaction, Xavier Dupré de Boulois dresse la liste des obstacles à une telle reconnaissance : d'une part, « *tous les PFRLR consacrés jusque-là ont permis la promotion de nouveaux droits et libertés* » et d'autre part, « *il est possible de s'interroger sur l'idée d'une constitutionnalisation de dispositions du code civil au motif qu'elles auraient reçu une application constante entre 1804 et 1946* »²⁹. En outre, le débat essaime dans la sphère publique avec l'appel lancé par 170 juristes et historiens du droit contre le projet de loi à l'occasion de l'examen du texte par les Sénateurs³⁰. En réponse, quatre professeurs de droit public de

24 - Lucie Candide, *Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français* : Gazette du Palais, 3 octobre 2012, n° 278, p. 7.

25 - Pierre Delvolvé, « *Mariage : un homme, une femme* » : Le Figaro, 8 novembre 2012, p. 17.

26 - Dominique Rousseau, *Le « mariage pour tous » relève bien de la compétence du législateur ordinaire*, Gazette du Palais, 13 décembre 2012 n° 348, p. 5

27 - voir aussi Alexandre Viala, *Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise*, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013-4, 21 janvier 2013 et en réponse, Anne-Marie Le Pourhiet, *Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala*, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013-5, 4 février 2013 ou encore Bertrand Pauvert, *Sur une disputatio contemporaine et brûlante. - Considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République*, *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2013, dossier 10.

28 - François-Xavier Bréchet, *La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 51, 17 décembre 2012, doctr. 1388.

29 - Xavier Dupré de Boulois, « *Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit* », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012-23, 6 novembre 2012.

30 - Lettre ouverte adressée aux sénatrices et sénateurs de la République française, écrite à l'initiative des professeurs Aude Mirkovic et Guillaume Drago, 15 mars 2013. « *La lettre de 170 juristes aux sénateurs + les noms des signataires* », *Nouvelles de France*, 16 mars 2013, disponible en ligne <http://www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires>.

l'Université Paris Ouest Nanterre – La Défense répliquent en dénonçant l'instrumentalisation des titres universitaires et l'utilisation de l'expertise juridique au profit de l'expression de préférences personnelles³¹.

Ce débat doctrinal est intéressant dans la mesure où il interroge la place que peuvent occuper les juristes dans la société et de quelle manière peut être utilisée l'expertise juridique. En outre, il semble mettre en lumière une faiblesse intrinsèque des prises de positions de certains, qui se targuent de vérité scientifique là où elles sont parfois que l'expression que positions personnelles et partisans. Ainsi, concernant l'évidence de l'altérité sexuelle du mariage qui conduirait nécessairement à la reconnaissance d'un PFRLR, François Chénéde dénonce « une double dissimulation : dissimulation de son opinion politique par l'adoption d'une posture jusnaturaliste ; dissimulation de sa démarche jusnaturaliste par l'invocation des principes constitutionnels »³².

Le Conseil constitutionnel a finalement tranché ce débat doctrinal par sa décision du 17 mai 2013 qui valide les dispositions du texte de loi relatives au mariage : il rejette l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en ce domaine aux motifs que « cette règle (...) n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics » et écarte « en tout état de cause » « le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme »³³.

Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi prévoit des dispositions spécifiques tenant à la prise en compte de la diversité au niveau mondial de l'avancement des droits des personnes homosexuelles. Ainsi, sont pris en compte les éléments d'extranéité qui pourraient survenir en cas de mariage de personnes de même sexe et ne pas permettre à ces derniers d'avoir accès à cette liberté.

B. Des adaptations spécifiques nécessaires à la prise en compte des éléments d'extranéité

Témoignant de l'actualité et de l'importance de la question des discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dont sont victimes les personnes LGBT à travers le monde, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté en juin 2011 la résolution 17/19³⁴. En application de la résolution, un rapport de la Haut-Commissaire des

31 - Eric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hennette-Vauchez, Véronique Champeille-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », Raison Publique, mercredi 20 mars 2013.

32 - François Chénéde, Le constitutionalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe, Petites affiches, 20 février 2013 n° 37, p.6.

33 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §21.

34 - ONU, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme 17/19, Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, A/HRC/RES/17/19.

Nations Unies aux droits de l'homme³⁵ rend compte « des lois et des pratiques discriminatoires ainsi que des actes de violence commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre ». Le rapport permet ainsi de saisir l'ampleur des menaces qui pèsent sur les personnes à raison de leur orientation sexuelle : soixante-seize pays ont des lois qui incriminent les relations sexuelles entre adultes consentants du même sexe et au moins cinq pays appliquent la peine de mort à de telles infractions. Dans ce contexte, le régime du mariage en droit international privé a du faire l'objet de quelques adaptations afin d'assurer la sécurité des couples de personnes de même sexe et de leur permettre de se marier.

Les règles de droit international privé s'appliquant au mariage sont ainsi précisées et concernent d'une part les mariages contractés en France par des couples de personnes de même sexe quelle que soit la nationalité de ces personnes (1) et d'autre part l'impossibilité de célébrer dans certains pays le mariage de couples de personnes du même sexe alors que l'une des deux personnes est Française (2).

1. La possibilité de contracter mariage en France, avec un étranger ou entre étrangers

Le droit international privé a déjà dû prendre en compte les législations étrangères qui reconnaissent le mariage homosexuel et se prononcer sur la manière de les appréhender en droit interne³⁶. D'abord, à propos de la célébration en France du mariage d'un couple de personnes du même sexe dont les lois personnelles permettent un tel mariage, l'ordre public s'opposait vraisemblablement³⁷ à une telle célébration jusqu'à l'adoption de la loi. Concernant ensuite les effets produits en France par un mariage homosexuel célébré à l'étranger, différentes questions ont donné lieu à des réponses ministérielles sur ces questions, notamment concernant les effets sur le plan matrimonial et successoral d'un mariage conclu aux Pays-Bas entre un Français et un Néerlandais³⁸.

Avec l'adoption du texte de loi, les questions qui se posaient précédemment à l'égard des pays qui avaient déjà légalisé le mariage des personnes de couples de même sexe sont résolues. Toutefois, de nouvelles questions sont posées concernant cette fois les conflits de lois qui pourraient intervenir avec des pays qui ne reconnaissent pas la légalité de ces

35 - Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41. Consultable en ligne sur : www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_French.pdf

36 - Voir not. pour une présentation des questions nouvelles soulevées par le mariage homosexuel avant l'adoption du texte de loi, François Mélin, Droit international privé, Lextenso, Mémentos LMD, 5e édition, 2012, pp. 168-169.

37 - Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 10e édition, 2011, §551, p. 422.

38 - Réponse ministérielle n° 20257, JO Sénat, 9 mars 2006, p. 722.

unions. C'est pourquoi, l'article 1^{er} de la loi tire les conséquences de cette hétérogénéité dans la reconnaissance des droits aux personnes LGBT à travers le monde et insère dans le code civil un chapitre IV bis intitulé « Des règles de conflit de lois ».

Ainsi, l'article 202-1 alinéa 1^{er} du code civil reprend les principes généraux concernant les conditions de fond du mariage : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Toutefois, l'alinéa 2 prévoit une exception à ce principe et permet le mariage de deux personnes du même sexe si pour au moins l'une d'entre elles, sa loi personnelle ou la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet. « *La règle introduite par l'article 201-2 alinéa 2 ne peut toutefois pas s'appliquer pour les ressortissants de pays³⁹ avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle* » ; la circulaire du 29 mai 2013 met en exergue les limites pratiques au « mariage pour tous » liées à la hiérarchie des normes⁴⁰. L'article 202-2 du code civil concerne quant à lui les conditions de forme du mariage et reprend la solution classique selon laquelle « *Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* ».

Cette disposition faisait l'objet du déferrement devant le Conseil constitutionnel aux motifs d'une atteinte au principe d'égalité qui ne permet pas de telles dérogations dans le cas d'un mariage de personnes de sexe différent et d'un éventuel contournement de la loi, favorisant des fraudes aux dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France et à la législation sur la nationalité. Le Conseil constitutionnel répond à ces deux griefs : d'abord, le législateur est libre de régler différemment des situations juridiques différentes⁴¹ et ensuite, « *l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité* »⁴². Ces dispositions sont ainsi déclarées conformes à la Constitution.

De la sorte sont précisés, de manière générale, les principes régissant les conditions de fond et de forme du mariage. Des dispositions dérogatoires sont introduites pour les couples de personnes de même sexe quant aux conditions de fond. Il en est de même à propos des conditions de forme lorsque la célébration du mariage à l'étranger d'un ressortissant Français semble poser difficulté.

.....

39 - Sont ainsi concernés la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie.

40 - Ministère de la justice, Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil), NOR : JUSC1312445C.

41 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §29.

42 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §30.

2. L'impossibilité de célébrer le mariage à l'étranger d'au moins un Français

D'autres dispositions spécifiques ont également été adoptées à l'article 6 de la loi afin de prendre en compte la situation de Français établis hors de France et pour lesquels il y aurait une impossibilité de célébrer leur mariage à l'étranger. Cette impossibilité se déduit de deux conditions cumulatives, qui tiennent d'abord à l'absence de reconnaissance du mariage de couple de personnes de même sexe dans le pays de résidence et ensuite à l'impossibilité pour les autorités diplomatiques et consulaires françaises de procéder à la célébration. Ainsi, l'article 171-9 du code civil règle cette question, par dérogation aux articles 74 et 165 du code civil qui déterminent l'officier d'état civil compétent en référence au domicile ou à la résidence de l'un des époux, en permettant de choisir à la place la « *commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74* ».

Cet article ne rentrait pas dans le champ de la saisine du Conseil constitutionnel.

Ainsi sont adoptées et déclarées conforme à la Constitution l'ensemble des dispositions relatives au mariage du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Si l'objet principal du texte, énoncé dans son titre, est bien le mariage, il résulte de cette définition du mariage intégrant les couples de personnes de même sexe une ouverture corrélative des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés. C'est alors l'occasion pour le législateur et le conseil constitutionnel de préciser certaines des dispositions relatives à l'adoption.

II. Ouverture et précision des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés

Le texte de loi définit le mariage afin de permettre l'ouverture de l'institution aux couples de personne de même sexe. Cette ouverture induit une extension du bénéfice des mécanismes d'adoption plénière par un couple et simple de l'enfant du conjoint aux couples de personnes de même sexe, qui ne pouvaient auparavant en bénéficier (A). L'ouverture de ces mécanismes semble être l'occasion de renforcer certains mouvements de fond qui caractérisent le droit de la famille : d'abord avec une prise en compte accrue de l'intérêt de l'enfant et ensuite avec une plus grande égalité entre les époux qui se traduit par la disparition des vestiges liés à la transmission patrilinéaire du nom de famille (B).

A. L'ouverture de l'adoption, induite par l'ouverture du mariage

L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe leur ouvre simultanément l'ensemble des dispositions juridiques auparavant réservées aux couples mariés et dont ils ne pou-

vaient bénéficier. Ainsi en est-il à la fois de l'adoption simple de l'enfant du conjoint (1) et de l'adoption plénière par les conjoints (2).

1. Adoption simple de l'enfant du conjoint

Des dispositions spécifiques sont prévues en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint par l'article 365 du code civil, qui permet de ne pas opérer un transfert des droits d'autorité parentale du conjoint vers l'adoptant. Un couple de femmes pacées ont demandé à pouvoir bénéficier de ce mécanisme, afin que la mère de fait ait également des droits sur l'enfant qu'elle élève avec sa compagne. La Cour de cassation dans une décision en date du 20 février 2007 casse l'arrêt de la juridiction du fond, pour violation de l'article 365 du code civil, qui accordait le bénéfice d'une telle adoption aux couples de femmes, dans la mesure où « *cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* »⁴³. Même complété par la suite d'une délégation partage de l'autorité parentale au bénéfice de la conjointe qui vient de perdre ces droits, la haute juridiction y voit un détournement de l'esprit de ce mécanisme, réservé uniquement aux couples mariés.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à l'occasion d'une QPC sur la constitutionnalité de l'article 365 du code civil. Il a jugé que ce mécanisme d'adoption simple au profit du conjoint ne découle pas pour les partenaires du droit de mener une vie familiale et « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* »⁴⁴.

Des faits similaires ont été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme et il a été jugé par un arrêt en date du 15 mars 2012 que le refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne n'est pas discriminatoire⁴⁵. Il était demandé par les requérantes de reconnaître une discrimination à rebours à raison de l'orientation sexuelle qui consistait à admettre que ces dispositions réservées aux couples mariés, ne pouvaient bénéficier aux couples de personnes de même sexe du fait de l'absence de mariage possible entre elles. Les juges de Strasbourg en ont décidé autrement dans la mesure où le mariage confère effectivement un statut particulier et que les partenaires et concubins hétérosexuels sont également exclus du bénéfice des dispositions de l'article 365 du code civil.

Pour ces couples élevant des enfants, la solution juridique qui a été développée devant les tribunaux est la délégation partage de l'autorité parentale, conformément aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de

43 - Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2007, n° 06-15.647 ; voir aussi, dans le même sens, l'arrêt de rejet approuvant le refus des juridictions du fond, Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2007, n° 06-21.369.

44 - Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010.

45 - CEDH, Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n° 25951/07

l'article 377 du code civil. La Cour de cassation a validé cette possibilité en précisant que « *l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »⁴⁶. En l'espèce étaient mis en avant les longs trajets quotidiens auxquels était astreinte professionnellement la mère reconnue en droit. Certaines juridictions du fond se sont peu à peu affranchies du critère des circonstances d'espèce qui justifieraient une telle délégation pour s'en tenir à l'intérêt de l'enfant à avoir une situation juridique en adéquation avec sa situation affective et matérielle⁴⁷.

Dorénavant avec la loi du 17 mai 2013, ces couples de personnes de même sexe n'ont plus besoin de réaliser une délégation partage d'autorité parentale dont l'opportunité est laissée à l'appréciation des juridictions du fond. Au contraire, ils peuvent faire établir un lien de parenté à l'égard des enfants qu'ils élèvent à la suite d'un projet parental commun s'ils se marient. Les couples qui se sont séparés entre la réalisation de leurs projets parentaux et l'entrée en vigueur de la présente loi pourraient quant à eux avoir recours à la délégation partage d'autorité parentale dès lors que l'adoption simple de l'enfant est impossible sans la survenance du mariage des parents, de fait et de droit.

2. Adoption plénière par les conjoints

Dans la même logique, les couples de personnes de même sexe mariés bénéficient également des dispositions relatives à l'adoption plénière d'un enfant par les conjoints.

L'adoption plénière est déjà possible pour les personnes homosexuelles, mais en tant que célibataires uniquement selon la loi de 1966. C'est dans ce contexte qu'un refus d'agrément avait été opposé par les autorités françaises à une femme au motif principal de son orientation sexuelle. Le contentieux a été porté devant la CEDH qui a condamné la France à raison du caractère discriminatoire d'un tel refus, reconnaissant la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné à l'article 8 relatif à la vie familiale⁴⁸.

L'ouverture du mariage permet désormais aux couples de personnes de même sexe mariés d'adopter ensemble des enfants, tant qu'une telle adoption est permise au niveau des États participant aux adoptions internationales. En outre, l'article 8 de la loi introduit un dernier alinéa à l'article 360 du code civil afin que les enfants qui ont notamment fait l'objet d'une adoption plénière par une personne seule puissent être par la suite adoptés par le conjoint de cette personne en la forme simple.

46 - Cass., 1^{ère} civ., 24 février 2006, n° 04-17.090

47 - voir en ce sens, not. TGI Paris, 21 septembre 2012 et TGI Paris, 22 février 2013

48 - CEDH, E. B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02.

Désormais, l'adoption plénière est ouverte aux couples mariés et aux personnes célibataires, quelle que soit leur orientation sexuelle.

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe induit une ouverture des mécanismes d'adoption simple du conjoint et d'adoption plénière par les conjoints. C'est également l'occasion pour le législateur et le Conseil constitutionnel de renforcer deux mouvements généraux du droit qui tendent à une égalité accrue entre les époux et à une prise en compte constante de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent.

B. Renforcement de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et de l'égalité entre les époux

L'adoption de ce texte et son déferrement au Conseil constitutionnel sont deux occasions pour renforcer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (1) et promouvoir l'égalité entre les sexes au sein des couples (2).

1. L'intérêt de l'enfant comme finalité affirmée de l'agrément à l'adoption

L'apport essentiel de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 est sans aucun doute la réserve d'interprétation émise à cette occasion. En réponse à l'argument selon lequel la loi mettrait en place un droit à l'enfant ou un droit à l'adoption, les sages ont rappelé que l'ensemble des couples souhaitant adopter est soumis à la procédure d'agrément et l'adoption est prononcée par une juridiction. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de dispositions d'une loi promulguée dans la mesure où la loi défermée les modifie complètement ou affectent leurs domaines⁴⁹ : il s'agit alors des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles et de l'article 353 du code civil.

Le Conseil constitutionnel contrôle alors la conformité de ces articles relatifs à l'agrément et au prononcé de l'adoption au regard de l'alinéa 10 du préambule de 1946 qui dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». De la sorte, une réserve d'interprétation est formulée par les sages et concerne l'ensemble des procédures d'adoption : « *les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »⁵⁰.

Cette réserve d'interprétation est particulièrement importante car elle répond directement aux arguments développés par les opposants au texte de

loi qui se mobilisaient au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant. Les réserves d'interprétation peuvent revêtir un caractère politique, comme l'explique le Conseil constitutionnel à propos de la portée des décisions rendues⁵¹. Il s'agirait ainsi de permettre à chacun de se sentir entendu : la loi du 17 mai 2013 n'est certes pas censurée mais la réserve d'interprétation replace l'intérêt de l'enfant au centre de l'ensemble des procédures d'adoption répondant aux craintes des opposants au texte.

La portée juridique de cette réserve d'interprétation est également importante dans la mesure où elle participe d'un mouvement général de reconnaissance des droits de l'enfant, de son autonomie et de sa parole. La notion de l'intérêt de l'enfant est extrêmement imprécise et permet de retenir des solutions concrètes selon les critères retenus ou la manière de la mettre en œuvre, *in concreto* ou *in abstracto*. L'expression « intérêt supérieur de l'enfant » apparaît à de nombreuses reprises dans le texte de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies en 1989, qui a pour mérite d'énumérer des droits concrets et de donner de la consistance à la notion. En droit interne, l'expression apparaît également dans le code civil dans l'ensemble des dispositions relatives à l'intervention du juge aux affaires familiales et à la prise de décisions concernant l'enfant. Dans le code de l'action sociale et des familles, l'article L. 112-4 inscrit l'intérêt de l'enfant comme un principe général en disposant que « *l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* ». La notion d'intérêt de l'enfant a des traductions concrètes dans les droits reconnus aux enfants et par la prise en compte de sa parole dans les procédures civiles par les juges⁵² ou en matière d'exercice de l'autorité parentale par ses parents⁵³.

Il convient désormais d'attendre quelles seront les implications concrètes de cette réserve d'interprétation. Le déferrement au Conseil constitutionnel a eu pour bénéfice certain de pouvoir préciser la finalité de l'agrément et de replacer l'enfant au centre des décisions. De même, la loi permet désormais d'achever la réforme du nom patronymique, promouvant ainsi l'égalité entre les sexes au sein des couples.

.....

51 - Portée des décisions du Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois et des traités, disponible en ligne http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf

52 - Introduit par la loi du 5 mars 2007, l'article 388-1 alinéa 1er du code civil dispose que « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. ».

53 - Article 371-1 du code civil, alinéa 3 : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. ».

49 - conformément à la jurisprudence « Nouvelle Calédonie », Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

50 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §53.

2. L'achèvement de la réforme du nom de famille

L'exposé des motifs du texte de loi précise que « le mariage des personnes de même sexe leur ouvrant la voie de l'adoption, que ce soit l'adoption conjointe d'un enfant, par les deux époux, ou l'adoption de l'enfant du conjoint, il est nécessaire de prendre des dispositions nouvelles concernant le nom de famille, le dispositif actuel ne pouvant plus, dans ces situations nouvelles, trouver une pleine application ». Ainsi, l'article 11 du texte de loi prévoit qu' « En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ». Ces dispositions complètent l'alinéa 1^{er} de l'article 311-21 du code civil, dont la rédaction avait fait l'objet d'une grande réforme au début des années 2000⁵⁴. Ces réformes avaient pour objet de changer la procédure d'attribution du nom de famille, l'expression s'est d'ailleurs substituée à celle de nom patronymique pour souligner l'objectif de promotion de l'égalité entre parents dans l'attribution du nom aux enfants.

Il restait des vestiges des dispositions anciennes, notamment en cas de désaccord entre les parents ou à défaut le nom du père était donné. Le présent texte de loi, en permettant l'établissement de la filiation à l'égard de parents de même sexe, rend possible une solution plus neutre, puisqu'elle substitue à ces vestiges la règle de l'ordre alphabétique.

En résumé, le texte de loi du 17 mai 2013 induit une ouverture des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés et permet au législateur et aux juges constitutionnels d'apporter des précisions quant à la finalité de l'agrément et à la dévolution du nom de famille, inscrivant ce texte de loi dans des mouvements plus généraux du droit de la famille.

Ainsi, comme le rappelle le Conseil constitutionnel, « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples »⁵⁵. Ce rapport de causalité est également présent pour l'ensemble des dispositions relatives aux divorces. Au contraire, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe est indifférente aux dispositions relatives à l'accès aux techniques de PMA et ne modifie pas l'interdiction de la GPA. Pour autant, ces sujets étaient ceux qui cristallisaient le plus d'opposition et de critiques.

54 - Notamment avec l'adoption de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et de la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille. Voir not. sur le sujet Isabelle Corpart, L'entrée en vigueur du nouveau nom de famille : de la loi au décret, Les petites affiches, 21 juin 2005, n° 122, pp. 5-8.

55 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §33.

III. Les questions connexes de l'ouverture de l'accès à la PMA et de la légalisation de la GPA

Il semble alors important, comme le Conseil constitutionnel le fait de bien séparer les sujets, notamment les conditions d'accès aux techniques reproductives de leurs effets en termes de filiation. Le considérant 44 de la décision du Conseil constitutionnel répond aux griefs sur ce point qui consisterait en un problème d'accessibilité et d'intelligibilité du droit⁵⁶. Ainsi, ni la procréation médicalement assistée (A), ni la gestation pour autrui (B) ne sont dans le périmètre du texte du 17 mai 2013.

A. L'absence de modification des conditions d'accès à la PMA

Comme le résume le Conseil constitutionnel, « il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ». Reprenant ainsi les deux alinéas de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique sont ainsi mis en avant les deux obstacles actuels à l'ouverture des techniques de PMA aux femmes, seules ou en couples : d'abord, il n'y a pas de lien entre le mariage et l'accès aux techniques de PMA (1), ensuite les techniques de PMA relèvent aujourd'hui du paradigme thérapeutique (2).

1. Absence de lien juridique entre mariage et PMA

Le premier obstacle juridique à une ouverture automatique des techniques de PMA tient à la manière dont l'encadrement des techniques a été pensé. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du CSP dispose que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Dans ce contexte, la PMA est aujourd'hui accessible aux couples hétérosexuels indépendamment de la forme de leur union : concubins, pacsés et mariés peuvent tous avoir accès aux techniques, s'ils remplissent les autres critères. La forme juridique du couple n'est donc pas discriminante. En l'état du droit, il apparaît donc que les concubins hétérosexuels peuvent avoir accès à la PMA alors que cela n'est pas possible pour les couples de femmes en concubinage. Le principe d'égalité ne s'oppose pas à une telle différence de traitement dans la mesure où il y a une différence de situation qui permet de le justifier. Il paraît alors difficile de défendre l'idée selon laquelle l'ouverture du mariage entraînerait une modification de ces conditions d'accès de manière automatique, par activisme des juges constitutionnels ou de ceux de Strasbourg.

56 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §44.

L'encadrement des techniques reproductives a été pensé en France dans une conception naturaliste et traditionnelle de la famille, avec une cellule familiale dont le noyau est composé d'un couple hétérosexuel. Le critère d'altérité sexuelle, avec la référence à l'homme et à la femme est présent dans le texte sans aucune référence à la forme juridique du couple. Cette assimilation des formes d'union avait d'ailleurs été saluée comme participant de la reconnaissance d'un droit commun du couple en droit de la famille français. A cet obstacle, s'en ajoute un autre, celui de la légitimation de certains projets parentaux par le caractère pathologique de la stérilité qui empêche leur réalisation en dehors du cadre médical.

2. La construction de la PMA comme remède médical à une stérilité pathologique

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique réserve le bénéfice des techniques de PMA aux couples dont les techniques auraient « pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». En outre, « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ». L'objet des techniques de PMA n'est plus la réalisation d'un projet parental comme cela avait initialement été inscrit dans le code de la santé publique en 1994 mais il s'agit bien depuis les révisions des lois dites de bioéthique en 2004 et 2011 de penser les techniques de PMA comme des remèdes à l'infertilité. Ces techniques porteraient en elles-mêmes la réponse à un problème médical sans mention de la finalité des techniques, à savoir la naissance d'un enfant.

Cette seconde condition d'accès qui révèle la manière dont la PMA a été peu à peu mise en place comme une technique thérapeutique intervenant dans le cadre d'un couple pathologique exclut nombre de projets parentaux. Ainsi, cette construction juridique et médicale ne permet pas aux couples qui n'auraient pas un diagnostic médical de leur stérilité d'avoir accès aux techniques sur le territoire national : c'est ainsi le cas des femmes seules, des femmes en couples ensemble, des détenus qui ne peuvent avoir accès à des parloirs conjugaux ou des couples hétérosexuels qui ne souhaitent pas avoir de rapports sexuels. Ces couples souffriraient alors de stérilités de nature sociale et un tel recours relèverait du champ de la convenance. Il peut être intéressant de se demander quelle indication médicale justifie la naissance d'un enfant ou encore dans quelle mesure ces demandes seraient moins légitimes que celles autorisées car n'étant pas dues à des facteurs naturels. Dans quelle mesure d'ailleurs les études révélant l'influence des pesticides et perturbateurs endocriniens utilisés pour les activités agricoles et industrielles, de nature anthropogénique, sur la baisse de stérilité des individus permettent encore de penser l'infertilité comme étant naturelle et non sociale ? Faudrait-il alors que les médecins procèdent à un examen plus poussé pour déterminer la cause exacte de l'infertilité ?

La question de l'accès aux techniques reproductives à des couples de femmes et aux femmes céliba-

taires qui souhaitent accéder à la maternité reste en suspens. Le comité consultatif national d'éthique (CCNE) s'est d'ailleurs autosaisi de ce sujet et les membres de l'organe consultatif souhaitent se prononcer plus généralement sur le rôle de la médecine dans la société⁵⁷. Le Président de la République s'en est alors remis à l'avis qui sera rendu par le CCNE, tant au niveau du calendrier⁵⁸ que des modalités de la réforme à venir. En effet, il apparaît que ce sont les modalités de mises en œuvre des techniques de PMA qui font également l'objet de vives critiques. Le principe de l'anonymat qui préside aux dons de gamètes est fortement remis en cause, tant au niveau doctrinal qu'au niveau de la société. Ainsi, Irène Théry se fait le relai institutionnel de revendications portées par des enfants nés de dons qui souhaitent accéder à la connaissance de leurs origines⁵⁹. Il apparaît certain que la question du statut du donneur, notamment du donneur de sperme, sera d'autant plus cruciale que les techniques de PMA pourraient être ouvertes à des femmes seules ou en couple, puisqu'une brèche pourrait vouloir faire de ce donneur, un père symbolique⁶⁰. D'autres problèmes concernent aujourd'hui le don d'ovocyte, dont la pénurie pousse les femmes à franchir les frontières pour pouvoir en bénéficier plus vite.

Les débats relatifs à la PMA sont donc nombreux et touchent autant les conditions d'accès aux techniques que les modalités de mise en œuvre des techniques. Ces questions se nourrissent les unes des autres et peuvent parfois interférer de manière complexe. De manière similaire, la légalisation de la gestation pour autrui est parfois mise en perspective avec l'élargissement de l'accès aux techniques de PMA, alors qu'il apparaît que l'état du droit est très différent et que les techniques ne relèvent pas de la même logique concernant leur mise en œuvre.

57 - Voir, en ce sens, les termes de la consultation définis par le CCNE qui montrent l'ampleur des enjeux actuels et en particulier, le courrier qui a été adressé par le Président du CCNE, Jean-Claude Ameisen aux présidents des commissions des affaires sociales et des lois des deux assemblées et au président de l'OPECST et qui a été lu lors de la séance de 9 heures du mercredi 20 mars 2013 de la Commission des affaires sociales (compte rendu n° 46) – Mme la présidente Catherine Lemorton : « Le Comité consultatif, nous écrit-il, entend organiser des états généraux sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) qu'il s'agisse des nouvelles demandes de la société – femmes célibataires, couples de femmes, couples d'hommes, autoconservation des ovocytes – qui vont au-delà des motifs médicaux aujourd'hui prévus par la loi, de la question de l'anonymat des donneurs de gamètes ou encore de la prise en charge par la solidarité nationale de l'élargissement éventuel des indications de l'assistance médicale à la procréation. ».

58 - L'organisation des états généraux sur la PMA a été repoussée au début 2014 par le CCNE, comme l'a annoncé son Président, Jean-Claude Ameisen, sur RMC/BFM TV, le mardi 2 juillet 2013.

59 - Irène Théry, Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don, EHESS, 2010.

60 - Pour une analyse critique et comparée des discours contre le PACS à la fin des années 1990 et à propos du mariage pour tous en 2012, voir not. Didier Eribon et ses prises de position concernant Irène Théry, voir « Documents pour une histoire de la discrimination (1), (2) et (3) », billets des 8, 11 et 13 janvier 2013 ou encore à propos d'Elisabeth Guigou, voir « Une loi régressive et conservatrice sur la famille », billet du 2 février 2013, <http://didiereribon.blogspot.fr/>.

B. L'absence de légalisation de la gestation pour autrui

Les opposants au texte de loi ont peur qu'au nom de l'égalité, la gestation pour autrui soit légalisée afin que les couples d'hommes puissent y avoir accès dans la mesure où les couples de femmes auraient, elles, accès à la parenté via les techniques de PMA. Cette conception de l'égalité n'est pas fondée juridiquement, comme le montre actuellement le fait que la gestation pour autrui n'est pas possible pour un couple hétérosexuel dont la femme souffre d'une absence d'utérus alors qu'une autre forme de stérilité lui donnerait accès aux techniques de PMA. En effet, il n'y a pas de lien entre la PMA et la GPA, chacune relevant d'un régime juridique différent et d'une logique différente (1). Pour autant, la reconnaissance de la filiation et de la nationalité des enfants nés à l'étranger d'une GPA tend à relancer le débat (2).

1. Absence de lien entre PMA et GPA

La gestation pour autrui est une technique de procréation médicalement assistée au sens large mais elle n'entre pas dans la liste des techniques définies comme étant des techniques de PMA à raison de sa mise en œuvre spécifique, qui implique nécessairement une femme pour la gestation alors qu'elle n'a pas de projet parental propre. A raison de sa nature différente des autres procédés de PMA, qui en dehors du don de gamètes et de l'intervention des médecins ne demandent qu'une faible implication de tiers, la GPA mobilise le corps d'une femme pendant la durée de la grossesse.

La gestation pour autrui fait l'objet d'une condamnation juridique spécifique. D'abord interdite en raison de l'ordre public, elle est aujourd'hui explicitement interdite dans le code civil. Ainsi, la cour de cassation s'est prononcée en assemblée plénière en 1991 sur les conventions de mère porteuse, les interdisant du fait de l'atteinte qu'elles portaient à la fois au principe d'indisponibilité de l'état des personnes et du principe d'indisponibilité du corps humain⁶¹. La loi bioéthique de 1994 a par la suite introduit l'article 16-7 dans le code civil qui dispose que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Aujourd'hui, le débat tend à se focaliser sur la nature spécifique de la GPA et sur le risque de marchandisation du corps des femmes et des enfants à naître⁶².

La gestation pour autrui fait l'objet d'une interdiction générale en France, pour autant, sa réalisation à l'étranger interroge la pertinence d'une telle prohibition et la forme des sanctions prises à l'encontre des personnes qui contourneraient cette interdiction.

61 - Pour une étude très complète de ces principes, voir Michelle Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, p. 489.

62 - Pour une illustration juridique de l'opposition actuelle à l'encontre de la GPA et la mobilisation d'arguments visant à protéger les femmes, voir not. Muriel Fabre Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

2. Des débats relancés par les situations créées à l'étranger

Une circulaire du ministère de la justice intervenue le 25 janvier 2013, dite circulaire Taubira⁶³, a relancé la question de la reconnaissance en France de l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger. Cette circulaire d'application immédiate invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité français aux enfants nés à l'étranger d'un parent français même s'il y a vraisemblablement eu recours à une GPA. En effet, le lien de filiation avec le parent français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil et le seul soupçon du recours à une convention de GPA à l'étranger ne doit pouvoir suffire à opposer un tel refus de délivrance qui est préjudiciable à l'enfant.

La légalité de la circulaire a été discutée dans la mesure où elle ne sanctionne pas par le biais de l'état civil le contournement de l'interdiction de la GPA, qui est d'ordre public⁶⁴. Pour autant, il semble que cette solution réponde à une prise en compte concrète de l'intérêt de l'enfant à avoir une situation juridique conforme à sa situation affective et matérielle. L'utilisation de l'état civil comme moyen de sanction des GPA réalisés à l'étranger touche autant, si ce n'est plus durement, les enfants que les parents et peut être qu'il serait possible de mettre en place d'autres types de sanction qui ne viseraient que les personnes responsables. C'est donc dans ce contexte qu'intervient la circulaire Taubira, qui ne légalise en aucun cas la GPA sur le territoire national.

Certaines voix s'élèvent pour défendre une GPA éthique⁶⁵, pratiquée et encadrée sur le territoire français, afin d'éviter des situations juridiques complexe et des dérives quant aux conditions de réalisation (indemnités élevées, conditions de vie des femmes pendant leur grossesse...)⁶⁶.

Ainsi, le texte de loi du 17 mai 2013 ne change aucunement les conditions d'accès aux techniques de PMA, qui font l'objet d'un double verrouillage, ni ne remet en cause l'interdiction de la GPA. Toutefois, le mécanisme d'adoption simple ouvert par le biais du mariage permet au parent de fait d'adopter sous la forme simple l'enfant de son conjoint, parent légal. Les conditions d'accès aux techniques sont des

63 - Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C, BOMJ 31 janv. 2013.

64 - Voir not. en ce sens, Claire Neirinck, *La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi*, Droit de la famille, n° 3, mars 2013, comm. 42.

65 - Sur ces questions, voir le dossier très complet dans Travail, Genre et société, n° 28, novembre 2012 et notamment l'article de Jennifer Merchant, *Une gestation pour autrui « éthique » est possible*, pp. 183-189 qui présente certaines des législations appliquées aux États-Unis qui pourraient servir de modèles ou de bases de discussion.

66 - Au sein du gouvernement, Najat Vallaud-Belkacem, porte-parole du gouvernement et ministre du droit des femmes est comme Aurélie Filipetti, ministre de la culture, en faveur d'une telle solution.

questions bien différentes de leurs effets en termes de filiation comme le montre le contentieux liés à la transcription des actes d'état civil d'enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger. Seule une nouvelle loi, la loi sur la famille (les familles ?), permettrait d'ouvrir l'accès des techniques de PMA aux femmes, seules ou en couples. La mise à l'agenda politique de ce nouveau sujet de société semble extrêmement délicate.

La loi du 17 mai 2013 se distingue par sa portée politique, tout comme la décision du Conseil constitutionnel du même jour. Le gouvernement a fait preuve de volontarisme en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tandis que les sages marquent, avec la réserve d'interprétation, leur indépendance à l'égard de l'ensemble des acteurs politiques du pays et montre la conscience qu'ils ont de leur rôle. Quant à la portée juridique de la loi et de la décision, elle est certes importante, mais son périmètre n'est pas aussi étendu que certains le souhaitaient ou le redoutaient puisque les dispositions relatives à la PMA et à la GPA restent inchangées.

Et au-delà de l'IAD pour toutes : la maternité pour autrui ?

Astrid Marais

Professeur à l'Université de Bretagne occidentale

Contrairement à ce qui avait été annoncé¹, la question de l'ouverture de l'insémination artificielle avec donneur (IAD) aux femmes homosexuelles ne sera pas abordée dans le futur projet de loi sur la famille. Le gouvernement a, en effet, décidé d'attendre l'avis que le Comité consultatif national d'éthique devrait rendre sur le sujet, en mars 2014². Ces tergiversations sont révélatrices de la volonté gouvernementale d'instiller de la sérénité dans le futur débat sur la procréation pour tous dont on imagine, sans mal, qu'il devrait être aussi houleux que celui sur le mariage pour tous.

Un jour, peut-être, l'IAD sera accessible à toutes les femmes³. Si elle ne devait plus être réservée, comme c'est le cas actuellement, aux couples hétérosexuels, mariés ou non, vivants et en âge de procréer (art. L. 2141-2 CSP), l'assistance médicale à la procréation serait ainsi déconnectée du modèle de la nature en contemplation duquel elle s'est construite. En faveur d'une ouverture de l'insémination artificielle avec donneur aux femmes homosexuelles, il est possible d'avancer que, depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013⁴, l'adoption s'est totalement détachée du modèle de la procréation charnelle, en n'étant plus réservée aux couples hétérosexuels mariés. Ce qui vaut pour la filiation artificielle, issue de l'adoption, devrait alors valoir aussi pour les procréations artificielles réalisées par assistance

médicale à la procréation (AMP). Ce propos mérite néanmoins d'être nuancé en relevant que l'adoption et la procréation artificielle n'ont jamais suivi des chemins strictement identiques : l'adoption a ainsi été autorisée dès 1966 en faveur des personnes célibataires, à l'inverse de la procréation médicalement assistée. Et pour cause, ces deux techniques qui garantissent un accès à la parenté poursuivent des finalités différentes : alors que l'adoption vise à donner une famille à un enfant déjà né⁵, la procréation artificielle tend à « créer » délibérément⁶ un enfant en forçant la nature. Cette dernière a dès lors été conçue, de façon limitative, comme une « technique palliative » visant à réparer les défaillances pathologiques de la reproduction naturelle : elle « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une particulière gravité » (art. L. 2141-2 CSP)⁷. Reste que même si l'adoption et la procréation assistée peuvent suivre des tracés différents, rien n'interdit au législateur d'en rapprocher les lignes en faisant de l'insémination artificielle avec donneur un remède à une infertilité sociale ouverte aux femmes homosexuelles. Faudra-t-il alors ouvrir la procréation assistée à toutes les femmes, célibataires, veuves, ménopausées⁸ ? N'imitant plus la nature, l'assistance médicale à la procréation deviendra-t-elle une technique « alternative » à la procréation naturelle ?⁹ Ces questions ne manqueront pas de se poser si l'insémination artificielle avec donneur était admise en faveur des femmes homosexuelles.

Au-delà de l'IAD « pour toutes », le législateur qui déciderait de satisfaire, par le biais des procréations artificielles, les demandes parentales de celles qui veulent un enfant sans recourir à une relation charnelle, devrait s'interroger aussi sur la légalisation de la maternité pour autrui. Permettre à une femme homosexuelle d'avoir un enfant biologique de façon artificielle, sans offrir aux hommes les mêmes possibilités ne heurterait-il pas l'égalité ? Actuellement, la possibilité pour les couples d'hommes d'avoir un enfant biologique sans rapport

1 - Libération, 3 juillet 2013, par AFP, http://www.liberation.fr/politiques/2013/07/03/la-loi-famille-devrait-bien-etre-presentee-fin-2013_915649.

2 - Le Monde 11 septembre 2013, Nouveau recul du gouvernement sur la PMA, http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/09/11/nouveau-recul-du-gouvernement-sur-la-pma_3475884_3224.html.

3 - B. de Boysson, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. Fam.* 2013, n° 7-8, dossier « Du mariage pour tous à la famille homosexuelle », n° 25. En défaveur de l'ouverture : Union nationale des associations familiales (UNAF), *Les questions du mariage, de la filiation et d'autorité parentale pour les couples de même sexe*, Dossier d'analyse, 29 octobre 2012, p. 10, disponible sur http://www.unaf.fr/IMG/pdf/dossier_d_analyse_mariage_et_filiation_v_finale.pdf. En faveur de l'ouverture : M. Gross, « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in *Mariage de même sexe et filiation*, dir. I. Théry, éd. EHESS, 2013, p. 103.

4 - H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013.658 ; A.-M. Leroyer, « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013.1697.

5 - CEDH, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 42 : elle vise à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ». La différence entre l'adoption et la procréation artificielle a d'ailleurs été relevée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n° 25951/07, §63.

6 - CE, *La révision des lois de la bioéthique*, Doc. Fr. 2009, n° 38 (observation faite pour refuser l'accès des femmes célibataires à l'AMP).

7 - Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, §44.

8 - H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013.100

9 - CE, *La révision des lois de la bioéthique*, préc. n° 36 ; F. Dekeuer-Defossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012.98.

sexuel suppose le recours à la maternité pour autrui. Cette pratique résulte de l'engagement pris par une femme d'assurer la gestation d'un enfant en vue de l'abandonner à sa naissance à un couple commanditaire. La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain l'a expressément interdite en frappant de nullité « toute convention portant sur la procréation et la gestation pour le compte d'autrui » (art. 16-7 code civil)¹⁰.

Quand bien même l'IAD serait ouverte aux femmes homosexuelles, l'égalité des hommes avec les femmes ne saurait justifier de lever l'interdit de maternité pour autrui (I). Bien au contraire, la dignité de la femme postule de maintenir la prohibition en droit français¹¹ (II).

I. La justification impossible de la maternité pour autrui au nom de l'égalité

Dans l'hypothèse où le législateur ouvrirait l'insémination artificielle avec donneur aux femmes homosexuelles, ces dernières pourraient avoir un enfant issu de la fusion de leur ovocyte avec le sperme d'un donneur. L'égalité des hommes avec les femmes est alors invoquée pour autoriser la maternité pour autrui, seule susceptible de permettre aux couples d'hommes gays d'avoir un enfant biologique¹². Brandir l'égalité comme un étendard de la lutte pour la maternité pour autrui traduit un dévoiement de la notion même d'égalité¹³. Cette dernière n'a jamais imposé de traiter de façon identique des situations différentes¹⁴. Or en matière de pro-

10 - Il y a « procréation pour autrui » lorsque la femme qui porte l'enfant en est également la mère génétique et « gestation pour autrui » si l'enfant n'a pas été conçu avec l'ovocyte de la mère porteuse.

11 - Sur ce thème, A. Marais, « Maternité pour autrui et genre », in *Bioéthique et genre*, dir. A.-F. Zattara-Gros, LGDJ, Hors collection, 2013, à paraître.

12 - D. Borillo, « Contribution au débat sur le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » », in *Rapport fait sur le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »*, E. Binet, Ass. nationale, n° 628, Tome II, p. 144 ; voir également, tout en étant hostile à une telle évolution : Fr. Dekeuwer-Défossez, *préc.* ; A. Cheynet de Beaupré, « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013.2.

13 - Fr. Chénédy, « ...Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. Fam.* 2013.27, spéc. n° 8. Voir également M. Mesnil, « La loi Taubira, et au-delà... », ce numéro p. 9, qui relève que « cette conception de l'égalité n'est pas fondée juridiquement, comme le montre actuellement le fait que la gestation pour autrui n'est pas possible pour un couple hétérosexuel dont la femme souffre d'une absence d'utérus alors qu'une autre forme de stérilité lui donnerait accès aux techniques de PMA ».

14 - CEDH, *Rapport explicatif de l'article 1 (interdiction de discrimination) du protocole n° 12 à la Convention*, 4 nov. 2000 : « Le principe d'égalité exige que des situations égales soient traitées de manière égale et des situations inégales de manière différente. Toute atteinte à cet égard sera considérée comme une discrimination, à moins qu'il n'existe une justification objective et raisonnable » ; Conseil constitutionnel, Déc. n° 1996-375 DC, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des

création, la différence entre l'homme et la femme est d'ordre physiologique. L'homme est dépourvu de ventre fécond...

Si l'égalité devait jouer en la matière, ce serait au contraire pour s'opposer à la maternité pour autrui, en raison de la différence entre le « don de gestation » qu'elle implique et le don de sperme que l'insémination artificielle avec donneur utilise. Alors que le don de sperme ne cause aucun dommage au donneur, le don de gestation conduit à disposer de l'utérus d'une femme pendant neuf mois en vue de fabriquer un enfant dont la naissance comporte des risques d'atteintes physiques. Aucune « justification objective et raisonnable », aucun motif d'intérêt général ne peuvent être trouvés pour traiter, à titre dérogatoire, de façon identique, des situations si dissemblables. « On ne peut réparer une injustice supposée par une autre injustice. Nul ne peut établir son propre bénéfice sur un tort causé à autrui »¹⁵. Comme le rappelait le Comité consultatif national d'éthique, dans son avis sur la gestation pour autrui, du 1^{er} avril 2010, « il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l'égalité devant la loi ». La détresse des hommes (et parfois des femmes) dont l'absence d'utérus les empêche d'avoir un enfant biologique sans recourir au ventre d'une femme, « ne saurait imposer à la société d'organiser l'égalisation par la correction de conditions compromises par la nature »¹⁶. L'égalité n'implique pas l'uniformité des corps¹⁷.

Évidemment si la maternité pour autrui devait être admise en faveur des couples d'hommes, l'égalité conduirait à l'admettre aussi en faveur des couples hétérosexuels dont la femme serait privée d'utérus. Mais le pas n'a pas encore été franchi d'une légalisation de la maternité. Il ne devrait pas l'être au nom de la dignité.

II. La prohibition nécessaire de la maternité pour autrui au nom de la dignité de la femme

La Cour de cassation¹⁸, lorsqu'elle a eu à connaître de la maternité pour autrui avant la loi du 29

situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

15 - Fr. Héritier, « Contribution au débat sur le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » », in *Rapport fait sur le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »*, E. Binet, Ass. nationale, n° 628, Tome II, p. 536.

16 - CCNE, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, avis n° 110, 1^{er} avril 2010 (remarque faite à propos des couples hétérosexuels dont la femme ne peut porter d'enfant).

17 - Les arguments ici développés sont repris d'un article à paraître : « Maternité pour autrui et genre », *préc.*

18 - Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991. II. 21752, communication J. Bernard, concl. H. Dontenville, note F. Terré ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *Defrénois* 1991. 947, obs. J. Massip ; *GAJC.*, n° 50 ; M. Gobert, « Réflexions sur les sources

juillet 1994, l'avait interdite au nom des principes d'indisponibilité du corps humain et d'état des personnes.

L'indisponibilité du corps humain s'oppose à ce que la personne effectue des actes juridiques de disposition par lesquels s'opère une transmission d'un droit ayant pour objet son corps humain, par la voie de la cession, à titre onéreux ou gratuit¹⁹. La mère porteuse ne « loue » pas seulement son utérus, mais « cède » à autrui ses fonctions reproductrices en vue de donner naissance à un enfant qui, détaché d'elle, deviendra assurément personne. Tant que le corps de la femme sera, en son entier, nécessaire à la gestation, le « don » de gestation sera prohibé en vertu de l'indisponibilité du corps humain. Quant à l'indisponibilité de l'état des personnes, elle fait obstacle à l'engagement pris par une femme, avant la conception d'un embryon, de porter et d'abandonner un enfant au profit d'un couple qui en deviendra les parents. Cette renonciation par anticipation distingue la maternité pour autrui de l'accouchement sous X et de l'adoption.

La loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a prohibé la maternité pour autrui, sans pour autant consacrer le principe d'indisponibilité du corps humain. Le législateur a en effet craint le contresens dont ce principe pouvait être l'objet : l'indisponibilité du corps humain ne fait obstacle qu'à la disposition juridique du corps en son entier et non à la disposition matérielle de celui-ci par la personne²⁰. Il lui a alors préféré la non-patrimonialité du corps humain, qui ne s'oppose qu'à la cession à titre onéreux des éléments du corps humain.

Après cette loi, par trois arrêts du 6 avril 2011²¹, la première chambre civile a érigé l'indisponibilité d'état des personnes en un « principe essentiel du droit français » pour refuser la transcription en France de l'acte de naissance d'un enfant, né à l'étranger d'une mère porteuse. Il s'agit de ne pas

du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992. 489 ; voir déjà en 1989, *Civ. 1^{re}*, 13 déc. 1989, *Bull. civ. I*, n° 387, p. 260 ; *D.* 1990. 273, rapp. J. Massip ; *JCP* 1990. II. 21526, note A. Sériaux ; *Deffrénois* 1990. 743, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.

19 - A la différence de la maternité pour autrui, la prostitution, elle, ne réalise pas un acte juridique de disposition du corps humain : la mère porteuse crée avec son corps un enfant qu'elle cède à autrui, à la différence de la prostituée qui ne cède pas son corps à son client. La prostitution relève davantage du *fructus* que de l'*abusus*.

20 - Sénat, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, G. Cabanel, n° 230, 12 janv. 1994, p. 76 : à l'origine le projet d'article 17 alinéa 3 du code civil adopté par l'Assemblée nationale en première lecture prévoyait que la loi « assure l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain ».

21 - *Civ. 1^{re}*, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053, *D.* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2011, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; *JCP* 2011.441, obs. F. Violla et M. Reynier ; *ibid.* 878, obs. C. Byk ; *RTD civ.* 2001. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje.

« faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ». On comprend que ni le principe d'indisponibilité du corps humain, ni celui de dignité n'aient pas été mobilisés dans la mesure où il ne s'agissait pas d'annuler le contrat de maternité pour autrui licitement conclu à l'étranger, mais les effets de celui-ci en France qui se déployaient sur le terrain de la filiation²². L'enfant est là, et se voit priver, en France – mais non à l'étranger –, de tout lien de filiation avec ses parents intentionnels, fussent-ils aussi ses parents génétiques²³. La Cour de cassation a néanmoins cherché à préserver l'intérêt de l'enfant en lui permettant de vivre en France avec le couple commanditaire.

Certains juges du fond entrèrent en résistance pour valider, sur le fondement de l'article 47 du code civil, la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse, lorsque les gamètes étaient issus de cette dernière et du père adoptant. Selon eux, de tels actes d'état civil faits en pays étranger faisaient foi, car indiquant le nom du père biologique et de la mère gestatrice, ils correspondaient à la « réalité »²⁴ exigée par l'article 47²⁵. Mais qu'est-ce que la « réalité » en matière de gestation pour autrui ? Dans l'hypothèse où l'enfant serait issu des gamètes d'une femme qui n'a pourtant pas porté l'enfant, celle-ci ne pourrait pas voir établir sa parenté au motif, qu'en droit français, la mère est celle qui accouche (art. 311-25 C. civ.). La vérité biologique²⁶ serait utérine pour la mère et génétique pour le père. Plaisante vérité que celle dont la portée varie selon qu'elle concerne le père ou la mère ! En outre, en faisant jouer à l'article 47 du code civil, qui a trait « à la force probante des actes », « un rôle de reconnaissance », les juges du fond oubliaient que « la transposition de l'acte d'état civil étranger dépend non de sa force probante, mais de sa conformité à l'ordre public international et, plus précisément, aux

22 - Voir Fr. Chénéde, *art. préc.* pour qui l'indisponibilité du corps humain est invoqué contre l'objet du contrat, celle de l'état des personnes contre sa cause.

23 - Dans le pourvoi n° 09-66.486, le père intentionnel était le père génétique, mais son lien de filiation n'a pas été établi en France.

24 - Rennes, 21 févr. 2012, *JCP* 2012. 353, obs. A. Marais ; *D.* 2012. 878, obs. A. Mirkovic, *ibid.* 1239, obs. F. Jault-Seseke, *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts, et 2013. 667, obs. J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2012. 226, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2012. 304, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012. Comm. 67, obs. C. Neirinck ; *RJPF* 2012-3/28, obs. I. Corpart : cette décision a été cassée par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, le 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138 ; Rennes, 8 janv. 2013, n° 12/01538.

25 - Voir Circulaire du 25 janv. 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - État civil étranger, *BO Justice et Libertés* 31 janvier 2013 ; I. Corpart, « La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui », *RJPF* 2013-3/3.

26 - Nous utilisons le terme de vérité biologique dans un sens large qui englobe la vérité génétique et utérine.

principes essentiels du droit français »²⁷. La transcription qui donnait tout effet à une pratique illicite en France, conduisait à violer de tels principes en s'inclinant devant le fait accompli. Il est donc fort heureux que la Cour de cassation, le 13 septembre 2013, ait cassé une décision ayant admis la transcription sur les registres français de l'acte de naissance d'un enfant né en Inde d'une mère porteuse. La Cour de cassation, pour refouler l'argument de la réalité de l'acte fondée sur la paternité biologique de l'homme commanditaire, retient que « la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public »²⁸. Bien plus, dans un arrêt de rejet du même jour, elle a admis que la reconnaissance de l'enfant faite par le père biologique pouvait être annulée en présence d'une fraude à la loi et que « ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués »²⁹. Espérons que ces décisions mettront un coup d'arrêt au « tourisme procréatif » qui se développe dans les pays défavorisés, en Inde, par exemple où les mères porteuses coûtent moins chers qu'aux États-Unis (entre 1 500 euros et 6 000 euros contre 60 000 euros aux États-Unis). Le choix est alors vite fait pour ceux qui veulent un enfant à moindre frais... Un « prolétariat reproductif »³⁰ se développe conduisant à l'exploitation économique de ventres féminins au profit de couples en mal d'enfant. La pratique de la maternité pour autrui choque par l'asservissement reproductif de la femme qu'elle réalise. La femme devient un instrument au service d'autrui.

Pour fonder la prohibition de la maternité pour autrui, il paraît alors opportun de faire appel à la dignité de la femme³¹. Avouons d'emblée que la connotation morale du principe dignité en fait toute la force, mais aussi toute la faiblesse.

La force résulte de ce qu'en droit français, à tout le moins, la dignité, garantie par l'article 16 du Code civil, constitue un obstacle infranchissable à la réification de la personne, même consentie par la personne³². Elle est un principe supérieur qui ne cède jamais devant d'autres intérêts, à la différence des

droits de la personnalité³³. Dotée d'une valeur constitutionnelle, la dignité s'oppose à toute forme d'asservissement et de dégradation de la personne humaine³⁴. Conformément à la conception kantienne de la dignité, « l'homme ne peut être traité par l'homme (soit par un autre, soit par lui-même) comme un simple moyen, mais il doit toujours être traité comme étant aussi une fin ; c'est précisément en cela que consiste sa dignité (la personnalité), et c'est par là qu'il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses »³⁵.

Nul ne doute de l'existence de la dignité en tant que principe, à la différence de l'indisponibilité du corps humain. En effet, pour cette dernière la multiplication des exceptions (don d'organes, de sang...) a pu conduire certains auteurs à se demander si le prétendu principe d'indisponibilité du corps humain n'était pas, en réalité, « l'expression d'exceptions au principe inverse »³⁶... Et pourtant la condamnation de l'esclavage et celle de la maternité pour autrui traduisent une indisponibilité du corps humain en entier. Mais moins qu'un principe qu'elle fonde, cette indisponibilité est davantage la manifestation du principe de dignité qu'elle ne fait qu'appliquer. L'esclavage et la maternité pour autrui sont condamnés en raison non pas tant de la cession du corps humain qu'ils réalisent que de la réification de la personne à laquelle une telle cession aboutit.

La faiblesse du principe de dignité tient à ce que la morale qui le fonde est susceptible de varier dans l'espace et dans le temps. S'explique ainsi qu'interdite en France, la maternité pour autrui puisse être réalisée licitement dans certains pays étrangers. En outre, les mœurs évoluant avec le temps, notre morale d'aujourd'hui ne sera pas nécessairement celle de demain. Déjà, certains préconisent de légaliser en France des gestations pour autrui « éthiques »³⁷. En 2010, une proposition de loi sénatoriale avait ainsi tenté d'introduire en droit français cette pratique en l'encadrant strictement³⁸. Soustraite à un régime contractuel, la maternité pour autrui aurait été réalisée sous le contrôle du juge. Elle

.....

33 - Il ne s'agit pas d'un droit de la personnalité, même si tous les auteurs ne s'accordent pas ce point. Sur les différences entre droit de la personnalité et dignité et les références citées : Rép. civ. Dalloz, v° Personnalité (Droits de la), par A. Lepage, n° 20.

34 - Cons. const. DC n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humains, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

35 - E. Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine de la vertu*, 2nd partie de la *Métaphysique des mœurs*, Paris, trad. J. Barni, 1855, p. 142, § 38.

36 - M. Gobert, spéc. note 102.

37 - *Mariage de même sexe et filiation*, dir. I. Théry, éd. EHESS, 2013, voir, I. Théry, « Introduction », p. 13, spéc. p. 32 et J. Merchant, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse », p. 129, spéc. p. 134, également, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », in *Travail, genre et sociétés*, 2012, n° 28, pp. 183-189.

38 - Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, Sénat, n° 234, 27 janvier 2010.

27 - A.-M. Leroyer, « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013.1697, préc. spéc. 1704.

28 - Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138.

29 - Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315.

30 - M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013, p. 97.

31 - H. Fulchiron, note préc. ; Fr. Chénédy, note préc.

32 - CE ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *D.* 1996. 177, note G. Lebreton ; *JCP* 1996. II. 22630, note F. Hamon ; *RFDA* 1995. 1204, concl. Frydman ; *LPA* 24 janv. 1996, note Rouault.

n'aurait été admise qu'en faveur des couples hétérosexuels dont la femme aurait été dans l'impossibilité de mener à terme une grossesse, pour des raisons médicales. La mère gestatrice n'aurait pas pu être la mère génétique de l'enfant, conçu avec les gamètes d'au moins l'un des membres du couple d'accueil. Interdiction aurait été faite à une femme de porter un enfant pour sa fille. Il est vrai que le contraire aurait sans doute conduit à consacrer une nouvelle figure de l'inceste : l'inceste procréatif. Aucune rémunération n'aurait dû être allouée à la mère porteuse en contrepartie de la gestation. Pour certains, la gratuité conférerait à la maternité pour autrui sa dignité³⁹. Mais est-elle seulement réalisable ? Quelle femme accepterait de s'exposer aux risques d'une grossesse pour des motifs altruistes en faveur d'un couple qu'elle ne connaît, bien souvent, pas ? Voilà qu'on la priverait de toute rémunération au nom du respect de sa dignité. La servilité gratuite n'en est pas moins servile... Même si l'autonomie personnelle, mise en avant par la Cour européenne des droits de l'homme afin de justifier les pratiques sadomasochistes consenties⁴⁰, était invoquée pour consacrer en France la maternité pour autrui à titre gratuit en faveur des couples hétérosexuels et homosexuels, il est fort à parier que la pratique ne rencontrerait pas beaucoup de succès, tant le nombre de femmes qui accepteraient de mener, au profit d'autrui, une grossesse dont la réalisation comporte, entre autres contraintes, un risque de mort aussi faible soit-il, pour elle et son enfant devrait être faible. Mais une fois levé le tabou de la maternité pour autrui, ni la dignité, ni l'indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes ne pourraient être opposées aux couples qui iraient à l'étranger obtenir ce que le droit français autorise à titre gratuit. Légaliser la maternité pour autrui à titre gratuit serait l'acte le plus hypocrite que le législateur pourrait faire. Si la dignité devait céder pour admettre l'asservissement reproductif de la femme, autant que cela soit fait sans hypocrisie en acceptant la rémunération de la mère gestatrice. La maternité pour autrui sera indigne ou ne sera pas. Préférons qu'elle ne soit pas...

39 - Rapport d'information sur la maternité pour autrui, Sénat, n° 421, 25 juin 2008, p. 55 et s.

40 - CEDH, KA et AD c/ Belgique, 17 févr. 2005, n° 42758/98.

Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ?

Laurence Brunet

Chercheuse associée au Centre "Droit, sciences et techniques" de l'Université de Paris I

Il s'agit ici de présenter une étude de droit comparé sur la gestation pour autrui commanditée par le Parlement européen¹. Cette étude est le fruit d'un travail commun d'une année entrepris par une équipe de dix-sept chercheurs européens (en majorité des juristes)², coordonnée par la London School of Economics Enterprise, dans le cadre d'un appel d'offre publié par la Commission des affaires juridique du Parlement européen en juin 2012. Le rapport est disponible en anglais seulement.

L'objectif était d'abord d'étudier les problèmes juridiques posés par la gestation pour autrui, aussi bien dans les pays membres de l'Union européenne qui autorisent cette pratique que dans ceux qui l'interdisent formellement, sans oublier ceux qui n'ont prévu aucune disposition spécifique pour l'encadrer. Le besoin de dresser un état des lieux en la matière, associé à un inventaire des questions sociologiques et politiques en jeu, est motivé par le constat d'une recrudescence des pratiques de gestation pour autrui, même dans les pays qui condamnent le plus fermement ce type de pratique. De plus en plus de couples stériles, dont la femme est inapte à la grossesse, ou de couples d'hommes, que l'évolution libérale des sociétés européennes encourage à s'engager dans des projets parentaux, se rendent dans des pays étrangers, favorables à la gestation pour autrui, pour trouver une femme susceptible de porter leur enfant. Le développement de ces pratiques transfrontières affecte même les États membres dont la législation autorise, ou à tout le moins tolère, le recours à la gestation pour autrui : la difficulté pour les couples concernés à rencontrer dans leur pays de résidence des candidates acceptant de leur servir de femmes porteuses les conduit aussi à se déplacer, le plus souvent hors des frontières de l'Union européenne. Une fois les enfants nés, les

.....

1 - A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Directorate General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, mai 2013, 378 pages (<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/studies/download.html?languageDocument=EN&file=93673>)

2 - L. Brunet, J. Mc Candless, C. Marzo, K. Davaki, D. King, K. Nanchanal (rédacteurs), X. Labbé, J. Carruthers, S. Libregts, V. Amorosi, O. Khazova, K. Parizer, M. Roca I Escoda, C. Henricot, A. Neofytou, C. Puscascu, E. Zlatanska (rapporteurs nationaux).

parents d'intention retournent dans leur pays et cherchent à faire reconnaître les liens de filiation créés à l'étranger. Les juges de nombreux pays européens sont ainsi confrontés à des demandes similaires de transcription des actes de naissance délivrés à l'étranger dans les registres nationaux.

La seconde ambition assignée à cette étude par la Commission des affaires juridique du Parlement européen était de proposer des pistes de réflexion sur l'opportunité d'une harmonisation au niveau européen et sur la nature de l'instrument qui serait le plus adéquat. On ne s'attardera pas ici sur les propositions dégagées dans ce travail qui accordent plus de crédit à une coopération aux fins de reconnaissance mutuelle des actes d'état civil qu'à une réglementation substantielle. Au demeurant, l'étude ne manque pas de souligner les limites de toute action européenne dans la mesure où les opérations de gestation pour autrui sont réalisées en dehors des frontières de l'Union : c'est donc à une solution de portée internationale que l'Union européenne devrait se rallier, comme celle que pourrait proposer la Conférence de La Haye sur le droit international qui s'est saisie du sujet depuis 2010.

Si un encadrement juridique au niveau européen semble improbable c'est précisément parce que les solutions nationales au sein de l'Union européenne sont très diverses (I). Pourtant une tendance commune se dessine progressivement en faveur de la reconnaissance des liens de filiation qui rattachent l'enfant né par gestation pour autrui à l'étranger à ses parents d'intention, même s'ils sont ressortissants d'un État qui prohibe cette forme très particulière d'assistance à la procréation (II).

I. La disparité des régimes juridiques au sein de l'Union européenne

Dans le rapport, douze pays de l'Union européenne ont été étudiés, selon le choix et les moyens de l'équipe de recherche. L'appel d'offres invitait aussi à s'intéresser à des pays hors de l'Union européenne dont l'étude de la réglementation juridique en matière de gestation pour autrui pouvait être éclairante dans une perspective de droit comparé. Aussi le rapport présente-t-il le régime juridique qui encadre la gestation pour autrui en Afrique du Sud, dans deux États des États-Unis (Illinois et Californie), en Australie (dispositions fédérale et nationales), en Russie et au Québec.

L'ensemble des pays étudiés est classé en trois catégories selon que la gestation pour autrui est, soit autorisée et encadrée, soit interdite, soit ignorée par

le droit interne. Cette présentation s'emboîte à son tour dans la distinction entre réglementation et jurisprudence qui était préconisée par l'appel d'offre pour organiser l'analyse juridique attendue. En effet afin de rendre compte de la situation juridique des États membres défavorables à la gestation pour autrui, il ne suffit pas de recenser les dispositions prohibitives ou le vide juridique qui existent dans ces pays : tous sont confrontés de manière indirecte à la gestation pour autrui en raison du contournement de leur cadre juridique par leurs ressortissants qui partent ailleurs recourir aux services d'une femme porteuse. Ce sont alors les juges qui ont la charge de se prononcer sur les effets à reconnaître aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui lorsqu'il leur est demandé de régulariser le statut familial des enfants ainsi nés à l'étranger. D'où l'importance de la partie consacrée à l'étude des décisions de justice pour mesurer précisément le degré de résistance des États dont la législation interne reste réfractaire à la gestation pour autrui.

À s'en tenir aux seuls pays, en très petit nombre au sein de l'Union européenne, qui disposent d'un cadre juridique favorable à la gestation pour autrui, la diversité des approches est évidente.

Précisons tout d'abord que le rapport retient une acception large de la notion de cadre juridique de façon à y inclure aussi bien les projets de loi en cours de discussion dans certains États membres (comme en Belgique ou en Bulgarie) que les codes de bonnes pratiques de nature professionnelle et/ou administrative. C'est à ce titre, par exemple, que les Pays-Bas figurent dans la catégorie des pays dotés d'un cadre juridique pour la gestation pour autrui. En effet même si les conventions de gestation pour autrui avec rémunération sont proscrites par le droit pénal hollandais et qu'aucune loi ne réglemente spécifiquement les pratiques altruistes, il existe depuis 1997 un guide de bonnes pratiques, édicté par la Société néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie à la suite de directives ministérielles, qui s'applique dès lors que la gestation pour autrui suppose de recourir à une fécondation *in vitro* (autrement dit lorsque la participation de la femme porteuse se limite à la grossesse sans contribution génétique via l'utilisation de ses ovocytes). Parmi les prescriptions de ce guide, on retiendra celle qui exige que les deux parents d'intention soient les géniteurs de l'enfant, ce qui limite l'accès de la gestation pour autrui aux couples hétérosexuels dont les gamètes sont fonctionnels. À remarquer aussi que le recrutement de la gestatrice est laissé aux soins des parents d'intention, même si le guide insiste sur l'information de nature médicale et juridique à délivrer aux parties ainsi que sur l'évaluation psychologique à laquelle toutes doivent se soumettre³.

Ensuite, parmi les rares pays qui ont adopté des dispositions légales spécifiques pour encadrer la gestation pour autrui et faciliter le transfert de la parenté aux parents d'intention, deux modèles s'opposent radicalement : celui retenu par la Grèce et

celui suivi par le Royaume-Uni. La législation grecque (lois 3089/2002 et 3305/2005) offre en Europe le mode de régulation le plus abouti de la gestation pour autrui. L'encadrement se déploie *ex ante* dès le moment où se forme l'accord entre la femme porteuse et les parents d'intention. Cet accord doit être soumis à un contrôle judiciaire pour pouvoir lier efficacement les parties et permettre qu'à sa naissance l'enfant soit automatiquement rattaché à ses parents d'intention. A l'inverse, et contrairement à ce que l'on croit souvent, la législation anglaise (*Surrogacy Act 1985 ; The Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, révisé en 1992 et 2008) intervient *a minima* et ne prévoit rien d'autre que les conditions du transfert de parenté *ex post*, une fois l'enfant né, de la mère qui a accouché aux parents d'intention. L'opposition entre ces deux modèles tient à une divergence fondamentale : selon le droit grec la convention de gestation pour autrui est valide et susceptible d'exécution forcée dès lors qu'elle a été approuvée par le juge judiciaire, alors qu'en droit anglais une telle convention reste nulle et son exécution est laissée au bon-vouloir des parties. Le juge anglais ne pourra jamais contraindre une femme porteuse à remettre l'enfant à ses parents d'intention si elle ne le fait pas spontanément. Pareillement le couple commanditaire peut refuser de prendre en charge l'enfant qui restera juridiquement lié à celle qui en a accouché, seule mère légale.

Le rapport détaille le droit grec à partir d'un tableau comparatif avec le droit sud-africain (*Children Act 2005*, révisé en 2010), très proche, mais dont les différences permettent de porter une appréciation plus nuancée sur le rôle central exercé par le juge dans les deux systèmes. Le juge doit vérifier que l'accord de gestation pour autrui est conforme aux prescriptions du droit interne avant que ne puisse débiter la grossesse de la femme porteuse. Pour l'essentiel, il doit s'assurer que le consentement de toutes les parties est libre et éclairé sur les risques encourus ainsi que sur les droits et devoirs de chacun, notamment sur la liberté d'avorter : celle-ci ne peut jamais être forcée par les parents d'intention à interrompre sa grossesse ; le juge doit aussi vérifier que le recours à la gestation pour autrui répond à une nécessité médicale et que l'opération poursuit un but altruiste : seuls les frais générés par la grossesse pourront être remboursés à la gestatrice qui ne peut recevoir aucune rémunération. L'intérêt de l'enfant doit être pour le juge une considération primordiale au moment d'homologuer la convention de gestation pour autrui. Toutefois là où le juge grec s'en tient à un contrôle assez formel et bureaucratique des différentes attestations qui lui sont soumises, le juge sud-africain est, au contraire, doté d'un pouvoir d'investigation étendu qui lui permet de sonder les motivations des parties et de s'assurer que la gestatrice ne poursuit pas un but financier. Il n'en reste pas moins que dans les deux dispositifs, le juge exerce un rôle original et décisif dans la mesure où la validation judiciaire de la convention de gestation pour autrui attribue par avance, avant même la naissance de l'enfant, la filiation aux parents d'intention. En d'autres termes, l'enfant sera considéré dès sa naissance comme celui de ses parents d'intention.

3 - A ce jour un seul centre hospitalier a mis en place en Hollande un protocole de gestation pour autrui : il s'agit du centre médical de l'Université libre d'Amsterdam.

Cet encadrement *ex ante* de la gestation pour autrui et de ses conséquences sur la filiation tranche avec le mécanisme de transfert de la parenté *ex post*, après la naissance de l'enfant, auquel se réduit le dispositif anglais en la matière. Il se désintéresse de l'accord qui conduit à la naissance d'un enfant par gestation pour autrui. Aussi la femme porteuse qui accouche de l'enfant est-elle considérée par le droit anglais comme sa mère légale et, si elle est mariée, son époux sera présumé être le père légal. À certaines conditions, notamment si l'un au moins des deux parents d'intention a un lien génétique avec l'enfant, le couple, qu'il soit de même sexe ou de sexe opposé, pourra bénéficier d'une procédure simplifiée d'adoption qui lui attribuera la parenté légale de l'enfant né de la femme porteuse. En effet, si l'enfant leur a bien été remis et vit à leur foyer, alors les parents d'intention peuvent, dans les six mois de sa naissance, introduire auprès du juge une requête à cette fin (*Parental Order*). Le consentement de la mère de naissance à un tel transfert de parenté est requis, mais il ne peut être recueilli avant un délai de six semaines après la naissance de l'enfant. Le juge devra vérifier qu'il n'y a pas eu d'échange d'argent autre que le remboursement de frais raisonnables⁴. Enfin, il devra s'assurer que le transfert de parenté est commandé par l'intérêt de l'enfant.

Le Royaume-Uni et la Grèce font donc prévaloir deux modèles très différents d'encadrement de la gestation pour autrui et de mécanismes de rattachement de l'enfant à ses parents d'intention. Ces deux pays ont néanmoins pour point commun de réserver le bénéfice de ces dispositifs aux personnes domiciliées sur leur territoire. De surcroît la Grèce l'exige aussi de la gestatrice, même si les juges retiennent une interprétation assez souple de la notion de domicile. De plus ils ne vérifient pas toujours scrupuleusement qu'aucune rétribution occulte n'a été versée. Aussi une immigration à visée procréative de femmes candidates à la gestation pour autrui, venant des pays voisins, pourrait-elle se développer de manière souterraine

Les législations grecque et anglaise constituent les deux extrémités d'un axe sur lequel se répartissent les dispositions législatives d'autres pays répertoriés dans le rapport. Ainsi du projet de loi en discussion en Bulgarie ou de certaines propositions de loi déposées devant le parlement belge qui s'apparentent au modèle grec dans la mesure où l'ambition est de faire établir la filiation à l'égard des parents d'intention avant même la naissance de l'enfant. En dehors de l'Union européenne, c'est encore au modèle grec que l'on peut rattacher la législation très complète de l'Illinois sur la gestation pour autrui (*Gestational Surrogacy Act*, 2004), même si le contrôle de la convention de gestation pour autrui est confié à l'avocat et non au juge. La classification selon les modèles grec ou anglais rend aussi plus lisible les dispositifs qui combinent les deux sources

.....

4 - Le rapport souligne néanmoins que dans les situations où la gestation pour autrui a été réalisée à l'étranger les juges anglais sont amenés, par considération pour l'intérêt de l'enfant, à valider des montants qui excèdent les frais raisonnables.

d'inspiration, à l'instar de la réglementation russe sur le sujet.

Après le panorama, qui dépasse les limites de l'Union européenne, des options législatives existantes en matière d'encadrement de la gestation pour autrui, le rapport s'intéresse aux pays qui sont défavorables, ou simplement indifférents, à cette pratique mais dont les réticences sont fortement mises à l'épreuve par le développement croissant de situations qui se jouent des frontières. On l'a dit, ce sont alors les différents tribunaux nationaux qui sont sollicités pour se prononcer sur l'état civil de l'enfant. D'où l'importante section occupée dans le rapport européen par l'étude de ces très nombreuses décisions dont se dégage une préoccupation dominante : assurer l'intégration de l'enfant dans sa famille d'intention.

II. Une tendance commune : la progressive reconnaissance de la filiation de l'enfant né par gestation pour autrui à l'égard de ses parents d'intention

Cette tendance se découvre d'abord dans les pays qui n'ont pas de législation spécifique concernant la gestation pour autrui. Le rapport étudie en détail la jurisprudence de quatre de ces pays, la Belgique, la Hollande, la Roumanie et l'Autriche.

Les décisions de juges du fond sont abondantes en Belgique et en Hollande car on y trouve à la fois des affaires de nature nationale et internationale. En effet, dans la mesure où dans ces deux pays la loi ne l'interdit pas expressément et qu'aucun tribunal supérieur ne l'a condamnée, la pratique de la gestation pour autrui s'est développée sur le territoire national. Rien d'étonnant notamment en Hollande où la gestation pour autrui, lorsqu'elle suppose une fécondation *in vitro*, fait l'objet d'un code spécifique de bonnes pratiques professionnelles. Les juges dans ces deux pays se montrent majoritairement soucieux de l'intérêt de l'enfant et n'hésitent pas à adapter -parfois très librement- les règles juridiques existantes pour rattacher l'enfant à ses parents d'intention. Ainsi en Belgique sur les onze décisions de droit interne recensées depuis 1989, huit ont abouti à l'établissement d'un lien de filiation rattachant l'enfant tant à son père d'intention (le plus souvent par une simple reconnaissance de paternité) qu'à sa mère d'intention (à l'issue d'une procédure d'adoption). Cette faveur des juges belges est au diapason des propositions de loi mentionnées précédemment qui défendent une autorisation encadrée de la gestation pour autrui. En Hollande, alors même que la procédure pour rattacher l'enfant à ses parents d'intention est particulièrement lourde, supposant l'intervention du Conseil de protection de l'enfance pour retirer l'autorité parentale aux parents de naissance avant que l'adoption par les parents d'intention puisse être prononcée, cinq sur les six décisions recensées depuis 2000 parviennent à un tel résultat.

On retrouve la même sollicitude des juges, tant belges que néerlandais, lorsque les parents d'inten-

tion se sont résolus à partir dans un autre pays pour trouver une femme consentant à porter leur enfant et qu'ils demandent, à leur retour, la reconnaissance des actes de naissance délivrés à l'étranger qui les établissent comme parents légaux de l'enfant né par gestation pour autrui. En Belgique, les six décisions répertoriées depuis 2008 dans le rapport (mis à part les deux cas de vente d'enfants à des couples néerlandais par des parents belges) aboutissent à la régularisation de la double filiation de l'enfant. Mais la méthode est plus complexe et procède en deux étapes : si la paternité du père biologique découle directement de la validation du lien de filiation établi par l'acte de naissance étranger, la mention de la mère d'intention dans l'acte de naissance se heurte à la règle d'ordre public belge selon laquelle la mère est celle qui a accouché. Il faut alors recourir à une adoption pour attribuer la filiation maternelle à la mère d'intention ou instituer un second lien de filiation paternelle dans l'hypothèse d'un couple formé de deux hommes. L'importance de la notion d'intérêt de l'enfant mérite d'être soulignée : elle sert aux juges belges à neutraliser l'illicéité du contrat de gestation pour autrui sans pour autant constituer le fondement autonome de la reconnaissance du lien de filiation paternelle. L'intérêt de l'enfant sert par ailleurs au soutien du prononcé de l'adoption par la mère d'intention. Aux Pays-Bas les juges adoptent un raisonnement similaire dans les trois décisions récemment publiées en la matière : ils reconnaissent directement la filiation paternelle de l'enfant résultant de l'acte de naissance étranger, au nom du respect de la vie familiale de l'enfant ; en revanche le lien maternel de la mère d'intention ne pourra être constitué qu'à l'issue d'un jugement d'adoption rendu en Hollande. Il ressort donc de l'étude de la jurisprudence internationale dans ces deux pays que si en cas de gestation pour autrui transfrontière la reconnaissance de l'acte de naissance étranger mentionnant le nom des deux parents d'intention n'est que partielle – seul le lien de paternité biologique est validé, il reste toujours la solution de l'adoption pour compléter le lien de filiation manquant.

Mais d'autres pays parmi ceux qui n'ont pas de disposition spécifique relative à la gestation pour autrui font preuve d'encore plus de bienveillance en acceptant d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention, sans imposer le lourd détour de l'adoption. Cette tendance qui bat en brèche la règle traditionnelle selon laquelle la mère est désignée par l'accouchement s'illustre d'abord dans des situations de droit interne, comme en Roumanie. La Cour d'appel de Bucarest, dans la seule décision connue sur le sujet (1309 A/2010), a ainsi considéré que la mère d'intention, qui était aussi liée génétiquement à l'enfant, devait pouvoir être mentionnée comme la mère légale dans l'acte de naissance, même si l'enfant était né d'une femme porteuse.

C'est encore la même tendance jurisprudentielle qui, dans des hypothèses de gestation pour autrui internationales, conduit à reconnaître les actes de naissance étrangers établissant la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention. Le cas de l'Autriche est à cet égard exemplaire. Certes dans ce pays la gestation pour autrui ne fait pas l'objet d'une

prohibition expresse, néanmoins la législation s'oppose fermement à toute forme de dissociation des fonctions maternelles (interdiction du don d'ovocytes). Aussi deux décisions très récentes de la Cour constitutionnelle autrichienne, commentées dans le rapport, créèrent une certaine surprise en donnant indirectement effet à une convention de gestation pour autrui exécutée à l'étranger. Dans la première situation (Verfassungsgerichtshof, 14.12.2011) comme dans la seconde (Verfassungsgerichtshof, 11.10.2012), des jumeaux étaient nés grâce à une gestation pour autrui et les actes de naissance, délivrés par les services de l'état civil, californien dans le premier cas, ukrainien dans le second, désignaient les parents d'intention autrichiens comme les parents légaux. Au retour en Autriche, l'administration refusa d'enregistrer la mère d'intention comme étant la mère légale des enfants, considérant que la gestation pour autrui portait atteinte à l'ordre public et qu'en droit autrichien seule celle qui a accouché pouvait être tenue pour la mère légale. Dans les deux affaires, la Cour constitutionnelle balaya ces arguments, affirmant que la prohibition de la gestation pour autrui ne faisait pas partie de l'ordre public autrichien et que l'intérêt de l'enfant commandait que l'acte de naissance étranger qui établit la filiation à l'égard de ses deux parents d'intention soit intégralement validé par l'administration autrichienne. De surcroît, dans sa seconde décision, la Cour invoqua expressément le droit au respect de la vie familiale (art. 8 Conv. EDH) au soutien de sa motivation. Il résulte de ces décisions que les parents d'intention, aussi bien le père que la mère, doivent être reconnus directement comme les parents légaux de leurs enfants nés par gestation pour autrui, sans devoir introduire une procédure d'adoption.

De manière plus étonnante encore, même dans les États membres où la gestation pour autrui est explicitement prohibée, les juges cherchent des moyens d'é luder la loi pour favoriser le rattachement de l'enfant à ses deux parents d'intention. Il en résulte une jurisprudence fluctuante et parfois obscure, témoignant de la part des juges d'un embarras à laisser le statut familial de l'enfant incertain. Certains vont même jusqu'à une forme de dénonciation de la loi.

L'Allemagne est emblématique d'une situation jurisprudentielle erratique et imprévisible. Tous les tribunaux allemands n'opposent pas la même sévérité aux demandes des parents d'intention de consolidation des liens établis à l'étranger avec leurs enfants nés par gestation pour autrui. Il est surprenant de découvrir des juges (Tribunal administratif de Berlin, 26.11. 2009 et 5.7.2012) qui condamnent fermement la gestation pour autrui mise en œuvre tout en suggérant aux parents d'intention d'introduire une procédure d'adoption pour établir un lien légal avec leurs enfants. La solution de l'adoption est en effet une option qui en Allemagne reste toujours ouverte aux parents d'intention pour faire consacrer légalement leur parenté. De surcroît certains juges entreprennent de reconnaître un effet partiel direct à l'acte de naissance étranger quand il s'agit de la filiation paternelle et renvoient à l'adoption pour la constitution d'un lien avec le second parent (Tribu-

nal cantonal de Nürnberg, 14.12.2009), qui peut être le partenaire de même sexe du père légal (Tribunal régional de Düsseldorf, 15.3. 2012).

La France peut aussi être rattachée à ce courant qui témoigne du malaise des juges à s'opposer à la reconnaissance du statut familial de l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui au nom de principes d'ordre public français. Dans les affaires de droit interne, la jurisprudence a apporté un soutien sans faille à la prohibition énoncée par la loi, en refusant systématiquement l'adoption de l'enfant né d'une femme porteuse par sa mère d'intention (Cass., Ass. Plén., 31.5.1991 ; Civ. 1^{re}, 29.6.1994 ; Civ. 1^{re}, 9.12. 2003). Mais dans des cas récents de gestation pour autrui transnationales, dans lesquels les parents d'intention demandaient la transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état civil français, le rapport constate que la sévérité des tribunaux français est en recul. Cette tendance est sensible jusque chez les juges de la Cour de cassation dont les trois décisions du 6 avril 2011 sont beaucoup plus ambiguës qu'il n'y paraît à première lecture. En effet, si, d'un côté, la Haute juridiction judiciaire refuse la transcription des actes de naissance, de l'autre, elle considère que les enfants ne sont pas pour autant privés de leurs liens de filiation acquis à l'étranger et qu'ils ne sauraient être empêchés de vivre avec leurs parents. Comment comprendre une décision qui énonce une sanction (le refus d'un état civil français) et en même temps retire tout effet concret à cette sanction (la filiation établie à l'étranger est reconnue et la possession des actes de naissance étrangers suffit à garantir une vie familiale normale) ? Les arrêts énoncent une chose et son contraire. Est-ce à dire que le refus de délivrer des actes de naissance français n'a qu'un effet symbolique, la parenté étant suffisamment établie au vu des titres de naissance étrangers ? En tout cas la manœuvre de la Cour de cassation pour neutraliser la loi française n'est pas restée isolée. Le rapport mentionne plusieurs décisions de la Cour d'appel de Rennes qui concernent des hypothèses de gestation pour le compte d'un homme vivant avec un autre homme (Rennes 29.3.2011 ; Rennes 21.2.2012 ; Rennes 15.1.2013). En se prévalant de la régularité formelle et de la conformité à la réalité biologique des actes de naissance étrangers, qui désignaient bien la femme porteuse comme mère légale, les juges sont parvenus à valider la filiation paternelle de celui qui est le père biologique. Ces décisions ont toutes fait l'objet d'un pourvoi de la part du Ministère public. Quoi qu'il en soit, le courant jurisprudentiel favorable à reconnaissance du statut de l'enfant a été renforcé par la publication le 25 janvier 2013 de la circulaire CIV/02/13 relative à la délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français lorsqu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. La conclusion du rapport sur le droit français ne paraît ainsi pas exagérée : il est devenu illisible.

Dans d'autres États membres de l'Union européenne, le souci de la protection de l'enfant a même entraîné une fronde de certains juges contre leur loi nationale. C'est le constat qui résulte de l'étude dans

le rapport de la jurisprudence en Italie et tout particulièrement en Espagne

La situation est d'autant plus remarquable en Italie que les dispositions légales qui interdisent la gestation pour autrui sont parmi les plus sévères de l'Union européenne (loi n° 40 du 19.2.2004). En effet elles sanctionnent non seulement les intermédiaires (agences et cliniques) qui favorisent les opérations de gestation pour autrui mais aussi les acteurs directs, femme porteuse et parents d'intention, à la différence de la majorité des autres législations prohibitives. Or depuis le vote de la loi en 2004, les deux seules décisions de justice publiées ont entendu limiter la portée de l'interdiction italienne de la gestation pour autrui aux seules affaires de droit interne. Il s'agit ainsi de l'évincer du socle dur de l'ordre public international italien et d'empêcher tout barrage à la reconnaissance en Italie des actes de naissance étrangers établissant la filiation des enfants nés par gestation pour autrui à l'égard du ou des parents d'intention (Cour d'appel de Bari 13.2.2009 ; Tribunal de première instance de Naples 1.7.2011). Le raisonnement des juges italiens, qui sera repris par les juges constitutionnels autrichiens, revient à disqualifier la loi italienne sur le plan international, et ce d'autant que ces décisions n'ont fait l'objet d'aucun recours de la part du ministère public.

En Espagne l'état du droit positif est encore plus chaotique dans la mesure où la question du statut de l'enfant né par gestation pour autrui à l'étranger a abouti à des solutions contradictoires entre les juges judiciaires et les juges administratifs. Pourtant là aussi la loi est très rigoureuse : les conventions de maternité pour autrui sont frappées de nullité et les sanctions pénales à la clef ont un large périmètre d'application. Il semble toutefois, comme le rapport l'indique, que les pratiques de gestation pour autrui tant nationales qu'internationales aient toujours bénéficié d'une forme de tolérance de la part des autorités espagnoles. En faisant l'impasse sur le mode de procréation de leurs enfants et prétendant en être les parents naturels, les couples hétérosexuels qui se sont déplacés à l'étranger pour recourir aux services d'une femme porteuse paraissent avoir réussi à obtenir la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres espagnols. C'est ainsi que peut s'expliquer l'absence de tout contentieux. Les services de l'état civil ont pu fermer les yeux jusqu'à ce qu'ils soient saisis de demandes similaires de la part de couples formés de deux hommes. A l'occasion d'une telle demande la Direction centrale de l'état civil prit alors le parti d'accepter la transcription en Espagne des actes de naissance faisant des deux hommes les parents légaux des enfants nés de la femme porteuse (Résolution du 18.2.2009). La considération de l'intérêt de l'enfant fut le ressort essentiel de cette décision. Bien plus, cette direction publia le 5 octobre 2010 une instruction à l'intention des services de l'état civil pour faciliter la reconnaissance des actes de naissance délivrés dans le pays étranger, dès lors que dans ce pays un jugement a préalablement validé les liens de filiation des enfants à leurs parents d'intention. Il s'agit par cette exigence de s'assurer qu'une protec-

tion minimum des droits de la femme porteuse a été garantie. A la suite de l'instruction de 2010, plusieurs décisions administratives autorisant l'enregistrement d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui furent rendues. Dans le même temps, pourtant, les tribunaux judiciaires adoptaient une position radicalement inverse. En effet l'affaire qui avait abouti à la première décision favorable de la Direction centrale de l'état civil fut portée devant les juges civils de Valence qui, en première instance (15.09.2010) comme en appel (23.11.2011), refusèrent l'enregistrement des actes étrangers de naissance au nom du respect de l'ordre public espagnol. Eu égard à la violation de la hiérarchie des normes opérée par l'instruction de la Direction centrale de l'état civil et au conflit en cours entre les autorités judiciaires et administratives, on conviendra, à l'invitation du rapport, que la question du statut familial des enfants nés par gestation pour autrui a entraîné un profond désordre dans le droit positif espagnol.

L'étude de la jurisprudence conduit donc à nuancer l'opposition entre les États membres de l'Union européenne qui sont favorables à la gestation pour autrui et ceux qui y sont hostiles ou seulement indifférents. La grande diversité des régimes juridiques sur la gestation pour autrui au sein de l'Union européenne est en effet compensée, en partie tout au moins, par la préoccupation, partagée par de nombreux juges nationaux, de la protection de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, dans quelque endroit qu'elle ait eu lieu. Dans des pays où une stricte application de la loi aurait dû conduire à refuser de valider la filiation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui, considérée comme illégale sur leur territoire, les juges ont souvent su faire preuve d'habileté ou d'audace pour éviter de laisser les enfants sans statut familial effectif. Dans cette entreprise ils se sont régulièrement appuyés sur la protection internationale accordée à l'intérêt de l'enfant et à son droit au respect de sa vie familiale. Il y a là, selon les conclusions du rapport, les instruments d'un possible rapprochement entre toutes les législations européennes, non qu'il s'agisse d'envisager un encadrement *ex ante* harmonisé des accords de gestation pour autrui, mais pour tenter de manière commune de régler *ex post* le sort des enfants qui en sont issus.

NB : au moment où cet article était sous presse, la Cour de cassation française a rendu deux arrêts, le 13 septembre 2013, témoignant d'une plus grande sévérité à l'égard des pratiques de gestation pour autrui transfrontières. Non seulement la transcription des actes de naissance étrangers est fermement refusée mais, dans l'une des deux espèces, la reconnaissance prénatale souscrite en France par le père biologique a été annulée. A la lumière de ces deux décisions la conclusion de l'analyse du droit positif français et partant, celle du rapport dans son ensemble mériteraient donc d'être davantage nuancées.

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité ; membre de la Chaire Santé de Sciences Po et professeur de l'École des Hautes Études en Santé Publique (EHESP). Groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (APHP) et centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu (APHP)

Marie Grosset

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, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

Renforcer la démocratie sanitaire et la participation des citoyens et des usagers aux politiques de santé pour la protection et le développement de la démocratie française

Commentaire

Annnonce d'un arrêté affectant 5 millions d'euros supplémentaires à des actions de démocratie sanitaire en 2013

Le ministère des affaires sociales et de la santé a annoncé le 27 mai 2013¹ accorder par arrêté 5 millions d'euros supplémentaires à la démocratie sanitaire en 2013. Cet arrêté doit fixer le montant des crédits attribués aux Agences Régionales de Santé (ARS) au titre du Fonds d'Intervention Régional (FIR) pour l'année 2013 et préciser que ce montant servira notamment : « au recueil de l'expression des attentes et des besoins de tous les acteurs de santé, en particulier des usagers et des citoyens : soit par le recueil de la parole des usagers via les associations ou les collectifs d'associations qui les représentent ; soit par des débats publics initiés par des instances de démocratie sanitaire (Conférences régionales de santé et de l'autonomie, conférence de territoire) » ;

ainsi « qu'aux actions de formation des représentants des usagers, qui pourront être mises en œuvre par des associations et collectifs d'associations ». Cela peut permettre, ou pas, de répondre aux attentes des représentants d'associations d'usagers qui réclament depuis des années davantage de moyens pour faire vivre la démocratie sanitaire et permettre le recueil de l'expression des attentes et des besoins des citoyens et des usagers ainsi que l'organisation de débats publics². Si renforcer la démocratie sanitaire et la participation des usagers aux politiques de santé c'est renforcer la protection et le développement de la démocratie française, d'autres mesures que cette annonce et cet arrêté sont indispensables pour que la participation démocratique des citoyens et des usagers à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation de la politique de santé³ devienne une réalité.

Un régime démocratique se reconnaît par le respect et la protection que l'État accorde aux droits et aux libertés des citoyens, et dont le texte fondateur est la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen adoptée par l'Assemblée nationale le 26 août 1789. Il ne peut y avoir de démocratie sans libertés et sans droits. Le fonctionnement actuel de la démocratie française est confronté au développement des nouvelles technologies de l'information, au rôle croissant des collectivités territoriales mais aussi aux demandes de participation des citoyens aux affaires de la cité. La protection et le développement futur de la démocratie supposent que trois conditions au moins soient remplies au quotidien : le respect de la loi et des principes de l'État de droit ; la participation politique des citoyens aux affaires de la cité ; et la formation des citoyens aux mécanismes de la représentation politique⁴. La prise en compte du contexte et de ces trois conditions est particulièrement importante dans le champ de la santé, en effet : au-delà du discours juridique prometteur des droits à la protection de la santé⁵, la réalité est tout autre puisque l'égalité d'accès aux soins et à la santé, les principes de solidarité voire de fraternité sont remis en cause⁶ ; les représentants d'associations d'usagers

2 - Pierre-Henri Bréchat, Jeannette Gros, Michel Haon, Odile Jeunet, Christian Magnin-Feysot et al. Représentants d'associations d'usagers et Loi « Hôpital, patients, santé et territoires » : enjeux et douze propositions. Santé publique 2010 ; 22 (1), p. 131-146 ; APM International. CRSA : les représentants d'usagers réclament les moyens de faire vivre la démocratie sanitaire. Le 30 avril 2013.

3 - Didier Tabuteau. Loi de santé publique et politique de santé. Santé publique 2010 ; 2, p. 253-264.

4 - Cité dans : <http://www.assemblee-nationale.fr/juniors/democratie-actuelle.asp> [consulté le 6 juin 2013].

5 - Préambule de la Constitution (27 octobre 1946), texte fondateur de la V^e République française qui précise que la Nation « garantit à tous [...] la protection de la santé ».

6 - Pierre-Henri Bréchat. Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé. Mémoire de Thèse de droit public de

1 - Disponible sur : <http://www.social-sante.gouv.fr/actualite-presse,42/communiqués,2322/democratie-sanitaire-et-place-des,15866.html> [consulté le 31 mai 2013].

constatent un « déficit de démocratie »⁷ ; et l'ARS de première génération se désengage du niveau infra-régional⁸ perdant ainsi des possibilités de réduire les inégalités de santé alors qu'elles sont en augmentation.

Dans un contexte de complexification de l'intervention en santé, de médicalisation croissante de la société, de crises sanitaires et de contraintes économiques grandissantes, la « démocratie sanitaire » a été mise en place pour garantir et renforcer les droits des personnes malades et des usagers du système de santé¹⁰. L'expression de « démocratie sanitaire » s'est forgée par rapport à celle de démocratie sociale traditionnellement utilisée pour qualifier la gestion de l'Assurance maladie par les partenaires sociaux, et ce à partir des États généraux de la santé qui ont démontré en 1988 le potentiel de mobilisation de la population sur les questions de santé¹¹. Partant de l'idée que procéder de manière démocratique et transparente permet davantage d'adhésion des usagers et des citoyens quant aux choix des priorités et au suivi des résultats, ainsi que l'adoption de comportements favorables à la santé et le développement du bénévolat collectif favorable à la santé¹², les pouvoirs publics ont depuis largement développé les possibilités de la représentation des usagers¹³ dans les instances de santé¹⁴. Ils ont aussi

voulu favoriser des débats publics sur la santé tant au niveau régional en développant la Conférence Régionale de Santé (CRS)¹⁵ puis la Conférence Régionale de Santé et de l'Autonomie (CRSA)¹⁶, qu'au niveau national avec la Conférence Nationale de Santé (CNS)¹⁷. Cela va dans le sens du Paragraphe 11 de l'Observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint – article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – élaborée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies qui précise que le droit à la santé est interprété comme un « droit global, dans le champ duquel entrent non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'accès à l'eau salubre et potable et à des moyens adéquats d'assainissement, l'accès à une quantité suffisante d'aliments sains, la nutrition et le logement, l'hygiène du travail et du milieu et l'accès à l'éducation et à l'information relatives à la santé, notamment la santé sexuelle et génésique. Un autre aspect important est la participation de la population à la prise de toutes les décisions en matière de santé aux niveaux communautaire, national et international ».

Malgré toutes les possibilités données, le bilan à 15 ans réalisé par les représentants d'associations d'usagers est mitigé¹⁸. S'il existe des réussites exemplaires qui témoignent de l'ancrage d'un modèle de concertation démocratique dans les institutions de santé, les représentants d'associations d'usagers ont le sentiment d'être de plus en plus instrumentalisés par l'État et l'Assurance maladie au moment où ils pensent que l'économique se substitue à la santé publique et à la démocratie sanitaire. Cette instrumentalisation tendrait à les fragiliser et à les convertir en consommateurs alors qu'ils souhaitent devenir co-constructeur du système de santé et d'Assurance maladie ainsi que des politiques de santé et co-décideur de leur santé. Ils signalent qu'ils ont de plus en plus de difficultés pour obtenir des moyens financiers pour peser dans le débat public¹⁹ et pour rester indépendant, notamment d'un mouvement d'uniformisation de la représentation des usagers. Ils

.....
l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas) [en ligne]. 12 novembre 2012, [réf. du 22 janvier 2013]. Disponible sur : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/494c0702-2276-4c0a-aae2-deedf654e58e> [consulté le 31 mai 2013].

7 - Pierre-Henri Bréchat, Odile Jeunet, Aurélie Attard, Barbara Romagnan, Marie Lajoux, Christian Magnin-Feysot et al. Représentants d'associations d'usagers et priorités de santé : Un déficit de démocratie. *Journal d'Économie et de Gestion Médicales* 2012 ; 30 (6), p. 351-366.

8 - Le nombre de territoires de santé des ARS a ainsi diminué de 32,1 % par rapport à celui des Agences Régionales de l'Hospitalisation (ARH), cité dans Bernard Basset. Les projets régionaux de santé. Communication orale. Module « Régulation, aide à la décision, planification ». Ecole des hautes études en santé publique, Rennes, le 15 mars 2011.

9 - En 2010, 8 millions de personnes soit 13 % de la population s'imposaient des restrictions budgétaires en matière de soins médicaux alors qu'ils étaient 3 % il y a 30 ans, cité dans Régis Bigot. L'opinion défend à la fois la liberté individuelle et la cohésion sociale. *Consummation et modes de vie*. CREDOC juillet 2010 ; n° 231, p. 4.

10 - Didier Tabuteau, Dominique Martin. Les droits des personnes malades. In : François Bourdillon, Gilles Brucker, Didier Tabuteau (dir). *Traité de santé publique*. Paris : Flammarion, 2007, p. 13-23 ; Maryse Deguerge. *Droits des malades et qualité du système de santé*. Actualité Juridique Droit Administratif 2002 ; 6, p. 508-516.

11 - Gilles Brucker, Etienne Caniard. États généraux de la santé : une démarche innovante pour plus de démocratie. *Actualité et Dossier en Santé Publique* 1999 ; 27, p. 6-9.

12 - Édith Bruder, Taraneh Shojaei, Pierre-Henri Bréchat. Usagers, bénévolat et santé. In : Alain Jourdain, Pierre-Henri Bréchat (dir). *La nouvelle planification sanitaire et sociale*. Deuxième édition. Rennes : Presses de l'EHESP, 2012, p. 229-230.

13 - Il faut noter qu'en 1995, dans les travaux préparatoires à la rédaction des textes relatifs aux Conférences Régionales de Santé, la valeur symbolique du terme « citoyen » a été sans doute jugée trop forte.

14 - Pierre-Henri Bréchat et alii. Représentants d'associations d'usagers et Loi... (op. cit.), p. 133-134.

15 - Titre I^{er}, ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins ; Pierre-Henri Bréchat, Philippe Roger. *Les conférences régionales de santé de 1995 à 2002*. Actualité et Dossier en Santé Publique 2003 ; 42, p. 11-16.

16 - Titre III, loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'Hôpital et relative aux Patients, à la Santé et aux Territoires (HPST)

17 - Titre I^{er}, ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins ; Article 34, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé ; Article 2, loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

18 - Pierre-Henri Bréchat et alii. Représentants d'associations d'usagers et Loi... (op. cit.), p. 131-146.

19 - Pierre-Henri Bréchat, Christian Magnin-Feysot, Jean-Luc Grangeon. La participation des usagers aux politiques publiques régionales de santé. *Actualité et Dossier en Santé Publique* 2003 ; 44, p. 65-70.

Pierre-Henri Bréchat et alii. Représentants d'associations d'usagers et Loi... (op. cit.), p. 133-134.

déplorent la diminution des temps de concertation lors de l'élaboration du Plan Régional de Santé (PRS)²⁰ de la planification de la santé et décrivent une déconstruction des liens entre l'ARS actuelle (dite de première génération), la Préfecture, les collectivités territoriales, les représentants d'associations d'usagers, les citoyens et les médias concernant les soins et la santé. Les représentants d'associations d'usagers exposent également leurs difficultés pour obtenir des conseils de santé fiables ainsi que des informations leur permettant de trouver un professionnel de santé ou un établissement de santé. Les représentants d'associations d'usagers alertent sur la perte de confiance, la méfiance, voire la défiance dans les capacités de l'État à prendre en compte démocratiquement les besoins de santé, à réduire les inégalités et à pérenniser les principes d'égalité, de solidarité voire de fraternité. Ces représentants d'associations d'usagers, malgré leurs frustrations, se mobilisent pour renforcer la démocratie sanitaire et la participation des citoyens et des usagers aux politiques de santé afin de favoriser l'égalité d'accès aux soins et à la santé²¹.

C'est ainsi que l'Association des Représentants des Usagers dans les Cliniques, Associations sanitaires et Hôpitaux de Franche-Comté (ARUCAH)²², après des formations en santé publique, en économie de la santé et en représentation politique tant nationale qu'internationale qu'elle s'est organisées, a réalisé les premières sollicitations des citoyens puis des représentations d'associations d'usagers pour l'établissement de priorités de santé dans une région et dans ses territoires de santé. Les résultats de ces études ont fait l'objet de publications dans des revues scientifiques à comité de lecture reconnues au niveau international. Ils montrent que la constitution d'ordres de priorité en matière de santé, champ de réflexion en plein essor en santé publique comme en économie de la santé, peut reposer sur des valeurs sociétales partagées et des préférences morales qui sont en opposition avec l'individualisme et l'instrumentalisation.

La sollicitation des citoyens pour l'établissement de priorités de santé dans une région et dans ses territoires de santé a été réalisée à partir d'un questionnaire proposant 42 priorités comprenant celles de l'État et de l'Assurance maladie, les déterminants de la santé²³ ainsi que celles des usagers plus une

43^{ème} en réponse ouverte, publié sans publicité entre les 12 et 18 avril 2010 par 14 supports de presses locales et régionales de la région Franche-Comté. Il y a eu 962 réponses dont 928 étaient exploitables pour la Franche-Comté. Le nombre de réponses fait partie des plus élevés parmi ceux retrouvés dans la littérature scientifique internationale. Les 5 priorités pour la région, privilégiées par les réponses, sont par ordre décroissant : disposer d'un logement, se nourrir convenablement, disposer d'un certain revenu, disposer d'une eau de qualité et développer le dépistage et le contrôle du cancer. Les déterminants de la santé sont retenus en priorité par les répondants et des spécificités territoriales apparaissent²⁴. Cela peut continuer de montrer l'intérêt de la population pour les questions de santé mais aussi pour le recueil de l'expression de ses attentes et de ses besoins de santé.

Suite à cette sollicitation, 38 représentants d'associations d'usagers ont choisis leurs priorités le 2 octobre 2010 afin de faire un travail de hiérarchisation des priorités et proposer des actions concrètes de mise en œuvre. Ils retiennent les 5 mêmes priorités que les citoyens et dans le même ordre et ils en ajoutent 5 autres : accéder à l'éducation, développer la prise en charge des personnes âgées, prendre en compte le stress et la santé mentale, préserver la sécurité sociale et maintenir l'effectif du personnel hospitalier. Un total de 57 actions est proposé pour ces 10 priorités, comme un débat public sur l'impact sanitaire de Tchernobyl²⁵, car la région de Franche-Comté ayant été marquée par l'accident à la centrale nucléaire de Tchernobyl le 26 avril 1986, certains hésitent toujours à consommer des produits issus de l'agriculture biologique Franc-Comtoise. Les déterminants de la santé sont retenus en priorité et des actions sont proposées pour une politique de santé interministérielle favorisant la santé et l'environnement²⁶.

Ces études montrent que les résultats importants pour la société civile relèvent d'une vision élargie de la santé qui fait écho à la notion d'inégalités de santé, et que ces choix ne sont pas ceux des pouvoirs publics. Cela peut montrer l'intérêt de révéler les priorités de santé des citoyens via une enquête par questionnaires validés par les représentants d'associations d'usagers qui proposent des actions lors d'entretiens pour favoriser la mise en cohérence - pour davantage d'efficacité sociale²⁷ et d'efficacité

20 - Article L. 1434-2 du code de la santé publique.

21 - Pierre-Henri Bréchat et alii. Représentants d'associations d'usagers et Loi... (op. cit.), p. 139-142.

22 - Disponible sur : <http://www.arucah.fr/> [consulté le 31 mai 2013].

23 - Dans l'Observation générale n° 14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, il est précisé que le droit de l'être humain à la santé ne se limite pas au droit aux soins de santé mais englobe une grande diversité de facteurs socioéconomiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains peuvent mener une vie saine « et s'étend aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'alimentation et la nutrition, le logement, l'accès à l'eau salubre et potable et à un système adéquat d'assainissement, des conditions de travail sûres et hygiéniques et un environnement sain » (Paragraphes 4). Les déterminants cités le sont « à titre d'illustration et de manière

non exhaustive » et sont des « exemples d'obligations incombant aux États parties » (Paragraphe 7).

24 - Pierre-Henri Bréchat, Christian Magnin-Feysot, Odile Jeunet, Aurélie Attard, Gilles Duhamel, Didier Tabuteau. Priorités de santé, région, territoires de santé et citoyens : l'exemple Franc-Comtois. Santé publique 2011 ; 23 (3), p.169-182.

25 - Une présentation des conclusions du rapport du Forum Tchernobyl composé de huit institutions spécialisées du système des Nations unies (ONU) comme l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ou l'Agence Internationale de l'Énergie Atomique (AIEA) pourrait être faite.

26 - Pierre-Henri Bréchat, et alii. Représentants d'associations d'usagers et priorités de santé... (op. cit.), p.351-366.

27 - L'efficacité sociale reflète la logique du droit du service public et du maintien de la « cohésion sociale ». Il s'agit de

économique - entre les besoins de santé et les actions ressentis par la société civile et ceux des pouvoirs publics. Il faut développer la démocratie participative en santé et les études permettant de recueillir les priorités de santé de la société civile d'autant plus que les études déjà menées par l'ARUCAH ouvrent une voie originale.

Si l'ARUCAH a bénéficié du soutien successif de l'Agence Régionale de l'Hospitalisation (ARH) puis de l'ARS de première génération pour assumer et conduire ses formations de sensibilisation en direction d'un public composé à la fois d'usagers, de représentants des usagers de la santé et de citoyens, elle n'a en revanche pu compter sur aucun soutien pour conduire ces études. Elle n'a pas eu non plus l'autorisation de présenter ces résultats à la CRSA, aux conférences de territoire ou à l'ARS. Les collectivités territoriales leur firent par contre non seulement bon accueil lors du débat public organisé par l'ARUCAH pour présenter ces résultats²⁸, mais elles y prirent des décisions répondant aux priorités et aux actions présentées en face des citoyens et des représentants d'associations d'usagers²⁹. Ce débat public organisé par la société civile peut être un exemple de participation politique des citoyens aux affaires de la cité qui permet la prise en compte démocratique de ses attentes et de ses besoins de santé.

L'ensemble de ces travaux en faveur d'une « démocratie citoyenne »³⁰ réalisé par des citoyens vertueux³¹ peut intéresser la mise en œuvre de l'annonce faite le 27 mai 2013 par le ministère des affaires sociales et de la santé en faveur de la démocratie sanitaire.

L'arrêté peut stimuler l'ARS, la CRSA ou les conférences de territoire pour recueillir l'expression des attentes et des besoins des usagers et des citoyens et pour organiser des débats publics, notamment celles ou cela a pu sembler difficile. Si l'apport financier important annoncé est un autre signal fort, il doit être accompagné d'autres mesures.

Le type de recueil de l'expression des attentes et des besoins des usagers et des citoyens et son contenu doivent être précisés de même que ce que doit contenir le débat public et les actions de formation.



l'efficacité sociale du service public et non de la notion d'efficacité économique, de performance ou de compétitivité, cité dans Gilles J. Guglielmi, Geneviève Koubi. *Droit du service public*. Troisième édition. Paris : Montchrestien – Lextenso éditions, 2011, p. 690-700.

28 - ARUCAH. Les 10 ans de l'ARUCAH. Bilan de dix ans d'expériences de démocratie citoyenne pour la population franc-comtoise : perspectives d'avenir pour les collectivités territoriales ? Colloque universitaire. Besançon, 15 septembre 2012.

29 - Benoît Chevrier. Christian Magnin-Feysot « Il faudra une ou deux générations pour que la citoyenneté soit admise par les professionnels de santé ». *Participe Présent* ; 2012 ; 12, p. 22-23.

30 - Cité par Christian Magnin-Feysot, président de l'ARUCAH, le 10 juin 2013.

31 - Dans le républicanisme, c'est la vertu des citoyens et des élites politiques qui garantit la stabilité de l'État, cité dans : Felix Heidenreich, Gary Schaal. *Introduction à la philosophie politique*. Collection « Biblis ». Paris : CNRS Editions, 2012, p. 57.

Il y a un type de recueil qui vise à sonder les préférences éthiques des citoyens en matière de priorités de santé à partir de cas types (dilemmes moraux) où il est demandé aux individus d'arbitrer entre différentes situations de financement. Le danger de ce type de recueil est qu'il révèle la possibilité de préférences arbitraires et parfois discriminatoires. Ce risque de dérapage pourrait plaider pour un retour des experts que l'on voulait justement éviter en ayant recours au public. Il en ressort que l'on ne doit pas se contenter de compter les valeurs exprimées par les individus mais qu'il doit y avoir un autre type de recueil qui permette d'identifier les valeurs qui comptent ainsi que l'expression d'un bien commun derrière les préférences individuelles³². Les études menées en Franche-Comté s'inscrivent dans cette perspective de démocratie participative en santé. Le contenu du recueil doit être le plus ouvert possible et contenir par exemple les priorités des pouvoirs publics, les déterminants de la santé, celles des citoyens et des usagers plus une question ouverte, sur le modèle des questionnaires de l'ARUCAH³³.

En complément³⁴, des débats publics doivent pouvoir porter sur l'expression d'un bien commun. Cela permet que les préférences « brutes » des citoyens précédemment interrogés et qui n'ont pas été préparés et éduqués à répondre au questionnaire puissent être validées par les représentants d'associations d'usagers, permettant ainsi de limiter la « dictature des mal informés ». Cette participation des citoyens et des représentants d'associations d'usagers au processus de la prise de décision publique en santé basée sur les valeurs exprimées permet d'éviter les préférences discriminatoires. Les débats publics doivent pouvoir aussi porter sur des données, le choix des priorités et des actions, à l'initiative non seulement des pouvoirs publics, dont l'ARS, mais aussi des représentants d'associations d'usagers et des citoyens. Ils doivent aussi porter sur les financements et permettre d'évaluer la mise en œuvre des précédentes actions.

Un statut d'autonomie peut être donné aux CRSA pour qu'elles ne soient plus une commission annexe de l'ARS³⁵ ainsi que des moyens et des bud-



32 - Philippe Batifoulier. De la responsabilité individuelle aux priorités collectives. Une analyse institutionnaliste des politiques de la demande en santé. *Revue Éthique et Économique* 2012 ; 9 (2), p. 25-44

33 - Pierre-Henri Bréchat et alii. Priorités de santé, région, territoires de santé et citoyens...(op. cit.), p.169-182 ; Pierre-Henri Bréchat, et alii. Représentants d'associations d'usagers et priorités de santé... (op. cit.), p.351-366.

34 - Il faut que l'arrêté remplace le « soit » par « et » à « recueil de l'expression des attentes et des besoins de tous les acteurs de santé, en particulier des usagers et des citoyens : soit par le recueil de la parole des usagers via les associations ou les collectifs d'associations qui les représentent ; soit par des débats publics initiés par des instances de démocratie sanitaire (Conférences régionales de santé et de l'autonomie, conférence de territoire) ». Cité sur : <http://www.social-sante.gouv.fr/actualite-presse,42/communiqués,2322/democratie-sanitaire-et-place-des,15866.html> [consulté le 31 mai 2013].

35 - Patrick Hassenteufel. La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients. Dossier « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : 10 ans après ». *Revue de droit sanitaire et social* 2012 ; 3, p. 477.

gets propres, afin qu'elles puissent jouer le rôle « de véritables « parlements sanitaires » où sont débattues en toute transparence les priorités régionales de la politique de santé »³⁶.

Les citoyens et les usagers, comme les acteurs, les professionnels de santé ainsi que les responsables du système de santé et d'Assurance maladie doivent aussi trouver les mêmes informations pour leur permettre de devenir co-constructeur de la politique et du système ainsi que co-décideur de leur santé³⁷.

L'expérience d'une dizaine d'années de l'ARUCAH pouvant aussi montrer que mettre en œuvre des recueils, des débats publics et des actions de formation des représentants des usagers ne s'improvise pas, des recommandations et un « référentiel de bonnes pratiques » pour obtenir un canevas des préférences de la société civile en matière de santé doivent être élaborés, et ce avec les représentants d'associations d'usagers, dont l'ARUCAH, tout en prenant en compte les travaux de ce dernier comme ceux du colloque international organisé par ces représentants d'associations d'usagers en 2013 à cette fin³⁸.

L'ensemble de ces actions devra être évaluée et ses résultats écrits rendus publics³⁹.

Ce serait une nouvelle étape importante dans la reconnaissance des associations de malades et d'usagers et de la démocratie sanitaire mise en œuvre par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé.

L'ARS de deuxième génération à venir plus démocratique que libérale⁴⁰ du scénario de la renaissance⁴¹ met en œuvre la démocratie participative en

santé en même temps que la démocratie de proximité⁴² afin de développer la participation des habitants à la vie locale sur les questions de santé. L'ARS de deuxième génération investit le niveau infra-régional et participe à la mise en œuvre de la politique de la ville et de la réforme des collectivités territoriales⁴³. Cela, afin d'affiner la définition de territoires pertinents en santé publique qui prennent en compte les attentes et les besoins des citoyens et des usagers, ainsi que la mutualisation de services et des équipements dans le but de concourir à l'amélioration de l'état de santé de toute la population⁴⁴. C'est ainsi qu'en mettant en œuvre une planification de la santé au maximum de ses possibilités⁴⁵, elle pourra faire de la santé publique⁴⁶ en adaptant par la concertation les offres de soins et de santé aux attentes et aux besoins des usagers et des citoyens, tout en prenant en compte le Préambule de la Constitution et l'Observation générale n° 14 (2000) du Comité des



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 [...].», cité dans Didier Tabuteau. Loi HPST... (op. cit.), p. 80.

42 - Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

43 - Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

44 - Pierre-Henri Bréchat. Territoires et égalité... (op. cit.), p. 224-230.

45 - La planification de la santé ou planification « sanitaire et sociale » est une tentative de concilier un équilibre entre les besoins et les demandes de santé d'une population donnée et un ensemble homogène d'offres de prévention, de soins ambulatoires et hospitaliers, médico-sociales et sociales (continuum) ainsi que d'actions en faveur des autres déterminants de la santé. Ces offres et actions seront organisées au sein d'un réseau par priorité et par territoire. La planification de la santé est un instrument de gestion permettant aux responsables de prendre des décisions sur une base plus rationnelle. La planification de la santé est un processus d'aide à la décision multidisciplinaire qui vise par concertation sociale entre les acteurs de santé, les professionnels de santé et les populations concernées, à prévoir des ressources et des services requis pour atteindre des objectifs déterminés selon un ordre de priorité établi, permettant ainsi le choix d'une solution préférable parmi plusieurs alternatives. Ce choix prend en considération le contexte et les contraintes internes et externes connues ou prévisibles. L'objectif général de la planification de la santé est l'amélioration de la santé de la population. La planification est à la fois un processus d'aide à la décision et un processus de concertation sociale, issu de Alain Jourdain, Pierre-Henri Bréchat (dir). La nouvelle planification sanitaire et sociale. Deuxième édition. Rennes, Presses de l'EHESP, 2012.

46 - La définition de la santé publique retenue est celle du Ministère de la santé et des services sociaux du Québec qui définit l'intervention en santé publique comme « l'action sur les déterminants de la santé et du bien-être au niveau de la population et des systèmes qui la régissent », pour sa dimension opérationnelle, cité dans Ministère de la santé et des services sociaux. Direction des communications. Priorités nationales de santé publique 1997-2002. Québec : Ministère de la santé et des services sociaux, 1997, p. 18 ; et celle de François Bourdillon, Gilles Brücker, Didier Tabuteau de 2007 pour qui « la santé publique est un ensemble de savoirs, de savoir-faire, de pratiques et de règles juridiques qui visent à connaître, à expliquer, à préserver, à protéger et à promouvoir l'état de santé des personnes » pour sa dimension juridique, cité dans François Bourdillon, Gilles Brücker, Didier Tabuteau. Définitions de la santé publique. In : François Bourdillon, Gilles Brücker, Didier Tabuteau. Traité de santé publique. Paris : Éditions Médecine-Sciences Flammarion, 2007, p. 1-4.

36 - Didier Tabuteau. Loi HPST : des interrogations pour demain ! Santé publique 2010 ; 1, p. 80.

37 - Comme au Royaume-Uni site Internet « NHS Direct » ou « NHS Choices Your health, your choices ».

38 - Le colloque international « Pour une élaboration démocratique des priorités de santé » aura lieu à Sciences Po à Paris, le 3 octobre 2013. Ce colloque a été organisé avec la Chaire santé de Sciences Po, EconomiX, UMR CNRS 7235 de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le Centre d'Économie de Paris Nord (CEPN), l'association des représentants des usagers dans les cliniques, associations sanitaires et hôpitaux de Franche Comté (ARUCAH) et le Groupe de Travail en Planification de la Santé (GTPS) de l'EHESP et du département des politiques de santé de l'Université Sorbonne Paris-Cité.

39 - Cité dans : Mathieu Escot. Comment évaluer au mieux les pratiques professionnelles ? Communication orale. Table ronde 3. Colloque « pourquoi et comment réguler les pratiques médicales ? ». Chaire santé de Sciences Po et Commissariat général à la prospective et à la stratégie. Paris, 5 juin 2013.

40 - Pierre-Henri Bréchat. Il y a urgence pour un service public de santé ! In : Didier Tabuteau (dir). Service public et santé. Collection « Verbatim santé ». Paris : Éditions de Santé / Presses de Sciences Po, 2012, p. 165.

41 - « 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 programmation 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

droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies.

Pour qu'il n'y ait pas rupture d'égalité, l'État doit aussi faire attention à la pluralité des associations et des collectifs d'associations et ne doit pas en avantager un par rapport à un autre lors de l'attribution des financements pour les recueils, les débats et les formations.

C'est aussi ainsi que l'ARS peut favoriser l'émergence d'une administration « délibérative » porteuse de « nouvelles procédures caractérisées par la transparence, l'ouverture, le débat public et le compte rendu »⁴⁷ ainsi que le respect et la protection des droits et des libertés des citoyens et des usagers.

L'annonce d'un arrêté affectant 5 millions d'euros supplémentaires à des actions de démocratie sanitaire en 2013 doit participer à la protection et au développement présent et futur de la démocratie française. Cet effort doit contribuer efficacement à la mise en place de la participation politique des citoyens aux affaires de la cité, à la formation des citoyens aux mécanismes de représentation politique ainsi qu'au respect de la loi et des principes de l'État de droit. Au vu des enjeux et des attentes des citoyens et des usagers, il est difficilement imaginable que cette annonce et cet arrêté puissent seulement participer à la mise en œuvre d'un simulacre de démocratie.

Remerciements à Philippe Batifoulier, Michel Borgetto, Nathalie Bréchat, Olivier Guillod, Odile Jeunet et Christian Magnin-Feysot qui nous ont soutenus.

P.-H. B.

47 - Issu de Conseil d'État. Rapport public 2011. Consulter autrement. Participer effectivement. Paris : La Documentation française, 2011.

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé

Emmanuelle Prada-Bordenave

Directrice Générale de l'Agence de la Biomédecine

Olivier Saumon

Avocat associé, Vatiér et Associés

L'arrêt de l'alimentation artificielle d'un patient

Note sous TA Châlons-en-Champagne
11 mai 2013, n° 1300740

La nourriture est symbole de croissance et de vie. Cette dimension symbolique de l'alimentation explique sans doute le frein -conscient ou inconscient- qui peut prévaloir à toute décision d'arrêt de l'alimentation artificielle. Celle-ci soulève un certain nombre d'interrogations et peut donner lieu à des conflits familiaux ou envers l'équipe médicale comme le révèle, à notre connaissance pour la première fois en droit interne, l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne le 11 mai 2013.

En l'espèce, M. Vincent L. 37 ans est hospitalisé dans le service de médecine palliative du Centre hospitalier universitaire de Reims suite à un accident de la route survenu en septembre 2008, et présente depuis août 2011, un état de coma pauci-relationnel, soit un état de « conscience minimale plus ». Il reçoit dans ce service hospitalier une alimentation et une hydratation artificielles. Le 10 avril 2013, l'équipe médicale décide au terme d'une procédure collégiale l'arrêt de l'alimentation et diminue l'hydratation. Contestant la régularité de cette procédure et leur absence de consultation lors de sa mise en œuvre, les parents de M Vincent L. demandent en référé au juge administratif d'enjoindre au centre hospitalier de rétablir l'alimentation et l'hydratation normales de leur fils. L'ordonnance leur donne satisfaction aux motifs notamment que la procédure collégiale prévue à l'article L. 1111-4 du code de la santé publique relative à la limitation ou l'arrêt de traitement et définie à l'article R. 4127-37 du code de la santé publique a été méconnue¹.

La solution retenue conduit tout d'abord à s'interroger sur le champ d'application des dispositions visées. L'arrêt de l'alimentation artificielle peut-il être assimilé à un arrêt de traitement ? Cette question est essentielle dès lors qu'à défaut d'assimilation, l'arrêt de l'alimentation artificielle constituerait un acte d'euthanasie incriminé par le code pénal. Le législateur n'a pas défini la notion de traitement. Le dictionnaire du Petit Robert l'envisage comme « un moyen thérapeutique ou plus exactement comme l'ensemble des moyens (à savoir médicaments, prescriptions hygiéniques et diététiques) employées pour guérir »². L'alimentation artificielle des personnes dans le coma peut selon leur état prendre différentes formes, et plus particulièrement comme cela semble être le cas en l'espèce, se faire par le biais d'une sonde digestive, c'est-à-dire dans le cadre d'une nutrition entérale. Ce type d'alimentation répond alors à la définition des aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales prévue à l'article L. 5137-1 du code de la santé publique. S'il ne s'agit pas stricto sensu de médicaments, leur distribution relève néanmoins du monopole des pharmacies à usage intérieur des établissements de santé, des officines de pharmacie ou des personnes morales agréées par l'autorité administrative³. Aussi bien le mode de distribution de ce produit que sa dispensation, soumise en règle générale à prescription médicale obligatoire conduisent à assimiler ce type d'alimentation artificielle à un traitement. En ce sens on soulignera l'exposé des motifs de la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie qui notait qu'« en autorisant le malade conscient à refuser tout traitement, le dispositif viserait implicitement le droit au refus à l'alimentation artificielle, celle-ci étant considérée par le Conseil de l'Europe, des médecins et des théologiens comme un traitement »⁴. Cette assimilation de l'alimentation artificielle au traitement a été effectuée par un certain nombre de juridictions étrangères. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a considéré qu'un malade dans un état végétatif persistant, a un droit constitutionnel au retrait de la nutrition artificielle, le patient pouvant la refuser au même titre que n'importe quel traitement médical, si sa volonté peut être établie sans ambiguïté⁵. Cette position est partagée par un certain nombre de juridictions en Europe, notamment en Grande-Bretagne, en Italie ou en Allemagne⁶. C'est également la position

2 - Dictionnaire Le petit robert, 2013, verbo traitement.

3 - art. L. 5137-2 code de la santé publique.

4 - Rapport AN n° 1882

5 - Cruzan v. director, Missouri Dept. Of health, 25 juin 1990

6 - Sur l'analyse de l'ensemble de cette jurisprudence et plus généralement sur la problématique de l'arrêt de l'alimentation, v. l'article très complet de C. Lequillier : « L'arrêt de l'alimentation artificielle des personnes en fin de vie ou at-

1 - Note A. Mirkovic, D. 2013 p.1216s. ; note D. Vigneau Bioéthique, biotechnologie, mai 2013 ; F. Vialla, note, JCP2013 n° 22, 614 s.

retenue par la CEDH qui à propos du recours introduit par une association composée notamment de proches de personnes lourdement handicapées, de médecins, de psychologues et d'avocats assistant ces personnes ainsi que par une association de défense des droits de l'homme à l'encontre de la décision des juridictions italiennes qui avaient accordé au père d'une jeune femme âgée de 20 ans victime d'un accident de la route présentant un état végétatif avec tétraplégie spastique et perte de toute faculté psychique supérieure, l'autorisation de faire interrompre l'alimentation et l'hydratation artificielles de sa fille. En effet, si en l'espèce la Cour rejette l'action engagée par l'association aux motifs que les requérants ne sauraient donc être considérés comme des victimes directes des violations alléguées (art. 2 et 3 notamment de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales), elle « estime que si les autorités judiciaires nationales compétentes étaient appelées à statuer sur la question du maintien du traitement médical des requérants, elles ne pourraient négliger ni la volonté des malades exprimée par leurs tuteurs – qui ont clairement pris position en faveur du droit à la vie de leur proches –, ni les avis des médecins spécialisés ». Aussi, non seulement la CEDH fait expressément référence à la notion de traitement médical au sujet de l'alimentation artificielle mais n'émet pas de réserve quant à l'arrêt de celle-ci dès lors que la volonté du malade, de ses proches et de l'équipe médicale sont prises en compte⁷. On ne saurait donc qu'approuver sur ce point l'ordonnance du juge des référés considérant que « l'administration, par voie de sonde et de tubes, de substances chimiques équilibrées permettant l'alimentation et l'hydratation d'une personne en situation de coma et donc de totale dépendance, constitue (...) un traitement au sens de l'article L. 1111-4. ».

Dès lors que l'arrêt d'alimentation peut être assimilé à un arrêt de traitement et entre dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, il doit pour être valablement pratiqué, répondre à certaines exigences procédurales.

S'agissant de la personne susceptible de prendre l'initiative d'engager la procédure relative à l'arrêt de traitement ou d'alimentation lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, le code de déontologie médicale prévoit que le médecin peut agir de sa propre initiative⁸. Sachant toutefois qu'il est tenu de le faire au vu des directives anticipées du patient présentées par l'un des détenteurs de celles-ci ou à la demande de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, de l'un des proches⁹. En l'espèce, le patient n'avait pas rédigé de directives anticipées et n'avait pas non plus désigné de personne de confiance. Néanmoins, des signes d'opposition comportementale de la part de M. Vincent L. avaient suscité

teintes de maladie incurable », in RDSS 2009 p.115s et spéc p. 118.

7 - CEDH 16 déc 2008, requêtes n° 55185/08 et jointes

8 - Art. R. 4127-37 du code de la santé publique.

9 - Art. R. 4127-37 du code de la santé publique.

une réflexion au sein de l'équipe médicale l'ayant conduit à prendre l'initiative de la procédure d'arrêt d'alimentation. Celle-ci suppose toutefois pour être valable de répondre aux exigences légales requises, à savoir la consultation préalable de l'entourage du patient et le respect d'une procédure collégiale de l'équipe médicale¹⁰.

Pour prendre une décision aussi lourde, le législateur prévoit la consultation de la personne de confiance ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, des directives anticipées de la personne¹¹. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique fixe ainsi un ordre de priorité pour ces consultations et de manière paradoxale considère que les directives anticipées n'interviennent qu'à titre supplétif. Que ce serait-il passer si Vincent L. avait rédigé des directives anticipées ? N'auraient-elles été prises en compte qu'après consultation de la personne de confiance, de la famille et d'un proche ? En outre, puisque le texte ne fait référence qu'à une consultation, est-ce à dire que le médecin pourrait s'affranchir de la volonté de la personne mentionnée dans les directives anticipées, voire plus généralement de l'ensemble des personnes consultées ? Si la rédaction maladroite de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique le laisse supposer, on ne peut que suggérer au législateur d'introduire des modifications s'inspirant des dispositions du code de déontologie médicale qui prévoient que « la décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches »¹². Et si l'on veut, comme le propose le rapport Sicard, aller plus loin dans la consécration des directives anticipées, il serait opportun d'affirmer clairement dans les textes que « le médecin respecte les directives anticipées du patient, sauf si elles violent les dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée »¹³. Une telle place accordée au patient dans le choix de sa fin de vie nous semble particulièrement essentielle en cas d'arrêt d'alimentation eu égard à la place symbolique de l'alimentation. Au demeurant en l'espèce, la consultation préalable de la famille n'a pas été respectée et c'est donc à juste titre que le juge des référés a sanctionné la décision prise par l'équipe médicale.

Le formalisme procédural en cas d'arrêt de traitement, auquel est assimilé l'arrêt d'alimentation est, compte tenu de l'importance de la décision à prendre, particulièrement rigoureux. Une fois que le médecin en charge du patient aura effectué les consultations préalables imposées par les textes, il devra respecter une procédure collégiale. Celle-ci lui impose d'engager une concertation avec l'équipe de

10 - Art. L 1111-4 du code de la santé publique.

11 - Art. L 1111-4 du code de la santé publique.

12 - Art. R. 4127-37 du code de la santé publique.

13 - Cf. en ce sens art. 372 du code civil suisse.

soins si elle existe, et de demander à au moins un médecin, appelé en qualité de consultant de donner un avis motivé¹⁴. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant peut être demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile. Cette procédure collégiale vise à éviter toute dérive dans la décision d'arrêt de traitement, et conduit en pratique à une décision prenant en compte non seulement les positions exprimées par les différents médecins mais aussi l'avis de la famille.

La décision d'arrêt de l'alimentation se fonde ainsi sur une pluralité de critères. Elle peut tenir compte de certaines recommandations émises par des sociétés savantes ou des positions consensuelles adoptées par les experts¹⁵. En l'espèce, l'ordonnance en référé souligne que « cette réflexion s'est appuyée sur la volonté de M. Vincent exprimée avant l'accident et rappelée par son épouse et un de ses frères, de ne pas accepter un maintien artificiel de vie et a conduit l'équipe médicale à considérer l'alimentation et l'hydratation prodiguées à M. Vincent, comme des actes ne devant pas « être poursuivis par une obstination déraisonnable » et pouvant être suspendus « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie » ainsi que le prévoit l'article L. 1110-5 code de la santé publique ». Ce visa de l'article L. 1110-5 code de la santé publique a conduit le juge à assimiler l'alimentation artificielle à un acte de soin puisque les dispositions de ce texte considèrent que les actes de soins ne doivent pas être poursuivis avec une obstination déraisonnable. Or, ce détour par l'article L. 1110-5 du code de la santé publique est d'autant plus inutile que l'article R. 4127-37 du code de déontologie médicale prévoit que le médecin peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements, auxquels l'alimentation artificielle peut être assimilée, dès lors qu'ils « apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie ». À partir de quand le maintien de l'apport nutritionnel est disproportionné et ce faisant constitutif d'une obstination déraisonnable ?

La question de la proportionnalité des traitements est particulièrement délicate comme l'illustre une décision du Tribunal administratif de Nîmes qui a jugé en 2009 pour la première fois de la question en considérant « qu'en pratiquant (les opérations de réanimation pendant plus de vingt minutes puis même pendant que l'un d'eux allait annoncer aux requérants le décès de leur enfant) sans prendre en compte les conséquences néfastes hautement prévisibles pour l'enfant, les médecins ont montré une obstination déraisonnable au sens des dispositions susmentionnées du code de déontologie médicale (art. 37 CDM) constitutive d'une faute médicale de nature à engager la responsabilité du centre hospita-

lier d'Orange »¹⁶. Certes dans l'espèce commentée l'appréciation du caractère disproportionné de la décision d'arrêt de traitement n'a pas été au cœur de la décision rendue en référé. Mais elle renvoie plus généralement à la prise en compte de l'efficacité de l'alimentation artificielle aussi bien en terme de survie du malade que de sa qualité de vie. Cette dimension subjective de l'appréciation de l'obstination déraisonnable justifie précisément la collégialité de la procédure prévue par le code de la santé publique et la nécessité d'y associer tous les membres de la famille, a fortiori lorsqu'ils ne partagent pas le même point de vue. Ces avis sont d'autant plus essentiels à la prise de décision qu'il est prévu qu'aussi bien la nature et le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins que les motifs de la décision soient inscrits dans le dossier du patient¹⁷. En l'espèce la procédure collégiale est entachée d'irrégularité, pour n'avoir pas respecté cette demande d'avis de la famille.

Enfin, au terme de la procédure collégiale, les textes prévoient que les personnes consultées et ayant été invitées à donner leur avis, à savoir la personne de confiance, la famille ou, à défaut, l'un des proches du patient soient informés de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. Or, l'ordonnance du juge des référés censure également sur ce point la décision d'arrêt d'alimentation du Centre hospitalier de Reims puisque les parents de M. Vincent L. n'ont pas été informés de la nature et des motifs de cette décision.

La décision d'arrêt d'alimentation est une décision difficile. Aussi pour éviter que le corps médical ait à se prononcer sur des critères certes rigoureux mais incertains et que la famille ait à donner un avis avec une lucidité perturbée par l'émotion, on ne peut que souhaiter le développement des directives anticipées ou de la désignation d'une personne de confiance. Pour favoriser leur développement ne pourrait-on pas prévoir que lors de la désignation du médecin traitant par le patient, celui-ci l'informe de la possibilité de rédiger des directives anticipées ou de désigner une personne de confiance. Cette proposition présenterait plusieurs avantages : d'une part elle permettrait une meilleure réceptivité de l'information par le patient à un moment où il n'y a pas particulièrement d'urgence, et d'autre part elle permettrait une information plus systématique sur les missions de la personne de confiance et le rôle des directives anticipées. À terme, l'existence de directives anticipées et la désignation de la personne de confiance pourraient être inscrites dans le dossier médical personnel par le médecin traitant¹⁸.

A. L.

.....

14 - Art. R. 4127-37 du code de la santé publique.

15 - Sur ce point notamment, v. C. Lequillier : op.cit., spéc. p. 124.

16 - TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251.

17 - Art. R. 4127-37 et L. 1114-4 du code de la santé publique.

18 - En ce sens, cf les recommandations de l'IDS parues dans S. Brissy, A. Laude, D. Tabuteau : le refus de soins des professionnels de santé, EHESP, 2012, 2ème partie.

Le droit à la continuité des soins en établissement public de santé

Note sous CAA Paris 27 mai 2013,
n° 12PA01842

Le droit à la continuité des soins affirmé par le premier article du code de la santé publique est l'une des composantes du droit fondamental à la protection de la santé. Le respect de ce droit semble poser peu de difficultés en pratique tant les décisions de jurisprudence qui le visent sont peu nombreuses. Dès lors, on notera avec intérêt l'arrêt de la Cour administrative de Paris qui a eu à se prononcer sur une question relative à la continuité des soins dans un établissement public de santé.

En l'espèce, M. B. atteint depuis l'adolescence d'une myopathie est régulièrement suivi pour cette pathologie par l'institut de myologie d'un établissement public de santé. Ressentant d'importantes douleurs dans le bras gauche, il consulte son médecin traitant qui lui prescrit en liaison avec son rhumatologue des antalgiques et de la morphine. Souhaitant toutefois joindre le docteur L. qui le suivait à l'institut de myologie, il n'a pu, et son médecin traitant non plus, obtenir ni d'entretien téléphonique, ni de rendez-vous d'urgence. Le secrétariat du service lui a seulement proposé un rendez-vous avec un délai d'attente de quatre mois. Constatant une aggravation de son état de santé, M. B. essaye à nouveau, mais sans plus de succès, d'entrer en contact avec le docteur L. Son médecin traitant lui prescrit alors un scanner révélant une arthrose cervicale qui malgré le traitement, lui laisse un déficit moteur à son bras gauche. Estimant qu'une prise en charge en urgence par le docteur L. qui le suivait régulièrement aurait permis une résorption rapide de l'œdème à l'origine du déficit moteur persistant à son bras gauche, M. B. intente une action en responsabilité à l'encontre de l'établissement public.

Sa demande est rejetée tant par le Tribunal administratif que par la Cour administrative d'appel aux motifs qu'il n'y a pas de rupture fautive dans la continuité des soins hospitaliers dès lors « que les patients d'un établissement public de santé ne sont placés dans une situation contractuelle ni avec cet établissement ni a fortiori avec un praticien dudit établissement, sauf à ce que celui-ci exerce pour partie en secteur privé ; qu'ils ne sont donc pas en droit d'exiger qu'un médecin plutôt qu'un autre les prenne en charge ».

La jurisprudence admet traditionnellement que dans le cadre de la médecine hospitalière, il n'existe aucun contrat d'hospitalisation entre le patient et l'établissement public de santé¹⁹ et que le patient n'est pas lié au praticien qui le prend en charge par

un contrat. Le Tribunal des conflits a en effet considéré par une décision du 25 mars 1957 que les médecins hospitaliers sont assimilables aux autres collaborateurs ou agents des services publics²⁰. Il en découle une compétence de principe des juridictions administratives et il n'existe aucun contrat médical entre le patient et le médecin hospitalier. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que « les personnes admises dans les services des hôpitaux et hospices publics ne sont pas placées dans une situation contractuelle vis-à-vis de ces établissements »²¹. Le patient est un usager du service public administratif²² et le médecin qui le prend en charge n'est pas choisi par lui. Néanmoins, le patient peut choisir de consulter un praticien hospitalier dans le secteur d'activité libérale de celui-ci. Les rapports entre le patient et ce praticien sont alors régis par le droit privé²³. On ne peut donc qu'approuver sur ce point la décision de la Cour administrative d'appel qui rappelle ces principes.

Toutefois, cette décision ne nous convainc pas totalement car le problème juridique ne se posait pas, semble-t-il en l'espèce, exactement en ces termes. En effet, ce que le patient contestait c'était la rupture dans la continuité des soins.

Le principe de la continuité des soins s'est vu reconnaître par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé une valeur essentielle puisqu'il figure en tête du code de la santé publique. L'article L. 1110-1 du code de la santé publique dispose que « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ». Cette obligation de continuité des soins pèse non seulement sur les établissements de santé mais aussi sur les professionnels de santé²⁴. Elle a été renforcée par la loi HPST²⁵ qui en a fait non seulement une mission générale pour la méde-

20 - TC 25 mars 1957, D. 1957 juris. p. 395.

21 - CE 30 mars 1984, Rec. Lebon p.142.

22 - CAA Paris 20 sept. 2006, n° 03PA04728.

23 - ML Moquet-Anger, Droit hospitalier, 2ème éd. LGDJ, spéc. n° 311.

24 - Au terme de l'article L. 6112-3 il est précisé que « L'établissement de santé, ou toute personne chargée d'une ou plusieurs des missions de service public définies à l'article L. 6112-1, garantit à tout patient accueilli dans le cadre de ces missions : [...] 2° La permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé ».

25 - Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juill. 2009, p. 12184.

19 - CE 30 mars 1984 n° 24621 ; CAA Paris 21 décembre 2012 n° 11PA04238 ; CAA Nantes 28 juin 2002 n° 99NT00480.

cine ambulatoire²⁶ mais a aussi précisé le rôle des établissements de soins dans la mise en œuvre de cette mission²⁷.

Cette obligation de continuité des soins est au demeurant une obligation imposée à tous médecins par le code de déontologie médicale. Le code de déontologie médicale, tel que codifié dans le code de la santé publique, leur est applicable, sous réserve de certaines de ces dispositions, comme celles relatives à la clientèle ou celle du libre choix du médecin par le malade²⁸. Certaines obligations qui pèsent sur les praticiens hospitaliers présentent en effet des spécificités liées à leur statut et à celui du service public. Il en va ainsi de l'obligation de continuité des soins posée à l'article R. 4127-47 du code de la santé publique qui dispose que « *quelles que soient les circonstances, la continuité des soins doit être assurée* »²⁹. En effet, le praticien hospitalier est dans le cadre de sa mission au sein de l'établissement public de santé, lorsqu'il est dans l'exercice de ses fonctions, soumis au respect de l'obligation de continuité. Celle-ci s'articule avec le principe de continuité du service public hospitalier qui a conduit le législateur à poser la règle selon laquelle « *en cas d'empêchement du fonctionnaire chargé d'un travail déterminé, et en cas d'urgence, aucun autre fonctionnaire ayant reçu l'ordre d'exécuter ce travail ne peut s'y soustraire pour le motif que celui-ci n'entre pas dans sa spécialité ou n'est pas en rapport avec ses attributions ou son grade. Toutefois, l'application de cette disposition ne peut faire échec aux règles d'exercice des professions réglementées par des dispositions législatives* »³⁰.

De manière générale, les contours de l'obligation de continuité des soins ont été précisés. Ainsi, lorsqu'un professionnel de santé ou un établissement de santé ne peut assurer la continuité des soins et répondre favorablement à une nouvelle sollicitation d'un patient pris en charge, il doit être en mesure d'assurer une solution médicale alternative au patient. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article R. 4127-47 du code de la santé publique selon lesquelles (...) « *S'il se dégage de sa mission, [le médecin] doit alors en avvertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins* ». L'article L. 6315-1 relatif à

.....

26 - Article L. 6315-1 du code de la santé publique : « *La continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances (...)* ».

27 - L'article L. 1111-2 du code de la santé publique souligne en effet que l'établissement de santé doit recueillir auprès du patient hospitalisé « *les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie* ».

28 - L'article R. 4127-1 du code de la santé publique prévoit en effet que les dispositions du code s'appliquent à tout médecin exécutant un acte professionnel, ou inscrit au tableau de l'ordre.

29 - V. également l'article L. 6315-1 du code de la santé publique au sujet de la médecine ambulatoire.

30 - Art. 99 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

la médecine ambulatoire reprend une formulation similaire et dispose que « *lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence* ». Autrement dit, l'interruption brutale du soin sans raison particulière et sans que la prise en charge soit assurée peut être appréhendée comme une faute.

La rupture brutale de la prise en charge peut en effet être assimilée à un refus de soins du professionnel ou de l'établissement de santé. Certes, le refus de soins peut être licite puisque comme l'affirme l'article R. 4127-47 alinéa 2 du code de la santé publique « *hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles* ». Le médecin est donc en droit de refuser la prise en charge d'un patient notamment lorsque celle-ci pourrait porter atteinte à sa sécurité ou lorsqu'il n'a pas les compétences requises pour le faire³¹, ou encore en invoquant sa clause de conscience³².

Mais, l'urgence est comme le précise le code de la santé publique une limite au refus de soins³³. En cas d'urgence, le médecin est tenu d'agir aussi bien en vertu de ses obligations déontologiques que d'une obligation plus générale de porter secours, pesant sur tout individu et non uniquement sur les professionnels de santé. Le droit du malade à recevoir des soins devient alors dans cette hypothèse primordial et ce d'autant plus que l'absence de prise en charge précédente par le médecin sollicité n'a pour la jurisprudence aucune incidence, le médecin devant répondre favorablement, même à un patient qu'il n'a jamais vu³⁴. Lorsque la situation laisse présumer une urgence³⁵, il appartient au médecin de recueillir des informations sur l'état de la personne en vue d'apprécier le caractère urgent ou non de l'intervention sollicitée. Cette obligation de se renseigner peut même aller jusqu'à l'obligation de se déplacer si la situation semble le nécessiter³⁶.

.....

31 - L'article R. 4127-70 du code de la santé publique dispose quant à lui que « *Tout médecin est, en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose.* ».

32 - Articles L. 2123-1, L. 2212-8, et R. 4127-18 du code de la santé publique, Tout médecin peut, en application des en invoquant sa clause de conscience, refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse ou une stérilisation à visée contraceptive. Dans les deux cas, il a alors l'obligation d'informer sans délai l'intéressée de sa décision et de réorienter le patient vers d'autres praticiens lorsqu'il est confronté à une demande d'interruption volontaire de grossesse.

33 - Article R. 4127-47 alinéa 2 du code de la santé publique.

34 - CNOM, 1er avr. 1998.

35 - Par exemple l'appel en pleine nuit d'un médecin de garde (CNOM, 3 mars 1998 ; 7 juill. 1999).

36 - CNOM, 20 sept. 1989. Ainsi commet une faute un médecin de garde qui refuse de se rendre au chevet d'un enfant ayant subi un traumatisme crânien et dont l'état s'est aggravé pendant la nuit.

Or, dans l'espèce commentée, le patient avait appelé à différentes reprises le secrétariat du médecin en invoquant le caractère urgent de sa demande de rendez-vous ou d'entretien téléphonique avec le professionnel qui le suivait régulièrement. Il incombe alors au regard de la jurisprudence aux professionnels de santé du service de se renseigner sur le caractère urgent de la demande du patient pour en apprécier le degré et ce d'autant plus qu'il était régulièrement suivi dans le service. Peu importe que le patient ne se soit pas déplacé, et peu importe qu'il ne se soit pas rendu au service des urgences de l'établissement. Il appartenait au service auprès duquel le patient était suivi d'apprécier le caractère urgent de la demande et de l'orienter si nécessaire vers le service d'urgence de l'hôpital dont dépend l'institut de myologie. À défaut, le refus de prise en charge pourrait être assimilé à un refus de soins illicite et donner lieu à sanction.

Les sanctions d'un refus de soins illégitimes sont différentes selon qu'elles visent un professionnel ou un établissement de santé. Le professionnel de santé peut en effet voir sa responsabilité disciplinaire engagée. De surcroît, lorsque le médecin exerce au sein d'un établissement de santé public, sa faute engage sa responsabilité personnelle dès lors qu'elle est suffisamment grave pour être qualifiée de détachable du service. Ainsi, dans des circonstances où un praticien surchargé a été appelé pour intervenir auprès d'une femme sur le point d'accoucher mais ne s'est pas déplacé. En dépit de l'insuffisance organisationnelle de l'établissement, ne disposant pas d'autres professionnels, la faute du praticien a été qualifiée de détachable dès lors qu'elle « révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique »³⁷. Une telle faute est au demeurant susceptible d'engager la responsabilité pénale du professionnel de santé. Celle-ci peut être retenue dans l'hypothèse où le refus de soins serait discriminatoire³⁸ ou sur le fondement de la non-assistance à personne en danger³⁹.

Ce fondement pourrait également être invoqué à l'encontre d'un établissement de santé. En effet, celui-ci peut en tant que personne morale être condamné pour le délit de non-assistance à personne en péril en application de l'article 121-2 du code pénal⁴⁰. En outre, l'établissement peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la violation du droit dont dispose toute personne d'être soignée en cas d'urgence. L'article L. 1110-5 du code de la santé publique dispose en effet que « Toute personne a,

.....

37 - Cass. crim 2 avril 1992 n° 90-87.579

38 - Article 225-1 du code pénal lorsque le refus de soins s'avèrerait être discriminatoire. Sur ce point la loi HPST a étendu le champ de l'incrimination au refus de soins d'un bénéficiaire de la CMU, cf. art. l'article L. 1110-3.

39 - sur le fondement de l'article 223-6 du code pénal qui sanctionne le délit de non-assistance à personne en péril ou sur le fondement du code de la santé publique.

40 - Les conditions d'application de l'article 223-6 du code pénal relatives au délit de non-assistance à personne en péril ne diffèrent pas selon que la personne en cause est une personne physique ou une personne morale. Il faut et il suffit que le délit soit commis par un représentant de la personne morale et pour le compte de celle-ci.

compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées... ». Sur ce fondement, la CAA de Paris a, dans d'autres circonstances, retenu la responsabilité de l'AP-HP pour avoir différé de trois semaines une intervention chirurgicale sur une patiente en raison de son absence de couverture sociale. Les juges ont considéré que ce retard a aggravé l'état de santé de la patiente, qui est restée atteinte d'une cécité quasi complète et définitive et qu'il y avait lieu de condamner l'AP-HP à verser la somme de 100 000 francs à la patiente au titre de réparation de son préjudice⁴¹. Ce faisant, si dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris le 27 mai 2013, le patient avait allégué l'urgence, et sous réserve qu'elle soit établie, ces différents éléments auraient pu conduire les juges à s'interroger sur la responsabilité des différents acteurs auxquels le patient s'est adressé.

La frontière entre refus de soins et rupture dans la continuité des soins est bien souvent ténue. Un professionnel de santé ne saurait se rendre coupable d'un refus ou d'une rupture dans la continuité des soins illégitimes, ou provoquer la discontinuité du service hospitalier dont il relève. Et ce même si le praticien hospitalier ou l'établissement de santé n'est pas lié par un contrat avec le patient. Qu'en serait-il sinon du droit à la continuité des soins du patient ?

A. L.

.....

41 - CAA Paris, 9 juin 1998, n° 95 PA 03525

Concilier le respect du secret médical et la protection de la santé des personnes, déroger à la liberté individuelle pour éviter qu'il y ait non-assistance à personne en danger : enjeux du Décret du 20 juin 2013 relatif aux conditions de mise en œuvre de l'information de la parentèle dans le cadre d'un examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales.

La génétique est une discipline médicale qui, jusqu'à une période récente, était restée confinée au domaine de la recherche et des maladies rares. Ces dernières années, elle s'est imposée dans la prise en charge de pathologies de plus en plus nombreuses⁴².

Les examens de génétique peuvent être pratiqués à différents stades du développement : au stade embryonnaire (diagnostic préimplantatoire), sur des cellules du fœtus (d. prénatal), juste après la naissance (d. néonatal) et tout au long de la vie. Lorsqu'il est réalisé après la naissance, cet examen a pu être défini comme « l'analyse de ses caractéristiques héréditaires ou acquises à un stade précoce du développement » (art. R. 1131-1 du code de la santé publique) on parle alors de génétique constitutionnelle⁴³.

Or l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne n'est pas un examen ordinaire de biologie ; il en diffère notamment en ce qui concerne

.....

42 - En 2012, en France, 228 laboratoires ont eu une activité de génétique postnatale, ils ont réalisé plus de 80 000 analyses de cytogénétique (analyse des chromosomes) et plus de 415 000 analyses de génétique moléculaire (analyse de l'ADN). L'augmentation de l'activité de diagnostic est particulièrement importante dans le domaine de la génétique moléculaire où, en 2009, les laboratoires avaient réalisé un peu plus de 271 000 analyses. Ces tests ont été réalisés pour le diagnostic de plus de 1500 maladies différentes mais il est intéressant de noter que, à elles seules trois maladies concentrent plus de 40% des examens. Rapport de l'Agence de la biomédecine 2.3.4 La Génétique postnatale.

43 - Il faut différencier l'examen des caractéristiques d'une personne (génétique constitutionnelle) de l'examen des caractéristiques génétiques d'une tumeur chez un patient atteint d'un cancer (génétique somatique) car les tumeurs se caractérisent par le fait que l'ADN des cellules qui les constituent est altéré et diffère de l'ADN des cellules saines.

son résultat qui est définitif et peut avoir des conséquences sur l'ensemble de la famille. Il en diffère également en ce qui concerne les personnes auxquelles ce test peut être proposé par le médecin : des personnes qui présentent des signes de maladie, mais aussi des personnes qui ne présentent aucun signe de maladie, pour établir si, souvent dans un contexte familial particulier, elles ont un risque de développer la maladie ou de la transmettre. C'est dans ces dernières hypothèses que l'on a pu parler de médecine prédictive.

Après l'intervention de plusieurs avis du CCNE sur ces sujets⁴⁴, le législateur s'est ému des risques que ces diagnostics, définitifs et prédictifs pourraient faire courir au droit de chacun au respect de sa vie privée. Il a, dès 1994, posé en principe que, réserve faite des procédures judiciaires, l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne pouvait être fait qu'à des fins médicales ou de recherche et avec le consentement de la personne. Il a en outre prévu que les analyses de génétique ne pouvaient être réalisées que par des praticiens agréés dans des conditions prévues par Décret en Conseil d'État et, enfin que la violation de ces dispositions était punie de peines sévères : 100 000 euros d'amende et 1 an de prison. Il a ainsi posé les grandes lignes de la protection de la personne sur laquelle sont réalisés ces examens.

Mais lors de l'élaboration de la loi de bioéthique de 2004, une nouvelle problématique a été soumise au Parlementaires, résultant du caractère familial des anomalies génétiques et des maladies dont elles peuvent être la cause. Lors des travaux préparatoires eu Sénat, un professionnel avait exposé le cas dramatique de deux jeunes frères décédés des suites d'une maladie génétique rare pourtant guérissable et alors que cette maladie génétique avait déjà été diagnostiquée chez un des membres de leur famille qui avait, lui, bénéficié d'une prise en charge mais qui, en raison d'une brouille familiale, n'avait pas voulu que ses proches soient informés du fait que leurs enfants étaient peut-être atteints et que des traitements pouvaient être mis en œuvre qui les auraient sauvés. Ce professionnel avait alors interpellé les sénateurs sur le fait que « *Au regard du droit, le respect de la vie privée des gens⁴⁵ (...et du secret médical⁴⁶) l'emporte sur l'assistance à personne en danger* »

Le rapporteur relevait que cette question avait été examinée par le CCNE dans son avis n° 46 du 30 octobre 1995 qui avait conclu à ce que « *le secret médical doit être respecté vis à vis des tiers, y compris les autres membres de la famille* » mais que la société devrait se prononcer sur ce grave conflit éthique

.....

44 - avis n° 17 du 15 décembre 1989 (sur les empreintes génétiques), avis n° 25 du 24 juin 1991 (sur les banques d'ADN et de cellules et l'informatisation des données) avis n° 30 du 27 janvier 1992 (sur l'utilisation de tests génétiques pour les JO d'Albertville).

45 - Art. L. 1110-4 du code de la santé publique : « Toute personne prise en charge par un professionnel (...) participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ».

46 - loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 titre VI médecine prédictive et identification génétique.

auquel se trouverait confronté le médecin dès lors que la non-assistance à personne en danger était inacceptable⁴⁷.

La loi du 6 août 2004 n'instaure pas l'obligation pour le patient d'informer ses proches : dans son article 5 elle met à la charge du médecin une obligation d'informer son patient des risques que son silence pourrait faire courir à ses apparentés et de remettre au patient un document relatif à ces risques, puis envisage deux hypothèses : soit le patient est d'accord pour informer les proches ; il en donne les coordonnées au médecin qui transmet ces informations à l'Agence de la Biomédecine, chargée à son tour d'alerter, par l'intermédiaire d'un médecin, les membres de la famille potentiellement concernés, soit le patient ne souhaite pas informer ses proches et dans ce cas, ce refus ne peut pas servir de fondement à une action en responsabilité à son encontre.

Ce dispositif n'a, en fait, jamais vu le jour car le Décret d'application n'a pas été élaboré. A l'occasion des états généraux de la bioéthique de 2009 puis des travaux préparatoires de la révision de la loi de bioéthique, le caractère insatisfaisant de la situation a été souligné.

La loi du 7 juillet 2011 a profondément modifié ce régime juridique et donné un nouvel équilibre aux différents droits et obligations que le législateur devait conjuguer : respect de la vie privée, secret médical, protection de la santé et assistance des personnes en danger. Le nouveau système peut être résumé ainsi :

Le médecin informe le patient du risque que son silence pourrait faire courir à ses proches. Le patient a l'obligation d'informer ses proches. Il peut le faire lui-même ou bien, soit parce qu'il ne veut pas connaître le résultat de l'examen soit parce qu'il n'a pas envie de faire cette formalité, il peut demander au médecin de s'en charger en lui donnant les coordonnées de ses proches. Le médecin adresse alors un courrier aux membres de la famille indiquant qu'un de leurs proches est atteint d'une maladie génétique et les invitant à se rapprocher d'un généticien. Il ne leur donne ni le nom de la personne ni le nom de la maladie. Le deuxième médecin éventuellement contacté se rapproche du premier et propose aux proches des mesures adaptées de soins ou de prévention. Le décret du 20 juin 2013 précise les modalités d'application de ces dispositions et met en place la procédure destinée à assurer le difficile équilibre entre les différents droits en présence. Il renvoie à un arrêté du ministre chargé de la santé pris sur proposition conjointe de l'Agence de la biomédecine et de la Haute autorité de santé le soin de définir les règles de bonne pratique qui s'appliqueront à la



47 - Art. 226-13 du code pénal : « la révélation d'une information à caractère secret par une par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession (...) est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. » ; art. 4 du code de déontologie médicale : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est à dire non seulement ce qui lui a été confié mais aussi ce qu'il a vu, entend ou compris. ».

plupart des étapes de mise en œuvre de cette procédure.

I. Avant l'examen : l'importance de l'information du patient sur cette nouvelle obligation et ses modalités (Art. 1131-20-1 du code de la santé publique)

Le Décret prévoit qu'il appartient au médecin d'informer le patient de l'obligation qui pèse désormais sur lui. Preuve de l'importance de cette information : elle doit être donnée avant la prescription du test génétique et constitue ainsi l'un des éléments du consentement du patient à la réalisation du test : s'il ne souhaite pas se trouver contraint de respecter cette obligation ou de supporter les conséquences d'un éventuel refus de sa part, il a la liberté de renoncer au test. L'information porte sur l'obligation elle-même, sur la possibilité de ne pas informer directement mais en faisant appel au médecin et enfin sur les conséquences du refus. Le support de cette information est un document écrit. Le médecin, lors de cette première consultation détermine, compte tenu des éléments médicaux dont il dispose à ce stade (c'est-à-dire avant le test) et des bonnes pratiques médicales les proches potentiellement concernés. Cette recherche familiale est habituelle dans les consultations de génétiques car la recherche des antécédents familiaux est fondamentale dans l'identification de la maladie suspectée au regard notamment de ses modalités de transmission.

C'est également avant la prescription du test que la personne exprime son choix, soit d'informer par elle-même ses proches ou certains d'entre eux, soit de ne pas les informer (ou certains d'entre eux) par elle-même. Cette formalité est très encadrée, toutes les étapes devant être retracées par écrit. Dans le cas où la personne déclare souhaiter procéder par elle-même, sa décision est consignée au dossier médical par le médecin qui peut si elle le souhaite, lui proposer des mesures d'accompagnement. Dans second cas, où la personne ne souhaite pas informer par elle-même (soit qu'elle veuille être tenue dans l'ignorance du diagnostic, soit qu'elle n'ait pas envie de transmettre l'information) mais consent à ce que cette information soit effectuée par l'intermédiaire du médecin, elle doit en faire la demande par écrit et joindre les coordonnées des proches concernés, le médecin doit accuser réception de cette demande. Enfin dans le cas où la personne refuse purement et simplement que ses proches soient informés, ni par elle, ni par le médecin, sa décision est consignée par le médecin dans le dossier médical. Si le Décret prévoit que cette procédure doit être réalisée avant la prescription du test, il réserve toutefois la possibilité pour la personne de changer d'avis ultérieurement, et précise que tout changement doit être mentionné par le médecin dans le dossier médical.

On ne peut qu'être frappé de la volonté des auteurs du Décret d'assurer une traçabilité complète de l'information donnée et des choix faits par la personne à l'égard de ses proches. Cette volonté est conforme à l'intention du législateur à l'égard de ce

dispositif si particulier et dérogoire au droit commun qui gouverne habituellement le « colloque singulier » entre le médecin et son patient ; elle fait néanmoins peser d'assez lourdes contraintes de procédure sur les soignants.

II. Le droit de ne pas savoir

Il faut insister sur un droit particulier explicitement énoncé par la Loi et dont l'exercice est organisé par le Décret : le droit (ou la liberté disent certains) de ne pas savoir. Il y a là un écho au principe fondamental du consentement aux soins : de même que l'on ne peut imposer des soins ou un examen à un patient, de même on ne peut le forcer à prendre connaissance du résultat d'un examen. L'énoncé de ce droit est particulièrement important dans le domaine de la génétique, médecine prédictive où il n'est pas rare que des personnes aient besoin de temps pour faire la démarche de venir chercher les résultats d'un test voire ne viennent jamais les chercher. Pour ces cas, la procédure organisée par le Décret permet, conformément à l'intention affichée par le législateur de protection de la santé des proches, de prévenir néanmoins les proches qu'une anomalie grave existe dans la famille, anomalie dont ils sont peut-être atteints et contre les conséquences de laquelle ils peuvent se prémunir.

III. Après l'examen : la mise en œuvre de l'obligation dans le respect du secret médical (Art. R. 1131-20-2 et R. 1131-20-4)

En cas de diagnostic d'une anomalie génétique pouvant être responsable d'une affection grave justifiant de mesures de prévention ou de soins, la procédure est mise en œuvre par le médecin. Le médecin remet au patient le document d'information et la liste, éventuellement modifiée, des proches concernés et il verse également copie de ces documents au dossier médical. Il est important de relever que seules les anomalies génétiques graves et susceptibles de soins ou de prévention, donnent lieu à la procédure, les simples susceptibilités, c'est-à-dire des anomalies qui ne sont ni nécessaires ni suffisantes pour développer la maladie ne doivent pas déclencher l'information des proches : il est inutile d'alarmer lorsque l'enjeu est mineur.

Ensuite, si le patient a souhaité réaliser l'information lui-même, il peut être accompagné. S'il ne l'a pas souhaité, la procédure d'information fait alors intervenir deux médecins : le premier, celui qui a prescrit le test, envoie une lettre recommandée aux membres de la famille dont il a les coordonnées, cette lettre porte à la connaissance des apparentés l'existence d'une information médicale à caractère familial pouvant les concerner et les invite à prendre l'attache d'un second médecin, sans révéler ni le nom de la personne qui a fait le test ni la nature de l'anomalie génétique. Seul le second médecin aura connaissance de cette anomalie, à l'exclusion du nom du patient, en se rapprochant du premier médecin : ainsi l'objectif de préserver la santé des proches sans pousser un médecin à enfreindre

l'obligation de respecter le secret médical est respecté.

IV. Le cas particulier du don de gamètes ou d'embryons (Art R. 1131-20-3)

Afin de préserver la santé des enfants éventuellement issus d'un don de gamètes ou d'embryons fait par le patient qui a réalisé le test, le Décret prévoit une procédure similaire. Dans la mesure où ces dons sont anonymes, la procédure fait intervenir un intermédiaire : le centre d'AMP. Avec l'autorisation du patient et sur ses indications, le médecin adresse une lettre informant le centre d'AMP de cette anomalie génétique ; le centre d'AMP identifie les enfants éventuellement nés ; il est ensuite tenu de procéder à leur information.

V. Les conséquences du refus d'informer les proches

Ni la Loi ni le Décret ne prévoient explicitement de sanction pour le où le patient refuserait d'informer ses proches. La Loi prévoit seulement que la personne est tenue d'informer ses proches ; le Décret précisant qu'il incombe au médecin d'informer la personne de l'existence de cette obligation et des conséquences d'un éventuel refus de sa part de transmettre l'information. Il ne s'agit donc pas d'une faute pénale, mais bien d'une responsabilité civile, qui pourrait être engagée envers les proches sur le terrain de la faute, en cas de refus de les informer ayant entraîné un préjudice. Par rapport au dispositif prévu par la loi de 2004, les droits des proches sont mieux préservés : par l'information sur les risques que la maladie fait peser sur eux et, en cas de refus d'informer, par cette responsabilité civile.

Au-delà des proches, c'est la santé publique qui se trouve améliorée par des mesures de prévention rendues possibles par ce dispositif pour des maladies graves. Il est important toutefois de souligner que la responsabilité du patient est la seule conséquence de son refus d'informer : en aucun cas, ce refus n'exonère le médecin de son obligation de respecter le secret médical et de procéder, contre la volonté du patient à l'information des proches dont il peut connaître l'existence par lui-même. Le législateur puis les auteurs du Décret ont combiné les différents droits en présence et dans l'équilibre qu'ils ont trouvé aucun des trois acteurs : patient, médecin, proches, ne doit abandonner totalement ses droits devant un intérêt qui aurait été jugé supérieur.

E. P.-B.

Xavier Cabannes

Professeur à l'Université de Picardie - Jules Verne, membre de l'Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

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

L'intervention de professionnels libéraux au sein des EHPAD : deux décisions récentes

Les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) font fréquemment appel à des professionnels de santé d'exercice libéral afin de répondre à des besoins médicaux ou paramédicaux que leurs effectifs salariés ne permettent pas à eux seuls de couvrir. Mais il arrive également que des résidents eux-mêmes souhaitent bénéficier, au sein de l'établissement qui les héberge, des professionnels de leur choix exerçant « en ville » et prennent l'initiative d'y solliciter leurs prestations, en sus de celles que l'établissement leur propose ; il en est également ainsi, bien que rarement, au sein aux unités de soins de longue durée (USLD) des établissements de santé, s'agissant tout particulièrement de masseurs-kinésithérapeutes et dans une moindre mesure d'orthophonistes¹.

Dans les deux cas, le coût de ces prestations de soins a vocation à peser sur l'Assurance maladie.

La première hypothèse de cet « outsourcing » relève de la prise en charge médicale institutionnelle des établissements et de leur initiative, l'intervention de personnels extérieurs leur permettant d'apporter aux résidents une réponse adaptée à leurs besoins de soins et conformes à leurs choix, en maîtrisant leurs effectifs salariés. Dans la seconde hypothèse, la prise en charge résulte d'une demande de soins exprimée

1 - La loi « HPST » du 21 juillet 2009 a en effet circonscrit la possibilité d'intervention à la demande de l'établissement – et non du patient – d'auxiliaires médicaux exerçant à titre libéral en établissement public de santé aux seuls soins délivrés au domicile des patients et donc en hospitalisation à domicile (art. L. 6146-2, Code de la santé publique.). Au sein des USLD, cette possibilité n'est donc ouverte qu'à l'initiative des patients.

par l'intéressé et qui serait d'ailleurs assumée sans restriction, pour tout ou partie, par l'Assurance maladie, si le patient était demeuré à son domicile.

Il n'en reste pas moins que sans garde-fous, une telle faculté ouverte à l'établissement ou au résident a pour effet que l'Assurance maladie est confrontée au risque de devoir payer une seconde fois des prestations de soins qu'elle rémunère déjà par ailleurs : en effet, les EHPAD et les centres et unités de soins de longue durée, qui sont des lieux de soins autant que d'hébergement, proposent en tout état de cause dans leurs prestations propres une offre de soins médicale et paramédicale.

Un dispositif de financement complexe

Dans le cadre de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM), ces dépenses « externes » résultant de l'intervention de professionnels libéraux et qui relèvent de l'enveloppe des soins « de ville » viennent se cumuler avec des dépenses « internes » déjà prises en compte au titre des dotations de soins dans l'enveloppe « médico-sociale » ou dans celle dévolue aux établissements de santé.

Les unités et établissements en charge de l'accueil des personnes âgées dépendantes bénéficient en effet, pour les soins aux personnes qu'ils hébergent, d'un tarif journalier afférent aux soins, financé entièrement par l'Assurance maladie et qui recouvre les « prestations médicales et paramédicales nécessaires à la prise en charge des affections somatiques et psychiques ainsi que les prestations paramédicales liées à l'état de la dépendance des personnes accueillies » (art. L. 314-2 et R. 314-161, CASF). Ce forfait est versé mensuellement aux établissements concernés par l'organisme de sécurité sociale compétent.

Pour être plus précis, au sein d'un dispositif de financement particulièrement « complexe »², il existe en réalité deux tarifs de soins possibles, dont les périmètres diffèrent (art. L. 314-8 et R. 314-167, CASF ; arrêté du 26 avril 1999 relatif à la composition du tarif journalier afférent aux soins, modifié par l'arrêté du 4 mai 2001 et par l'arrêté du 30 mai 2008) et il revient à l'établissement de se déterminer pour l'un ou pour l'autre, en fonction du profil médical de ses résidents :

- Le tarif journalier « partiel », qui comprend les rémunérations respectives du médecin coordonnateur, ainsi que les honoraires des infirmiers libéraux intervenant dans l'établissement.

2 - Selon les termes du rapport de l'Inspection générale des affaires sociales, *Financement des soins dispensés dans les établissements pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) – Évaluation de l'option tarifaire dite globale*, oct. 2011, p. 3

- Le tarif journalier « global », qui comprend, en sus des charges qui viennent d'être indiquées du tarif « partiel », celles liées aux dépenses de rémunération des médecins généralistes et auxiliaires médicaux libéraux intervenant dans l'établissement, ainsi que les examens de biologie et de radiologie et certains médicaments

L'option tarifaire choisie par l'établissement, « partielle » ou « globale », figure dans la convention tripartite que l'établissement doit signer avec le président du conseil général et le directeur général de l'agence régionale de santé pour pouvoir accueillir des personnes âgées dépendantes. Elle peut être modifiée en cours de convention (art. R. 314-167, CASF)³.

La régulation

Un souci de maîtrise de ces dépenses de santé a entraîné la mise en place de deux dispositifs de régulation.

Le premier vise à ce que l'Assurance maladie ne paie qu'une fois les prestations de même nature réalisées dans le même lieu et le même temps d'un séjour en établissement⁴. C'est ainsi que l'article L. 133-4-4 du code de la sécurité sociale⁵ dispose que lorsqu'un organisme chargé de la gestion d'un régime obligatoire d'assurance maladie prend en charge, pour une personne âgée résidant dans un établissement pour personnes âgées dépendantes ou un établissement de santé dispensant des soins de longue durée (en pratique, une unité ou un centre de soins de longue durée), à titre individuel, des prestations d'assurance maladie qui par nature relèvent du champ des tarifs de soins (« partiel » ou « global »), les sommes en cause doivent en principe être déduites, par la caisse pivot⁶ dont relève l'établissement, des versements ultérieurs qu'elle lui alloue au titre du forfait de soins.

Le second dispositif consiste à imposer, pour l'intervention des professionnels libéraux concernés, la conclusion préalable d'un contrat entre l'établissement et le professionnel. L'article L. 314-12 du Code de l'action sociale et des familles, issu de

3 - Actuellement, 30 % des EPHAD sont conventionnés au tarif global. Mais depuis 2011, la possibilité de passer du tarif partiel au tarif global a été gelée, ce qui suscite l'ire des fédérations des établissements du grand âge (source : *Hospimedia*, 24 mai 2013).

4 - Les organismes concernés par ce qui suit (et notamment par les dispositions de l'article L. 133-4-4 du code de la sécurité sociale) sont les EHPAD et les établissements de santé dispensant des soins de longue durée comportant un hébergement (unités ou centres de soins de longue durée) qui ont conclu une convention tripartite prévue au I de l'article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles

5 - Issu de l'art. 62 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009

6 - Aux termes des articles L. 174-6 et L. 174-8 du CSS, la caisse pivot peut être une CPAM ou que ce rôle peut être rempli, par convention entre les régimes, par une caisse relevant d'un autre régime que le régime général lorsque dans une unité ou un centre de soins de longue durée ou dans un EHPAD le nombre de ses ressortissants est le plus élevé.

la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, prévoit ainsi que « Des conditions particulières d'exercice des professionnels de santé exerçant à titre libéral destinées notamment à assurer l'organisation, la coordination et l'évaluation des soins, l'information et la formation sont mises en œuvre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. (...) Un contrat portant sur ces conditions d'exercice est conclu entre le professionnel et l'établissement ». Un article R. 313-30-1 du même code (issu du décret du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes) dispose par ailleurs que le contrat obligatoirement conclu à ce titre doit être conforme à un contrat-type fixé par arrêté.

Ces dispositions imposant ces « contrats de coordination » - coordination dont l'intérêt pour la qualité et la sécurité de la prise en charge ne souffre pas discussion - n'autorisent donc pas une intervention véritablement libre des professionnels libéraux dans ces établissements, ceci aussi bien d'ailleurs lorsqu'elle résulte d'une demande de l'établissement lui-même que de celle du patient. Point important : elles ne s'appliquent pas à ce jour d'une part aux établissements de santé pour leurs unités de soins de longue durée, ni d'autre part pour les interventions réalisées dans le cadre de la permanence des soins (sur ce second cas, v. art. R. 313-30-1, CASF).

Deux décisions récentes, prises respectivement par la Cour de cassation et par le Conseil d'État, sont venues éclairer les modalités de cet encadrement.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 2012⁷

Cette décision, prise par la deuxième chambre civile le 29 novembre 2012, porte sur l'application de l'article L. 133-4-4.

La Cour de cassation, dans une affaire comparable, avait déjà récemment considéré que le versement à un établissement du forfait de soins faisait obstacle à ce que les caisses primaires prennent en charge en sus de ce forfait les soins prodigués par les praticiens libéraux intervenant à la demande des personnes hébergées. Mais elle l'avait fait sur le seul fondement des articles 1382 du code civil et surtout sur celui de l'article R. 314-167 du CASF, qui stipule que quelle que soit l'option tarifaire choisie par l'établissement, le tarif, partiel ou global, comprend la prise en charge des prestations prodiguées par les auxiliaires médicaux libéraux (Civ. 2^{ème}, 15 mars 2012, n° 10-28.058).

Dans cette nouvelle affaire, qui a donné lieu à un arrêt du 29 novembre 2012, une caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) avait demandé à une société gestionnaire d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), et bénéficiaire à ce titre d'un forfait de soins pour ses résidents, de lui rembourser des

7 - Cour de cassation, Civ. 2^{ème}, 29 novembre 2012, n° 11-23523

sommes correspondant à des soins infirmiers. Les professionnels libéraux avaient facturés leurs actes directement aux patients. Le suivi des dépenses médicales de l'établissement avait fait l'objet d'un contrôle sur une période de deux ans (du 1^{er} juillet 2006 au 30 juin 2008). Il avait révélé que le coût des actes avaient été pris en charge par la caisse, mais n'avaient pas été imputés sur le forfait « soins » versé par cette même caisse à l'établissement.

L'EHPAD arguait que les actes professionnels de ces infirmiers libéraux avaient été directement remboursés aux praticiens libéraux, et que d'ailleurs, une partie des remboursements résultaient de prescriptions établies par les médecins traitants des résidents et dont l'EHPAD n'avait pas connaissance. Il ajoutait que ces rémunérations n'avaient pas donné lieu à un remboursement à son bénéfice et devaient donc être exclues du forfait de soins.

La cour d'appel, jugeant insuffisantes les pièces fournies par la CPAM, s'était rendue aux arguments de l'EHPAD. Les documents présentés (bordereaux de paiement, relevés informatiques,...) n'indiquaient pas, en effet, que l'établissement avait été directement rémunéré par la CPAM pour les prestations de soins ainsi effectuées ; les feuilles de soins produites n'étaient d'ailleurs pas revêtues, à une exception près, du cachet ou mention de l'établissement ; les soins dispensés aux patients avaient été prescrits de façon indépendante directement par les médecins libéraux, en dehors de toute prise en charge par l'équipe médicale de l'établissement.

Il en résultait pour la cour d'appel que les soins ainsi dispensés par des professionnels libéraux aux résidents d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) devaient être facturés en dehors du cadre du forfait de soins de l'établissement.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt, rappelant les juges à une application stricte de la règle : toutes les prestations dispensées aux résidents d'un EHPAD qui relèvent du forfait de soins doivent être déduites des sommes allouées à ce titre par l'assurance maladie.

La Cour considère que dans cette situation, il convient de rechercher si les soins litigieux relèvent ou non du forfait de soins. En l'espèce, les soins infirmiers dispensés à titre libéral relèvent bien du forfait de soins et ce, quelle qu'ait été l'option tarifaire (forfait « partiel » ou « global ») choisie par l'établissement.

L'application de ces dispositions est en l'occurrence relativement aisée, car les pouvoirs publics ont énoncé par décret les prestations qui ne sont pas comprises dans les forfaits afférents aux soins alloués à ces établissements (art. R. 314-168, CASF). Sont concernés :

- les soins « hospitaliers » de courte durée ou concernant des affections graves pendant leur phase aiguë en médecine, chirurgie, obstétrique, odontologie ou psychiatrie et les soins de suite ou de réadaptation dispensés dans le cadre d'un traitement ou d'une surveillance médicale à des malades requérant des soins continus dans un

but de réinsertion (1° de l'ancien article L. 6111-2 du code de la santé publique) ;

- les séjours et interventions de services de suppléance aux insuffisants rénaux et respiratoires chroniques ;
- les interventions *in situ* des équipes pluridisciplinaires relevant des secteurs de psychiatrie générale ;
- les soins conservateurs, chirurgicaux et de prothèses dentaires réalisés tant en établissement de santé qu'en cabinet de ville ;
- certains dispositifs médicaux en fonction de l'option tarifaire choisie par l'établissement ;
- les examens médicaux nécessitant le recours à certains matériels lourds lorsque ces examens ne nécessitent pas d'hospitalisation de la personne ;
- les honoraires des médecins spécialistes libéraux ;
- les transports sanitaires.

Les modalités de déduction

L'article 62 de la loi du 17 décembre 2008 a renvoyé à un décret la définition des modalités de reversement par la caisse pivot de ces sommes aux différents organismes d'assurance maladie concernés⁸.

Une circulaire du 12 mars 2009⁹ a précisé les modalités de déduction par la caisse pivot, sur les forfaits de soins alloués à ces établissements, des sommes remboursées au titre des soins de ville et les modalités de leur reversement par la caisse pivot aux caisses d'affiliation des assurés concernés.

L'ensemble des remboursements par l'assurance maladie des soins et actes dispensés aux assurés sociaux hébergés dans un EHPAD ou une unité ou un centre de soins de longue durée et qui ont été facturés à tort en tant que soins de ville (actes et soins déjà pris en charge en principe dans le cadre des forfaits de soins alloués à l'établissement) doivent être déduits des versements ultérieurs alloués par la caisse à l'établissement

La procédure de déduction s'applique également lorsque la personne âgée bénéficie de la dispense de l'avance de frais et que les soins ou produits de santé sont remboursés directement au professionnel de santé.

En revanche, si les soins de ville sont remboursés à la personne âgée alors que celle-ci ne se trouve pas dans l'établissement (exemple d'une personne âgée

8 - Décret n° 2009-549 du 15 mai 2009.

9 - Circulaire DSS/DGAS/2C n° 2009-75 du 12 mars 2009 relative à l'application de l'article L. 133-4-4 du code de la sécurité sociale concernant la déduction des sommes remboursées au titre des soins de ville par l'assurance maladie sur les forfaits de soins alloués aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes et aux établissements de santé dispensant des soins de longue durée comprenant un hébergement destiné à des personnes âgées.

qui passe quelques jours dans sa famille ou bénéficie d'une sortie), la procédure de déduction des sommes payées au titre des soins de ville n'est en revanche pas applicable.

Les contrôles des dépenses assumées par l'assurance maladie sont effectués par les caisses à partir des listes semestrielles des résidents et du bordereau mensuel de suivi de la consommation médicale et de l'activité des professionnels que les établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes doivent obligatoirement transmettre aux caisses pivots en application de l'article R. 314-169 du CASF.

Conditions à la mise en œuvre du recouvrement par la caisse pivot

La loi prévoit à l'article L. 133-4-4 que la déduction est effectuée par la caisse pivot « sous réserve que l'établissement n'en conteste pas le caractère indu ». En cas de constatation de sommes indûment prises en charge, la circulaire du 12 mars 2009 recommande à la caisse pivot d'adresser, par courrier, à l'établissement concerné une information préalable sur les sommes en cause (éléments permettant de les identifier : nature, identité des résidents et des professionnels de santé, montant des sommes prises en charge, date des actes ou prestations facturés).

L'établissement pourra être également convié à présenter des observations écrites. Dans ce cas, la caisse pivot devra lui indiquer les conditions et les délais dans lesquels il pourra les présenter. Ce délai ne devra pas en tout état de cause dépasser un mois.

Si l'établissement a saisi la commission de recours amiable (CRA), les sommes réclamées ne peuvent pas être recouvrées sur les forfaits ultérieurs tant que la CRA ne s'est pas prononcée. Il en est de même en cas de saisine du TASS.

Si l'établissement n'a pas contesté la notification dans le délai de 2 mois, la caisse pivot procède à la déduction des sommes réclamées sur les forfaits qu'elle verse et informera l'autorité qui arrête les tarifs afférents aux soins, à savoir le directeur général de l'agence régionale de santé, de l'envoi à l'établissement d'une notification du montant réclamé.

Modalités du contrôle par l'Assurance maladie

Afin de faciliter l'exécution des dispositions de l'article L. 133-4-4 du code de la sécurité sociale et la récupération des indus, la CNAMTS a mis en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel, inter-régimes, dénommé « listes des résidents et données relatives à la consommation médicale dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ». Ce traitement¹⁰, prévu par l'article R. 314-169 du Code de

l'action sociale et des familles et dont la généralisation avait été programmée au 31 mars 2012, poursuit les finalités suivantes : le suivi de la consommation médicale et de l'activité des professionnels de santé libéraux dans l'établissement ; les contrôles afférents aux facturations présentées au remboursement des organismes d'assurance maladie par le rapprochement des données relatives aux résidents avec celles relatives aux remboursements au titre des soins de ville dispensés à ces mêmes personnes ; la répartition entre les régimes du forfait de soins.

À ce stade, seuls sont soumis à ce traitement les résidents et l'activité des professionnels de santé libéraux intervenant dans les EHPAD. Ce dispositif de contrôle ne s'applique donc pas aux unités hospitalières de soins de longue durée.

En croisant les informations et en identifiant de façon systématique et automatisée les interventions des professionnels, il finalise pour les EHPAD un dispositif qui peinerait sans cela à être opérationnel.

L'arrêt du Conseil d'État du 20 mars 2013¹¹

Cette décision, prise par le Conseil d'État le 20 mars 2013, concerne pour sa part le dispositif des contrats-type prévus par l'article L. 314-12.

Le Conseil d'État avait été saisi par requêtes distinctes du Syndicat des médecins d'Aix et région, du Conseil national de l'ordre des médecins, et du Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, aux fins d'annulation :

- du décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes,
- de l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

Le Conseil d'État a partiellement annulé le décret, en estimant que s'il « pouvait légalement renvoyer à un arrêté interministériel le soin de préciser, par le biais de contrats-types, les modalités d'intervention du professionnel libéral de santé dans l'établissement, de transmission d'informations relatives à cette intervention, de coordination des soins entre le professionnel de santé et le médecin coordonnateur de l'établissement et de formation de ce professionnel (...), il ne pouvait, en revanche, renvoyer à un tel arrêté le soin de fixer tous autres engagements entre le professionnel et l'établissement sans en préciser la nature et, le cas échéant, la portée ; (...) le décret attaqué doit, en conséquence, être annulé en tant que l'article R. 313-

relatif à la transmission des listes de résidents en EHPAD (JO, 9 juin 2010).

11 - Conseil d'État, 20 mars 2013, n° 345885.

10 - V. délibération CNIL n° 2009-581 du 12 novembre 2009 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État

30-1 qu'il introduit dans le code de l'action sociale et des familles comporte le mot " notamment " .

Le Conseil d'État a également partiellement annulé l'arrêté fixant les contrats type, en ce qu'il prévoyait pour les deux parties une faculté de rétractation de deux mois à compter de la date de la signature du contrat. Cette faculté, en ce qui concerne les établissements, était de nature à porter atteinte au principe du libre choix de son praticien par le malade. Là l'article 6 a également été annulé pour les mêmes raisons, en ce qu'il permettait à l'EHPAD de résilier un contrat de sa propre initiative, en cas de manquement du praticien à ses obligations contractuelles, " sans que cette faculté soit entourée des garanties nécessaires " un constat préalable de ce manquement n'étant pas requis.

Un contrat-type respectueux de la déontologie médicale

Les différents considérants de cet arrêt précisent différents éléments de ce dispositif de contrôle a priori, qui ne concerne donc que les EHPAD et non les établissements de santé gestionnaires d'unités de soins de longue durée :

- le Conseil d'État souligne en premier lieu le caractère obligatoire de ces contrats et rappelle que le contrat de séjour passé entre le résident et l'établissement doit le mentionner¹². À contrario, les résidents ne peuvent donc ignorer qu'ils ne peuvent faire appel à des professionnels extérieurs en dehors de ce cadre contractuel : « (le législateur) a ainsi exclu l'intervention, dans ces établissements, de professionnels de santé qui auraient refusé de signer un tel contrat ».
- Il considère que les dispositions du contrat-type ne portent pas atteinte au principe de libre choix, en ce qu'elles n'imposent aucunement un praticien au patient et n'ont aucunement pour effet d'autoriser un établissement à ne pas conclure, pour un motif d'opportunité, un contrat avec un professionnel libéral souhaitant exercer son activité dans cet établissement, alors même qu'il accepterait les conditions particulières d'exercice prévues par le contrat-type,
- Il considère que le décret ne porte aucune atteinte à l'indépendance du praticien et ne porte pas aux règles relatives à l'exercice de l'activité de médecin ou de masseur-kinésithérapeute des limitations autres que celles prévues par le législateur en vue d'assurer une meilleure coordination des soins pratiqués dans les établissements concernés : cette indépendance n'est pas mise en cause par le fait que l'établissement informe le praticien de la liste des produits de santé ayant fait l'objet d'une convention d'achat avec des fournisseurs ; elle ne l'est pas davantage par le fait que le praticien doit s'engager « à prendre en

compte, dans son exercice et ses prescriptions, les spécificités de fonctionnement de l'établissement, à signaler sa présence dans l'établissement, à éviter dans la mesure du possible les visites pendant les horaires de repas ou à indiquer, lorsqu'elles sont connues, ses dates de congé et les coordonnées de son éventuel remplaçant » ; enfin, le décret n'impose pas au professionnel de recourir à certains actes ou de renoncer aux prescriptions qu'il estimerait nécessaires aux patients, le principe de liberté des prescriptions n'étant pas mis en cause de façon excessive par rapport à ce qu'a prévu le législateur ; la consultation, prévue par le contrat-type, des professionnels de santé pour l'élaboration de protocoles et leur participation, une fois par an, à une réunion organisée par le médecin coordonnateur ne porte pas atteinte au principe d'indépendance.

- Enfin, le Conseil d'État considère que l'arrêté, en imposant la conclusion préalable d'un contrat, n'impose pas aux médecins intervenant à titre libéral des contraintes excessives ; il n'est pas davantage de nature à dissuader de nombreux praticiens de soigner des personnes âgées résidant en établissement, de telle sorte que la portée concrète du droit de celles-ci de recourir au praticien de leur choix serait considérablement amoindrie.

Les deux décisions ici commentées montrent l'attachement des hautes juridictions à une application stricte des règles qui aujourd'hui encadrent l'intervention des professionnels libéraux dans les établissements recevant des personnes âgées dépendantes. Ces règles, qui organisent les conditions d'ouverture de ces institutions sur la ville, doivent permettre aux résidents de continuer à bénéficier, dans des établissements où elles vivent souvent recluses¹³, du libre choix des professionnels qui les soignent. Ceci tout en prévenant des facturations abusives, dans un contexte où les établissements, soumis à de rudes contraintes financières, rencontrent des difficultés chroniques à attirer et fidéliser des professionnels salariés et pourraient être tentés d'externaliser sans les rémunérer une partie de leurs dépenses médicales et paramédicales.

Mais elles éclairent également la complexité des dispositifs administratifs – traitements automatisés, actions de recouvrement a posteriori, conclusion de contrats d'intervention et autant de contrôles - qui sont aujourd'hui nécessaires pour réguler cette association d'institutions et de professionnels d'exercice libéral.

Enfin, l'organisation de ces interventions de professionnels pose plus généralement la question de la qualité de la prise en charge médicale et paramédicale dans ces établissements, notamment du point de

12 - Sur l'impact d'un refus par un intervenant libéral de contracter avec l'établissement sur la couverture de sa responsabilité civile et les risques d'une absence de garantie en raison d'un mode d'exercice irrégulier, v. IGAS, rapport, oct. 2011, op. cité, p. 32.

13 - On ne peut plus en effet passer sous silence les situations d'enfermement constatées dans certaines EHPAD et récemment décrites par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans son rapport d'activité 2013. Elles ont donné lieu à de nombreux commentaires, qui ne sont pas tous convergents.

vue de sa cohérence, car il est important que les intervenants libéraux s'intègrent dans une prise en charge globale¹⁴. L'IGAS, dans son récent rapport sur ces questions, souligne avec justesse que « Les EHPAD sont aujourd'hui pris en tenaille entre la montée d'une logique institutionnelle – organiser une réponse collective et coordonnée, humainement et techniquement pertinente, à des états de santé et d'autonomie de plus en plus dégradés – et une approche individuelle et libérale des soins fondée sur l'idée de maison de retraite comme substitut du domicile »¹⁵.

En tout état de cause, et la question est régulièrement posée au sein des unités de soins de longue durée des établissements de santé¹⁶, l'intervention « en sus » de professionnels libéraux dans l'ensemble de ces établissements est non seulement licite, mais pleinement souhaitable. Elle viendra le cas échéant, à la demande des patients ou des familles, pallier des insuffisances, quantitatives ou qualitatives, des effectifs soignants de ces structures, tout en maintenant des liens utiles avec le médecin traitant et des professionnels de ville choisis de longue date par les patients. Elle doit toutefois, aujourd'hui, s'organiser de façon transparente, aussi bien vis-à-vis des caisses d'assurance maladie que de l'établissement et son équipe médicale.

M.D.

La prise en compte des services de garde dans la reprise d'ancienneté des praticiens des hôpitaux à temps partiel

(Conseil d'État, 17 avril 2013, M. A, n° 351755)

Par un arrêt rendu récemment, le Conseil d'État procède à une interprétation des services pris en compte dans le cas du reclassement des praticiens attachés, attachés associés ou assistant des hôpitaux dans le corps des praticiens des hôpitaux à temps partiel.

En l'espèce, Monsieur A. exerçait depuis 1987, ses fonctions en qualité d'attaché, d'attaché associé, et assistant spécialisé, dans plusieurs établissements hospitaliers, relevant ainsi des dispositions du statut fixé par le décret du 30 mars 1981¹⁷. Monsieur A a fait l'objet d'un recrutement dans les corps des praticiens des hôpitaux à temps partiel, par arrêté pris par le directeur des affaires sanitaires et sociales d'Ile-de-France, le 7 juin 2004, à effet rétroactif au 17 octobre 2003. Cet arrêté le classait au troisième échelon du corps des praticiens hospitaliers à temps partiel, avec une ancienneté conservée de 4 mois et 23 jours. Contestant cette reprise d'ancienneté, laquelle, selon lui, ne prenait pas en compte l'intégralité des services accomplis dans les établissements publics hospitaliers, Monsieur A a attaqué l'arrêté pris devant le tribunal administratif de Montreuil. Voyant sa requête rejetée par le tribunal par jugement en date du 9 juin 2011¹⁸, Monsieur A. s'est pourvu en cassation. Par un arrêt rendu le 17 avril 2013, le Conseil d'État a annulé le jugement du 9 juin 2011 et, après avoir procédé à une interprétation des textes applicables à l'espèce, a renvoyé les parties devant le tribunal administratif de Montreuil. Cet arrêt, relativement bref, présente néanmoins la qualité d'être très explicite sur l'interprétation qu'il convient de donner aux vacations prises en compte pour le reclassement des attachés et attachés associés, en application du décret du 30 mars 1981. Il procède ainsi à un élargissement de cette notion de vacation.

Une multiplication de statuts particuliers

Il convient, avant de commenter la solution retenue par le Conseil d'État, de rappeler ce que recouvre l'appellation commune de médecin au sein d'un établissement public de santé. Les médecins, de même que les biologistes, les odontologistes et les

14 - L'IGAS a par exemple évoqué pour les condamner l'existence de dérives telles que la facturation par les intervenants extérieurs d'autant de visites que de consultations au cours d'un même déplacement, Rapport, oct. 2011, op. cit., p. 5. Elle a également souligné la vive opposition d'une partie importante des professionnels libéraux à la signature de ces « contrats de coordination » (Rapport, p. 100).

15 - IGAS, rapport, oct. 2011, op. cit., p. 7.

16 - Au sein des établissements publics de santé, notamment, l'intervention des professionnels libéraux n'y est en effet pas « naturelle » et rencontre de multiples préventions et obstacles. Il suffit pour s'en convaincre de considérer l'application très réduite dans ces établissements du dispositif de participation de professionnels libéraux aux missions de service public introduit par la loi « HPST » n° 2009-879 du 21 juillet 2009 (art. L. 6146-2, Code de la santé publique).

17 - Décret n° 81-291 portant statut des attachés et attachés associés des établissements d'hospitalisation publics, JO du 2 avril 1981, p. 918-920.

18 - TA Nice, 9 juin 2011, n° 0902880.

pharmaciens, exercent leurs activités au sein de ces établissements publics sous des statuts variés. Les professeurs d'université-praticiens hospitaliers (PU-PH) et les maîtres de conférences-praticiens hospitaliers (MCU-PH) relèvent du statut de la fonction publique et sont soumis aux dispositions du décret n° 84-135 du 24 février 1984¹⁹.

Toutefois, à cette exception, les membres des professions médicales et pharmaceutiques précitées ne relèvent pas du statut de la fonction publique. Ils sont, en principe, praticiens hospitaliers, exerçant à temps complet ou partiel, et constituent des agents publics non fonctionnaires, nommés et titularisés sur un emploi et non dans un grade²⁰.

Le code de la santé publique distingue ainsi les praticiens hospitaliers à temps plein²¹ et les praticiens hospitaliers à temps partiels²². Les premiers sont nommés à titre permanent et exercent la totalité de leur activité professionnelle dans un établissement public de santé.

Les seconds sont nommés à titre permanent et exercent leurs fonctions dans les mêmes établissements que les praticiens hospitaliers à temps complet. Outre ces praticiens, le code de la santé publique prévoit également des statuts de praticiens recrutés à titre temporaire. C'est ainsi que l'on trouve des praticiens contractuels²³, des assistants des hôpitaux²⁴ (ces dispositions incluant également les assistants associés et les sages-femmes associées), les praticiens recrutés en application du 3° de l'article L. 6152-1, c'est-à-dire sur des emplois présentant une difficulté particulière à être pourvus²⁵ et enfin, les praticiens attachés²⁶ et les praticiens attachés associés²⁷.

C'est à ce statut particulier qu'appartenait Monsieur A lors de son recrutement en qualité de praticien des hôpitaux à temps partiel.

Les praticiens attachés sont des professionnels exerçant à titre libéral et effectuant des activités de soins à l'hôpital sous forme de demi-journées. Avant la codification des dispositions relatives aux praticiens et praticiens attachés par le décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005²⁸, ces derniers étaient régis par le décret du 30 mars 1981, puis par un décret du 1er

août 2003²⁹, abrogeant le précédent. Brièvement, on indiquera que ce décret du 1er août 2003 a créé un nouveau cadre d'exercice pour les attachés et attachés associés en les reclassant automatiquement dans le statut des praticiens attachés et praticiens attachés associés à compter du 1er janvier 2003. Ce décret a également fait disparaître la notion de vacation pour la remplacer par la notion de demi-journée, de même que la décision de nomination pour la remplacer par celle de contrat, dans un souci, aux termes de la note de présentation dudit décret, « d'harmonisation avec les autres catégories de personnels médicaux hospitaliers ».

Les praticiens hospitaliers à temps partiels, quant à eux, étaient soumis aux dispositions du décret n°85-384 du 29 mars 1985³⁰, également codifié par le décret du 20 juillet 2005. C'est donc à la lecture combinée de ces textes que le juge administratif a recouru pour résoudre le litige opposant Monsieur A au directeur régional des affaires sanitaires et sociales d'Ile de France. Monsieur A avait exercé ses fonctions en qualité d'attaché, d'attaché associé et d'assistant et était donc soumis aux dispositions du décret du 30 mars 1981. Son reclassement en qualité de praticien des hôpitaux à temps partiel, par arrêté du 7 juin 2004, le soumettait alors aux dispositions du décret du 29 mars 1985. Il contestait donc la reprise de son ancienneté au motif, notamment, que seules les vacances qu'il avait effectuées avaient été prises en compte, à l'exclusion des différentes gardes qu'il avait assuré dans le cadre de son service.

L'interprétation croisée et élargie des dispositions des décrets du 30 mars 1981 et du 29 mars 1985

Se fondant sur les dispositions de l'article 14, 3° du décret du 29 mars 1985, dans sa rédaction applicable à l'espèce, le Conseil d'État rappelle que, les praticiens des hôpitaux à temps partiel sont classés en tenant compte, notamment « des services accomplis dans les établissements publics de santé en qualité de membre des personnels enseignants et hospitaliers titulaires et non titulaires, de praticien hospitalier, de praticien des hôpitaux à temps partiel, de praticien associé, d'assistant et d'assistant associé des hôpitaux, de praticien contractuel, de praticien adjoint contractuel, de praticien hospitalier à titre provisoire pour la période comprise entre la date de publication de la liste d'aptitude et la date d'installation dans les fonctions et dans la limite d'une année, d'attaché ou d'attaché associé sous réserve qu'ils aient été accomplis à raison de six vacations hebdomadaires dans un ou plusieurs établissements de santé ».

Plus simplement, les services accomplis par Monsieur A, en qualité d'assistant, d'attaché et d'attaché associé devaient être pris en compte pour

19 - Décret portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires.
 20 - À ce sujet, A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, Droit de la santé, Thémis droit, Presses Universitaires de France, 2009, 2^{ème} édition, p. 261-264.
 21 - Articles R. 6152-1 à R. 6152-98.
 22 - Articles R. 6152-201 à D.6152-277.
 23 - Articles R. 6152-401 à R. 6152-421.
 24 - Articles R. 6152-501 à R. 6152-550.
 25 - Articles R. 6152-701 à R. 6152-718.
 26 - Articles R. 6152-601 à R. 6152-631.
 27 - Articles R. 6152-632 à R. 6152-635.
 28 - Décret relatif à la sixième partie (Dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, JO du 26 juillet 2005.

29 - Décret n° 2003-769, relatif aux praticiens attachés et praticiens attachés associés des établissements publics de santé, JO du 10 août 2003, pp. 13915-13920.
 30 - Décret portant statut des praticiens exerçant leur activité à temps partiel dans les établissements d'hospitalisation publics.

déterminer son reclassement, sous réserve qu'il ait accompli, en ces différentes qualités, au moins six vacations hebdomadaires, que ce soit dans un seul ou plusieurs établissements de santé.

Il importait donc, pour la solution du litige, de déterminer les services visés par l'article 14, 3° du décret du 29 mars 1985 représentant des vacations hebdomadaires.

En effet, selon l'article 2 du décret du 30 mars 1981, « les attachés et attachés associés peuvent exercer leurs fonctions concomitamment dans un ou plusieurs services du même établissement ou dans des établissements différents. (...) Ils doivent consacrer au service hospitalier auquel ils sont affectés le nombre de vacations hebdomadaires fixé pour chacun d'eux dans les conditions déterminées à l'article 3 ci-après (...) ».

L'article 3, quant à lui, disposait, ainsi que le rappelle le Conseil d'État, que le nombre total de vacations effectuées par un attaché ou un attaché associé ne pouvait être supérieur à six s'il exerçait ses fonctions dans un ou plusieurs établissements généraux ou spécialisés et à huit s'il exerçait dans un centre hospitalier faisant partie d'un C.H.U. L'article 4, enfin, disposait que « la décision de nomination de chaque attaché fixe le nombre de vacations, d'une demi-journée chacune au maximum qu'il pourra effectuer par semaine ». Dès lors, il n'appartenait pas à l'attaché ou à l'attaché associé de décider du nombre de vacations qu'il effectuerait.

En outre, l'article 11, partiellement cité par le Conseil d'État, rappelait que les attachés et attachés associés étaient tenus d'assurer des services de garde de nuit, le dimanche ou les jours fériés, des remplacements liés aux congés et absences occasionnelles des praticiens de l'établissement et de répondre aux besoins hospitaliers « exceptionnels et urgents » survenant en dehors de leurs horaires normaux de service. Or, ces services visés par l'article 11, s'ils pouvaient donner lieu à récupération ou à rémunération, n'étaient pas, aux termes de celui-ci, inclus dans les vacations prévues par l'article 3, mais venaient en supplément. De ce fait, alors même que les attachés et attachés associés devaient assurer un service défini par leur décision de nomination, ils devaient également - et fréquemment - assurer un service supplémentaire qui n'était pas pris en compte en cas de reclassement en qualité de praticien des hôpitaux à temps partiel. Cette interprétation semblait d'ailleurs confortée par une circulaire³¹ du Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, lors de la mise en œuvre du nouveau statut des praticiens attachés issu du décret du 1er août 2003, abrogeant le décret du 30 mars 1981. Ainsi, le Ministre, détaillant les modalités d'application du décret, précise, relativement à la reprise d'ancienneté que « pour procéder à la proratisation de la reprise de l'ancienneté en fonction de la moyenne pondérée des vacations, il convient de se

fonder exclusivement sur le nombre de vacations prévu dans les décisions de nomination et leurs éventuels avenants couvrant la ou les périodes d'exercice en qualité d'attaché ou d'attaché associé (que ce soit dans l'établissement où s'effectue le reclassement ou dans les autres établissements fréquentés par l'attaché ou l'attaché associé au cours de sa carrière). Les périodes de gardes et d'astreintes ne sont pas prises en compte ».

Certes, il s'agissait là des dispositions applicables au reclassement des attachés et attachés associés dans le corps des praticiens attachés et praticiens attachés associés. Mais aucune précision supplémentaire ou dérogatoire n'ayant été apportée en cas de reclassement de ces praticiens dans le corps des praticiens hospitaliers à temps partiel, il semblait raisonnable de transposer les mêmes recommandations.

Ce qui justifie d'ailleurs probablement la reprise d'ancienneté opérée par l'arrêté contesté pris par le directeur régional des affaires sanitaires et sociales à l'égard de Monsieur A., le 7 juin 2004. Le Conseil d'État opère donc une interprétation plus large du texte et certainement plus favorable aux attachés et attachés associés - et partant, aux praticiens attachés et praticiens attachés associés - en incluant aux services visés par l'article 14, 3° du décret du 29 mars 1985, non seulement les vacations prévues par l'article 3 du décret du 30 mars 1981 mais également les services relevant de l'article 11 de ce même décret. Il en déduit que le tribunal administratif de Montreuil ne pouvait sans commettre d'erreur de droit, juger que les services de garde effectués par Monsieur A. ne devaient pas être pris en compte dans le calcul de sa reprise d'ancienneté.

Une solution dans la continuité de la jurisprudence administrative

Il convient de noter que ce n'est pas la première fois que le Juge administratif donne une lecture plus large et plus favorable aux praticiens - au sens large de cette appellation -. Ainsi dans un arrêt rendu le 4 décembre 2009³², le Conseil d'État avait jugé que les dispositions de l'article 19, 5° du décret n° 84-131 du 24 février 1984, portant statut des praticiens hospitaliers, prévoient que le classement dans l'emploi des praticiens hospitaliers prend en compte les services accomplis dans les établissements d'hospitalisation publics sous l'un des statuts qu'elles énumèrent, sans y faire exception dans le cas où l'intéressé a été recruté sous l'un de ces statuts pour remplacer ou suppléer un praticien hospitalier absent ou empêché. Le tribunal administratif de Nice, dans un jugement rendu le 30 mars 2007³³, avait également jugé que, lors du reclassement d'un praticien, ressortissant italien, dans le corps des praticiens hospitaliers, le ministre du Travail et des Affaires sociales avait l'obligation de tenir compte du service militaire que l'intéressé avait effectué en

31 - Circulaire DHOS/M2 n° 2003-462 du 1^{er} octobre 2003 relative à la mise en œuvre du nouveau statut des praticiens attachés et praticiens attachés associés des établissements publics de santé, conformément aux dispositions du décret n° 2003-769 du 1^{er} août 2003.

32 - CE, 4 décembre 2009, M. A., requête n° 307526, publié aux tables du Recueil Lebon.

33 - TA Nice, 30 mars 2007, M. Gulino, n° 0400724, AJDA 2007, p.240.

Italie ainsi que des services médicaux qu'il avait accomplis, en qualité d'assistant, en Italie et en France.

L'arrêt du 17 avril 2013 s'inscrit donc dans cette même logique d'interprétation en faveur de ces agents publics et on ne peut, compte tenu des difficultés inhérentes au métier de médecin, qu'accueillir positivement la solution dégagée en l'espèce.

On indiquera enfin que la substitution opérée par le décret du 1er août 2003 de la notion de demi-journée à la notion de vacation a certainement concouru à une simplification, mesurée certes, de la détermination de la reprise d'ancienneté. Le code de la santé publique, prescrivant désormais la prise en compte de la durée des services accomplis, et non finalement, comme en l'espèce, d'une certaine appréciation de leur nature, l'hypothèse de contentieux rencontrée ici devrait se faire, cependant, plus rare.

J. D.

Hélène Miller

Avocat au barreau de Paris, Cabinet Dentons

Pascal Paubel

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

Précisions jurisprudentielles autour de la possibilité de reconditionner un médicament par un établissement pharmaceutique autre que le titulaire de l'AMM

Note sous CJUE, 11 avril 2013, *Novartis Pharma*, aff. C-535/11

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) était saisie d'une question préjudicielle par le Landgericht de Hambourg dans le cadre d'un litige opposant les sociétés Novartis et Apozyt. Était en jeu la possibilité pour cette dernière de fabriquer et de distribuer des seringues prêtes à l'emploi, élaborées à partir des médicaments mis sur le marché par la première. Novartis est en effet titulaire d'une autorisation de mise sur le marché (AMM), obtenue en 2007 selon la procédure centralisée¹, pour sa spécialité Lucentis, dont le principe actif (le ranibizumab) est un anticorps monoclonal indiqué dans le traitement d'une pathologie oculaire : la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA). Roche, qui n'était pas partie au litige, est pour sa part titulaire d'une AMM européenne accordée en 2005, pour un anticorps monoclonal de la même classe pharmacothérapeutique (le bevacizumab), commercialisé sous le nom d'Avastin et prescrit dans le traitement des cancers colorectal, rénal et bronchique.

Avant l'arrivée sur le marché du Lucentis, l'Avastin était également utilisé hors AMM dans le

1 - En application du règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004, les médicaments issus de la technologie de l'ADN recombinant et/ou obtenus à l'aide d'anticorps monoclonaux doivent faire l'objet d'une AMM délivrée par la Commission européenne selon une procédure centralisée et instruite par l'Agence européenne des médicaments (EMA).

traitement de la DMLA. En Allemagne comme en France², il continue d'être prescrit par les ophtalmologues en raison de son coût sensiblement inférieur à celui du Lucentis, même si sa présentation apparaît inadaptée à une injection par voie intra-vitréenne, expliquant ainsi la nécessité d'un reconditionnement, avec les risques infectieux que cela comporte lorsque l'opération n'est pas réalisée dans des conditions d'asepsie adéquates³.

Établissement pharmaceutique spécialisé dans la préparation de produits injectables, la société Apozyt élabore à partir des spécialités Lucentis et Avastin des seringues contenant uniquement la dose nécessaire à une injection dans le traitement de la DMLA, selon les indications du prescripteur. Les seringues préremplies en milieu stérile sont expédiées et livrées à la pharmacie ayant passé commande, au regard de l'ordonnance médicale présentée par le patient. Sachant que pour un flacon de Lucentis titrant 0,23 ml, seul un volume de 0,05 ml est utilisé, Apozyt peut préparer, à partir d'un même flacon, plusieurs seringues préremplies. Il en résulte que le prix final d'une injection est très inférieur à celui qui aurait été acquitté pour une injection faite uniquement à partir des spécialités autorisées.

Novartis a introduit, devant le Landgericht de Hambourg, une action tendant à ce que soit ordonnée la cessation de cette activité commerciale constitutive, à ses yeux, d'un acte de concurrence déloyale. À l'appui de son recours, le laboratoire a fait valoir que l'activité consistant à remplir des seringues prêtes à l'emploi avec des doses de sa spécialité requerrait la délivrance d'une autorisation, selon une stricte interprétation du règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004. La perspective de réaliser, par cette opération de reconditionnement, d'importantes économies pour les régimes d'assurance maladie – un objectif d'ailleurs mis en exergue par le gouvernement allemand – a néanmoins convaincu la juridiction nationale de renvoyer l'affaire à la Cour de justice.

Contrairement à l'avis de l'avocate générale Sharpston, qui avait conclu à la nécessité d'une nouvelle autorisation pour ce genre d'opération, la Cour de justice a donné raison à Apozyt, en précisant toutefois les conditions dans lesquelles le reconditionnement d'un médicament autorisé selon la procédure centralisée pouvait intervenir.

2 - Un essai multicentrique visant à comparer l'efficacité clinique d'Avastin (environ 30 fois moins cher) à celle de Lucentis dans le traitement de la DMLA a été initié, en 2009, à la demande de l'ANSM. La publication d'une étude menée aux États-Unis montrerait que l'efficacité du bévacizumab dans la DMLA est équivalente à celle du ranibizumab, *New England Journal of Medicine*, 19 mai 2011, n° 364, p. 1897.

3 - FDA, *Alerts Health Care Professionals of Infection Risk from Repackaged Avastin Intravitreal Injections*, 30 août 2011.

La qualification de l'opération au sens du règlement n° 726/2004

Pour écarter l'exigence d'une nouvelle autorisation en application du règlement (CE) n° 726/2004, la Cour s'en est essentiellement tenue à une appréciation matérielle des faits. Elle a constaté que, pour préparer des seringues prêtes à l'emploi en vue de répondre à des commandes passées par des pharmacies auxquelles ont été présentées des ordonnances médicales, Apozyt n'utilisait aucun des procédés biotechnologiques définis à l'annexe du règlement pour établir le champ d'application de ce dernier. De surcroît, l'établissement, qui n'a pas la qualité de grossiste⁴, ne fournit pas les pharmacies à l'avance mais uniquement sur commande, et ne modifie pas la composition intrinsèque du produit. Dans ces circonstances, l'opération consistant à reconditionner un médicament injectable en seringues préremplies ne saurait être regardée comme une activité soumise à une nouvelle autorisation selon la procédure centralisée, notamment parce qu'elle se situe en aval du processus d'AMM.

Toutefois, si l'on considère que le changement du conditionnement primaire d'un médicament est une opération obligeant un titulaire d'AMM à demander une modification de cette dernière – selon un régime d'autorisation ou de déclaration qui dépend des répercussions sur la qualité, la sécurité ou l'efficacité du médicament concerné⁵ – on comprend mal pourquoi, par analogie et *a fortiori*, le tiers qui modifie le conditionnement primaire d'une spécialité autorisée, fût-il un fabricant de produits pharmaceutiques, serait exclu d'un tel régime. Il est vrai aussi qu'en matière de reconditionnement, l'impératif de sécurité sanitaire est moins lié à la qualité intrinsèque du produit lui-même (sauf si sa composition est altérée) qu'à la qualité de l'établissement qui exécute cette activité (notamment par le respect des normes de bonnes pratiques de fabrication).

Reste que si la prestation fournie par la société reconditionnant les médicaments injectables au profit des pharmacies qui lui commandent ne constitue pas, en elle-même, une opération nécessitant la délivrance d'une AMM, cela ne signifie pas pour autant que cette activité soit licite. Elle doit, en effet, respecter les dispositions du code communautaire des médicaments à usage humain résultant de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, modifiée.



4 - Circonstance ne permettant pas d'appliquer, par analogie, le raisonnement tenu par la Cour dans les affaires de reconditionnement de médicaments faisant l'objet d'un commerce parallèle au sein de l'Union, CJCE 19 septembre 2002, *Aventis*, aff. C-443/00 (un médicament faisant l'objet de deux AMM communautaires distinctes correspondant à des conditionnements différents ne pouvant être commercialisé parallèlement dans un nouveau conditionnement constitué de deux boîtes de même contenance).

5 - En vertu du règlement (CE) n° 1234/2008 de la Commission du 24 novembre 2008, concernant l'examen des modifications des termes d'une AMM de médicaments à usage humain et de médicaments vétérinaires, modifié par le règlement (UE) n° 712/2012 de la Commission du 3 août 2012.

L'invocation des dérogations prévues par la directive 2001/83/CE

Une première exception, qui tient au champ d'application de la directive, peut d'emblée être écartée. En effet, dans le litige en question, il s'agissait de médicaments préparés industriellement, et non de préparations magistrales ou officinales réalisées dans des pharmacies, seule circonstance qui aurait pu justifier de ne pas appliquer le droit de l'Union, en vertu de l'article 3 de la directive 2001/83/CE.

L'article 5.1 de cette même directive prévoit également qu'un État membre peut exclure de son champ d'application, en vue de répondre à des besoins spéciaux, les médicaments fournis pour répondre à une commande loyale et non sollicitée, élaborés conformément aux spécifications d'un professionnel de santé agréé et destinés à ses malades particuliers, sous sa responsabilité personnelle directe. Le gouvernement allemand a indiqué qu'il avait fait usage de cette dérogation et qu'il considérait que l'activité de reconditionnement en cause était couverte par celle-ci, de sorte qu'elle ne nécessitait pas l'obtention d'une autorisation.

La Cour a objecté que cette dérogation était d'interprétation stricte et qu'elle ne devait trouver à s'appliquer que dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'un médecin, à l'issue d'un examen effectif de ses patients et en se fondant sur des considérations purement thérapeutiques (donc non économiques), prescrit un médicament ne disposant pas d'une AMM valable dans l'Union et dont il n'existe pas d'équivalent autorisé ou disponible sur le marché domestique. Par exemple, cette dérogation ne peut pas être invoquée lorsque des médicaments ayant les mêmes substances actives, le même dosage et la même forme que ceux que le médecin traitant estime devoir prescrire pour ses patients sont déjà autorisés et disponibles sur le marché national⁶.

Aussi devient-il impossible d'invoquer cette exception à partir du moment où il ne s'agit pas de la prescription d'un médicament différent de celui disposant déjà d'une AMM (*Lucentis*), ni d'une utilisation dans des dosages différents de ceux prévus dans l'AMM, ni encore d'une utilisation pour une indication hors AMM. En revanche, la dérogation aurait vocation à s'appliquer à l'utilisation de l'*Avastin*, médicament contenant un principe actif différent et prescrit hors AMM dans le traitement de la DMLA, à charge de vérifier si l'opération de reconditionnement en seringues préremplies par Apozyt est effectuée conformément aux spécifications d'un praticien, sous sa responsabilité personnelle directe et dans le respect des règles déontologiques qui lui sont propres.

En l'occurrence, la société exploitant l'*Avastin*, Roche, n'était pas partie au litige, ce qui tendrait à



6 - CJUE 29 mars 2012, *Commission c/ Pologne*, aff. C-185/10 (à propos d'une loi autorisant la mise sur le marché de médicaments sans autorisation, dès lors que leur prix est concurrentiel par rapport à celui de médicaments autorisés présentant les mêmes substances actives, le même dosage et la même forme).

accréditer qu'elle n'était pas opposée, en l'espèce, à la pratique du reconditionnement de son médicament, et pour lequel elle ne semble d'ailleurs pas pressée de solliciter une AMM dans cette indication ophtalmologique.

Une autre disposition du code communautaire des médicaments à usage humain a été invoquée pour savoir si l'activité de reconditionnement réalisée par Apozyt à l'égard du Lucentis pouvait être dispensée d'une autorisation spécifique. En principe, toute activité de fabrication de médicaments est soumise à autorisation, y compris en vue d'une exportation. Le premier alinéa de l'article 40.2 de la directive 2001/83/CE ajoute que cette autorisation est requise tant pour la fabrication totale ou partielle que pour les opérations de division, de conditionnement ou de présentation.

Toutefois, le second alinéa du même article prévoit que cette autorisation n'est pas exigée pour les préparations, divisions, changements de conditionnement ou de présentation, dans la mesure où ces opérations sont exécutées, uniquement en vue de la délivrance au détail, par des pharmaciens dans une officine ou par d'autres personnes légalement autorisées dans les États membres à effectuer ces opérations.

En l'occurrence, la Cour a indiqué à la juridiction de renvoi qu'elle devait vérifier si l'entreprise Apozyt est légalement habilitée à assurer de telles opérations – ce qui semble être le cas puisqu'elle possède le statut de fabricant pharmaceutique (*pharmazeutischer Hersteller*) – et si ses activités relèvent effectivement d'une logique de délivrance de médicaments au détail par les pharmacies. Ce dernier point apparaît décisif dans la mesure où il implique une importante condition, déjà évoquée pour échapper au champ d'application du règlement n° 726/2004 : le reconditionnement de médicaments autorisés ne saurait être effectué que sur le fondement d'ordonnances individuelles prescrivant une telle opération.

C'est en quelque sorte à un déplacement du système d'autorisation auquel on assiste. Pour qu'une opération de reconditionnement soit licite, et à supposer qu'elle ne conduise pas à une modification qualitative du médicament concerné, il n'est pas nécessaire d'obtenir une nouvelle autorisation de l'agence compétente en charge de délivrer les AMM, mais il est indispensable que cette opération soit effectuée par un établissement pharmaceutique autorisé et sur le fondement d'une prescription médicale individuelle. Ce n'est donc pas à l'agence du médicament de décider en amont, mais au médecin prescripteur, en aval, dans le respect des règles déontologiques qui s'imposent à lui et, le cas échéant, des objectifs économiques qui lui ont été assignés⁷.

7 - La Cour a d'ailleurs confirmé la licéité, au regard de la directive 2001/83/CE, des mécanismes d'incitations financières favorisant la prescription par les médecins de médicaments spécifiquement désignés et contenant une substance active différente (équivalent pharmacothérapeutique) de celle du médicament qui était prescrit antérieurement ou qui aurait pu l'être si un tel système d'incitation n'existait pas, CJUE 22 avril

Ce transfert de responsabilité n'est pas sans conséquences pour les prescripteurs, étant précisé que si la réalisation d'un dommage est causée conjointement par le défaut du médicament et par l'intervention d'un tiers, la responsabilité du producteur n'en sera pas réduite pour autant⁸, ce qui n'exclut pas non plus une action récursoire ou un appel en garantie.

L'implication des prescriptions hors AMM

Dans le cas d'espèce, si la décision de la Cour de justice valide le moyen de contourner les réticences du laboratoire Roche à demander une AMM pour l'Avastin dans le traitement de la DMLA au vu du coût potentiel que représentent des essais cliniques préalables, elle ne règle en rien la question des prescriptions hors AMM.

Pour ce qui concerne le droit français, on soulignera que, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, un praticien peut prescrire une spécialité pharmaceutique hors AMM uniquement en l'absence d'alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une AMM ou d'une autorisation temporaire d'utilisation (ATU), et à l'une des deux conditions suivantes : soit que l'indication ou les conditions d'utilisation considérées aient fait l'objet d'une recommandation temporaire d'utilisation (RTU) établie par l'ANSM (pour une durée de trois ans) ; soit que le prescripteur juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique du patient⁹.

Au regard de ces dispositions, la prescription hors AMM de l'Avastin dans le traitement de la DMLA n'est donc plus possible en France (ce qu'a confirmé la Direction générale de la santé), malgré les économies procurées par rapport au Lucentis. Conscient des inconvénients d'une telle rigidité, le législateur¹⁰ est rapidement intervenu pour introduire une dérogation : en présence d'une alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une AMM, une spécialité pharmaceutique peut faire l'objet d'une RTU dans le but, soit de remédier à un risque avéré pour la santé publique, soit d'éviter des dépenses ayant un impact significatif sur les finances de l'assurance maladie¹¹. Reste à savoir si les écono-

2010, *Association of the British Pharmaceutical Industry*, aff. C-62/09.

8 - En application de l'art. 8 de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

9 - Art. L. 5121-12-1 code de la santé publique. Une RTU est élaborée par l'ANSM pour une spécialité déjà pourvue d'une AMM dans une autre ou d'autres indications, alors que l'ATU est accordée par l'ANSM pour l'utilisation d'un médicament sans AMM. Les RTU et les ATU sont toutes deux temporaires.

10 - Art. 57 de la loi n° 2012-1404 du 13 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

11 - Corrélativement, le nouvel article L. 162-17-2-2 CSS dispose que les spécialités pharmaceutiques faisant l'objet d'une RTU peuvent être inscrites, à l'initiative des ministres de la santé et de la sécurité sociale, sur la liste des spécialités

mies en question sont suffisamment substantielles, de sorte que l'ANSM puisse édicter une RTU pour l'Avastin¹².

L'arrêt *Novartis* du 11 avril 2013 s'inscrit finalement dans un contexte analogue et rappelle combien la Cour fait preuve de pragmatisme quand elle est invitée à concilier les objectifs de sécurité sanitaire et les intérêts de l'assurance maladie.

J. P.

remboursables, la liste des médicaments agréés à l'usage des collectivités et la liste des médicaments facturables en sus des prestations d'hospitalisation.

12 - L'initiative d'engager une procédure de RTU relève de la compétence exclusive de l'ANSM qui peut s'autosaisir ou recevoir des requêtes des ministres de la santé et de la sécurité sociale, de la HAS, de l'UNCAM, de l'INCA, des centres de référence des maladies rares, des sociétés savantes ou des associations agréées de patients.

La nouvelle réglementation des stupéfiants dans les établissements de santé

Les stupéfiants sont des substances psychoactives pouvant, dans le cadre d'un usage détourné, faire l'objet de pharmacodépendance ou d'abus. La pharmacodépendance se caractérise par un désir obsessionnel de se procurer et de s'administrer une substance. L'abus de substances psycho-actives se définit comme l'utilisation excessive et volontaire, permanente ou intermittente ayant des conséquences préjudiciables sur la santé physique et/ou psychique¹³. Les stupéfiants sont principalement utilisés dans le traitement de la douleur et en anesthésie.

Au niveau international, les stupéfiants (et les médicaments psychotropes) figurent sur des listes créées par des conventions établies dans le cadre des Nations Unies. En France, la réglementation reprend cette classification et précise les substances nécessitant une surveillance particulière au niveau national. Le classement comme médicament stupéfiant repose sur une évaluation du potentiel d'abus et de dépendance et du risque pour la santé publique au regard de l'intérêt thérapeutique. Le classement d'une substance comme stupéfiant fait l'objet d'un arrêté du ministre chargé de la santé pris sur proposition du directeur de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)¹⁴.

L'objectif de ces dispositions est de limiter l'usage des stupéfiants (et des psychotropes) aux seules fins médicales et scientifiques et d'encadrer leur utilisation afin d'éviter tout abus ou détournement vers le trafic illicite.

L'arrêté du 12 mars 2013¹⁵ révisé la réglementation concernant les substances, préparations, médicaments classés comme stupéfiants ou soumis à la réglementation des stupéfiants¹⁶ dans les structures de soins, notamment les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire (GCS), les groupements de coopération sociale et médico-sociale, les établissements médico-sociaux et les installations de chirurgie esthétique disposant d'une pharmacie à usage intérieur (PUI).

13 - ANSM : <http://ansm.sante.fr/Produits-de-sante/Stupefiants-et-psychootropes> (consulté le 4 juillet 2013).

14 - Article L. 5132-7 du code de la santé publique.

15 - Arrêté du 12 mars 2013 relatif aux substances, préparations, médicaments classés comme stupéfiants ou soumis à la réglementation des stupéfiants dans les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire, les groupements de coopération sociale et médico-sociale, les établissements médico-sociaux mentionnés à l'article R. 5126-1 du code de la santé publique et les installations de chirurgie esthétique satisfaisant aux conditions prévues à l'article L. 6322-1 de ce même code et disposant d'une pharmacie à usage intérieur (JORF du 22 mars 2013).

16 - Nous utiliserons le terme de « stupéfiants » dans la suite de ce texte.

Cet arrêté abroge les articles 18 à 21 de l'arrêté du 31 mars 1999¹⁷ et l'article 14 de l'arrêté du 6 avril 2011¹⁸. Il actualise la réglementation concernant les stupéfiants en intégrant les références organisationnelles issues de la loi HPST¹⁹ et de la création de l'ANSM²⁰, et harmonise également la réglementation pour les établissements médico-sociaux.

Les modalités de prescription, d'administration, de dispensation et de détention des stupéfiants.

Pour les patients hospitalisés dans une structure de soins, comme pour toutes les prescriptions de médicaments, les prescriptions de stupéfiants doivent être conformes aux dispositions de l'article R. 5132-3 du code de la santé publique (CSP), et mentionner notamment le nom et la qualité du prescripteur, son identifiant, sa signature, la date de rédaction de la prescription, la dénomination du médicament ou le principe actif du médicament sous sa dénomination commune, la posologie, le mode d'emploi, la durée du traitement, le nombre de renouvellements, les nom et prénoms, le sexe, l'âge du malade et si nécessaire, sa taille et son poids. De plus, pour les médicaments stupéfiants, l'article R. 5132-29 du code de la santé publique stipule que « ...l'auteur d'une ordonnance [...] indique en toutes lettres le nombre d'unités thérapeutiques par prise, le nombre de prises et le dosage s'il s'agit de spécialités, les doses ou les concentrations de substances et le nombre d'unités ou le volume s'il s'agit de préparations ».

L'administration de tout médicament stupéfiant fait l'objet d'un enregistrement sur un état récapitulatif d'administration des stupéfiants mentionnant les données suivantes : nom de l'établissement, désignation de la structure interne, du service ou de l'unité fonctionnelle en établissement de santé ou de l'unité de vie en établissement médico-social, date et heure d'administration, nom et prénom du malade, dénomination et forme pharmaceutique du médicament, dose administrée, identification du prescripteur, identification de la personne ayant administré le médicament et sa signature.

Cet état est daté et signé par le chef de pôle ou le médecin responsable de la structure interne en éta-

.....

17 - Arrêté du 31 mars 1999 relatif à la prescription, à la dispensation et à l'administration des médicaments soumis à la réglementation des substances vénéneuses dans les établissements de santé, les syndicats interhospitaliers et les établissements médico-sociaux disposant d'une pharmacie à usage intérieur mentionnés à l'article L. 595-1 du code de la santé publique (JORF du 1^{er} avril 1999).

18 - Arrêté du 6 avril 2011 relatif au management de la qualité de la prise en charge médicamenteuse et aux médicaments dans les établissements de santé (JORF du 16 avril 2011).

19 - Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (JOURF du 22 juillet 2009).

20 - Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (JORF du 30 décembre 2011).

blissement de santé ou par un infirmier désigné par le directeur en établissement médico-social. La durée de conservation des relevés d'administration par le pharmacien gérant la PUI est toujours fixée à trois ans. Les états récapitulatifs peuvent être effectués de manière informatisée sous réserve qu'ils soient identifiés et authentifiés par des signatures électroniques, que leur édition papier soit possible et qu'aucune modification ne soit possible après validation de l'enregistrement.

Désormais, le renouvellement de quantités prélevées à partir de la dotation pour besoins urgents est réalisé uniquement sur présentation de l'état récapitulatif d'administration. Il n'est plus nécessaire de fournir les prescriptions et un état récapitulatif sur imprimé de couleur rose comme précédemment. Cette mesure est une réelle simplification, par exemple pour les services d'anesthésie-réanimation gros consommateurs de médicaments stupéfiants.

Les stupéfiants sont dispensés par un pharmacien ou un interne en pharmacie ou un étudiant de cinquième année hospitalo-universitaire ayant reçu délégation du pharmacien gérant de la PUI, ou par un préparateur en pharmacie sous le contrôle effectif d'un pharmacien, au cadre de santé ou à un infirmier désigné par le chef de pôle ou le médecin responsable de structure interne en établissement de santé, ou désigné par le directeur en l'établissement médico-social, ou remis au prescripteur lui-même.

Les médicaments stupéfiants sont détenus séparément des autres médicaments dans une armoire ou un compartiment spécial banalisé réservé à cet usage et fermé à clef ou disposant d'un mode de fermeture assurant la même sécurité, dans des locaux, armoires ou autres dispositifs de rangement sécurisés, réservés au stockage des médicaments.

Toutes les entrées (y compris les retours des structures internes de l'établissement) ou toutes les sorties de stupéfiants sont inscrites sur un registre ou enregistrées informatiquement dans des conditions décrites à l'article R. 5132-36 du code de la santé publique, par le pharmacien gérant la PUI ou un pharmacien ayant reçu délégation de celui-ci. Il faut noter que les préparateurs en pharmacie ne sont pas autorisés à effectuer ces tâches, alors que dans la pratique, ils les réalisent très souvent et comme précisé ci-dessus, sont autorisés à délivrer ces médicaments sous le contrôle effectif du pharmacien.

Une balance mensuelle des entrées et des sorties et un inventaire de stock des stupéfiants doivent être réalisés conformément aux dispositions de l'article R. 5132-36 du code de la santé publique.

Les éventuels vols ou détournements doivent être déclarés sans délai à la police, l'agence régionale de santé (ARS), et à l'ANSM.

Des modalités de destruction des stupéfiants précisées

L'arrêté précise les modalités de destruction des médicaments classés comme stupéfiants. Ces dispositions mettent fin à un vide juridique pour les pharmaciens gérants de PUI, car il n'était pas rare de

voir précédemment des interprétations différentes en fonction des interlocuteurs. Elles s'inspirent des règles mises en œuvre pour les pharmacies d'officine.

La procédure de destruction des stupéfiants concerne les produits périmés ou altérés, mais aussi ceux susceptibles d'être retournés par les services de soins pour différentes raisons (par exemple, les médicaments stupéfiants apportés directement par les patients²¹).

Les autorités ont confié la responsabilité de ces opérations de destruction au pharmacien gérant de la PUI, en présence d'un autre pharmacien gérant désigné par les sections H et E du conseil national d'Ordre des pharmaciens. Les deux pharmaciens remplissent et signent ensemble un procès-verbal de destruction (un modèle type est proposé en annexe de l'arrêté du 12 mars 2013), dont un exemplaire est adressé au directeur de l'ARS sous couvert du directeur de l'établissement. Le second exemplaire est conservé à la PUI pendant dix ans.

La désignation du second pharmacien participant à la dénaturation/ destruction des stupéfiants doit exclure toute réciprocité et tout conflit d'intérêt.

Le pharmacien gérant de la PUI choisit le procédé de dénaturation le plus adapté pour rendre les produits concernés définitivement inutilisables, du fait de la modification physique et/ou chimique opérée. Les modalités de dénaturation doivent respecter la réglementation en vigueur en matière d'élimination des déchets. Une comptabilité des produits à détruire est faite de manière distincte de la comptabilité des entrées.

Le registre des entrées et des sorties ou l'enregistrement des données par un système informatique et tous les documents attestant de la destruction sont conservés dix ans, et doivent être présentés à toute réquisition des autorités de contrôle.

Enfin, l'arrêté intègre des dispositions relatives au changement de gérance d'une PUI : inventaire en présence du prédécesseur ou d'un pharmacien inspecteur de santé publique, inscription au registre des entrées et des sorties, remise au nouveau pharmacien gérant des justificatifs de commandes et des supports de prescription. En cas de retrait de l'autorisation de la PUI, l'arrêté impose également de dénaturer et détruire les substances ou préparations et médicaments classés comme stupéfiants et de conserver le registre et toutes les pièces au sein de l'établissement.

.....

21 - En ce qui concerne les substances illicites détenues par les patients, la conduite à tenir dans cette situation était précédemment mentionnée dans l'instruction n° DGOS/DSR/Mission des usagers/2011/139 du 13 avril 2011 relative à la conduite à tenir en cas de détention illégale de stupéfiants par un patient accueilli dans un établissement de santé. Ces produits ne devaient pas être stockés dans les PUI, leur détention étant considérée comme illicite et constituant une infraction pénale (article 222-37 du code pénal). Ils devaient être remis au directeur de l'établissement qui les transmettaient ensuite aux autorités compétentes (police, gendarmerie), sans mentionner l'identité du patient concerné.

L'arrêté du 12 mars 2013 apporte des clarifications et de réelles simplifications dans la gestion des médicaments stupéfiants au sein des établissements de santé et permet de combler un vide juridique pour la destruction des stupéfiants périmés ou inutilisables. Cependant, tout n'est pas réglé par ce texte. En effet, il faut regretter qu'aucune mention ne soit faite sur les modalités spécifiques de transport des stupéfiants entre la PUI et les unités de soins, notamment si ces dernières sont situées dans un autre site de l'établissement ou du GCS, situation de plus en plus fréquente constatée lors des fusions et regroupements d'établissements de santé actuellement en cours.

P. P.

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

David Noguéro

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

Clause de direction de procès, sinistre et point de départ de la prescription biennale dans les relations assureur assuré : un arrêt très pédagogique sur l'assurance de responsabilité civile

Arrêt commenté :

Civ., 2^e, 28 février 2013, pourvoi n° 12-12.813
publié au *Bulletin*

Cet arrêt traite de nombreux points relatifs à l'assurance de responsabilité civile. Certes, il s'agit ici d'un contrat soumis au droit commun de cette assurance qui confère à l'assuré la garantie de son assureur quand ce dernier voit sa responsabilité engagée. Néanmoins les points traités ont vocation à s'appliquer à l'assurance spéciale de responsabilité civile médicale de l'article L. 251-1 du Code des assurances.

Nous n'avons pas reproduit ici le moyen relatif à la faute intentionnelle de l'assuré qui, si elle avait été établie, aurait privé ce dernier de garantie. En effet il a été très classiquement retenu dans cet arrêt que le dommage lui-même n'avait pas été recherché par l'assuré et qu'il n'avait donc pas commis de faute intentionnelle.

En revanche, la question de la clause de direction de procès et celle de la prescription biennale de l'action dans les relations entre l'assureur et l'assuré méritent que l'on s'y attarde.

Dans cette affaire des transformateurs électriques d'usine se sont avérés être défectueux. L'exploitant a engagé la responsabilité du fournisseur de ces installations qui lui-même a appelé en garantie ces deux

assureurs successifs de responsabilité civile. La prescription biennale de l'article L. 114-1 du Code des assurances était invoquée par le premier assureur qui estimait que son assuré avait laissé s'écouler plus de deux ans entre le sinistre et l'appel en garantie.

On observera à propos de la prescription biennale que celle-ci ne s'applique que dans les relations entre l'assureur et l'assuré. Le tiers victime qui exerce une action directe contre l'assureur est soumis à la prescription applicable au régime de responsabilité qui gouverne l'action principale : cinq ans (Code civil, art. 2224), en droit commun, en l'absence de préjudice corporel ; dix ans si un tel préjudice est subi (Code civil, art. 2226). En matière d'assurance de responsabilité civile médicale obligatoire, l'action de la victime est encadrée par l'article L. 251-2 du code des assurances qui fait application du système « réclamation de la victime », c'est à dire que cette dernière doit formuler sa réclamation pendant la durée de validité du contrat ou dans les cinq années subséquentes. Toutefois dans les relations entre l'assureur et l'assuré médecin ou établissement de santé, la prescription biennale s'applique. Cela signifie que l'assuré doit appeler son assureur de responsabilité médicale en garantie dans les deux années de la réclamation de la victime.

Il est vrai qu'en pratique, le conseil de la victime ne devrait pas manquer d'agir directement contre l'assureur de responsabilité. En outre, le médecin ou l'établissement de santé déclarerait rapidement son sinistre avant l'écoulement de deux ans. Il arrive néanmoins que de longues expertises amiables qui ne suspendent pas la prescription (seule l'expertise judiciaire est suspensive, C. civ., art. 2239) aboutissent à l'écoulement du délai de deux ans sans que l'assuré ait de nouveau demandé expressément à l'assureur de le garantir.

Toutefois, au-delà de la question de la prescription biennale, ce qui nous intéresse dans cet arrêt c'est l'application de la règle posée à l'article L. 113-17 alinéa 1^{er} aux termes de laquelle, la prise de direction du procès par l'assureur rend les exceptions dont il avait connaissance inopposables à son assuré. En effet, dans cette affaire, à l'assureur qui tentait d'opposer la prescription biennale à la demande en garantie de son assuré, il était répondu qu'en prenant la direction du procès, il avait renoncé à invoquer cette exception.

Ce dernier faisait alors valoir qu'il avait agi en application d'une clause de « défense recours » et non dans le cadre d'une direction de procès. Cette distinction mérite une explication.

La clause de « défense-recours » est stipulée en faveur de l'assuré afin d'obliger l'assureur à prendre en charge tout ou partie des frais de procédure suscités par l'engagement de sa responsabilité civile. En revanche, la clause de direction de procès est stipulée en faveur de l'assureur afin que ce dernier soit

certain que son assuré se défende convenablement. Aux termes de cette clause, l'assureur nomme le conseil et le rémunère, il lui donne les instructions ; notamment celle de relever appel. En l'espèce, si la clause s'intitulait « défense recours », le contenu laissait penser qu'il s'agissait bien d'une direction de procès car l'assureur était chargé de le diriger, de désigner le conseil et de décider des voies de recours. Ces stipulations entraient précisément dans les critères de la direction de procès. Dès lors, en dirigeant la procédure sans relever la prescription de sa garantie, l'assureur était réputé y renoncer.

Un autre point intéressant était évoqué, celui du point de départ de l'éventuelle prescription. Cette question mérite d'autant plus l'analyse qu'en assurance de responsabilité civile médicale le sinistre ou dommage sériel existe également. Dans l'un des contrats d'assurance, objet du litige, ayant donné lieu à l'arrêt, il y avait une clause de « globalisation » du sinistre ou des sinistres ayant la même cause, afin, d'appliquer plafonds et franchises à l'ensemble des dommages. L'analogie avec l'assurance de responsabilité civile médicale est alors intéressante car l'article L. 251-2 du code des assurances définit le sinistre, notamment, comme le dommage ou les dommages ayant la même cause technique. En l'espèce, la Cour de cassation, adoptant le raisonnement de la cour d'appel, précise bien qu'une telle définition du sinistre a pour seul objet l'application des franchises et plafonds prévus au contrat (que la cour reproche ensuite de ne pas avoir appliqués) et non la création d'un point de départ unique des actions en prescription. Aussi chaque dommage se prescrit-il isolément et chaque action en justice intentée interrompt elle la prescription. En assurance de responsabilité civile médicale, l'assimilation du sinistre sériel à un sinistre unique ne vaut donc que pour l'application du plafond de garantie et reste sans effet sur la prescription de l'action de l'assuré médecin ou établissement de santé contre son assureur.

C'est donc à un intéressant passage en revue des notions traditionnelles de l'assurance de responsabilité civile que nous a convié la Cour de cassation. Les solutions adoptées sur la clause de direction de procès, la notion de sinistre sériel et ses conséquences, puis la prescription sont transposables à l'assurance de responsabilité civile médicale, de même que l'opposabilité des plafonds tel que prévus à l'article L. 251-1 du code des assurances.

L.G.

Appréciation critique de l'extension du contenu de l'information sur les causes d'interruption de la prescription biennale.

Décision commentée :

Civ. 2^e, 18 avr. 2013 : pourvoi n° 12-19.519,
à paraître au *Bulletin*

Note :

L'article R. 112-1 du Code des assurances, qui concerne notamment la branche Responsabilité civile générale, impose des mentions dans le contrat d'assurance, dont le rappel des dispositions relatives à la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance qui est de durée biennale (art. L. 114-1 code des assurances.).

Après des hésitations, la Cour de cassation a fini par décider, en 2005, que la sanction de cette obligation d'information consistait en l'inopposabilité de la prescription par l'assureur à son assuré¹. L'information doit figurer dans le contrat d'assurance, et pas dans une simple lettre postérieure².

La question s'est également posée du contenu exact de cette information, qui conditionne la correcte exécution de l'obligation de l'assureur. Après avoir accepté un simple renvoi aux textes du Code (des numéros), la jurisprudence a ensuite exigé, en 2009, leur reproduction littérale dans la police. Elle a encore précisé qu'il fallait préciser, outre le délai³, le point de départ de cette prescription⁴ ainsi que les causes d'interruption propres au droit des assurances⁵.

1 - Sur l'évolution et les références, D. Noguéro, note sous Civ. 3^e, 28 avr. 2011, 2 arrêts, Gaz. Pal. 2011, n° 210-211, p. 7. Et H. Groutel, L'accroissement de l'information de l'assuré au sujet de la prescription biennale, RCA 2011, Étude n° 10.

2 - Civ. 2^e, 30 juin 2011, pourvoi inédit n° 10-23.223 ; RCA 2011, n° 309, note H. Groutel ; RGDA 2012, p. 337, 3^e esp., note J. Kullmann.

3 - Ex. : Civ. 2^e, 13 juin 2013, pourvoi inédit n° 12-21.276.

4 - Ex. : Civ. 3^e, 28 avr. 2011, Bull. civ. III, n° 92, pourvoi n° 10-16.403 ; Gaz. Pal. 2011, n° 210-211, p. 7, 2^e esp., note D. Noguéro ; RCA 2011, n° 274, 1^{re} esp. et Étude 10, par H. Groutel ; RGDA 2011, p. 700, 1^{re} esp., note J. Kullmann - Civ. 3^e, 18 oct. 2011, pourvoi inédit n° 10-19.171 ; RDI 2012, p. 107, obs. L. Karila ; RGDA 2012, p. 337, 1^{re} esp., note J. Kullmann.

5 - Ex. : Civ. 3^e, 28 avr. 2011, Bull. civ. III, n° 60, pourvoi n° 10-16.269 ; Gaz. Pal. 2011, n° 210-211, p. 7, 1^{re} esp., note D. Noguéro ; RCA 2011, n° 268 et n° 274, 2^e esp. et Étude 10, par H. Groutel ; RGDA 2011, p. 700, 1^{re} esp., note J. Kullmann et p. 972, note L. Mayaux - Civ. 3^e, 16 nov. 2011, Bull. civ. III, n° 195, pourvoi n° 10-25.246 ; RGDA 2012, p. 337, 2^e esp., note J. Kullmann ; RCA 2012, n° 86, note H. Groutel.

Avec cette protection désormais renforcée du souscripteur, nous avons estimé qu'il n'était pas nécessaire d'aller au-delà et, par exemple, d'imposer, après la réforme de la prescription en matière civile, par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, le rappel de l'aménagement conventionnel de la prescription, qui n'est pas autorisé en assurance, selon l'article L. 114-3, d'ordre public, ou celui des causes ordinaires de suspension ou d'interruption de la prescription.

L'article 2223 du Code civil énonce que les dispositions du titre relatif à la prescription extinctive « ne font pas obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois », comme celles du Code des assurances donc. Et, dans le cadre de l'information à transmettre à l'assuré, si ce qui est spécial méritait certainement que l'attention du cocontractant soit particulièrement attirée, ce qui est le droit commun ne nécessitait peut-être pas la même démarche d'inclusion des articles de loi dans un contrat.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation en a décidé autrement au visa de l'article R. 112-1 du Code des assurances, par un arrêt de censure destiné à la publication au *Bulletin*⁶. Par un attendu de principe, en chapeau, il est indiqué que « l'assureur est tenu de rappeler dans le contrat d'assurance, sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 de ce code, les causes d'interruption de la prescription biennale prévues à l'article L. 114-2 du même code ». Pour pleinement saisir la portée de la décision, il faut se reporter à l'ajout suivant, qui motive la cassation pour violation de la loi : « il résulte de ses constatations que le contrat ne précisait pas les causes ordinaires d'interruption de la prescription ».

En l'espèce, les conditions générales du contrat contenaient une rubrique intitulée « Période au-delà de laquelle aucune demande n'est plus recevable ». Celle-ci indiquait la durée biennale de la prescription à compter de l'événement qui y donne naissance, en renvoyant aux articles L. 114-1 et L. 114-2 (« dans les conditions déterminées par... »). Il soulignait que la « prescription est interrompue par les causes ordinaires d'interruption de la prescription ainsi que par » celles, détaillées, par reproduction littérale de l'article L. 114-2, du droit des assurances. En outre, il était ajouté utilement que la « simple lettre n'interrompt pas la prescription », puisque la lettre recommandée avec accusé de réception est indispensable. La prescription était acquise avant l'entrée en vigueur de la réforme sur la prescription en matière civile, en 2008⁷. Pour un complément d'indemnisation sollicité, la difficulté provenait de l'attente pour le dépôt d'un rapport d'expertise, avant l'assignation au fond, après deux sinistres

6 - Il s'agit d'une police multirisques professionnels pour un fonds de commerce, mais le raisonnement est parfaitement transposable à toute police, y compris pour les professionnels de santé.

7 - Sinistres de 2001, action en référé, expertise et prolongations, assignation au fond le 10 décembre 2009, après la prescription jugée acquise le 12 avril 2008, à la suite du dépôt du rapport d'expertise judiciaire en décembre 2007, en l'absence de nouvel acte interruptif.

incendie, pour lesquels l'assureur avait versé 1 057 024 €.

C'est dire que cette police était parfaitement en règle avec la jurisprudence alors en vigueur, si l'on ose dire. C'est pourquoi la cour d'appel de Rouen a justement retenu, le 15 mars 2012, par arrêt confirmatif, « que l'assureur a donc reproduit l'énumération exhaustive des causes d'interruption de la prescription prévues à l'article L. 114-2 du code des assurances, lequel ne liste pas les causes ordinaires d'interruption et ne procède à aucun renvoi sur ce point au code civil ». De plus, il n'y avait pas de renonciation non équivoque de l'assureur à opposer la prescription effectivement acquise, ni de manœuvres dilatoires de sa part pour faire acquiescer la prescription au cours des opérations d'expertise.

Certes, l'article L. 114-2 prévoit, à la lettre, que « La prescription est interrompue par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription et par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre. L'interruption de la prescription de l'action peut, en outre, résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité ».

La Cour de cassation réalise ainsi une interprétation assez extensive de l'article R. 112-1, pour ce qui a trait au contenu de l'information à dispenser. En l'occurrence, la solution est d'autant plus importante qu'elle ne distingue pas selon que l'information a eu ou non une quelconque utilité pour l'assuré en cause. Elle n'effectue pas un tri, privilégiant le tout ou rien : toute l'information est à disposition et la prescription est opposable ; il manque une partie de l'information, et, quelle que soit cette donnée manquante, y compris si l'interruption pouvait intervenir à partir des informations partielles disponibles, l'assuré peut se réfugier derrière l'inopposabilité.

La cour d'appel a relevé, ici, que « le contrat d'assurance énonce clairement la cause ordinaire d'interruption de la prescription biennale résultant de la désignation d'expert à la suite d'un sinistre, en sorte que l'assurée ne peut soutenir que le délai biennal ne lui serait pas opposable en raison d'une lacune de la police à cet égard »⁸. C'est dire, semble-t-il, que l'assuré profite de la paralysie de la prescription même s'il savait que, pour sa demande (une indemnité complémentaire en raison de la perte d'exploitation et de valeur vénale du fonds de commerce), il pouvait interrompre la prescription selon telle modalité précisée par le contrat. Il y a peu d'illusion à avoir sur l'issue de la cassation avec renvoi : l'assuré pourra prétendre à l'indemnité malgré la prescription acquise (sur le terrain de la recevabilité de son action, du moins). Dans ces circonstances, on pourrait considérer que la protection judiciaire est quasiment aveugle ou formaliste à l'excès.

8 - Comp., aujourd'hui, art. 2239 C. civ. sur la suspension de la prescription et les mesures d'instruction. *Adde* A. Astegiano-La Rizza, L'assurance et la réforme de la prescription en matière civile (Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : JO 18 juin 2008, p. 9856), RGDA 2008, p. 833.

En définitive, la Cour renforce encore le nombre d'articles de loi à reproduire dans un contrat d'assurance. C'est ce que soutenait la seconde branche du premier moyen qui est retenue : il faut lister les causes ordinaires d'interruption de la prescription. Il apparaît qu'il faut que le contrat comprenne la liste des causes d'interruption de la prescription du droit commun. Un peu trop formel ? On peut fortement le craindre.

Une première observation surgit déjà : pour le passé, c'est-à-dire le stock de contrats en cours, on peut penser qu'il y a très peu de polices - s'il en existe même - qui ont pris cette précaution que la Cour de cassation décide désormais fermement d'ordonner. En pratique, il ne s'agit pas d'être dupe de l'interprétation de la règle (incorporée dès l'origine, nous dit-on habituellement) que constituerait une nouvelle « précision » de la jurisprudence, surtout dans un contexte plus général où l'on s'interroge sur le revirement pour l'avenir. Cela signifie que, sauf à profiter d'une modification immédiate des contrats (quel coût !), l'exception de la prescription s'évanouit. Les assureurs peuvent néanmoins remanier vite, pour l'avenir, leurs polices, afin de pouvoir opposer la prescription. Ils pourront se reporter à la section *Des causes d'interruption de la prescription*, afin de reproduire les articles 2240 à 2246 du Code civil⁹. Si l'on en croit ce qui a été décidé pour les causes d'interruption du droit spécial, faudrait-il leur suggérer d'y inclure aussi l'actuelle analyse jurisprudentielle sur ces causes ordinaires pour une complète information sur le droit positif ? Groupes ! *Quid* des évolutions jurisprudentielles alors ? On peut estimer - sauf précision contraire à venir de la part des juges - que la reproduction des textes de droit commun devrait suffire.

Il est certain que, d'un certain point de vue, est en recul l'adage selon lequel *Nul n'est censé ignorer la loi*, avec l'objectif, souvent consumériste, et parfois louable, d'information directe par la reproduction de dispositions légales dans les contrats. Cependant, tout est question de mesure, donc de degré, nous semble-t-il. Prosaïquement, croit-on vraiment que l'assuré profane sera mieux informé une fois qu'il aura un contrat reproduisant sur plusieurs pages les causes ordinaires de l'interruption de la prescription en matière civile ? Estime-t-on que l'assuré particulièrement avisé a pleinement besoin d'une telle protection ? Ne s'emparera-t-il pas plutôt de cette « faille » dans la police, pour échapper à la prescription ? Qui protège-t-on vraiment et protège-t-on réellement ? Au fond, si la prescription biennale ne plaît pas à la Cour de cassation (durée jugée trop brève), ce n'est pas à elle, par un moyen détourné, mais tellement efficace, de l'anéantir au mépris, notamment, de la sécurité juridique. Ce choix appartient au législateur, qui a visiblement décidé de ne rien changer en 2008, lors de sa dernière intervention d'envergure en ce domaine.

En revanche, il est parfaitement légitime de veiller à l'information des assurés sur la spécificité de la prescription (durée ; point de départ ; causes d'interruption) en matière d'assurance, car on déroge à ce qui peut généralement exister. C'est pourquoi l'étape antérieure à cette décision de 2013 de la jurisprudence nous semblait beaucoup plus raisonnable, pour le moins. Là, la Cour de cassation doit être approuvée. Après avril 2013, elle peut être critiquée, à notre sens.

Si la Haute Cour décide de maintenir sa position rigoureuse sur le rappel des causes ordinaires de l'interruption, il nous semble qu'elle devrait, en parallèle, ouvrir la possibilité, pour les assureurs, d'une session concrète de rattrapage (si j'avais su...). En clair, il faut permettre un aménagement dans le temps de la nouvelle contrainte, car c'est bien une nouvelle contrainte. Il faudrait considérer que l'assureur peut valablement informer, par lettre (en conservant précieusement la preuve)¹⁰, chacun de ses assurés, du contenu attendu au sujet de la prescription, non plus exclusivement sur le support qu'est le contrat ou un avenant. Épisode(s) à suivre (?).

D. N.

9 - Anciens articles 2244 et suivants C. civil, applicables en l'espèce. L'assureur devra aussi actualiser ses polices en fonction de l'évolution de la législation donc.

10 - C'est plus facile pour l'assurance de groupe avec la procédure d'information de l'article L. 141-4 C. code des assurances.

Quand la responsabilité individuelle de chaque intervenant risque d'entraver le développement de la coopération entre spécialistes

À propos de

Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-21.338

L'arrêt de principe commenté, promis à une publication au Bulletin, mérite l'attention tant ses implications pratiques sont importantes.

Rendu sous le double visa des articles 1147 du code civil et R. 4127-64 du Code de la Santé Publique (article 64 du code de déontologie médicale), il énonce que « l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science emporte, lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement de ce patient, l'obligation pour chacun d'eux, d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assumer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences. »

Cet attendu de principe, rendu dans un dossier où n'était plus en jeu que le sort de l'action récursoire d'un praticien et de son assureur contre un confrère, est, à n'en pas douter, également applicable à la responsabilité directe des acteurs de la chaîne de soins vis-à-vis des patients qu'ils traitent.

Les faits de l'espèce sont simples, même s'ils ont donné lieu à une procédure longue, marquée par deux arrêts de cassation : au décours d'un accouchement, une patiente se plaint de violents maux de tête. L'anesthésiste ayant réalisé la péridurale est requis, lequel prescrit un neuroleptique pour la soulager. L'apparition de ces céphalées violentes est rapportée, le lendemain de l'accouchement, à son gynécologue mais ce dernier ne pose pas rapidement le diagnostic d'une phlébite cérébrale. Ce retard occasionne une hémiparésie gauche à la patiente, dont le taux d'IPP est fixé à 70% après expertise médicale judiciaire. Elle engage une action en responsabilité à l'encontre du gynécologue obstétricien, de l'anesthésiste et de la clinique.

Le Tribunal de grande instance de Besançon, puis la Cour d'appel de la même ville¹¹, retiennent la responsabilité du seul gynécologue obstétricien, condamné à réparer, à concurrence de 80%, le préjudice subi par la parturiente au titre de la perte de chance de guérir sans séquelle. L'anesthésiste et la clinique sont mis hors de cause et le gynécologue est débouté de son appel en garantie contre son confrère au motif que la phlébite cérébrale est une complica-

tion connue de l'accouchement et qu'elle n'apparaissait pas, en l'espèce, être en lien avec la péridurale.

Saisie une première fois, la Cour de cassation censure, le 28 avril 2011¹², l'arrêt de la Cour d'appel de Besançon au motif qu'en s'abstenant de préciser le rôle exact de l'anesthésiste dans les suites de l'accouchement, alors que le gynécologue et son assureur avaient soutenu que l'anesthésiste ayant pris en charge la patiente et lui ayant prescrit un médicament, il lui appartenait d'assurer le suivi de sa prescription, les premiers Juges n'ont pas répondu au moyen qui leur était soumis.

Sur renvoi, la Cour d'appel de Dijon, par l'arrêt du 11 avril 2012¹³ objet de la censure ici commentée, fait preuve de résistance. Confirmant la mise hors de cause de l'anesthésiste, elle retient, au vu du rapport d'expertise, que la pathologie ayant causé les séquelles procédait des suites de couches et non de l'anesthésie péridurale. Elle en déduit qu'il incombait au seul gynécologue-obstétricien, en charge du suivi du post-partum et informé de l'apparition des violents maux de tête, de poser le diagnostic de phlébite cérébrale qui relevait de sa compétence, sans pouvoir se décharger de ses obligations sur l'anesthésiste. Pour les Juges dijonnais, le fait que ce dernier a également eu connaissance des céphalées et a soulagé la patiente par sa prescription est insuffisant pour reporter sur lui la charge du diagnostic, pas plus que du suivi du post-partum.

La Haute juridiction censure de nouveau en soulignant qu'il incombait à l'anesthésiste, appelé au chevet de la patiente et à laquelle il avait prescrit un neuroleptique, de « s'informer de l'effet de ce traitement, notamment aux fins de déterminer, en collaboration avec le gynécologue obstétricien, si ces troubles étaient en lien avec l'anesthésie ou avec l'accouchement, ce qui aurait pu permettre un diagnostic plus précoce [...] ».

Il n'est pas inintéressant de relever que, en trente ans et plusieurs réformes réglementaires (notamment le décret n° 94-1050 du 4 décembre 1994 relatif aux conditions de pratique de l'anesthésie) et législatives (en particulier la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002), le même visa de l'obligation pesant sur le médecin de faire bénéficier à ses patients de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, a conduit à des solutions diamétralement opposées : il permettait, initialement, de retenir la responsabilité contractuelle du seul chirurgien, tenu de « répondre des fautes du médecin auquel il avait eu recours pour l'anesthésie et qu'il s'était substitué, en dehors du consentement de la patiente, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation »¹⁴, alors que la Haute juridiction retient aujourd'hui la responsabilité du praticien prescripteur ponctuel d'un traitement symptomatique dans les conséquences du retard de dia-

12 - Cass. Civ. 1, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-16.230

13 - Dijon, Ch. Civ. 1, 11 avril 2012, JurisData n° 2012-010374

14 - Par ex. : Cass. Civ. 1, 18 juil. 1983, Bull. civ. 1, n° 209

11 - Besançon, 1^{ère} Ch. Sect. A, 24 fév. 2010, JurisData n° 2010-001600

gnostic d'une pathologie connue ne relevant pas de sa spécialité.

Autant, interprétant la jurisprudence ancienne, certains auteurs avaient relevé l'existence, en la matière, d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui¹⁵, autant, aujourd'hui, c'est la responsabilité contractuelle personnelle de chaque médecin relative à tous les actes qu'il réalise qui prime. Quel que soit son niveau d'implication dans la prise en charge et le suivi du patient, le fait même d'y participer implique une obligation d'assurer le suivi de ses prescriptions et, à tout le moins nous dit la Haute juridiction, de se concerter avec ses confrères.

Cette position tranchée de la Cour de cassation vise aussi, nous semble-t-il, à unifier la jurisprudence des juges du fond, plus en prise avec les réalités pratiques de l'organisation des structures de soins, lesquelles impliquent, fréquemment, des transferts de tâches entre médecins, fondés sur des règles de bonnes relations confraternelles plus que sur la limite parfois floue ou artificielle du périmètre de compétence « naturel » de chacun. Combien de cliniques ont eu à régler la question de savoir qui, de l'anesthésiste ou du chirurgien, était en charge des prescriptions antibiotiques ou de la reprise des traitements des pathologies intercurrentes du malade au cours de son hospitalisation ?

Là où l'entente amiable de ces professionnels permettait de fluidifier les relations et d'assurer une efficacité de l'organisation, l'arrêt rapporté risque de susciter des crispations et des tensions entre eux, alors que, bien souvent, la responsabilité de chacun n'a qu'une incidence marginale sur l'indemnisation de la victime, comme dans le cas ici rapporté où la Cour d'appel de Lyon devra encore déterminer la part respective de la responsabilité des deux praticiens dans la réalisation du dommage, le gynécologue obstétricien sollicitant la garantie de son confrère à concurrence de 90% des condamnations prononcées à son encontre.

Qui pourrait reprocher à un anesthésiste de refuser, désormais, de se charger des prescriptions postopératoires ne relevant pas de sa compétence s'il risque, en n'en surveillant pas le suivi, de voir sa responsabilité engagée ? Et comment pourra-t-il s'en charger avec diligence alors qu'il assure, habituellement, le programme opératoire de plusieurs chirurgiens de spécialités différentes et qu'il partage son temps entre le bloc et les consultations préopératoires ? Continuera-t-il de réaliser des prescriptions en lieu et place de ses confrères d'autres spécialités en cas de complication (nocturne notamment), dont il se chargeait bien souvent en raison de sa présence sur place ? Autant d'interrogations que cet arrêt suscite et pour lesquelles des solutions pratiques devront être inventées désormais.

Et dans le domaine de la télémédecine, l'arrêt rapporté risque de constituer un frein : on sait que l'une des premières questions que posent les profes-

sionnels intéressés par la constitution ou la participation à un réseau de télémédecine, est celle de la responsabilité de chacun des acteurs. Si le médecin requis à distance du patient pour donner son avis, poser un diagnostic ou prescrire un traitement sait que sa responsabilité peut être engagée s'il n'assure pas le suivi de ses prescriptions, que l'éloignement et l'absence de contact régulier avec le malade ou l'équipe qui assure son suivi rendra moins aisé, il est à craindre qu'il préférera s'abstenir plutôt que de se soumettre à une forme d'aléa qu'il ne maîtrisera pas ou mal.

À l'heure où se développent des coopérations plus ou moins formalisées pour offrir une prise en charge pluridisciplinaire des patients, il ne serait pas inutile que le législateur se penche sur leur encadrement juridique, tant du point de vue du partage des informations couvertes par le secret médical, que de celui de la responsabilité de chacun.

B.V.

15 - G. Viney, « Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », in *Resp. civ. et Ass., Hors-série, nov. 2000*, p. 301 et s.

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne

Lydia Morlet

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

I- La responsabilité pour faute

A- Faute et équipe médicale

Civ. 1^{ère}, 16 mai 2013 n° de pourvoi: 12-21338,
(G.P. Jul. 2013, note Ana Zelzevic-Duhamel,
JCP 2013, 762, P. Sargos)

En l'espèce, une personne fut victime à la suite de son accouchement d'une phlébite cérébrale que le gynécologue obstétricien avait tardé à diagnostiquer. Poursuivi en responsabilité par les ayants droit de la victime et condamné à réparer le préjudice de perte de chance à hauteur de 80%, ce dernier appelle en garantie l'anesthésiste qui avait pratiqué la péridurale. La cour d'appel rejette l'action en garantie au motif d'une part que « la pathologie était une suite de l'accouchement et non de l'anesthésie », et d'autre part, que le gynécologue qui assurait le suivi de la patiente au sein du service était seul compétent pour contrôler toutes les suites de l'accouchement, avec leurs conséquences éventuelles, de sorte que « le diagnostic de phlébite cérébrale relevait de sa compétence » et « incombait à lui seul ».

L'arrêt est cassé au motif que le médecin anesthésiste avait été appelé au chevet de la patiente en raison de la survenance de céphalées et lui avait prescrit un neuroleptique pour les soulager, « de sorte qu'il lui incombait de s'informer de l'effet de ce traitement, notamment aux fins de déterminer, en collaboration avec le gynécologue obstétricien, si ces troubles étaient en lien avec l'anesthésie ou avec l'accouchement, ce qui aurait pu permettre un diagnostic plus précoce ». Au visa des articles 1147 Code civil et 64 du code de déontologie devenu l'article R. 4127-64 du code de la santé publique, la Cour énonce, dans un attendu de principe, que « l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science emporte, lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement de ce patient, l'obligation pour chacun

d'eux, d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assurer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences ».

Si la solution n'étonne pas, l'arrêt est néanmoins intéressant à deux égards. En premier lieu, il constitue un hommage rendu à l'arrêt *Mercier* à travers le rappel d'un certain nombre de principes relatifs à la responsabilité des professionnels de santé, consacrés par cet arrêt fondateur. En second lieu et surtout, il clarifie l'étendue des obligations mises à la charge des médecins lorsqu'ils collaborent à la prise en charge du patient, au sein d'une équipe.

1. Un hommage rendu à l'arrêt *Mercier*

L'arrêt commenté rend un triple hommage à l'arrêt *Mercier* pour des faits ne relevant pas de la loi du 4 mars 2002, l'accouchement ayant eu lieu, en l'espèce, le 18 décembre 1992.

L'arrêt rappelle tout d'abord que l'obligation de soins est une simple obligation de moyens, en ce que le médecin a « l'obligation de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science ». Cette définition de l'obligation de soins résultait déjà, dans des termes identiques, de l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936 selon lequel, le médecin prend « l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade... du moins de lui donner des soins...consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science »¹. Le médecin ne s'engage pas à guérir le malade mais à dispenser des soins de nature à permettre une guérison ou une amélioration de son état de santé. Le patient devra donc rapporter la preuve de la faute du médecin pour engager la responsabilité civile de ce dernier.

Le principe de l'obligation de moyens n'a jamais été démenti par la suite, même pour les dommages distincts de l'échec des soins et qui relèvent d'une obligation accessoire de sécurité. En effet, si le Conseil d'État, dans un arrêt du 9 avril 1993 (*Bianchi*)², avait posé le principe d'une responsabilité objective, sans faute, de la puissance publique, en cas d'accident médical, entendu comme « le dommage sans rapport avec l'état initial du patient ou avec l'évolution prévisible de cet état », la Cour de cassation est restée fidèle au principe de l'obligation de moyens, affirmant depuis un arrêt de la première

1 - Civ. 20 mai 1936, *Mercier*, DP 1936, 1, p. 88 concl. Matter, rapp. L. Josserand, note E. P. ; S. 1937, I, 321, note A. Breton, RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. Demogue ; GAJC, n° 161, obs. F. Terré et Y. Lequette

2 - CE 9 avril 1993 (*Bianchi*), Rec. CE, p. 127, JCP 1993, II, 22061, note J. Moreau, D. 1994, somm. 65, obs. P. Bon et Ph. Terneyre, RD publ. 1993, p. 1099, note Paillet, RFDA 1993, p. 573, concl. S. Dael, AJDA 1993, p. 383, obs. C. Maugue et I. Touvet.

chambre civile du 8 novembre 2000³, que « la réparation de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient »⁴. La loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a consacré sur ce point la jurisprudence judiciaire en posant le principe de la responsabilité pour faute des professionnels de santé (art. L. 1142-1 al. 1 code de la santé publique)

Outre le rappel du principe de la responsabilité pour faute, l'arrêt commenté rend hommage à l'arrêt *Mercier* quant à l'appréciation de celle-ci, par référence aux « données acquises de la science ». La loi du 4 mars 2002 n'avait pourtant pas repris cette expression, préférant se référer, à la notion de connaissances médicales avérées, le médecin devant prodiguer à son patient des soins qui offrent « la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées » (art. L. 1110-5 code de la santé publique). La notion des données acquises de la science est en revanche reprise par la loi de 29 décembre 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, le texte, autorisant les prescriptions hors AMM lorsque le « prescripteur les juge indispensable, au regard des données acquises de la science, pour améliorer ou stabiliser l'état clinique du patient » (art. L. 5121-12-1 code de la santé publique)⁵. On peut désormais considérer ces expressions comme équivalentes⁶, puisque la jurisprudence statuant sur des faits relevant du champ d'application de la loi, continue de se référer aux données acquises de la science⁷.

Enfin, par le visa de l'article 1147 du Code civil, la Cour de cassation rappelle la nature contractuelle de la responsabilité médicale, pour des faits antérieurs à la loi du 4 mars 2002, rendant un dernier hommage à l'arrêt fondateur en la matière.

Rappelons en effet que la Cour de cassation avait, par l'arrêt *Mercier*, abandonné la qualification délictuelle et consacré l'existence du contrat médical. Selon la Cour, « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagementde lui donner des soins ...conscientieux, attentifs et, conformes aux données acquises de la science ; que la violation,

3 - Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, B I n° 287, JCP 2000. II. 10493, note F. Chabas, JCP 2001. II. 10493, rapp. P. Sargos, RTD civ. 2001, p. 154, obs. P. Jourdain, D. 2001, somm. 237, obs. D. Mazeaud, RDSS 2001, 1, 54, obs. L. Dubouis.

4 - même sens : Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2007, D. 2008, 816 note M. Bacache, JCP 2008 II 10069, note I. Corpart, RCA 2008 com. n° 31 note S. Hocquet-Berg ; 4 janvier 2005, RCA 2005, comm. n° 102, JCP 2005. II. 10061, note P. Mistretta, RDSS 2005, 332, obs. B. Pitcho.

5 - *adde* : décret n° 2012-694 portant modification du code de déontologie médicale du 7 mai 2012 (R.4127-8 CSP)

6 - *Contra* : J.-M. Debarre, « sémantique des données acquises de la science « comparée aux « données médicales avérées », Médecine et droit 2012 p.22; sur cette question v. : P. Pierre, Gaz. Pal. 15 et 16 juin 2012 p.14, « L'insaisissable critère de la faute de technique médicale ».

7 - Civ. 2^{ème}, 10 janvier 2010 n° 09-10521.

même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ». Or depuis la loi du 4 mars 2002, la question se pose de savoir si la responsabilité médicale est toujours contractuelle ou si elle relève désormais d'un régime spécial de responsabilité⁸. Si l'on prend pour critère de l'émergence d'un régime spécial de responsabilité l'uniformisation des règles applicables, quelle que soit la qualité de la victime, l'on constate que l'harmonisation réalisée par la loi du 4 mars 2002 est double. Celle-ci régit la réparation des dommages causés à toutes les victimes, qu'elles soient parties ou tiers au contrat médical, et quelle que soit la structure, publique ou privée dans laquelle est accueillie le patient. Le nouveau régime légal transcende ainsi la double distinction traditionnelle des responsabilités, délictuelle et contractuelle, civile et administrative.

Il est certain que depuis l'arrêt du 3 juin 2010 la responsabilité pour faute d'information n'est plus contractuelle, même pour des faits antérieurs à la loi du 4 mars 2002¹⁰. Cette certitude est confortée par le constat que le visa de l'article 1382 est doublé de celui des articles 16 et 16-3 du Code civil, de sorte que la Cour de cassation appréhende désormais l'information non pas en tant qu'obligation mise à la charge du praticien de santé et rattachée au contrat médical mais en tant que droit subjectif dont serait titulaire le patient, et prenant appui sur le droit au respect de l'intégrité corporelle, consacré à l'article 16-3 du Code civil, ainsi que sur le droit au respect de la dignité de la personne humaine, prévu à l'article 16¹¹. S'agissant en revanche de la faute technique, la réponse est plus incertaine. Pour des faits relevant de la loi du 4 mars 2002, les arrêts les plus récents n'hésitent pas à s'affranchir du visa de l'article 1147, texte relatif à la responsabilité contractuelle, pour viser l'article L. 1142-1 code de la santé publique¹². Pour autant, le visa d'un texte spécial n'induit pas nécessairement le rejet de la nature contractuelle de la responsabilité. Ajouter à cela, qu'il est tout à fait normal que la Cour s'appuie sur les dispositions d'un texte applicable à l'espèce,

8 - F. Dreifuss-Netter, RCA 2002, chr. 17, « Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ? » ; P. Lokiec, « La décision médicale », RTD civ. 2004, p. 641.

9 - P. Jourdain, « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », in La responsabilité professionnelle, LPA 11 Juillet 2001, p. 63; G. Viney, rapport de synthèse, *ibid.* p.95.

10 - Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.951, D. 2010, 1522, note P. Sargos, JCP 2010 note 788 S. Porchy-Simon, RCA 2010, com. 222 note S. Hocquet-Berg, Gaz. Pal. 16-17 juin 2010 p.9, avis A. Legoux, LPA 17-18 Août 2010, p. 9, note R. Mislawski, D. 2010, 2099 obs. C. Creton, RTDciv. 2010, p. 571, note P. Jourdain, RDC 2011, 335, note Bacache, 345, note F. Leduc, 357, note Ph. Pierre.

11 - Même sens : Civ.1^{ère}, 12 juin 2012, D. 2012 p.1794 note A. Laude, Gaz.Pal. 18-19 juillet 2012 p. 11 note M. Bacache, JCP 2012 987 note O.Gout, RCA 2012 com. 245 obs. Hocquet Berg ; 12 juillet 2012, D. 2012, 2277, note M. Bacache.

12 - Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010 n° 09-10992, RCA 2010, com. 85, note C. Radé, D. 2010, 1522, note P. Sargos ; Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, n° 09-69.195, D. 2010, 2682, P. Sargos, RTDciv. 2011, 128, obs. P. Jourdain.

l'article L. 1142-1 code de la santé publique, les faits étant postérieurs au 5 septembre 2001. On peut en sens inverse observer que d'autres arrêts continuent de viser l'article 1147 du Code civil, pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi¹³. Quant aux faits antérieurs ne relevant pas du champ d'application de celle-ci, l'arrêt commenté témoigne du maintien de la nature contractuelle de la responsabilité, à travers le visa de l'article 1147.

Ce débat sur la nature contractuelle de la responsabilité présente un intérêt pratique certain lorsque le patient est pris en charge par une équipe médicale, comme c'était le cas dans l'arrêt commenté. Rappelons que dans un arrêt du 18 octobre 1960, la Cour de cassation avait énoncé que le chirurgien répond, « des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation »¹⁴. Il résulte de cet arrêt que le chirurgien est responsable des fautes de tous les confrères qui l'assistent dans la prise en charge de son patient¹⁵. On peut alors se demander si cette jurisprudence relative à la responsabilité médicale du fait d'autrui est conciliable avec le principe de la responsabilité pour faute affirmé par la loi du 4 mars 2002. La réponse est certainement positive si on maintient à la responsabilité sa nature contractuelle. En effet, l'inexécution de l'obligation, même si elle est due au fait d'un tiers, rend le débiteur personnellement fautif. La faute contractuelle est de la sorte plus large que la faute délictuelle, puisqu'elle s'étend à la violation de l'obligation contractuelle, que cette violation résulte du fait personnel du médecin ou du fait d'un tiers préposé, substitut ou auxiliaires. La responsabilité du médecin du fait des membres de son équipe est donc conforme au principe de la responsabilité pour faute réaffirmé par la loi du 4 mars 2002. En revanche, la qualification délictuelle ferait obstacle à la responsabilité médicale du fait d'autrui et constituerait un recul dans le droit des victimes.

Si cet aspect de l'exercice en équipe n'est pas envisagé en l'espèce, l'arrêt commenté apporte en revanche des précisions sur la responsabilité personnelle de chacun des membres de l'équipe.

2. L'étendue des obligations et l'exercice en équipe

La complexité de l'art médical et la diversification des spécialités entraîne la multiplication des médecins intervenant sur le même patient. Ce dernier se trouve souvent pris en charge par une équipe médicale, formée de médecins, de sages-femmes, d'infirmiers, d'aides-soignants, placés sous la direc-

tion d'un chef d'équipe, notamment un chirurgien ou un obstétricien. La question est alors de savoir quelle est l'incidence de ce mode collectif de prise en charge du patient sur le contenu des obligations pesant sur chacun des intervenants et partant sur l'étendue de leur responsabilité.

Pour apprécier l'incidence de l'exercice en équipe sur l'étendue des obligations, il convient d'abord d'identifier celles-ci pour savoir si elles sont atténuées ou au contraire renforcées.

À cet égard, on peut constater la tendance de la Cour de cassation à compenser le principe de la responsabilité pour faute par une approche très large de celle-ci. En effet, si toute faute est source de responsabilité sans qu'il y ait lieu d'exiger une faute qualifiée¹⁶, les fautes médicales sont très variées et témoignent de la richesse des devoirs qui pèsent sur le professionnel de santé à tous les stades de la prise en charge du patient¹⁷. Il peut s'agir d'une faute de diagnostic¹⁸, le retard étant de nature à faire perdre au patient une chance de guérison, comme en témoigne l'arrêt commenté¹⁹. Outre le diagnostic, la prescription²⁰, ou le choix thérapeutique du médecin peuvent également être constitutifs d'une faute²¹. Enfin, une obligation particulière de surveillance ou de suivi pèse sur un certain nombre de praticiens. Il en est ainsi les radiologies²² ou des ophtalmologues²³. Il en va de même du chirurgien sur lequel pèse une obligation de surveillance post-opératoire. Ce dernier « doit s'assurer que le malade reste sous la surveillance d'une personne qualifiée » de sorte, que commet une faute le chirurgien chef d'équipe qui a quitté l'établissement sans s'assurer qu'une personne quali-

16 - Toute maladresse est constitutive d'une faute : Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, B I n° 44 ; 7 janv. 1997, D. 1997, p. 190, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, somm. 319, note J. Penneau ; 13 oct. 1999, JCP 2000. II. 10270, note A. Dorsner-Dolivet ; 9 avr. 2002, RCA 2002, comm. n° 234 ; 3 avr. 2007, n° 06-13.457.

17 - v. notamment : S. Hocquet Berg, « La faute technique, faute contre la science médicale », RDGM n° 37 décembre 2010.

18 - Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 88-12.702, RCA 1990, com. n° 23 ; 29 nov. 2005 n° 04-13.805 ; 13 déc. 1989, n° 88-17.459 ; adde : Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.963, LPA 8 sept. 2009, p. 12 note F. Dekeuwer-Defossez ; commet une faute le professionnel de santé qui s'abstient de solliciter un autre avis médical.

19 - Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010 n° 09-69.195 préc.

20 - Civ. 2^e, 24 janvier 2006, JCP 2006. II. 10082, note L. Grynbaum, RTD civ. 2006, p. 323, obs. P. Jourdain, D. 2006, pan. 1930, obs. P. Jourdain, RCA 2006, comm. n° 89 et 90, obs. C. Radé, JCP 2006. I. 166, obs. Ph. Stoffel-Munck.

21 - Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010, n° 09-10.992, RCA 2010 com. 85, note C. Radé ; adde : TA Nîmes 2 juin 2009, D. 2010, 419, note J. -S. Borghetti : obstination déraisonnable à réanimer un enfant emportant de graves séquelles ; 11 juin 2009 n° 08-10642, RCA 2009 com. n° 258, note C. Radé, D. 2010, 363, note G. Mémeteau ; 25 novembre 2010 n° 09-68631.

22 - Req. 27 juin 1939, JCP 1940 II 1438 note Dalbont ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1960, JCP 1960 II 11787 note R. Savatier, B I n° 35 ; 8 oct. 1974 : JCP 1975 II 17955, note R. Savatier.

23 - Cass. 1^{re} Civ. 6 oct. 2011 n° 10-21212 : faute de surveillance d'un ophtalmologue ayant entraîné un préjudice de perte de chance « de recevoir un traitement au laser plus précoce et d'éviter les séquelles dont il était atteint »

13 - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2010 n° 09-15404 : cassation au visa de l'article 1147 du Code civil, l'arrêt qui avait écarté la responsabilité du dentiste, alors que les faits relevaient de la loi du 4 mars 2002, la pose de la prothèse ayant eu lieu le 27 mars 2003.

14 - Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1960, JCP 1960. II. 18446, note R. Savatier ; RTD civ. 1960, p. 120, obs. A. Tunc.

15 - Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1983, D. 1984, p. 149, note J. Penneau ; JCP 1984 II 20248 note F. Chabas ; RD sanit. soc. 1984, p. 332, obs. A. Dorsner-Dolivet.

fiée pouvait intervenir en son absence²⁴, qui ne s'inquiète pas de troubles présentés après l'intervention²⁵ ou qui autorise une sortie prématurée²⁶. L'obligation de surveillance pèse au même titre sur les gynécologues accoucheurs²⁷. L'anesthésiste a également l'obligation de surveiller le patient jusqu'à son complet réveil²⁸. Par suite, est fautif l'anesthésiste qui quitte les lieux avant que le patient n'ait repris connaissance²⁹ ou qui s'abstient de vérifier le débit d'un cathéter avant de quitter un enfant³⁰.

L'arrêt commenté se situe dans la droite ligne de cette jurisprudence et rappelle que l'obligation de surveillance et de suivi pèse non seulement sur le gynécologue accoucheur mais également sur l'anesthésiste lequel a l'obligation « d'assurer le suivi de ses prescriptions ».

Au-delà de ce rappel relatif à l'entendue des obligations du professionnel de santé, l'arrêt est surtout intéressant en ce qu'il précise l'incidence du travail en équipe sur les devoirs de chacun. Selon la Cour « l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science emporte, lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement de ce patient, l'obligation pour chacun d'eux, d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assumer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences ». Il en résulte que, dans l'hypothèse où plusieurs médecins collaborent à la prise en charge du patient, l'obligation de l'un n'efface pas celle de l'autre. Le travail en équipe emporte l'obligation pour chacun d'eux d'assurer le suivi de ses actes. L'exercice en équipe n'entraîne donc pas allègement des obligations pesant sur chacun des intervenants. Deux obligations identiques de suivies peuvent donc coexister en pesant sur chacun des intervenants dans la prise en charge du patient. Le travail en équipe ne décharge pas ou n'allège pas les obligations de chacun et n'aboutit pas à une dilution des responsabilités. Comme le rappelle le pourvoi dans son moyen, « un médecin qui prend en charge le traitement d'un patient, ne peut s'exonérer de son obligation de suivi et de sa responsabilité en invoquant la faute d'un autre praticien ». En l'espèce, le constat que le gynécologue assumait une obligation de suivi n'interdisait pas de reconnaître la même obligation à la charge d'un autre praticien, l'anesthésiste³¹. La solution résultait déjà de l'arrêt

24 - A. P., 30 mai 1986 n° 85-91.432, D. 1987, p. 109 note J. Penneau ; Cass. 1^{re} civ., 21 mars 1995, RCA 1995 comm. n° 214.

25 - Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997 n° 95-15.160.

26 - Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1970, n° 69-11.540.

27 - Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 99-10.061, 99-10.062.

28 - Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1980, JCP 1981 II 19614 note F. Chabas ; 2 mai 1978, B I n° 167, JCP 1978 II 18966 note R. Savatier

29 - Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1989, n° 86-19.307.

30 - Cass. crim., 28 mai 1997, RCA 1998 n° 23.

31 - L'anesthésiste ne doit pas être salarié de la clinique, puisqu'il bénéficie alors d'une immunité personnelle (Cass. 1^{re}

rendu par l'Assemblée plénière le 30 mai 1986 aux termes duquel, « si la surveillance post-opératoire incombe au médecin anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en demeure pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence »³².

Bien plus, loin d'alléger les obligations des professionnels de santé, l'exercice en équipe aboutit à un renforcement de celles-ci. L'obligation de suivi du patient se double alors d'une obligation de collaboration entre professionnels de santé. Ces derniers doivent travailler ensemble dans l'intérêt du patient, et non côte à côte. En témoigne le visa de l'article R4127-64 code de la santé publique aux termes duquel « Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade »³³. La collaboration entre l'anesthésiste et le gynécologue dans la recherche, en l'espèce, des causes des céphalées aurait pu éviter la survenance ou du moins la gravité du dommage. La Cour de cassation avait déjà estimé que le travail en équipe impose des obligations supplémentaires, inspirées du devoir de collaboration, à la charge du chef d'équipe qui doit notamment choisir des membres compétents, les coordonner correctement et leur transmettre les informations et les directives nécessaires ou utiles aux soins du malade³⁴.

Le maintien des obligations à la charge de chacun des praticiens et le renforcement de celles-ci par une nouvelle obligation de collaboration emporte deux conséquences :

Tout d'abord, cette situation peut aboutir à une responsabilité *in solidum* du chirurgien et de l'anesthésiste à l'égard de la victime, l'obligation de suivi et de surveillance post-opératoire pesant sur les deux praticiens³⁵. La Cour de cassation a pu estimer que la responsabilité personnelle de l'anesthésiste qui n'a pas effectué de surveillance postopératoire ne déchargeait pas le chirurgien de sa responsabilité personnelle, tenu de s'assurer que le malade restait après l'opération sous la surveillance d'une personne qualifiée, les responsabilités des deux praticiens, chirurgien et anesthésiste pouvant alors être engagées *in solidum*, à l'égard du patient victime³⁶. Il en va d'ailleurs de même en cas de fautes d'information commises par l'anesthésiste et le chirurgien sur les risques de l'intervention projetée ou en cas de faute

civ., 9 nov. 2004 : D. 2005, p. 253, note F. Chabas, pan. 406, obs. J. Penneau ; JCP 2005. II. 10020, rapp. D. Duval-Arnould, note S. Porchy-Simon, ibid I. 132, obs. G. Viney ; RTD civ. 2005, p. 143, obs. P. Jourdain).

32 - préc.

33 - article 64 du code de déontologie médicale

34 - Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1997, n° 95-17.274, Gaz. Pal. 24-27 déc. 1997, p. 345.

35 - Cass. crim., 10 mai 1984, n° 83-91.174.

36 - Ass. Plén. préc.

dans l'interprétation d'une radio commise conjointement par le médecin et le radiologue³⁷.

Ensuite, au stade de la contribution à la dette, il convient de permettre au médecin poursuivi par le patient d'appeler en garantie ou d'exercer une action récursoire contre son confrère pour lui réclamer le remboursement d'une partie de la dette de réparation. C'était le cas dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation censurant l'arrêt d'appel qui avait refusé un tel recours. Encore faut-il évidemment que les fautes retenues à la charge des deux praticiens soient causales, c'est-à-dire qu'elles aient contribué à causer le même dommage. Or précisément c'est sur ce terrain que la cour d'appel avait justifié sa décision en relevant l'absence de causalité entre la phlébite et l'anesthésie péridurale, cette complication n'étant pas un risque inhérent à la péridurale mais à l'accouchement. Pour autant, le raisonnement a priori, séduisant n'emporte pas la conviction. Le lien de causalité doit relier le dommage, non pas à l'acte objectivement envisagé de la péridurale, mais à la faute de l'anesthésiste. En d'autres termes, peu importe que la phlébite ne soit pas une complication connue et rattachée à la péridurale, un risque inhérent à celle-ci. Ce qui compte c'est le constat que la double faute de suivi et de collaboration de l'anesthésiste ait fait perdre au patient une chance d'éviter la phlébite ou d'atténuer ses conséquences par une prise en charge plus précoce. S'il n'existe pas de lien de causalité entre l'accident et l'anesthésie, un tel lien existe entre l'accident et la faute de l'anesthésiste.

Tout en rendant hommage à l'arrêt *Mercier*, la décision commentée en développe les potentialités, par un renforcement et un élargissement du contenu obligatoire du contrat, à travers la consécration explicite d'une obligation de collaboration entre les membres de l'équipe médicale.

M. B.

B- Faute et aléa

Cass., civ. 1^{ère}, 24 avril 2013,
n° 12-17975 et n° 12-17751

Dans deux décisions de sa première chambre civile en date du 24 avril 2013³⁸, la Cour de cassation a été saisie de demandes d'indemnisation à l'occasion desquelles elle a apprécié le comportement de deux professionnels de santé. Si ces arrêts n'ont pas eu les honneurs de la publication ils méritent néanmoins l'attention, ceux-ci semblant révéler une double évolution dans l'appréciation de la faute médicale. Une seule des deux décisions a été rendue au visa de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, les faits de l'autre espèce étant antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002³⁹. Les solutions dégagées sont cependant identiques ce qui démontre, s'il en était encore besoin, que s'agissant du principe réaffirmé de la responsabilité pour faute du médecin, l'appréciation des juges n'a pas lieu d'être différente depuis l'adoption de cette législation.

Dans une première affaire un patient, ayant subi une adénomectomie de la prostate, c'est à dire l'exérèse de la partie fibro-adénomateuse hypertrophiée, est depuis confronté à des problèmes d'incontinence urinaire. Dans l'autre espèce, une personne s'étant faite extraire une dent de sagesse se plaint d'un dysfonctionnement de l'appareil manducateur impliquant une gêne pour manger et déglutir. Ces deux victimes ont assigné leur médecin sur le traditionnel fondement de la responsabilité pour faute.

Les Cours d'appel saisies dans ces deux procédures n'ont pas fait droit à leur demande respective considérant toutes deux que les agissements du médecin-urologue et du chirurgien-dentiste n'étaient nullement fautifs, les faits relevant d'aléas thérapeutiques.

Le contenu des pourvois des demandeurs est quasiment similaire. Ils tentent tout d'abord d'établir la faute des praticiens en invoquant l'existence de lésions que l'intervention n'impliquait pas.

En réponse et afin d'apprécier les comportements des professionnels mis en cause, la Cour de cassation s'est classiquement attachée à rechercher si les opérations ont été réalisées dans les règles de l'art. Rejetant les deux pourvois, elle prend ainsi le soin de relever « l'absence de faute... tant dans le choix de la technique que dans la conduite de l'intervention » ou encore que « l'intervention avait été menée suivant une technique éprouvée avec les précautions habituellement recommandées (et) qu'aucune erreur, imprudence, manque de précaution, négligence ou toute autre défaillance n'avait été commise ». Elle constate en outre l'absence de « lésion d'un organe ou d'un tissu non impliqué par l'intervention » et estime dès lors que les juges du fond n'ont pu « qu'en déduire » le non-engagement de la responsabilité.

37 - Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, 4 note Dorsner-Dolivet.

38 - Cass., civ. 1^{ère}, 24 avril 2013 n° 12-17975 et n° 12-17751.

39 - Loi n° 2002-303.

Les pourvois contestent ensuite le fait que les Cours d'appel ont péremptoirement affirmé que les faits dommageables relevaient d'aléas thérapeutiques sans prendre la peine de les caractériser. La Cour n'a malheureusement apporté aucune réponse à cet argument.

La logique adoptée par la Cour de cassation n'apparaît pas complètement conforme à ses positionnements antérieurs. Si l'affirmation d'une absence de lésion d'un organe ou d'un tissu non impliqué par l'intervention peut tout d'abord être discutée, le silence gardé sur la question de l'existence d'aléas thérapeutiques est également gênant.

1. La réponse relative à la lésion d'organes ou de tissus non impliqués par l'intervention

Les deux pourvois se sont appuyés sur une jurisprudence traditionnelle qui prévoit que l'atteinte à un organe ou une partie du corps du patient que l'intervention n'impliquait pas est fautive. Les juges font dans ce cas application d'un régime de présomption de faute, le défendeur ayant seulement la possibilité d'échapper à cette logique en établissant que le patient présentait une anomalie morphologique qui rendait l'atteinte inévitable ou que le dommage résultait d'un aléa thérapeutique. Cette solution a par exemple été appliquée suite à la perforation de l'intestin grêle d'une patiente lors de la réalisation d'une lipoaspiration⁴⁰, dans le cas d'une lésion dentaire intervenue au moment d'une intubation⁴¹, à l'occasion de la perforation de l'artère sous-clavière durant une intervention sur une côte⁴² ou encore en cas d'atteinte du nerf sublingual pendant l'extraction d'une dent de sagesse⁴³.

L'invocation de lésions que l'intervention n'impliquait pas apparaissait légitime dans ces deux espèces. L'incontinence urinaire du patient supposant une atteinte de l'urètre, on peut en effet considérer qu'un organe ou tissu autre que celui opéré a été lésé. De la même manière, le constat du dysfonctionnement de l'appareil manducateur incitait à reconnaître qu'un tissu différent de celui sur lequel portait l'intervention a été touché, la lésion ne se limitant pas à la seule dent de sagesse. Dans les deux espèces, le siège du dommage était donc autre que la partie du corps sur laquelle est intervenu le médecin, ce qui aurait pu justifier l'usage de la présomption de faute. Malgré cela, la Cour de cassation a considéré qu'il y avait absence de « lésion d'un organe ou d'un tissu non impliqué » ou « qui n'aurait pas dû être endommagé au cours » de l'intervention. Cette affirmation surprenante s'explique peut-être par la volonté de la Cour de cassation de faire une application restrictive du régime de la présomption de faute.

40 - Cass., civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 12-13900, D. 2013 p. 1063, note C. RAJA.

41 - Cass., civ. 1^{ère}, 20 janvier 2011, n° 10-17357, RTD civ. 2011, p. 354, obs. P. Jourdain.

42 - Cass., civ. 1^{ère}, 7 janvier 1997, n° 94-19497.

43 - Cass., civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n° 98-20440.

L'identification des cas dans lesquels la jurisprudence accepte de faire jouer ce régime dérogatoire n'est pas évidente. On peut à ce titre regretter la différence de formulation des attendus de principe des deux décisions commentées. Dans l'une, il est fait référence à une lésion touchant un organe ou un tissu non impliqué par l'intervention, alors que l'autre évoque de manière plus généraliste la lésion d'un organe ou d'un tissu qui n'aurait pas dû être endommagé et donc, sans que ne soit précisé s'il doit s'agir ou non de l'organe concerné par l'opération.

Une proposition peut être avancée pour aider à la détermination du champ d'application du régime de présomption de faute posé par la jurisprudence. Les juges pourraient exiger qu'il n'y ait pas de lien direct entre l'organe lésé et celui faisant l'objet de l'intervention. Les solutions commentées sont en effet en mesure d'être justifiées par le fait que la dent de sagesse extraite fait partie de l'appareil manducateur dont le fonctionnement est altéré et que l'urètre abimé intègre l'appareil urinaire auquel appartient également la prostate. Un raisonnement basé sur la notion « d'appareil », au sens anatomique du terme, permettrait ainsi l'identification des cas dans lesquels la victime pourrait prétendre au bénéfice de ce régime probatoire. Selon le petit Larousse, l'appareil constitue un « ensemble d'organes qui concourent à une même fonction, en général de nature et de structure différentes mais reliés anatomiquement entre eux ». Si cette proposition apparaît en mesure de clarifier les solutions jurisprudentielles, une autre solution plus radicale pourrait être préférée consistant en l'abandon de ce régime dérogatoire. La part de subjectivité qu'il recel est en effet à l'origine d'une regrettable insécurité juridique tant pour les victimes que pour les praticiens. Le système serait de nouveau basé sur une seule alternative : soit la faute est clairement établie, soit elle n'existe pas. Cette solution serait certes moins favorable aux victimes, qui perdraient le bénéfice de l'allègement probatoire que permet le recours à la présomption de faute, mais il faut reconnaître que l'intérêt de ce régime dérogatoire est tout relatif, la présomption étant amenée à jouer dans des cas où la faute apparaît avec une certaine évidence.

Le choix de l'abandon de cette solution prétorienne irait également dans le sens de l'esprit de la loi du 4 mars 2002. En réaffirmant le principe d'une responsabilité pour faute, la volonté du législateur a en effet été de limiter les possibilités de mise en œuvre de la responsabilité des professionnels de santé⁴⁴. Si l'énoncé de l'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique n'interdit pas l'usage de la présomption de faute, l'ambition est néanmoins de prôner un retour à une responsabilité plus stricte en luttant notamment contre ce que la doctrine a appelé les poussières de faute ou la logique de la faute incluse.

44 - Notamment pour une analyse dans ce sens : A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, Droit de la santé, Thémis droit, puf, 3^{ème} éd. p. 483. Les auteurs affirment ici que « le législateur a ainsi voulu exiger une faute prouvée et non une faute présumée ».

Si le raisonnement de la Cour de cassation peut être discuté s'agissant de l'absence de reconnaissance d'une lésion d'un organe ou tissu non impliqué dans l'intervention, sa solution va donc finalement dans le bon sens d'une restriction du recours au régime de la présomption de faute. Son silence relatif à la réalisation d'un aléa thérapeutique s'avère par contre beaucoup plus contestable.

2. L'absence de réponse relative à la caractérisation d'un aléa thérapeutique

On rappelle que dans les deux affaires commentées, les Cours d'appel ont refusé de considérer comme fautifs les comportements des praticiens et estimé que les faits relevaient d'aléas thérapeutiques. Malgré l'argumentaire exposé dans les pourvois, la Cour de cassation n'a pas répondu aux critiques portant sur le second temps de l'analyse des juges du fond. Bien que cela s'avère toujours délicat, on peut se risquer à une analyse de ce silence.

Dans une décision du 20 janvier 2011, la juridiction suprême avait cassé un jugement qui, ayant refusé de reconnaître la faute d'un professionnel de santé, avait affirmé « que le préjudice relevait en conséquence d'un aléa thérapeutique »⁴⁵. Le juge de proximité ici saisi considérait, à l'instar des juges du fond dans les affaires faisant l'objet du présent commentaire, qu'en l'absence de preuve de la faute on pouvait considérer que les faits relevaient d'un aléa. A cette époque, la Cour de cassation avait considéré qu'en « statuant ainsi, sans constater la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé » (l'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique). Cette censure signifiait qu'il s'avérait indispensable de caractériser l'aléa et que, sans avoir fait cela, il n'était pas possible d'affirmer l'absence de faute.

Dans les deux espèces commentées, les pourvois ont invoqué ce raisonnement reprochant aux Cours d'appel saisies d'avoir « déclaré péremptoirement qu'il y avait lieu de considérer qu'il existait un aléa thérapeutique sans autrement le caractériser » et affirmant que « l'existence d'un aléa thérapeutique ne peut être retenue qu'à la condition pour le juge de constater la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé ». La Cour de cassation s'est pourtant abstenue de répondre à ces arguments. En ne sanctionnant pas l'absence de caractérisation de l'aléa thérapeutique par les Cours d'appel, elle semble considérer, à l'inverse de sa position exprimée dans l'arrêt de janvier 2011, que la preuve de l'absence de faute suffit pour admettre que le dommage relève d'un aléa.

L'absence de publication des arrêts incite à la réserve et les juges de la Cour de cassation ont peut-être seulement manqué de rigueur en omettant de répondre à l'un des éléments du pourvoi. Cette hypothèse semble cependant peu probable et l'on voudrait profiter de ce qui semble être un nouveau positionnement de la jurisprudence pour faire une re-

marque : il n'apparaît pas souhaitable d'opposer la faute et l'aléa thérapeutique comme les deux faces d'une médaille. Toute absence de faute ne révèle pas forcément un aléa et toute absence d'aléa ne permet pas nécessairement d'établir la faute⁴⁶. Chaque circonstance doit être soigneusement caractérisée et l'analyse ne devrait pas se faire par déduction, le dommage issu d'un geste médical pouvant en effet tout autrement résulter d'un échec thérapeutique.

Il est vrai que la jurisprudence ne fait qu'exceptionnellement référence à ce concept d'échec thérapeutique, une seule décision mentionnant à notre connaissance la notion⁴⁷. La Cour de cassation a néanmoins évoqué de manière implicite cette hypothèse en affirmant dans une décision de 1995 « que la faute ne peut se déduire de la seule absence de réussite de l'acte médical et de l'apparition d'un préjudice, lequel peut être en relation avec l'acte médical pratiqué sans l'être pour autant avec une faute »⁴⁸.

En dehors de nos frontières, le concept d'échec thérapeutique est parfois officiellement reconnu. Ainsi dans une loi belge du 31 mars 2010 « relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé »⁴⁹, le législateur a pris le soin de définir l'accident médical sans responsabilité (aléa thérapeutique) en indiquant bien que « l'échec thérapeutique et l'erreur non fautive de diagnostic ne constituent pas un accident médical sans responsabilité »⁵⁰.

Les critères d'identification de la faute médicale et de l'aléa thérapeutique restent donc toujours aussi insaisissables et il serait dès lors souhaitable que les juges veillent à faire preuve de précision et de constance dans leurs décisions. De leurs côtés, les experts devraient également être très attentifs et rigoureux dans la rédaction de leurs rapports. Il est par exemple regrettable que dans l'une des espèces commentées l'expert ait fait apparaître dans son pré-rapport le terme de « maladresse », pour ensuite le supprimer et considérer que l'acte du praticien était finalement conforme aux règles de l'art. Il ne s'agissait certes que d'un pré-rapport, susceptible d'évoluer en fonction des remarques des parties et le terme était, il est vrai, mis entre guillemets, ce qui semblait indiquer l'hésitation de l'expert. Mais une telle indécision doit impérativement être évitée, celle-ci étant de nature à donner de faux espoirs à la victime et dès lors à l'encourager à se lancer dans de longues procédures.

Ces deux décisions d'avril 2013 soulevant de délicates problématiques que l'on aurait souhaité voir plus largement commentées, il eut été préférable que la Cour de cassation fasse le choix de les publier.

L. M.

46 - Pour une discussion sur la question : P. Pierre : « l'insaisissable critère de la faute technique médicale », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012, n° 168, p. 14.

47 - *Cass.*, civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-15404.

48 - *Cass.*, civ. 1^{ère}, 12 décembre 1995, n° 93-19437.

49 - « La loi belge sur les accidents médicaux », *Les Tribunes de la santé*, 2010/3 n° 28, p. 87. Consultable à cette adresse : <http://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2010-3-page-87.htm>.

50 - N° 7 de l'article 2 de la loi.

45 - *Cass.*, civ. 1^{ère}, 20 janvier 2011, n° 10-17357, réf. préc.

II- La responsabilité sans faute : les infections nosocomiales

Cass. 1^{ère} civ. 10 avril 2013, n° 12-14.219
 Cass. 1^{ère} civ. 19 juin 2013 n° 12-20.433

La jurisprudence puis la loi se sont fait l'écho de la volonté d'indemniser les préjudices découlant d'infections nosocomiales. Pour la juridiction administrative, l'évolution s'est faite de la faute lourde vers la présomption de faute (la faute « révélée »⁵¹) et pour la juridiction judiciaire, l'orientation s'est faite vers l'obligation de moyens renforcée (présomption de responsabilité sauf preuve de l'absence de faute)⁵² et enfin a été mise en place une obligation de sécurité résultat dont il n'est possible de se libérer qu'en rapportant la preuve de la cause étrangère⁵³. La loi du 4 mars 2002 entérinant les décisions de jurisprudence a consacré la responsabilité de plein droit des établissements de santé sauf preuve de la cause étrangère (Art. L. 1142-1, I alinéa 2 code de la santé publique), les médecins n'étant pas visés. Enfin, dans le souci de soulager les établissements de santé et leurs assureurs du poids de cette responsabilité sans faute, la loi du 31 décembre 2002 a créé, pour les infections nosocomiales les plus graves, un nouveau régime de prise en charge par la solidarité nationale⁵⁴.

A raison des règles d'application dans le temps des dispositions légales⁵⁵, trois régimes successifs subsistent aujourd'hui pour l'indemnisation des conséquences d'infections nosocomiales :

- Pour les infections contractées avant le 5 septembre 2001⁵⁶, c'est le régime jurisprudentiel qui repose sur la faute présumée ou l'obligation de sécurité-résultat, qu'il s'agisse des établissements de santé ou des médecins,
- Pour les faits intervenus entre le 5 septembre 2001 et le 31 décembre 2002, est prévue la responsabilité de l'établissement de santé sauf preuve de la cause étrangère et possiblement, à

51 - CE 9 décembre 1988 *Cohen* req n° 65087

52 - Cass.1^{ère} civ. 21 mai 1996, n° 94-16.586 B. I, n° 29.

53 - Cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1999 n° 97-14.254, n° 97-818, n° 97-21.903 B I, n° 220, 221 et 222.

54 - Article L. 1142-1-1 du code de la santé publique qui prévoit qu'ouvrent droit à une indemnisation par l'ONIAM « les dommages résultant d'infections nosocomiales, dans les établissements services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L.1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25% déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales ».

55 - Cass. 1^{ère} civ. 16 oct. 2008 n° 07-17.605 ; CE 13 juil. 2007, n° 299693.

56 - Date à partir de laquelle la loi du 4 mars 2002 s'applique (article 101 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002).

titre subsidiaire, une indemnisation au titre de la solidarité nationale par l'ONIAM si les conditions de l'article L. 1142-1, II du code de la santé publique sont réunies ; pour les médecins, il s'agit d'une responsabilité pour faute au sens de l'article L. 1142-1, I alinéa 1^{er} du même code,

- Pour les faits survenus après le 1^{er} janvier 2003, l'établissement de santé est responsable de plein droit pour les dommages inférieurs à une atteinte permanente physique ou psychique de 26% et l'ONIAM prend en charge l'indemnisation des dommages ayant entraîné une atteinte permanente physique ou psychique supérieure à 25% ou un décès et bénéficie d'un recours subrogatoire (art. L. 1142-17 du code de la santé publique) ou récursoire (art. L. 1142-21 du code de la santé publique) pour faute établie de l'établissement et « notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ».

Ce dispositif laisse encore subsister des difficultés qu'il appartient au juge de trancher, qu'il s'agisse de la contribution à la dette entre professionnels de santé ou de la répartition de la réparation entre les assureurs et l'ONIAM.

A- La contribution à la dette

Cass. 1^{ère} civ. 10 avril 2013 n° 12-14.219

Dans un contexte où les faits sont antérieurs au 5 septembre 2001, la Cour de cassation est venue préciser les règles de contribution à la dette du médecin et de l'établissement de santé dans un arrêt du 10 avril 2013⁵⁷. Dans cette configuration, sont applicables les principes et textes antérieurs à la loi du 4 mars 2002, à savoir l'obligation de résultat de l'établissement de santé et du médecin engageant leur responsabilité sauf preuve de la cause étrangère.

Dans le cas d'espèce à l'origine de l'arrêt du 10 avril 2013, la victime a développé une infection nosocomiale à la suite d'une intervention chirurgicale de l'œil en 1997 pratiquée par un chirurgien dans les locaux exploités par une clinique. Les premiers juges, puis le juge d'appel ont considéré que la clinique et le médecin étaient responsables *in solidum* du préjudice résultant de l'infection nosocomiale qui avait finalement conduit à l'énucléation de l'œil et ont condamné la clinique à garantir le chirurgien en retenant une faute de la clinique. Celle-ci s'est pourvue en cassation en faisant grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à garantir le chirurgien.

La question portait ainsi sur la seule question de la répartition de la dette de réparation entre les deux responsables condamnés *in solidum*.

D'après les règles classiques de contribution à la dette, il est d'usage de distinguer trois situations : lorsque les coauteurs n'ont pas commis de faute et

57 - n° 12-14.219 ; P.Véron, Dalloz 2013 p.395 ; N. Guerrero, « cliniques, médecins : les contours du régime de responsabilité précisés » GP, 30 mai 2011, n° 150, p.15.

qu'ils sont tenus de plein droit à réparer le dommage causé, la répartition se fait à parts égales⁵⁸ ; lorsqu'une faute a été commise par l'un des coauteurs, le coauteur fautif n'a pas de recours contre le coauteur non fautif, il assume l'intégralité du dommage et seul le coauteur non fautif dispose d'un recours contre celui qui est fautif : enfin, lorsque les deux coauteurs ont commis une faute, la répartition a lieu en proportion de la gravité des fautes respectives.

Dans cet arrêt de cassation du 10 avril 2013, au visa de l'article 1147 du code civil, c'est sans surprise que la Cour de cassation, et alors qu'aucune faute n'a été relevée ni de la part de la clinique, ni de la part du chirurgien, tous deux tenus d'une obligation de sécurité-résultat, a censuré l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait mis le poids définitif de l'indemnisation à la charge de la seule clinique. L'indemnisation doit être en ce cas partagée par moitié.

L'apport de cet arrêt réside aussi sur le motif d'exclusion de la commission d'une faute puisque la Cour de cassation précise que la présence, dans l'organisme d'un patient d'un germe habituellement retrouvé dans les infections nosocomiales, si elle est de nature à faire retenir la responsabilité de la clinique tenue à son égard d'une obligation de résultat dont elle ne peut s'exonérer que par une cause étrangère, ne constitue pas à elle seule la preuve que la clinique n'a pas pris les mesures d'asepsie qui lui incombaient. Il n'y a ainsi pas de faute révélée ou induite y compris dans le cadre des rapports entre les deux protagonistes et la faute doit être caractérisée par des éléments suffisants qui ne se déduisent pas simplement de l'existence d'une infection nosocomiale.

On ne peut s'empêcher de rapprocher cette décision des décisions prises dans le cadre de la répartition de la dette en matière de contamination post-transfusionnelle à la suite d'un accident de la route. Tandis que la première chambre civile de la Cour de cassation avait retenu qu'« en cas de concours de responsabilité entre celui qui par sa faute a rendu nécessaire une transfusion sanguine à l'origine d'une contamination et le CRTS qui a fourni les produits sanguins défectueux, ce dernier est, comme dans l'hypothèse d'une pluralité de coauteurs, tenus de contribuer pour moitié à la réparation du dommage »⁵⁹, la deuxième chambre civile décidait, de son côté, que la contribution à la dette devait avoir lieu en proportion de la gravité des fautes respectives⁶⁰. La position des deux chambres s'est ensuite rapprochée⁶¹ pour

58 - Cass. civ. 1^{ère} 21 juin 2005, n° 04-12.066, bull. civ. I, n° 276.

59 - Cass. 1^{ère} civ. 5 juill. 2006 n° 05-15.235 (Golfier), RCA 2006, étude 13, H. Groutel.

60 - Cass. 2^{ème} Civ. 6 mars 2003, n° 01-12.652 ; 25 janv. 2007 (2 arrêts), B II, n° 20.

61 - Cass. 1^{ère} civ. 14 février 2008 n° 07-11.710, RCA 2008, étude 137, H. Groutel ; Cass. 2^{ème} civ., 8 janv. 2009, n° 08-13.371, RCA 2009, comm.73 ; 28 mai 2009 n° 08-15.852: Viole les articles 1382 et 1251 du Code civil la cour d'appel qui retient que la charge définitive des condamnations sera supportée à concurrence de 70 % par l'EFS et de 30 % par le conducteur et son assureur, « sans caractériser la faute du

conducteur en définitive que le fournisseur de produits sanguins étant nécessairement fautif, tout dépend finalement du point de savoir si le conducteur du véhicule a lui-même commis une faute. Dans la négative, l'Établissement français du sang substitué supportera totalement la charge finale de l'indemnisation et dans le cas contraire, la contribution à la dette aura lieu en proportion des fautes respectives. Il reste en l'occurrence que contrairement à ce qui a pu être dégagé dans le cadre de l'obligation de sécurité-résultat en matière d'infection nosocomiale où la faute ne saurait se déduire directement de cette obligation sans être caractérisée, la faute se déduit du manquement à l'obligation de sécurité-résultat à la charge de l'EFS, la répartition se faisant ensuite en fonction des fautes respectivement commises par l'auteur de l'accident et par l'EFS, y compris lorsque l'ONIAM est venu s'y substituer par l'effet de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008⁶².

B- L'articulation des articles L. 1142-1 et L. 1142-1-1 code de la santé publique

Cass. 1^{ère} civ. 19 juin 2013 n° 12-20.433

Il résulte de l'article L. 1142-1, I al. 2 du code de la santé publique que les établissements services et organismes de santé encourent une responsabilité de plein droit dont ils ne peuvent s'exonérer que par la preuve de la cause étrangère lorsque les dommages résultent d'infections nosocomiales; à titre subsidiaire, lorsque la responsabilité d'un médecin ou d'un établissement de santé n'est pas engagée, la réparation du dommage qui résulterait, notamment, d'une infection nosocomiale peut-être prise en charge par la solidarité nationale si les conditions de l'article L. 1142-1, II (et D. 1142-1) sont réunies.

A ces deux cas, le législateur s'est borné à ajouter (L. 1142-1-1) un mécanisme d'indemnisation destiné à alléger le sort des victimes en leur permettant de s'adresser directement à l'ONIAM, sans cependant remettre en cause le principe de la responsabilité de plein droit se l'établissement de santé pour les dommages résultant d'une infection nosocomiale. Or dans le cas d'une infection atteignant les seuils de gravité précisés à l'article L. 1142-1-1, le mécanisme a légitimement fait s'interroger sur le maintien ou l'exclusion de la responsabilité des établissements de santé au titre de l'article L. 1142-1, I alinéa 2⁶³.

Dans le cas d'espèce à l'origine de l'arrêt du 19 juin 2013 (n° 12-20.433), la victime a, suite à des problèmes de cicatrisation d'une ostéotomie tibiale réalisée par Monsieur S. en clinique privée, subi à la clinique, puis dans un centre hospitalier des inter-

conducteur responsable de l'accident pour en comparer la gravité à celle de la faute retenue contre l'EFS » ; 10 nov. 2009, n° 08-19.607 ; 3 juin 2010 n° 09-67.467.

62 - Cass. civ. 1^{ère} 16 mai 2013 n° 12-17.978 et cass. civ. 1^{ère} 16 mai 2013 n° 12-11.768 et n° 12-16.556.

63 - C. Radé, « la solidarité au secours de la responsabilité » RCA 2003, chronique 5 ; M.Bacache « la responsabilité civile extracontractuelle », Economica, 2^{ème} éd. N°836.

ventions mettant en évidence une infection à staphylocoque doré qui entraînera une amputation de la jambe aboutissant à un déficit fonctionnel permanent de 45%. Après plusieurs mesures d'expertise, la victime a recherché la responsabilité du médecin, Monsieur S., procédure jointe à celle précédemment engagée à l'encontre de l'ONIAM et de la clinique. Par jugement du 6 octobre 2010, le premier juge a mis hors de cause l'ONIAM et déclaré Monsieur S. responsable à hauteur de 70% du dommage subi par la victime. Sur appel de la victime et de Monsieur S., la Cour d'appel de Douai, par arrêt du 12 avril 2012, a infirmé le jugement sauf en ce qu'il avait mis l'ONIAM hors de cause et, statuant à nouveau, a déclaré la clinique responsable de l'infection nosocomiale contractée par la victime dont les demandes à l'encontre de Monsieur S. ont été rejetées.

La clinique s'est pourvue en cassation en faisant grief à l'arrêt de l'avoir déclarée responsable de l'infection nosocomiale contractée, de l'avoir condamnée à indemniser le préjudice de la victime et celui de la CPAM et d'avoir mis l'ONIAM hors de cause alors qu'au vu des dispositions des articles L. 1142-1-1 et L. 1142-21, l'ONIAM est seul tenu d'assurer au titre de la solidarité nationale, la réparation des dommages résultant des infections nosocomiales contractées postérieurement au 1^{er} janvier 2003 et ayant entraîné un taux d'incapacité permanente supérieur à 25%, l'établissement de santé pouvant être appelé à indemniser l'ONIAM de tout ou partie des sommes mises à sa charge, uniquement en cas de faute et ce dans le cadre d'une action récursoire ou subrogatoire.

La question se posait ici de savoir si, alors que la loi du 31 décembre 2002 instituant l'article L. 1142-1-1 n'a pas modifié pour autant les dispositions de l'article L. 1142-1, I alinéa 2, la victime pouvait choisir, après l'entrée en vigueur de cette loi, d'engager la responsabilité de l'établissement ou si seul l'ONIAM est désormais chargé de l'indemnisation avec la possibilité d'exercer une action récursoire (article L. 1142-21).

Les travaux parlementaires de la loi du 30 décembre 2002 qui révèlent le souci de transférer l'indemnisation des infections nosocomiales les plus graves à la solidarité nationale, ne mettent cependant pas en évidence la volonté d'exclure l'action en responsabilité de la victime à l'encontre de l'établissement de santé : l'article L. 1142-1 n'a pas été modifié et avec lui demeure le fait que la solidarité nationale n'intervient qu'à titre subsidiaire dans le cas où la responsabilité des établissements de santé (qu'elle soit pour faute ou de plein droit), ne peut être engagée, comme demeure le principe de la responsabilité de plein droit des établissements de santé pour les dommages résultant d'infections nosocomiales (L. 1142-1, I alinéa 2) qui n'a pas été limitée aux dommages de faible gravité.

Est également reprise dans les débats parlementaires, l'idée de ne pas déresponsabiliser les établissements de santé dans leurs obligations de lutte contre les infections nosocomiales. Certes, les articles L. 1142-17 et L. 1142-21 prévoient que l'action subrogatoire ou récursoire de l'ONIAM peut être

engagée pour faute établie à l'origine du dommage, mais cette limitation de la responsabilité ne joue que dans les rapports entre l'ONIAM et les établissements de santé à partir du moment où la victime a fait le choix de faire appel à la solidarité nationale, elle n'a pas *a priori* vocation à exclure l'action de la victime contre l'établissement de santé dans le cadre de la responsabilité de plein droit prévue par les textes, ni à faire bénéficier l'établissement de santé d'une « immunité » excluant -sauf dans le cadre de l'action récursoire ou subrogatoire de l'ONIAM pour faute- tout recours des organismes sociaux et parallèlement toute étude de l'existence ou non d'une cause étrangère.

Le conseil d'État s'était prononcé sur la question dans un arrêt du 21 mars 2011⁶⁴ qui a annulé une ordonnance du juge des référés de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, en rappelant « *qu'il est constant que l'infection nosocomiale contractée par... (Monsieur V.) lors de son séjour au centre, postérieur à la date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002, a été à l'origine de séquelles causant une incapacité permanente partielle de 40%, de sorte que l'indemnisation de l'intéressé était régie par les dispositions de l'article L. 1142-1-1... et qu'« il résulte des dispositions des articles L. 1142-1-1, L. 1142-17 et L. 1142-22 du code de la santé publique que l'ONIAM est tenu d'assurer la réparation au titre de la solidarité nationale des dommages résultant des infections nosocomiales, à la seule condition qu'elles aient entraîné un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% ou le décès du patient ; qu'il ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant, sur le fondement du I de l'article L. 1142-1 du même code, la responsabilité de l'établissement de santé dans lequel l'infection a été contractée ; que l'office peut uniquement demander à cet établissement de l'indemniser de tout ou partie des sommes ainsi à sa charge en exerçant à l'encontre de ce dernier l'action subrogatoire prévue au septième alinéa de l'article L. 1142-17 du même code, s'il a versé une indemnité à titre transactionnel, ou l'action récursoire prévue au deuxième alinéa de l'article L. 1142-21 du même code, si une indemnité a été mise à sa charge par une décision juridictionnelle ou, dans le cadre d'une instance dirigée contre lui, pour le cas où serait prononcée une telle décision ; que la responsabilité de l'établissement n'est engagée, au titre de l'une comme de l'autre de ces actions, qu'« en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ».*

Nonobstant, dans le cadre de l'espèce ayant donné lieu à cette décision, la victime avait dirigé ses conclusions à la fois contre l'établissement de santé et contre l'ONIAM. La solution retenue par le Conseil d'État n'impliquait pas automatiquement son application lorsque la demande principale est dirigée contre l'établissement et que ce n'est qu'à titre subsidiaire que des demandes sont présentées contre l'ONIAM.



64 - CE, 4^{ème} et 5^{ème} section réunies, 21 mars 2011 (Centre hospitalier de Saintes n° 334501) RTDCiv. 2011 p.555 P. Jourdain.

Dans l'arrêt de cassation du 19 juin 2013, au visa des articles L. 1142-1, I alinéa 2 et L. 1142-1-1 code de la santé publique, la Cour de cassation considère que la cour d'appel en a violé les dispositions par fausse application pour le premier texte et refus d'application pour le second, en ayant mis hors de cause l'ONIAM et condamné la clinique à indemniser le préjudice de la victime atteinte d'une incapacité permanente partielle de 45 % en retenant que le seul fait qu'il y ait eu contamination au sein de la clinique suffit à engager la responsabilité de cette dernière de plein droit dès lors qu'elle ne rapporte pas la preuve d'une cause étrangère et que l'obligation légale de l'ONIAM, qui est subsidiaire, ne saurait être mise en œuvre, le seuil de 25% n'étant applicable que dans le cas où la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé n'est pas engagée.

Ainsi, lorsque les seuils de gravité de l'article L. 1142-1-1 sont atteints, les dommages ouvrent droit à une indemnisation au titre de la solidarité nationale et les dispositions de l'article L. 1142-1, I alinéa 2 ne trouvent pas à s'appliquer. L'une des conséquences en est l'irrecouvrabilité par les organismes sociaux de leur créance. Dans ce cas, lorsque les demandes ne sont dirigées que contre l'établissement de santé, il appartiendra alors à la juridiction de faire application de l'article L. 1142-21 alinéa 1^{er} du code de la santé publique⁶⁵ et au demandeur de diriger ses demandes à bon escient.

S. W.

.....

65 - L. 1142-21 alinéa 1^{er} « lorsque la juridiction compétente, saisie d'une demande d'indemnisation des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins dans un établissement de santé, estime que les dommages sont indemnisables au titre du II de l'article L. 1142-1 ou au titre de l'article L. 1142-1-1, l'office est appelé en la cause s'il ne l'avait pas été initialement. Il devient défendeur en la procédure. »

Caroline Carreau

Maitre de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Olswang France LLP

Caroline Le Goffic

Maitre de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé

I. Droit des brevets

1. Validité

a. Nouveauté

« Pour qu'il y ait une antériorité de toutes pièces, il faut que l'invention se trouve toute entière dans une seule antériorité au caractère certain avec les éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement, le même fonctionnement en vue du même résultat technique. » Les éléments de l'invention se retrouvent dans un document de l'art antérieur, mais l'un d'entre eux n'est pas utilisé de la même manière ni pour la même finalité, de sorte que ledit document ne peut être destructeur de nouveauté ni d'ailleurs d'activité inventive.¹

b. Activité inventive

Suite des contentieux sur l'irbésartan. Le titulaire du brevet a déjà obtenu des interdictions provisoires dans plusieurs pays européens, dont la France². Une question préjudicielle est par ailleurs pendante devant le CJUE³. En France, c'est la première fois que le tribunal examine l'affaire au fond. Le brevet invoqué vise une combinaison d'irbésartan avec un diurétique. Le tribunal indique qu'il est connu d'associer un produit luttant contre l'hypertension à un diurétique et qu'il existe de nombreux diurétiques ayant des modes d'action très différents. Cependant, le brevet n'indique ni le problème spécifique que cette combinaison est supposée résoudre ni quel diurétique utiliser. Or, « il faut au contraire, dans le cas d'une association générale déjà connue entre un principe actif agissant contre l'hypertension et un diurétique, pour voir reconnaître une activité inventive à son invention, établir qu'une association spécifique

1 - TGI Paris, 23 mai 2013, RG n° 11/18480, General Hospital Corp. c. Clinipro.

2 - Cf. cette chronique dans *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie* (JDSAM) n° 1, p. 76-77, notes de bas de page 19 et 20.

3 - C-443/12, Actavis c. Sanofi.

entre deux principes déjà connus donne un avantage inconnu ou particulier et étayer cette affirmation par des exemples et des premiers tests ». Dans la mesure où seule une association générale de l'irbésartan avec un diurétique est revendiquée et que, par ailleurs, aucun exemple ou essai n'est mentionné dans le brevet, la revendication est jugée nulle pour défaut d'activité inventive.⁴

Dans une autre affaire, le tribunal estime que le fait que deux sociétés déposent en même temps des brevets ayant des objets similaires est l'indice d'une absence d'activité inventive car « c'est la démonstration même que rien ne dissuadait l'homme du métier dans l'utilisation de ce micro-organisme »⁵. Ce n'est pourtant pas la première fois que des inventeur font une découverte similaire de manière concomitante.

c. Insuffisance de description

La revendication précitée du brevet relatif à l'irbésartan est également jugée purement spéculative et donc insuffisamment décrite. Le tribunal indique en effet que le brevet ne contient aucune donnée expérimentale, aucune description d'essais, aucun exemple sur une telle combinaison, ni aucune indication quant à son effet technique attendu.⁶

d. Limitation

La cour d'appel avait confirmé le refus de faire droit à une requête en limitation d'une revendication au motif que ladite limitation ne trouvait sa source dans aucune des revendications du brevet. La cour de cassation sanctionne le juge du fond pour n'avoir pas recherché si « l'objet de la revendication modifiée n'était pas divulgué directement et sans ambiguïté dans la description du brevet tel que délivré ».⁷

e. Conséquences de l'annulation du brevet sur les licences

Solution désormais classique, l'annulation d'un brevet donné en licence, si elle est susceptible de priver d'objet le contrat de licence, ne remet pas en cause le paiement des redevances pour le passé. En effet, jusqu'à l'annulation du brevet, le licencié a bénéficié d'une jouissance exclusive paisible lui conférant un avantage sur ses concurrents. Au surplus, lorsque c'est l'ancien licencié qui a demandé et obtenu l'annulation du brevet, il ne peut se prévaloir

4 - TGI Paris, 28 février 2013, RG n° 12/16120, Sanofi c. Mylan.

5 - TGI Paris, 14 mars 2013, RG n° 08/17176, Rhodia c. Saf-Isis.

6 - TGI Paris, 28 février 2013, RG n° 12/16120, précité.

7 - Com. 19 mars 2013, P. n° 11/27725, PIBD n° 983, III, 1149.

de son propre fait pour caractériser une atteinte à son droit de jouissance paisible.⁸

2. Contrefaçon

a. Copropriété

Le copropriétaire d'un brevet ne peut en être contrefacteur puisqu'il est co-titulaire de droits de propriété. En revanche, est contrefacteur la société qu'il a constituée pour exploiter l'invention en dépit du désaccord de l'autre copropriétaire. Le préjudice subi par ce dernier ne correspond pas à la moitié des bénéfices de la société, mais à une redevance sur l'exploitation litigieuse.⁹

b. Fait distinct constitutif de concurrence déloyale

Des produits jugés contrefaisants avaient été classés par le contrefacteur comme dispositifs médicaux de classe I, alors que, selon la cour, ils auraient dû relever de la classe III qui requiert une procédure d'évaluation de conformité plus complexe. En se dérochant à cette obligation, le contrefacteur a profité d'un avantage concurrentiel illicite.¹⁰

3. CCP

La décision irbésartan précitée donne également une interprétation restrictive de l'arrêt Medeva dont il avait été question dans la précédente chronique¹¹. Selon le tribunal, « le certificat complémentaire de protection ne peut valablement revendiquer une combinaison de principes actifs que si ceux-ci sont mentionnés en tant que tels dans le libellés des revendications du brevet de base ».¹²

4. Procédure

a. Saisie-contrefaçon

La jurisprudence fluctue sur le point de savoir qui du juge qui a ordonné la saisie-contrefaçon ou du juge du fond est compétent pour apprécier d'éventuelles irrégularités grevant la requête et l'ordonnance¹³. Dans cette espèce, le juge du fond retient sa compétence pour juger d'une question relative à la validité de la requête aux fins de saisie-

contrefaçon « car il s'agit d'un moyen de défense au fond relevant sans conteste de sa compétence ».¹⁴

L'article 58 du Code de procédure civile dispose qu'une requête, lorsqu'elle émane d'une personne morale, doit mentionner l'organe représentant ladite personne morale. La sanction du non-respect de cette disposition est une nullité de forme, qui nécessite la preuve d'un grief conformément à l'article 114 du Code de procédure civile. Le tribunal juge que l'indication selon laquelle la requérante agit « poursuites et diligences de ses représentants légaux » suffit à identifier les organes qui la représente¹⁵. De plus, le tribunal relève qu'aucun grief n'était invoqué.

b. Pouvoirs du JME

Une demande en nullité de l'assignation formée devant le juge du fond est irrecevable. Elle relève de la compétence exclusive du juge de la mise en état, seul compétent, après sa désignation, pour statuer sur les exceptions de procédure, conformément à l'article 771 du Code de procédure civile.¹⁶

c. Expertise de tri

Dans la mesure où la validité de la saisie-contrefaçon, la validité du brevet et la contrefaçon sont contestées, l'expertise de tri doit être limitée à identifier, parmi les pièces saisies, celles qui peuvent être utiles à la preuve de la matérialité de la contrefaçon alléguée. Il est en revanche prématuré d'examiner les pièces relatives à l'étendue de la contrefaçon. Par ailleurs, pour préserver la confidentialité des pièces saisies, seuls les avocats et conseils en propriété industrielle peuvent assister à l'expertise.¹⁷

d. Possibilité d'utiliser les pièces saisies dans d'autres procédures ?

Différentes sections de la 3^e chambre du tribunal de grande instance de Paris ont des interprétations divergentes sur ce point. Alors que dans une instance opposant les mêmes parties, pendante devant la 3^e section, il avait été fait interdiction au saisissant de divulguer les pièces saisies à des tiers et de les utiliser dans des procédures autres que celle initiée pour valider la saisie-contrefaçon¹⁸, le juge de la mise en état de la 2^e section estime que « la saisie-contrefaçon est un mode de preuve qui peut être utilisé librement, y compris dans d'autres procédures que celle qu'elle concernait initialement »¹⁹. Une harmonisation sur cette question importante serait la bienvenue.

8 - TGI Paris, 14 décembre 2012, RG n° 11/08224, C2C c. Integral Process, PIBD n° 980, III, 1052.

9 - TGI Paris, 23 mai 2013, RG n° 09/07455, Chokron c. Hexa-Diffusion.

10 - Paris, 18 janvier 2013, précité.

11 - Cf. cette chronique dans *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie* (JDSAM) n° 1, p. 76-77, notes de bas de page 17 à 20 : C322-10, 24 novembre 2011, Medeva/Comptroller General of Patents.

12 - TGI Paris, 28 février 2013, précité.

13 - Saisie-Contrefaçon, Dalloz Référence, 3^e édition, Pierre Véron, n° 121-36 – JurisClasseur Brevet, fasc. 4634, Saisie-Contrefaçon, Jean-Pierre Stenger, n° 21.

14 - TGI Paris, 14 mars 2013, précité.

15 - TGI Paris, 14 mars 2013, précité.

16 - TGI Paris, 14 mars 2013, précité.

17 - JME Paris, 19 avril 2013, RG n° 10/14073, Ethypharm c. Astra Zeneca.

18 - JME, 2 mars 2012, n° 11/11899, Astra Zeneca / Ethypharm, cf. cette chronique dans *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie* (JDSAM) n° 1, p. 78.

19 - JME Paris, 19 avril 2013, précité.

5. Remèdes

a. Suspension de l'exécution provisoire

La cour d'appel suspend l'exécution provisoire attachée à une mesure d'interdiction prononcée en référé au motif, surprenant, que le brevet expire prochainement et que « au regard de la durée restant à courir jusqu'à cette date, les conséquences économiques et sociales de l'interruption de la chaîne de production, ainsi que les coûts et délais de sa remise en fonctionnement risquent d'entraîner pour Ethypharm des conséquences manifestement excessives »²⁰. Le laboratoire qui a délibérément pris le risque de lancer un produit générique avant l'expiration d'un brevet se voit ainsi donner un blanc-seing, sous réserve que ce lancement ait lieu « peu de temps » avant l'expiration du brevet. Les titulaires apprécieront d'être ainsi dépossédés de leurs droits.

b. Préjudice

La défenderesse ayant renoncé à contester la validité du brevet et la contrefaçon, la cour d'appel ne s'est prononcée que sur la détermination du préjudice. Sur le fondement de l'article L. 615-7 du Code de la propriété intellectuelle, la cour recherche dans un premier temps le manque à gagner du breveté, à savoir ce qu'il « aurait été capable de fabriquer, de commercialiser et de vendre » si les produits contrefaisants n'avaient pas été vendus. Selon la cour, le breveté rapporte la preuve qu'il aurait été en mesure de vendre les mêmes quantités, mais n'apporte aucun élément probant de son manque à gagner car les données fournies ne sont pas certifiées. Dans un second temps, la cour recherche les bénéfices réalisés par le contrefacteur à l'occasion de la vente des produits contrefaisants, évalués en retranchant du chiffre d'affaires « notamment les coûts de fabrication et de distribution ». Enfin, la cour écarte la demande du contrefacteur de payer une redevance sur son chiffre d'affaires, car le « taux consenti par le titulaire d'un brevet à son licencié ne saurait servir de base de calcul pour indemniser la victime d'actes de contrefaçon, le contrefacteur qui a agi au mépris de droits également protégés ne pouvant bénéficier des mêmes avantages, le contraire reviendrait à favoriser la contrefaçon et à désavantager les honnêtes licenciés ». Après avoir rappelé ces principes, sans doute faute d'informations suffisantes, la cour alloue au breveté une somme forfaitaire qui semble correspondre à près de 70% du chiffre d'affaires réalisé par le contrefacteur avec les produits incriminés.²¹

Dans une autre instance, le préjudice est évalué forfaitairement à 55% du chiffre d'affaires réalisé par le contrefacteur.²²



20 - Paris, 9 avril 2013, RG n° 13/00151, Ethypharm c. Alkermes, PIBD n° 985, III, 1207.

21 - Paris, 18 janvier 2013, RG n° 10/21703, Aseptia c. Millet

22 - TGI Paris, 23 mai 2013, RG n° 11/18480, General Hospital Corp. c. Clinipro

6. Inventions de salariés

a. Mission/hors mission

L'ancien vice-président recherche et développement d'un laboratoire pharmaceutique assigne son ancien employeur aux fins d'obtenir le juste prix pour des inventions qu'il dit avoir réalisées hors mission au sens de l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle. Son contrat de travail ne lui confiait pas expressément de mission inventive et aucun descriptif de son poste n'était fourni. Les pièces versées aux débats établissent cependant que son employeur lui avait explicitement confié une mission d'étude et de recherche, impliquant une mission inventive, dans le domaine des brevets en cause et que ceux-ci avaient été réalisés avec une équipe constituée à l'initiative et sous la direction de l'employeur. La cour en déduit qu'il s'agit dans ces conditions d'inventions de mission.²³

b. Convention collective de la pharmacie et caractère impératif de la rémunération supplémentaire

La cour de cassation confirme l'arrêt d'appel ayant jugé que l'article 29 de la Convention collective de l'industrie pharmaceutique est nul car il subordonne le droit à rémunération à la double condition de la délivrance d'un brevet et de l'intérêt exceptionnel de l'invention, alors que, selon l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle, cette rémunération supplémentaire est due peu important qu'aucun brevet n'ait été déposé ou délivré. La cour affirme ainsi que la rémunération supplémentaire est impérative : « Mais attendu, en premier lieu, que l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi du 26 novembre 1990, modifiant l'article 1^{er} ter de la loi du 13 juillet 1978 qui disposait que le salarié, auteur d'une invention de mission, pouvait bénéficier d'une rémunération supplémentaire, dispose dorénavant que ce salarié doit bénéficier d'une telle rémunération ».²⁴

c. Allocation d'une provision

Un ancien responsable d'un laboratoire pharmaceutique monégasque assigne son ex-employeur pour obtenir une rémunération supplémentaire de 75 millions d'euros au titre d'une invention qu'il dit avoir réalisée. La compétence est contestée, un appel est en cours sur ce point et une décision est attendue sous peu, de sorte que le JME ordonne un sursis à statuer en cette attente. Non sans une certaine contradiction, tout en relevant que la compétence, la loi applicable, le rôle du demandeur et la valeur de l'invention sont contestées, une provision est allouée au demandeur au regard de la durée excessive de la procédure et dans la mesure où « le principe même de l'implication de Monsieur P., en particulier au regard



23 - Paris, 30 janvier 2013, RG n° 11/10036, Melin c. Baxter

24 - Com., 12 février 2013, P. n° 12/12898, Produits Dentaires Rolland c. Zimny, PIBD n° 982, III, 1129.

des fonctions qui ont été les siennes, n'est pas sérieusement remis en question ».²⁵

7. Responsabilité du mandataire

Ayant retenu la responsabilité du mandataire pour n'avoir pas effectué un dépôt au Japon, le tribunal examine la perte de chance qui a pu en résulter, à savoir « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ». Le Tribunal rappelle que toute procédure de dépôt d'un brevet est soumise à un aléa, de sorte que le préjudice allégué ne peut se mesurer à la perte de l'avantage qu'aurait procuré le brevet s'il avait été délivré. La chance perdue est celle « de pouvoir prétendre à un brevet » et de concéder des licences. Mais le préjudice ne peut correspondre à la perte totale des retombées financières espérées.²⁶

J.-F. G.

II. Droit des marques

1. Validité

1. Distinctivité

On sait que, pour pouvoir constituer une marque valable, le signe choisi à cet effet doit être distinctif par rapport aux produits ou services qu'il désigne. Les articles L. 711-1 et 2 du Code de la propriété intellectuelle posent clairement cette exigence, tout comme l'article 7, paragraphe 1, b), du règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire.

Une décision du Tribunal de l'Union européenne en date du 30 avril 2013²⁷ apporte d'utiles précisions quant à la définition et à l'appréciation du caractère distinctif d'une marque. En l'espèce, il s'agissait du signe verbal *RELY-ABLE* qui avait été déposé pour désigner des services de « fourniture d'accès par le biais d'Internet à des informations médicales et pharmaceutiques concernant des préparations pharmaceutiques », de « publication de produits imprimés (à des fins non promotionnelles) comprenant les résultats d'essais cliniques de préparations pharmaceutiques (également sous forme électronique) », ainsi que de « réalisation d'essais cliniques de produits pharmaceutiques ». L'examineur de l'Office d'harmonisation du marché intérieur (OHMI) et la chambre de recours de l'Office ayant estimé que le signe était dépourvu de caractère distinctif, le requérant demandait au Tribunal d'annuler cette décision. Le Tribunal rappelle d'abord qu'en vertu d'une jurisprudence constante, le caractère distinctif d'une marque signifie que cette marque permet d'identifier le produit pour lequel l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée, et donc de distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises. En d'autres termes, la marque doit remplir une fonction de garantie de l'origine commerciale des produits ou services qu'elle désigne. Il en découle que lorsque le signe est perçu par les consommateurs comme indiquant « une caractéristique du produit ou du service qui, sans être précise, procède d'une information à caractère promotionnel ou publicitaire que le public pertinent percevra en premier lieu en tant que telle, plutôt que comme une indication de l'origine commerciale des services », la marque est dépourvue de caractère distinctif. Toute la question est donc de déterminer si le signe est perçu comme un slogan publicitaire ou comme une véritable marque. En l'espèce, le Tribunal, après avoir relevé que le public pertinent est le consommateur professionnel anglophone de l'Union européenne, spécialisé dans le domaine pharmaceutique, estime que le signe *RELY-ABLE* ne peut être perçu et mémorisé par ce public comme une marque, mais est perçu « comme n'étant rien de plus qu'un message promotionnel visant à mettre en évidence un aspect positif majeur des services, à savoir qu'ils sont fiables ». En effet, le signe renvoie

25 - JME Paris, 24 mai 2013, RG n° 11/00283, Paris c. Theramex.

26 - TGI Paris, 29 mars 2013, RG n° 11/05172.

27 - TUE, 30 avril 2013, affaire T-640/11, Boehringer c./ OHMI.

à l'adjectif « fiable », qui signifie « fiable ». Or, selon les juges, le sens de ce terme est manifestement promotionnel pour les services concernés, notamment les essais cliniques, dont la fiabilité constitue « une des caractéristiques principales ». Le requérant arguait que la graphie volontairement déformée du mot conférerait à la marque un caractère distinctif. Mais le Tribunal rappelle que « les graphies déformées ne contribuent généralement pas à surmonter le refus d'enregistrement résultant du fait que le contenu du signe est immédiatement compréhensible comme étant élogieux ». En l'espèce, la variation orthographique ne suffit pas à conférer au signe un caractère distinctif, d'autant plus que phonétiquement et conceptuellement, il n'existe aucune ambiguïté pour le public pertinent. De cette décision, on retiendra la circonspection qui doit s'imposer aux déposants désireux de voir enregistrer comme marque un signe à connotation promotionnelle ou publicitaire.

Le caractère distinctif d'une marque implique également que celle-ci ne soit pas descriptive. Aux termes de l'article L. 711-2, alinéa 2, b), du Code de la propriété intellectuelle, sont dépourvus de caractère distinctif « 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 ». On trouve la même règle, s'agissant de la marque communautaire, à l'article 7, paragraphe 1, b), du règlement n° 207/2009.

Toute la difficulté est de déterminer si un signe est descriptif, ou bien simplement évocateur des produits ou services en cause – ce qui ne constitue pas une cause de nullité. Comme pour l'essentiel du contentieux en droit des marques, il s'agit d'une question de fait qui relève d'une appréciation au cas par cas.

Deux décisions illustreront ici la manière dont la descriptivité est appréciée par les juges.

Dans un arrêt du 5 avril 2013²⁸, la Cour d'appel de Paris a jugé que la marque verbale *Pierre d'argile*, déposée pour désigner des « préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver » ainsi que des « préparations pour nettoyer, polir, dégraisser et abraser », succombait au vice de descriptivité, dans la mesure où les produits en cause contenaient plus de 50% d'argile, et que cette substance constituait « la caractéristique essentielle » des produits en cause. En effet, la dénomination décrivait exclusivement la pierre d'argile commercialisée sous la forme d'une pâte blanche, et revêtait donc « un caractère descriptif insusceptible de protection ». À nouveau, cette décision invite les déposants à la prudence lorsqu'il s'agit d'enregistrer comme marque un terme faisant référence à la composition de leurs produits (voir déjà, en ce sens, l'annulation

de la marque *Argane*, évoquée dans la précédente édition de cette chronique²⁹).

En matière de marque communautaire, le Tribunal de l'Union européenne a rendu un autre arrêt le 30 avril 2013³⁰, relatif à la marque *Slim Belly*, dont l'enregistrement avait été demandé pour désigner des « exercices, appareils de fitness sous forme de ceintures et de manchettes, dispositifs pour tests de résistance à l'effort, tapis roulants pour la marche, tapis roulants pour la course, appareils pour le culturisme », ainsi que des services de « formation et formation continue ; activités sportives ; services des salles de remise en forme ; services médicaux ; services de massage ; services de salons de beauté ; services de sanatoriums ». Comme dans la décision *RELY-ABLE*, l'OHMI avait estimé que le signe était dépourvu de caractère distinctif. Il avait de surcroît considéré que l'expression *Slim Belly* décrivait les « fonctions des produits ou l'objet des services, à savoir la réduction du poids corporel ». Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal rappelle d'abord que pour qu'un signe succombe au vice de descriptivité, « il faut qu'il présente avec les produits ou services en cause un rapport suffisamment direct et concret de nature à permettre au public concerné de percevoir immédiatement, et sans autre réflexion, une description des produits ou des services en cause, ou d'une de leurs caractéristiques ». Deux points sont ensuite notables dans l'arrêt.

D'une part, les juges s'intéressent à la distinctivité des marques composées de plusieurs termes. Il est constant qu'« en règle générale, la simple combinaison d'éléments dont chacun est descriptif de caractéristiques des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement est demandé demeure elle-même descriptive desdites caractéristiques, quand bien même cette combinaison formerait un néologisme ». Par exception, « une telle combinaison peut ne pas être descriptive, à condition qu'elle crée une impression suffisamment éloignée de celle produite par la simple réunion desdits éléments ». Tel est le cas « s'il existe un écart perceptible entre le néologisme et la simple somme des éléments qui le composent, ce qui suppose que, en raison du caractère inhabituel de la combinaison par rapport auxdits produits ou services, le néologisme crée une impression suffisamment éloignée de celle produite par la simple réunion des indications apportées par les éléments qui le composent, en sorte qu'il prime la somme desdits éléments ». En l'espèce, selon le Tribunal, « même à supposer que la combinaison « slim belly », dans son ensemble, soit un néologisme, force est de constater qu'il n'existe pas d'écart perceptible entre un tel néologisme et la simple somme des éléments qui le composent ». Il est en effet manifeste que la suite de mots « slim belly », dont les éléments sont attestés dans le lexique anglais de base, signifie, dans son ensemble, « ventre mince ». Si l'on ne peut guère contester cette analyse, en revanche, la suite est plus discutable.

.....

.....

28 - Paris, 5 avril 2013, n° 11/05363, *Prop. intell.* 2013, n° 48, p. 312, obs. M. Sabatier.

29 - Paris, 30 janvier 2013, n° 11/01355, *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie* (JDSAM), 2013, n° 1, p. 80, obs. C. Le Goffic.

30 - TUE, 30 avril 2013, affaire T-61/12, *ABC-One c./ OHMI*.

D'autre part, en ce qui concerne la descriptivité elle-même du syntagme par rapport aux produits ou services concernés, on aurait pu estimer que *Slim Belly* était seulement évocateur. Pourtant, le Tribunal considère assez sévèrement que « le public pertinent comprendrait le signe comme une référence au fait que les produits et services litigieux servent à favoriser la santé, à être en bonne forme et à acquérir une bonne apparence physique par l'alimentation ou le mouvement », étant entendu qu'une personne ayant une bonne silhouette, un « corps sain » et un « poids idéal » aurait également un « ventre mince et plat ». Il est vrai que, selon le règlement sur la marque communautaire, le refus d'enregistrement pour descriptivité ne suppose pas nécessairement « que les signes et indications composant la marque soient effectivement utilisés, au moment de la demande d'enregistrement, à des fins descriptives de produits ou de services tels que ceux pour lesquels la demande est présentée, ou descriptives des caractéristiques de ces produits ou de ces services ». Il suffit que ces signes et indications *puissent être utilisés* à de telles fins. Un signe verbal doit ainsi se voir opposer un refus d'enregistrement si, *en au moins une de ses significations potentielles*, il désigne une caractéristique des produits ou des services concernés. Par ailleurs, il est indifférent que les caractéristiques des produits ou services qui sont susceptibles d'être décrites soient essentielles ou accessoires. Il n'en demeure pas moins que l'appréciation est sévère. Elle confirme la tendance peu favorable du Tribunal de l'Union européenne aux marques évoquant les propriétés ou les effets des produits qu'elles désignent (voir déjà, par exemple, les décisions ayant considéré que les marques *Superskin*³¹ ou *Naturally active*³², appliquées à des cosmétiques, étaient descriptives).

b. Disponibilité

Pour être valable, une marque doit être disponible, comme le prévoient l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle et l'article 8 du règlement sur la marque communautaire, selon lesquels ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment une autre marque enregistrée.

Afin d'apprécier la disponibilité d'une marque dont l'enregistrement est demandé, l'Office compétent (lorsqu'il est saisi d'une opposition émanant du titulaire d'une marque antérieure similaire) et le juge doivent s'interroger sur l'existence d'un risque de confusion entre les signes en cause.

Trois décisions des juridictions de l'Union européenne illustrent, dans le domaine de la santé, la mise en œuvre des critères d'appréciation de ce risque.

Dans une ordonnance de la Cour de justice en date du 8 mai 2013³³, il s'agissait de la marque verbale *ZYDUS*, déposée pour désigner des « produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques ; substances diététiques à usage médical ; désinfectants et fongicides ». Le laboratoire Novartis, titulaire de la marque antérieure *ZIMBUS*, enregistrée pour les produits pharmaceutiques, avait formé opposition à l'enregistrement du signe. La chambre de recours de l'OHMI ainsi que le Tribunal de l'Union avaient fait droit à l'opposition pour les produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques, mais l'avaient rejetée pour les fongicides, les substances diététiques à usage médical et les désinfectants. Ce point, qui n'est pas remis en question dans l'ordonnance, illustre le principe de spécialité, en vertu duquel une marque n'est protégée qu'en relation avec les produits ou services qu'elle désigne, et ne l'est pas pour les autres produits ou services. S'agissant de l'appréciation du risque de confusion, la Cour, qui juge le moyen irrecevable, renvoie les parties à l'argumentation du Tribunal, selon lequel les marques en conflit devaient être considérées comme « globalement similaires en raison d'un certain degré de similitude sur le plan visuel, d'une forte similitude phonétique, à tout le moins dans certaines langues de l'Union, telles que les langues espagnole et portugaise, alors même qu'elles n'ont pas de signification sur le plan conceptuel ».

Il s'agit en effet d'une question factuelle, qui relève de l'appréciation du Tribunal. Deux arrêts rendus le 6 juin 2013 par le TUE méritent d'être mentionnés à ce propos. Il s'agissait, respectivement, des marques verbales *Nicorono*³⁴ et *Pharmastreet*³⁵, à l'enregistrement desquelles s'opposaient les titulaires des marques antérieures *Nicorette* et *Pharmasee*. Dans les deux arrêts, le Tribunal commence par rappeler que, selon une jurisprudence constante, « constitue un risque de confusion le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement ». Il importe donc, d'abord, de déterminer quel est le public pertinent et d'évaluer son degré d'attention – question centrale en droit des marques. Dans le premier arrêt, il s'agit des professionnels de santé, des patients, ainsi que des « citoyens ordinaires » fumeurs qui souhaitent cesser de l'être, de langue anglaise. Toutes ces personnes ont, selon le Tribunal, un degré d'attention élevé, tant pour les médicaments et dispositifs médicaux concernés que pour les gommes à mâcher nicotiniques en question. En effet, dès lors que les produits en cause ont des effets sur l'état de santé, le degré d'attention est supérieur à la moyenne. De même, dans le second arrêt, le TUE a considéré que les produits pharmaceutiques concernés ayant trait à la santé, le public pertinent, quand bien même il s'agirait du grand public (de langue

31 - TUE, 9 décembre 2009, affaire T-486/08, Liz Earle Beauty Co. Ltd c./ OHMI, Prop. intell. 2010, n° 35, p. 768, obs. B. Geoffray.

32 - TUE, 9 décembre 2010, affaire T-307/09, Liz Earle Beauty Co. Ltd c./ OHMI, Prop. intell. 2011, n° 38, p. 126, obs. B. Geoffray.

33 - CJUE, 8 mai 2013, affaire C-268/12 P, Cadila Healthcare c./ OHMI.

34 - TUE, 6 juin 2013, affaire T-580/11, McNeil AB c./ OHMI.

35 - TUE, 6 juin 2013, affaire T-411/12, Celtipharm c./ OHMI.

française), faisait preuve d'un degré d'attention supérieur à la moyenne. Ensuite, s'agissant de la recherche du risque de confusion, le Tribunal rappelle qu'elle doit, « en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des marques en conflit, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci, en tenant compte, notamment, de leurs éléments distinctifs et dominants ». En l'espèce, les produits en cause étant identiques dans les deux cas, c'est la comparaison des signes qui est décisive. Dans les deux arrêts, les marques en conflit sont composées d'un radical faiblement distinctif (« pharma » et « nico »), évocateur des produits désignés. Or, l'attention des consommateurs étant généralement attirée vers la partie initiale des marques, les signes en conflit présentent une forte similitude visuelle. Il en va de même de leurs sonorités phonétiques. Enfin, conceptuellement, les signes sont similaires, dans la mesure où ils constituent pour les consommateurs des allusions, respectivement, à la pharmacie et à la nicotine. Le Tribunal déduit donc de ces analyses que, dans les deux cas, « dès lors qu'il y a lieu de tenir compte de l'impression d'ensemble produite par les marques en cause, les marques en conflit doivent être considérées comme étant similaires sur les plans visuel, phonétique et conceptuel ».

Ces deux arrêts illustrent les dangers du choix d'une marque composée d'un radical faiblement distinctif évocateur des produits désignés, dès lors que des marques antérieures comprennent déjà ce radical.

2. Contrefaçon et parasitisme

a. Appréciation du risque de confusion en matière de contrefaçon

Selon une règle constante, comme en matière d'opposition, les juges apprécient l'existence d'un risque de confusion de manière globale, en tenant compte de l'interdépendance des facteurs pris en compte, et notamment la similitude des marques et celle des produits ou services désignés.

En ce qui concerne la similitude des signes, les juges s'attachent à l'impression d'ensemble qu'ils produisent, en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants, ainsi que des ressemblances visuelles, phonétiques et conceptuelles. Là encore, l'appréciation est globale, et s'effectue au cas par cas, en fonction de la perception du public de référence. L'existence d'un risque de confusion a ainsi été logiquement retenue entre la marque *SPRIM* (acronyme de « Santé Prévention Recherche Information Médicales »), d'une part, et la marque postérieure *SPRIM* ainsi que la dénomination sociale *SHG – SPRIM HEALTH GROUP* et les noms de domaine *www.sprim.com* et *www.sprim-group.com*, d'autre part, tous ces signes désignant des services identiques³⁶.

À l'inverse, le risque de confusion a été exclu par le juge entre les marques *Fleur de corail* et *Fleurs de rocaïlle*, désignant toutes deux des produits de par-

fumerie et de savonnerie, au motif que les signes produisaient une impression d'ensemble différente³⁷.

La lecture de ces décisions révèle le caractère essentiellement subjectif de l'appréciation du risque de confusion, trait inhérent au droit des marques.

b. Usage à titre de marque

L'usage d'un signe identique ou similaire à une marque n'est contrefaisant (ou parasitaire, dans le cas des marques renommées) que s'il est effectué à titre de marque, c'est-à-dire pour désigner des produits ou services. Tel n'est pas le cas lorsque le signe est employé dans son sens courant. La directive d'harmonisation du droit des marques prévoit ainsi, en son article 6, § 1, b), que le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire aux tiers « l'usage, dans la vie des affaires, d'indications relatives à la destination du produit ».

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 16 avril 2013³⁸, cette disposition était invoquée par une société qui commercialisait des coffrets cadeaux offrant des soins de beauté et de bien-être sous les mentions « Euphorie Elle » et « Euphorie Lui ». Assigné en contrefaçon par le titulaire de la marque renommée *Elle*, le défendeur arguait que l'usage du pronom « Elle » ne constituait pas un usage à titre de marque, mais une indication de la destination de coffrets féminins. Mais la Cour n'a pas retenu cette argumentation, estimant que la mention « Elle », utilisée sur une ligne isolée, de manière individualisée par l'emploi de la couleur rose, en caractères différents du vocable « Euphorie », désignait le produit et permettait de le désigner d'autres coffrets, de sorte que le vocable n'était pas employé comme un pronom personnel dans son acception courante, et ne pouvait être perçu comme une simple indication renseignant la destination du produit. Sans doute la décision s'explique-t-elle par la réunion de deux éléments : les aspects visuels qui renforçaient le caractère distinctif de la mention « Elle », et surtout la renommée particulière de la marque éponyme, qui laissait soupçonner une volonté parasitaire.

c. Exception : signes utilisés antérieurement à titre de nom commercial, dénomination sociale ou enseigne

Un arrêt rendu le 26 mars 2013 par la Cour d'appel de Rennes³⁹ illustre une hypothèse particulière visée à l'article L. 713-6, a), du Code de la propriété intellectuelle. Selon ce texte, « l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique ». Le champ d'application de cette exception est toutefois limité, puisque la même disposition prévoit *in fine* que « si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limi-

37 - Paris, 22 mai 2013, n° 10/23538.

38 - Versailles, 16 avril 2013, n° 11/05269.

39 - Rennes, 26 mars 2013, n° 11/08570.

36 - Paris, 18 avril 2013, n° 12/13074.

tée ou interdite ». Dans l'affaire en question, une personne utilisait comme nom commercial et comme enseigne la dénomination « Pharmacie Lafayette » à Nantes depuis 2004. En 2005, une autre personne, installée à Toulouse, avait déposé la marque *Pharmacie Lafayette*. Assignée en contrefaçon par le titulaire de la marque, la pharmacienne nantaise s'est prévaluée avec succès de l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle. La Cour a en effet considéré que le titulaire de la marque ne justifiait pas d'une atteinte à ses droits dans la mesure où l'usage de la dénomination à titre de nom commercial n'était pas de nature à entraîner un risque de confusion avec sa marque.

Il s'agit là d'une solution équitable, qui concilie de manière équilibrée les droits en présence et l'intérêt du public à ne pas être trompé.

3. Déchéance

Déchéance pour défaut d'exploitation

Face à une action en contrefaçon ou à une opposition à l'enregistrement, une défense peut consister à demander la déchéance de la marque antérieure pour défaut d'exploitation pendant 5 ans, en vertu de l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le titulaire de la marque dont la déchéance est demandée doit alors prouver qu'il en fait un usage sérieux.

À ce sujet, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 19 mars 2013⁴⁰, que des actes postérieurs à l'action en déchéance, tout comme des actes antérieurs mais ne constituant que des actes préparatoires à un usage sérieux, sont insuffisants à faire échec à la demande de déchéance. Elle a donc approuvé la Cour d'appel d'avoir prononcé, à la demande de la société Hermès, la déchéance pour non-exploitation de la marque *Voyager*, désignant des gels douche et des parfums.

Dans le même sens, un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴¹ a prononcé la déchéance de la marque *Love*, qui désignait des savons, parfums, huiles essentielles et cosmétiques, au motif que son titulaire ne rapportait pas la preuve d'un usage sérieux. Il ne pouvait en effet se prévaloir à cette fin de documents mentionnant des parfums, tels des factures de flacons, vaporisateurs, étiquettes, dès lors que ces documents ne permettaient pas de déterminer qu'ils concernaient bien les produits marqués *Love*.

Ces décisions soulignent la nécessité pour tout titulaire de marque d'en effectuer un usage sérieux afin d'éviter de se voir déchu de son titre, et surtout de pouvoir apporter la preuve d'un tel usage (voir, pour des exemples, les décisions citées dans la précédente édition de cette chronique⁴²).

C.L.G.

40 - Com., 19 mars 2013, n° 12-14.626, Prop. ind. 2013, comm. 43, obs. P. Tréfigny ; PIBD 2013, n° 983, III, 1162 ; Prop. intell. 2013, n° 48, p. 318, obs. M. Sabatier.

41 - Paris, 5 avril 2013, n° 12/09507, Prop. intell. 2013, n° 48, p. 313, obs. M. Sabatier.

42 - *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie* (JDSAM), 2013, n° 1, p. 83, obs. C. Le Goffic.

III. Droit de la concurrence

La convergence des normes est un gage de leur efficacité à l'intérieur d'une sphère donnée. Il arrive fréquemment en effet qu'une situation ne puisse être appréhendée qu'au regard d'une pluralité d'exigences et de procédures imposées par les textes. Dès lors, leur articulation doit se faire sans heurt. Dans une matière aussi complexe que le droit de la concurrence, la question de ses sources se pose ainsi de toute évidence avec une acuité particulière. Pour les pouvoirs publics, il s'agit, on le sait, d'instituer à grande échelle, même au-delà des territoires nationaux⁴³, un corps de règles aptes à imposer et faire respecter un certain ordre dans les échanges marchands. Il ne saurait en vérité en être ainsi qu'en vertu de dispositions qui, pour être sans doute d'origine et de contenu divers, n'en sont pas moins complémentaires.

Ce propos liminaire est moins inattendu qu'il n'y paraît au premier abord. Il n'a en réalité d'autre raison d'être que la nécessité de relever, depuis la précédente chronique, un certain élargissement des questions de santé à l'ordre du jour. D'une part, les litiges soumis aux tribunaux pendant cette période apparaissent d'une autre nature que ceux précédemment évoqués. Un tel constat ne doit assurément pas surprendre. Il rend simplement compte de l'abondance des règles susceptibles d'être méconnues en pratique. En particulier, les magistrats ont eu à connaître de certaines difficultés de droit des contrats qui n'avaient pas jusqu'alors été à l'ordre du jour. D'autre part, encore au-delà des exemples antérieurs, les pouvoirs reconnus aujourd'hui à l'Autorité de la concurrence l'ont encore conduite à des prises de position qui ne sauraient rester longtemps inaperçues.

Une étude plus précise de ces deux orientations s'impose. Elle conduit à examiner tout d'abord les mécanismes qui unissent santé, concurrence et responsabilité des opérateurs économiques (1) ; puis ceux qui conduisent dans ce même environnement à un recadrage des politiques publiques (2).

1. Concurrence, santé et responsabilité des opérateurs économiques

Dans une première approche, qui appellera de toute évidence le moment venu une analyse plus fine de sa contribution, le droit de la concurrence donne la juste mesure des remèdes qu'appellent les dérives possibles d'une économie libérale. Sans doute, par principe, laisse-t-il une certaine marge de manœuvre à ses destinataires. Mais, corrélativement, il leur impose d'agir en conformité avec les priorités dont il assure la sauvegarde.

43 - Cf. sur ce point Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2012 COM (2013) 257 final du 7 mai 2013 p. 16.

Comme l'a révélé la précédente chronique, il arrive de toute évidence que les questions de santé se rattachent à une certaine logique marchande. Elles s'intègrent alors précisément dans un dispositif où domine la nécessité d'une censure, le cas échéant, des stratégies décidées et mises en œuvre dans le secteur ainsi concerné. Dans cette optique, pendant la période observée, les juridictions ou autorités compétentes ont eu l'occasion d'imposer aux opérateurs économiques l'obligation de respecter les règles de responsabilité qui leur sont applicables.

Il en est surtout ainsi à propos de la mise au point de pratiques susceptibles de nuire à l'ouverture des marchés ou aux intérêts de ses acteurs.

Les recours qu'appellent de tels comportements ont chacun leur spécificité. Certains relèvent de la prohibition des pratiques anti-concurrentielles (A). Les autres de la prohibition des pratiques restrictives de concurrence (B).

A. Responsabilité pour pratiques anti-concurrentielles

Le contentieux auquel il convient de se référer ici est alimenté par des politiques commerciales dont peuvent avoir à répondre les entreprises de santé au titre des menaces qu'elles font peser sur le bon fonctionnement des marchés. Il se développe à partir de dispositions caractéristiques dont la méconnaissance entraîne des conséquences qui s'apprécient à différents points de vue.

La responsabilité pour pratiques anti-concurrentielles tient en vérité à deux séries de dispositions appelées en certaines circonstances à se conjuguer. Il s'agit tout d'abord de règles aptes à déterminer les faits générateurs de responsabilité (a) ou de nature à entraîner une exonération de responsabilité (b).

a) Faits générateurs de responsabilité

La période couverte par la présente chronique conduit à s'intéresser à deux hypothèses dans lesquelles était clairement posée la question de la licéité des choix opérés par des entités sans aucun doute impliquées dans des décisions de santé. L'occasion était ainsi donnée à l'Autorité de la concurrence de mettre en œuvre une nouvelle fois à leur égard les dispositions applicables aux pratiques anti-concurrentielles. La première affaire s rattache à la prohibition des ententes (1) ; la seconde à la prohibition des abus de position dominante (2).

À chaque fois, conformément aux dispositions dont elle assure le respect⁴⁴, l'Autorité de la concurrence s'est livrée à un examen rigoureux des comportements litigieux, qu'il s'agisse de problèmes de santé animale ou humaine.

1. Santé animale et entente reprochée aux Conseil régional de l'Ordre des Vétérinaires d'Alsace et Syndicat des Vétérinaires d'exercice libéral – Section du Bas Rhin⁴⁵

L'Autorité de la concurrence a eu tout récemment à connaître de pratiques imputées au conseil régional de l'Ordre des vétérinaires (CROV) d'Alsace et au Syndicat des vétérinaires d'exercice libéral – Section du Bas-Rhin (SNVEL 67). Était plus précisément en cause une « charte » dans laquelle étaient définis les prix que les praticiens concernés devaient facturer à la SPA de Strasbourg et organisé entre eux un partage du marché par un système de rotation sur l'année.

Au terme d'un examen approfondi des données de l'espèce, l'Autorité de la concurrence conclut à l'existence d'une pluralité d'ententes effectivement dotées d'un objet anti-concurrentiel. On retiendra de cette décision différents enseignements. En premier lieu, en guise de préliminaire, il convient de la rattacher à l'ensemble de celles qui, auparavant, avaient déjà estimé que les syndicats et organismes professionnels ne sont pas soustraits à l'application des règles de concurrence (point 79)⁴⁶. En deuxième lieu, dans la logique des textes applicables, il apparaît également que ces mêmes acteurs, lorsqu'ils sortent de leur mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels que la loi lui confie, en adoptant un comportement de nature à influencer directement ou indirectement sur la concurrence que se livrent ses membres, enfreint l'article L.420-1 C. comm. (point 81). Il ne restait plus dès lors à l'Autorité de la concurrence qu'à tirer les conséquences d'une telle qualification, toute possibilité d'exemption de telles pratiques étant au demeurant exclue en l'espèce.

2. Santé humaine et abus de position dominante reproché à Sanofi –Aventis lors de l'examen de faits constitutifs de dénigrement⁴⁷

La production et la commercialisation de médicaments génériques représentent des activités dont de grands laboratoires assument la charge au profit de la collectivité toute entière. Il n'en demeure pas moins, à l'évidence, la possibilité de réactions hostiles de la part des promoteurs du produit princeps, au demeurant initialement couvert par un droit de brevet.

« L'arme » utilisée dans ce cadre est bien connue en droit de la concurrence. Elle est généralement désignée par le terme de « dénigrement ». Il reste toutefois à préciser que les éléments de réponse varient selon les espèces. Le dénigrement est en vérité accessible à deux reproches qui ne sauraient



45 - Décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-14 du 11 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace.

46 - Adde Décision de l'Autorité de la concurrence n° 26 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents RLC 2013/34 p. 31 Observations V. Selinsky ; p. 62 Observations S Destours ; p. 74 Observations E. Chassaing.

47 - Décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur pharmaceutique.



44 - Cf. notamment article L. 461-1 §1. C. comm.

effectivement être confondus : pratique anti-concurrentielle ou concurrence déloyale.

Dans l'affaire évoquée dans ces lignes, le conflit tenait au grief avancé par le laboratoire Teva à l'encontre de Sanofi-Aventis à qui était reproché d'avoir dénigré le générique de l'un de ses produits-phares, le Plavix. Il revenait ainsi à l'Autorité de la concurrence de se prononcer à partir des données spécifiques de l'espèce, compte tenu surtout d'évidentes incidences du marché considéré, sur l'existence ou non de pratiques anti-concurrentielles. Au terme d'une décision dûment argumentée, elle se prononce *in fine* en faveur de la qualification en l'espèce d'abus de position dominante : « Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que, au moment des faits qui lui sont reprochés, Sanofi-Aventis disposait d'un pouvoir de marché sans commune mesure avec celui des autres acteurs sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville » (point 342).

La solution elle-même ne doit pas surprendre. Elle est en effet conforme à l'analyse intervenue dans d'autres affaires, au demeurant recensées en détail dans la présente espèce (points 269 s., 310 s.). Elle attire davantage l'attention sur le soin apporté à sa motivation. Rien, pour ainsi dire, n'est laissé au hasard. Ne sont négligées ni les données de fait : particularités des produits en cause, teneur de la communication adressée aux professionnels de la santé (points 147 s., 207 s.) ; ni les éléments de droit à l'origine de la qualification retenue : position de Sanofi-Aventis sur le marché pertinent (points 284 s.), exploitation abusive d'une position dominante liée à la pratique de dénigrement dénoncée en l'occurrence (points 361 s.). Il est clair de ce point de vue que la notoriété de l'entreprise mise en cause et la confiance qui lui accordent les acteurs du marché ne pouvaient en l'espèce qu'être un élément déterminant de la solution retenue (points 369 s.).

La prohibition des pratiques anti-concurrentielles tient ainsi à un ensemble de mesures dont doivent s'abstenir en tout état de cause les acteurs du marché. La qualification des faits générateurs de responsabilité n'est toutefois que l'un des aspects du dispositif applicable. S'y ajoutent des mesures d'une autre nature.

b) Faits exonérateurs de responsabilité

Au-delà de la définition elle-même des conduites interdites par les textes, se pose en toute hypothèse la question de la « gestion » de leur contentieux. Plus précisément, en particulier pour certaines formes d'entente, leur détection ou identification constitue une préoccupation majeure des pouvoirs publics. À cette fin, ont été mis en place, tant à l'échelle européenne que nationale des programmes de clémence dont l'utilité est aujourd'hui amplement démontrée. Il s'agit en quelque sorte de « substituer une logique de négociation à une logique de confrontation »⁴⁸. En attestent plus précisément les dispositions des articles L. 464-2 IV. C comm. En-

core faut-il, d'un pur point de vue de procédure, déterminer les règles de preuve susceptibles d'être mises en œuvre dans ce cadre en vue d'exonérer le demandeur.

L'actualité récente illustre formellement la portée d'une telle exigence, notamment dans le domaine de la santé. Il est clair en effet que la possibilité pour une entreprise d'être exonérée de la responsabilité dont elle est normalement tenue ne peut jouer qu'à l'intérieur de certaines limites. Dans un arrêt récent de la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁹, était plus précisément en cause la validité des opérations de visite et de saisie menées à ce titre par le juge de la détention et des libertés. Il en était effectivement ainsi dans le cadre d'une demande de clémence déposée par une société présente dans le secteur des produits d'hygiène et de soins du corps. Au terme d'une procédure quelque peu mouvementée⁵⁰, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi mettant en cause la régularité des investigations entreprises. Elle approuve en effet les juges du fond d'avoir conclu à la licéité des pièces produites par le demandeur de clémence et à la réalité de la collusion ayant existé entre les différentes parties prenantes.

Pour décisive qu'elle soit, la protection du marché ne constitue toutefois que l'un des volets du dispositif actuellement en vigueur.

B. Concurrence, santé et protection des acteurs du marché

Les possibilités de mise en œuvre du droit de la concurrence tiennent en outre à la nécessité de protéger les intérêts des acteurs du marché eux-mêmes. La perspective à laquelle on se réfère ici est alors bien différente de celle jusqu'alors évoquée. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, quant à ses sources, la protection considérée repose sur les seules dispositions de droit interne contenues en particulier dans des dispositions spécifiques du Code de commerce ou du Code civil. Ensuite, quant à sa finalité, la sauvegarde en cause s'écarte sensiblement des repères envisagés ci-dessus. Il s'agit bien davantage ici de donner la préférence non plus à la surveillance des marchés, mais aux situations individuelles menacées par toutes sortes d'opérations à risque.

Au cours de la période observée, les tribunaux ont ainsi eu l'occasion de rappeler aux intéressés l'influence de deux séries de règles. Les devoirs qui leur sont imposés relèvent en effet de mécanismes tant de responsabilité contractuelle (a) que de responsabilité délictuelle (b).

a) Responsabilité contractuelle et commune intention des parties

Le droit commun constitue le cas échéant un recours utile au concurrent lésé. Il peut en être ainsi au regard du respect des engagements pris par les parties à un contrat. Un arrêt de la chambre com-

48 - Cf. en ce sens B. Lasserre, cité par V. Selinsky, La clémence, un moyen exceptionnel pour dépister les cartels injustifiables RLC 2012/32 p. 16.

49 - Crim., 10 avril 2013 inédit pourvoi n° 12-83041.

50 - Cf. sur ce point E. Barbier de la Serre, Observations sous Crim, 4 mai 2011 RLC 2011 /29 p. 72.

merciale de la cour de cassation en témoigne formellement dans le domaine pharmaceutique⁵¹. Était ici plus précisément en cause la portée de contrats successivement conclus en vue du développement et de la fourniture d'un comprimé oro-dispersible répondant à certaines spécifications. La Haute juridiction approuve les juges du fond d'en avoir prononcé la résiliation pour défaut de conformité au regard de la commune intention des parties de se référer à une norme préconisée par la Pharmacopée européenne alors en vigueur.

Il s'agissait clairement de protéger le demandeur d'une mauvaise exécution des obligations de son cocontractant.

En dehors même de cette hypothèse, la protection des acteurs du marché appelle le respect de certaines priorités sauvegardées par les textes.

b) Responsabilité délictuelle et loyauté de la concurrence

La protection des concurrents est assurée de façon traditionnelle par l'interdiction de recourir à des procédés déloyaux dans la conquête d'une clientèle donnée. Sans doute, la clientèle appartient-elle à celui qui est le plus entreprenant ou convaincant. Mais il ne saurait être admis qu'il eût recours à n'importe quelle stratégie. Les tribunaux ont ainsi élaboré, sur le fondement de l'article 1382 C. civ., une liste de comportements susceptibles de constituer un acte de concurrence déloyale.

Un arrêt récent, rendu en matière pharmaceutique⁵², témoigne de cette approche. En l'espèce, un employeur se plaignait des agissements d'une ancienne salariée au titre d'un détournement de clientèle commis à son préjudice. Au visa des articles 145 C. proc. civ et 1382 C. civ., la Haute juridiction censure la décision des juges du fond en leur reprochant d'avoir « cantonné » sans raison l'autorisation d'accéder au serveur informatique de la société concurrente qui l'avait recrutée. Sans doute, la décision de censure tient-elle à une « simple » question de preuve. Mais, au-delà, il en ressort un certain nombre d'enseignements pertinents. En particulier, il ne pouvait suffire à la cour d'appel de se fonder sur « la liberté de commercer » avec l'entreprise de son choix et « le secret de ses relations commerciales » pour refuser à la société demanderesse d'en savoir davantage sur le contenu de l'ordinateur de son ex-employée.

Il apparaît ainsi que le domaine de la santé s'intègre, comme d'autres, dans un ensemble de contraintes que doivent respecter les opérateurs économiques. Le dispositif applicable à ce titre donne lieu alors aux différentes interdictions et interventions dans les conditions qui viennent d'être évoquées. Les règles de concurrence englobent toutefois encore d'autres perspectives.

51 - Com., 29 janvier 2013 inédit pourvoi n° 11-23710 ; Comp. Soc., 27 février 2013 inédit pourvoi n° 11-27625.

52 - Com., 19 mars 2013 inédit pourvoi n° 12-13880.

2. Concurrence, santé et recadrage des politiques publiques

Les questions de santé mobilisent en réalité toutes sortes de compétences. Les contributions figurant dans la présente revue en attestent suffisamment pour que soit plus précisément ici mise en exergue la question des politiques publiques en la matière. Les choix opérés à ce titre sont en effet susceptibles de répercussions notables sur le jeu de la concurrence. On mesure ainsi la différence d'approche par rapport à ce qui précède. Il s'agit en effet de confronter les décisions prises en la matière à des exigences sauvegardées par ailleurs dans l'intérêt du bien commun.

L'Autorité de la concurrence exerce à cet égard une influence décisive. Ses compétences consultatives l'ont en réalité autorisée à intervenir sur des sujets sensibles⁵³. Elle n'a d'ailleurs pas hésité à rendre des avis défavorables sur des initiatives gouvernementales ou parlementaires. Ce recadrage des politiques publiques est intervenu au cours de la période observée en deux séries d'hypothèses qu'il s'agira de présenter brièvement ici. L'une concerne le projet d'arrêté relatif aux « bonnes pratiques de dispensation de médicaments par voie électronique » (A). L'autre concerne la mesure adoptée dans un texte récent en vue de l'obligation d'affiliation des salariés à une complémentaire-santé dans les conditions définies par la loi (B).

A. Concurrence et « bonnes pratiques » de dispensation des médicaments par voie électronique

Le débat venait sans doute à peine de commencer lorsqu'il fut évoqué ici même, à différentes reprises, dans la livraison précédente de cette revue⁵⁴. Était alors en cause, on le sait, la modification de différentes dispositions légales ou réglementaires en vue de l'adoption de règles relatives au commerce en ligne de médicaments. Les réserves émises dans un avis de l'Autorité de la concurrence puis les considérants d'une ordonnance de référé rendue par le Conseil d'État, au demeurant abondamment commentée, apportaient un éclairage subtil sur les éléments méconnus en l'espèce par les pouvoirs publics. Les critiques adressées aux textes considérés portaient notamment, on le sait, sur leur incompatibilité avec un certain nombre de règles de concurrence.

La question se pose encore aujourd'hui à la lumière d'un projet d'arrêté du ministère des affaires sociales et de la santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, pris en application de l'article L.5121-5 C. santé

53 - C. Champalaune, Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité Contrats, Concurrence Consommation 2013 dossier n° 7.

54 - Cf. cette revue n° 1 note 96 ; Adde J.L. Fourgoux, Le Conseil d'État suspend partiellement l'application du nouveau régime de vente en ligne de médicaments sur Internet RLDA 81/2013 p. 41, V. Pironon, Vente de médicaments en ligne : L'avis de l'Autorité de la concurrence Communication Commerce électronique 2013 comm. n° 44.

publique. L'Autorité de la concurrence vient en effet de rendre un avis pour le moins contrasté sur la politique suivie en l'espèce par le Gouvernement⁵⁵. Il en est plus précisément ainsi au regard de deux séries de considérations : l'inventaire des mesures « sensibles » (a) ; leur impact sur l'exercice de la concurrence (b).

a) Inventaire des mesures « sensibles »

L'Autorité de la concurrence concentre son analyse sur un ensemble de dispositions aptes à motiver son avis. Il s'agit en effet pour elle de se prononcer sur les incidences concrètes du projet d'arrêté en cause dans le secteur de la vente en ligne de médicaments. Pour cette raison, elle procède à l'énumération de différents thèmes de nature à influencer le point de vue à venir. On observera en particulier ici l'étendue des questions à résoudre.

Il s'agit ainsi tout d'abord de l'organisation et du contenu des sites de vente en ligne de médicaments (points 53 s.). L'Autorité pointe ici une liste de mesures restrictives contenues dans le projet d'arrêté.

Il s'agit également des modalités de vente des médicaments concernés : prix (points 62 s.) ; stockage (points 68 s.) ; quantités maximales (points 77 s.) ; livraison (point 79) ; droit de rétractation (point 80). Il s'agit enfin de l'examen des prestations susceptibles d'être offertes par les professionnels concernés : sous-traitance (point 68) ; équipe officinale (point 71 s.), conseil pharmaceutique (points 73 s.).

La maîtrise des éléments du dossier conduit ainsi l'Autorité à formuler certaines observations.

b) Impact sur l'exercice de la concurrence

Dans la lignée de certaines observations faites antérieurement (avis précité n° 12-A-23 du 13 décembre 2012), l'Autorité de la concurrence critique sur un certain nombre de points des dispositions caractéristiques du projet d'arrêté en cause. Au fond, l'idée est toujours la même. Elle conduit à une remise en cause de toute mesure qui imposerait « des contraintes économiques importantes qui ne seraient pas justifiées par des considérations de santé publique » (points 107 s.). Est ici plus précisément en cause un ensemble de dispositions « particulièrement restrictives, dont l'accumulation conduit à créer un cadre extrêmement contraignant et limitatif, qui a pour conséquence de brider toute initiative commerciale en termes de prix, de gammes de produits, de services nouveaux » (point 189).

Dans la logique de ce qui précède, l'Autorité de la concurrence formule différentes recommandations afin d'améliorer le texte en cause. En termes d'opportunité, tout d'abord, elle suggère l'adoption de différentes mesures quant au « périmètre de la vente en ligne qui devrait être élargi à l'ensemble des médicaments non soumis à prescription médicale »

et aux produits de parapharmacie ; quant aux modalités de leur mise à disposition de la clientèle, l'Autorité de la concurrence propose également un certain nombre de modifications du texte initial (point 191). En termes de légalité concurrentielle, ensuite, l'Autorité de la concurrence avance différentes « pistes » d'amélioration du texte étudié. À l'égard des mesures de fixation du prix des produits vendus par voie de commerce électronique, elle rappelle que « l'exercice libre et entier de la concurrence suppose que chaque opérateur détermine de manière indépendante sa propre stratégie commerciale... » (point 138). À l'égard d'autres contraintes, c'est à dire d'une réglementation excessive de l'activité de vente en ligne de médicaments, l'Autorité confirme la nécessité d'une transposition parfaite de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011. Plus précisément, elle rappelle que les conditions imposées par les États membres pour la délivrance au détail, sur leur territoire, de médicaments offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société d'information, doivent nécessairement être justifiées par la protection de la santé publique, laissant ainsi entendre que tel n'est pas forcément le cas en l'espèce (point 108).

On ne peut dès lors qu'attendre la teneur du texte définitif. Mais, quoi qu'il en soit, cet avis de l'Autorité de la concurrence apparaît bien en l'état actuel des choses comme un recadrage du dispositif considéré. La mission consultative de l'Autorité de la concurrence l'a également conduite à une critique au fond assez radicale d'une autre initiative prise par les pouvoirs publics.

B. Concurrence et généralisation de la couverture complémentaire-santé obligatoire des salariés

L'aboutissement d'une volonté politique de réels changements dans les relations sociales à l'intérieur des entreprises est certainement une mesure bénéfique pour l'ensemble des parties prenantes. Il en est ainsi *a fortiori* lorsque le texte finalement adopté est la transcription d'un accord conclu entre les intéressés « pour trouver un équilibre global »⁵⁶ pour apporter des solutions nouvelles à quatre grands défis du marché du travail⁵⁷. Sont ici plus précisément en question, même s'ils ne doivent pas être intégralement confondus, la genèse et le contenu lui-même de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Il reste en effet, au-delà de son impact, à examiner les mesures porteuses de réformes jugées substantielles par les pouvoirs publics.

« L'histoire » de ce texte reste en tout état de cause marquée par deux « épisodes » qu'il s'agit de retracer ici, tant ils sont liés à d'importantes questions de droit de la concurrence. Sans doute, l'une de ses mesures les plus emblématiques de ce dispositif pouvait-elle consister en la généralisation de la cou-

55 - Avis n° 13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêté de la ministre des affaires sociales et de la santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique.

56 - Cf. Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, Exposé des motifs.

57 - Cf. Communiqué de presse du Conseil des ministres 6 mars 2013 Dossier législatif www.legifrance.gouv.fr

verture complémentaire-santé pour l'ensemble des salariés. Mais il restait à analyser les conditions de sa mise en œuvre.

Le sujet s'est en vérité imposé au titre de mécanismes qu'il est nécessaire de mettre ici en évidence. Il en ressort la nécessité pour les pouvoirs publics de modifier en profondeur les dispositions en ce sens. Le recadrage considéré vient de deux sources distinctes qu'il s'agit d'analyser de plus près, au terme d'une procédure marquée par un avis de l'Autorité de la concurrence et une décision très récente du Conseil constitutionnel.

a) Avis défavorable de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-11 du 29 mars 2013⁵⁸

Saisie peu après la conclusion de l'accord précité par l'association pour la promotion de l'assurance collective (APAC), l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur les effets sur le libre jeu de la concurrence induits par la généralisation de la couverture complémentaire obligatoire des salariés dans les conditions initialement fixées et celles appelées à être discutées au sein des assemblées parlementaires en vue de leur transcription dans la loi. Elle a *in fine* rendu un avis défavorable dont il convient de présenter ici les aspects essentiels.

Était principalement en cause la teneur du dispositif « litigieux » au regard des modalités de désignation des organismes chargés d'une telle couverture. L'Autorité de la concurrence s'est livrée ainsi à un examen rigoureux de la conformité de ce dispositif aux règles de concurrence imposées tant par le droit de l'Union européenne que le droit interne (points 61 s.). Il lui est apparu surtout que « la désignation d'un ou de plusieurs organismes par les partenaires sociaux d'une branche n'est pas neutre d'un point de vue concurrentiel » (point 81). Il en résulte en effet l'obligation pour les entreprises qui appartiennent à la branche concernée d'adhérer à l'organisme ou aux organismes désignés. L'Autorité de la concurrence estime cette situation d'autant plus préoccupante qu'elle est facteur de déséquilibre, l'organisme ou les organismes désignés étant placés en position « prédominante » par rapport à leurs concurrents sur le marché (point 81). La terminologie employée ici n'est assurément pas anodine. Elle met clairement en évidence les risques de dérive imputés au schéma soumis à examen. « Une telle circonstance commande de veiller à ce que ces organismes puissent être mis en concurrence en avant de la désignation elle-même » (point 89).

Au terme d'un argumentaire serré, l'Autorité de la concurrence formule plusieurs recommandations pour garantir notamment l'égalité des conditions de concurrence entre les différents types d'organisme susceptibles d'intervenir sur le marché de la prévoyance collective et faire primer la liberté de l'employeur de retenir le ou les organismes de son choix. (points 97 s.). L'intérêt d'une telle démarche est double. Il conduit tout d'abord à une certaine

.....

58 - Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance.

forme de « pédagogie » destinée à comprendre les rouages des mécanismes en jeu. Il constitue ensuite une incitation à transcrire dans les textes législatifs à venir les propositions ci-dessus exprimées.

Le recadrage voulu en l'espèce par l'Autorité de la concurrence se recommandait d'une certaine logique des règles applicables. Pour ne pas l'avoir compris, les promoteurs de la loi relative à la sécurisation de l'emploi ont eu sans doute à déplorer la censure du texte finalement adopté sur ce point

b) Censure du Conseil constitutionnel: Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013⁵⁹

Le sort réservé par le Conseil constitutionnel à l'article 1^{er} de la loi précitée et à l'article L. 912-1 code de la sécurité sociale qui le complète, amplifie certainement la portée des griefs émis, à titre consultatif, par l'Autorité de la concurrence. La décision d'inconstitutionnalité rendue le 15 juin 2013 impose en toute hypothèse l'adoption d'un nouveau texte, conforme cette fois aux dispositions dont cette instance assure le respect.

Le Conseil constitutionnel restitue en réalité à la mesure contestée sa dimension véritable. Sans doute, ne s'agit-il pour lui que de se prononcer sur les modalités de généralisation de la couverture complémentaire collective santé pour l'ensemble des salariés, non sur le principe lui-même⁶⁰. Mais, à l'intérieur de ce cadre, la décision rendue retient certainement l'attention. D'une part, on doit en souligner le fondement. Le rattachement de la question litigieuse à l'article 34 de la Constitution aux termes duquel « la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales » détermine le Conseil à imposer au législateur une ligne de conduite dont il ne saurait impunément s'écarter (considérant 5). D'autre part, et surtout, il convient de souligner les conséquences qui en résultent ici au regard de la disposition critiquée. Certes, il est généralement admis par le Conseil constitutionnel que le législateur puisse en particulier « apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général ». Mais cette « tolérance » n'est appelée à jouer qu'à l'intérieur de certaines limites : à condition notamment « qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (...) ».

Un examen approfondi des dispositions de l'article L. 912-1 code de la sécurité sociale conduit à ce titre le Conseil constitutionnel à censurer le texte qui lui était déféré. En premier lieu, il ne saurait être imposé sans nécessité aux entreprises « d'être liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini » (considérant 11). En

.....

59 - Cf. le texte de la saisine et la décision rendue sur le site internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

60 - Cf. Conseil constitutionnel, Communiqué de presse 2013-672 DC.

deuxième lieu, pour les mêmes raisons, il ne saurait être imposé aux entreprises de cette branche d'être liées avec l'organisme de prévoyance désigné par l'accord, alors même qu'antérieurement, elles auraient été liées avec un autre organisme (considérant 12).

On ne peut trouver meilleure « publicité » pour la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre...

C. C.

Alain Gubian

Direction de l'ACOSS

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité et à Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris, Consultant, Cabinet Ginestie Magellan Paley-Vincent

Analyse critique d'un rapport de l'Inspection générale des finances sur la trésorerie des hôpitaux

Le rapport de l'Inspection générale des finances (IGF) de mars 2013 sur *Les conditions de financement des établissements publics de santé (EPS) auprès du secteur bancaire*¹ constate que les hôpitaux ont un excédent structurel de trésorerie de 3 Md€ alors qu'ils sont endettés à hauteur de 26 milliards d'euros (26 Md€) (I). Ce rapport corrobore un précédent rapport de la Cour des comptes mais il remet en cause, pour des motifs qui nous paraissent critiquables, la proposition d'une mutualisation des fonds des hôpitaux et de l'assurance maladie (II).

*

* *

I. Une dette de 26 Md€ mais un excédent de trésorerie de 3 Md€

Les hôpitaux sont dans une situation apparemment paradoxale : alors que leur endettement est élevé et ne cesse de s'accroître (1) il en est de même de leur excédent de trésorerie (2).

1. Des hôpitaux fortement endettés

Si, comme nous le verrons *infra*, les EPS ont l'obligation de déposer leurs fonds au compte du Trésor public à la Banque de France, ils sont en revanche autorisés à emprunter à moyen et long terme auprès des banques commerciales et même à y ouvrir des « lignes de trésorerie. » Le rapport IGF

souligne bien la différence entre ces deux types d'endettement :

« Une ligne de trésorerie est un concours financier à court terme (annuel ou infra-annuel) qui permet de mobiliser des fonds à tout moment et très rapidement pour pallier une insuffisance ponctuelle de disponibilités, c'est-à-dire un décalage entre les encaissements et les décaissements.

Dans la limite d'un plafond fixé conventionnellement (souvent appelé « autorisation de tirage »), l'établissement public de santé peut tirer des fonds lorsqu'il le souhaite, et en autant de fois qu'il le souhaite. Il les rembourse à son gré, et chaque remboursement reconstruit, à concurrence de son montant, le droit de tirage.

Les intérêts sont calculés sur les utilisations réelles de la ligne de trésorerie, certains établissements bancaires imposant toutefois des commissions de non-utilisation.

Contrairement aux emprunts de moyen et long terme qui s'analysent comme des ressources budgétaires inscrites au compte 16 (emprunts et dettes assimilées), les lignes de trésorerie ne sont pas un financement budgétaire de l'établissement de santé.

Seuls les frais financiers qu'elles génèrent sont inscrits au budget au compte 66 (charges financières), les mouvements de capital (encaissements et remboursements) étant quant à eux retracés hors budget en classe 5 (comptes financiers). »

L'IGF constate que les hôpitaux publics ont eu largement recours ces dernières années à ces facilités d'emprunt : ainsi, « la dette bancaire de moyen et long terme des établissements publics de santé a pratiquement triplé sur les dix dernières années, passant de 9 Md€ en 2003 à près de plus de 24 Md€ en 2011. (...) Sur cette même période de temps, l'encours de dette obligataire des établissements a également progressé de manière très significative, en passant d'environ 240 M€ en 2003 à plus de 1,6 Md€ en 2011 (...). Les frais financiers correspondants ont quant à eux été multipliés par 2,5, s'établissant à plus de 823 M€ en 2011 contre un peu moins de 335 M€ en 2003 ». Or, « contrairement à l'endettement à court terme, l'endettement bancaire moyen et long terme concerne la très grande majorité des établissements de santé, 89% d'entre eux disposant d'un encours de prêt ».

Aux 24 Md€ de dette bancaire de moyen et long terme il faut ajouter « une dette latente d'environ 2,2 Md€ pour les seuls prêts présentant un risque de taux très dégradé », dette dont l'IGF souligne qu'elle devra être très certainement acquittée et qu'il serait souhaitable qu'elle soit remboursée par anticipation.

En effet, les EPS ont souscrit des prêts dits « structurés » qui s'avèrent très « sensibles » : « L'évolution défavorable des taux d'intérêt des emprunts sensibles, par rapport aux conditions au

1 - http://www.igf.finances.gouv.fr/webdav/site/igf/shared/Nos_Rapports/documents/2013/2012-M-072-02%20Financement%20Etablissements%20publics%20de%20san9292te.pdf.

moment de leur souscription, représente une dette supplémentaire pour les établissements. Cette dette, qui évolue selon les conditions de marché (effet des mécanismes d'indexation), peut être considérée comme latente car elle ne se concrétise dans sa totalité que dans le cas où l'établissement fait le choix de rembourser de manière anticipée son emprunt (il s'agit de l'indemnité de remboursement anticipé). Si l'établissement ne fait pas ce choix, la dette est tout de même payée mais par fraction, à chaque échéance, sur la durée résiduelle du prêt. ». Or, l'IGF évalue « le montant de cette dette latente à environ 2,2 Md€ pour les seuls prêts présentant un risque de taux très dégradé (cotation supérieure à 5E). Ce montant correspond au capital restant à rembourser, auquel s'ajoute l'indemnité de remboursement anticipée évaluée en moyenne à 65 % (donnée au 31 décembre 2011) du montant du capital restant dû (...) La mission IGF souhaite souligner qu'il existe une très forte probabilité que cette dette latente soit acquittée par les établissements de santé, y compris s'ils font le choix de ne pas procéder au remboursement anticipé de leurs emprunts. En effet, l'indemnité de remboursement anticipé représentant la valeur actualisée des flux futurs d'intérêts du prêt à un instant donné, à situation de marché inchangée, l'établissement payera l'équivalent de cette indemnité sur la durée résiduelle de l'emprunt à travers les intérêts. En conservant leurs emprunts, les établissements ont une chance de retour à meilleure fortune (sous réserve que la formule ne soit pas une formule à cliquets), mais ils prennent également le risque d'une dégradation supérieure. C'est pourquoi la mission recommande fortement que les établissements de santé procèdent au remboursement anticipé de leurs emprunts structurés les plus sensibles, dans les meilleurs délais, y compris si cela doit entraîner un coût budgétaire certain. (...) ».

L'endettement croissant des EPS inquiète désormais fortement les banques commerciales qui craignent que certains d'entre eux fassent « défaut » : « La principale crainte pour la banque est d'être contrainte, en cas de difficultés financières majeures d'un établissement de santé, d'accepter des abandons de créances sans disposer de véritables marges de négociation compte tenu de la pression locale pour assurer la continuité d'exploitation. En d'autres termes, contrairement au cas d'une collectivité locale, refuser de rééchelonner ou de restructurer la dette d'un hôpital et le placer en risque de cessation d'activité n'est pas envisageable ».

Ce risque de défaut doit être d'autant mieux pris en compte par les banques qu'elles sont soumises à des règles prudentielles de plus en plus rigoureuses. La réticence des banques dans l'offre des lignes de trésorerie se traduit principalement par un « abaissement progressif et quasi-systématique des plafonds des autorisations de tirage » et « le renchérissement des conditions financières »². L'IGF impute la réduction

de l'offre des banques d'une part au resserrement du crédit du fait des règles prudentielles de Bâle III, et notamment du ratio de liquidité LCR (*Liquidity Coverage Ratio*), d'autre part aux incidents de paiement de certains établissements. Par ailleurs, en septembre 2012, alors que la tarification moyenne d'une ligne de trésorerie correspondait à un taux d'intérêt global (TIG) de l'ordre de 3,3%, la tarification moyenne d'un prêt d'une maturité de 15 ans correspondait à un TIG de l'ordre de 4,20%.

Parmi les facteurs qui conduisent à l'augmentation des taux d'intérêts appliqués aux hôpitaux, l'IGF relève l'obligation de dépôts des fonds au Trésor public à laquelle les EPS sont soumis (cf. *infra* II) : « contrairement à d'autres clients auxquels elles peuvent accorder des crédits, tels les particuliers ou les entreprises, les banques ne bénéficient pas d'un apport de liquidité qui s'avèrerait utile dans le contexte actuel et leur permettrait de générer de l'activité hors bilan³ très rémunératrice. ». Or, il s'avère que l'excédent de trésorerie des EPS, dont seul le Trésor public bénéficie aujourd'hui, est élevé et a augmenté ces dernières années.

2. Un excédent structurel de trésorerie important et en augmentation

Une de nos études avait montré en 1991⁴ qu'il existait alors au compte des hôpitaux au Trésor public un excédent de trésorerie structurel de dix milliards de francs (10 MdF), ce qui correspond à 2,23 milliards d'euros (Md€) de 1998, auquel l'un de ses signataires de cet article avait collaboré, la Haute juridiction financière avait confirmé l'existence d'un excédent d'un montant comparable.

Or, comme le souligne l'IGF, « à la suite du rapport annuel de la Cour des Comptes annexé à la loi de financement de sécurité sociale pour 1998 qui pointait l'existence d'importants excédents de trésorerie, la direction des hôpitaux et la direction générale de la comptabilité publique ont engagé en 1999 une analyse détaillée sur la trésorerie des établissements publics de santé. Celle-ci a révélé une très grande hétérogénéité de la situation des établisse-

..... centime d'euro, soit une nouvelle progression de près de 10% par rapport à l'année 2011. ».

3 - « Le hors bilan assure le suivi comptable des activités n'impliquant pas un décaissement ou un encaissement mais qui expose la banque à un certain nombre de risques avec une rémunération en contrepartie. Les activités enregistrées dans le hors bilan bancaire sont pour l'essentiel la cession de prêts, les engagements de financement (lignes de crédit, autorisations de découvert), les garanties données sur des prêts, l'émission de titres adossés à des prêts hypothécaires, les opérations de change et les opérations sur le marché des produits dérivés ».

4 - Rémi Pellet, Recherche sur la notion de finances sociales. L'intervention du droit financier public dans le régime général de la sécurité sociale, Thèse de droit public, Université Montpellier I, 1991, Première partie, Chapitre III, section 1, « L'unité de trésorerie du secteur sanitaire et social », pp. 177-213

5 - Il faut utiliser le convertisseur de l'INSEE pour tenir compte de l'érosion monétaire : <http://www.insee.fr/fr/themes/calcul-pouvoir-achat.asp?sommeDepart=10&deviserDepart=Franc&anneeDepart=1990&deviserArrivee=Euro&anneeArrivee=2012>

.....

2 - Selon l'IGF, « le coût pour un euro tiré sur une ligne de trésorerie a progressé d'environ 76% entre 2010 et 2011, passant de 0,06 centime à 0,11 centime d'euro en 2011, soit une progression de 76%. Les données 2012 confirment cette augmentation puisque le coût d'un euro tiré s'établit à 0,12

ments au regard de leur trésorerie, certains établissements présentant un solde du compte auprès du Trésor équivalant à zéro jour d'exploitation, d'autres établissements présentant un solde équivalant à deux mois de charges d'exploitation, certaines structures enfin connaissant des difficultés de paiement du fait d'une insuffisance de trésorerie. En d'autres termes, l'agrégation des soldes des comptes au Trésor des hôpitaux laissait apparaître au niveau national un excédent significatif qui était cependant très inégalement réparti entre les établissements pour des motifs structurels et liés aux modalités de gestion de la trésorerie mises en œuvre dans chaque établissement. Sur la base de cette analyse, une circulaire interministérielle en date du 8 juin 2000 a été publiée pour "donner aux établissements les premières préconisations en matière d'amélioration de la gestion de la trésorerie au regard du constat effectué au début de l'année 1999 par la direction des hôpitaux et la direction générale de la comptabilité publique". Pour compléter cette démarche, la direction des hôpitaux et la direction générale de la comptabilité publique ont publié en septembre 2001 un guide méthodologique relativement détaillé et complet intitulé "Gestion active de la trésorerie hospitalière" ».

Or, en dépit de ces initiatives, l'excédent de trésorerie des hôpitaux est plus élevé en 2013 qu'il ne l'était auparavant puisqu'il est de l'ordre de 3 Md€.

Si l'IGF évoque les conditions dans lesquelles les EPS devraient limiter leur recours à l'emprunt, curieusement l'Inspection générale ne s'attarde pas sur les causes de l'excédent de trésorerie des hôpitaux alors qu'il contraste avec l'endettement des hôpitaux. Il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles des hôpitaux paient de lourds intérêts pour les 26 Md€ qu'ils empruntent alors qu'ils laissent un matelas de 3 Md€ au seul profit du Trésor public.

L'IGF critique le recours des établissements publics de santé à des lignes de trésorerie dans la mesure où « l'incertitude en matière d'encaissements et de décaissements est maîtrisable », puisque les produits versés par l'assurance maladie représentent 73% des produits réels des établissements et qu'il est possible d'en déterminer le montant chaque année par référence à l'année précédente. De plus les charges de personnel représentent 73 % du montant total des dépenses des hôpitaux : elles peuvent donc être aisément anticipées par référence à l'année précédente, les variations étant marginales ».

L'IGF ne donne pas cependant les raisons pour lesquelles les hôpitaux ne parviennent pas à réduire leur matelas - improductif- de trésorerie. De nos propres expériences et études⁶, nous expliquons l'excédent de trésorerie par deux principaux facteurs :

- il existe souvent un délai important entre le moment où un hôpital reçoit un crédit ou le produit d'un emprunt qui doit servir à un inves-

tissement et le moment où celui-ci est réalisé : tant qu'elle n'est pas utilisée, la somme empruntée à une banque vient grossir l'encours du compte de l'hôpital au Trésor public, au seul profit de ce dernier (cf *infra* II);

- dans les hôpitaux publics s'applique le principe de la séparation de l'« ordonnateur », qui est le directeur de l'hôpital, et du comptable, qui est un fonctionnaire du Trésor ; puisque le compte des EPS au Trésor n'est pas rémunéré, les hôpitaux n'ont aucun intérêt à avoir un matelas de trésorerie important à leur compte au Trésor : théoriquement un directeur d'hôpital peut négocier avec ses fournisseurs des paiements anticipés contre une réduction de leurs factures, mais l'opération devient impossible si le comptable tarde à exécuter les ordres de paiement que lui adresse le directeur d'hôpital... Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables s'applique dans des conditions bien meilleures dans les caisses de sécurité sociale parce que le comptable fait partie de l'équipe de direction de ces organismes.

Afin d'améliorer la gestion de trésorerie des EPS, l'IGF préconise plusieurs mesures :

- « imposer à tous les établissements, avant la fin de l'année 2013, d'élaborer un plan de trésorerie prévisionnel sur 36 mois glissants, et imposer une actualisation de ce plan tous les six mois et la transmission de la version actualisée au Directeur de l'Agence Régionale de Santé (ARS) pour validation » ;
- l'IGF préconise également que chaque ARS détermine, par établissement, une norme en matière de fonds de roulement de sécurité. A cet effet, l'Inspection générale propose que soit mis au point et généralisé dans l'ensemble des ARS un outil informatique national unique ;
- pour les établissements qui auraient des difficultés à constituer un fonds de roulement de sécurité, l'IGF propose une anticipation des versements de l'assurance maladie à ces EPS, une première anticipation du calendrier étant intervenue par arrêté du 18 août 2012. Seraient exclus du bénéfice de cette mesure les établissements ayant une situation financière structurellement dégradée ;
- l'IGF préconise la rédaction d'un guide méthodologique sur la gestion active de trésorerie, destiné à tous les EPS, ainsi que la désignation d'un référent en gestion de trésorerie au sein de chaque ARS. Ces référents pourraient être les mêmes que ceux désignés dans les comités de veille sanitaire instaurés par la circulaire du 14 septembre 2012⁷.

L'Inspection générale des finances écarte en revanche la perspective d'une mutualisation de la trésorerie des hôpitaux et de l'assurance maladie...

6 - Cf. Rémi Pellet (dir.), *Finances publiques et Santé*, Dalloz, 2011

7 - Circulaire DGOPS/PF1/DSS/DGFIP/2012/350

II. Pourquoi refuser la mutualisation de la trésorerie des hôpitaux et de l'assurance maladie ?

Alors que la Cour des comptes et le ministre des finances avaient validé la proposition d'une mutualisation de la trésorerie des hôpitaux et de l'assurance maladie (1), le rapport de l'IGF l'écarte pour des raisons qui nous paraissent discutables (2)

1. Une proposition validée par la Cour des comptes et le ministre des finances en 1998

En France, les collectivités locales et les établissements publics sont considérés, sur le plan financier, comme des démembrés de l'État. À ce titre, ils ne sont pas libres de déposer leurs fonds disponibles dans la banque de leur choix: au nom du « principe d'unité de la trésorerie »⁸, ils sont tenus de les déposer au compte du Trésor public à la Banque de France afin que l'État puisse utiliser ces sommes pour régler ses dépenses, ou pour limiter ses emprunts ou même encore pour augmenter ses placements⁹. Sauf exception, l'État ne rémunère pas les sommes qui sont déposés par ceux qui sont appelés les « correspondants du Trésor. »

Les hôpitaux publics, en tant qu'ils sont des établissements publics de santé, sont soumis à ce principe: s'ils peuvent emprunter auprès de banques commerciales, comme nous l'avons souligné, ils doivent déposer leur trésorerie disponible au Trésor public. Cette obligation a été réaffirmée par l'article 47 du récent décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, lequel regroupe et actualise un ensemble de textes sur la comptabilité publique dont le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique et le décret n° 2005-54 du 27 janvier 2005 relatif au contrôle financier au sein des administrations de l'État.

Mais, comme nous l'avons rappelé, les EPS sont financés pour l'essentiel par la branche maladie de la sécurité sociale qui leur fournit plus de 73% de leurs ressources. Or la sécurité sociale a des circuits financiers propres, distincts de ceux de l'État.

Les fonds des régimes de sécurité sociale ne sont pas déposés au compte du Trésor public à la Banque de France mais à la Caisse des dépôts et consignations (CDC). L'existence d'un circuit de trésorerie propre aux organismes de sécurité sociale s'explique de deux façons: d'une part, les caisses de sécurité

sociale étaient toutes à l'origine des organismes de droit privé; d'autre part, les fonds qu'elles géraient n'étaient pas considérés comme des fonds publics mais comme des « fonds privés en attente d'affectation » puisque les cotisations sociales, à la différence des impôts, étaient affectées directement au financement des prestations sociales.

Le statut des organismes de sécurité sociale a évolué¹⁰ et le caractère proprement public des fonds qu'elles gèrent n'est plus discuté, mais l'existence d'un système de trésorerie distinct de l'État n'a pas été remis en cause: en effet, cette autonomie financière de la sécurité sociale par rapport à l'État garantit que les cotisations et contributions sociales ne seront pas détournées par les pouvoirs publics pour financer d'autres dépenses publiques.

Si les organismes de sécurité sociale dérogent à l'obligation de déposer leurs fonds au compte du Trésor public à la Banque de France, en revanche ils appliquent eux aussi, en leur sein, le principe d'unité de la trésorerie.

Ainsi, dans le régime général de sécurité sociale, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) est titulaire d'un compte à la CDC sur lequel les URSSAF déposent le produit des cotisations et contributions sociales qu'elles collectent tandis que les caisses d'assurance maladie, d'assurance retraite et d'allocations familiales « tirent » sur ce même compte pour verser les prestations qu'elles doivent aux assurés sociaux.

Parce que la sécurité sociale est structurellement débitrice depuis longues années, l'ACOSS doit emprunter auprès de la CDC et des marchés financiers – par l'émission de billets de trésorerie¹¹ –, des sommes très importantes.

Lorsque avions constaté en 1991 l'existence d'un excédent structurel de trésorerie des hôpitaux (cf. *supra*), nous avons proposé que les EPS ne déposent plus leurs fonds au compte du Trésor public à la Banque de France mais au compte de l'ACOSS à la CDC puisque c'est la sécurité sociale qui finance, pour l'essentiel, les établissements publics de santé lesquels sont par ailleurs, en tant qu'employeurs, redevables de cotisations et contributions sociales.

Ainsi, la sécurité sociale aurait bénéficié des excédents structurels des hôpitaux qu'elle finance et

.....

10 - Le Conseil d'État a jugé dans sa décision CE 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection » – <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/13-mai-1938-caisse-primaire-aide-et-protection.html> – que les caisses de sécurité sociale gèrent un service public administratif, les principaux organismes nationaux de sécurité sociale ont le statut d'établissement public administratif et des prélèvements fiscaux ont été affectés aux caisses de sécurité sociale en plus ou en substitution des cotisations sociales.

11 - Depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 (cf. art. L 213-3 du Code monétaire et financier) et comme nous l'avons proposé dans notre thèse Rémi Pellet, *Recherche sur la notion de finances sociales. L'intervention du droit financier public dans le régime général de la sécurité sociale*, Thèse de droit public, Université Montpellier I, 1991, p. 207-210. Les billets de trésorerie sont des titres émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, pour une échéance comprise entre un jour et un an.

8 - Cf. Xavier Cabannes, *Le principe de l'unité de trésorerie en droit public financier*, LGDJ, 1999

9 - Le lecteur s'étonnera peut-être d'apprendre que l'État procède à des placements alors qu'il est très fortement endetté. Cette pratique s'explique ainsi: depuis le traité de Maastricht l'État ne peut bénéficier d'avances de la banque centrale, de sorte que le compte du Trésor public à la Banque de France ne peut jamais être débiteur et pour ne pas risquer de l'être l'État veille à conserver toujours un excédent de trésorerie, lequel peut être alors placé pour être valorisé tandis que des prêts court terme sont émis en contrepartie. Pour une présentation claire mais un peu « journalistique », cf. Benjamin Lemoine, *Les valeurs de la dette. L'État à l'épreuve de la dette publique*, Thèse ParisTech, décembre 2011, p. 309 et s.

les opérations de paiement des charges sociales des EPS auraient été considérablement simplifiées. Cette proposition qui tendait à réaliser ainsi « l'unité de trésorerie du secteur social et sanitaire » a été validée quelques années après par la Cour des comptes.

Ainsi, dans son rapport sur la sécurité sociale de 1998, auquel nous avons collaboré, la Haute juridiction financière a jugé qu'« il conviendrait de consacrer l'unité de trésorerie du secteur sanitaire et social. Cette unité comptable reposerait sur l'évidence économique, constatée par la Comptabilité nationale, de l'unité financière des hôpitaux et de la sécurité sociale. En raison du poids du régime général dans le financement des établissements public de santé, l'ACOSS devrait être le correspondant financier de l'ensemble des établissements financés par la dotation globale de fonctionnement (...). Les avantages à attendre d'une telle réforme seraient importants :

- quelles que soient les causes des excédents de trésorerie des hôpitaux, il paraît plus rationnel qu'ils demeurent dans le champ sanitaire et social, plutôt que d'être mis à disposition de l'État ;
- la centralisation des trésoreries des hôpitaux et de leur financeur permettrait de rehausser l'encours moyen mensuel et annuel de trésorerie de l'ACOSS, de l'ordre de 10 milliards de francs [2,23 Md€ de 2012], contribuant à réduire les frais financiers annuels de la branche maladie, voire à faire naître des produits financiers au profit de celle-ci dans la mesure où les excédents de l'ACOSS sont rémunérés ;
- l'unité de trésorerie des hôpitaux et de l'assurance maladie permettrait de « lisser » le profil de trésorerie du compte ACOSS et réduirait la fréquence des recours aux avances ou le volume de celles-ci dont le montant maximal est fixé dans la loi de financement de la sécurité sociale. Quant à l'État, qui ne bénéficierait plus de cet avantage de trésorerie, il pourrait librement se refinancer sur les marchés puisque la loi de finances ne fixe pas de limite au montant des emprunts auxquels il a recours ;
- le contribuable profiterait lui-même de la réforme dans la mesure où le coût des emprunts de trésorerie de l'État est moins élevé que le coût des avances facturées à l'ACOSS ;
- la réforme ne modifierait pas les conditions de gestion des hôpitaux puisque, pour les établissements publics de santé, elle ne se traduit que par un changement de l'établissement financier centralisateur des fonds ;
- toutefois, dans la mesure où la séparation comptable des branches se justifie, et seulement dans cette mesure, il serait envisageable de procéder à une séparation *comptable* de la trésorerie de chacun des hôpitaux, au sein de la trésorerie commune, ce qui permettrait une responsabilisation des établissements qui profiteraient des mécanismes de la facturation croisée prévue par la convention ACOSS / CDC. Les hôpitaux structurellement excédentaires pourraient obtenir une

rémunération de leurs disponibilités alors qu'actuellement, les dépôts au Trésor public sont improductifs »¹².

Cette proposition avait été validée à l'époque par le ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie et par le secrétaire d'État au Budget qui, dans leur réponse officielle au rapport de la Cour des comptes, écrivaient : « Le ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie est prêt à étudier les différentes propositions présentées par la Cour dont, notamment, la mise en place d'une unité de trésorerie de la branche maladie du régime général et des établissements publics de santé qu'elle finance. L'importance de cette mesure nécessite toutefois des analyses techniques complémentaires et une concertation avec les différents partenaires concernés. L'excédent structurel de trésorerie non rémunéré laissé par les établissements publics de santé sur leur compte au Trésor (plus de 10 MdF) pénalise, en effet, la situation financière globale de l'assurance maladie, alors même que la sécurité sociale, et non l'État, constitue leur principal financeur. La centralisation des fonds disponibles sur le compte de l'ACOSS ouvert à la Caisse des dépôts et consignations présenterait l'avantage de consacrer l'unité de trésorerie de l'ensemble du secteur sanitaire et social et de réduire le niveau ainsi que le coût de l'endettement du régime général. »¹³.

Certes, le mode de financement des hôpitaux a évolué depuis 2004, passant du système de la dotation globale de financement à la T2A. Pour autant, notre proposition, validée par la Cour des comptes et le ministère des finances, a-t-elle perdu de sa pertinence ?

Comme nous le soulignons dans une précédente étude, « la réflexion nous paraît d'autant plus s'imposer que la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 a d'ores et déjà autorisé que l'ACOSS bénéficie des dépôts de trésorerie des organismes des autres régimes obligatoires de sécurité sociale. Ainsi, l'article L. 225-1-3 du code de la sécurité sociale, introduit par l'article 33 de la LFSS pour 2009, autorise les régimes obligatoires de base autres que le régime général et les organismes et fonds visés au 8° du III de l'article LO. 111-4 à déposer tout ou partie de leurs disponibilités auprès de l'ACOSS contre rémunération. Les modalités de dépôt sont fixées par une convention soumise à l'approbation des ministres de tutelle. En application de la LFSS pour 2009, le décret n° 2009-882 du 21 juillet 2009 relatif à la trésorerie des organismes de sécurité sociale et des organismes en relation avec l'ACOSS a adapté les textes relatifs à l'organisation financière de plusieurs établissements et fonds (CNSA, FSV, EPRUS¹⁴ et FIVA). Ces organismes



12 - Cour des comptes, *La Sécurité sociale*, Les éditions des Journaux officiels, septembre 1998, pp. 175-176

13 - Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du secrétaire d'État au budget, in Cour des comptes, *La Sécurité sociale*, op cit. p. 856

14 - L'Établissement de Préparation et de Réponse aux Urgences Sanitaires (EPRUS) est financé par « une contribution à la charge des régimes obligatoires d'assurance maladie dont le montant est fixé chaque année par la loi de financement de la

correspondent aux partenaires identifiés comme prioritaires en raison, à la fois, de l'étroitesse de leurs liens financiers avec le régime général et de l'ampleur de leurs disponibilités¹⁵ ».

Le rapport de l'IGF de mars 2013 paraît cependant écarter la mutualisation des fonds des hôpitaux et de l'assurance maladie mais ses arguments ne nous ont pas convaincus.

2. Les arguments contestables du rapport de l'IGF

Examinant la possibilité d'une mutualisation de la trésorerie des hôpitaux, l'IGF constate que « si la gestion devait être assurée par un organisme indépendant de l'État tel que l'ACOSS, il est probable que les organes de gouvernance de cet organisme demandent que l'ensemble des dépôts lui soient confiés, afin de disposer d'une base de mutualisation la plus large possible et de limiter autant que possible le risque. Le principe d'obligation de dépôt au Trésor devrait alors être remis en cause et le montant des dépôts au Trésor diminuerait de 3 Md€ (...) ce qui pourrait entraîner diverses conséquences en matière de gestion de la dette publique. »

L'IGF considère que la mesure aurait pour effet :

- d'augmenter la charge de la dette « de l'ordre de 80 M€ par an sur la base des taux anticipés pour 2013 et de l'ordre de 90 M€ en retenant le niveau des taux anticipé pour 2014. », puisque l'État serait obligé d'emprunter l'équivalent des 3 Md€ qui lui seraient soustraits ;
- de dégrader les conditions de financement de l'État français parce que « cette hausse du programme d'émissions pourrait constituer un mauvais signal pour les marchés financiers et les agences de notation » ;
- de remettre en cause, partiellement ou totalement, l'obligation de dépôt des fonds des collectivités locales au Trésor public parce que celles-ci revendiqueraient l'égalité de traitement avec les EPS.

Ces arguments nous paraissent infondés pour les raisons suivantes :

- si la trésorerie des hôpitaux était transférée du compte du Trésor au compte de l'ACOSS à la CDC, l'État n'en serait guère affecté puisque la CDC est elle-même un correspondant du Trésor... ;
- cet apport de 3 Md€ pourrait permettre de réduire la charge de la dette de l'ACOSS qui est de nature publique, comme celle de l'État ;
- la situation des hôpitaux est sans rapport aucun avec celle des collectivités locales, comme le souligne, paradoxalement, le rapport IGF (p. 33 et

s.) qui fait état des analyses des banques à propos des EPS :

- « le modèle économique des collectivités locales apparaît aux investisseurs nettement plus solide que celui des hôpitaux, et ceci pour trois raisons essentielles :
- d'une part, les collectivités locales disposent de la capacité à lever des ressources fiscales. Même si la marge de manœuvre fiscale de certaines collectivités locales s'est réduite (régions notamment) et si certaines collectivités ont des taux très élevés de mobilisation de leur potentiel fiscal, cette capacité apparaît comme un élément majeur de solvabilité pour les banques ;
- d'autre part, les collectivités locales disposent d'une plus grande marge de manœuvre dans la gestion de leurs dépenses et peuvent plus facilement réaliser des économies de fonctionnement qu'un hôpital ;
- enfin, les collectivités locales peuvent réaliser des cessions d'actifs, ce qui s'avère beaucoup plus complexe à mettre en œuvre pour un établissement public de santé, notamment en raison des contraintes d'organisation des soins. ».
- Il convient enfin d'ajouter la raison suivante : parce qu'elles n'encaissent le produit des impôts qu'en fin d'année, les collectivités locales bénéficient dans la première partie de l'année des avances de trésorerie de l'État : il est donc logique que celui-ci bénéficie en contrepartie des excédents de trésorerie qui se forment dans la deuxième partie de l'année¹⁶. Concernant les hôpitaux, c'est l'assurance maladie qui est leur principal financeur : il est donc illogique que l'État bénéficie de leurs excédents au lieu de la sécurité sociale.

R. P. / A. S.

.....

sécurité sociale » (art. L 3135-4 CSP) et qui est versée par la CNAMTS du régime général (Art. R. 3135-13 CSP)

15 - Rémi Pellet, « Finances sociales : quatre propositions (sérieuses) de réforme » in Jean de Kervasdoué (dir.), *Carnet de santé de la France 2012*, Economica, 2012, p. 89

.....

16 - Cf. Rémi Pellet, « Les enjeux politiques de la décentralisation financière », *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n° 5, 1991, <http://www.remipellet.com/2decentralisatio.html>

Stéphane Brissy

Maitre de conférences à l'Université de Nantes, Membre de l'Institut Droit et Santé

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales, Cremonini Restauration

Dominique Martin

Directeur des risques professionnels, CNAMTS

Nouveau droit d'alerte en cas de risque sanitaire et environnemental

La Loi n° 2013-316 du 16 avr. 2013 parue au Journal Officiel du 17 Avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte crée notamment un nouveau droit d'alerte ouvert aux salariés des entreprises lorsque ces derniers jugent que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre dans leur entreprise font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement. Les membres du CHSCT peuvent, individuellement, également mettre en œuvre cette procédure d'alerte.

L'article 1^{er} de ce texte dispose que : « toute personne morale ou physique a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement ». Au-delà de sa destination aux associations ou aux whistleblowers de la « société civile », le principe énoncé trouve une transcription directe dans l'entreprise et en droit social. En effet, les articles L. 4133-1 à L. 4133-5 du Code du travail viennent-ils désormais préciser qu'un salarié ou un représentant élu au CHSCT peut exercer un droit d'alerte lorsqu'il constate, au sein de l'entreprise, l'existence d'un risque grave pour la santé publique ou l'environnement. (voir également l'article L. 1351-1 du Code de la santé publique).

L'alerte, une procédure classique en droit social

Le principe de ce droit d'alerte est a priori de facture classique et fonctionne en quatre temps : constat (d'un risque grave), alerte (de l'employeur par le salarié ou l'élu au CHSCT), réaction de l'employeur

(enquête, réunions, mesures engagées) et saisine d'une autorité externe (le Préfet en l'occurrence) en cas de désaccord entre les parties sur le risque constaté.

De la même manière, si ce texte formalise un droit d'alerte précis, il est pour autant délicat de parler de « nouvelle attribution » pour le CHSCT... d'une part car, d'une façon générale, le risque pour la santé publique ou l'environnement se traduisant par une exposition au risque, en premier lieu, des salariés de l'entreprise, cette institution représentative a déjà à connaître ou alerter sur des dangers dépassant le strict cadre de l'entreprise et, d'autre part, parce que spécifiquement, la Loi reconnaît déjà des attributions dédiées aux CHSCT des établissements les plus susceptibles de générer des risques environnementaux ou de santé publique. Ainsi s'agissant des risques chimiques ou des installations classées, la Loi pose le principe de consultations obligatoires (exemples : la consultation obligatoire du CHSCT dans les établissements d'installations soumises à autorisation, article R. 4612-4 et suivants / l'expertise CHSCT sur la demande d'autorisation d'exploiter des sites à haut risque industriel, article R. 4523-2 du Code du travail).

Une évolution de la nature du droit d'alerte

La nouveauté est donc moins dans l'architecture du droit d'alerte ou même sa thématique « environnementale » et « santé publique », que dans l'évolution du concept même d'alerte, sur au moins trois points :

- D'abord car ce droit d'alerte dépasse pleinement le cadre de l'entreprise et de ses salariés. Le droit d'alerte du CHSCT porte traditionnellement et directement sur une situation de danger grave et imminent au travail. Ce droit d'alerte « environnement-santé publique » n'évoque pas la situation de travail, se déconnecte de la notion de danger, d'imminence et vise à la protection non plus des seuls travailleurs mais bien de la société en son ensemble ;
- L'alerte se base l'estimation personnelle d'un risque grave par un individu, fût-il isolé...pourvu qu'il soit de bonne foi. Comme le droit d'alerte du CE dans l'ordre économique sur les faits préoccupants, il est à parier que les juges retiendront une conception « subjective » de cette alerte mais si les conséquences de la non-prise en considération de l'alerte par l'employeur sont claires (renforcement de sa responsabilité par la suppression de l'excuse de l'état des connaissances scientifiques ou techniques) et la protection du lanceur d'alerte (contre les mesures de rétorsion qu'il pourrait subir dans l'entreprise) sont claires, aucune précision n'est donnée sur

l'abus d'utilisation d'une alerte pouvant tout de même entamer la réputation d'une entreprise ;

- En cas de désaccord sur le risque ou d'inertie pendant un mois de l'employeur, le salarié ou l'élu saisit...non plus de l'administration du travail (ce qui est le cas lors d'un désaccord entre l'employeur et le CHSCT sur la réalité d'un danger grave et imminent) mais du Préfet. La solution est logique, non parce que ce représentant de l'État dispose d'attributions de police forcément marquantes, mais bien parce qu'il s'agit ici d'une alerte sur un risque touchant à la société en son ensemble et non au monde clos de l'entreprise.

La reconnaissance de ce droit, si elle a le mérite de décloisonner les risques, d'abattre la frontière parfois illusoire « risque professionnel/risque pour la santé publique » et de s'inscrire dans la logique porteuse de responsabilité sociale et sociétale de l'entreprise, pose de façon accrue la question des moyens de la prévention du risque en entreprise et donc du CHSCT. Au fur et à mesure de la montée en puissance de la santé au travail, le législateur et le juge ont confié aux CHSCT des prérogatives de plus en plus nombreuses et de plus en plus complexes...sans que ces derniers ne se voient dans le même temps attribuer des moyens de fonctionnement dédiés (budget, formation des membres) et ne sont pas forcément aidés par une jurisprudence restrictive autour des expertises sollicitées par cette institution. En janvier 2013, la Cour de Cassation n'avait-elle pas ainsi considéré que l'expertise en risques technologiques votée par le CHSCT d'un établissement classé SEVESO Seuil Haut n'était pas justifiée par le « seul classement » de cet établissement, qu'un danger grave devait être formellement caractérisé. Comment cette institution pourra-t-elle mettre en œuvre ce rôle de protection étendu aux tiers et se saisir de la complexité de la question du risque externe alors que les moyens, par ailleurs limités, dont elle dispose ne sont justement en lien qu'avec la sphère des risques professionnels ?

N. D.

Inaptitude et obligation de reclassement

Cass. Soc. 24 avril 2013, n° 12-13228

Traditionnellement, il est enseigné aux praticiens que l'obligation de reclassement suite à une inaptitude est une obligation de moyens renforcée. Cette notion grise est née clairement du regard exigeant que portent les juges sur cette obligation incombant à l'employeur. Dans deux arrêts rendus au printemps 2013, la Cour de Cassation poursuit encore son travail d'encadrement, rappelant que l'employeur ne peut compter, pour remplir son obligation, que sur lui-même et ne saurait ainsi s'appuyer, par exemple, ni sur l'avis du médecin du travail, ni sur les desiderata personnels du salarié pour tenter de s'en exonérer.

Le 20 mars 2013 (n° 12-10101), la Cour de Cassation était venue sanctionner un employeur ayant eu la facilité...de se contenter de l'avis formulé par la Médecine du Travail. Dans cette affaire, en effet, un employeur avait pris la décision de licencier une salariée victime de harcèlement moral, suite à un avis d'aptitude indiquant que la salariée concernée était « inapte à tous les postes dans l'entreprise mais apte au même poste dans une autre entreprise » et aux échanges avec le Médecin du Travail qui lui avait indiqué qu'il ne devait proposer aucun poste au sein de l'entreprise, du groupe ou dans les sociétés ayant un lien quelconque avec ce premier. La Cour de Cassation indiquait à cette occasion « qu'il incombait à l'employeur et non au médecin du travail de justifier du respect de l'obligation de reclassement, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutation ou transformation du poste de travail ». Rédaction classique, solution classique mais conséquence surprenante si l'on y pense : l'obligation (admise comme étant une obligation de résultat) de préserver la santé et la sécurité de la salariée en lui évitant un reclassement considéré comme dangereux par le Médecin du Travail n'a pas fait le poids face à l'obligation (admise comme étant une obligation de « moyens » renforcée) de reclassement !

Dans l'arrêt du 24 avril 2013 (n° 12-13228), il ne s'agit plus de ne pas écouter le Médecin du Travail afin de remplir correctement son obligation de reclassement...mais son salarié. En l'espèce, un salarié avait saisi le Conseil des Prud'hommes, estimant que son employeur n'avait pas correctement rempli son obligation de reclassement suite à l'accident du travail ayant provoqué son inaptitude. Le Conseil des Prud'hommes puis la Cour d'Appel avaient estimé que l'employeur avait respecté son obligation, puisqu'il s'était retrouvé dans l'impossibilité de satisfaire les demandes formulées par le salarié et avait loyalement formulé deux propositions en parfaite conformité avec les préconisations du médecin du travail et que le salarié avait refusé... La Cour de Cassation est venue pourtant casser cette décision par un moyen explicite et exigeant, reprochant à

l'employeur de ne pas avoir pris la peine de : « rechercher le reclassement dans un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail, ce au sein du groupe auquel il appartenait, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». En l'occurrence, l'arrêt d'appel était marqué par un certain pragmatisme, retenant que l'employeur ne pouvant satisfaire les demandes du salarié sur deux postes proches du domicile de celui-ci et ayant effectué deux propositions de reclassement loyales et conformes aux préconisations du médecin du travail, il n'avait pas à solliciter à nouveau l'avis du médecin du travail et que le salarié, ayant refusé ces propositions loyales de reclassement, son employeur ne pouvait pas mettre en œuvre une quelconque mesure de réadaptation, de rééducation ou de formation. La Cour de Cassation intervient sur le principe et vient rappeler que l'imagination de l'employeur ne saurait se contenir, en matière de reclassement, dans les limites fixées par la Médecine ou les jalons posés par le salarié. Un refus du salarié des postes proposés, même si ces derniers sont parfaitement conformes aux préconisations, ne saurait être considéré comme une autorisation de licencier sans risque.

N. D.

Handicap au travail

CJUE 11 avril 2013, aff. C-335/11 et C-337/11.

La protection de la santé au travail passe aussi par celle de l'égalité entre travailleurs. Le droit de l'Union européenne n'est pas sans ressources sur ce plan mais son champ d'application et son contenu doivent encore être précisés. La directive 2000/78 du 27 novembre 2000 créant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹ permet de lutter contre les discriminations frappant les travailleurs handicapés, ce qui suppose de savoir quels sont les travailleurs concernés et comment ils sont protégés. C'est ce sur quoi a dû s'interroger la Cour de justice de l'Union Européenne dans deux affaires dans lesquelles deux salariées danoises ont été licenciées suite à un ou plusieurs arrêts maladie ayant laissé des séquelles et provoqué une incapacité physique partielle de travail. Les deux salariées saisissent leur juge national car elles s'estiment d'une discrimination liée à leur handicap et à l'absence d'aménagement de leur poste de travail, contrairement à ce que prévoit la directive 2000/78. Encore faut-il savoir si le seul fait de ne plus pouvoir accomplir complètement son travail en raison d'atteintes physiques, mentales ou psychiques constitue un handicap au sens de cette directive. C'est en substance la question qui se posait à la CJUE, à côté de celle des aménagements à mettre en place par l'employeur au cas où la directive s'appliquerait. La Cour y répond dans un arrêt du 11 avril 2013 commun aux deux affaires. Sur la notion de handicap, elle décide que celle-ci inclut l'état pathologique causé par une maladie curable ou incurable dès lors que celui-ci peut faire obstacle durablement à la participation pleine et effective du salarié à la vie professionnelle. La directive s'applique dans ce cas et sur son contenu, la CJUE précise que la réduction du temps de travail peut être une mesure d'aménagement visée par le texte pour faciliter le maintien de l'emploi du travailleur handicapé. En revanche l'employeur ne peut invoquer une disposition nationale lui permettant de mettre fin au contrat avec un préavis réduit en cas d'absence de longue durée si cette absence est due à l'omission par l'employeur de mesures visant à rendre le travail approprié au handicap du salarié.

Une définition ouverte du handicap

La directive 2000/78 ne donne pas de définition du handicap, sans toutefois renvoyer celle-ci au droit des États membres. La Cour de justice s'est alors attelée à cette tâche dans l'arrêt *Chacon Navas* du 11 juillet 2006² et entend le handicap comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie profes-

1 - JO L 303, 2 déc. 2000, p. 16

2 - CJCE, 11 juill. 2006, aff. C-13/05.

sionnelle³ ». Elle reprend cette définition dans l'arrêt du 11 avril 2013 et insiste sur certains points.

Elle précise tout d'abord que la participation pleine et entière à la vie professionnelle peut être entravée par l'interaction entre les atteintes physiques, psychiques ou mentales subies par le travailleur et d'autres barrières. La Cour adopte une approche « biopsychosociale » du handicap faisant le lien entre les capacités physiques d'un individu et des facteurs contextuels comportementaux et environnementaux, rejoignant ainsi la position de l'OMS⁴ et surtout de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées⁵, expressément visée par l'arrêt comme l'un de ses fondements juridiques⁶. L'exclusion de la vie professionnelle que suppose le handicap au sens de la directive égalité de traitement n'est pas nécessairement une exclusion totale, précise l'arrêt. La salariée qui, comme en l'espèce, peut encore travailler sur son ancien poste mais pas à temps plein peut être considérée comme travailleuse handicapée. Le handicap doit être entendu comme « une gêne à l'exercice d'une activité » et non comme une impossibilité de l'exercer⁷. L'essentiel est que l'entrave à la vie professionnelle soit de longue durée pour que soit caractérisé le handicap.

Une organisation du travail adaptée

L'arrêt met ainsi l'accent sur les effets que la situation physique du salarié aura sur sa vie professionnelle. Affirmer clairement que le handicap n'est pas qu'un état physique permet d'insister sur l'importance, dans la réduction et la prévention du handicap, d'une organisation du travail adaptée. Et l'arrêt commenté fait preuve sur ce point d'une grande cohérence en précisant que la réduction du temps de travail peut constituer un aménagement du poste de travail exigé par l'article 5 de la directive 2000/78 pour permettre à tout travailleur handicapé d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. L'énumération de mesures opérée par la directive n'est pas exhaustive et peut tout à fait inclure des mesures organisationnelles telle qu'une réduction du temps de travail. Comme le rappelle l'OMS, « la prévention du handicap doit être envisagée comme une stratégie multidimensionnelle, qui consiste autant à réduire les obstacles qui handicapent qu'à prévenir et à soigner les problèmes de santé sous-

jacents⁸ ». On retrouve ici le lien entre prévention et organisation du travail, si présent lorsque sont évoquées les politiques de santé au travail.

Et comme toute politique de prévention reposant sur l'organisation du travail, celle de prévention du handicap au travail relève de la responsabilité de l'employeur, ce qui a pour conséquence logique de le rendre responsable de toute carence en la matière. L'arrêt du 11 avril en déduit que les absences d'un salarié dues à l'absence d'action visant à réduire la gêne à l'activité ne peuvent être reprochées au salarié et doivent au contraire être imputées à l'employeur. Ce dernier ne peut alors, dans ce cas, se prévaloir des absences prolongées ou répétées du salarié concerné pour le licencier, comme c'était le cas en l'espèce. On retrouve la logique consistant à amputer l'employeur de son droit de résiliation unilatérale lorsque les politiques de prévention des risques professionnels ou de l'inaptitude au travail sont insuffisantes⁹.

Handicap, maladie et discrimination indirecte

Mais l'approche ouverte du handicap a aussi pour effet de rapprocher, sans pour autant les confondre, le handicap et l'état de santé des salariés, et par la même occasion d'enrichir la notion de discrimination. Une difficulté vient en effet de ce que la directive 2000/78, tendant à l'égalité de traitement entre travailleurs, vise bien le handicap mais ne désigne pas l'état de santé comme un facteur discriminant. Or, le législateur de l'Union a volontairement utilisé le terme de handicap en souhaitant le distinguer de celui de maladie¹⁰. En l'espèce les employeurs attaqués avaient invoqué cette distinction entre le handicap et la maladie pour écarter l'application de la directive 2000/78 aux litiges. Ils ont été contredits par la CJUE qui indique que le handicap peut être le résultat d'une maladie, même s'il s'en distingue. La directive ne vise pas que les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle. Rien dans son contenu ne permet de le penser et encore moins dans son objectif égalitaire, antinomique avec une hypothétique distinction en fonction de l'origine du handicap¹¹.

Outre l'application de la directive, le lien opéré entre le handicap et l'état de santé des salariées a eu pour conséquence dans ces affaires de déclarer comme discriminatoire une législation réduisant le préavis de licenciement d'un salarié ayant été absent plus de 120 jours pour cause de maladie. Une telle disposition n'est pas directement discriminatoire en tant que telle au sens du droit européen puisque celui-ci ne prohibe pas expressément les discriminations fondées sur l'état de santé. Mais la disposition peut être indirectement discriminatoire dès lors que,

3 - CJCE, op. cit., §43.

4 - OMS, Rapport mondial sur le handicap, 2012, p. 4.

5 - Adoptée le 13 décembre 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

6 - La loi française s'inscrit dans la même dynamique depuis 2005. L'article L114 du Code de l'action sociale et des familles définit ainsi le handicap comme « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

7 - CJUE, 11 avr. 2013, §44.

8 - Rapport OMS précité, p. 9.

9 - V. not. Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, et le commentaire dans le n° 1 de cette revue.

10 - CJCE, 11 juill. 2006, §44.

11 - CJUE, 11 avr. 2013, §40.

bien que neutre en apparence, elle a pour effet de discriminer les travailleurs handicapés. En effet, la Cour estime, à juste titre, qu'un travailleur handicapé est davantage susceptible de subir des jours d'absence pour maladie dans la mesure où « il est exposé au risque supplémentaire d'une maladie liée à son handicap¹² ». Il reste qu'une discrimination indirecte, comme toute discrimination, peut être justifiée si elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, à condition que l'objectif poursuivi soit légitime et l'exigence proportionnée. La Cour admet que l'objectif de promotion de l'emploi des travailleurs handicapés, mis en avant par le gouvernement danois pour légitimer la disposition attaquée est admissible, la juridiction nationale devant elle-même apprécier si son contenu est proportionné à l'objectif poursuivi. Une telle disposition n'existe pas en droit français, mais un employeur peut licencier un salarié absent pour cause de maladie depuis longtemps ou de manière répétée. Il ne semble pas que cette possibilité soit remise en cause par l'arrêt du 11 avril 2013 car le motif juridique d'un tel licenciement en droit français n'est pas en soi l'état de santé mais le trouble qu'il apporte au bon fonctionnement de l'entreprise, matérialisé par la nécessité de remplacer définitivement le salarié¹³. Ce faisant, la Cour de cassation a clairement mis en évidence l'objectif économique du licenciement d'un salarié absent pour maladie. Et la grande, et légitime, exigence dont elle fait preuve quant à la motivation d'un tel licenciement montre qu'elle ne considère pas cette mesure comme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Cet arrêt du 11 avril 2013 ne supprime donc pas la faculté de licencier un salarié malade, handicapé ou non. Tout n'est pas discrimination et la prise en compte du handicap au travail passe aussi par d'autres canaux, à commencer par une organisation du travail adaptée.

S. B.

Accident du travail, réserves de l'employeur sur le caractère professionnel de l'accident

Cass. 2^e civ. 25 avril 2013, n° 12-18305

En matière de reconnaissance du caractère professionnel d'un sinistre, le contentieux entre les employeurs et les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) est loin d'avoir épuisé l'ensemble des motifs de contestation, notamment compte tenu du développement de l'utilisation des nouvelles technologies dans ce domaine.

En l'espèce, la Cour de cassation a eu à connaître d'un litige relatif à l'application des règles relatives aux réserves motivées émises par les entreprises quant au caractère professionnel du sinistre. Le présent arrêt permet d'enrichir cette problématique classique d'un éclairage nouveau quant à la charge de la preuve dans un contexte de dématérialisation des relations entre les entreprises et les organismes d'assurance maladie.

Du classicisme de la question du rôle des réserves de l'employeur dans la procédure de reconnaissance des AT/MP...

L'article R. 441-11 du Code de la sécurité sociale, issu du décret n° 2009-938 du 29 juillet 2009 prévoit la possibilité pour l'employeur d'assortir la déclaration d'accident du travail de réserves motivées. Lorsqu'elles reçoivent de telles réserves, les caisses sont tenues de mener une instruction contradictoire. Si elles ne satisfont pas à cette obligation, elles s'exposent en cas de contentieux à l'inopposabilité de la décision de prise en charge à l'employeur.

La notion de réserves a fait l'objet d'une définition jurisprudentielle désormais constante, la Cour de cassation considérant que ces dernières « s'entendent de la contestation du caractère professionnel de l'accident par l'employeur, ne peuvent porter que sur les circonstances de temps et de lieu de celui-ci ou sur l'existence d'une cause totalement étrangère au travail »¹⁴. La cour exige en outre que les réserves de l'employeur soient suffisamment précises, détaillées et circonstanciées¹⁵.

On observera que la jurisprudence précitée est relative à l'application de l'ancien article R. 441-11 du Code de la Sécurité sociale qui visait la notion de

14 - Ainsi, ne répondent pas à la définition jurisprudentielle, les réserves relatives à l'état pathologique antérieur du salarié (Civ.2, 12 juillet 2001 n° 99-21762) ; la faute de la victime dans la survenance de l'accident (Civ.2, 11 juin 2009 n° 08-11029) ; ou encore l'implication d'un tiers dans cet accident (Civ.2, 18 février 2010 n° 09-10819).

15 - Civ.2, 17 février 2011, n° 10-15276, et Civ.2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-26590

13 - Cette justification est rigoureusement indispensable. Parmi une jurisprudence constante, v. not. Cass. soc. 25 janv. 2012, n° 10-26502 ; JCPS 2012, 1210, note C. Puigellier.

« réserves » alors que le texte évoque, depuis sa refonte en 2009, des réserves dites « motivées ».

Bien que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 avril 2013 entre dans le champ d'application des nouvelles dispositions, il faudra encore attendre pour savoir si le changement de terminologie sera de nature à renforcer les exigences de la Cour de cassation en la matière puisqu'elle ne revient pas ici sur la définition même de cette notion. En effet, les réserves émises dans ce dossier ne sont pas analysées par la Cour, puisqu'en amont l'arrêt d'appel soulève une problématique de nature probatoire.

... À la modernité renouvelée du droit de la preuve au travers de la dématérialisation des échanges entre employeurs et organismes d'assurance maladie

En l'espèce, l'accident a été déclaré en ligne par l'employeur de la victime sur le portail officiel des déclarations sociales : net-entreprises.fr. Cette possibilité offerte depuis septembre 2008 permet à l'entreprise, outre la déclaration dématérialisée d'un accident, de joindre un courrier de réserves. Toutefois, aucune instruction n'avait été menée par la Caisse, laquelle niait avoir reçu toutes réserves de la part de l'employeur, ce dernier soutenant au contraire en avoir adressé par télétransmission.

En application de l'article 1315 du Code civil et d'une jurisprudence fournie, la charge de la preuve repose sur le demandeur. L'application de ce principe aurait dû conduire les juges du fond à exiger de la part de l'entreprise qu'elle justifie de l'envoi de réserves motivées imposant la poursuite d'une instruction.

La Cour de cassation a d'ailleurs précédemment eu l'occasion de statuer en ce sens et sur ce sujet à une époque où, il est vrai, il n'était pas question de dématérialisation (Soc. 28 janvier 1998, n° 96-14939).

La Cour d'appel de Bourges, tenant compte de l'envoi par voie électronique, a toutefois fondé son arrêt du 24 février 2012 sur les dispositions de l'article 748-6 du Code de procédure civile lequel dispose que « *les procédés techniques utilisés doivent garantir (...) la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire* ».

Elle a ainsi fait droit à la demande d'inopposabilité, considérant que la caisse primaire d'assurance maladie de l'Aude ne justifiait pas que la déclaration d'accident du travail faite par voie dématérialisée ne comportait pas de lettre de réserves en pièce jointe.

Frappé d'un pourvoi formé par la Caisse primaire, cet arrêt s'est vu déférer à la Cour de cassation soulevant ainsi une problématique nouvelle,

confrontant le droit de la preuve à celui des nouvelles technologies.

Au visa des articles 1315 et 1316-1 du code civil, ainsi que de l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, la Haute juridiction censure l'arrêt d'appel pour avoir inversé la charge de la preuve dès lors « *qu'il appartenait à la société de prouver par un document de transmission conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité que l'envoi de la pièce jointe qu'elle produisait avait été effectif* ».

Il convient à cet égard de préciser qu'en cas de dépôt en ligne d'une déclaration d'accident, l'entreprise reçoit en retour un avis de dépôt lui permettant d'établir l'envoi de sa déclaration et assure sa traçabilité, ainsi que des accusés de réception (dits « logique » et « fonctionnel ») établissant la prise en compte par l'assurance maladie des informations ainsi transmises.

Aussi, la Cour rappelle qu'en matière de risques professionnels, comme ailleurs, la preuve peut valablement résulter d'un écrit électronique, ainsi qu'elle avait pu le faire en considérant qu'une caisse primaire peut établir l'envoi d'un avis de clôture de l'instruction par la production d'une réplique informatique de ce courrier (Civ.2, 17 mars 2011, n° 10-14850).

Par cet arrêt la Cour renforce la sécurité juridique des utilisateurs de dispositifs d'échanges dématérialisés mis en place par les organismes de sécurité sociale, mais laisse entière la question de l'évolution de la définition des réserves motivées au regard des dernières dispositions réglementaires.

D. M.

Faute inexcusable et maladie professionnelle : lien de causalité nécessaire

Cass. 2^e civ. 4 avril 2013, n° 12-13.600

Le manquement à l'obligation de sécurité n'est pas toujours assimilable à une faute inexcusable de l'employeur en cas de maladie professionnelle. Tel est l'enseignement principal de cet arrêt du 4 avril dernier dans lequel la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rappelle que les questions de causalité sont essentielles dans le domaine des accidents du travail et des maladies professionnelles. En l'espèce un salarié chauffeur de poids lourds a été pris en charge comme victime d'une maladie professionnelle mentionnée au tableau n° 97, puis a été licencié pour inaptitude. Il décide ensuite d'assigner son employeur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale en vue d'être indemnisé pour faute inexcusable. L'employeur avait en effet continué à exiger du salarié qu'il porte des charges lourdes malgré les recommandations contraires du médecin du travail.

Sa demande est rejetée par les juges du fond et par la Cour de cassation. Celle-ci constate que les recommandations du médecin du travail ne visaient que le port de charges lourdes, alors que dans les conditions de prise en charge de la maladie, le tableau n° 97 ne visait pas ce type de travaux comme cause de la maladie mais des travaux exposant à des vibrations lors de la conduite de certains engins. Ainsi le fait de ne pas suivre les recommandations du médecin du travail ne constituait en aucune manière une cause de la maladie prise en charge et ne pouvait dès lors être assimilé à une faute inexcusable selon la Cour. Pour recouvrer cette qualification les actes ou omissions de l'employeur doivent être la cause nécessaire de la maladie professionnelle dont est atteint le salarié et plus exactement de la maladie prise en charge comme telle par la Caisse primaire d'assurance maladie. Cela signifie que si une maladie est prise en charge sur le fondement d'un tableau (ici le tableau n° 97) la faute inexcusable doit résulter des conditions de sécurité entourant les travaux désignés par ce même tableau comme cause probable de la maladie. En l'espèce le salarié invoquait un autre tableau désignant certes la même maladie (les affections du rachis lombaire) mais l'imputant à d'autres travaux, à savoir le port de charges lourdes (tableau n° 98). Le salarié ne se trompe pas de maladie, et il est possible que celle-ci ait été causée par le port de charges lourdes puisque le tableau n° 98 reconnaît ce travail comme une cause probable des affections du rachis lombaires. Simplement le salarié a été pris en charge au titre du tableau n° 97 qui, lui ne reconnaît pas le port de charges lourdes comme cause de sa maladie. La situation semble pour le moins kafkaïenne même si elle peut s'expliquer juridiquement.

La Cour de cassation rappelle fort justement que la faute inexcusable ne peut être invoquée que si elle est la cause nécessaire de l'accident ou de la maladie. L'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale, visé par l'arrêt, prévoit en effet que « lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire » et l'article L. 461-1, également mentionné par la Cour, précise que pour être présumée d'origine professionnelle la maladie doit être désignée dans un tableau et remplir les conditions fixées par ce tableau. Il en va de même de la faute inexcusable qui ne peut être envisagée indépendamment de l'accident ou la maladie qu'elle a pu causer.

Depuis quelques années le lien de causalité entre la faute et l'accident ou la maladie a surtout fait parler de lui pour évoquer la plus grande tolérance des juges vis à vis des victimes. Il n'est plus nécessaire de montrer que la faute a été la cause déterminante de l'affection dont est victime le salarié. S'il existe plusieurs causes possibles, il suffit de montrer que la faute de l'employeur est une cause nécessaire de l'affection, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage¹⁶. Ne plus rechercher la cause adéquate est plus favorable aux victimes mais il ne faut pas pour autant oublier que la faute doit rester une cause nécessaire de la maladie. Sur ce point l'arrêt commenté n'est pas critiquable. Mais ce n'est pas tant le maintien de cette position de principe qui est gênant que l'application qui en est faite. Rappelons que le salarié était victime d'une maladie désignée dans deux tableaux différents et qu'il invoquait des travaux visés par le tableau n° 98 comme siège de la faute, alors que la CPAM avait pris en charge sa maladie au titre du tableau n° 97. Si les tableaux n° 97 et 98 avaient été fusionnés en un seul, car désignant rigoureusement les mêmes affections, la solution aurait été différente. Une telle décision conduit à nouveau à interroger la pertinence de ce système des tableaux.

Pour avoir gain de cause le salarié aurait dû démontrer que le port de charges lourdes qui lui était imposé malgré les recommandations contraires du médecin du travail était la cause directe de sa maladie. Mais cela ne peut se faire uniquement devant le juge et nécessite l'accomplissement d'une procédure spécifique faisant intervenir un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles. Le fait pour le salarié d'invoquer dans son pourvoi que le port de charges lourdes avait pu provoquer son affection conduit à ignorer cette procédure, ce que le juge ne peut faire, à moins que l'action du salarié ne soit fondée sur le droit commun de la responsabilité contractuelle et non sur le Code de la sécurité sociale. Cette dernière solution n'est toutefois pas possible si la maladie sur laquelle il entend fonder

.....

16 - Cass. Ass. Plén. 24 juin 2005, n° 03-30.038, Bull. 2005, A. P. n° 7 ; D. 2005, p. 2375, note Y. Saint-Jours. - Cass. 2E civ. 12 juill. 2007, n° 06-16.748 ; JCPS 2007, 1769, note T. Tauran.

son action a été reconnue comme maladie professionnelle par la CPAM¹⁷.

Bien que justifiée juridiquement la décision commentée crée un certain malaise au regard des faits. L'employeur a indubitablement manqué à son obligation de sécurité puisqu'il n'a pas respecté les recommandations du médecin du travail lui indiquant la nécessité de ne pas soumettre le salarié au port de charges de lourdes. Mais comme le médecin du travail est resté silencieux sur les travaux exposant habituellement à des vibrations, seuls visés par le tableau 97, aucune faute à l'origine de la maladie ne pouvait être reprochée à l'employeur. Les préconisations du médecin du travail sont certes clairement liées à l'obligation de sécurité de résultat et peuvent conduire à sanctionner l'employeur qui ne les prend pas en compte¹⁸, mais cette omission ne constitue pas nécessairement le lit d'une faute inexcusable. Elles créent malgré tout une conscience du danger chez l'employeur sur l'état de santé général du salarié, conscience qui, si elle n'est pas suivie de mesures de sécurité, entraîne la qualification de faute inexcusable. Certes cette conscience était éveillée sur le port de charges lourdes et non sur les vibrations mais au vu des recommandations du médecin du travail les problèmes lombaires du salarié ne pouvaient plus être ignorés. La Cour de cassation a peut-être considéré que l'employeur ne pouvait avoir conscience du risque que présentait pour le dos du salarié les travaux de conduite l'exposant à des vibrations. Elle semble toutefois donner sur ce point un rôle central, voire exclusif, aux recommandations du médecin du travail puisqu'elle souligne, pour se justifier, que les travaux visés par le tableau n° 97 n'avaient pas fait l'objet de réserves du médecin du travail. L'employeur n'aurait ainsi pu avoir conscience du danger représenté par les vibrations dans la mesure où le médecin du travail n'avait émis aucune réserve sur ce point. Pourtant si le rôle du médecin est essentiel dans l'organisation du travail, il semble dangereux de considérer que ses prises de position limitent la responsabilité de l'employeur. Il faut sans doute se garder d'interpréter cet arrêt dans ce sens car l'employeur reste tenu de prendre des mesures élémentaires de prudence même si aucun texte ou avis extérieur ne le lui impose¹⁹. Le contraire conduirait à remodeler la répartition des responsabilités en matière de santé au travail dans l'entreprise.

S. B.

17 - C. séc. Soc. Art. L 451-1 et Cass. Soc. 7 déc. 2011, n° 10-22875 ; Bull. Civ. 2011, V, n° 287.

18 - Cass. Soc. 19 déc. 2007, n° 06-43.918 ; Bull. 2007, V, n° 216.

19 - Par exemple, un travail à proximité de lignes électriques non enfouies doit nécessairement être considéré comme dangereux et donner lieu à des mesures particulières de sécurité, même si le non-respect des normes d'enfouissement n'est pas imputable à l'employeur : Cass. 2E civ. 12 juill. 2007, op. cit. V. également CA Lyon, 13 nov. 2012, n° 10/04205 ; JCPS 2012, 1536, note N. Chavrier, C. Mo.

Thomas Baudesson

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Charles-Henri Boeringer

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Gaëlle Merlier

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

Observations sur la fin de vie

À propos de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne du 11 mai 2013

La problématique de fin de vie et d'euthanasie¹ est toujours d'actualité. La plupart des pays européens interdisent l'euthanasie, comme le recommande la résolution n° 1859 du 25 janvier 2013 du Conseil de l'Europe. Le droit français, tout en interdisant l'euthanasie, régit la situation des malades en fin de vie par les lois du 4 mars 2002, dite « loi Kouchner », et du 22 avril 2005, dite « loi Léonetti ». L'ordonnance du 11 mai 2013, rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, met en évidence les difficultés de l'application des règles résultant du dispositif actuel.

En l'espèce, monsieur L., âgé de 37 ans, a été victime d'un accident de circulation en 2008, à la suite duquel il a été hospitalisé au centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims. Son état est passé de coma végétatif au coma pauci-relationnel, alternant des périodes de sommeil et de très faible conscience. Il est hydraté et alimenté par sonde. Au début de l'année 2013, les médecins se sont interrogés sur la poursuite des soins. L'épouse et certains membres de la famille du malade ont précisé que ce dernier, avant l'accident, avait exprimé la volonté de ne pas être maintenu en vie artificiellement. Une procédure collégiale en vue de l'arrêt des soins, prévue aux articles L. 1111-4 et L. 1111-13 du code de la santé publique, a été mise en place. En avril 2013, l'équipe médicale a décidé, avec le consentement de la seule épouse, de supprimer l'alimentation et de réduire de moitié l'hydratation du malade. La décision d'arrêter les soins a été mise en œuvre le 10 avril 2013.

.....

1 - V. A. Lepage, *Suicide et droit pénal*, Mélanges J.-H. Robert, p. 399 et s.

Les parents et d'autres membres de la famille, apprenant par un tiers venu rendre visite au malade, la mise en place de la procédure collégiale, ont saisi le juge des référés en vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. D'après ces dispositions, le juge des référés, saisi d'une demande justifiée par l'urgence, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Selon les requérants, le CHU de Reims a violé le droit au respect de la vie, résultant de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne leur a donné raison et, par ordonnance du 11 mai 2013, a enjoint au CHU de Reims de rétablir l'alimentation et l'hydratation normale du malade. Les dispositions légales et réglementaires relatives aux malades en fin de vie (1) imposent en effet de recueillir la volonté du malade et, le cas échéant, de sa famille et ses proches (2).

1) Le médecin a, certes, l'obligation de prodiguer des soins appropriés, mais les dispositions de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, issues de la loi du 22 avril 2005 prévoient que ceux-ci ne doivent pas être poursuivis par obstination déraisonnable. Lorsque les actes de soins apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus. La loi pose ainsi un cadre dans lequel le professionnel de santé agit. Le médecin ne peut abrégier la vie du malade, mais il ne peut pour autant poursuivre les soins au-delà d'une limite raisonnable. Dans la première hypothèse, il commettrait un acte d'euthanasie, qui serait qualifié sur le plan pénal d'homicide volontaire, assassinat ou empoisonnement. Dans la seconde hypothèse, il s'agirait d'une obstination déraisonnable, laquelle n'est pas un délit pénal, mais constitue une faute médicale. Un jugement du tribunal administratif de Nîmes du 2 juin 2009 (n° 06-22251) a ainsi condamné sur ce fondement une maternité en raison de la réanimation d'un nouveau-né qui a duré plus de 25 minutes et a causé de graves séquelles à l'enfant. En l'espèce, la réanimation a été continuée alors que le cerveau n'avait pas été irrigué pendant environ trente minutes, ce qui rendait prévisible, en cas de survie, la survenance d'un handicap d'une particulière gravité. Ainsi, le droit de recevoir les soins appropriés, tout comme le droit à la vie n'est pas de portée absolue. L'appréciation de la nécessité d'arrêter les soins relève, au cas par cas, du pouvoir du médecin.

L'équipe médicale, en l'espèce, a pu constater au début de l'année 2013 des signes d'opposition comportementale de la part du malade lors des actes de *nursing*, qui ont été interprétés comme un refus de vivre, ce qui a déclenché une réflexion éthique.

L'épouse, présente au quotidien auprès de son mari, a rapporté la volonté de son mari de ne pas poursuivre les soins. L'alimentation et l'hydratation d'une personne en situation de coma, selon l'ordonnance du 11 mai 2013, constituent un acte de soins au sens des articles L. 1110-5 et L. 1111-4 du code de la santé publique. Pour autant, même lorsque la décision d'arrêter les soins est justifiée sur le fond, il convient de respecter les conditions de forme prévues par le code de la santé publique.

2) La gravité de la décision de suspendre les soins justifie le formalisme prévu par la loi Léonetti. Le médecin, selon l'article L. 1111-13 du code de la santé publique, peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou ayant pour objet la seule prolongation artificielle de la vie du malade, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale (R. 4127-37). A cette occasion, il tient compte des directives anticipées établies, le cas échéant, moins de trois ans avant l'état d'inconscience du malade (L. 1111-11). Il consulte aussi la personne de confiance désignée par celui-ci (L. 1111-6 et L. 1111-12), sa famille et ses proches. La décision d'arrêter les soins, motivée, est inscrite dans le dossier.

En l'espèce, en l'absence de directive anticipée et de personne de confiance désignée par le malade, l'équipe médicale aurait dû consulter non seulement son conjoint, mais aussi sa famille, notamment ses parents. Cependant, seule l'épouse a été associée à la procédure collégiale. Le contexte familial n'était, certes, pas propice au dialogue, ce qui peut expliquer en partie la raison pour laquelle les parents n'ont pas été informés de la mise en place de la procédure collégiale. Il convient, toutefois, de préciser que le rôle du médecin ne consiste pas à obtenir un consensus. Il ne doit pas convaincre l'entourage du malade de la nécessité d'arrêter les soins et encore moins obtenir l'accord de tous les proches. La procédure collégiale n'est pas une forme de médiation familiale. Le médecin consulte les proches, mais prend seul la décision.

Le rôle du conjoint et des proches du malade se limite ainsi à donner un avis sur la poursuite des soins. Cet avis n'a qu'une valeur consultative et, en conséquence, n'oblige pas le médecin. Même dans l'hypothèse où tous les proches du malade seraient d'accord pour arrêter ou poursuivre les soins, la décision relève des prérogatives du médecin. Cette appréciation aussi souveraine soit-elle sur le fond, est encadrée par des exigences de forme. Sur ce point, l'ordonnance du 11 mai 2013 précise que le médecin doit s'efforcer de recueillir une large participation de l'entourage du malade. Il ne suffit pas, en conséquence, de se contenter du seul avis du conjoint ; il faut rechercher aussi celui des parents et des frères et sœurs du malade.

La décision de suspendre les soins ne constitue pas pour autant une faute médicale. Le juge administratif a sanctionné le CHU de Reims pour des « manquements procéduraux caractérisant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale » (considérant n° 9). En d'autres termes, si, postérieurement à l'ordonnance commentée, le CHU respecte

la procédure prévue par le code de la santé publique, en consultant non seulement l'épouse, mais encore les parents et les frères et sœurs, l'équipe médicale pourra décider d'arrêter les soins dès lors que leur poursuite constitue une obstination déraisonnable.

La loi Léonetti crée un équilibre entre le pouvoir du médecin de limiter ou suspendre les soins, d'une part, et les exigences de nature procédurale, d'autre part. L'ordonnance du 11 mai 2013 impose à juste titre à l'équipe médicale de recueillir l'avis du conjoint et des parents et proches du malade.

Avant de s'interroger sur la question de savoir s'il convient ou non de légaliser l'euthanasie, il semble qu'une application correcte du dispositif légal existant permet de répondre à un grand nombre de difficultés rencontrées aussi bien par les malades que par les professionnels de santé. La décision commentée rappelle aussi combien il est utile de recourir aux directives anticipées et de désigner une personne de confiance, pour éviter bien des conflits familiaux.

On observe, enfin, plus largement, qu'à la différence du droit à la vie, qui constitue une liberté fondamentale garantie par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence *Pretty* (CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02) enseigne qu'il n'existe pas de droit à la mort. Les États membres du Conseil de l'Europe sont libres de légaliser ou non les pratiques relatives à l'euthanasie. La Suisse, par exemple, connaît le suicide assisté, qui est une forme d'euthanasie.

Plus récemment, dans un arrêt du 20 janvier 2011 (n° 31322/07, *Haas c/ Suisse*), la Cour de Strasbourg inscrit le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment il va mourir dans le cadre du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention. Le suicide assisté est ainsi passé du domaine médical à celui des libertés publiques. La jurisprudence européenne requiert toutefois que l'exercice de cette liberté soit encadré de manière rigoureuse. Par un arrêt du 14 mai 2013, la Cour a condamné la Suisse en raison d'une réglementation du suicide assisté trop imprécise (CEDH, 14 mai 2013, n° 67810/10, *Gross c/ Suisse*). Le droit à l'autodétermination, même lorsqu'il est reconnu, demeure ainsi toujours exceptionnel.

A. Z.-D.

La dualité de la faute caractérisée

Commentaire de l'arrêt du 16 janvier 2013 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation²

Pour rejeter le pourvoi de deux médecins échographistes formé à l'encontre de leur condamnation par les juges du fond sur le fondement de l'article 114-5 alinéa 3 du Code de l'Action Sociale et des Familles (CASF), la première chambre civile de la Cour de cassation pose deux critères pour qualifier la faute caractérisée au sens de ce texte. Ces précisions font écho aux difficultés d'appréciation de cette notion en droit pénal et ouvrent des pistes de réflexion quant à sa définition.

En l'espèce, un enfant souffrant d'une agénésie de l'avant-bras droit est né alors même que, pendant la grossesse de sa mère, deux médecins échographistes avaient indiqué dans leurs comptes rendus écrits que ses membres étaient "visibles dans leurs extrémités" et que l'enfant avait ses deux mains. Après sa naissance, les parents ont alors introduit une action à leur encontre afin d'obtenir réparation de leur préjudice moral.

Au terme de la procédure au fond, les médecins ont été solidairement condamnés à verser à chacun des demandeurs la somme de 15.000 euros en raison de la faute caractérisée dont ils se sont rendus coupables. Ils ont alors formé un pourvoi à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles.

Au soutien de ce recours, ils contestaient l'existence d'une faute caractérisée en soutenant que les juges du fond n'avaient pas établi en quoi "la marge d'erreur habituelle d'appréciation pour un examen qui comporte une irréductible part d'aléa" avait été dépassée. Malgré cette argumentation, leur pourvoi est rejeté au motif que :

"M. Z avait indiqué, dans son compte-rendu écrit du 26 janvier 2005, que les membres étaient visibles avec leurs extrémités ; qu'elle a pu en déduire que cette affirmation constituait une faute qui, par son intensité et son évidence, était caractérisée au sens de l'article précité [article L. 114-5 du CASF] ;

[...] la cour d'appel, qui a déduit l'existence d'une faute caractérisée au sens de l'article précité, de la constatation que M. Y avait affirmé, dans le compte-rendu écrit de l'examen, la présence de deux mains, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision".

Ce faisant la première chambre civile de la Cour de cassation, suivant en cela le Conseil d'État (CE, 9 avril 2005, n° 255990, Centre hospitalier Émile Roux du Puy en Velay; Gazette du Palais, 30 juillet 2005 n° 211, p. 9), consacre les éléments constitutifs de la faute caractérisée au sens de l'article L. 114-5 alinéa 3 du CASF. Cet arrêt permet aussi d'affiner les

contours de cette notion également utilisée par l'article 121-3 du Code pénal, ce qui pose la question de son unité civile et pénale.

Le flou entourant la notion de "faute caractérisée"

L'article 114-5 alinéa 3 du CASF dispose que les parents ne peuvent obtenir une indemnité pour leur préjudice que "lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée". Le législateur n'a donné aucune précision sur le seuil au-delà duquel une faute serait caractérisée.

Le même flou entoure cette notion en droit pénal malgré les termes plus précis de l'article 121-3 alinéa 4 du Code Pénal qui dispose que "les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont [...] commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer".

Face à ce texte, un auteur déplore avec pertinence qu'"aucune des définitions proposées par les tribunaux n'a[it] permis de déterminer précisément le seuil de la faute caractérisée qui peut tout aussi bien absorber la faute délibérée qu'être l'accumulation de négligences et d'imprudences ordinaires"³.

En effet, la notion non définie de cette nouvelle catégorie de faute est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels n'ont pas trouvé de critères permettant de garantir la sécurité juridique attendue en matière pénale. La consistance de cette fameuse faute caractérisée reste donc pour l'heure bien malléable. Dans ce flou casuistique, toute précision est donc la bienvenue pour tenter de faire son chemin à travers des cas d'espèce variés, parfois incohérents.

Intensité au civil, gravité au pénal

Le critère de l'intensité retenu par le juge civil pourrait équivaloir à la notion de gravité présente dans l'article 121-3 du Code pénal. Dans un jugement du 24 mai 2005 (RG n° 03/01274), le TGI de Laon regroupe ainsi les deux notions comme formant un seul et même critère d'appréciation, considérant que la faute caractérisée au sens du CASF "doit s'entendre sous le double critère, d'une part, de la gravité et de l'intensité de la faute et, d'autre part, du caractère évident de cette faute commise par un professionnel de santé". Gravité/intensité seraient donc interchangeables.

Le critère de gravité ne semble pourtant pas relever de la même approche en droit pénal que l'intensité en droit civil. Rappelons qu'en matière représ-

2 - Remerciements à Arthur Millerand pour sa contribution à la rédaction de cet article

3 - J-P. Vial, "Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier", AJ Pénal 2012, p. 84.

sive la faute caractérisée comporte un aspect objectif résultant du fait que l'activité de l'auteur exposait autrui à un risque particulièrement grave, et un aspect subjectif tenant à ce que ce dernier ne pouvait ignorer ce risque. La notion de gravité est donc indissociablement liée au risque, et à sa connaissance, créé par l'activité fautive. C'est la forte probabilité et l'imminence d'un risque de dommage pour autrui qui permettent de donner à la faute le degré de gravité suffisant pour se trouver "caractérisée". C'est ce que résume un auteur en affirmant que la faute caractérisée est une "*défaillance inadmissible [dans une] situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère*"⁴.

La matérialité de la faute se trouve ainsi appréciée au regard (trop souvent rétrospectif) du risque créé, ce qui conduit les juridictions à privilégier une approche téléologique visant à accroître la vigilance, et donc la responsabilité de l'auteur en fonction des risques qu'il créé.

L'appréciation de l'intensité de la faute au sens du juge civil est différente. Ni l'article 114-5 alinéa 3 du CASF, ni la jurisprudence y afférente ne lient la responsabilité de l'auteur au risque créé par son activité. La notion d'intensité de la faute est déconnectée de ses conséquences possibles. Il serait d'ailleurs difficile de le concevoir autrement, dès lors que la faute au sens de ce texte n'est pas en tant que telle créatrice de risque. La pathologie dont est atteint le fœtus puis l'enfant, d'une part, et l'erreur de diagnostic du médecin qui n'a pas décelé le handicap d'autre part, sont sans lien de cause à effet. L'intensité de la faute doit donc être appréciée isolément, sans s'appuyer, comme c'est le cas en droit pénal, sur le risque créé par le comportement stigmatisé.

Évidence et conscience du risque

Le critère de l'évidence pour qualifier la faute caractérisée au sens de l'article 114-5 alinéa 3 du CASF est retenu tant par la Cour de cassation dans le présent arrêt que par le Conseil d'État.

La notion d'évidence, plus efficace en droit processuel qu'en droit matériel⁵, fait partie de la faute *délibérée* (en cas de causalité directe entre la faute et le dommage) prévue par l'article 121-3 du Code pénal par l'insertion de l'adverbe "*manifestement*". Mais elle n'est pas présente dans la notion de faute *caractérisée* (en cas de causalité indirecte entre la faute et le dommage) qui n'a pas à être manifeste, mais doit seulement exposer en conscience autrui à un dommage grave.

Sur ce point encore la jurisprudence pénale est très variable d'une décision à l'autre puisque les juges exigent dans certains cas que le prévenu ait

effectivement conscience du risque⁶, tandis que dans d'autres ils se contentent des circonstances de l'espèce pour en déduire l'absence d'ignorance du risque.

Au-delà de ces différences liées aux cas d'espèce, la Chambre Criminelle de la Cour de cassation semble maintenir l'analyse *in concreto*⁸ qui "*doit guider le juge dans son appréciation du comportement du prévenu en cas de poursuites dans le cadre d'une causalité indirecte*"⁹. Ainsi, la conscience du risque devra être appréciée au regard de la nature des fonctions, du pouvoir et des moyens dont le prévenu disposait au moment de sa décision¹⁰.

Le critère d'évidence retenu par le juge civil est objectif, et se différencie donc fondamentalement de la conscience du risque. Il se réfère à ce qui est patent aux yeux de tous et non seulement à ceux de l'auteur de la faute. En l'espèce, la Cour de cassation énonce pour retenir le critère de l'évidence que le médecin avait constaté dans son compte-rendu "*la présence de deux mains*" alors que ce n'était *évidemment* pas le cas au regard de la pathologie en question. L'erreur de diagnostic est flagrante. L'appréciation de l'intensité de la faute dépendra quant à elle des conditions de réalisation du diagnostic et des aléas propres à ce type d'exercice.

Ainsi, les deux fautes caractérisées, bien qu'elles présentent souvent dans les faits des traits communs, ne sont pas appréciées selon les mêmes critères. La gravité du juge pénal n'équivaut pas à l'intensité du juge civil pas plus que l'évidence ne vaut conscience du risque par l'auteur.

Les deux textes utilisent, certes, la même notion de faute caractérisée, et auraient pu laisser croire à une nouvelle catégorie de faute transversale. Ils ne poursuivent toutefois pas les mêmes buts, l'un étant d'essence indemnitaire et objectif, l'autre répressif et subjectif.

Pour autant, les deux souffrent d'une même carence de définition, les critères retenus par la jurisprudence étant trop imprécis. Dans ce flou, il sera donc toujours utile, pour tenter de se repérer, de regarder ce que disent tant les Chambres civiles que la Chambre criminelle, et déceler si une méthode d'appréciation utile aux deux se dégage.

C.-H. B.

.....

4 - Y. Mayaud, "Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal", D. 2000, chron. p. 603.

5 - Même si, comme le souligne la doctrine, le terme "manifeste", qui renvoie à la notion d'apparence, est "*de plus en plus usité au sein de la législation tant pénale que non pénale*": Anne Ponselle, La faute caractérisée en droit pénal; Revue de Sciences criminelles 2003, p.79

6 - V. p. ex. Rouen 30 juin 2004, n° 03/00352 : relaxe pour défaut d'élément démontrant sa connaissance du risque.

7 - V. p. ex. Cass. Crim. 14 décembre 2010, Bull. crim. n° 200, pourvoi n° 10-81.189.

8 - V. p. ex. Cass. Crim. 18 juin 2002, Bull. crim. n° 138, pourvoi n° 01-86.539.

9 - M. Véron, "La source et la nature de l'obligation particulière", Revue Droit Pénal, n° 11, novembre 2002, comm. 120.

10 - Cass. Crim. 3 décembre 2003, Bull. crim. n° 231, pourvoi n° 03-83.008.

La mort au cœur de l'indemnisation du préjudice corporel

Commentaire

de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 mars 2013 (pourvoi n°12-82600)¹¹

À la suite d'un accident mortel de la circulation dont une jeune fille de 16 ans a été victime, sa mère, en qualité d'héritière, avait assigné l'auteur de l'accident reconnu coupable d'homicide involontaire. Ce dernier avait été condamné par les premiers juges à réparer d'une part, les souffrances physiques et morales endurées par la victime avant son décès du fait de ses blessures ainsi que de la conscience de l'imminence de sa mort (à hauteur de 10.000 euros) et, d'autre part, le préjudice de la jeune fille résultant de son décès prématuré au titre de la "perte de chance de vie" (à hauteur de ce qu'elle se serait vue allouée si elle était restée atteinte d'un déficit fonctionnel permanent total).

La Cour d'appel avait pris le parti de réduire l'indemnisation allouée au titre des souffrances physiques et morales en retenant que la douleur qu'avait pu ressentir la victime avait été particulièrement brève et très amoindrie par son absence de conscience provoquée par la violence du choc.

Elle avait par ailleurs rejeté toute indemnisation au titre de la perte de chance de vie.

La Cour de cassation, saisie par la mère de la jeune fille décédée, a approuvé cette approche, considérant notamment, pour diminuer l'indemnité allouée au titre du premier poste de préjudice, "*que l'agonie de la jeune fille a duré une quinzaine de minutes et a été particulièrement pénible*", formule qui peut paraître surprenante si elle n'est pas lue conjointement avec les motifs de la Cour d'appel.

Cet arrêt confirme les dernières évolutions jurisprudentielles concernant l'angoisse d'une mort imminente : celle-ci peut être indemnisée au titre des souffrances endurées (1).

Quant à l'indemnisation de ces souffrances, la tendance semble aller vers une évaluation subjective de leur *quantum* (2).

La présente décision confirme par ailleurs que "la perte de chance de vie" ne saurait être indemnisée (3).

1. L'angoisse d'une mort imminente réparée au titre des souffrances endurées

Bien que le pourvoi ne porte pas sur cette question, on ne peut lire le présent arrêt sans observer



11 - Remerciements à Hortense Epaulard pour ses recherches ayant contribué à la rédaction de cet article

que la Cour d'appel a pris le parti de réparer, au titre des souffrances endurées, à la fois :

- les souffrances physiques et morales endurées par la victime avant son décès du fait de ses blessures, et
- la conscience de l'imminence de sa mort.

Cette position diffère de celle adoptée par la Cour d'appel de Nouméa, à propos de laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 23 octobre 2012¹², que c'est "*sans procéder à une double indemnisation*" que les juges d'appel ont "*évalué séparément les préjudices distincts constitués par les souffrances endurées du fait des blessures et par l'angoisse d'une mort imminente*" (soulignements ajoutés), créant ainsi un chef de préjudice autonome non prévu par la nomenclature Dintilhac¹³.

Ce recentrage de l'indemnisation du préjudice corporel sur les postes de préjudice existants, s'il se confirmait, serait opportun. Il permettrait en particulier d'éviter qu'un même dommage soit indemnisé à plusieurs reprises.

Le recours à un poste de préjudice autonome est en outre parfaitement inutile dans la mesure où la définition des souffrances endurées telle que proposée par la nomenclature Dintilhac permet d'ores-et-déjà de réparer l'angoisse de mourir. Ce poste inclut en effet :

"toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant le maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident à celui de sa consolidation".

Depuis l'arrêt du 26 mars 2013, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans un arrêt rendu le 18 avril 2013¹⁴. Renvoyant à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle rejette le pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel qui avait considéré "*qu'il conv(enait) (...) d'indemniser globalement l'ensemble des souffrances éprouvées sous diverses formes par Marguerite X... entre le jour de l'accident et celui du décès*" (soulignement ajouté). Doivent être incluses dans ces souffrances "*la perte d'espérance de vie ou l'angoisse de mort*".

S'il est difficile, à ce stade, de généraliser cette solution dans la mesure où le contrôle de la Cour de cassation apparaît plutôt restreint, il semble tout de même qu'une tendance se dégage en faveur d'une indemnisation de l'angoisse face à la mort au titre des souffrances endurées.



12 - Cass. Crim., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-83770, commenté par Ana Zelcevic-Duhamel, Revue Trimestrielle de Droit de la santé, Chronique 10, Droit pénal de la santé

13 - Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005

14 - Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 2013, pourvoi n° 12-18199, commenté par Laurent Bloch, "*Décès de la victime : "perte de chance de vie"*" Responsabilité civile - et assurances n° 6, Juin 2013, comm. 167

2. Vers une évaluation subjective du quantum des souffrances endurées

Autre élément d'intérêt, objet du pourvoi cette fois : l'arrêt de 26 mars 2013 donne certaines clés pour évaluer le quantum des souffrances endurées.

Il est étonnant de constater que, d'un côté, la Cour d'appel a pris le soin de rappeler que "l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime mais de sa constatation par les juges et de son évaluation objective dans la limite de la demande dont ils sont saisis" et que, de l'autre, elle décide qu'il "convient cependant de limiter l'appréciation de ce préjudice à la somme de 5.000 euros dans la mesure où la douleur qu'a pu ressentir la jeune fille a été particulièrement brève et très amoindrie par son absence de conscience provoquée par la violence du choc"

En d'autres termes, si le principe de la réparation des souffrances endurées devrait être apprécié objectivement (c'est ce que semble vouloir dire l'arrêt), le quantum d'une telle réparation devrait, en revanche, être évalué de façon subjective.

L'arrêt d'appel, attaqué par la requérante, est confirmé par la Cour de cassation qui renvoie une fois encore à l'appréciation souveraine de la Cour d'appel.

Cette position s'accorde bien avec la définition et l'intitulé des souffrances endurées qui renvoient à la douleur telle qu'elle est endurée et vécue personnellement - donc de manière subjective - par la victime.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans deux arrêts du 5 octobre 2010¹⁵, avait déjà privilégié une approche subjective¹⁶, à la différence toutefois que, dans ces deux espèces, la Cour d'appel avait été jusqu'à rejeter le principe même de l'indemnisation du préjudice moral en raison de l'état d'inconscience des victimes.

Dans l'une de ces deux affaires, la victime était décédée en une heure et le choc de l'accident avait été si violent qu'elle était restée inconsciente et n'avait pu être réanimée. Elle n'avait donc pas "pu se rendre compte de ce qu'il lui arrivait" et "sa souffrance morale n'(était) donc pas établie". Dans la seconde, elle était restée dans le coma pendant quinze jours avant de décéder sans avoir repris connaissance.

Plus récemment, la chambre criminelle¹⁷ et la deuxième chambre civile¹⁸ de la Cour de cassation ont toutes deux insisté sur la nécessité pour les demandeurs de prouver le préjudice allégué : ils doivent rapporter la preuve de ce que la victime de

l'accident avait conscience de son état avant de décéder.

3. Le refus de réparer la perte de chance de vie

Les premiers juges avaient octroyé à la demanderesse la somme de 201.712,06 euros au titre de la perte de chance de vie.

La Cour d'appel infirme cette décision, considérant que "le droit de vivre jusqu'à un âge statistiquement déterminé n'est pas suffisamment certain au regard des aléas innombrables de la vie quotidienne et des fluctuations de l'état de santé de toute personne, pour être tenu pour un droit acquis entré dans son patrimoine de son vivant et, comme tel, transmissible à ses héritiers lorsque survient un événement qui emporte le décès".

Elle reprend ainsi mot pour mot une formule déjà utilisée dans un arrêt confirmé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 10 décembre 2009¹⁹.

Au cas présent, la Cour de cassation considère que "la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors qu'aucun préjudice résultant de son propre décès n'a pu naître, du vivant de la victime, dans son patrimoine et être ainsi transmis à ses héritiers".

Elle confirme ainsi le raisonnement de la Cour d'appel en insistant sur le fait qu'aucune créance n'étant née dans le patrimoine de la victime avant sa mort, aucune créance n'a pu être transmise à ses héritiers.

Cette analyse procède de la logique suivante : tant que le décès n'est pas intervenu, il ne peut y avoir de "perte de chance de vie" puisque la victime est toujours en vie ; et quand le décès intervient, il met fin à la personnalité juridique de la victime, interdisant la naissance, dans un patrimoine qui n'existe plus, d'une créance transmissible aux héritiers.

Cette hypothèse est naturellement à distinguer de la "perte de chance de survie" dont la réparation est admise par la jurisprudence. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 janvier 2013²⁰ nous en donne une illustration récente.

Plus ancien, l'arrêt précité du 10 décembre 2009 avait été l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler la différence entre "perte de chance de vie ayant pour pendant un décès réputé prématuré découlant de l'accident" et "perte de chance de survie" laquelle naît généralement de la faute d'un médecin ou d'une défaillance dans la prise en charge hospitalière à l'origine du décès ou de la perte d'une chance de retarder une issue fatale.

Si la réparation de la perte de chance de survie est reconnue par la jurisprudence, le présent arrêt

15 - Cass. Crim., 5 octobre 2010, pourvois n° 90-87385 et 10-81743

16 - Voir également "Le préjudice n'est-il réparable qu'à la condition que la victime puisse se le représenter ?", Note sous arrêt par David Bakouche, Cass. Crim., 26 mars 2013, pourvoi n° 12-82600, La semaine Juridique Edition générale n° 24, 10 Juin 2013, 675

17 - Cass. Crim., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-83770

18 - Cass. 2ème - civ., 18 avril 2013, pourvoi n° 12-18199

19 - Cass. 2^{ème} civ., 10 décembre 2009, pourvoi n° 09-10296

20 - Cass. Crim., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-87684

confirme que la perte de chance de vie ne saurait l'être.

Il faut enfin distinguer "perte de chance de vie" et "perte d'espérance de vie". Comme l'a récemment rappelé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, cette dernière n'est autre que l'angoisse de l'imminence de sa propre mort, indemnisée au titre des souffrances endurées²¹.

Dans cet arrêt, la solution de la Cour de cassation est particulièrement claire puisqu'elle précise que *"la cour d'appel a caractérisé, non pas une perte de chance de vie, mais le poste de préjudice des souffrances endurées par la victime"* (soulignement ajouté).

*

Si une certaine confusion a pu exister entre les notions de "perte de chance de vie", "perte d'espérance de vie", "angoisse d'une mort imminente", "préjudice de vie abrégée"²², l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 26 mars dernier, suivi de près par l'arrêt de la deuxième chambre civile du 18 avril 2013, a le mérite de confirmer et de clarifier certains points :

- l'angoisse ressentie par la victime d'un accident face à l'imminence de sa propre mort doit être réparée ;
- une tendance semble se dégager aux termes de laquelle cette angoisse ne devrait pas constituer un poste de préjudice autonome mais devrait plutôt être incluse dans les souffrances endurées ;
- la perte d'une chance de vie ne peut être réparée, ce préjudice n'ayant pu naître dans le patrimoine de la victime de l'accident de son vivant ;
- l'évaluation du quantum des souffrances endurées sera fonction de la douleur effectivement ressentie par la victime de l'accident.

T. B. et G. M.

21 - Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 2013, pourvoi n° 12-18199

22 - Cass. Crim., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-83770

Assurance maladie obligatoire et complémentaire

Jean-Louis Carpentier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, directeur du Master « Ingénierie des ressources humaines »

Jean Lessi

Maître des Requêtes, Conseil d'État

Agnès Martinel

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, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

Le contrôle juridictionnel du reste à charge dans les dépenses de soins

L'accessibilité financière aux soins est l'un des piliers du droit à la protection de la santé garanti par le 11^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...)* ». La réponse apportée par les pouvoirs publics depuis l'après-guerre est la prise en charge mutualisée d'une part, longtemps croissante¹, de la dépense de soins par l'assurance maladie obligatoire. En miroir, l'un des prismes permettant d'apprécier la qualité de cette réponse, même s'il est loin d'être le seul, consiste à mesurer la part de cette dépense restant à la charge de l'assuré et d'en apprécier l'impact sur l'accès effectif aux soins.

Cette problématique du « reste à charge » fait l'objet d'une attention renouvelée des acteurs associatifs et des pouvoirs publics², en lien avec la multiplication des dispositifs accroissant la part de la dépense non prise en charge par l'assurance maladie obligatoire et incombant à l'assuré ou à sa complé-

1 - Le taux de remboursement global des soins et biens médicaux par la sécurité sociale a augmenté régulièrement jusque dans les années 1980, avant de décroître légèrement. En 2011, la dépense de soins était prise en charge à hauteur de 75,5 % par la sécurité sociale, de 13,7% par les complémentaires et 9,6% par les ménages.

2 - Côté associatif, on évoquera la mise en place de l'Observatoire citoyen des restes à charge en santé et., côté institutionnel, on renverra aux travaux du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, notamment l'avis publié en 2011 : « L'accessibilité financière des soins : comment la mesurer ? ».

mentaire, à des fins de « responsabilisation » (du moins, d'orientation des comportements) ou de recherche plus ou moins affichée de sources d'économies. Au ticket modérateur (code de la sécurité sociale, article L. 322-2, I) se sont ajoutés la participation forfaitaire pour les consultations ou actes médicaux ou biologiques (L. 322-2, II), la franchise sur les boîtes de médicaments, transports et actes d'auxiliaires médicaux (L. 322-2, III), la participation forfaitaire sur les actes techniques lourds et le forfait journalier hospitalier (L. 174-4), mais aussi certains cas de dépassements d'honoraires.

La question du respect des exigences du 11^e alinéa par les textes prévoyant de tels dispositifs a été posée au juge constitutionnel et au juge administratif³. Ceux-ci ont répondu, sur le principe, que le droit à la protection de la santé, en ce qu'il suppose l'accessibilité financière des soins, constituait bien d'un droit-créance opposable à l'action des pouvoirs publics, dont ils contrôleraient le respect. Autrement dit, il existe un seuil de tolérance du reste à charge, au-delà duquel les exigences du 11^e alinéa seraient méconnues en raison du renoncement aux soins que l'effort demandé aux assurés induirait chez les plus modestes. Ces principes posés, restait à forger une grille de contrôle opérationnelle permettant de cerner ce seuil et de vérifier s'il a ou non été franchi. Le Conseil d'État s'y est employé dans une série de décisions rendues à partir de 2009, de la décision FNATH du 6 mai 2009 à la décision homonyme du 7 décembre 2012⁴, sans prononcer de censure jusqu'ici.

De cette jurisprudence récente qu'il s'agit ici d'analyser – en laissant de côté le sujet des restes à charge hospitaliers – se dégage l'impression, paradoxale en apparence, d'une grille de contrôle exigeante (I) et d'une voie étroite pour la censure⁵ (II). Ce décalage nous semble s'expliquer par la double difficulté d'appréhender de manière fine le phénomène du « reste à charge » et d'objectiver son incidence réelle sur les comportements d'accès aux soins.

3 - Les dispositions législatives et réglementaires accroissant la somme laissée à la charge de l'assuré peuvent bien entendu soulever d'autres questions de légalité délicates, en particulier au regard du principe d'égalité.

4 - Seront plus particulièrement commentées quatre décisions : CE, 6 mai 2009, Association FNATH, n° 312462, publiée au Recueil ; CE, 26 juillet 2011, Association FNATH et autres, n° 337065, aux tables sur ce point ; CE, 27 juillet 2012, Association des malades des syndromes de Lyell et de Stevens-Johnson et autres, n° 349173, aux tables ; CE, 7 décembre 2012, Association FNATH et Association le CICSS, n° 348600, inédite au Recueil.

5 - V. not. T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », in RDSS 2010 p. 835, ou D. Tabuteau, « Santé et assurance-maladie : l'inquiétante dilution des services publics », Droit social 2011 p. 1277.

I- Une grille de contrôle exigeante

Exigée par le Conseil constitutionnel, la grille a été forgée et est maniée par le juge administratif (A). Elle repose sur une analyse globale des restes à charge et des dispositifs compensatoires visant à cerner au mieux les conditions réelles d'accès aux soins (B).

A. Une grille exigée par le Conseil constitutionnel, forgée et maniée par le juge administratif

Si les exigences du 11^e alinéa du Préambule de 1946 sont autant justiciables devant le Conseil constitutionnel que devant le juge administratif, la répartition des tâches entre loi et règlement dans le paramétrage des dispositifs accroissant le reste à charge pour l'assuré fait du prétoire du juge administratif le lieu principal du contrôle juridictionnel.

Parmi les principes fondamentaux de la sécurité sociale relevant du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution figure la règle selon laquelle chaque assuré acquitte une participation forfaitaire pour certains actes et consultations pris en charge par l'assurance maladie, ainsi que les exceptions qui lui sont apportées, tandis que ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire les modalités d'application de ces principes, à condition de ne pas en dénaturer la portée⁶. Ainsi, la loi pose le principe des dispositifs laissant des sommes à la charge des assurés, et les actes réglementaires (décret, arrêté) en fixent les paramètres quantitatifs (montant et plafond de la franchise ou de la participation forfaitaire).

Le contrôle du Conseil constitutionnel est, par suite, nécessairement limité. On déduit de sa jurisprudence que l'existence en soi de dispositifs de cette nature ne se heurte à aucun obstacle constitutionnel. Le large pouvoir d'appréciation du législateur fonctionne d'ailleurs à double sens, pour créer ou supprimer de tels dispositifs⁷. Le Conseil a toutefois rappelé que les exigences du 11^e alinéa s'appliqueraient en aval, au stade de l'adoption des mesures réglementaires d'application, c'est-à-dire du réglage fin. Ce rappel prend la forme de réserves d'interprétation. S'agissant par exemple de la franchise sur les boîtes de médicaments, transports et actes d'auxiliaires médicaux, il a ainsi été précisé que son montant et le niveau des plafonds journalier et annuel « *devront être fixés de façon telle que ne soient pas remises en cause les exigences du Préambule de la Constitution de 1946* »⁸.

6 - Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, au Rec. p. 153, cons. 20.

7 Pour le rétablissement de la gratuité de l'aide médicale d'État pour les étrangers en situation irrégulière, supprimé quelques années auparavant, cf. la décision n°2012-654 DC du 9 août 2012, cons. 63 et s.

8 - Décision n° 2004-5094 DC précitée. V. aussi, la décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, cons. 14 à 23 (pour le tarif forfaitaire de responsabilité des génériques), et la décision n°2004-504 DC du 12 août 2004, cons. 13 (pour la majoration de la participation de l'assuré en cas de non-respect du parcours de soins).

Le juge administratif est donc en première ligne. Il ne s'agit pas tant pour lui de vérifier le respect, par le pouvoir réglementaire, des réserves émises par le Conseil constitutionnel, que de confronter *directement* les paramètres quantitatifs de ces dispositifs au 11^e alinéa du Préambule de 1946. Il faut d'ailleurs souligner que la théorie de la loi-écran ne saurait jouer : ces paramètres ne sont pas prédéterminés par la loi, et constituent un apport propre du décret ou de l'arrêté. Ainsi, le juge administratif, auquel la rédaction concise des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel laissait une grande latitude, a dû donner un contenu opérationnel aux exigences du 11^e alinéa en forgeant sa propre grille d'analyse, dont il a livré le « mode d'emploi » détaillé dans la décision du 6 mai 2009, précisé par la suite.

B. Une analyse globale des restes à charge et des dispositifs compensatoires

Si la rédaction du « considérant de principe » a été précisée au fil des décisions du Conseil d'État, son idée directrice est stable : pour le juge, l'effort financier réel des patients est la résultante de deux mécanismes jouant en sens contraire.

Le juge tient compte, d'une part, de « *l'ensemble des dispositions en vertu desquelles des sommes sont susceptibles d'être laissées à la charge des assurés sociaux à raison des dépenses de santé qu'ils exposent* ». Le juge ne prend donc pas seulement en compte l'effet propre de la mesure réglementaire qui est attaquée (par exemple, le décret du 26 décembre 2007 fixant le montant et les plafonds de la franchise sur les boîtes de médicaments dans la première affaire FNATH, ou le décret du 21 février 2011 augmentant les seuils au-delà desquels le ticket modérateur proportionnel se transforme en participation forfaitaire de 18 euros pour actes lourds dans l'affaire FNATH du 7 décembre 2012), mais l'effet cumulé de tous les dispositifs concourant à créer un reste à charge, dont la sédimentation pourrait conduire à dépasser le seuil de tolérance permettant d'assurer le respect du 11^e alinéa.

Le juge tient également compte, d'autre part, des « *incidences de telles mesures sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées* » (affaire FNATH du 6 mai 2009) ou – ce qui n'est qu'une manière d'explicitier cette première rédaction – « *du coût et des effets, sur ces restes à charge, de la souscription d'un contrat d'assurance complémentaire de santé* » (affaire FNATH du 26 juillet 2011). En effet, le reste à charge « brut », dû au retrait de l'assurance maladie obligatoire, n'est pas toujours supporté par l'assuré, mais peut dans de nombreux cas de figure être pris en charge par une couverture complémentaire, couverture qui a elle-même un coût : la prime. En intégrant ces deux dimensions (la complémentaire et la prime), le juge entend approcher le reste à charge « net » supporté par le patient. On peut s'étonner de la prise en compte de cette forme privée et facultative de mutualisation, alors que le 11^e alinéa, qui exige une garantie par la Nation, suppose *a priori* une mutualisation publique, et que les complémentaires expriment une solidarité de nature différente de celle de l'assurance maladie obligatoire (qui ne distingue pas selon les revenus ou le risque).

Cependant, ce choix peut s'expliquer par la circonstance que la collectivité assure elle-même, pour les plus modestes, la fonction de complémentaire avec la CMU-C (article L. 861-1) et aide ceux dont les ressources excèdent le plafond de la CMU-C à acquérir cette couverture (l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé, dite « ACS », prévue à l'article L. 863-1).

La résultante de ces deux séries de dispositifs est l'effort financier que doivent fournir les assurés pour accéder aux soins.

Le juge va, dans un troisième temps de son raisonnement, chercher à se faire une idée du *taux d'effort* en prenant en compte le revenu des assurés. Si cette troisième étape peut paraître paradoxale au vu de la logique universaliste de l'assurance maladie, qui rend en principe le coût des soins indépendant du revenu et pourrait justifier une approche de l'effort dans l'absolu, elle peut aussi s'expliquer par un souci de réalisme : de fait, l'accès aux soins va dépendre de la part du revenu « absorbée » par la dépense de soins.

Mais le juge ne va pas rechercher un taux d'effort général et abstrait : dans les décisions commentées, le Conseil d'État raisonne à partir de la situation particulière des personnes dont les revenus dépassent le plafond de la CMU-C, en vérifiant que le reste à charge net n'excède pas, pour ces personnes, « la part de leurs revenus au-delà de laquelle seraient méconnues les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». Si la prise en compte de cette catégorie d'assurés s'explique sans doute par l'argumentation dont le Conseil d'État était saisi, elle se justifie au moins autant par l'exposition spécifique de ces personnes au risque de restes à charge « nets » élevés en proportion de leurs revenus et, par suite, de renoncement aux soins. Pour le dire de manière un peu schématique, les personnes aux revenus inférieurs ont accès à la CMU-C, tandis que les personnes plus aisées puisent dans leur épargne. Les personnes de la tranche intermédiaire sont, en revanche, plus fragiles⁹.

II. Une voie étroite pour la censure

Les décisions commentées mettent en lumière deux points délicats dans l'application de cette grille : la localisation du seuil de tolérance correspondant aux exigences du 11^e alinéa (A), et la preuve du franchissement de ce seuil dans un cas d'espèce donné (B).

A. La délicate caractérisation du seuil de tolérance

Première question : où le seuil se situe-t-il ? De manière générale, le juge ne fixe pas prétoriquement de seuils quantitatifs, en annonçant par avance

.....

9 - Ce que tendent à démontrer les Enquêtes sur la Santé et la Protection Sociale réalisées régulièrement par l'IRDES, comme le rappelle le rapport du groupe de travail « Santé et accès aux soins », rédigé dans le cadre de la Conférence nationale contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale (novembre 2012).

où se situera, à l'avenir, le point de basculement entre ce qui est légal et ce qui ne l'est plus. Il est même rare qu'il l'affiche dans ses décisions de censure¹⁰. C'est par tâtonnements que les autorités normatives prennent conscience de leurs marges de manœuvre¹¹. En l'absence de censure au titre du 11^e alinéa, la question reste ouverte. On peut relever qu'en 2011, le taux d'effort moyen après assurance maladie obligatoire pour l'ensemble des ménages s'établissait à 3,3 % du revenu disponible brut. Mais cette moyenne cache des situations très variées selon le décile de niveau de vie. Si l'on retient, pour se rapprocher du prisme retenu par le juge, le « taux d'effort sur revenu net » calculé par le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, c'est-à-dire après couvertures obligatoire et complémentaire, on notera qu'il est voisin de 5 % pour les trois premiers déciles et décroît jusqu'à 2 % pour le dernier décile¹². Cependant, le simple exposé de ces chiffres montre la difficulté de l'appréciation, non exempte de subjectivité et dépendante aussi du consensus social à un moment donné, à laquelle le juge est invité.

Deuxième question : pour qui le seuil doit-il être franchi ? C'est, en réalité, la question décisive, tant la matière se prête mal à des raisonnements sur des moyennes. Comme le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie l'a souligné, « le reste à charge présente des distributions hyper-concentrées » sur certains profils pathologiques, combinant dépenses nombreuses et reste à charge élevé : le « chiffre moyen a peu de chances de correspondre à un nombre significatif de personnes réelles. La quasi-totalité d'entre eux sont très loin de ce chiffre, soit au-dessus, soit en dessous. » Il en va évidemment ainsi, que l'on prenne en considération l'ensemble de la population ou un décile de niveau de vie donné. Suffit-il pour autant qu'un petit nombre de personnes se trouve dans une situation peu équitable du fait du dispositif législatif et réglementaire contesté ? Le Conseil d'État a donné un premier élément de réponse dans sa décision du 27 juillet 2012, *Association des malades des syndromes de Lyelle et de Stevens-Johnson*, en relevant qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que le reste à charge final excéderait le seuil « pour un nombre conséquent d'entre eux ». Il faut donc qu'un groupe significatif de personnes se trouvent dans une situation elle-même jugée inacceptable. Ce deuxième seuil, s'ajoutant au premier, peut surprendre. On le comprend ainsi : c'est sur le terrain de la responsabilité sans faute, que l'État peut, le cas échéant, avoir à répondre des effets excessivement dommageables d'une norme générale et impersonnelle, qui n'est pas illégale du seul fait qu'elle impose à quelques individus des charges exorbitantes. Mais, pour l'application du 11^e alinéa cependant, l'État

.....

10 - Pour prendre l'un des rares exemples : la fixation d'un délai maximum de quinze jours pour l'intervention du juge en cas d'hospitalisation d'office (décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, Mlle S., cons. 23).

11 - On prendra l'exemple de l'appréciation du caractère confiscatoire ou excessif au regard des capacités contributives d'une imposition (Cf. la décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 19).

12 - Données issues du tableau de bord de l'accessibilité financière figurant dans son rapport annuel 2012, p. 23.

commet une illégalité (et donc une faute) en ignorant la situation de particulière précarité d'un groupe significatif.

B. La délicate administration de la preuve du franchissement du seuil

La preuve du franchissement du seuil est, en elle-même, une tâche ardue. De manière générale, pour ce qui est des faits, le requérant aborde le procès administratif dans une position *a priori* peu confortable, de par sa position de demandeur et de par les asymétries d'information et de capacités d'expertise régnant entre lui et la puissance publique. Cette asymétrie est renforcée dans notre matière par la connaissance encore imparfaite des restes à charges, bien que les travaux récemment entrepris permettront vraisemblablement de mieux les objectiver à l'avenir. Pour prouver le franchissement de la ligne rouge, il faut d'ailleurs avoir connaissance non seulement des chiffres, mais aussi, voire surtout, de situations individuelles caractéristiques, ce qui suppose des remontées d'information très riches. Ces deux dernières difficultés touchent, de manière sensiblement égale, les deux parties au procès.

Tout l'enjeu réside donc dans la répartition de la charge de cette preuve. Dans l'équilibre classique de l'excès de pouvoir¹³, si le juge n'exige pas que l'auteur du recours apporte la preuve des faits qu'il avance, le requérant ne saurait se contenter d'allégations insuffisamment étayées. Le juge attend un « commencement de preuve » pour, ensuite, exiger du défendeur (l'administration) des éléments en sens contraire ou faire usage de ses pouvoirs d'instruction, ordonner la communication de pièces complémentaires ou diligenter les expertises utiles. Le juge forme alors sa conviction au vu de l'ensemble de ces éléments. Cet équilibre trouve à s'appliquer dans les décisions commentées. Ainsi, les requérants qui s'en tiennent à des affirmations générales ou abstraites sur le poids du reste à charge n'apportent pas le « commencement de preuve » attendu. En revanche, ils atteignent ce minimum probatoire lorsqu'ils parviennent à pointer des situations caractéristiques de personnes frappées par un reste à charge net substantiel, comme c'était le cas dans la décision du 27 juillet 2012. C'est sur un autre terrain, vu précédemment, que le juge a finalement rejeté la requête.

L'effectivité du contrôle ne se mesure pas seulement à la fréquence des censures, mais aussi, et plus encore, à sa crédibilité et à son intériorisation par le contrôlé. À cette aune, la jurisprudence relative à l'application du 11^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux dispositifs restreignant l'accessibilité financière aux soins peut décevoir, en ce qu'elle ne trace pas de ligne rouge claire, et met surtout en lumière ce que la preuve du franchissement de cette ligne peut avoir de délicat. Pour autant, la grille forgée par le juge administratif permet, d'une part, de donner à une exigence constitution-

nelle formulée en des termes généraux une réalité opérationnelle, en la déclinant à l'enjeu très concret et aigu de l'accessibilité financière des soins, et de signifier aux pouvoirs publics que, bien qu'ils disposent d'une importante marge d'appréciation, il existe un seuil de l'inacceptable.

J. L.

13 - V. la décision CE, 26 novembre 2012, Mme Cordière., n° 354108, à publier au Recueil.

Le choix d'un organisme assureur chargé d'assurer la couverture complémentaire santé depuis la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013

Parmi les dispositions de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, l'une d'entre elles, relative à la généralisation de la protection complémentaire des salariés, a soulevé de sérieuses difficultés lors des débats parlementaires. Issu des articles 1^{er} et 2 de l'Accord national interprofessionnel sur la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013 (ci-après, « ANI »), l'article 1^{er} de la loi a prévu à la fois la généralisation de la couverture complémentaire collective en matière de santé et de prévoyance pour les salariés et leurs ayants droits et le maintien de cette protection complémentaire en cas de licenciement. La mise en place de cette couverture collective s'effectuera selon un calendrier précis : ouverture de négociations de branche entre le 1^{er} juin 2013 et le 1^{er} juillet 2014 ; négociations d'entreprise entre le 1^{er} juillet 2014 et le 1^{er} janvier 2016 en l'absence de conclusion d'un accord de branche ; mise en place de garanties en matière de santé par décision unilatérale de l'employeur à partir du 1^{er} janvier 2016 en l'absence, à cette date, d'accord de branche et d'accord d'entreprise¹⁴.

A – L'analyse divergente des partenaires sociaux et du Parlement sur la liberté de choix de l'organisme assureur

Les signataires de l'ANI avaient considéré que les partenaires sociaux, lors de la négociation des accords de branche, devaient laisser aux entreprises « la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix » et pouvaient, tout au plus, leur recommander « de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence ». Or, le Gouvernement décida, dans l'article 1^{er} du projet de loi, de maintenir, tout en l'encadrant, le mécanisme des « clauses de désignation » prévu par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. En application de ce mécanisme, introduit dans le code de la sécurité sociale par l'article 2 de la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés, toutes les entreprises d'une même branche professionnelle avaient l'obligation d'assurer leurs salariés en matière de complémentaire santé à un organisme de prévoyance expressément

désigné par la convention de branche. Adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 avril 2013, sans modification sur ce point, le projet de loi a été voté par le Sénat le 20 avril 2013, moyennant un amendement supprimant les « clauses de désignation » au profit de simples « clauses de recommandation ». Une commission mixte paritaire ayant repris la position de l'Assemblée nationale, le texte a été définitivement adopté par cette dernière le 24 avril 2013, puis par le Sénat le 14 mai 2013. C'est dans ces conditions que la loi a été déférée au Conseil constitutionnel le 15 mai 2013 par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs.

Sans remettre en cause le principe d'une généralisation de la couverture complémentaire santé à toutes les entreprises, les requérants ont contesté le fait que cette généralisation puisse être réalisée par le mécanisme des « clauses de désignation ». Soulignant qu'un tel mécanisme bénéficiait principalement aux institutions de prévoyance gérées par les partenaires sociaux¹⁵, au détriment des mutuelles et des sociétés d'assurance¹⁶, les sénateurs et députés, auteurs du recours, ont soutenu qu'il constituait une atteinte à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi¹⁷. Un tel raisonnement était, au demeurant, conforme pour l'essentiel à celui de l'Autorité de la concurrence dans son avis rendu le 29 mars 2013¹⁸.

B – La position du Conseil constitutionnel

À l'occasion de cette saisine, le Conseil constitutionnel en a profité pour procéder à un examen global des dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, celles-ci n'ayant, en effet, ja-

15 - Le Conseil constitutionnel, dans son commentaire de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 (p. 3), a souligné que les institutions de prévoyance, qui bénéficient des « clauses de désignation » figurant dans les accords professionnels ou interprofessionnels, gèrent 41 % des complémentaires collectives (contre 38 % aux mutuelles et 20 % aux assureurs). Sur 51 branches ayant recouru à une désignation de leur couverture complémentaire en matière de santé, 43 ont désigné une institution de prévoyance.

16 - Les sénateurs du groupe UMP ont fait valoir que le mécanisme des clauses de désignation, tel qu'institué par l'article 1^{er} de la loi, risquait de « pénaliser lourdement le secteur des mutuelles en supprimant plus de 30 000 emplois » (Liaisons sociales Quotidien, n° 16346 du 17 mai 2013).

17 - Le grief selon lequel l'application d'une « clause de désignation » limiterait la concurrence entre organismes assureurs aurait été irrecevable, le Conseil constitutionnel n'ayant jamais reconnu valeur constitutionnelle à la liberté de la concurrence (Décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, Société Chaud Colatine).

18 - L'Autorité de la concurrence a formulé quatre recommandations dans son avis : 1°) garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les différents types d'organismes susceptibles d'intervenir sur le marché de la prévoyance collective ; 2°) faire primer la liberté de l'employeur de retenir le ou les organismes de son choix ; 3°) encadrer la possibilité d'une mutualisation des risques à l'échelle d'une branche pour la santé et la prévoyance ; 4°) imposer une procédure de mise en concurrence effective des opérateurs susceptibles d'être recommandés ou désignés.

14 - Sur cette question, voir Jean-Louis Carpentier, « La généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé après l'ANI du 11 janvier 2013 », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n° 1, 2013, p. 117.

mais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁹. Sans examiner le 2° du paragraphe II de l'article 1^{er} de la loi relative relative à la sécurisation de l'emploi, qui ajoutait un troisième alinéa à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et traitait de la mise en concurrence préalable des organismes assureurs²⁰, le Conseil, dans sa décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de l'article L. 912-1 dans leur ensemble au motif qu'elles portent à « la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques » (cons. 13)²¹. Il a, en revanche, jugé que ne sont contraires à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée²² qui imposent aux branches professionnelles l'ouverture de négociations²³ portant sur les modalités de choix de l'assureur ainsi que sur les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes de prévoyance de leur choix (cons. 7).

1) Le but d'intérêt général poursuivi par le législateur en instaurant un régime de mutualisation des risques dans le cadre de chaque branche

Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé les termes de l'article 34 de la Constitution selon lesquels « La loi détermine les principes fondamentaux... des obligations civiles et commerciales », a souligné, *a contrario*, que le législateur, en prévoyant la généralisation d'une couverture complémentaire santé obligatoire, n'est pas intervenu pour déterminer les principes fondamentaux de la sécurité sociale²⁴. Il en résulte que l'encadrement législatif d'une assurance complémentaire santé obligatoire, gérée dans un cadre contractuel privé, ne relève pas



19 - Si la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés avait été déferée au Conseil constitutionnel, ce dernier n'avait pas été saisi des dispositions relatives aux « clauses de désignation » et ne les avait pas examinées d'office (décision n° 94-348 DC du 3 août 1994). Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de sa saisine, a fait application de sa jurisprudence dite « néocalédonnienne », selon laquelle « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985). Considérant que les dispositions contestées du 2° du paragraphe II de l'article 1^{er} de la loi déferée complétaient celles de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, le Conseil a jugé que ces dernières pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à l'occasion de la présente saisine (cons. 8).

20 - L'article L. 912-1 modifié précisait que cette mise en concurrence devait être « réalisée dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret ».

21 - Cette décision rend, logiquement, sans objet la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, déposée fin mai 2013 devant le tribunal de commerce de Paris.

22 - Dispositions du 2° du A du paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi.

23 - Négociations qui devaient s'ouvrir avant le 1^{er} juin 2013.

24 - Voir, en ce sens, le commentaire par le Conseil constitutionnel de sa décision, p. 14.

de la sécurité sociale, mais des principes fondamentaux précités, parmi lesquels la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (cons. 5).

Le Conseil constitutionnel a relevé le but d'intérêt général poursuivi par le législateur lorsque ce dernier a entendu faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et assurer un régime de mutualisation des risques, en renvoyant aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques auprès d'un ou plusieurs organismes de prévoyance (cons. 10). Ce motif d'intérêt général peut justifier des limitations apportées par le législateur à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (cons. 6). Or, le Conseil a considéré que les « clauses de désignation » comme les « clauses de migration » prévues par l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale contreviennent, de façon disproportionnée à ces deux libertés.

2) L'atteinte disproportionnée des « clauses de désignation » et des « clauses de migration » à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle

Le Conseil constitutionnel s'est, tout d'abord, prononcé sur la portée des « clauses de désignation » prévues par le premier alinéa de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, créé par la loi du 8 août 1994. En vertu de ces dispositions, toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle pouvaient se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire, mais également le choix de l'organisme chargé d'assurer cette protection parmi les entreprises régies par le Code des assurances, les entreprises de prévoyance et les mutuelles. Or, le Conseil a considéré que le but d'intérêt général poursuivi par le législateur ne pouvait justifier qu'il soit porté à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre « une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ». En revanche, le but de mutualisation des risques autorise le législateur soit à prévoir, dans le cadre de la branche, la recommandation d'un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné²⁵, soit à offrir la possibilité d'une désignation au niveau de la branche de plu-



25 - La recommandation « consiste à attribuer, aux organismes assureurs bénéficiaires, un label par lequel la profession certifie que le contrat proposé aux entreprises est conforme à l'accord collectif, le ou les organisme(s) s'engageant, en contrepartie, à accepter l'adhésion de toutes les entreprises (qui le souhaitent) de la branche, quel que soit leur profil de risque, à un coût prédéterminé et stable. L'objectif est d'éviter qu'une entreprise soit exclue de la couverture et que soit en pratique compromis l'accès universel à la santé » (B. Serizay, « La protection sociale complémentaire après la décision du Conseil constitutionnel », Sem. soc. LAMY 2013, n° 1592, p. 15).

sieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence²⁶ (cons. 11).

Le Conseil constitutionnel a retenu une interprétation identique à propos des « clauses de migration » prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale. Il a considéré que le fait d'imposer à toutes les entreprises déjà liées à un organisme de prévoyance, par une clause d'un accord de branche, un autre organisme de prévoyance, dès l'entrée en vigueur de cet accord, méconnaît également la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si une telle clause porte ou non atteinte aux conventions légalement conclues (cons. 12).

3) La portée de la déclaration d'inconstitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, tout en prenant effet à compter de la publication de sa décision (soit le 16 juin 2013), n'est pas applicable aux contrats en cours pris sur le fondement de cet article et liant les entreprises à celles qui sont régies par le Code des assurances, aux institutions de prévoyance et aux mutuelles. Il en découle qu'aucun nouveau contrat ne pourra être conclu sur le fondement de l'ex-article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. En revanche, les contrats déjà conclus, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, continueront de produire effet jusqu'à leur terme normal, lequel ne pouvait excéder cinq ans au terme de l'article L. 912-1 précité. C'est à cette époque (au plus tard en 2018) que les partenaires sociaux devront réexaminer les modalités de la couverture des risques ainsi que le choix de l'organisme gestionnaire précédemment désigné.

Si certains considèrent que la censure des clauses de désignation par le Conseil constitutionnel devrait permettre aux entreprises et aux salariés de négocier, par le jeu de la concurrence, de meilleures garanties dans le domaine de la santé²⁷, d'autres, au contraire, soulignent les incertitudes résultant de la mise en œuvre, dans de telles conditions, de la généralisation de la couverture complémentaire santé : les organismes assureurs ne pouvant, en effet, connaître à l'avance la population couverte et ses caractéristiques, risquent d'augmenter leurs tarifs afin de rétablir une certaine mutualisation au sein de communautés de travail par nature disparates²⁸. C'est pourquoi le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, dans un avis adopté le 18 juillet 2013, a-t-il estimé « nécessaire que les opérateurs recommandés par les branches, ou choisis par les entreprises dans

les branches qui ont conclu un accord, puissent rendre compte au niveau de la branche de la mise en œuvre du régime créé »²⁹.

J.-L. C.

26 - La désignation d'au moins deux organismes de prévoyance devrait être suffisante.

27 - Voir en ce sens le communiqué de l'Association pour la promotion de l'assurance collective, publié le 14 juin 2013.

28 - Un auteur a même reproché aux juges constitutionnels d'avoir semé « une pagaille monstrueuse dans la gestion des contrats collectifs d'assurance complémentaire tant pour la santé que pour la couverture des autres risques » (F. Kessler, « *Quelle complémentaire santé pour les entreprises ?* », Le Monde du 8 juillet 2013).

29 - Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, avis adopté à l'unanimité le 18 juillet 2013 (à l'exception de la CGT/FO) sur la généralisation de la couverture complémentaire en santé, p. 4.

Philippe Billet

Professeur à l'Université Lyon 3

Yvon Martinet

Avocat, Cabinet Savin Martinet Associés

Patricia Savin

Avocat, Cabinet Savin Martinet Associés

Christophe Savonnet

Avocat associé, cabinet Helios avocats

Le cadre réglementaire des produits biocides : point d'actualité et perspectives d'évolution

Aux fins d'amélioration de la sécurité des produits biocides utilisés et mis sur le marché de l'Union Européenne, d'harmonisation et de simplification des procédures d'autorisation, la réglementation relative aux produits biocides issue de la directive n° 98/8/CE (ci-après « la Directive »)¹, connaîtra d'importantes évolutions à compter du 1^{er} septembre 2013, date d'entrée en vigueur du règlement n° 528/2012 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits biocides du 22 mai 2012² (ci-après « le Règlement ») et portant abrogation de la Directive.

Ainsi, à partir du 1^{er} septembre 2013, (i) les conditions dans lesquelles la mise sur le marché l'utilisation et l'expérimentation des produits biocides ou des articles traités par des produits biocides sont autorisés, ainsi que, (ii) les modalités d'approbation des substances actives contenues dans les produits biocides, seront définies par le Règlement.

Tout comme la Directive qu'il remplace, le Règlement définit les produits biocides par rapport à leur finalité, à savoir, la lutte contre les organismes nuisibles³. Le champ d'application du Règlement est

1 - Directive n° 98/8/CE du Parlement Européen et du Conseil concernant la mise sur le marché des produits biocides.

2 - Règlement n° 528/2012 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits biocides du 22 mai 2012.

3 - Article 3 1.a) du Règlement : « toute substance ou tout mélange, sous la forme dans laquelle il est livré à l'utilisateur, constitué d'une ou plusieurs substances actives, en contenant ou en générant, qui est destiné à détruire, repousser ou rendre inoffensifs les organismes nuisibles, à en prévenir l'action ou à les com-

néanmoins plus vaste que celui de la Directive, dès lors que ce dernier concerne, outre les produits biocides, les articles traités, lesquels désignent « toute substance, tout mélange ou tout article qui a été traité avec un ou plusieurs produits biocides ou dans lequel un ou plusieurs produits biocides ont été délibérément incorporés »⁴.

En revanche, sont expressément exclus du champ d'application du Règlement, les denrées alimentaires, les aliments pour animaux utilisés en tant que répulsifs ou appâts, les médicaments, les cosmétiques et les pesticides agricoles en raison de la réglementation spécifique à laquelle ils sont soumis⁵.

De manière générale, les dispositions du Règlement ne s'appliquent pas aux produits biocides ou aux articles traités relevant d'autres régimes particuliers. La même exclusion était prévue par la Directive. Il est toutefois désormais spécifié que le Règlement est applicable lorsqu'il s'agit de produits biocides destinés à des usages non couverts par la réglementation spécifique applicable⁶.

Le Règlement affiche un double objectif : le renforcement du contrôle des produits biocides et articles traités utilisés et en circulation dans le territoire de l'Union Européenne d'une part (I), et l'harmonisation et la simplification des procédures d'autorisation d'autre part (II).

I. Le renforcement du contrôle des produits biocides et articles traités par des produits biocides utilisés et en circulation dans le territoire de l'Union

Afin d'améliorer la sécurité des produits biocides et articles traités utilisés et mis en circulation dans le marché de l'Union, les mécanismes de contrôle sont renforcés notamment via (i) un élargissement du champ d'application de la réglementation, (ii) un renforcement des exigences en matière d'étiquetage et de contrôle, (iii) un dispositif spécifique pour les nanomatériaux intégrés dans des produits biocides

i) Champ d'application élargi

L'une des innovations majeures du Règlement tient en ce qu'il impose que désormais les articles (meubles ou tout autre objet) soient traités uniquement avec des produits biocides autorisés selon une liste approuvée dans les conditions du Règlement. À défaut, les articles traités ne pourront pas être commercialisés sur le territoire de l'Union. Cette disposi-

battre de toute autre manière par une action autre qu'une simple action physique ou mécanique ».

4 - Article 3 1. l) du Règlement.

5 - Article 2.5 a) et b) du Règlement.

6 - Article 2.2 du Règlement.

tion⁷ vient ainsi combler le vide laissé par la Directive à cet égard. En effet, sous l'application de la Directive, aucun contrôle n'était prévu sur les substances pouvant être contenues dans un article, ce qui signifiait qu'un article traité au moyen d'un produit biocide non autorisé au sein de l'Union pouvait néanmoins être commercialisé sur le territoire européen.

Les affaires « du Fumarate de Diméthyle », du nom du produit biocide non autorisé utilisé pour le traitement de fauteuils et de chaussures fabriqués en dehors de l'Union puis mis en circulation sur le marché européen, sont symptomatiques de la lacune de la Directive sur ce point. En effet, dans ces affaires, les articles concernés se seraient avérés nocifs pour la santé et leur commercialisation dans le marché européen a suscité énormément de critiques. Un tel scénario est désormais révolu grâce aux dispositions du Règlement.

Par ailleurs, lorsqu'un article traité est conforme aux dispositions du Règlement et en conséquence susceptible de circuler sur le territoire de l'Union, la personne responsable de la mise sur le marché d'un tel article doit veiller à l'étiquetage de celui-ci, qui doit comporter un certain nombre de renseignements, et notamment le nom des nanomatériaux contenus dans les produits biocides utilisés⁸.

ii) Renforcement des exigences en matière de contrôle et d'étiquetage

Le Règlement entend globalement renforcer les exigences en matière d'étiquetage des produits biocides et articles traités : « *L'étiquette est clairement visible, facile à lire et suffisamment durable* »⁹.

Tous les produits biocides doivent faire l'objet d'un étiquetage. Les titulaires des autorisations de mise sur le marché « prennent les mesures nécessaires pour que les produits biocides soient classés, emballés et étiquetés conformément au résumé approuvé des caractéristiques du produit biocide, en particulier les mentions de danger et les conseils de prudence »¹⁰. De plus, les produits biocides sont soumis à des restrictions de publicité¹¹.

Par ailleurs, il est prévu que tous les cinq ans, à partir du 1^{er} septembre 2015, les États membres soumettent à la Commission un rapport sur la mise en œuvre du Règlement, qui s'appuie notamment sur la documentation tenue à jour par les fabricants et mise à la disposition des autorités compétentes¹². Le contenu, ainsi que les modalités de transmission de ce rapport à la Commission, sont davantage explicités dans le Règlement comparé à ce qu'il en était

dans la Directive, ce qui peut être vu comme une volonté de renforcer le contrôle.

iii) Application rigoureuse du principe de précaution aux nanomatériaux intégrés dans des produits biocides

Le Règlement crée une procédure d'autorisation spécifique pour les produits biocides contenant des nanomatériaux. Il prévoit ainsi que « *l'approbation d'une substance active ne couvre pas les nanomatériaux, sauf mention expresse* »¹³.

De même, il est prévu qu'en cas d'utilisation de nanomatériaux dans un produit biocide, le risque pour la santé humaine, pour la santé animale et pour l'environnement soit examiné séparément¹⁴.

II. L'harmonisation et la simplification des procédures d'autorisation

Le Règlement a permis la mise en place (i) d'un dispositif de simplification des procédures d'autorisation, ainsi que (ii) des dispositifs en faveur d'une harmonisation renforcée.

i) Mise en place d'un dispositif de simplification des procédures d'autorisation

Pour rappel, un produit biocide ne peut être mis sur le marché que s'il a fait l'objet d'une autorisation préalable de mise sur le marché, l'autorisation pouvant être accordée pour un produit unique ou pour une famille de produit biocide, pour une durée maximale de dix ans.

À cet égard, le Règlement a le mérite de créer de nouveaux types d'autorisations en faveur non seulement de la simplification de la procédure, mais également de l'efficacité économique.

Création d'une autorisation dite de l'union

Cette « *autorisation de l'Union* »¹⁵ simplifie considérablement la procédure d'homologation : l'autorisation de mise sur le marché pour l'ensemble du territoire de l'Union Européenne. La demande d'une autorisation de l'Union est effectuée auprès de l'Agence Européenne des Produits Chimiques (ci-après « l'Agence ») et ne peut porter que sur des produits biocides présentant des conditions d'utilisation similaires dans toute l'Union¹⁶.

Un échelonnement dans le temps est prévu pour l'octroi d'une telle autorisation, en fonction du type de produits biocides :

- à compter du 1er septembre 2013, aux produits biocides contenant une ou plusieurs nouvelles



7 - Article 2.1 du Règlement.

8 - Article 85.3 d) et Article 58. 4 du Règlement.

9 - Article 58. 6 du Règlement, voir également article 69 sur l'étiquetage.

10 - Article 69 du Règlement.

11 - Article 72 du Règlement.

12 - Article 65.3 du Règlement.



13 - Article 4.4 du Règlement.

14 - Article 19.1 f) Règlement.

15 - Article 41 et suivants du Règlement.

16 - A l'exception des produits biocides qui contiennent des substances actives au titre de l'article 5 : les substances actives exclues du Règlement, c'est-à-dire qui ne peuvent être approuvées par l'Union, et des produits biocides des types de produits 14, 15, 17, 20 et 21.

substances actives et aux produits biocides des types de produits 1, 3, 4, 5, 18 et 19¹⁷ ;

- à compter du 1er janvier 2017, aux produits biocides des types de produits 2, 6 et 13¹⁸ ;
- et à compter du 1er janvier 2020, aux produits biocides de tous les autres types de produits¹⁹ .

Création d'une autorisation dite simplifiée

Le Règlement introduit également une procédure d'autorisation dite « simplifiée »²⁰, pour les produits biocides admissibles, à savoir, les produits biocides satisfaisant aux conditions cumulatives suivantes :

- toutes les substances actives contenues dans le produit biocide figurent à l'annexe I et respectent toute restriction précisée dans ladite annexe ;
- le produit biocide ne contient pas de substance préoccupante ;
- le produit biocide ne contient aucun nanomatériau ;
- le produit biocide est suffisamment efficace ;
- et la manipulation du produit biocide et son utilisation prévue ne nécessitent pas de matériel de protection individuelle.

Création d'une autorisation au titre du « commerce parallèle »

L'autorité compétente d'un État membre (État membre d'introduction) peut accorder une autorisation de commerce parallèle pour qu'un produit biocide qui est autorisé dans un autre État membre (État membre d'origine) puisse être mis à disposition sur le marché et utilisé dans l'État membre d'introduction, si elle établit que le produit biocide est identique à un produit biocide déjà autorisé dans l'État membre d'introduction (« produit de référence »).²¹

La Commission Européenne a ainsi adopté, le 6 mai 2013, un règlement n° 414/2013 dit d'exécution du Règlement, lequel est venu préciser la procédure relative à l'autorisation des produits biocides présentant les mêmes propriétés qu'un produit biocide de référence²².

Au-delà de ces nouvelles catégories d'autorisations, le Règlement a institué des mécanismes permettant de tenir compte du progrès scientifique en matière de produits biocides tout en conservant un niveau de sécurité élevé. Il s'agit notam-



17 - Cf. Annexe 5 du Règlement pour identifier les types de produits par le numéro indiqué.

18 - Cf. Annexe 5 du Règlement pour identifier les types de produits par le numéro indiqué.

19 - Article 42 du Règlement.

20 - Article 25 à 28 du Règlement.

21 - Article 53 du Règlement.

22 - Règlement d'exécution n° 414/2013 de la Commission du 6 mai 2013 précisant une procédure relative à l'autorisation des mêmes produits biocides conformément au règlement n° 528/2012 du Parlement européen et du Conseil. Ce Règlement entrera en vigueur au même moment que le règlement n° 528/2012, à savoir dès le 1^{er} septembre 2013.

ment de la procédure de renouvellement²³, de réexamen²⁴ ou d'annulation²⁵ de l'approbation des substances actives.

ii) Mise en place de dispositifs en faveur d'une harmonisation renforcée

C'est essentiellement les dispositifs relatifs à la reconnaissance mutuelle et au partage de données entre les États membres qui devraient favoriser l'harmonisation de la réglementation des produits biocides au sein de l'Union. Mais, le rôle central octroyé à l'Agence dans la mise en œuvre de la réglementation des produits biocides devrait aussi permettre de supprimer, à tout le moins d'atténuer, les disparités entre les États membres quant à l'application de la réglementation des produits biocides.

Autorisation par voie de reconnaissance mutuelle

Deux procédures de reconnaissance mutuelle d'une autorisation sont envisagées par le Règlement²⁶ :

- la reconnaissance mutuelle séquentielle, dans le cas où l'autorisation d'un produit biocide a déjà été accordée dans un autre État membre (« État membre de référence ») et qu'un demandeur en souhaite la reconnaissance dans un autre État membre (État membre concerné) ;
- la reconnaissance mutuelle simultanée, dans le cas d'un produit biocide non encore autorisé dans aucun État membre et qu'un demandeur en souhaite une autorisation simultanée dans plusieurs États membres.

Partage des données

Le partage des données s'impose aux entreprises concernées par la réglementation des produits biocides, afin de réduire au maximum les expériences sur les animaux. En effet, celles-ci ne doivent être réalisées qu'en dernier recours et ne doivent pas être répétées²⁷. Le Règlement prévoit toutefois des procédures de compensation²⁸ et de protection²⁹ du partage des données.

Attribution d'un rôle central à l'agence

Un comité des produits biocides³⁰ est institué au sein de l'Agence et donne son avis sur les questions relatives à la mise en œuvre du Règlement (approbation, renouvellement, réexamen des substances actives, annulation, modification d'autorisation, etc.).



23 - Article 12 du Règlement.

24 - Article 15 du Règlement.

25 - Article 47 et suivants du Règlement.

26 - Article 32 à 34 du Règlement.

27 - Article 62 et suivants du Règlement.

28 - Article 63 du Règlement.

29 - Article 59 et suivants du Règlement.

30 - Article 71 du Règlement.

De même, le Règlement prévoit que l'Agence établit et tient à jour un système d'information dénommé « registre des produits biocides », utilisé pour l'échange d'informations entre les demandeurs, les autorités compétentes, l'Agence et la Commission.

Le Règlement va ainsi clairement dans le sens d'une harmonisation renforcée. On peut néanmoins regretter que cette volonté d'harmonisation n'ait pas été étendue aux sanctions applicables en cas de violation du Règlement³¹. La même remarque vaut pour les redevances dont, selon le Règlement, les modalités d'application doivent être précisées par un Règlement d'exécution de la Commission. Or, le Règlement d'exécution de la Commission du 6 mai 2013 ne traite curieusement pas de la question des redevances.

Par ailleurs, les possibilités de dérogations laissées aux États membres concernant l'application du Règlement soit dans le cadre de la clause de sauvegarde³², soit dans le cadre des mesures transitoires³³ pourraient également freiner l'harmonisation.

De manière générale, les apports du Règlement sont multiples. Néanmoins, force est de constater que la réglementation relative aux produits biocides demeure complexe et encore susceptible d'évolution.

Le Règlement est en réalité dans une étrange position. Alors qu'il n'est pas encore entré en vigueur, il fait d'ores et déjà l'objet de plusieurs critiques rassemblées au sein d'une proposition de règlement modificatif, lequel a été présenté par la Commission au Conseil le 16 mai 2013³⁴. La Commission explique sa démarche par le fait que le Règlement aura des « effets imprévus » négatifs pour les acteurs économiques du marché des biocides, en ce qu'il constitue notamment un facteur d'entraves à l'accès au marché pour certaines sociétés.

Il est encore trop tôt pour connaître la position du Conseil sur cette proposition de règlement modificatif. Mais, la seule initiative de cette réforme prématurée illustre bien la complexité qui caractérise la réglementation relative aux produits biocides.

Du point de vue interne, le Règlement semble avoir de réelles chances de s'appliquer puisqu'un projet de loi intégrant les dispositions du Règlement dans le droit français est en cours de préparation³⁵. Cette démarche de l'État français est d'ailleurs surprenante puisque, par définition, un règlement est

d'application directe et ne nécessite pas par conséquent une quelconque transposition.

Y. M.

31 - L'article 87 du Règlement laisse aux États membres la latitude de décider des sanctions applicables même s'ils ont l'obligation de notifier les dispositions relatives aux sanctions à la Commission avant le 1^{er} septembre 2013.

32 - Article 88 du Règlement.

33 - Article 89 et suivants du Règlement.

34 - Proposition de règlement modifiant le Règlement (UE) n° 528/2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, en ce qui concerne certaines conditions d'accès au marché, du 16 mai 2013 : Article 6 et 6 bis

35 - Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable (Ddadue)

Principe de précaution et médicaments à usage humain

Il a beaucoup été écrit sur le principe de précaution et cette contribution a pour vocation de faire un point sur l'application de ce principe constitutionnel au médicament à usage humain en France.

Si les origines exactes du principe de précaution font l'objet de débat³⁶, il a accédé à la notoriété internationale en 1992 à l'occasion du très médiatisé « Sommet de la Terre » organisé à Rio de Janeiro.

Entendu principalement dans une approche environnementale, le principe de précaution, comme l'écrit joliment le Conseil d'État dans ses réflexions sur le droit de la santé³⁷ « *n'en interroge pas moins notre droit tout entier* » et en particulier le droit de la santé.

La « protection de la santé des personnes » était déjà présente à l'article 130 R du traité de Maastricht du 7 février 1992. La loi « Barnier » du 2 février 1995 introduisit plus modestement la notion de « santé » parmi les objectifs de développement durable justifiant la protection, la mise en valeur ... des espaces, ressources et milieux naturels... qui figure à l'article L 110-1 du Code de l'environnement.

Dans ce contexte, la Charte de l'environnement adossée à la Constitution depuis son adoption en Congrès le 28 février 2005, semble opérer une régression en ce que son article 5 ne traite de l'application du principe de précaution qu'en matière d'environnement : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

Il n'en est rien, cet article doit être lu et interprété au visa de l'article premier qui proclame : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

Le principe de précaution s'applique donc bel et bien à la santé humaine, donc au médicament.

On peut même avancer qu'il est consubstantiel à l'activité médicale.

.....

36 - P. Sargos, Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient, Semaine juridique Edition générale n° 19, 10 mai 2000, 1226. O. Godard, Le Principe de précaution, Droit et politiques de l'environnement, Notice 2, les Notices, La documentation française, mai 2009

37 - Conseil d'État Rapport Public 1998, Études et Documents n° 49, p 256 et suivantes

Le président Sargos fait remonter la naissance du principe de précaution à Jean Domat³⁸, un juriconsulte de Clermont-Ferrand du 17^{ème} siècle. En matière de médecine, c'est Hyppocrate (- 400 avant JC) qui en est « l'inventeur » avec ce qu'on pourrait appeler un mot d'ordre : « *primum, non nocere* », d'abord ne pas nuire, qui contient en lui toute la substance de ce principe.

Ce principe fait partie des « gênes » de la médecine et de la fabrication des médicaments quand bien même, curieusement, il ne figure pas en tant que tel dans le code de la santé publique (CSP).

Il est essentiel et omniprésent à toutes les étapes du développement, de l'enregistrement et de la vie d'un médicament, même si, selon le Professeur Bégaud³⁹, on déplore chaque année en France 18.000 décès dus aux effets secondaires.

Comment ce principe est-il utilisé et appliqué en matière de produits de santé ? Constitue-t-il une (r)évolution où s'inscrit-il dans la continuité des principes inhérents à la médecine humaine ? Quelles en sont les limites et les risques? Ce sont quelques questions auxquelles nous essaierons de répondre dans les développements qui suivent.

Le principe de précaution s'applique aux produits de santé et réunit trois conditions et deux obligations

Tout d'abord le principe de précaution doit s'appliquer dans un contexte d'incertitude :

- un dommage futur est envisageable, et
- ce dommage pourrait avoir des conséquences graves et irréversibles pour la santé, mais
- sa concrétisation est incertaine du fait des connaissances scientifiques du moment

Dans ces conditions, les autorités publiques, directement ou indirectement (« veillent »), doivent :

- mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques, et
- adopter des mesures provisoires et proportionnées afin de les prévenir.

Il est ainsi nécessaire d'assurer une veille permanente pour détecter au plus tôt les « signaux faibles » et mettre en œuvre sans tarder les actions nécessaires à la confirmation ou l'infirmité d'un dommage futur potentiel.

Nous sommes dans un domaine autre, amont, prospectif, par rapport à celui de la prévention (souvent confondu à tort avec le principe de précaution⁴⁰) sanctionné par les règles de responsabilité des produits défectueux. Or c'est surtout dans ce domaine que le principe de précaution a été invoqué, à tort.

.....

38 - P. Sargos, *ibid*

39 - « Les Echos » 28/05/2013.

40 - N. Kosciusko-Morizet rapporteur du projet de loi constitutionnelle à l'Assemblée Nationale, Revue juridique de l'environnement (RJ-E) numéro spécial 2005

Une jurisprudence rare et un principe de précaution mal assimilé par les requérants

Dans un arrêt de la cour d'appel de Toulouse⁴¹, l'appelante avait une interprétation très personnelle du principe de précaution en ce qu'il impliquerait que « le doute doit profiter aux victimes ».

Dans ces conditions, il était inutile pour celle-ci de devoir apporter la démonstration d'un lien de causalité entre le dommage et le défaut du produit.

La cour d'appel ne s'est pas laissée abuser par ce raisonnement audacieux mais erroné et a rappelé les exigences de preuve de l'article 1386-9 du Code civil (le dommage, le défaut et le lien de causalité).

D'autres requérants sont allés plus loin puisque dans deux autres affaires⁴², il était prétendu qu'« en application du principe de précaution, l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité d'un vaccin établit une présomption de défaut ».

Cette interprétation également fantaisiste fut écartée par la cour.

Dans l'affaire dite du « distilbène », le laboratoire avait aussi vainement tenté d'utiliser ce principe comme pare-feu.

Ce principe a été invoqué dans deux affaires jugées le même jour⁴³ utilisant des moyens de défense différents :

Il était prétendu d'une part, que le fabriquant, à l'époque des faits, « n'était tenu ni d'une gestion préventive des risques... ni d'agir pour anticiper et se prémunir contre les risques présumés ou potentiels... par application du principe de précaution »,

Dans l'autre pourvoi, le même laboratoire, après avoir rappelé que le principe de précaution suppose un risque potentiel dans un contexte d'incertitude scientifique, faisait remarquer que la Cour d'appel n'avait pas précisé le nom des études qui auraient mis en évidence le risque carcinogène.

La Cour de cassation rejeta ces arguments ; le risque de développer un cancer étant bien connu à l'époque, le laboratoire avait en conséquence manqué à son devoir de vigilance.

Se faisant, la Cour de cassation repositionnait le débat sur l'obligation de prévenir un risque identifié dont la responsabilité incombait au fabriquant du fait de son produit défectueux.

On peut regretter que les tribunaux et en particulier la Cour de cassation n'aient pas profité de ces affaires pour être plus didactique et préciser les contours et les conditions d'application du principe de précaution et ses différences avec le principe de prévention.

.....

41 - Cour d'appel de Toulouse, 7 mars 2005 n° RG 2004/02773

42 - Cassation 1^{ère} 22 mai 2008 N°06-18848 et 22 janvier 2009 n° Z 07-16.449

43 - Cassation 1^{ère} 7 mars 2006 n° 04-16179 et 04-16180

Force est de constater que les quelques tentatives d'invocation du principe de précaution devant les tribunaux civils ont fait long feu, principalement du fait d'une confusion avec les conditions de la mise en jeu de la responsabilité civile des produits défectueux.

Des similitudes avec le régime de responsabilité sans faute de l'article 1386-1 et suivants du Code civil

Le principe de précaution requiert des actions ; précisément des procédures d'évaluations (des études, enquêtes, recherches) et ensuite, éventuellement, des mesures afin de parer à la réalisation du dommage.

La confusion de certains requérants vient peut-être du fait que cette nécessité d'évaluer et de prendre les mesures nécessaires à la prévention des dommages est également une obligation dans le régime de responsabilité civile de droit commun.

Deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation illustrent ce point.

Dans l'une⁴⁴, la haute juridiction confirme que le lien de causalité entre le défaut et le dommage peut être déduit du fait qu'un rapport d'expert recommandant la plus grande prudence dans l'extraction, la purification et la composition des hormones de croissance n'ait pas été suivi d'effet par le fabriquant.

À contrario, le 29 mai 2013⁴⁵ la Cour a conclu à l'absence de lien de causalité du fait d'un large consensus des experts qui considéraient qu'il ne peut être démontré un tel lien entre vaccination et sclérose en plaque et que l'évolution des données statistiques des cas de maladies démyélinisantes sur une durée de quatre années ne démontrait pas de pic alarmant.

Nous retrouvons dans les deux cas, comme pour le principe de précaution, la référence à des études, des investigations scientifiques et une obligation d'action. La seule différence, de taille, étant que dans un cas on se trouve devant une obligation de prudence, de vigilance pour des risques avérés ou considérés comme potentiels, alors que dans l'autre cas, la société est confrontée à un risque diffus, incertain.

La suspension de la campagne de vaccination anti hépatite B en milieu scolaire

Le principe de précaution en matière de médicaments a également été mis en œuvre sur le plan politique dans une décision qui a suscité à l'époque beaucoup d'émotions et de polémiques.

Le premier octobre 1998, le Secrétaire d'État à la Santé décidait d'adapter la stratégie vaccinale en suspendant la vaccination des préadolescents en milieu scolaire sans que ne soit remis en cause

.....

44 - Cassation 1^{ère} 24 janvier 2006 n° 03-20178

45 - Cassation 1^{ère} 29 mai 2013 n° 12-20903

l'intérêt prophylactique du vaccin ni son profil de sécurité.

Sans que le nom n'en soit jamais prononcé, il s'agissait de la mise en œuvre du principe de précaution réunissant les conditions nécessaires.

Depuis plusieurs années, des cas d'affections démyélinisantes du système nerveux central (ADSNC) de type sclérose en plaques étaient rapportés dans les suites de vaccination anti hépatite B sans qu'aucune relation de causalité ne puisse être démontrée.

Il s'agissait donc :

- 1) d'un risque incertain, en l'état des connaissances scientifiques mais qui, s'il s'était avéré
- 2) aurait pu causer des dommages graves et irréversibles aux populations vaccinées.

Des procédures d'évaluation furent engagées à l'initiative des autorités :

- une enquête nationale de pharmacovigilance était lancée en 1994 et renforcée en 1997,
- des études spécifiques nationales et internationales furent mises en place,
- les données épidémiologiques sur l'hépatite B furent régulièrement réévaluées.

L'ensemble de ces données n'apportait cependant pas d'éléments nouveaux : le bénéfice/risque de la vaccination demeurait largement positif par rapport aux risques de la maladie et il n'était pas constaté de signal inquiétant d'effets indésirables.

Cependant malgré ses données rassurantes, le Secrétariat d'État à la Santé décida de suspendre la campagne de vaccination en milieu scolaire des préadolescents pour « *personnaliser l'acte vaccinal en prenant mieux en compte les bénéfices et les risques individuels* »⁴⁶.

Cette décision, somme toute bénigne pour la vaccination, pouvait se comprendre : le Ministère souhaitait rétablir le « colloque singulier » entre le patient et son médecin qui pouvait difficilement avoir lieu dans un gymnase ou une salle de classe.

Elle eut toutefois des conséquences désastreuses pour la couverture vaccinale, puisqu'elle fut interprétée à tort comme confirmant le doute sur l'innocuité de la vaccination.

Un principe qui irrigue le Code de la santé publique dont le contrôle de légalité ressort de la compétence du juge administratif

Sans prétendre être exhaustif, tout d'abord, l'article L 1411-1 du code de la santé publique relatif au périmètre de la politique de la santé fixe comme objectif « *l'identification et la réduction des risques éventuels pour la santé liés à des facteurs de con-*



46 - Vaccination contre l'hépatite B Communiqué de presse du Secrétariat à la Santé 1^{er} Octobre 1998, Bulletin épidémiologique hebdomadaire n° 44/1998

sommation de produits...susceptibles de l'altérer » ainsi que « la qualité et la sécurité des...produits de santé ».

La politique de santé publique est de la responsabilité de la Direction Général de la Santé (DGS). Celle-ci est responsable de la conduite des « *analyses stratégiques et prospectives* » et promeut des travaux de recherches qui lui permettent de proposer les objectifs et les priorités de la politique de santé publique tout en veillant à la prévention des risques , en particulier la qualité et la sécurité des médicaments (R 1421.1 code de la santé publique).

Un certain nombre d'instances appuient par leur réflexion les travaux du ministère et de la DGS (Haut Conseil de la santé Publique, Comité National de santé publique, Conférence Nationale de Santé) et l'Institut de Veille Sanitaire (IVS) créé par la loi du 1^{er} juillet 1998 (art L 1413-2 code de la santé publique).

Cet établissement public administratif placé sous la tutelle du Ministre de la santé est chargé de la veille et de la vigilance ainsi que des alertes sanitaires.

Au titre de sa mission de veille, il collige, analyse et actualise les connaissances sur le risque sanitaire et est également chargé d'analyses prospectives.

Pour ce faire il dispose de pouvoirs larges : tout d'abord les services de l'État et les organismes de tutelle, les collectivités territoriales, les établissements publics, les services de protection civile, etc. doivent lui apporter leur concours. Il est destinataire ensuite de tout rapport d'évaluation, de contrôle ou d'inspection, expertises pertinentes réalisées par l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament (ANSM).

Il dispose de prérogatives exorbitantes puisque l'article L1413-5 lui permet de se faire communiquer toute information par toute personne physique ou toute personne morale sans que puisse lui être opposé le secret médical.

Il doit également alerter le ministre en cas de menace pour la santé de la population et est force de proposition pour prévenir ou atténuer le risque.

La mise à disposition ou le maintien de tout médicament auprès du public dépend en France de l'ANSM et repose sur trois piliers : la qualité, la sécurité et l'efficacité de la spécialité pharmaceutique.

L'information, la veille et l'évaluation sont critiques et sont basées non seulement sur les données passées (par exemple celles des études cliniques du dossier ayant donné lieu à l'autorisation de mise sur le marché : AMM) lesquelles doivent être mises à jour de façon continue par l'obligation faite à tout acteur de santé public de récolter, d'étudier et de signaler les cas d'effets indésirables des médicaments (pharmacovigilance régie par les articles L 5121-22 et suivants code de la santé publique) et par des études prospectives d'épidémiologie.

Les autorités surveillent de très près l'évolution des risques avérés ou supposés du médicament par

rapport à ses bénéfiques, procèdent à son réexamen périodique (tous les 5 ans) et en cas de doute peuvent imposer des mesures prospectives (telles que la mise en place d'un plan de gestion des risques pour tenter de détecter au plus tôt des signaux négatifs : nouveaux effets indésirables, augmentation de la fréquence des effets indésirables connus...), correctives (modification des précautions d'emploi ou des contraindication) ou coercitives pouvant aller jusqu'à la suspension ou au retrait de l'AMM avec information du public.

L'information en matière médicamenteuse participe également du principe de précaution et fait l'objet de toutes les attentions des autorités publiques.

Ces activités sont le plus souvent exercées en conjonction et, dans l'Union Européenne sous le contrôle, d'autorités supranationales : Organisation Mondiale de la Santé, l'Agence Européenne du Médicament.

Par ailleurs, en France, le contrôle des décisions des autorités est exercé par le Conseil d'État.

Celui-ci n'a pas hésité à censurer la décision du directeur général de l'ANSM qui avait, au nom du principe de précaution, décidé de suspendre l'AMM d'un médicament⁴⁷.

Le juge suprême avait tout d'abord constaté que l'efficacité du produit n'était pas remise en cause par les études les plus récentes. Il faisait ensuite le constat du peu de cas d'effets indésirables rapportés par rapport au nombre de produits vendus chaque année, effets indésirables dus principalement au non-respect par les utilisateurs des précautions d'emploi.

Il constatait par ailleurs que la mesure prise par le directeur général de l'ANSM était unique en Europe et que l'évaluation bénéfices/risques du produit par les autorités communautaires demeurait inchangée.

Conclusion

Le principe de précaution s'applique à plein et depuis longtemps au médicament.

Il n'en demeure pas moins qu'il est difficile à manier tant la prédictibilité en matière de risque incertain et futur est délicate à évaluer.

Il convient en effet d'identifier le signal diffus qui pourrait être le risque de demain, de la rumeur ou du fantasme. L'incertain doit être jaugé avec soin : tout ne peut être validé, il est nécessaire de faire des choix et la qualité et l'impartialité de l'expertise est cruciale en particulier pour maintenir la confiance du public.

On a vu aussi que le principe de précaution comporte le risque de jeter le discrédit sur un produit efficace et sûr du fait même des interrogations et des investigations qu'il suscite : l'incertitude est alors confondue avec le risque avéré.

Il y a cependant tout lieu de penser qu'une fois le concept mieux maîtrisé, le principe de précaution va se déployer dans une société avide de « risque zéro ».

Il est alors vraisemblable qu'une jurisprudence abondante voit le jour devant les juridictions administratives pour manque de discernement, abstention, mauvaise appréciation par les autorités dans l'évaluation de risques identifiés comme incertains.

Dans un article de 2007⁴⁸, le professeur Viney s'interrogeait sur les conséquences de l'introduction du principe de précaution dans le champ de la responsabilité civile.

Il est possible que, parallèlement au développement du contentieux administratif, des actions soient intentées devant les juridictions de l'ordre judiciaire pour faute contre les laboratoires pharmaceutiques bien que seules les autorités publiques soient visées par le texte.

On peut alors s'interroger sur l'avenir de l'article 1386-11 du Code civil exonérant le risque de développement, confronté, à ce qui pourrait, si l'on n'y prend garde devenir une obligation de déceler et de prévenir l'indécelable.

Il faudra alors toute la sagesse et la pondération dont les juges suprêmes ont su faire montre jusqu'à présent pour éviter une telle dérive et maintenir une innovation riche en matière de médicaments.

C. S.

47 - Conseil d'État, 26 janvier 2010, n° 335102

48 - G. Viney, Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées, recueil Dalloz 2007, p 1542.

Duncan Fairgrieve

British Institute of International and Comparative Law,
Londres; Sciences Po Paris; avocat au barreau de Paris,
Membre de l'Institut Droit et Santé

Defining defect

Liability under the Product Liability Directive¹ is premised upon damage caused by a defect in a product. The concept of 'defect' is defined in Article 6 of the Directive; at its heart is the issue of whether a product 'does not provide the safety which a person is entitled to expect.' This crucial notion is very much an open-textured one,² and is no doubt reflective of a policy to give discretion to national courts in the way that the standard of liability is actually applied.

It is true also that at a national level, comments have been made about the amorphous nature of the defect standard. In Italy, PG Monateri refers to the defectiveness standard as essentially a 'relative' one.³ French commentators Viney and Jourdain conclude that the test of defect gives 'to the judge rather a large discretion',⁴ whilst Professor Jamin has added that it allows first-instance judges to 'do what they want according to their perception, very largely subjective, of the sociology of the time'.⁵ In respect of English law, it has been observed that '[i]n truth the defectiveness standard was so open-textured and the rationale behind the Directive so opaque that almost any gloss could be given to them'.⁶

In attempts to clarify the standard, one of the preliminary issues to be broached was whether there should be a classification of defect into design, manufacturing, and instruction/ warning defects, as is

1 - Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal (OJ) L 210, 7.8.1985, 29–33.

2 - Indeed, the European Commission has admitted in its Third Report on the Directive that '[t]he subjective nature of the "expectations" test means that this principle is incapable of precise definition' (Third Report on the application of Council Directive 85/374/EEC (COM(2006) 496) at page 10).

3 - PG Monateri, La responsabilità civile, in: R Sacco (ed), Trattato di diritto civile (1998) 717.

4 - G Viney/P Jourdain, Les conditions de la responsabilité, in: J Ghestin (ed), Traité de droit civil (2nd edn 1998) 770.

5 - C Jamin, Responsabilité civile, loi no 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (1998) *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ) 763, at 765.

6 - G Howells, "Defect in English Law" in D Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (2005) 141.

found in US law.⁷ In Germany, such a categorisation has been adopted by the courts both in claims under § 823 *Bürgerliches Gesetzbuch* (German Civil Code, BGB) and also under the *ProdHaftG*,⁸ with the consequence that various provisions only apply to certain categories of defects. In particular, the *Bundesgerichtshof* (German Federal Court, BGH) has held that the development risks defence cannot apply to cases of manufacturing defect.⁹ Such an approach has not been adopted in many other European jurisdictions and was rejected by the drafters of the Product Liability Directive, as noted by Professor Taschner.¹⁰ In *A v National Blood Authority*¹¹ Burton J expressly rejected the US distinction between manufacturing and design defects; but his own distinction between standard and non-standard products raises many of the same issues.

Another issue influenced the European debate: whether, within the context of the entitled expectations test, there is a role for considerations of risk-utility. In the US, the risk-utility test has played a prominent role, involving the balancing of the probability and seriousness of harm against the cost of taking precautions. As explained by Owen, in the US, 'a product is considered "defective" under a risk-utility test if the costs of eliminating a particular hazard are less than the resulting safety benefits'.¹² Owen argues that, in design cases, risk-utility is based upon solid theoretical foundations: '[b]y judging the sufficiency of a product's safety according to the balance of the costs and benefits of improving its safety in a particular manner, the test provides a powerful standard of responsibility: failure to adopt a safety feature is wrongful if the feature should have been expected to produce more good than harm, and such a failure is justified if such action might have been expected to produce more harm than good'.¹³

The relevance of such considerations in a European context is the subject of some debate. From one perspective, the opportunities for the deployment of risk-utility considerations are very limited. Under the Directive, legitimate expectations intuitively

7 - See generally DG Owen, *Products Liability Law* (2005).

8 - See generally S Lenze, "German Product Liability Law", in D Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (2005) 107–109.

9 - BGH 9 May 1995, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1995 2162 (*Sparkling Water Bottle II*).

10 - HC Taschner, "Product Liability: Basic Problems in a Comparative Law Perspective" in D Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (2005) 161.

11 - *A v National Blood Authority and another* [2001] 3 All England Law Reports (All ER) 289 (Queen's Bench Division, QBD).

12 - DG Owen, *Products Liability Law* (2005) 303.

13 - *Ibid*, 307.

tively seem closer to the rival US standard of consumer expectations, perhaps suggesting that the risk-utility notion was consciously avoided. Moreover, the Recitals of the Directive give a centrality to the notion of a 'fair apportionment of risks',¹⁴ rather than the cold calculation of costs and benefits enshrined in the US risk-utility calculus. Indeed, the American experience shows that once risk-utility is adopted, the ultimate test inevitably becomes close to that of a negligence-style analysis. That would be problematic in a European context, given that the standard of defect in the Directive should not require proof of fault,¹⁵ though even that seemingly uncontroversial premise has attracted much discussion.¹⁶

On the other hand, it has been argued that at least for standard products, risk-utility factors cannot be excluded when evaluating design cases.¹⁷ It should also not be forgotten that the members of the English judiciary, reared on the traditional common law diet of cost-benefit analyses in negligence, may well resort to similar considerations within the Directive's test.¹⁸

It is somewhat difficult to exclude risk-utility having some role in evaluating whether a disclosed risk is socially acceptable. Indeed, in Germany, account has traditionally been taken of a risk-benefits approach in the notion of defect, particularly with pharmaceuticals. In France, there have been references in cases and the doctrinal discussion to risk-benefit, though a recent judgment of the Cour de cassation overturned a decision of the Court of Appeal which took into account the positive the benefit / risk profile of a vaccine in determining the lack of defect.¹⁹

The case law is clearly evolving in various Member States, and the issue is unlikely to disappear. However, arguing that risk-utility is relevant to the issue of defect does not necessarily mean that the test has to be determined solely by reference to these factors, merely that such considerations can be taken into account. The central test remains what 'persons generally are entitled to expect.' Part of the answer to what is socially acceptable may well include ele-

ments of risk-utility. Mildred has suggested that a workable compromise to meet the fair apportionment goals of the Directive would be as follows: 'the safety of the product would remain the focus of the inquiry but risks and benefits should be taken into account without triggering an examination of the producer's conduct'.²⁰

A final issue concerns proof of defect: can the mere fact that a product fails to meet entitled expectations amount, without more, to a defect? Alternatively, does the claimant need to establish what, more precisely, was wrong with the product? The European Commission's Third Report pointed to English cases in which proof of the defect was required: *Richardson v LRC*²¹ and *Foster v Biosil*.²² The judge in the latter decision clearly considered it not enough to show 'merely that the product failed in circumstances which were unsafe and contrary to what persons generally might expect'.²³ The Commission contrasted these cases with a decision in France.²⁴ Since those cases were decided, however, the English Court of Appeal in *Ide v ATB Sales*²⁵ has held that the precise mechanism by which the product was defective is *not* something the claimant has to prove.²⁶ Further, the Commission's Fourth Report distinguishes this early UK approach²⁷ with that found in countries such as Belgium, France, Italy and Spain where it is enough for the plaintiff to show that the product did not fulfil the function for which it was intended. The Commission also noted that a body of case-law from the Austrian Supreme Court reconciles these two positions. Accordingly, there remains much uncertainty about the precise limits of the Directive's central liability-imposing notion.

14 - See Recitals 2 and 7.

15 - There is clear textual evidence in favour of the creation of a no-fault liability regime: this may be inferred from arts 1 and 6 of the Directive. The Recitals confirm this fact explicitly.

16 - Clarity is not helped by the fact that the European Commission observed in the Third Review of the Directive (Third Report on the application of Council Directive 85/374/EEC (COM(2006) 496) that the Directive may well 'involve the need to show fault' (p 4).

17 - CJ Miller/RS Goldberg, *Product Liability* (2nd edn 2004) 417.

18 - See eg explicit statement of Lord Griffiths in an extra-judicial capacity in that sense: Lord Griffiths/P De Val/R Dormer, "Developments in English Product Liability Law: A Comparison with the American System" (1987-1988) 62 *Tulane Law Review* (Tul L Rev) 353, 381.

19 - See Cour de Cassation, 1re civ., 26 September 2012. The Cour de cassation overturned the Court of Appeal's judgment to extent that it was based upon "general considerations concerning the benefit / risk profile of the vaccine."

20 - M Mildred, "Pharmaceutical Products: The Relationship between Regulatory Approval and the Existence of a Defect" (2007) *European Business Law Review* 1267, 1281 f.

21 - *Richardson v London Rubber Company Products Limited* [2000] Lloyd's Law Reports 280 (QBD) (Kennedy J).

22 - *Foster v Biosil* [2000] 59 *Butterworth's Medico-Legal Reports* (BMLR) 178 (London Central County Court) (Mrs Recorder Booth QC).

23 - *Ibid.*

24 - Much cited on this is Tribunal de Grande Instance (Court of First Instance) Aix-en-Provence 2 October 2001 (concerning a fireplace). See also Toulouse Court of Appeal 7 November 2000, No 1999/03960. A similar approach was adopted by a court in Italy in a case involving a motorbike accident which was presumed to have arisen from an (unexplained) problem with steering: *Motorbike Steering Case* (2004) *Danno e Responsabilità* 529, 3 November 2003 (Trib Roma).

25 - *Alan Peter Ide v ATB Sales Limited* [2008] Court of Appeal, Civil Division (EWCA Civ) 424 (CA); see also *M Mildred*, Case and Comment: *Ide v ATB Sales Ltd* [2008] *Journal of Personal Injury Law* (JPIL) C117.

26 - This development was noted by the Commission's Fourth Report on the application of Council Directive 85/374/EEC (COM(2011) 547) at 7.

27 - The Commission also notes that also in Germany the plaintiff must prove the precise nature of the product's defect in more detail - p 7.

Florence Filly
Amandine Gicquel
Magali Sitbon

Institut Droit et Santé, Sorbonne Paris Cité

□ Patrick MISTRETTA

Droit pénal médical

Éditions Cujas

Mars 2013

Le médecin doit répondre, en tant que professionnel, de ses actes devant la justice pénale. Cet ouvrage porte d'une part, sur l'ensemble des règles qui visent la sanction pénale du médecin ayant commis une infraction à l'occasion ou dans l'exercice de sa profession, et d'autre part, sur les nombreuses infractions sanitaires que réunit le droit pénal spécial médical. L'auteur souligne les points forts et les faiblesses de cette discipline qui tend à s'autonomiser.

Patrick Mistretta, Professeur à la faculté de droit de l'université de Picardie Jules Verne, et directeur du Master droit de la santé. La préface de cet ouvrage a été rédigée par Denis Safran, Professeur des universités-médecin des Hôpitaux et expert près de la cour d'appel de Paris, agrée par la Cour de cassation.

□ Sous la direction de François TUFFREAU

Dictionnaire de l'organisation sanitaire et médico-sociale

Presses de l'E.H.E.S.P., 2^{ème} édition

Avril 2013

L'organisation et la législation relative au champ socio-sanitaire français fait l'objet d'évolutions, notamment d'ordre institutionnel. Ces changements sont difficiles à suivre au regard de la multiplicité des règles applicables. Ce dictionnaire vise à décrypter l'organisation et le fonctionnement de l'activité des secteurs sanitaire et médico-social. Il rassemble des informations sur les institutions, les organismes et les structures sanitaires et médicosociales; les commissions, comités, conférences et conseils qui portent la parole des professionnels et des usagers les principales caractéristiques des professions médicales et paramédicales, les classifications, systèmes d'information et enquêtes statistiques qui font référence au plan national, les définitions des concepts

les plus courants et quelques grands repères historiques.

François Tuffreau, diplômé de l'École nationale de la statistique et de l'administration économique (ENSAE), est directeur-adjoint de l'Observatoire régional de la santé des Pays de la Loire. Annie Le Cuével est inspecteur principal de l'action sanitaire et sociale.

□ Muriel FABRE-MAGNAN

La gestation pour autrui - Fictions et réalité

Fayard

Avril 2013

La gestation pour autrui, pratiquée dans certains pays, fait débat au regard des enjeux fondamentaux qu'elle suscite, notamment celui de l'intérêt de l'enfant. Cet ouvrage fait un état des lieux concernant sa mise en œuvre, en particulier en droit américain. A partir de cas concrets, l'auteur aborde notamment les questions touchant au corps et à la vie intime de la mère porteuse, les droits et libertés fondamentales auxquels celle-ci renonce au profit d'un couple, les conséquences juridiques sur la filiation.

Muriel Fabre-Magnan est professeur de droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

□ Françoise RYCKEBOER

Commentaire du statut de la fonction publique hospitalière (12^{ème} édition)

Berger-levrault

Avril 2013

La complexité du statut de la fonction publique hospitalière nécessite une description des mécanismes, une analyse des évolutions des textes, de la jurisprudence et de la pratique. C'est l'objectif de ce commentaire qui suit le quotidien des gestionnaires de ressources humaines, notamment l'évolution des carrières, l'évaluation, les congés, la formation, le calcul des rémunérations. Il examine aussi les nouvelles réformes et leur application concrète.

□ Valériane DUJARDIN

Les relations hôpital, police, justice (2^{ème} édition)

Les Études Hospitalières

Avril 2013

Cet ouvrage traite des relations entre le monde sanitaire et le monde judiciaire au travers de l'actualité des questions relatives notamment aux cadres d'intervention des services de police et de

justice dans l'enceinte hospitalière, leur légitimité, le caractère communicable des informations, le nouveau cadre légal des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, ou encore les obligations inhérentes à la prise en charge des personnes détenues. Cette deuxième édition traite aussi de thèmes nouveaux tels le refus de soins, la situation des personnes alcoolisées, la personne de confiance.

□ Jean-Pierre DANOS

Développer et organiser l'ambulatorio dans un établissement de santé

Les Études Hospitalières
Mai 2013

Dans un contexte de développement des techniques médicales associée à une tarification à l'activité, l'ambulatorio tend à devenir un mode d'hospitalisation privilégié. Cet ouvrage propose une réflexion sur les aspects stratégique et opérationnel de l'ambulatorio dans un établissement de santé : quel est le cadre réglementaire et les évolutions en cours en matière d'ambulatorio ? Comment définir une politique de développement de l'ambulatorio ? Quels schémas organisationnels développer dans tous les services concernés ?

□ Gérard BRAMI

Le contrat de séjour des EHPAD (2^{ème} édition commentée)

Les Études Hospitalières
Mai 2013

Les EHPAD doivent préciser dans le contrat de séjour les termes de la relation entre l'établissement et l'usager. Ce contrat présente la nature des prestations ainsi que leur coût. Cet ouvrage s'appuie sur l'expérience de deux EHPAD en ce qui concerne l'élaboration du contrat de séjour. Il propose un modèle de contrat de séjour pour les EHPAD et un guide d'autoévaluation.

□ Nathalie de Grove-Valdeyron

Droit européen de la santé

L.G.D.J.
Mai 2013

La santé fait à présent partie des domaines de priorité de l'Union européenne. En effet, elle a développé sa stratégie politique face aux nouveaux enjeux démographiques et économiques auxquels sont confrontés les systèmes de santé des Etats membres afin de les aider dans la réalisation des objectifs des systèmes nationaux de soins. Cet ouvrage dresse un état des lieux sur les actions réalisées par l'U.E. ainsi que celles à venir et souligne l'importance du juge européen dans ce domaine.

Nathalie De Grove-Valdeyron est maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole et cher-

cheur à l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC).

□ Sous la direction scientifique de Geneviève SCHAMPS, Marie-Noëlle DERESE, Jean-Marc HAUSMAN et Anne-Cécile SQUIFFLET

Code de droit médical et biomédical 2013 (1^{ère} édition)

Bruylant
Mai 2013

Cet ouvrage réunit les principaux textes juridiques nationaux utilisés et en vigueur en matière de droit médical et biomédical.

Il est à jour au 1^{er} mai 2013 et rassemble les différentes sources normatives. Ainsi, il intègre les dernières modifications adoptées en ce qui concerne l'indemnisation des dommages résultant de soins médicaux ou en matière de prélèvement et de transplantation d'organes.

□ Collectif John LIBBEY

Sciences sociales et santé – Volume 31

John Libbey
Mai 2013

Pour le trentième anniversaire de la revue *Sciences Sociales et Santé*, un dossier spécial anniversaire est consacré à « la greffe du visage comme innovation ».

□ Claude ROUGERON

Pour une éthique renouvelée de la Santé publique – L'accès aux soins en médecine générale

L'Harmattan
Mai 2013

De nombreux points ont fait régresser le système de santé français de la première à la huitième place du classement 2011 de l'Organisation Mondiale de la Santé, notamment l'accès aux soins en médecine générale. La problématique de l'accès aux soins s'est aggravée au fil du temps et n'offre pas une perspective positive d'autant plus qu'elle s'associe aux inégalités sociales de santé. Cet ouvrage aborde ce problème sociétal d'un point de vue éthique et présente des propositions salvatrices, viables sur lesquelles on peut s'appuyer pour le résoudre.

□ Sous la direction de Moira MIKOLAJCZAK

Les interventions en psychologie de la santé

Dunod
Juillet 2013

L'émergence de la psychologie de la santé dans les pays francophones est récente. Cette discipline

est pourtant nécessaire pour l'amélioration de la prise en charge des malades. Cet ouvrage présente les différentes interventions du psychologue en santé et s'interroge notamment sur la manière dont ce professionnel doit intervenir auprès d'un patient cancéreux ou cardiaque ou d'un patient amputé suite à un accident. Il est issu du cours annuel de l'auteur qui a divisé son auditoire en différents groupes, chacun travaillant à la rédaction d'un chapitre particulier. Chaque chapitre (13 au total) est construit sur le même modèle à partir d'entretiens menés avec deux experts et deux patients : présentation du trouble ou de la maladie, prise en charge, lectures conseillées.

□ Pierre PAUCHER

Guide de la gestion financière des établissements sociaux et médico-sociaux (2^{ème} édition)

Dunod

Août 2013

Maîtriser la gestion d'un établissement social ou médico-social dans le domaine financier implique essentiellement trois compétences s'inscrivant respectivement dans les domaines de la comptabilité générale, de la gestion financière et de la gestion budgétaire. Cet ouvrage permet de progresser dans l'analyse des comptes de synthèse (bilan et compte de résultat) et des tableaux budgétaires et de contrôle (prévus par la législation) et transmis par ces établissements, en vue de la décision de tarification.

□ Didier TABUTEAU

Démocratie sanitaire – Les nouveaux défis de la politique de santé

Odile Jacob

Septembre 2013

Progrès médicaux, crises sanitaires, déserts médicaux, inégalités de santé, réglementations de santé publique, financement de l'assurance-maladie, défis de la bioéthique : les questions de santé constituent des enjeux politiques majeurs. A partir d'une analyse de l'histoire du système et de la politique de santé, Didier Tabuteau examine ces grandes questions. Comment concilier sécurité, liberté, égalité ? Quelles sont les limites de l'ambition d'universalité proclamée pour l'assurance-maladie ? Comment l'exigence de décentralisation peut-elle affecter les politiques de santé ? Quels sont les effets de la concurrence ? Comment s'articule le débat sur les prélèvements obligatoires ? Autant d'interrogations cruciales à un moment où l'Etat providence est malmené par une crise économique d'une ampleur exceptionnelle. Avec en filigrane la question de l'indispensable réforme du système de santé et d'assurance-maladie. Et pour ambition l'édification d'une véritable démocratie sanitaire.

□ Elisabeth CHAMORAND

L'accès aux médicaments dans les pays en développement – De 2001 (Déclaration de Doha) à 2013

L'Harmattan

Septembre 2013

Chaque année des millions de vies sont sacrifiées par manque d'accès aux médicaments. Dans les pays en développement, ce sont les systèmes de santé insuffisamment financés et désorganisés qui contribuent à cette situation. Mais il est de plus en plus prouvé que les malades de ces pays n'ont pas d'assurance santé, qu'ils doivent en moyenne faire face eux-mêmes à plus de 70% des frais de santé, et qu'une réduction du prix des médicaments peut conduire directement à plus d'accès aux médicaments. À travers ce livre, l'auteur tente de présenter les différentes facettes de la politique commerciale des États-Unis, de l'Europe et de la Suisse, qui ont systématiquement cherché à entraver la production et l'exportation de médicaments génériques de qualité afin d'assurer des bénéfices élevés à leurs entreprises pharmaceutiques et de retracer dix ans de débats infructueux à l'OMS pour faciliter l'accès à des médicaments innovants, appropriés, d'un coût abordable, aux pays à revenus faibles.

□ Nadia BELRHOMARI

Génome humain, espèce humaine et droit

L'Harmattan

Septembre 2013

Grâce au décryptage du génome humain, la médecine permet désormais une manipulation du vivant humain. Dans un souci de perfection, l'homme exploite aujourd'hui ce qui participe à son essence même, son génome. La diversité intraspécifique humaine s'en trouve perturbée, la vulnérabilité génétique augmentée. Le droit se trouve donc investi d'un rôle : préserver la nature humaine elle-même. L'analyse du droit positif relatif à l'utilisation du génome humain révèle combien la protection de l'espèce humaine est insuffisante. Dès lors, faut-il penser d'autres voies pour prémunir notre humanité contre les risques d'une manipulation irréfléchie de notre génome ?

□ Jean-Jacques AMYOT et Annie MOLLIER

Mettre en œuvre le projet de vie dans les établissements pour personnes âgées, 3^{ème} édition

Dunod

Septembre 2013

La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a étendu l'obligation pour les établissements hébergeant des personnes âgées de formaliser un projet d'établissement. Cette obligation désormais consignée dans la réglementation s'inscrit dans la continuité des initiatives développées depuis plusieurs

années dans les établissements sous le vocable de « projet de vie » et notamment à l'occasion des négociations de la convention tripartite propre aux EHPAD. Les démarches participatives présidant nécessairement à l'élaboration des projets de vie d'établissement peuvent susciter des résistances, être redoutées par les professionnels qui sont tentés d'y voir une confrontation de leurs pratiques. Mais la réflexion commune, l'existence de véritables espaces d'expression et d'écoute, permet un réel décloisonnement, une plus grande cohésion des équipes et un meilleur respect de la singularité des personnes. Le projet de vie sera un authentique indicateur de la capacité à transformer des contraintes administratives et des valeurs sociales proclamées en des pratiques profondément humaines. Conçu comme un guide méthodologique, cet ouvrage propose et détaille des méthodes et des outils à construire selon les particularités de l'établissement en lien avec l'éthique et la finalité de la démarche.

En droit étranger :

Belgique

□ Nicole GALLUS
Bioéthique et droit

Anthémis
Avril 2013

Les progrès scientifiques obligent la société à réfléchir sur ses valeurs éthiques et à fixer un cadre juridique assurant le respect des droits de l'homme. L'auteur aborde les questions relatives à la morale et à la personne, de sa conception à son décès, dans quatre parties distinctes : Le début de la vie avant la naissance, la procréation, pendant le cours de la vie et la fin de vie.

□ Noël SIMAR
Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances

Anthémis
Juin 2013

Cet ouvrage collectif répond à la volonté commune de ses auteurs issus du barreau, du monde académique et de celui des assurances, de mettre en valeur le parcours professionnel de Noël Simar. Il rassemble près de trente contributions portant sur des thèmes chers au dédicataire, à savoir : l'évaluation et l'indemnisation du préjudice corporel, les mécanismes souvent complexes de mise en œuvre de la responsabilité civile (avec ou sans faute), le recours subrogatoire, les spécificités du droit des assurances (spécialement en accidents du travail), sans oublier plusieurs questions spéciales de procédure.

Italie

□ Micol PIZZOLATI

*Migration et services de santé en Italie
Le cas du Molise : représentations et pratiques de soins*

L'Harmattan
Septembre 2013

Quelle place occupent, dans le comportement du migrant en matière de santé, les pratiques de soins acquises dans le contexte social d'origine ? Comment les professionnels de santé gèrent-ils les comportements des immigrés, perçus comme différents de ceux des patients autochtones ? Cet ouvrage est une contribution à la recherche sur ces problématiques qui s'inscrivent au croisement de la sociologie de la santé et de la sociologie des migrations.

Et en langue étrangère :

États-Unis

□ Glenn COHEN
The Globalization of Health Care

OUP U.S.A
April 2013

This book offers a comprehensive legal and ethical analysis of the development, and more precisely, the globalization in health care of the last twenty years. Four subject areas are related, such as medical tourism, medical migration, telemedicine, and pharmaceutical research and development. The author integrates these subject areas in a philosophical discussion of issues of justice and equity. It also deals with the most expansive reform to U.S. health care in fifty years and the ways in which this globalization will develop as this reform is implemented.

Royaume-Uni

□ Adrian KILCOYNE, Phil AMBERY, and Daniel O'CONNOR

Pharmaceutical Medicine

OUP
May 2013

The extent of the pharmaceutical medicine can be daunting, but this book is designed to navigate a path through the speciality. Providing a broad overview of all topics relevant to the discipline of pharmaceutical medicine. This book offers a thorough grounding in issues ranging from medicines regulation to clinical trial design and data management. For healthcare professionals already working in the field, this book offers a guiding hand in difficult

situations as well as supplying rapid access to the latest recommendations and guidelines.

□ Catherine D. DEANGELIS, MD, MPH

Patient Care and Professionalism

OUP

August 2013

The eleven chapters of this book cover the various health care professions : medicine, nursing, public health, law, leadership, religion, and finally a chapter on the science of professionalism. The chapters are all written by internationally known experts. The authors share their collective experience to shine light on professionalism from a new angle, revealing the way to a new kind of relationship for patients and physicians, of the future-a rebirth of trust borne in real collaboration. The volume begins with a discussion of what is meant by the term 'advocacy' in the practice of medicine, and then offers perspectives on where opportunities for medical advocacy lie, the rich collaborations they engender, and ways to overcome systemic barriers to advocacy.

Suisse

□ Roberto ANDORNO

Principles of international biolaw – Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights

Bruylant

September 2013

This book presents the current global efforts to develop common principles relating to bioethics, as well as some of the human rights issues that are at stake in this domain. The author argues that the emerging international biolaw can be regarded as an extension of international human rights law into the field of biomedicine. The ultimate goals of this new normative system are to promote that biomedical research and clinical practice are in conformity with human dignity and human rights, and to contribute to the wellbeing of present and future generations.

Dr Roberto Andorno is Senior Research Fellow at the School of Law of the University of Zurich, Switzerland.

Octobre 2013

- ◆ **4^{ème} rencontre des jeunes chercheurs autour des « politiques publiques du handicap »**
Le 1^{er} octobre 2013
 Organisé par le Groupe de Travail Handicap(s) et Sociétés de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) en partenariat avec le réseau Santé et Société.
- ◆ **Conférence « La protection des personnes vulnérables : Enfance en danger, soins psychiatriques sans consentement, protection des majeurs, sauvegarde médicale... »**
Le 2 octobre 2013 de 9h30 à 17h
 À l'Espace Reuilly, 21, rue Hénard, 75012 Paris
 Inscription, programme et informations sur www.lfsm.org
 Organisé par la Ligue Française pour la santé mentale.
- ◆ **Hopitech 2013**
Du 2 au 4 octobre 2013
 Esplanade Kennedy, BP4083, 06302 Nice
 Programme et inscription sur www.hopitech.org
- ◆ **Petit déjeuner-débat « La loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 : quelles visions ? Quels enjeux ? »**
Le 3 octobre 2013 de 8h30 à 10h
 Institut Curie, Amphi Constant Burg, 26 rue d'Ulm 75005 Paris
 Organisé par l'Association Dauphine EcoSanté Social Entente et Idées Nouvelles (DESSEIN).
- ◆ **Congrès national « Les déserts médicaux, la réponse des centres de santé »**
Les 3 et 4 octobre 2013 de 8h30 à 16h30 et de 9h à 17h30
 Association Immobilière de l'École militaire, 6 rue Albert de Lapparent, 75007 Paris
 Inscription, programme et informations sur www.lescentresdesante.com
 Organisé par les Centres de santé.
- ◆ **7^{ème} congrès interrégional « Service public de santé et parcours de soins : quelles coopérations entre les acteurs sur les territoires ? »**
Les 3 et 4 octobre 2013 de 9h30 à 20h30 et de 9h à 14h
 Palais des Congrès du Futuroscope, Téléport 1, 86360 Chasseneuil-du-Poitou
 Inscription, programme et informations sur <http://federation.fhf.fr> Rubrique Aquitaine, congrès inter régionaux
 Organisé par la Fédération Hospitalière de France.
- ◆ **Atelier « Santé et environnement : une éducation à partager »**
Le 8 octobre 2013 de 9h30 à 12h30
 Pôle Régional des Savoirs, 115, Boulevard de l'Europe, 76 100 Rouen
 Inscription, programme et informations sur www.arehn.asso.fr
 Organisé par le Collectif Régional de l'Éducation à l'Environnement et au Développement Durable (CREEDD) et l'Instance Régionale d'Éducation et de Promotion de la Santé (IREPS).
- ◆ **Journées nationales sur les dispositifs médicaux**
Du 8 au 10 octobre 2013 de 8h30 à 18h30 et de 9h à 20h
 Centre de Congrès le CORUM, Esplanade Charles de Gaulle 34000 Montpellier
 Inscription, programme et informations sur www.euro-pharmat.com
 Organisé par Euro Pharmat.
- ◆ **18^{èmes} journées d'ingénierie biomédicale**
Du 9 au 11 octobre 2013
 Centre international de Deauville, 1 rue Lucien Barrière, 14800 Deauville
 Programme et inscription sur www.afib.asso.fr

- ◆ **Colloque « L'hôpital numérique : Enjeux et opportunités »**
Le 10 octobre 2013 de 9h à 16h30
FIAP Jean Monnet, 30 rue Cabanis, 75014 Paris
Inscription, programme et informations sur www.sphconseil.fr
Organisé par la Fédération hospitalière de France (F.H.F.).
- ◆ **Colloque « Gérer les événements indésirables graves : réalités ou fantasmes ? »**
Le 10 octobre 2013 de 8h15 à 17h15
Cercle National des Armées, 8 Place Saint Augustin 75008 Paris
Inscription, programme et informations sur www.afgris.eu
Organisé par l'Association française des gestionnaires de risques sanitaires (AFGRIS).
- ◆ **Colloque « Fin de vie et droit pénal »**
Le 10 octobre 2013 de 8h30 à 17h30
Centre de Langues Vivantes de l'UPMF, Amphithéâtre G, 77 rue des Universités, Domaine Universitaire, 38400 Saint Martin d'Hères
Inscription, programme et informations sur www.crj.upmf-grenoble.fr
Organisé par l'Institut des Sciences Criminelles de Grenoble.
- ◆ **7^{ème} rencontre départementale de soins palliatifs « Accords perdus »**
Le 11 octobre 2013 de 8h à 18h
Salle du CMCL, boulevard Pierre et Marie Curie, 05000 Gap
Inscription, programme et informations sur www.apsp-paca.net
Organisé par l'Association pour les Soins Palliatifs PACA (APSP).
- ◆ **Journée nationale de médecine générale : « Le médecin généraliste face au cancer »**
Du 10 au 12 octobre 2013 de 14h30 à 18h, de 8h30 à 18h et de 9h30 à 16h
CNIT Paris La défense, 2 Esplanade de la Défense, 92400 Paris La Défense
Inscription, programme et informations sur www.jnmg.org
Organisé par Global média Santé et la Revue du Praticien Médecine Générale.
- ◆ **Journée de réflexion scientifique sur la co-infection VIH-hépatite C**
Le 14 octobre 2013 de 9h à 17h30
Ministère des Affaires sociales et de la Santé (salle Laroque), 14 avenue Duquesne, 75007 Paris
Inscription, programme et informations sur www.trt-5.org
Organisé par le T.R.T.-5 Groupe inter associatif traitements et recherche thérapeutique.
- ◆ **Colloque « Douleur provoquée par les soins »**
Le 14 octobre 2013 de 8h30 à 18h
Espace Charenton, 3, rue Théodore Hamont, 75012 Paris
Inscription, programme et informations sur www.cnrd.fr
Organisé par le Centre National de Ressources de Lutte contre la Douleur
- ◆ **6^{ème} édition de la journée de la Fédération hospitalière de France « Actualités et enjeux des soins de suite et de réadaptation »**
Le 16 octobre 2013 de 9h à 16h45
Association Immobilière de l'Ecole Militaire, 6 rue Albert de Lapparent, 75007 Paris
Inscription, programme et informations sur www.sphconseil.fr
- ◆ **Séminaire « Le parcours de soins, so what ? »**
Le 16 octobre 2013 de 8h30 à 12h30
Université Paris Dauphine, Salle Raymond Aron, Place du Maréchal de Lattre de Tassigny, 75016 Paris
Organisé par l'Association Dauphine EcoSanté Social Entente et Idées Nouvelles (DESSEIN).
- ◆ **5^{ème} journée d'études en santé-travail**
Du 16 au 18 octobre 2013 de 9h à 18h30 et de 8h30 à 12h30
Institut de Santé au Travail du Nord de la France, 235 avenue de la recherche, 59120 Loos
Inscription, programme et informations sur www.istnf.fr
Organisé par l'Institut de Santé au Travail du Nord de la France.

- ◆ **Journée régionale Qualité et sécurité des soins en Région Rhône Alpes : « Bientraitance des patients – bientraitance des soignants »**
Le 17 octobre 2013 de 8h30 à 16h30
 Ecole Normale Supérieure de Lyon, Amphithéâtre Charles Mérieux, 46 allée d'Italie, 69004 Lyon
 Inscription, programme et informations sur www.ceppral-sante.fr
 Organisé par l'Agence Régionale de Santé Rhône-Alpes, la Haute Autorité de Santé et le CEPPRAL « Coordination pour l'Évaluation des Pratiques Professionnelles en santé en Rhône-Alpes ».
- ◆ **22^{èmes} journées Athos : « Les SI dans les territoires de santé »**
Les 17 et 18 octobre 2013
 World Trade Center de Grenoble, Place Robert Schuman, 38000 Grenoble
 Programme et inscription sur www.athos2013.fr
- ◆ **Colloque « La personne de confiance : pour ne plus avoir peur du soin psychiatrique »**
Le 18 octobre 2013
 Ministère des Affaires sociales et de la Santé (salle Laroque), 14 avenue Duquesne, 75007 Paris
 Inscription, programme et informations sur www.unafam.org
 Organisé par la Fédération nationale des associations d'usagers en psychiatrie (F.N.A.PSY).
- ◆ **Symposium « Douleur, Éthique et soins palliatifs »**
Le 19 octobre 2013 de 9h à 16h30
 Centre Hospitalier du Pays d'Aix, Unité de traitement de la douleur, Avenue des Tamaris, 13100 Aix en Provence
 Inscription, programme et informations sur www.soin-palliatif.org
 Organisé par le centre hospitalier du Pays d'Aix et l'unité de traitement de la douleur.
- ◆ **Colloque « Médecins et patients face aux maladies chroniques : quelle alliance ? Une approche transculturelle »**
Le 25 octobre 2013
 Hôtel de ville de Paris, Salle des fêtes 5 rue Lobau, 75004 Paris
 Inscription et informations sur www.centrebabel.fr
 Organisé par le Centre Babel, centre ressource européen en clinique transculturelle.

Novembre 2013

- ◆ **Colloque « Vulnérabilités sanitaires et sociales : bilan et perspective »**
Les 14 et 15 novembre 2013 de 9h à 18h30 et de 9h à 17h
 Ministère des Affaires sociales et de la Santé (salle Laroque), 14 avenue Duquesne, 75007 Paris
 Inscription, programme et informations sur www.agence-nationale-recherche.fr
 Organisé par l'Agence Nationale de la Recherche, avec l'Institut de Recherche en Santé Publique (IRESP) et avec le soutien de l'ITMO Santé Publique (ISP) de l'Alliance des sciences de la Vie et de la Santé Aviesan et du ministère des Affaires Sociales et de la Santé.
- ◆ **Conférence : « Ce que la maltraitance nous enseigne, difficile bientraitance »**
Le 20 novembre 2013 de 13h15 à 16h30
 Cinéma Liberté, 10 avenue Georges Clémenceau, 29200 Brest
 Inscription, programme et informations sur www.irfss-bretagne.croix-rouge.fr
 Organisé par l'Institut Régional de Formation Sanitaire et Sociale Croix-Rouge française de Bretagne.
- ◆ **Journées internationales de la qualité hospitalière et en santé**
Les 25 et 26 novembre 2013 de 9h à 18h et de 9h à 17h
 La Villette, Cité des Sciences et de l'Industrie, 75019 Paris
 Inscription, programme et informations sur www.jiqhs.fr
 Placées sous le haut patronage du Ministre de la Santé et parrainées par la Haute Autorité de Santé et par l'Agence Nationale d'Appui à la Performance.
- ◆ **4^{ème} congrès national Santé et environnement : « Cancer et Environnement : approche interdisciplinaire, état des connaissances et implications sociétales »**
Les 28 et 29 novembre 2013 de 9h15 à 19h30 et de 8h à 19h
 Hôtel de la Région Rhône-Alpes, 1 esplanade François Mitterrand, 69002 Lyon
 Inscription, programme et informations sur www.sfse.org
 Organisé par la société française de santé et environnement.

Décembre 2013

- ◆ Colloque « Innovations biomédicales et médecine dite « personnalisée » : enjeux épidémiologiques, économiques, éthiques et sociaux »
Le 5 décembre 2013 de 9h à 18h30
Grand auditorium de la Bibliothèque Nationale de France, Quai François Mauriac, 75013 Paris
Inscription, programme et informations sur www.aviesan.fr
Organisé par l'Institut thématique multi-organismes de Santé publique.
- ◆ 3^{ème} journée régionale de veille sanitaire Pays de Loire
Le 5 décembre 2013
Manufacture de Nantes
Renseignements et inscription sur www.invs.sante.fr Rubrique Agenda.
- ◆ Journées des économistes de la santé français
Les 5 et 6 décembre 2013 de 8h45 à 18h et de 8h45 à 17h15
Laboratoire Erudite, Université Paris-Est, 94000 Créteil
Inscription (payante), programme et informations sur www.ces-asso.org
Organisées par le collège des économistes de la santé.

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 : en cours

Rédaction
TRANSACTIVE
jdsam@transactive.fr

Conception graphique
Laurent Dejestret

Imprimeur
Imprimerie Jouve

Achévé d'imprimer
par l'imprimerie Jouve
en octobre 2013
Pour TRANSACTIVE
Dépôt légal : septembre 2013

