

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

Vous souhaitez nous soumettre un article pour le prochain numéro ? Adressez-nous simplement un mail à ids@parisdescartes.fr

SOMMAIRE

Editorial 3

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Interview 4

BERNARD DREYFUS

Dossier thématique

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs..... 7

Dossier coordonné par

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Les propos introductifs du comité Anadoc 7

MICHEL NAUDASCHER - CLAUDINE BERNFELD - PIERRE CORMAN - ALICE BARRELLIER - ÉRIC PEAN - FRÉDÉRIC BIBAL

Réflexions sur la valeur juridique des outils d'expertise et de la base ANADOC 13

LYDIA MORLET-HAÏDARA

La valeur juridique et le rôle des normes techniques en expertise 16

AMEL GHOZIA

Le déficit fonctionnel temporaire 24

OLIVIER MERLIN & JACQUELINE ROSSANT

Le déficit fonctionnel permanent 28

STÉPHANIE HOUSSIN & ÉRIC TORDJMAN

L'assistance tierce personne 34

FRANCK COLETTE

Le préjudice professionnel 40

PHILIPPE DONNOU

DIDIER MARUANI

Vers une expertise de qualité dans le respect de la victime et du contradictoire 46

ISABELLE BESSIÈRES-ROQUES

Chroniques

1- Organisation sanitaire, politiques de santé 49

Covid-19 : devoirs d'État et mobilisation de la société....49

STÉPHANE LE BOULER

Covid-19 : du bon usage de l'expertise 53

HENRI BERGERON, OLIVIER BORRAZ & STÉPHANE LE BOULER

Attention à la deuxième vague ! L'urgence de rétablir la continuité des soins à l'hôpital..... 56

PATRICK PESSAUX

2- Droits des malades et bioéthique 59

Le transfert d'embryon *post mortem* devant le Conseil d'État 59

MARINE CHOUQUET

Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique..... 66

MARIE MESNIL

3- Établissements de santé et médico-sociaux 70

Les établissements sociaux et médico-sociaux face à la multiplicité des injonctions reçues pour lutter contre la crise du Covid-19..... 70

MATTHIEU CHAVANNE & CAMILLE TARDÉ

Décès d'un résident en EHPAD dans le contexte de la covid-19 : quelles responsabilités ?..... 73

JÉRÔME CAYOL & HÉLÈNE LOR

4- Produits de santé..... 85

L'absence de présomption générale de confidentialité des données du dossier d'AMM : la politique de transparence de l'Agence européenne des médicaments validée par la Cour de justice..... 85

JÉRÔME PEIGNÉ

5- Assurances des activités de santé, responsabilité et indemnisation 91

L'état d'urgence sanitaire et les défis de la responsabilité du pharmacien d'officine..... 91
ROMAIN MÉTAYER

Clarification de la responsabilité du professionnel de santé du fait d'un produit défectueux 98
TIMOTHY JAMES

6- Propriété intellectuelle et concurrence 105

I. Droit des marques105
CAROLINE LE GOFFIC

II. Droit de la concurrence..... 107
CAROLINE CARREAU

7- Financement et fiscalité 118

De l'impact de la « crise sanitaire Covid-19 » sur les finances sociales 118
PHILIPPE COURSIER

Traitement de la dette sociale Covid-19 : l'urgence des choix politiques 123
MARIE-ANNE MONTCHAMP, PIERRE MAYEUR
BERTRAND CANDELON & STÉPHANE LE BOULER

8- Travail et risques professionnels 126

L'exposition des salariés aux risques professionnels et la responsabilité de l'employeur..... 126
STÉPHANE BRISSY

9- Droit pénal de la santé..... 130

« Responsable mais pas coupable Acte II » ?130
MARGAUX JAUMOT, SIMON BRUNNQUEL & DELPHINE JAAFAR

10- Assurance maladie obligatoire et complémentaire..... 133

L'aide au recouvrement des pensions alimentaires : de la place de l'État dans une obligation civile..... 133
CÉLINE ROUX

11- Environnement et santé 136

La publicité face à la protection de l'environnement : l'abolition des privilèges ?.....136
MERYEM DEFFAIRI

Nouvelles de l'étranger

Covid-19 and Technological Solutions..... 142
MÉLISSA COUTINO

Les technologies pour endiguer le covid-19 face aux droits fondamentaux en Colombie145
EFRAIN FANDINO LÓPEZ

Varia

Réflexions sur les enjeux de la régulation de la blockchain et sur sa valeur probatoire dans le domaine du numérique en santé.....150
FLORENCE EON-JAGUIN

Rédaction.....156

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Le droit du dommage corporel est en phase de construction perpétuelle et évolue chaque jour un peu plus pour devenir un droit autonome répondant à des règles et des principes propres. Sa maîtrise exige une compétence spécifique et il est heureux à ce titre que la réparation du dommage corporel constitue une mention de spécialisation des avocats.

Il faut espérer que le législateur aille plus loin encore et que soit enfin officiellement relancé le projet de réforme de la responsabilité civile afin que soit reconnu le fait que l'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique nécessite une approche particulière plus protectrice des victimes, celles-ci devant être mises à même de vivre décemment avec leur handicap. Il importe en effet que les atteintes à l'intégrité physique ne soient juridiquement traitées comme un simple dommage matériel.

Selon les termes particulièrement bien choisis de Jean-Pierre Dintilhac, « l'utopie constructive » que constitue le concept de réparation intégrale doit pouvoir être mis en œuvre et s'appuyer sur des outils juridiques performants permettant sa réalisation.

L'expertise constitue une étape essentielle de la concrétisation du principe de réparation intégrale et les outils utilisés par les experts doivent donc permettre la prise en compte de tous les aspects de l'atteinte à l'intégrité physique.

A ce titre, on se félicite de la création de l'ANADOC, nouvel instrument juridique visant à renforcer le caractère intégral de l'indemnisation des victimes.

L'étude de la réparation du dommage corporel étant un axe fort de recherche de l'Institut Droit et Santé nous avons souhaité nous associer au lancement de cette nouvelle Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel en ce qu'il s'avère scientifiquement intéressant d'étudier cette démarche des médecins et avocats dédiés à la défense des victimes.

Le présent dossier vise à présenter cette nouvelle base de données et entend s'attarder plus spécialement sur certains postes de préjudices centraux dans l'indemnisation des victimes, l'intégralité des fiches de préjudices étant disponible sur le site www.anadoc.net.

En amont de cette analyse, sera proposée une réflexion en deux temps sur la valeur juridique des outils d'expertise. Dans un souci de neutralité scientifique, il est enfin paru essentiel d'intégrer à la fin de ce dossier le point de vue de l'AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel), base de données créée à l'initiative des assureurs et qui propose depuis de nombreuses années déjà un célèbre outil d'appréciation du dommage corporel concurrent de l'ANADOC.

On espère que les débats que ne manqueront pas de susciter ce nouvel instrument juridique que constitue l'ANADOC permettront de faire évoluer les pratiques et la réflexion juridique dans un but de recherche d'une parfaite indemnisation des victimes de dommage corporel.

Interview du Docteur Bernard Dreyfus Fondateur de l'ANAMEVA

Interview réalisée par

Paul Sougnac

Doctorant à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Dora Talvard

Avocate chez Bird & Bird et doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

1/ Pourriez-vous nous présenter votre parcours, ainsi que l'ANAMEVA (Association Nationale des Médecins-conseils de Victimes d'Accident avec dommage corporel) dont vous êtes le fondateur et l'ancien Président ?

Je suis le Dr Bernard Dreyfus et je défends des victimes depuis 1952, ce qui montre mon grand âge actuel.

Cette passion vient du fait que durant cette guerre 39-45, je me suis rendu compte que beaucoup de gens étaient totalement perdus, j'étais moi-même jeune adolescent complètement abandonné et je me suis dit que, si j'en sortais vivant, je défendrais les victimes, je les aiderais, je les assisterais.

Une fois la guerre terminée, j'ai fait d'abord des études de médecine, puis de droit, puis de neuropsychiatre, puis médecin légiste, médecin du travail, etc. de façon à avoir plein de cordes à mon arc pour mieux pouvoir défendre les victimes. Il faut savoir qu'à l'époque il y avait par exemple tous les prisonniers qui revenaient de captivité avec des pathologies que personne ne connaissait, des déportés - ceux qui sont rentrés - qui avaient des pathologies tout à fait particulières et il n'y avait alors aucun barème pour pouvoir prendre en charge toutes ces séquelles et les faire indemniser. Le barème des pensions militaires date du 31 mars 1919, et à l'époque il n'y avait évidemment pas de femme dans l'armée, donc les barèmes étaient tout à fait obsolètes et incomplets. Le premier combat a été d'arriver à faire des barèmes pour prendre en charge toutes ces séquelles qui étaient très importantes, qui sont connues et reconnues maintenant, mais c'est dur de se replacer à l'époque où, par exemple, le syndrome de névrose post-traumatique, qui est maintenant hyper connu suite aux attentats, était nié, et pour certains n'existait pas. On ne le reconnaissait pas.

À titre d'anecdote, en 1915 il y a eu la bataille de la Marne, et il y avait des jeunes gens de 20 ans, 21 ans, qui, mobilisés, arrivaient de leur campagne, à qui on donnait un fusil et qui partaient au front. Ils voyaient des choses épouvantables, tous les copains étaient blessés ou tués, ils avaient froid, ils avaient peur, il y avait le bruit et les odeurs. La guerre dans toute son horreur. Au bout de 10 ou 15 jours ils étaient repliés à l'arrière pour se remettre daplomb, puis on les renvoyait

au front, et certains faisant un blocage complet, une vraie névrose post-traumatique et ne pouvaient pas remonter au front. Ils ont alors été fusillés comme déserteurs. Un de mes objectifs a été de faire réhabiliter ces gens qui sont maintenant reconnus et inscrits sur le monument aux morts de leur commune. Et les parents n'ont plus un fils ou un père déserteur, mais un fils ou un père reconnu « mort pour la France ».

J'ai eu à défendre beaucoup de blessés de 14-18 qui avaient à l'époque 60 ans à peu près, et j'ai été médecin des « plus grands invalides », des « gueules cassées », des « aveugles de guerre » et je défendais ces gens pour leur faire appliquer le barème et les nouveaux barèmes que nous avons faits pour les prendre en charge, tout ceci du point de vue de la pension militaire.

Dans les pensions militaires rentraient toutes les victimes civiles de guerre, les déportés, les internés, les prisonniers, tous les blessés, etc. ce qui faisait beaucoup beaucoup de monde, si bien que j'avais une masse de dossiers considérable, en effet personne ne faisait ce métier qui était en fait très peu lucratif car on ne pouvait pas imposer des honoraires à des gens en souffrance et je dirais presque que je marchais « au pourboire », car les gens venaient me voir avec une bouteille de champagne, un lapin, des poires... etc. Ceci me fait repenser à des anecdotes souvent très émouvantes.

En 1985, nous avons créé l'ANAMEVA, la même année que la loi « Badinter » qui a permis que les gens soient assistés d'un médecin conseil de leur choix. L'ANAMEVA a pour but de faire que les victimes soient assistées par des médecins compétents, reconnus par un label de qualité. Et assurer aux victimes une assistance par des médecins honnêtes et compétents.

L'ANAMEVA a également pour but de former ces médecins conseils compétents, car en face, les médecins de compagnie d'assurances sont formés par l'AREDOC (qui est une émanation des compagnies d'assurance). Nous avons ainsi obtenu l'accord de faire des cours à la faculté de médecine dans le diplôme d'études médicales relatives à l'évaluation du dommage corporel sur le rôle et la fonction de médecin conseil de victime, comme il en existe pour les médecins-conseil de compagnie d'assurance.

2/ Au regard de votre longue expérience, dans quelle mesure la place du médecin-conseil de la victime d'accident avec dommage corporel a-t-elle selon vous évolué ?

Ce que je peux dire du fait de mon ancienneté dans ce métier, c'est qu'il y a eu des améliorations considérables et constantes, toujours dans le sens d'une meilleure indemnisation des victimes. C'est extraordinaire. De nouveaux postes de préjudices ont été créés, tels que le préjudice esthétique temporaire, ou encore le préjudice sexuel, qui figurent au sein de la nomenclature Dintilhac, etc. Ce fût néanmoins un long chemin, allant pratiquement toujours vers des améliorations de l'indemnisation, devenue de plus en plus juste.

Quand je regarde maintenant le parcours qui est le mien, et celui de la loi, je suis très content. L'évolution s'est faite dans le bon sens. Je souligne également qu'il ne s'agit pas de critiquer les médecins de compagnie d'assurance, ils sont payés pour n'évaluer que le dommage, **rien que le dommage**. A l'inverse, le médecin conseil de victime est payé pour faire évaluer **tout le dommage**.

3/ Comment la procédure d'expertise elle-même a-t-elle évoluée ?

Au début, des victimes de guerre ou des gens qui avaient un accident de travail par exemple, venaient me voir en me demandant de les assister pour passer en expertise. Je les recevais, je leur expliquais les éléments principaux de la loi, par exemple que la victime doit **démontrer** son dommage : il ne suffit pas d'avoir été la victime, d'avoir eu un coup sur la tête, une grande cicatrice, quand on passe en expertise un an après s'il n'y a plus rien on ne peut pas le croire, il doit apporter la preuve de l'imputabilité. Mon travail c'est de leur expliquer d'abord ça, ensuite, pour les séquelles qu'ils présentent « je suis sourd, je n'y vois pas bien clair, je suis essoufflé, j'ai une névralgie »... « Monsieur, il faut le démontrer : faites un audiogramme, un examen ophtalmo, un examen pulmonaire, qui apporte la preuve de ce que vous avez, faites un examen qui apporte la preuve de ce que vous avez et là vous pourrez être défendu ».

Une fois qu'on les a reçus, vus, on leur a expliqué le processus d'évaluation, préparé le dossier, les victimes sont convoquées par un médecin de compagnie d'assurance et mon travail c'est d'entrer en contact avec ce confrère et d'accompagner le blessé à l'expertise avec un dossier probant.

Premièrement, pour ce qui est de la construction du dossier : des tas d'éléments simples apportent la preuve exigée par la loi, par exemple une photo datée de la personne avec un collier cervical ou un plâtre, une photographie du véhicule accidenté, etc ; ensuite, le constat qui aura été fait par les pompiers. Jamais les gens ne le demandent. Cependant les pompiers qui sont remarquables à Paris, font des fiches, et ce papier est éminemment important.

Par exemple quand le blessé arrive à l'hôpital, il a repris connaissance et il est indiqué sur le certificat médical initial de l'hôpital « traumatisme crânien sans perte de connaissance », alors que les pompiers l'ont trouvé inanimé et sur leur fiche il est indiqué « perte de connaissance », ce qui est très important pour étudier l'imputabilité des troubles ultérieurs allégués. Le constat des pompiers peut aussi apporter la preuve de séquelles plus légères comme un traumatisme du maxillaire, des dents cassées, etc, qui ne seront pas notées à l'hôpital lorsque la personne arrive avec des fractures graves auxquelles on donne la priorité ; je peux ainsi les faire prendre en charge par mon confrère de compagnie d'assurance comme découlant bien de l'accident en cause.

Ensuite, je reçois les clients le plus tôt possible après l'accident, ils arrivent souvent très paniqués car ils ont eu un accident, ne peuvent plus travailler, ne savent pas comment remplir les papiers pour faire reconnaître leurs droits, etc... ils sont perdus. Je leur explique la procédure et ils repartent une heure après avec un grand sourire : « ça y est j'ai rencontré quelqu'un qui s'y connaît, j'ai confiance en lui, je n'envoie pas de papier sans qu'il l'ait contrôlé, etc ».

J'ai fait une conférence il y a quelques mois à Florence, sur le rôle thérapeutique de l'expertise bien conduite. Quand une victime a l'impression qu'on connaît bien les troubles qu'elle présente, qu'on les rattache bien à l'accident, qu'on lui fait confiance et qu'on la croit, que l'adversaire l'a bien reconnue, elle est contente et va mieux. Par contre, si à l'inverse on ne l'entend pas ou on ne la croit pas, elle fait blocage, macère dans sa maladie post traumatique et ne guérit pas.

Vous voyez le rôle exact que nous avons : je reçois le client, je lui explique tout, je lui dis qu'il y aura un jour une expertise, je lui explique ce qu'est la consolidation - qui ne veut pas dire la guérison - et que l'expertise n'aura lieu qu'après la consolidation puisque ce qu'on indemnise ce sont les séquelles définitives.

Une fois que l'état est consolidé, le blessé m'envoie les éléments de son dossier, je prends contact avec le médecin de la compagnie d'assurance, je revoie la victime huit jours avant le rendez-vous fixé pour l'expertise, et je prépare le dossier, bien ficelé, avec les documents essentiels qu'on va remettre à notre confrère.

Je prépare le blessé à l'expertise pour qu'il ne panique pas, n'oublie rien, soit détendu, et ainsi cela se passe généralement bien. Je lui explique bien qu'il ne faut pas tricher. J'exige toujours les pièces originales pour éviter les tricheries. Il est important d'être crédible vis-à-vis de nos confrères, adversaires. Vous mettez très longtemps à vous faire une réputation et vous pouvez la perdre très vite en faisant une erreur, en trichant.

Puis, j'assiste à l'expertise avec le blessé, on l'interroge, on l'examine, puis on le laisse partir et on reste ensemble avec le médecin conseil de la compagnie d'assurances pour définir les différents chefs de préjudice et on fait un rapport commun.

En France, plus de 92 % des dossiers se règlent à l'amiable, seulement quelques dossiers vont en judiciaire quand il y a des problèmes de responsabilité ou de lien de causalité.

On explique aux gens qu'on a tout intérêt à traiter à l'amiable et trouver un accord avec la partie adverse.

Les compagnies d'assurance sont des entreprises commerciales qui doivent donc faire des bénéfices, qui règlent donc le moins possible et qui s'efforcent donc à minimiser les séquelles. Il fallait donc avoir un contre-pouvoir pour lutter contre ces compagnies.

A titre d'exemple, les premières fois que je suis allé assister un blessé, le médecin de la compagnie d'assurance m'a interdit d'entrer avec le blessé en indiquant que c'est à lui de faire l'expertise et que ma présence n'était pas légale. J'ai été obligé de faire exécuter des constats d'huissier puis aller devant un tribunal pour faire admettre le bien fondé d'être auprès de mon client pour l'assister.

Je me souviens également de dossiers avec des blessés qui avaient accepté une très faible indemnisation de l'assurance « pour solde de tout compte », sans comprendre la portée exacte des papiers qu'on leur faisait signer et qui ne pouvaient plus ensuite faire reconnaître leurs droits légitimes de ce fait.

Pour toutes ces raisons, j'ai décidé de créer l'ANAMEVA.

4/ Pensez-vous que les victimes sont suffisamment informées de leurs droits aujourd'hui ? Des carences subsistent-elles ?

En tant que Président de l'ANAMEVA, je me suis battu pour essayer justement de faire donner aux victimes par les gendarmeries ou les hôpitaux un petit papier de deux pages qui serait : **quels sont vos droits, quels sont vos devoirs**. On avait donc travaillé énormément à cette époque avec Madame Nicole Guedj, secrétaire d'État à l'aide aux victimes et nous avons obtenu tous les accords pour que cela soit mis en place. Mais elle fût remplacée au bout d'un an et tout le travail réalisé n'a finalement servi à rien. Il est tout à fait anormal que lorsque les gens ont un accident, on ne leur donne pas un petit topo avec leurs droits et devoirs. Ce serait une avancée énorme.

Il faut aussi pouvoir expliquer aux gens qu'eux-mêmes n'ont pas demandé à être victime d'un accident. Si la victime a des problèmes financiers, il n'est pas normal que l'accident lui en rajoute d'autres, notamment pour pouvoir payer un médecin conseil. Lorsque je suis consulté par exemple, l'intégralité de mes honoraires est remboursée par la compagnie d'assurance du responsable. Il s'agit donc d'une grande avancée de pouvoir dire à la victime : « vous allez voir un médecin, qui va s'occuper de vous, et cela sera entièrement pris en charge via une provision demandée par l'avocat ». Cette provision a pour but de faire face aux frais immédiats, il faut le savoir et les victimes l'ignorent bien souvent.

La victime a donc des droits, mais qu'elle ignore. Il faut être là pour les lui rappeler.

5/ Il semble qu'il existe des disparités concernant les normes et outils utilisés par les experts qui assistent les victimes d'une part, et ceux qui travaillent aux côtés des organismes indemnificateurs d'autre part. Pouvez-vous nous faire état de vos attentes vis-à-vis de la nouvelle base l'ANADOC ?

Les barèmes ont sans cesse évolué, mais ils émanaient principalement des compagnies d'assurances (et notamment de l'AREDOC), sans qu'il n'y ait de vrai barème national. Tous les barèmes successifs, toujours effectués directement ou indirectement par les sociétés d'assurances, ont évolué à la baisse, les taux proposés étant inférieurs à ceux proposés dans les barèmes précédents.

Deux exemples montrent les limites de ces barèmes.

Concernant la névrose post traumatique (ex : chez les victimes d'attentats), elle était cotée jadis de 20 à 60 %, mais maintenant seulement de 0 à 20 %. Pourquoi ? Qui l'a décidé ainsi ? Les experts de compagnie d'assurance diront alors, « je ne peux pas donner plus que le maximum du barème, soit 20 % ». Or, c'est entièrement faux. Un barème est **indicatif** et non **impératif**. Si le cas vaut plus, il faut donner plus. S'il vaut moins, on donne moins. **Chaque cas est unique, chaque dossier est particulier.**

Personne n'a réussi à faire un barème consensuel. C'est pourquoi la création de cette nouvelle association, l'ANADOC, qui groupe avocats et médecins est passionnante. En effet, dans l'évaluation du dommage corporel, il faut certes un médecin qui évalue tous les chefs de préjudice (souffrances endurées, ITT...), mais il est impératif qu'il y ait un avocat spécialisé en droit du dommage corporel, qui rencontre le régleur de la compagnie d'assurance, qui discute gros sous et prenne un accord, en fonction de ce que les médecins ont évalué. Donc il faut savoir qu'il faut qu'il y ait et un médecin et un avocat qui travaillent de concert pour obtenir une juste indemnisation.

Cette nouvelle association, en proposant par exemple de réaliser un barème consensuel, va donc permettre enfin de faire le poids contre l'AREDOC qui représente les compagnies d'assurances et qui est écoutée comme parole d'évangile. Les deux parties qui s'opposent dans un litige avec dommage corporel seront désormais à armes égales.

Du chemin reste néanmoins à parcourir mais nous pouvons d'ores et déjà nous féliciter de cette évolution. Comme pour l'ANAMEVA et l'ANADAVI, l'ANADOC représente aussi un label de qualité. Je ne pensais pas que l'on irait si loin de mon vivant et j'en suis fort heureux.

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Dossier coordonné par
Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Sont reproduites ci-dessous les versions écrites ou orales de certaines contributions entendues lors du colloque organisé le 1er février 2020 à Paris.

Les propos introductifs du comité ANADOC

Dr. Michel Naudascher

Médecin Conseil de Victimes, Président de l'ANAMEVA,
Membre de droit de l'ANADOC

Mesdames, Messieurs,

Chers Maîtres,

Chers Confrères,

Je tiens tout d'abord à remercier vivement Madame MORLET et l'Institut Droit et Santé qui nous ont permis d'organiser ce colloque de présentation de l'ANADOC.

J'ai le grand plaisir et l'honneur, en tant que président de l'ANAMEVA, de vous exposer brièvement la genèse de l'ANADOC.

Mais d'abord, en quelques mots : l'ANAMEVA, Association Nationale des Médecins-conseils de Victimes d'Accident avec dommage corporel, a été créée il y a bientôt 35 ans, en 1986, afin de regrouper, au niveau national, les médecins, que l'on appelait alors « médecins de recours », et qui se consacraient à assister, face aux médecins conseils des assurances, les victimes de dommages corporels dans le parcours d'évaluation et d'indemnisation de leurs préjudices.

Je salue bien respectueusement et amicalement le Docteur Bernard DREYFUS, un des 3 fondateurs et ancien Président de l'ANAMEVA, qui est parmi nous et que beaucoup d'entre vous connaissent.

Sans lui, nous ne serions très certainement pas réunis aujourd'hui pour vous présenter l'ANADOC.

Voici donc l'ANADOC - Antenne Nationale de Documentation sur le Dommage Corporel - fruit tout récent :

- du rapprochement de professionnels du droit et de la santé — médecins de l'ANAMEVA et avocats eux-mêmes regroupés au sein de l'ANADAVI — habitués à une longue pratique de terrain, côte à côte, aux côtés des victimes.

- et de la nécessité de donner aux conseils des victimes, médecins comme avocats, une base de réflexion, l'accès à un centre de recherche et de documentation, à des instruments élaborés en commun et à parité, afin d'étayer solidement lors des opérations d'expertise, un des fondements de notre droit : le principe du débat contradictoire entre les parties.

Nos contradicteurs, organismes indemnificateurs et leurs conseils, médecins et avocats, disposent depuis longtemps des productions d'un organisme formateur, l'AREDOC, qui leur fournit - sous forme de fiches, de missions-types, de commentaires, de recommandations, de bases de données, après un enseignement initial puis continu - de performants et précieux outils d'évaluation des différents postes de préjudice des victimes.

C'est ainsi, que la naturelle et nécessaire différence d'appréciation et d'évaluation entre les conseils de parties aux intérêts divergents, nous a conduit à formaliser, comme support au débat contradictoire, sous un éclairage plus favorable aux victimes, des instruments nouveaux, fruits de notre expérience de terrain, de notre réflexion, de l'état du droit et de l'évolution de la jurisprudence.

Cette base de données, naissante et évolutive, toujours perfectible, a pour objectif d'apporter la matière à une contradiction sereine et constructive lors des expertises médicales, tant amiables que judiciaires, à fournir une base de travail et de réflexion, autant pour les conseils des victimes, que pour les experts judiciaires, mais aussi pour les magistrats, et peut-être même pour les conseils des

organismes indemnitateurs...

Je remercie enfin l'AREDOC, qui dans une lettre ouverte aux co-présidents de l'ANADOC, que nous avons découverte sur la page d'accueil de son site, prend acte de notre naissance et après quelques rappels de son objectivité et de son indépendance, nous souhaite finalement la bienvenue.

Michel Naudascher

Claudine Bernfeld

Avocate au Barreau de Paris spécialiste en droit du dommage corporel, Présidente de l'ANADAVI, Membre de droit de l'ANADOC

Je voudrais remercier tout d'abord chaleureusement Lydia Morlet et l'Institut droit et santé qui nous accueillent aujourd'hui.

Dans une gazette du palais du 13 juillet 2006, Aline Boyer, alors présidente de l'ANADAVI, écrivait un article sur le « tandem juridico médical ou la vie rêvée d'un couple ».

Cette vie rêvée du couple médecin conseil et avocat de victimes, nous avons voulu l'amener à une réalité plus concrète en le dotant d'outils communs, de connaissances et de réflexions communes.

Voilà plus de 10 ans que Frédéric Bibal et moi-même sommes responsables de dossiers spéciaux en droit du dommage corporel publiés à la gazette du palais. Les premiers numéros s'attachaient d'ailleurs à réaliser des fiches synthétiques pour chaque poste de préjudice et ils sont toujours valables.

Des préconisations ont été publiées avec des tableaux, des propositions d'attestations... Toutes ces méthodologies d'expertise proposées pendant ces années n'ont toutefois pas pris leur essor car non partagées en expertise par les médecins parce que leur élaboration n'avait pas toujours été commune.

L'ANADOC répare cette erreur. Les médecins conseils sont en première ligne en expertise, nous n'y sommes qu'en soutien. Nos travaux communs nous aideront à mieux nous comprendre et à asseoir nos interventions sur des bases vraiment communes.

L'ANADOC, c'est aussi une alternative pour les enseignants des DU d'expertise qui n'ont souvent comme support que les fiches AREDOC et leur propre esprit critique. Ce point est capital.

Je voudrais pour finir remercier toute l'équipe d'avocats de l'ANADAVI, ils se reconnaîtront, qui a travaillé à réunir les éléments permettant la co-construction des fiches déjà sur le site de l'ANADOC et des fiches à venir.

Un très grand merci aux stagiaires avocats, Charlotte Boone et Pauline Cristol (actuellement en poste). Un énorme merci à Cécile Moulin, stagiaire avocat également sans qui ce projet n'aurait pas pu aboutir dans des conditions aussi optimales.

Claudine Bernfeld

Pierre Corman

Médecin Conseil de Victimes, Président honoraire de l'ANAMEVA, Co-Président de l'ANADOC

L'ANADOC, c'est pour nous, membres et dirigeants de l'ANAMEVA, une étape fondamentale dans notre engagement auprès des victimes.

Le métier de médecin conseil de victimes s'est imposé aujourd'hui et depuis de nombreuses années, grâce au travail du Docteur Bernard DREYFUS qui, en 1986, a créé l'ANAMEVA.

Je tiens ici à lui rendre un chaleureux hommage pour tout ce qu'il a réussi à construire et à imposer dans ce domaine.

Nous allons maintenant progresser encore en concrétisant dans l'ANADOC, le concept de tandem médico-légal avec les avocats de l'ANADAVI.

L'Indispensable collaboration de nos deux professions, effective depuis longtemps, s'officialise enfin.

Nous allons pouvoir exister à côté de l'AREDOC, que nous remercions de nous souhaiter la bienvenue dans la lettre ouverte qu'ils ont envoyée à tous leurs membres la semaine dernière.

Je veux aussi rendre hommage à Maître Frédéric BIBAL dont la volonté de créer et d'innover est toujours à souligner.

L'initiative de cette collégialité ANADAVI / ANAMEVA lui revient.

L'ANADOC sera, nous le souhaitons tous, un nouvel outil permettant à chacun des intervenants dans le processus de réparation juridique du dommage corporel, de progresser, et d'assurer notre indispensable formation continue.

Cette collégialité nous enrichira tous dans notre culture médico-légale pour une meilleure pratique quotidienne de ce métier que nous exerçons tous avec passion.

Pierre Corman

Alice Barrellier

Avocate au Barreau de Caen spécialiste en droit du dommage corporel, Administrateur de l'ANADAVI, Co-Présidente de l'ANADOC

Bonjour à tous,

Je suis très heureuse d'être là, même un samedi matin et vois qu'à vos heures perdues, nous partageons la même passion pour la cuisine. Sans doute ne vous doutiez-vous pas qu'en venant ici, aujourd'hui de bon matin, nous allions parler cuisine ? Pourtant, c'est un peu ce qu'on va faire avec l'ANADOC même si j'entends déjà les critiques dire que les avocats font leur cuisine ou qu'ils comparent la réparation intégrale à une tambouille...

Mais ce serait sans compter sur votre esprit pour comprendre les métaphores et même s'il est vrai qu'on peut parfois se demander à quelle sauce les victimes sont mangées lorsqu'elles ne sont pas conseillées, aujourd'hui la métaphore sera donc gastronomique.

Les fiches de l'ANADOC sont en fait des recettes, avec parfois quelques variantes pour apporter une touche personnelle, pour arriver à faire, grâce à de bons ingrédients et à de bons ustensiles, une cuisine de qualité qui réponde aux exigences de nos clients : les victimes.

Voilà 15 ans que, depuis la nomenclature Dintilhac, nous nous rendons compte au fil du temps et des expertises auxquelles nous assistons tous, que nous travaillons la nouvelle cuisine avec des vieilles recettes ou avec des recettes revisitées sur le papier mais qui, en réalité, n'ont pas changé.

15 ans pour nous apercevoir que les recettes d'hier, dont celles de l'AREDOC, ne font plus du tout la cuisine d'aujourd'hui même si elles nous ont donné l'air d'une apparente modernité.

Finalement un peu comme dans « l'Aile ou la Cuisse » où ce qui est servi paraît frais et délicieux mais quand il s'agit de passer à table, on reste sur sa faim.

15 ans que, petit à petit, les produits bruts qui composaient le dommage corporel sont devenus des produits transformés (le Déficit Fonctionnel Temporaire) ou carrément des OGM (l'Incidence Professionnelle ou le Déficit Fonctionnel Permanent).

Pour parvenir à donner sa vraie consistance au rapport d'expertise médico-légale qui reste l'ingrédient principal de la réparation intégrale et réussir à faire que tous les éléments du dommage y soient intégrés pour que le préjudice puisse être intégralement indemnisé, il nous fallait construire ces outils. Il nous a fallu nombreux et y consacrer de longues

heures, quelques essais - plus ou moins mangeables parfois - d'autres qui méritaient de reposer, pour parvenir à réussir à passer de la cuisine de nos grands-mères à une cuisine moins grasse, plus fine.

On espère que tout le monde sera servi, rassasié et qu'il y en aura pour tous les goûts :

- les gourmets qui, ayant le temps et l'envie, trouveront dans « la fiche intégrale » la recette gastronomique très détaillée, où tous les ingrédients même le sel rare y sont mentionnés

- les plus pressés, qui parfois doivent aller au fast-food et cherchent donc à la fois le rapide et l'efficace et qui, de façon synthétique, trouveront dans « l'essentiel »...l'essentiel !

- les nostalgiques qui trouveront dans le comparatif la liste des ingrédients qui ont changé.

Voilà, il est bientôt l'heure de passer à table mais on ne le fera pas avant que tous ceux qui sont ici aujourd'hui et qui ont fait chauffer leur cerveau avec nous pour nous permettre d'arriver à ces belles recettes soient remerciés et aussi ceux qui n'ont pas pu être là avec une pensée spéciale pour Cécile Moulin notre incroyable apprentie. Alors : merci à tous et Bon appétit !

Alice Barrellier

Dr. Éric Pean

Médecin Conseil de Victimes, Secrétaire Général de l'ANAMEVA, Délégué Général de l'ANADOC

La démarche ANADOC sous l'angle médico-légal

L'évaluation du dommage corporel par une expertise médicale a pour finalité de renseigner le juriste (avocat, régleur ou magistrat) qui déterminera ainsi le montant de l'indemnisation.

Autant l'expert judiciaire que les médecins conseils (de l'assureur ou de la victime), doivent :

- maîtriser la technique médico-légale

- veiller, dans le cadre de leurs obligations déontologiques, à une évaluation exhaustive et objective, seule de nature à garantir le principe d'une réparation intégrale.

1/ Médecin conseil d'assurance ou de victime : une même démarche ?

L'indemnisation de la victime, que la médecine n'a pas toujours su rétablir dans son intégrité corporelle, participe largement à sa réinsertion familiale, sociale et professionnelle.

Le serment d'Hippocrate précise et il s'agit de la première ligne : « mon premier souci sera de rétablir, de préserver, ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physique et mentaux, individuels et sociaux... »

Il n'existe donc aucune place pour des intérêts divergents entre les médecins conseils des assureurs et ceux des victimes.

2/ Le contradictoire en matière d'expertise

Pour autant, au fil des années, surgissent des difficultés croissantes pour parvenir à des consensus et signer des rapports amiables et contradictoires.

L'explication ne peut se trouver que dans une approche médico-légale divergente de la part des médecins des deux parties.

Pourquoi en sommes-nous arrivés là ?

Quelle est la formation initiale ? continue ? des médecins conseils et des experts judiciaires ?

La loi du 5 juillet 1985, si elle a confié la gestion amiable de l'évaluation et de l'indemnisation à l'assureur, ne lui a pas confié la charge de la réflexion sur l'évolution de la doctrine

et donc sur l'évolution des règles d'évaluation médico-légale.

Il est vrai qu'une grande majorité des dossiers se règle dans un cadre transactionnel.

Qu'est-ce qu'une transaction en droit civil : « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître en se faisant des concessions réciproques ».

Cette transaction ne concerne pas les médecins.

Mais cette transaction, pour que les concessions réciproques soient équilibrées, implique un débat contradictoire dès le stade de l'expertise.

Ce débat impose une mission commune, permettant aux médecins évaluateurs d'aborder l'ensemble des composantes du préjudice reconnues par la jurisprudence.

Une réflexion contradictoire sur cette mission comme sur chacun des postes de préjudice apparaît comme un préalable à une juste réparation.

Il est indispensable pour faire vivre la doctrine médico-légale de se référer à l'évolution jurisprudentielle.

Ce n'est pas au médecin de dire ce qui mérite ou non d'être indemnisé.

Ce n'est pas au médecin de dire si un état antérieur révélé et décompensé doit être indemnisé.

Il appartient en revanche au médecin d'éclairer tous les aspects du dossier de manière à ce que les régulateurs disposent dans un cadre non contentieux, des mêmes informations que celles dont le magistrat disposerait dans un cadre judiciaire.

3/ L'enjeu de la démarche

Nous savons que le même traumatisme n'entraîne pas les mêmes lésions et que les mêmes lésions ne laissent pas persister les mêmes séquelles.

L'évaluation médicale reste un préalable irremplaçable.

L'intelligence artificielle, qui envahit notre société, et qui permettra demain de lutter contre le handicap, n'a pas vocation à remplacer un interrogatoire et un examen clinique et à procéder à une évaluation médico-légale.

Nous sommes encore loin d'un algorithme qui évaluerait sans médecin les conséquences personnelles ou professionnelles d'un traumatisme crânien.

Il est de notre devoir déontologique de veiller à une évaluation personnalisée seule de nature à garantir à la victime une juste réparation en lui évitant une indemnisation forfaitaire.

4/ L'apport de l'ANADOC

Les médecins conseils de victimes sont moins nombreux que les médecins conseils des assureurs.

Toutes les victimes ne sont donc pas assistées.

Les assureurs et leurs médecins conseils disposent d'un organe de réflexion.

C'est donc tout naturellement que des médecins de l'ANAMEVA et des avocats de l'ANADAVI, tous conseils de victimes et forts d'un partenariat de longue date, ont décidé de mettre en commun leurs expériences respectives pour créer l'Antenne Nationale de Documentation du Dommage Corporel.

L'ANADOC a pour ambition de participer à la réflexion sur l'évolution de la doctrine médico-légale et à la formation de ses acteurs.

Cette démarche s'inscrit également dans la perspective d'une réflexion commune et contradictoire avec l'ensemble des acteurs de la réparation du dommage corporel, pour une toujours plus juste indemnisation.

L'ANADOC propose aujourd'hui d'aborder chaque poste de préjudice à la lumière de la dernière jurisprudence et les fiches déjà en ligne sur le site de l'ANADOC constituent un nouvel outil à l'attention de tous les médecins chargés d'apprécier le dommage corporel.

Éric Pean

Frédéric Bibal

Avocat au Barreau de Paris, Spécialiste en droit du dommage corporel, Administrateur de l'ANADAVI, Délégué Général de l'ANADOC

Chers Docteurs, Chers Confrères,

Mesdames, Messieurs, Chers Amis,

Je me contenterai d'une ou deux observations sur la nécessité, pour ne pas dire l'urgence, qu'il y avait à mettre en place une antenne de documentation technique comme l'ANADOC.

Depuis que la réparation du dommage corporel existe, c'est-à-dire depuis plusieurs décennies, le rôle de l'expertise médicale a toujours été considéré comme déterminant.

Mais il a fallu beaucoup de temps, et le mouvement n'est pas encore tout à fait achevé, pour comprendre que cette expertise médico-légale ne pouvait pas prospérer sans une collaboration étroite des médecins et des juristes.

La séparation stricte du médical et du juridique est une fiction sur laquelle se sont malheureusement brisées bien des attentes de réparation. Combien de doléances renvoyées par les médecins aux juristes, ces derniers indiquant, le moment venu, que rien ne pouvait être fait sans constatations médicales ? La mixité fréquente des atteintes, à la fois médicales et situationnelles, a interdit leur prise en compte, où en tout cas leur complète prise en compte, parce que médecins et juristes travaillaient chacun de leur côté.

C'est donc dès le stade de l'expertise que juristes et médecins doivent examiner ensemble chacun des aspects du dommage corporel pour, avant le chiffrage indemnitaire, faire le constat commun de ce qui relève d'une approche médicale immédiate et de ce qui relève d'une appréciation ultérieure, dont les prémisses doivent être posées lors de l'expertise.

La jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation n'a fait que renforcer cette nécessité, en interdisant de façon quasi systématique la création de nouveaux postes de préjudices destinés précisément à prendre en compte des aspects qui n'apparaissaient pas dans les cotations expertales habituelles.

La liste est longue des postes de préjudices que les juges du fond avaient considérés comme autonomes, et que la cour régulatrice a réintégré à la nomenclature Dintilhac. Pour simples exemples :

- Le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel temporaires intégrés au déficit fonctionnel temporaire.
- Les souffrances morales post consolidation et les

troubles ordinaires dans les conditions d'existence renvoyés au déficit fonctionnel permanent.

- Le préjudice d'avilissement renvoyé aux souffrances endurées.

- Le préjudice situationnel d'anxiété renvoyé lui aussi aux souffrances endurées.

L'expertise des dommages subis par les victimes des attentats de 2015 a pourtant révélé l'incapacité des instruments classiques, et notamment de l'échelle à 7 degrés, pour appréhender complètement les souffrances des victimes.

Si l'on examine avec un peu de bonne foi la jurisprudence récente, il n'est plus possible de considérer que les préjudices peuvent être expertisés selon des critères de base qui n'ont pratiquement pas varié depuis quarante ans.

L'état actuel d'évaluation des préjudices corporels rendait donc indispensable une collaboration étroite de médecins et de juristes, pour refonder ensemble une approche expertale commune.

Il ne s'agit pas pour les médecins de faire du droit et réciproquement pour les juristes de se prendre pour des médecins, mais de faire ensemble l'analyse de préjudices dont les composantes médicales et situationnelles sont étroitement intriquées et ne peuvent être appréhendées, ni par les médecins seuls, ni par les juristes seuls.

C'est probablement cette approche qui nous distingue le plus de nos contradicteurs et amis de l'AREDOC, qui défendent aujourd'hui encore une distinction à notre sens trop étanche entre le dommage et le préjudice, à l'origine d'une fréquente sous-évaluation des atteintes subies par les victimes.

C'est en tout cas le débat que nous souhaitons introduire en proposant une nouvelle approche technique aux acteurs de l'expertise.

Ce débat reste ouvert évidemment, et nous devons à notre tour tenir compte des objections de nos contradicteurs, pour qu'au final nous puissions tous progresser.

Frédéric Bibal

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes,
co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145,
Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Réflexions sur la valeur juridique des outils d'expertise et de la base ANADOC

En première partie de ce colloque consacré au lancement de la base ANADOC (Antenne nationale de documentation sur le dommage corporel), mission a été confiée aux universitaires et chercheurs de l'Institut Droit et Santé de s'interroger sur la valeur juridique et les fonctions des outils techniques utilisés tous les jours dans la phase expertale, qu'il s'agisse de barème, d'échelle, de table de capitalisation, de notice ou encore de fiches pratiques telles celles proposées par l'ANADOC.

Lorsqu'il s'agit de réfléchir à la valeur juridique des outils de l'expertise, il s'avère utile de se replonger dans les travaux de Catherine Thibierge et plus spécialement sur l'un de ses articles consacré au droit souple écrit en 2003¹. Il importe également de s'appuyer sur une étude menée en 2013 par le Conseil d'État² consacrée à ce concept de droit souple, qu'on oppose traditionnellement au droit dit dur.

A partir de ces travaux, la réflexion sur la valeur juridique des outils de l'expertise et plus spécialement de la base ANADOC sera menée en trois temps. Nous vérifierons tout d'abord que ces outils répondent bien aux caractéristiques du droit souple (**Partie I**). Nous nous demanderons ensuite si le recours à ces outils s'avère souhaitable ou non (**Partie II**) et, enfin, nous interrogerons sur le caractère normatif de ces outils (**Partie III**).

Partie I : Les instruments juridiques de l'expertise constituent-ils du droit souple ?

L'analyse est rendue particulièrement difficile par le fait que ces sources de droit souple s'avèrent très hétérogènes.

Selon les expressions de Catherine Thibierge³, il est possible de distinguer : la *soft law* qui vient « d'en haut », par exemple les recommandations d'une autorité sanitaire, de la *soft law* « d'en bas », comme pour les *building rules* des entreprises.

S'agissant des outils d'expertise, on peut considérer qu'il s'agit, pour la majorité, de *soft law* « d'en bas » en ce qu'ils émanent pour beaucoup des acteurs de l'indemnisation, le plus souvent des assureurs ou encore des sociétés savantes comme pour l'ANADOC.

D'autres outils d'expertise relèvent par contre de la *soft law* « d'en haut ». On pense ici à la nomenclature Dintilhac qui relève au départ d'une sollicitation gouvernementale.

L'étude précitée du Conseil d'État a proposé une définition du droit souple, dit encore droit mou, en même temps que trois critères cumulatifs permettant d'identifier les instruments juridiques entrant dans cette catégorie de droit.

Le droit souple est présenté, comme « l'ensemble des instruments réunissant les trois conditions cumulatives suivantes⁴ :

1^{ère} condition : « ces instruments doivent avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ». Tel est indiscutablement le cas des outils d'expertise que nous connaissons et également de la nouvelle base ANADOC dont l'idée est de guider les acteurs de l'indemnisation vers une meilleure application du principe de réparation intégrale. La question de l'adhésion à cette base sera examinée plus loin lorsqu'il sera fait analyse du caractère souhaitable ou non du recours à cet outil.

2^{ème} condition : « ces outils ne doivent pas créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ».

S'agissant de la réparation du dommage corporel, cela suppose par exemple que la victime ne puisse revendiquer auprès du juge l'utilisation de tel ou tel barème d'évaluation des dommages, tout comme elle ne pourra exiger qu'il lui soit fait application de la base ANADOC.

1 - Catherine Thibierge, Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, RTDciv. 2003, p. 599.

2 - Etude annuelle 2013 du Conseil d'État, Le droit souple : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000280.pdf>

3 - Article précité.

4 - P. 61 du rapport précité.

La nomenclature Dintilhac interroge cette deuxième condition. Il semble en effet que la victime soit aujourd'hui à même de prétendre à l'application des définitions des postes de préjudices proposées dans cette nomenclature et d'en revendiquer au besoin l'usage par un recours en cassation. Les deux hautes juridictions, et plus spécialement encore la Cour de cassation, ont en effet repris à leur compte les définitions des différents postes de préjudices retenues dans cette nomenclature⁵, cet état de fait confirmant d'ailleurs que certaines sources de droit mou sont susceptibles d'être créatrices de Droit.

Mais on remarque ici que la nomenclature Dintilhac n'a pas, « par elle-même » pu octroyer de nouveaux droits aux victimes de dommage corporel, ces dernières n'étant en mesure d'en revendiquer le bénéfice que parce que les hautes juridictions ont intégré ces propositions doctrinales.

Ils semble donc bien qu'aucun des outils de l'expertise ne crée « par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et que tel est également le cas de la nouvelle base ANADOC.

3^{ème} condition : pour être du droit mou les instruments juridiques doivent enfin « présenter, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »

On retrouve parfaitement cet aspect structuré dans les différents outils d'expertise utilisés au quotidien par les techniciens de l'indemnisation du dommage corporel. Tel est également indiscutablement le cas de la base ANADOC ce qui nous donne d'ailleurs l'occasion de féliciter les concepteurs de cette base pour leur important travail de structuration et d'analyse proposé dans cet outil.

Au regard de ces trois critères cumulatifs exposés dans l'étude précitée du Conseil d'État, il est possible de conclure que la très grande majorité des outils utilisés dans le cadre de l'expertise intègre bien la catégorie du droit souple et qu'il en est également de même de la base ANADOC.

Une fois ce constat fait, et suivant en cela l'étude du Conseil d'État, il s'avère à présent intéressant de se demander si le recours à ces instruments juridiques s'avère utile ou non.

Partie II : Le recours aux instruments juridiques de l'expertise s'avère-t-il souhaitable ?

Afin de guider les acteurs dans l'utilisation des instruments de droit souple, le Conseil d'État s'est attaché à identifier des critères permettant d'apprécier s'il s'avère ou non judicieux de recourir à l'outil soumis à analyse⁶.

Sont là encore proposés trois critères cumulatifs :

.....

5 - On pense par exemple au triple aspect du préjudice sexuel : Cass, 2^{ème} civ., 17 juin 2010, n° 09-15.842.

6 - P. 136 du rapport précité.

L'instrument juridique doit tout d'abord être **utile**.

Cela s'avère indiscutablement le cas des différents outils utilisés dans le cadre de l'évaluation du dommage corporel, les experts et les régisseurs ayant besoin de guide pour assurer une meilleure équité dans l'indemnisation des victimes et, tout en prenant évidemment en compte les spécificités des situations individuelles, garantir un minimum d'harmonisation dans l'appréciation des postes de préjudices.

Ce critère d'utilité se retrouve dans la base ANADOC en ce qu'elle tend vers une application plus respectueuse du principe de réparation intégrale et devrait permettre aux victimes d'obtenir une indemnisation plus juste car en meilleure adéquation avec la réalité de leurs besoins indemnitaires.

Afin que le recours à l'instrument de droit mou soit jugé souhaitable, l'outil analysé doit également répondre au critère **d'effectivité**.

Afin d'apprécier cette condition, l'étude du Conseil d'État donne de précieuses précisions dont on peut vérifier l'application s'agissant de l'ANADOC.

Selon les auteurs de cette étude, un instrument serait « effectif » si peut être constatée « la probabilité d'une dynamique d'adhésion par les acteurs concernés et la capacité de l'outil à devenir un standard de référence ».

La présence massive du public au colloque du 1^{er} février 2020, consacré au lancement de cette base, semble un premier élément indicateur de cette dynamique d'adhésion mais seul l'avenir dira si cet engouement naissant sera en mesure d'en faire un « standard de référence ».

Pour que le recours à l'outil de droit souple puisse être préconisé, celui-ci doit enfin pouvoir être considéré comme « **légitime** ».

Une telle légitimité est susceptible de principalement s'apprécier au travers de la légitimité de l'institution elle-même qui a produit l'instrument juridique analysé.

S'agissant de la base ANADOC, il suffit de se fonder sur l'incontestable notoriété et la renommée de l'Association nationale des médecins-conseils de victimes de dommage corporel (ANAMEVA) et de l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ANADAVI) qui ont porté les travaux de construction de cette base.

On pourrait certes opposer le défaut de partialité de ces deux associations qui représentent de manière exclusive les intérêts des victimes pour discuter de la légitimité de l'outil. Mais à cette critique, il sera possible d'opposer le fait que l'outil proposé par l'Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel (l'AREDOC), dont la légitimité est elle aussi incontestable, émane du monde de l'assurance et donc d'acteurs dont l'impartialité peut également être discutée sans que cela n'ait pu remettre en cause la légitimité du recours à l'instrument juridique qu'ils proposent. Dès lors, le parti pris des auteurs de l'instrument soumis à l'analyse ne

devrait pas conduire à empêcher la reconnaissance de son caractère légitime.

Cette rapide analyse incite à conclure que la base ANADOC devrait être en mesure de remplir les trois critères précités dès lors que son effectivité sera établie par la généralisation de son utilisation.

En dernier lieu, on propose de s'interroger sur le caractère normatif, ou non, de ces outils de droit mou utilisés dans le cadre de l'expertise.

l'évaluation du dommage corporel devraient être en mesure de se voir conférer un caractère normatif. Tel devrait dès lors être également le cas de la base ANADOC en ce qu'elle est susceptible de **guider** l'évaluation du dommage des victimes d'atteintes à l'intégrité physique.

En résumé de cette rapide analyse sur la valeur juridique de l'ANADOC, il apparaît donc qu'il s'agit bien de droit mou. Que son utilisation est susceptible d'être validée par le triple test du Conseil d'État et qu'il s'avère *a priori* possible de considérer l'ANADOC comme une véritable norme juridique.

Lydia Morlet-Haidara

Partie III : Les instruments juridiques de l'expertise disposent-ils d'un caractère normatif ?

Dans les dictionnaires juridiques la « norme » est traditionnellement présentée comme synonyme de « règle de droit » ce qui impliquerait la reconnaissance du caractère contraignant de la norme, ce caractère étant l'un des attributs essentiels de la règle de droit.

Or, les outils d'expertise sont *a priori* dépourvus de toute force obligatoire. Ainsi, sauf exception dans des situations bien spécifiques⁷, les experts sont libres de choisir le barème médical dont ils font usage, de même que les régleurs ont le choix entre différents barèmes de capitalisation.

Il pourrait dès lors être tentant de conclure que les outils d'expertise ne peuvent être des normes juridiques. Mais la conclusion serait ici trop hâtive car il semble que la définition de la norme doive évoluer au regard de la montée en puissance du droit mou. L'essor de la *soft law* impose en effet de faire évoluer la conception classique du Droit. A tout le moins, si le droit mou ne peut-être considéré comme une règle de droit en tant que telle, il s'avère indiscutable qu'il puisse constituer une source du Droit.

Dans ce sens, Catherine Thibierge⁸ considère qu'une norme juridique peut aussi bien être de droit dur que de droit souple. Préférant peut-être contourner ce débat, dans l'étude précitée du Conseil d'État, le terme « d'instrument juridique » a été préféré à celui de norme juridique pour qualifier les différents réceptacles du droit souple⁹. Si la terminologie proposée peut séduire, elle présente néanmoins le problème de poser la difficulté de la définition de ce nouveau concept et il semble dès lors préférable de considérer que sont synonymes les notions de norme juridique et d'instrument juridique.

A l'instar de Catherine Thibierge, il nous semble que peuvent être considérés comme norme juridique tous outils qui visent à guider, à régir un domaine ou une activité. Ainsi, les instruments de droit mou utilisés dans le cadre de

7 - Ainsi par exemple le barème d'évaluation médicale des invalides militaires ou encore le barème d'évaluation utilisé dans le cadre d'une indemnisation par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

8 - *Ibid.*

9 - P. 64 rapport précité.

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Amel Ghozia

Avocate à la Cour, Docteure en droit, Chercheuse associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

La valeur juridique et le rôle des normes techniques en expertise¹

Selon le Professeur de sociologie Jean-Yves Trépos, l'expertise est « *l'une des obsessions de la modernité et pas seulement l'un de ses traits caractéristiques* »². Il est vrai que ces dernières années les ouvrages, colloques et articles traitant de l'expertise – en particulier dans le domaine de la santé – n'ont eu de cesse de se multiplier en sciences humaines. Les réflexions sont d'ailleurs aussi bien nationales, européennes qu'internationales car l'expertise est un « *objet-frontière* »³ qui intrigue praticiens et universitaires en ce qu'il constitue une sorte de « pont » à double sens de circulation permettant à l'homme en robe de communiquer avec l'homme en sarrau chaque fois que la maîtrise de connaissances scientifiques ou techniques est nécessaire à une prise de décision juridique.

Ainsi, le juriste perçoit la science à travers le prisme de l'expertise puisque cette dernière permet l'instrumentalisation de la science par le droit. Il est d'ailleurs possible de définir l'expertise comme une procédure au cours de laquelle une personne physique ou morale – l'expert – est chargée d'éclairer, sur le fondement de données scientifiques et normes techniques, une autre personne – le décideur – afin qu'elle puisse prendre une décision en toute connaissance de cause.

L'expertise médicale réalisée au sein des processus d'indemnisation du préjudice corporel répond parfaitement à une telle définition car qu'il s'agisse de déterminer les causes des blessures d'une victime ou d'évaluer ses

différents préjudices corporels, la prise en considération de données scientifiques et d'outils techniques d'évaluation est devenue indispensable pour qu'une décision dotée d'une valeur juridique puisse être prise par un régleur ou un juge.

Le Professeur Testu avait justement écrit à propos de l'expertise judiciaire – mais cela s'adapte parfaitement à l'expertise amiable – qu'elle est devenue « *comme un petit procès décisif au cœur du grand* »⁴. C'est donc parce que l'expertise médicale a une place centrale dans les processus amiable et judiciaire d'indemnisation du dommage corporel et qu'elle contribue par son évaluation technique à rendre effectif le principe de réparation intégrale que juristes, experts et médecins-conseils doivent s'interroger tant sur les modes de création que sur le rôle des normes techniques en expertise.

Or, la création et le rôle de ces normes sont très rarement questionnés, y compris en théorie du droit. D'ailleurs peut-on vraiment parler de « norme », au sens juridique du terme, lorsque l'on vise des données « scientifiques » et des outils dits « techniques » ? La pratique a, certes, pris acte de la nomenclature Dintilhac établie en 2005, laquelle offre une définition juridique harmonisée des différents postes de préjudices afin d'apporter aux victimes une « *meilleure lisibilité et prévisibilité* » des préjudices indemnisables. Néanmoins, malgré son usage généralisé tant dans la pratique juridictionnelle que transactionnelle, malgré l'évolution des postes de préjudices, et enfin malgré les réformes intervenues dans le domaine de l'indemnisation du dommage corporel, il est toujours possible – quinze ans après sa mise en place – de s'interroger sur la valeur juridique de cette nomenclature au caractère non exhaustif, puisqu'en théorie elle n'a aucune valeur législative ou réglementaire.

L'on retrouve, par ailleurs, les mêmes interrogations lorsqu'il s'agit d'identifier le contenu des « données acquises de la science » ou d'apprécier les critères d'établissement des barèmes médico-légaux et des échelles de valeurs permettant l'évaluation médicale des préjudices corporels subis par la victime. Le législateur semble en effet avoir laissé à d'autres le soin d'établir ces normes techniques et ce, sans qu'un cadre légal ait été établi afin de permettre – en amont de l'élaboration des référentiels techniques servant de fondement à l'évaluation médicale – une discussion de toutes les parties prenantes dans le respect de la contradiction.

En réalité, ces interrogations viennent surtout mettre en exergue l'évolution du droit et, par conséquent, la nécessité

1 - Ce texte retranscrit les propos introductifs de l'auteure lors du Colloque organisé par l'IDS, l'ANAMEVA et l'ANADAVI le 1^{er} février 2020 sur le thème « *La base de l'ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs* ».

2 - J.-Y. TRÉPOS, Préface in « *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs* », Y. BÉRARD, R. CRESPION (dir.), Coll. « *Res publica* », éd. PUR, 2010, p. 11.

3 - Expression empruntée à Y. BÉRARD et R. CRESPION, « *Introduction : objet flou, frontières vives. L'expertise entre savoirs et pouvoirs* », op. cit. p. 18.

4 - F.X. TESTU, « *Présentation générale* », in « *L'expertise* », G. CANIVET et al. (dir.), Coll. « *Thèmes et commentaires* », éd. Dalloz, 1995, p. 5.

de renouveler le rôle et la place de tous les acteurs œuvrant au sein du processus d'indemnisation du préjudice corporel vers une plus grande implication dans l'élaboration des référentiels et normes techniques en expertise médicale. François Ost avait en effet déjà révélé en 1991 quatre étapes de la matière juridique : le droit dur, le droit flexible, le droit souple et le droit liquide et fluide. Il avait dès alors affirmé que « *c'est à un droit "liquide", interstitiel et informel, que nous sommes confrontés maintenant. Un droit qui, sans cesser d'être lui-même, se présente en certaines occasions à l'état fluide qui lui permet de se couler dans les situations les plus diverses et d'occuper ainsi en douce l'espace disponible, tout en s'accommodant, le cas échéant, de très fortes compressions* ».⁵

Ainsi, à l'ère du droit dit « fluide » et « liquide », il importe – avant de repenser le paradigme des normes techniques en expertise – d'apporter, d'une part, un début de réflexion sur la valeur juridique actuelle de ces normes (I) et d'autre part, d'en apprécier le rôle dans l'évaluation médicale du dommage corporel, laquelle contribue juridiquement à l'élaboration de la décision d'indemnisation (II).

I. La valeur juridique des normes techniques utilisées en expertise médicale

L'expertise ne prend tout son sens que par son lien avec la décision car c'est cette dernière qui fait émerger sa fonction. Mais, c'est la complexité de la connaissance de la « factualité » qui en fait une fonction « technique » inévitable chaque fois qu'il s'agit d'indemniser un dommage corporel⁶. En effet, cette complexité exige le « savoir-faire » des experts spécialisés qui sont tenus notamment d'appliquer des données scientifiques et d'avoir recours à des outils techniques « *dans un contexte distinct de la science et de l'abstraction induisant l'idée d'une maîtrise pragmatique dédiée à une finalité précise* »⁷, celle d'apporter *in fine* un éclairage utile à l'évaluateur du préjudice corporel.

Toutefois, s'interroger sur la valeur juridique de ces normes techniques n'est pas chose aisée au regard de la variété, d'une part, de leurs sources (A) et, d'autre part, de leur portée (B).

A. La variété des sources des normes techniques

A titre liminaire, arrêtons-nous un court instant sur la notion même de « norme », puisqu'on assiste à un véritable mouvement de normalisation des données scientifiques et

outils techniques en expertise⁸. En effet, le vocable « norme » est apparu au XII^e siècle et vient du latin « *norma* » signifiant « équerre ». Autrement dit, elle désignait un instrument de mesure permettant de contrôler le tracé des lignes droites. En droit, la norme est un instrument qui peut remplir la fonction de guide en offrant à ses destinataires un modèle de comportement, mais aussi une fonction de mesure lorsqu'il s'agit d'évaluer des conduites et de mesurer les écarts.

De cette brève approche sémantique, il appert que la notion de « norme » a d'abord eu une origine technique. Dès lors, parler de mouvement de « normalisation » des données scientifiques et outils techniques n'est finalement pas si étonnant. Mais est-ce que ces normes – qui ne disposent pas de « *l'onction constitutionnelle* »⁹ – entrent dans une catégorie juridique connue ? Dans l'affirmative, qui est habilitée à créer de telles normes ?

· D'abord, il convient de déterminer si les normes techniques sont du droit souple ou du droit fluide

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont pris acte de la mutation de la norme juridique d'un droit dur vers un droit « souple » (*soft law*) lequel a notamment été défini comme un « *droit auquel il manque l'une des caractéristiques traditionnellement attachées à la règle de droit : l'obligatorité, la contrainte ou encore la précision de la règle* »¹⁰. Mais ce qui est plus récent c'est le développement d'un droit « liquide » c'est-à-dire d'une normativité qui pourrait être « *de moins en moins juridique, de plus en plus technique et gestionnaire, même si elle conserve l'appel au droit comme structure de légitimation formelle* ».¹¹

Or précisément, les normes techniques en expertise semblent prises dans cette fluidification du droit puisque progressivement les pouvoirs publics ont accepté que des normes soient établies par des acteurs économiques et sociaux afin, semble-t-il, de permettre une création moins rigide, plus rapide et mieux adaptée de certaines normes, ce qui comprend les normes techniques en expertise. Cependant, il ressort de la pratique que ce droit « fluidifié » et « fluidificateur » soit « *un « droit des forts » (...) dont le modèle est celui du droit des marchés financiers* »¹².

Certes, il est possible de relever que la nomenclature Dintilhac appartient plutôt à la catégorie du droit souple tout comme les recommandations et référentiels de bonnes pratiques à l'attention des professionnels de santé qui sont établis par la Haute Autorité de Santé (HAS) et autres sociétés savantes établies. C'est d'ailleurs en tant que tel qu'ils sont

8 - Sur ce point, V. notam. A. GHOZIA, « Le droit de l'expertise médicale et sanitaire », *op. cit.* p. 303 et suiv.

9 - Cour de cassation, « *Le rôle normatif de la Cour de cassation* », Etude annuelle 2018, La Documentation française, déc. 2018, p. 197.

10 - N. EMERIC, « *Droit souple + Droit fluide = Droit liquide. Réflexions sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux* », Université Saint-Louis, Bruxelles, RIEJ 2017/2 Vol. 79, p. 10 (accessible sur Cairn.info). **Pour approfondir**, V. notam. C. THIBIERGE, « *Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit* », RTD. Civ., Octobre/décembre 2003, n°4, p. 599-628.

11 - N. EMERIC, *Ibidem* p. 6.

12 - N. EMERIC, *op. cit.* p. 15.

5 - F. OST, « *Dire le droit, faire justice* », coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 51.

6 - A propos de la fonction technique de l'expertise médicale, V. notam. A. GHOZIA, « *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire* », Coll. Thèses, éd. LEH, 2017.

7 - E. GUICHARD, « *L'internet : mesures des appropriations d'une technique intellectuelle* », Thèse de doctorat, EHESS, 2002, accessible in <http://barthes.enssib.fr/atelier/theseEG/theseEGse1.html> (définition de la notion de « technique »).

appréciés par les hauts magistrats.

Mais, peut-on en dire autant des normes techniques (barèmes et échelles de valeurs) permettant de mesurer le dommage corporel ? Il semble en effet que ces normes soient davantage du droit fluide puisqu'il est possible de constater, d'une part, qu'il n'existe pas une réglementation sur les outils techniques en expertise médicale et, d'autre part, que ces outils de mesure du dommage corporel ont été essentiellement pensés et élaborés par des commissions de réflexion relevant de l'Association pour l'Étude de la Réparation du Dommage Corporel (dite AREDOC), laquelle est composée exclusivement d'assureurs et/ou de leurs médecins conseils (AMEDOC, Fédération française des associations de médecins conseils experts). Si ce travail doit être salué puisqu'il a permis d'établir une méthodologie pour l'évaluation médicale du dommage corporel, le juriste se doit également de le questionner et de le soumettre à la critique au regard de certains principes juridiques sur lesquels notre justice repose. Ainsi, le fait que les créateurs de ces outils soient une partie prenante du processus d'indemnisation du dommage corporel ne peut que conduire à interroger non seulement l'indépendance de l'expertise mais également l'effectivité du principe d'égalité des armes face aux demandeurs victimes d'un dommage corporel et à leurs conseils.

- Ensuite, il peut être constaté une variété des formes et dénominations des normes techniques en expertise médicale

La variété des formes. Qu'il s'agisse des données scientifiques (données acquises ou actuelles de la science, connaissances médicales avérées, état des connaissances scientifiques) ou des outils purement techniques de mesure du dommage corporel, il est possible d'observer que les normes techniques ont plusieurs formes.

Plus particulièrement, concernant les normes techniques d'évaluation du dommage corporel, il existe notamment des barèmes, des guides et des échelles de valeurs. Il est ainsi possible de citer : le barème invalidité (dans la sphère professionnelle), le barème médico-légal des incapacités, les barèmes « droit commun »¹³ (en l'absence d'un barème « officiel »), les différents barèmes établis dans le cadre des assurances individuelles¹⁴, le barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections

13 - « *Les séquelles traumatiques : évaluations médico-légales des incapacités permanentes en droit commun (déficits fonctionnels séquellaires)* », éd. A. Lacassagne et le Concours Médical, 1991 ; « *Barème indicatif des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun* », publié par le Concours Médical, mai 1993 (cf. C. ROUSSEAU, « *Commentaires sur le barème droit commun du Concours médical* », Gaz. Pal., 17-19 avril 1994, p. 29 et RFDC 1993, n°4, p. 383) ; « *Barème d'évaluation médico-légale* », sous l'égide de la SMLCF et de l'AMEDOC, éd. ESKA/EAL, 2000 ; « *Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun* », Concours Médical, 2001.

14 - Il existe de nombreux barèmes des polices individuelles. La loi n'impose aucun barème de référence. Dès lors, au sein d'une même société d'assurances, il peut exister autant de barèmes différents que de contrats-types existants. De plus, il existe des barèmes spéciaux pour certaines professions comme, par exemple, pour les professions médicales ou pour certaines situations particulières.

iatrogènes ou d'infections nosocomiales¹⁵, le guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique¹⁶.

Certains barèmes ont une analyse plus anatomique des séquelles, tel que celui du Concours médical ; d'autres, plus fonctionnelle, tel le barème d'évaluation médico-légale ou le barème d'évaluation médicale des accidents médicaux.

La variété des dénominations. Cette variété ne semble pas importuner la Cour de cassation puisqu'elle « *ne tente pas de rectifier ou d'unifier les manières diverses dont les promoteurs de ces normes indicatives les ont qualifiées* »¹⁷. Ainsi, plusieurs arrêts utilisent indifféremment les noms de « barème », « référentiel », « nomenclature » et des documents techniques peuvent être désignés comme normes, recueils de pratiques ou encore usages¹⁸.

Il convient toutefois de relever que ces normes qui « *sont d'abord des faits avant de devenir peut-être du droit, doivent parfois être démontrées, au point de pouvoir faire l'objet de mesures d'instruction* »¹⁹, comme l'illustre un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 13 juin 2017. En effet, ce dernier approuve une chambre de l'instruction d'avoir retenu que « *la recherche des normes techniques applicables à la fourniture et à la pose d'un système de fermeture impliqué dans un accident n'excède pas les limites d'un examen technique susceptible d'être donné à un professionnel. Attendu qu'en statuant ainsi et dès lors, d'une part, que la mission confiée, conformément à l'article 77-1 du code de procédure pénale, à une personne qualifiée, de recenser l'ensemble des normes techniques applicables au dispositif mis en cause dans la survenance d'un décès, n'emporte aucune délégation de ses fonctions par le magistrat qui l'ordonne, d'autre part, que les parties peuvent en discuter les conclusions, qui ne lient ni le juge d'instruction désormais saisi ni la juridiction de jugement susceptible de l'être, la chambre de l'instruction a justifié sa décision* »²⁰. Il ressort bien de cet arrêt que les normes techniques retenues par l'expert peuvent être discutées et remises en cause par les parties.

- Enfin, il est possible de noter une variété des valeurs juridiques des normes techniques

Parce que la nomenclature Dintilhac a vocation à servir de référence dans tout dossier d'indemnisation, il ne fait aucun doute aujourd'hui qu'elle peut être considérée

15 - Art. D. 1142-2 CSP issu du Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du CSP. Ce barème reprend toutefois à l'identique l'approche fonctionnelle du Barème d'évaluation médico-légale élaboré sous l'égide de l'SMLCF et de l'AMEDOC en 2000.

16 - Ce barème a vu le jour en 2003 et a été réalisé sous l'égide de la Conférence Européenne d'Experts en Évaluation et en Réparation du Dommage Corporel - CEREDOC. Il s'agissait d'harmoniser au sein de l'Union européenne les systèmes nationaux d'indemnisation du dommage corporel.

17 - Cour de cassation, « *Le rôle normatif de la Cour de cassation* », *op. cit.* p. 197.

18 - *Ibidem*.

19 - *Ibidem*.

20 - Pourvoi n°17-80.641, Bull. crim. 2017, n°165.

comme une norme. Mais peut-on la qualifier de norme juridique ? Dans l'affirmative, à quelle catégorie de norme juridique appartient-elle ? Certes, l'objet de la nomenclature est bien juridique puisqu'il vise à permettre une évaluation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique et psychique, la notion de « préjudice » relevant bien du droit et non du fait. Mais, il n'en demeure pas moins que cette nomenclature est issue d'un simple rapport adressé au Gouvernement.

Pourtant aujourd'hui, la valeur juridique de la nomenclature ne semble plus pouvoir être niée pour au moins trois raisons selon Monsieur Matthieu Robineau²¹. Premièrement, une circulaire du ministère de la Justice du 22 février 2007²² invite les juridictions de l'ordre judiciaire à s'y reporter. Deuxièmement, le site internet du ministère de la Justice en fait « *une référence majeure, utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel* ». Troisièmement, plusieurs réponses ministérielles insistent sur le rôle de référentiel de la nomenclature. Ainsi, même si son identité demeure incertaine, la nomenclature Dintilhac n'étant issue que d'un rapport au Gouvernement, on ne saurait lui dénier sa valeur de norme juridique parce qu'elle est un guide pour les acteurs de la réparation du dommage corporel²³.

Il est, en outre, possible de lui attribuer depuis 2013 la valeur d'une règle de droit puisque le juge judiciaire et désormais le juge administratif ont recours à la nomenclature Dintilhac. En effet, le Conseil d'État a fini par faire une application explicite de la nomenclature Dintilhac dans un arrêt en date du 16 décembre 2013, *Mme de Moraes*²⁴. Quant à la Cour de cassation, elle contrôle que les juges du fond ont, d'une part, bien procédé à l'évaluation préalable de l'ensemble des postes de préjudice et, d'autre part, précisé ceux qui sont pris en charge par la prestation que le tiers payeur prétend récupérer.

En revanche, peut-on être aussi affirmatif s'agissant des outils techniques proprement dit d'évaluation de l'étendue du dommage corporel ? Rien n'est moins certain car en dehors du Barème indicatif d'invalidité (accidents du travail) pris en application de l'article R. 434-35 du Code de la sécurité sociale, lequel a une valeur réglementaire, les autres barèmes médico-légaux et échelles de valeurs « de droit commun » sont essentiellement issus de la pratique. A ce titre, ils peuvent certes être qualifiés de « normes » puisqu'ils servent de référence dans l'évaluation du dommage corporel, mais leur juridicité est questionnable. Ce qui peut toutefois plaider pour le caractère juridique de ces normes techniques c'est leur objet : les barèmes médico-légaux visent à permettre l'évaluation du préjudice corporel qui relève bien de l'ordre juridique. A cela s'ajoute que ces normes techniques sont

utilisées et validées par les évaluateurs, juge ou régulateur, lors de la fixation de l'indemnisation, faisant alors entrer ces normes techniques dans la sphère du « droit ». Mais, bien qu'elles acquièrent une valeur juridique en raison de leur contribution à la décision d'indemnisation du préjudice corporel, elles ne sauraient être qualifiées de « règles juridiques » en raison de leur multiplicité, leur manque de cohérence et de leur origine.

Cette réflexion sur la qualification juridique des normes techniques resterait incomplète si la question de leur portée n'était pas envisagée. En effet, quelle est l'influence des normes techniques sur l'évaluation du préjudice corporel ?

B. La variété des portées des normes techniques

A titre liminaire, il convient de relever qu'en l'absence de dispositions légales ou réglementaires déterminant l'origine des données de la science et la méthodologie de mesure du dommage corporel, et faute pour les juristes de disposer des compétences et des connaissances nécessaires pour y remédier, ce sont les experts, dans la pratique, qui se sont vus attribuer, en dehors de quelques exceptions, la fonction de dire, tel un oracle, quels sont les données de la science et outils techniques nécessaires à l'évaluation des faits (liberté technique de l'expert)²⁵. D'ailleurs, la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur ce que les juges du fond ont pu retenir comme constituant une donnée acquise de la science²⁶. Dès lors, faute de contestation des parties à propos des données prises en compte par l'expert médecin judiciaire, ces dernières sont purement et simplement entérinées.

Il est aujourd'hui établi que grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation, la nomenclature Dintilhac dispose d'une force obligatoire. Il s'agissait ainsi d'éviter que la définition de chaque chef de préjudice ne relève du pouvoir souverain des juges du fond. Elle a donc procédé par le biais du contrôle de l'assiette du recours et n'a pas, ensuite, hésité à instaurer un contrôle direct des postes de préjudice, reprenant à son compte les définitions de postes de préjudice de la nomenclature²⁷. Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 19 décembre 2003²⁸ illustre parfaitement ce point en présence d'une inadéquation entre la catégorie des « préjudices extrapatrimoniaux » retenue par la nomenclature Dintilhac et celle des « préjudices personnels » figurant dans l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985. La Cour de cassation a non seulement remis en cause le contenu donné à la notion de préjudices personnels, mais elle a également opté pour la définition de la nomenclature Dintilhac dans le but d'intégrer

25 - A. GHOZIA, *op. cit.* p. 298, n°648.

26 - P. SARGOS, « La jurisprudence civile de la Cour de cassation en matière de faute médicale », in Rapport de la Cour de cassation, 1996, éd. La Documentation française, 1997, p. 197.

27 - Cour de cassation, « *Le rôle normatif de la Cour de cassation* », *op. cit.* p. 214-215.

28 - Pourvoi n° 02-14783.

21 - M. ROBINEAU, « *Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices* », JCP G., 31 mai 2010, n°21, doctr. 612, p. 612 et suiv.

22 - Circulaire no 2007-05.

23 - *Ibidem*.

24 - Req. n°346575, publié Rec. Lebon.

les postes de déficit fonctionnel temporaire et permanent dans la catégorie des préjudices à caractère personnel, identifiés aux préjudices extrapatrimoniaux²⁹. Ce mouvement initié par la Cour de cassation a été rapidement suivi en dehors du cadre judiciaire par les dirigeants d'organismes d'indemnisation. La Commission nationale des accidents médicaux a ainsi demandé aux CRCI de procéder selon les préconisations du rapport Dintilhac à l'indemnisation des préjudices des victimes dont la demande est recevable. Dans cette même logique, le « référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM » précise que la liste des postes de préjudice sur lequel il s'appuie est celle du rapport Dintilhac. Par ailleurs, le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions a également choisi d'appliquer la nomenclature Dintilhac pour formuler ses offres.

Néanmoins, il n'en va pas de même pour les outils médico-légaux visant à mesurer l'étendue du dommage corporel, surtout lorsque l'on sait les discordes que ces outils techniques provoquent dans la pratique de l'indemnisation du préjudice corporel. Les avocats et médecins-conseils de victimes critiquent ainsi fermement le fait que le contenu des postes de préjudices ait « été formaté par des outils élaborés grâce au travail des commissions de réflexion de l'AREDOC composées exclusivement d'assureurs ou de leur médecins conseils, aboutissant parfois à vider les préjudices d'une partie de leur substance et à faire perdre à la nomenclature [Dintilhac] élaborée tout son esprit »³⁰. Pourtant ces outils médico-légaux n'ont pas, en principe, de force obligatoire. Mais en l'absence d'autres normes techniques équivalentes et faute d'une intervention du législateur afin de permettre la création d'un consensus sur la méthodologie de l'évaluation médicale du dommage corporel, les normes techniques établies par l'AREDOC vont souvent s'imposer en particulier dans le cadre de l'indemnisation amiable (assurances individuelles par exemple).

Le colloque de ce jour illustre d'ailleurs parfaitement la nécessité d'organiser un vrai débat contradictoire – incluant toutes les parties prenantes – et pluridisciplinaire sur la question des normes techniques de mesure du dommage corporel afin d'harmoniser la méthodologie de l'expertise médicale. Par conséquent, la variété des sources et des portées des normes techniques en expertise médicale ne permet pas de leur reconnaître de façon homogène une valeur juridique. En effet, celle-ci diffère essentiellement selon le mode de production de ces normes et le cadre dans lequel elles sont sollicitées.

29 - Cour de cassation, « *Le rôle normatif de la Cour de cassation* », *op. cit.* p. 215. Cet arrêt a été confirmé par la suite : V. notam. Cass. civ. 2e, 28 mai 2009, pourvoi n°08-16829, Bull. 2009, II, n°131.

30 - P. CORMAN, A. BARRELLIER, « *L'ANADOC, maintenant une réalité...* » (V. site de l'ANADOC).

II. Le rôle des normes techniques en expertise médicale

Classiquement, il est considéré en doctrine que l'expertise a une fonction d'assistance et une fonction normative au sein des processus de décision³¹. Mais, lorsqu'il s'agit plus particulièrement de s'interroger sur le rôle des normes techniques, il convient de noter qu'à la variété de leurs formes exposée précédemment répond une variété de leurs rôles : apprécier la faute médicale ou technique, déterminer l'imputabilité du dommage, fixer une date de consolidation, mesurer l'étendue du dommage.

Le présent colloque se limitant aux normes techniques dans l'évaluation du préjudice corporel, en dehors de toute question de responsabilité civile, notre propos se limitera à envisager la fonction spécifique de mesure médico-légale du dommage corporel (**A**), ce qui conduira à porter brièvement une appréciation sur la fiabilité des outils techniques utilisés dans la pratique actuelle de l'expertise médicale (**B**).

A. La mesure médico-légale du dommage corporel

Selon un épidémiologiste « pour agir, il faut comprendre, pour comprendre, il faut connaître ; pour connaître, il faut nommer, et parfois mesurer »³². Mesurer, revient à évaluer en déterminant la valeur ou en établissant un nombre fixant l'intensité ou l'état de l'objet³³. Certains auteurs estiment que mesurer n'est pas une nécessité, pour preuve d'ailleurs en Angleterre il n'existe pas de système barémique³⁴, le législateur anglais ayant opté pour une méthodologie descriptive, l'expert devant décrire les séquelles et leur retentissement sur la vie de la victime du dommage.

En France, en revanche, le dommage corporel est mesuré par l'expert à l'aide d'outils médico-légaux qui se présentent sous forme de notice ou fiche technique. Certes, le juriste n'est pas compétent pour réaliser une telle évaluation, mais il ne doit pas pour autant détourner son attention de ces outils – et plus généralement de la méthodologie expertale – car l'expertise médicale est une phase cruciale au sein du processus d'indemnisation du dommage corporel.

Le rôle des normes techniques peut ainsi être appréhendé à travers les trois questions suivantes :

- Tout d'abord, pourquoi mesurer le dommage corporel à l'aide d'outils médico-légaux ?

L'évaluation médicale du dommage corporel est un préalable indispensable à l'évaluation juridique (financière) du préjudice corporel par le régleur. Or, en principe afin de

31 - Pour une approche fonctionnelle de l'expertise médicale, V. notam. A. GHOZIA, *op. cit.* p. 279 et suiv.

32 - Citation du Dr M. THURIAUX.

33 - V. « *Mesurer* », in *Le Petit Robert*, *op. cit.* p. 1582.

34 - G. PIGANOL, P. ANCIAUX, E. CABASSU, M. CHIRIS, P. FEVRIER, J. LAMARQUE, A. ROGIER, « *Barèmes d'incapacité en droit commun dans les pays de la C.E.E* », *Journal de Médecine Légale-Droit médical*, mars-avril 1990, n°2, p. 83.

pouvoir octroyer à la victime une juste indemnisation dans le respect du principe de réparation intégrale du préjudice, le régleur doit pouvoir connaître :

- Si cela est évidemment possible, le moment où les lésions se sont ou vont se stabiliser définitivement, ce que l'on appelle la « date de consolidation ». Cette date est importante non seulement parce qu'elle fait courir le délai de prescription mais aussi et surtout parce qu'elle permet de distinguer les postes de préjudices extrapatrimoniaux temporaires et permanents.

- L'ampleur des atteintes physiques et psychiques de la victime

A noter que ce travail technique conduit finalement l'expert à opérer une « préqualification » des faits permettant de reconnaître l'existence d'une « contribution normative » de l'expertise médicale dans la procédure d'indemnisation du préjudice corporel³⁵. D'ailleurs, la mission de l'expert ne repose-t-elle pas sur la nomenclature Dintilhac, laquelle définit les postes de « préjudices » indemnisables ?

- Ensuite, comment se mesure le dommage corporel ?

Cette question porte sur les moyens mis à la disposition des experts médecins pour réaliser leur mission : barèmes médicaux (évaluation des séquelles en pourcentage d'incapacité), échelles de valeurs (de 1 à 7) et notices.

L'expert dispose également d'outils de mesure soit pour établir la date de consolidation fonctionnelle³⁶ (sa détermination repose sur la classification médico-légale de P.H.N. Wood, reprise par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) dans le cadre de ses classifications internationales relatives à la santé) ; soit pour apprécier la consolidation situationnelle (hypothèse où une date de consolidation ne peut être fixée³⁷, l'expert devra apprécier les séquelles et décrire les conséquences du handicap pour la victime « en situation », c'est-à-dire dans son environnement³⁸). Pour la détermination de la consolidation situationnelle, il est d'ailleurs recommandé de recourir à un ergothérapeute en tant que sapiteur ou co-expert. Cette description situationnelle de la victime peut se faire à l'aide de la batterie d'Items élaborée par l'OMS et figurant dans la Classification Internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF).

- Enfin, qu'est-ce que mesurent exactement les outils médicaux-légaux existants ?

35 - Sur ce point, V. notam. : A. GHOZIA, *op. cit.* p. 404 et suiv., n°873 et suiv.

36 - Dans les années 1980, les compagnies d'assurances avaient mis en place avec leur médecins-conseils « un barème temps » dans le but de déterminer le meilleur moment pour réaliser l'examen de la victime et fixer la date de consolidation.

37 - Tel est le cas lorsque les maladies traumatiques sont des maladies évolutives, dites « sans consolidation » (Sida, Hépatite C, etc.).

38 - Cela signifie que l'expert doit faire une description situationnelle de la victime dans les 5 activités suivantes : activités élémentaires de la vie quotidienne, activités socioprofessionnelles, activités affectives ou familiales, activités de loisirs, activités scolaires et de formation.

Cette question allant faire l'objet de plusieurs illustrations dans les prochaines interventions de la matinée, il ne sera fait que deux observations :

- D'une part, les barèmes médicaux visent à évaluer les séquelles de la personne blessée et plus précisément à quantifier son « incapacité » au moyen d'un taux. Or, la détermination du Déficit Fonctionnel Permanent (DFP) est plus complexe et ne saurait se limiter à la simple fixation d'un taux d'incapacité. D'ailleurs, il existe dans la pratique de vives discussions au sujet de ce poste de préjudice extra-patrimonial (post consolidation) en raison de son appréciation particulièrement délicate. En effet, le DFP comprend des aspects qui ne sont pas inclus dans les barèmes (les souffrances permanentes, les troubles ressentis dans les conditions d'existence personnelle, familiale et sociale).

- D'autre part, les échelles de 7 valeurs (de « très léger » à « considérable ») ont été établies pour permettre l'appréciation des souffrances endurées (avant consolidation) et de l'atteinte esthétique temporaire et permanente. Or encore une fois, en pratique il n'existe pas de consensus sur la méthodologie par degré. C'est la raison pour laquelle, il est fondamental que le degré retenu soit complété par une description précise des doléances de la personne blessée en tenant compte non seulement de l'environnement ayant entouré l'accident, mais aussi du temps d'immobilisation et de toute autre information utile à la compréhension de la quotité retenue par l'expert médecin.

De ce qui précède, il appert donc que les outils techniques sont plus que jamais en question, en particulier leur fiabilité en expertise médicale.

B. La fiabilité limitée des outils techniques en expertise médicale

Deux types de limites dans la mesure actuelle du dommage corporel peuvent être relevés :

- Les limites techniques ou scientifiques des outils de mesure du dommage corporel

Tout d'abord, il convient de remarquer une incohérence qui tient au fait qu'au sein des processus d'indemnisation du préjudice corporel, l'on cherche à mesurer l'atteinte corporelle subie par la victime alors que la santé n'est pas un phénomène statique. Bien au contraire, l'état de santé n'a de cesse d'évoluer car il est un phénomène fondamentalement dynamique ce qui rend par conséquent très difficile, pour ne pas dire impossible, les tentatives de le fixer de manière définitive³⁹.

Ensuite, l'évaluation barémique n'est pas une science exacte⁴⁰. De ce fait, les barèmes médicaux et échelles de

39 - N. NEVEJANS, « La participation des sciences de la vie et de la santé à la décision du juge civil et pénal », Thèse, Université de Lille II, 2000, p. 435.

40 - Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, « Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation », 8^e éd. Dalloz, Coll. Précis, 2015, p. 139.

valeurs – qui sont avant tout « *la résultante d'une histoire* »⁴¹ – ne sont et ne peuvent être que de simples références indicatives. En d'autres termes, ils ne peuvent être des normes contraignantes et l'expert doit les adapter lors de son évaluation.

Enfin, les barèmes actuels sont par nature arbitraires, abstraits et parfois même désuets. En effet, ils ne permettent que de fixer un « taux d'incapacité » qui est à lui seul insuffisant pour appréhender la réalité du DFP dans sa globalité. Comme ont pu le souligner Mesdames Lambert-Faivre et Porchy-Simon, « *un barème médical d'évaluation est une échelle de mesure dont la rigidité arithmétique semble très réductrice de la complexité du corps humain qui détermine toute la richesse spirituelle, intellectuelle, sensorielle, affective, professionnelle, ou simplement matérielle et ludique de la vie d'un individu. Celle-ci ne se découpe pas en tranches de centièmes* »⁴². Il est dès lors primordial que le taux et la valeur arrêtés par l'expert soient complétés par une description précise des séquelles et une justification claire des quotités retenues. L'approche description du dommage corporel (utilisée notamment en Angleterre) semble d'ailleurs plus conforme à la définition du handicap retenue au sein de la classification (CIF) de l'OMS, le handicap étant une « *notion complexe, pluridimensionnelle et difficilement évaluable* »⁴³.

Pour conclure sur ces premières limites dites « techniques », une critique terminologique peut être faite sur la notion de « DFP » figurant dans la nomenclature Dintilhac. Certes cette dernière pose une définition générale de ce préjudice en y intégrant « la qualité de vie » et « les troubles dans les conditions d'existence ». Toutefois, il n'en demeure pas moins que la notion *stricto sensu* de « déficit fonctionnel » ainsi que son expression en pourcentage invitent davantage à en faire une « *notion quantitative reproductible et impersonnelle* »⁴⁴. Il est pourtant possible de tendre vers une notion plus qualitative en optant pour une terminologie plus conforme à l'esprit de la CIF selon lequel le handicap exige, pour sa juste appréhension, la réalisation d'une évaluation personnalisée descriptive et non d'une traduction par un taux⁴⁵.

· Les limites juridiques des outils de mesure du dommage corporel

Il est possible de présenter au moins deux limites juridiques :

41 - C. BERNFELD, F. BIBAL, « *Présentation du dossier* », in « *Focus les outils de l'indemnisation du dommage corporel* », Gaz. Pal. 9-10 novembre 2012, Étude, p. 5.

42 - Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* p. 133.

43 - Selon la CIF, le handicap est un « *terme générique désignant les déficiences, les limitations d'activité et les restrictions de la participation. Il désigne les aspects négatifs de l'interaction entre un individu (ayant un problème de santé) et les facteurs contextuels dans lesquels il évolue (facteurs personnels et environnementaux)* ».

44 - V. SCOLAN, F. FIECHTER-BOULVARD, « *Place de la nomenclature Dintilhac dans le cadre de l'expertise pénale (victimes vivantes) ou la question du dommage corporel au cours d'une instruction pénale* », Méd. & Dr., mai-juin 2012, n°114, p. 95.

45 - *Ibidem*.

Une première limite apparaît lorsqu'on s'interroge sur les producteurs des outils techniques. Sont-ils indépendants ? Existe-t-il des conflits d'intérêts ? En effet, la fiabilité d'une norme, même technique, s'apprécie notamment en tenant compte de l'indépendance de ses producteurs. Or, jusqu'à présent de nombreux outils techniques utilisés en expertise médicale étaient élaborés par l'une des parties prenantes de la procédure d'indemnisation du dommage corporel (assureurs et médecins-conseils d'assurance). Bien évidemment, il ne s'agit nullement ici de remettre en cause le sérieux des processus d'élaboration de ces normes ou encore l'intégrité de leurs producteurs. En revanche, leur impartialité objective peut être légitimement questionnée notamment par la partie adverse (victimes, avocat et médecin-conseil de victimes) lors d'une procédure d'indemnisation du dommage corporel.

C'est en cela que la création très récente de l'ANADOC – aux côtés de l'AREDOC – devrait enfin permettre d'ouvrir une véritable discussion contradictoire devant l'expert quant aux choix des outils techniques de mesure du dommage corporel. Ainsi, faute d'un barème légal unique, chaque partie pourra au moins discuter devant l'expert judiciaire du choix des outils de mesure puisqu'une véritable contradiction sera possible afin que soit, *in fine*, pleinement appliqué le principe de réparation intégrale du préjudice. Reste en revanche à espérer qu'une telle discussion technique pourra aussi valablement se tenir lors des procédures amiables d'indemnisation.

La seconde limite tient à la multiplication des barèmes médicaux, laquelle est source d'inégalité entre les victimes. Or, si chaque victime est « *une personne, corporelle, égale à toute autre* », pourquoi le droit permet-il que celle-ci voie son taux de DFP varier en fonction du barème retenu par l'expert-médecin⁴⁶ ? Il existe donc à dommage corporel identique, des évaluations barémiques différentes source d'inégalité de traitement entre les victimes. Il y a pourtant actuellement une volonté d'établir un barème unique afin d'harmoniser les pratiques. Cela s'observe, d'une part, au niveau européen,

46 - A. GHOZIA, *op. cit.* p.386, note de bas de page n°2607 : « *À noter par exemple, qu'en droit commun, les experts-médecins ont le choix entre deux barèmes médicaux : celui du concours médical et celui de l'AREDOC qui n'ont pas la même manière d'approcher l'évaluation médicale : le premier s'attache à une analyse plutôt anatomique, tandis que le second opte pour une analyse plus fonctionnelle des séquelles. Une telle différence a nécessairement des conséquences sur la fixation du taux d'incapacité des victimes. Comme a pu notamment le noter Mme Lambert-Faivre, il résulte de ces dissensions d'écoles de pensée que l'évaluation des taux d'incapacité sera souvent plus faible dans le barème du Concours médical que dans celui de l'AREDOC, en particulier pour ce qui concerne le « handicap invisible », c'est-à-dire celui atteignant les traumatisés crâniens, par ex. les séquelles neuropsychiques (Cf. Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, « *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation* », *op. cit.* p. 136). V. égal. : A. ROGIER, « *La fixation du taux par les médecins experts : Compte rendu de l'enquête AMEDOC* », JML-DM, septembre 1998, n°5, Vol. 41, p. 369-372 : il ressort de l'enquête réalisée auprès de 22 experts-médecins que les experts sont en général attachés à un barème, et rare sont ceux qui en utilisent deux ou davantage. Le plus utilisé est celui dit du Concours médical (58%). L'enquête a également permis de relever que l'expert-médecin se réfère à un barème dans 68% des cas, que la consultation effective de l'ouvrage de référence est effective dans 70% des cas, ce qui signifie que dans 30% des cas, la référence au barème se fait seulement de mémoire (p. 370).* »

avec la création du guide barème européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique – lequel est devenu depuis 2006 une référence impérative en matière d'évaluation des accidents du travail et de vie privée dont les fonctionnaires européens seraient victimes – et, d'autre part, au niveau national avec la proposition de loi du député Guy Lefrand en date du 5 novembre 2009 en faveur notamment d'un barème unique⁴⁷. Après l'avis favorable du Conseil d'État le 20 janvier 2010 et son examen par la Commission des Affaires Sociales, cette proposition de loi a été votée en première lecture à l'unanimité à l'Assemblée Nationale le 16 février 2010. Elle a ensuite été transmise au Sénat le 17 février 2010, mais son examen n'a jamais été réalisé⁴⁸.

Il est par conséquent temps, faute d'une intervention du législateur, que l'ensemble des parties prenantes au processus d'indemnisation du dommage corporel se saisisse de la question relative à la fiabilité des normes techniques en expertise afin qu'un véritable débat contradictoire puisse être mené devant l'expert sur le choix des outils médicaux-légaux de mesure du dommage corporel.

Ce colloque annonçant le lancement de l'ANADOC aux côtés de l'AREDOC, il ne peut dès lors lui être souhaité qu'une aussi large diffusion au nom de l'égalité des armes, de la contradiction et du principe de réparation intégrale du préjudice corporel !

Amel Ghozia

.....
47 - Proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation.

48 - V. à ce propos la réponse du Ministère de la justice publiée dans le JO Sénat du 22 novembre 2012, p.2679.

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

La présentation des fiches de poste n'est pas exhaustive . Le choix a été fait de commenter certains postes importants.

Olivier Merlin

Avocat aux Barreaux d'Epinal et de Nancy, Spécialiste en droit du dommage corporel, Membre de l'ANADAVI

Jacqueline Rossant

Médecin Conseils de Victimes, Vice-Présidente de l'ANAMEVA

Le déficit fonctionnel temporaire

Pour les médecins habitués des expertises médicales, qu'elle soit amiable ou judiciaire, l'expertise se déroule en plusieurs temps qui ont tous leur importance.

La discussion est le temps qui se passe souvent en dehors de la présence de la victime, puisqu'elle est représentée par son médecin conseil et parfois également son avocat conseil.

Dans cette discussion, après des considérations générales sur les lésions imputables, les séquelles présentées, vient le moment du chiffrage de ces séquelles.

On commence généralement par chiffrer le déficit fonctionnel temporaire.

Cette étape, survenant au début de la discussion, alors qu'il reste beaucoup d'autres postes du dommage à évaluer, est souvent, il faut bien le dire, traitée un peu rapidement, pour ne pas dire bâclée.

Le rapport Dintilhac nous précise que ce poste de préjudice cherche à indemniser « l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique, c'est-à-dire jusqu'à sa consolidation. Elle est dégagée de toute incidence sur la rémunération professionnelle... Elle correspond aux périodes d'hospitalisation de la victime, mais aussi à la perte de qualité de vie et à celle des joies usuelles de la vie courante que rencontre la victime pendant la maladie traumatique, et il est précisé : privation temporaire des activités privées ou des agréments auxquels se livre habituellement ou spécifiquement la victime, préjudice sexuel etc ».

L'Aredoc a préconisé un certain nombre de principes :

- la gêne temporaire totale : c'est la période pendant laquelle la victime a été dans l'impossibilité totale de réaliser ses activités personnelles (dont ludiques et sportives) ou très restreinte dans les activités essentielles de la vie pendant son hospitalisation ou à son domicile.

Quand la victime est à domicile la gêne est totale dès lors qu'elle est immobilisée sans pouvoir sortir pour des raisons médicales imputables aux lésions initiales et à leur évolution.

La gêne temporaire partielle est la période pendant laquelle la victime a repris tout ou partie de ses activités personnelles, dont ludiques et sportives.

Elle est dégressive par nature en fonction de l'évolution des lésions et doit faire l'objet d'un descriptif précis qui figurera au chapitre concerné dans le rapport d'expertise intitulée RETENTISSEMENT PERSONNEL.

L'Aredoc précise un classement en quatre classes de IV à I correspondant à des pourcentages d'environ 75 % de la gêne totale jusqu'à 10 % de la gêne totale. Il est précisé que les Gênes temporaires partielles ne sont pas une AIPP temporaire.

En effet le déficit fonctionnel temporaire comporte non seulement les gênes fonctionnelles, mais également les conséquences temporaires sur l'agrément et la vie sexuelle, ce qui n'est pas le cas de l'AIPP puisque le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel définitif sont des postes autonomes.

Bien évidemment, dans notre pratique quotidienne, nous observons très souvent que nos confrères raisonnent pour les gênes temporaires sur les mêmes critères de taux que pour l'Atteinte Permanente à l'Intégrité Physique et Psychique (AIPP).

De plus la catégorisation en 4 taux fixes empêche d'évaluer les répercussions concrètes dans la vie quotidienne du blessé.

Comment résoudre cette difficulté ?

Quelques principes de base peuvent être posés, qui encore aujourd'hui font parfois difficultés dans les expertises amiables et judiciaires :

- le dernier taux de déficit fonctionnel temporaire ne peut jamais être inférieur à la composante incapacité du déficit fonctionnel permanent.

- L'évaluation du déficit fonctionnel temporaire ne peut pas se réduire à la méthode des classes pour garantir une évaluation personnalisée et prenant en compte les conditions d'adaptation de la victime à sa situation post-traumatique.

- Les postes personnels avant consolidation (préjudice d'agrément temporaire, préjudice sexuel temporaire, etc.) sont inclus et non pas dissous dans le déficit fonctionnel temporaire.

C'est la raison pour laquelle il est recommandé, au moment de la préparation de l'expertise, de vérifier période par période : l'importance de l'incapacité fonctionnelle physique ou psychique, le retentissement de cette incapacité sur le quotidien de la victime, ses activités sportives, ses revenus, sa vie sexuelle, toute autre activité évoquée associative religieuse etc.

Cela permettra de conclure un déficit fonctionnel temporaire global intégrant non seulement les atteintes fonctionnelles, mais également toutes les atteintes spécifiques et les données particulières à la victime (âge, milieu de vie, composition familiale...).

Lorsque certaines composantes ne sont pas incluses dans ce taux, la rédaction du rapport devra être explicite sur la non inclusion dans le taux des éléments de type personnel et des éléments spécifiques liés à l'âge et aux conditions de vie.

En particulier il est recommandé d'explorer systématiquement l'interaction entre l'âge et les atteintes fonctionnelles, la séparation de la victime de son environnement familial et amical, les troubles dans les conditions d'existence, le préjudice d'agrément spécifique temporaire, le préjudice d'établissement temporaire, le préjudice sexuel temporaire, la perturbation des activités sociales, la perturbation des activités religieuses, l'atteinte aux libertés (mise sous tutelle ou curatelle etc.).

Pour finir, je voudrais citer un exemple qui montre la difficulté d'évaluation du taux dans certains cas un peu particuliers :

Un jeune garçon est âgé de huit ans lorsqu'il tombe violemment face la première au sol, avec une atteinte immédiate de l'arcade dentaire.

Pendant une quinzaine d'années, il va subir de très nombreux soins et interventions douloureux, qui aboutiront peu à peu à la pose d'une quinzaine d'implants pour restaurer la dentition.

Lors de l'expertise, il explique à quel point son adolescence a été totalement perturbée par le fait de se présenter aux autres avec des dents manquantes, suscitant moqueries et mises à l'écart, compromettant évidemment totalement le développement harmonieux de ses relations avec les autres garçons et encore plus filles, racontant que maintenant, à l'âge de 23 ans, alors qu'enfin la réparation est terminée et complète, il peut tenter de se construire.

Or son taux de déficit fonctionnel permanent est très faible (en tout cas en ce qui concerne les dents, car il

existe un dommage psychologique), et c'est là qu'apparaît l'importance de l'attribution d'un taux de déficit fonctionnel temporaire adapté pendant cette longue période, qui devra tenir compte du retentissement du handicap pendant toutes ces années.

Olivier Merlin & Jacqueline Rossant



L'essentiel du Déficit fonctionnel temporaire

29 janvier 2020

Toutes les perturbations subies par la victime dans les activités subies par la victime dans sa sphère personnelle uniquement pendant la maladie traumatique

LES FONDAMENTAUX :

- Le dernier taux de DFT ne peut jamais être inférieur à la composante incapacitaire du DFP.
- L'incidence professionnelle ne doit pas être prise en compte dans le DFT
- La méthode des classes ne rend pas compte de tous les aspects du DFT

CRITERES D'EVALUATION DU DFT :

- ❖ **Incapacité fonctionnelle totale ou partielle durant hospitalisation ou convalescence :** Réduction temporaire des capacités physiques, sensorielles, cognitives, comportementales, psychiques.
- ❖ **Perte de qualité de vie :** Troubles dans les conditions d'existence, pénibilité des actes de la vie courante, troubles dans la vie sociale et familiale, perte de jouissance de la vie.
- ❖ **Préjudice d'établissement temporaire :** Altération de son rôle parental et familial...
- ❖ **Inaptitude fonctionnelle ou psychologique à la pratique d'un sport ou d'un loisir antérieur :** Pratique impossible ou pratique limitée : baisse des performances et/ou de la fréquence, fatigabilité.
- ❖ **Le préjudice sexuel temporaire pendant l'hospitalisation et la convalescence**

CONTENU DE L'EXPERTISE :

Le médecin devra période par période :

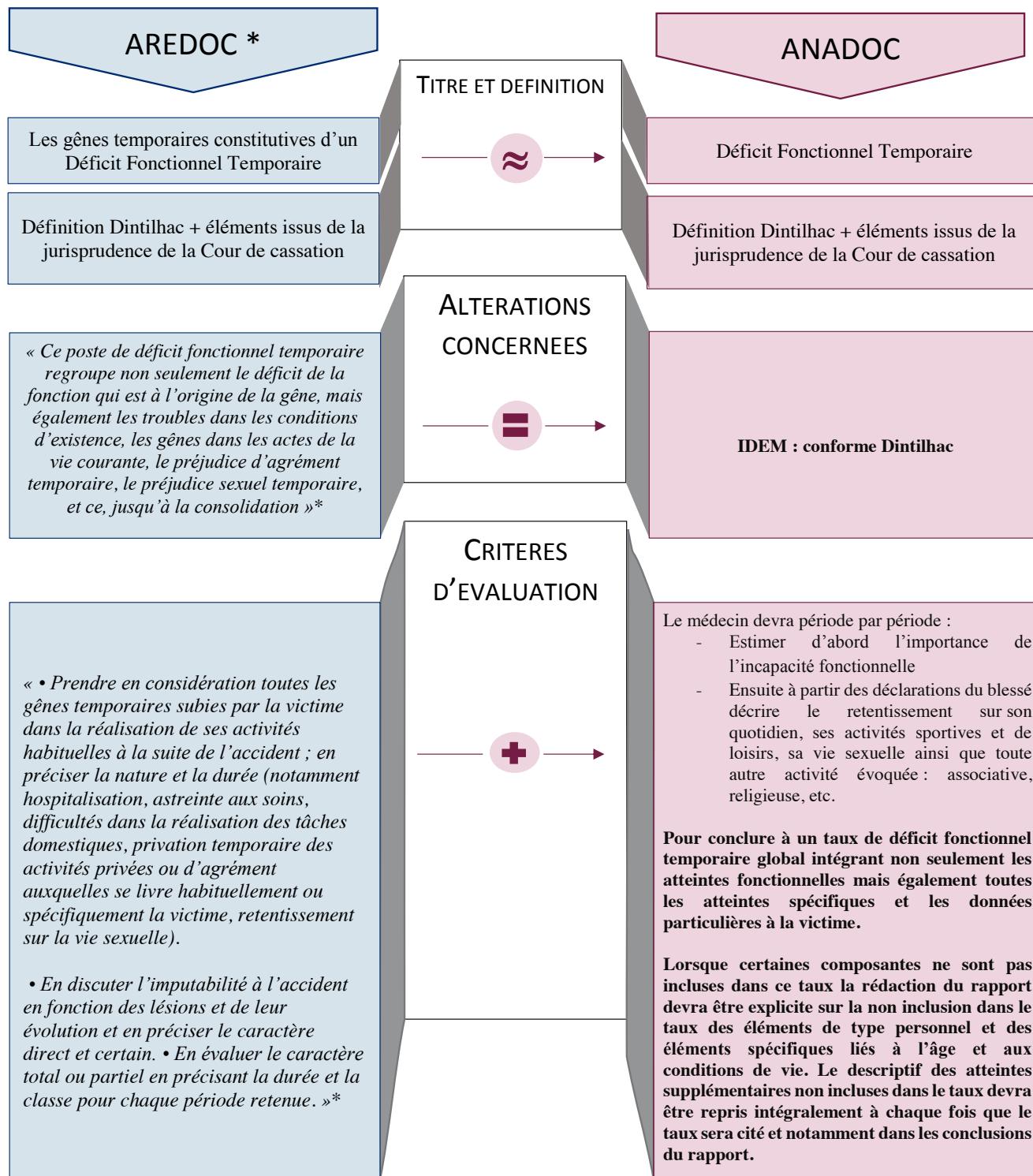
- Estimer d'abord l'importance de l'incapacité fonctionnelle (physique ou psychique),
- Ensuite à partir des déclarations du blessé décrire le retentissement sur : son quotidien, ses activités sportives et de loisirs, sa vie sexuelle ainsi que toute autre activité évoquée : associative, religieuse, etc.

Pour conclure à un taux de déficit fonctionnel temporaire global intégrant non seulement les atteintes fonctionnelles mais également toutes les atteintes spécifiques (loisirs ordinaires, loisirs spécifiques, vie sexuelle, vie sociale, activités religieuses, etc.) et les données particulières à la victime (âge, milieu de vie, composition familiale, etc.).

Lorsque certaines composantes ne sont pas incluses dans ce taux la rédaction du rapport devra être explicite sur la non inclusion dans le taux des éléments de type personnel et des éléments spécifiques liés à l'âge et aux conditions de vie. Le descriptif des atteintes supplémentaires non incluses dans le taux devra être repris intégralement à chaque fois que le taux sera cité et notamment dans les conclusions du rapport.

Déficit fonctionnel temporaire

Comparaison AREDOC – ANADOC



* La Lettre d'information de la COREIDOC n°16, mars 2018

* AREDOC : « Mission d'expertise médicale 2009 mise à jour 2014, point 12 les gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire (DFT) »

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Stéphanie Houssin

Avocate au Barreau de NANTES, Spécialiste en droit du dommage corporel, membre de l'ANADAVI

Éric Tordjman

Médecin Conseil de Victimes, Membre du Conseil d'Administration de l'ANAMEVA

Le déficit fonctionnel permanent¹

Cet article reprend la présentation faite au premier colloque de l'ANADOC le 1^{er} février 2020 sur un poste de préjudice majeur du dommage corporel, le Déficit Fonctionnel Permanent. Il reprend ses différentes composantes actuelles telles qu'elles apparaissent dans les fiches de l'ANADOC, avec le parti pris de développer aussi les éléments de son historique qui permettent de mieux cerner ses fondements et de mieux comprendre son contenu et ses contours.

L'évaluation Déficit Fonctionnel Permanent (DFP) est une étape essentielle de l'indemnisation, d'une victime de dommage corporel qui a en théorie pour finalité de remettre la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'accident n'était pas survenu (et non pas seulement d'assurer sa survie).

Cette opération est effectuée par des médecins, notamment à l'aide d'outils essentiels tels que des Barèmes ; elle a pour vocation de s'inscrire comme un discours scientifique de vérité afin d'établir une vérité juridique.

Du fait de référentiels et de conceptions parfois différentes du contenu même de ce préjudice (le DFP), il est fréquent que son évaluation donne lieu à des appréciations très divergentes. Pour essayer de mieux cerner le contenu de ce préjudice tel qu'il est défini par la doctrine, la jurisprudence et la loi, l'étude de sa construction progressive apparaît fondamentale. Si faute de contradiction structurée clairement affirmée, longtemps le point de vue des régleurs a servi de référence à la détermination de ce préjudice auprès de tous (juristes et médecins), l'ANADOC aujourd'hui a pris l'initiative de faire connaître sa lecture du DFP dans ce qu'elle pense être l'intérêt de la justice, avant même celui de la victime.

1 - Cet article est le résumé d'une présentation faite à la première réunion de l'ANADOC le 2 février 2020.

Une histoire des barèmes modernes

Au 17^{ème} siècle, François BARREME a montré tout l'intérêt d'établir entre les différents intervenants (financiers, commerçants) un langage commun au travers de tables mathématiques définissant des Référentiels Arbitraires concernant les valeurs de marchandises et de monnaies. Ces tables facilitant la comptabilité sont contenues dans des livres qui prendront le nom de Barème.

C'est en 1831 que l'on peut faire débuter l'histoire des barèmes médicaux modernes avec un premier « barème militaire » qui comportait des « échelles de gravité ». Il sera souvent remanié par la suite, notamment en 1906 et 1918, sa particularité étant qu'une fonction globale représentait 100 % et donc que les blessés de guerre avec plusieurs préjudices avaient des taux d'invalidité bien supérieur à 100 %. Si les guerres et les situations dramatiques qu'elles ont générées ont fait évoluer les barèmes militaires, ce sont les accidents industriels qui ont fait émerger en 1898 un droit spécifique des accidents du travail destiné à compenser partiellement non pas les préjudices corporels de la victime, mais leurs conséquences en termes de perte de force de travail et donc de perte de salaire. C'est ce principe de compensation de salaire du travailleur (et non un quelconque principe médical) qui aboutira au principe de plafonnement de l'IPP à 100 % et donnera lieu en cas d'invalidité multiple au principe de BALTHAZARD, le travailleur ne pouvant recevoir une compensation supérieure à son salaire.

Il faudra attendre 1938 pour qu'un premier barème officiel d'accidents du travail soit publié. Par la suite, sur le plan médical, de 1898 à 1939, les taux d'invalidité seront d'une grande disparité et donneront lieu à des débats houleux, les médecins étant accusés à l'époque d'être sous l'influence du lobbying des compagnies d'assurance et de l'industrie.

Les débats seront multiples : par exemple le taux d'incapacité de la perte d'un œil sera estimé initialement à 25 % pour les uns et à 33 % pour d'autres ; la perte des deux yeux et donc de la vue s'échelonna de 47 % à 85 % : ceci illustre parfaitement le caractère nécessairement arbitraire de tout barème.

Les barèmes de droit commun et leur évolution dans le temps

Le principe conventionnel de la réparation intégrale du préjudice² qui édicte que « *la victime doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne, si le fait dommageable ne s'était pas produit* » constitue un changement radical de référentiel et de paradigme puisqu'il s'agit d'indemniser non plus une simple perte de salaire mais le préjudice corporel lui-même, dans toutes ses dimensions et conséquences. Ceci aurait pu ou dû conduire à repenser les fondements des barèmes de droit commun et impacter profondément leur construction, dont notamment le plafonnement à 100 % du DFP qui se trouvait privé de son véritable fondement : la compensation de salaire. Il n'en a rien été.

En 1959, le docteur ARRIVOT publiera un premier barème de droit commun apparaissant comme très défavorable aux victimes.

En 1982, le docteur Claude ROUSSEAU publiera un nouveau barème moins défavorable aux victimes, synthétisant le contenu de nombreuses expertises médicales officiellement de droit commun, tout en précisant dans son prologue que ces évaluations avaient « *toujours été faites par référence au barème des accidents du travail* », barème dont il soulignait qu'il avait une finalité, un mode de calcul et un rôle radicalement différent de la législation de droit commun.

Ce barème sera régulièrement réactualisé et aboutira au Barème du Concours Médical de 2002 qui malgré ses défauts structurels³ sera consacré, par l'usage d'abord et même dans certaines situations par la loi, du fait de l'absence d'alternative ayant la même facilité d'utilisation.

Il était alors question d'évaluer des **Incapacités Permanentes Partielles** (IPP, puis AIPP).

Par rapport à 1982, le principe est alors d'exclure des taux d'invalidité toutes les répercussions psychosociales des taux proposés dans ce Barème, le Professeur JOURDAIN indiquant clairement dans l'avant-propos du Barème.

« Au stade de l'expertise, l'évaluation médico-légale doit en effet s'abstraire de leurs répercussions psycho-sociales.

Il appartiendra ensuite au juge de tenir compte, austade de l'indemnisation, de la façon dont les victimes ressentent in concreto les incidences physiologiques, des atteintes corporelles et les gênes qu'elles engendrent ».

De ce fait notamment, les taux d'invalidité indicatifs pour chaque lésion seront presque toujours revus à la baisse, parfois de façon drastique et caricaturale, comme pour les préjudices psychiatriques : le taux d'IPP pour les névroses

2 - (Cass. Crim, 13 décembre 1995, *Bull.* 1995, n° 377, pourvoi n° 95-80.790, *Gaz. Pal.* 96, 2, chron. dr. crim. p. 67).

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2_646/dommages_survenus_2650/reparation_dommages_2652/caracterisation_prejudices_11384.html#2.2.1.1.2.2.

3 - Parce que tout barème est nécessairement arbitraire, sa légitimité résulte nécessairement soit de l'absence complète de conflits d'intérêt des membres qui le détermine ou soit d'un équilibre strict entre les membres qui ont des intérêts divergents à son établissement.

majeures passe de « **jusqu'à 60 %** » dans le barème de 1982, à « **exceptionnellement 25 %** » dans le barème du concours médical de 2002. Ainsi les répercussions psycho-sociales auparavant comme les troubles dans les conditions de l'existence et la perte de qualité de vie, depuis la nomenclature DINTILHAC sont normalement des composantes à part entière du DFP global.

Malheureusement, faute de précision dans l'évaluation des différentes composantes de l'IPP hier et du DFP aujourd'hui, les victimes ont été trop souvent privées de **cette composante d'« l'IPP magistrale »** telle que définie par le Professeur JOURDAIN, et en fait du « DFP magistral » aujourd'hui, qui n'est parfois évaluée ni par les experts au moment de l'expertise, ni par les magistrats ou le régleur au stade de l'indemnisation, alors qu'elles peuvent constituer une partie importante de ce poste de préjudice.

La Nomenclature DINTILHAC⁴

En 2004 (donc postérieurement à la publication du barème du Concours Médical qui n'a pas pu la prendre en compte), après le rapport de la commission LAMBERT FAIVRE, le conseiller DINTILHAC définira une nomenclature comprenant un certain nombre de préjudices, distinguant les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux, dont en particulier les préjudices personnels et professionnels.

Parallèlement et à cette fin, l'Incapacité Permanente Partielle (I.P.P.) est remplacée par le Déficit Fonctionnel Permanent (D.F.P.) défini comme le poste de préjudice permanent destiné à réparer « *les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime. Il convient d'indemniser, à ce titre, non seulement les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation.* »

Or le barème du concours médical conçu avant la nomenclature DINTILHAC ne prévoyait que rarement les douleurs après consolidation, et jamais les répercussions quotidiennes : par exemple une victime souffrant du bras ne pourra plus se coiffer comme avant, jouer aux cartes comme avant, applaudir comme avant... Autant d'éléments qui étaient en théorie laissés à l'appréciation du magistrat postérieurement au travail de l'expert, et qui doivent aujourd'hui venir s'ajouter au déficit purement fonctionnel dans l'évaluation du D.F.P.

Il ressort de cet historique les éléments suivants :

Le barème de droit commun publié dans le Concours Médical a été fortement influencé par les principes initiaux des principes de la réparation des accidents du travail qui

4 - <https://solidarites-sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/nomenclature-des-postes-de-prejudices-rapport-de-m-dintilhac>
https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_groupe_de_travail_nomenclature_des_prejudices_corporels_de_Jean-Pierre_Dintilhac.pdf (page 38)

repose sur des principes d'indemnisation différents.

Ce barème de droit commun qui n'appréciait qu'une I.P.P., a exclu dans son principe lors de son élaboration, toutes les répercussions psychosociales qu'il laissait en 2002 à l'appréciation du magistrat postérieurement à l'expertise.

Le barème de droit commun n'est en aucun cas un outil permettant d'évaluer à lui seul le DFP.

La nomenclature DINTILHAC, qui est chronologiquement postérieure au barème de droit commun a fait évaluer l'I.P.P., poste de préjudice plus ancien, vers le DFP qui vient agréger à l'I.P.P. d'autres composantes telles que *la douleur permanente qu'elle ressent après la consolidation, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence*, auxquelles la jurisprudence a ajouté le préjudice moral.

Certains éléments demandent une réflexion plus approfondie.

Pour les invalidités multiples, le principe du plafond de l'I.P.P. ou du DFP à 100 % avait un sens en accident du travail quand il s'agissait de compenser une perte de capacité de travail et donc une fraction de salaire ; il n'en a médicalement aucun. Même si par un effet en cascade elle a eu pour conséquence de diminuer l'évaluation du DFP de nombreuses victimes, la modification de cette erreur de conception initiale nécessiterait de repenser intégralement l'évaluation de ce poste de préjudice, ce qui n'est pas le propos du présent article.

En revanche, toujours pour les invalidités multiples, le principe de BALTHAZARD et son corollaire celui de la capacité restante, qui étaient pertinents en matière d'accident du travail, comportent en matière d'évaluation du préjudice en droit commun des contradictions internes qui les rendent inopérants.⁵

Pour les composantes du DFP ajoutées à l'I.P.P. et donc au barème de droit commun par la nomenclature DINTILHAC, se pose la question inverse de celle de la capacité restante, à savoir **la capacité de DFP disponible** pour « absorber » et donc indemniser les composantes complémentaires que sont les douleurs post-consolidations, la perte de qualité de vie, les troubles dans les conditions et le cas échéant le préjudice moral.

Ainsi par exemple pour un patient qui aurait une hémiplégié lourde avec troubles sphinctériens, et aphasie et dont l'IPP serait évaluée à 85 %, il ne resterait pour absorber tous les préjudices complémentaires qui sont sans doute très important que 14 %, le dernier pourcentage étant réservé au décès.

Cette difficulté est encore accrue par l'absence de barème

des composantes complémentaires du DFP en données chiffrées susceptibles d'être additionnées à l'I.P.P. comme l'aurait voulu la nomenclature DINTILHAC. Ceci devrait avoir pour conséquence que l'expert, qu'il soit judiciaire administratif ou amiable, décrive de façon la plus complète possible ces préjudices complémentaires ; libre aux parties et à lui à partir de ces propositions de proposer ou de ne pas proposer de taux à additionner à l'incapacité physiologique et de proposer ou pas **un DFP Global** qui pourra être débattu en toute transparence devant le magistrat nécessaire.

A titre d'exemple, a été présenté et soumis à l'assistance un « cas clinique » (toute ressemblance avec une expertise existante ou ayant existé...) concernant une femme séquestrée pendant plusieurs heures par quatre hommes et victime d'un viol en réunion : elle semblait présenter des séquelles psychologiques et des douleurs importantes de l'épaule non dominante (épaule sur laquelle elle avait chuté en s'enfuyant).

La victime artiste-peintre indiquait se plaindre d'anxiété, d'agoraphobie, de suppression de la libido, d'une altération de sa qualité de vie dans tous les domaines. Interrogée, l'assistance a évalué le DFP global de cette victime entre 35 et 55 %.

Une prise en compte de la seule I.P.P. a abouti à octroyer à cette victime un **DFP global de 10 %**, comprenant 9 % pour l'agoraphobie et la suppression de la libido, et 1 % pour les douleurs de l'épaule. Il est probable qu'un exposé détaillé des différents composant du DFP décrivant la perte de qualité de vie et les troubles dans les conditions de l'existence, comme le prévoit la nomenclature DINTILHAC, aurait permis une évaluation nettement plus élevée du DFP global.

Enfin dernier élément très souvent sujet à débat : le principe de réparation intégrale du préjudice nécessite au moins en théorie que soit comparé l'état du patient avant le fait générateur du dommage et celui après consolidation. Or trop souvent, l'état du patient après consolidation est comparé non pas avec **son** état avant la survenue du dommage mais avec celui d'autres victimes le plus souvent graves dont le DFP aurait pu, s'il n'était plafonné, dépasser les 100 %, ce changement de référentiel illégitime ayant pour effet d'une nouvelle fois entraîner à la baisse l'évaluation du DFP d'un grand nombre de victimes.

Pour une évaluation traçable et transparente du DFP

En premier lieu, notamment pour être compris des victimes, des avocats et des magistrats, un bon rapport d'expertise et notamment le contenu du DFP devrait pouvoir être lu facilement par un non-médecin, et faciliter le travail des magistrats, et donc devrait comporter pour une victime donnée les éléments suivants dans l'esprit de la fiche ANADOC :

5 - Antoine ROGIER Dommage corporel : Éléments Médicaux Légaux à l'usage du juriste et du médecin. Editions ESKA 2001 page 193
E TORDJMAN Pour une épistémologie de l'expertise médicale Gazette du Palais Mardi 14 mai 2019 n° 18 page 76

- L'indication du barème d'invalidité utilisé.
- Les différents taux retenus pour chacune des invalidités en cas d'invalidités multiples.
- L'IPP globale retenue avec l'indication de la méthode utilisée pour additionner les différentes IPP (puisque aucune recommandation légale ou scientifiquement pertinente n'existe en réalité).
- Dans les cas où les souffrances ne sont pas intégrées explicitement dans le taux d'incapacité, il conviendra que soit précisément mentionné la description par la victime de ces souffrances post-consolidations tant physiques, que psychologiques, en précisant leur siège, leur fréquence, et leur intensité, et en indiquant si, en l'absence de tout barème, un taux indicatif à additionner aux IPP est proposé, ou si ce taux sera à déterminer au stade de l'indemnisation.
- La description de la perte de qualité de vie en faisant la liste et en décrivant précisément toutes les difficultés rencontrées au quotidien du fait des altérations constatées ; Là encore il sera indiqué en l'absence de tout barème, si un taux indicatif à additionner aux IPP est proposé, ou si ce taux sera à déterminer au stade de l'indemnisation. Des « questionnaires de qualité de vie » généraux ou spécifiques à certaines invalidités pourront aider à cette évaluation.
- Les éventuels troubles dans les conditions de l'existence feront l'objet de la même description et de la même analyse, en s'aidant des « barèmes d'autonomie », pour permettre le calcul d'un DFP global final correspondant véritablement à la définition de la nomenclature DINTILHAC.
- Décrire le cas échéant, le préjudice moral qui sera intégré au DFP au mieux secondairement par les juristes.

même. C'est dire l'importance de la détermination précise détaillée des différentes composantes du DFP, en particulier lorsque la victime la sollicite.

Enfin à distance, en cas de nouvelle procédure en aggravation, parfois de nombreuses années plus tard, lorsque l'on connaît les éléments qui ont été pris en compte lors de l'expertise initiale, le travail des intervenants secondaires, pour les experts, les avocats et les magistrats s'en trouvera largement facilité aussi.

Stéphanie Houssin & Éric Tordjman

Ainsi, la détermination du DFP global est un élément essentiel de l'expertise en dommage corporel.

Un rapport d'expertise précis doit permettre de retracer les bases du raisonnement de l'expert dans son évaluation des préjudices, la méthode qu'il a suivie et les éléments qu'il a pris en compte comme ceux qu'il n'a pas retenus. Cette précision du rapport doit permettre une meilleure appréciation du préjudice, une meilleure acceptation des décisions par toutes les parties, une diminution des recours judiciaires ou de meilleures décisions de justice.

Depuis plusieurs années la coexistence de l'utilisation du Barème du Concours Médical évaluant des IPP et de la nomenclature DINTILHAC a trop fréquemment conduit à une sous-estimation importante du DFP lorsque les souffrances endurées post consolidation, les troubles dans les conditions de l'existence et la perte de qualité de vie n'étaient intégrées au DFP ni au stade de l'expertise, ni au stade de l'indemnisation comme le préconisait le barème lui-



L'essentiel du DÉFICIT FONCTIONNEL PERMANENT

6 janvier 2020

Les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime après consolidation, selon 3 aspects :

- Incapacité
- Souffrances
- Perte de qualité de vie

Les fondamentaux :

- L'évaluation des atteintes de la victime ne doit pas être limitée à l'aspect incapacitaire. Elle doit être complétée par l'analyse des souffrances post consolidation et des troubles dans les conditions d'existence.

Critères d'évaluation du DFP :

❖ Les altérations évaluables par un taux d'incapacité :

- Les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime : réduction du potentiel physique, sensoriel, cognitif, comportemental et/ou psychique

❖ Les altérations non évaluables par un taux d'incapacité :

- La douleur physique ou psychologique ressentie après la consolidation (sauf inclusion dans le taux)
- La perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence quotidienne

Contenu de l'expertise :

❖ Méthode d'évaluation de l'incapacité :

• Les barèmes à utiliser de manière indicative :

- le barème du Concours Médical (2001)
- le barème ESKA (2000)
- Le barème Lacassagne - Concours médical (1999)

• Spécificité en cas d'atteintes multiples :

- Proposer un taux soit en additionnant les taux d'incapacité de chaque atteinte indépendante, soit en globalisant suivant les cas

❖ Méthode d'évaluation des souffrances et atteintes à la qualité de vie :

• Les souffrances de la victime qui ne sont pas intégrées explicitement dans le taux d'incapacité :

- Ne pas augmenter aléatoirement le taux retenu
- Demander à la victime de décrire ses douleurs physiques et psychologiques, les contraintes thérapeutiques...
- Indiquer in fine la fréquence et l'intensité

• L'atteinte à la qualité de vie de la victime :

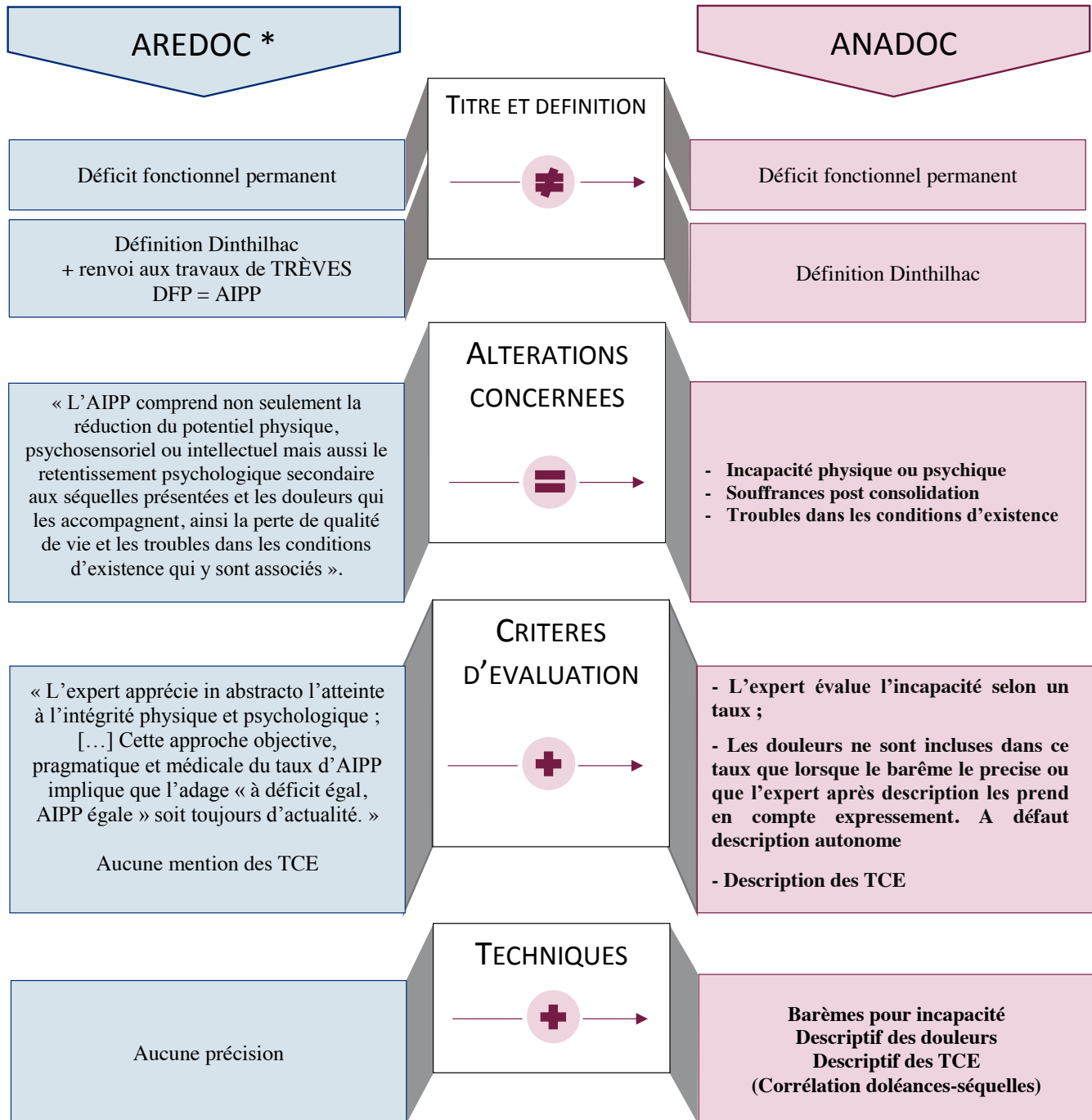
- La décrire en corrélant les doléances aux séquelles préalablement objectivées

En résumé : l'évaluation du DFP doit être présentée dans le rapport avec :

- taux d'incapacité déterminé à partir du barème choisi
- description des souffrances pérennes endurées
- description des troubles dans les conditions d'existence.

Déficit fonctionnel permanent

Comparaison AREDOC – ANADOC



* AREDOC, Lettre de la COREIDOC n°17, Le déficit fonctionnel permanent (DFP), mars 2018
AREDOC, Mission d'expertise médicale 2009, MAJ 2014

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Franck Colette

Avocat au Barreau de Metz, spécialiste en droit du dommage corporel, administrateur de l'ANADAVI

L'assistance tierce personne

La forme orale de cette présentation a été conservée.

La tierce personne est le chef de préjudice le plus important pour la victime puisque la réparation doit lui garantir de retrouver, autant que faire se peut, des conditions équivalentes à celles qu'elle connaissait auparavant et d'entretenir ainsi la possibilité d'un retour à domicile, qui doit être le principe.

L'évocation des besoins en aide humaine de la victime à l'expertise est toujours un moment de crispation et le débiteur de l'indemnité y est particulièrement attentif.

Qu'il s'agisse de l'assistance par tierce personne avant ou après consolidation, l'objectif poursuivi par le conseil de la victime, assistée de son médecin, est de faire indiquer par l'expert si, le cas échéant, l'assistance constante ou occasionnelle d'une tierce personne (étrangère ou non à la famille) est ou a été nécessaire pour accomplir les actes, **non seulement élémentaires mais aussi élaborés de la vie quotidienne, pour sécuriser la victime et assurer sa dignité et sa citoyenneté.**

Et ce, dans le strict respect du principe de la réparation intégrale du préjudice.

Puisque l'expertise médicale est le moment clé du processus indemnitaire, le conseil de la victime et le médecin qui l'assiste, ont le devoir de préparer l'accédit avec la plus grande attention.

L'interrogatoire de la victime, préparatoire à l'expertise médicale, est essentiel et doit permettre de caractériser le type d'aides lié à l'atteinte physique ou psychologique, **sans condition de gravité :**

- **L'aide personnelle** : il s'agit notamment de l'aide à la personne, aux déplacements, de l'aide administrative, organisationnelle, de contrôle et de sécurité...

- **L'aide à la parentalité** : il s'agit notamment de l'éducation et de la garde des enfants, de la vie scolaire, de la vie périscolaire, des déplacements des enfants...

- **L'aide professionnelle,**

- **La tierce personne par ricochet** : il s'agit de la personne nécessaire pour remplacer l'aide qu'apportait la victime à un proche dépendant.

L'évaluation individualisée du besoin en tierce personne implique que soient décrits : d'une part, le contexte de vie de la victime, c'est-à-dire son environnement et son mode de vie (ses loisirs, sa vie sociale et familiale), et d'autre part, son lieu de vie (son habitat, son éloignement des commerces, ses lieux médicaux et sociaux).

Toujours dans le strict respect du principe de la réparation intégrale du préjudice.

Afin de faciliter la démonstration des besoins d'aide de la victime, l'ANADOC a établi pour ce poste de préjudice en distinguant la tierce personne temporaire et la tierce personne permanente, une fiche détaillée qui renvoie à des outils d'évaluation et une fiche synthétique, sorte d'aide-mémoire.

La fiche détaillée constitue la position de l'ANADOC sur ce poste de préjudice.

Les outils d'évaluation des besoins en aide humaine proposés par l'ANADOC sont les suivants :

- Pour les tâches domestiques : l'étude INSEE,
- Pour la qualité de vie : une attestation à faire systématiquement remplir par les proches,
- Pour les traumatisés crâniens : l'outil spécifique de l'évaluation de la qualité de vie que constitue le QOLIBRI,
- L'article paru à la Gazette du Palais : « *méthodologie de l'estimation des besoins en tierce personne en pratique médico-légale* »,
- L'outil HANDI-AID.

L'ANADOC a établi également un tableau comparatif des points de divergence avec l'AREDOC qui peuvent pour l'essentiel s'exprimer ainsi :

A l'ANADOC, on ne se limite pas à la survie de la victime, aux actes essentiels de la vie courante.

Cette pratique est conforme à la jurisprudence de la Cour de Cassation qui, dans un dernier arrêt en date du 23 mai 2019, indique que « *la tierce personne apporte à la victime l'aide lui permettant de suppléer sa perte d'autonomie tout en restaurant sa dignité... l'indemnisation de ce poste de préjudice n'est pas limitée à l'impossibilité d'accomplir certains seulement des actes de la vie courante* ».

La Cour de Cassation affirme donc que les besoins

d'assistance en tierce personne ne sont pas limités aux seuls actes essentiels de la vie courante (à savoir, se laver, se vêtir, se nourrir).

A l'ANADOC, on détermine les besoins en aide humaine de la victime dans le respect de ses droits individuels, de son droit à la dignité, à la sécurité, au droit de circuler librement, au droit à la vie privée et familiale.

A l'ANADOC, on ne distingue pas aide active/aide passive mais on caractérise l'aide permanente, l'aide à la parentalité, l'aide professionnelle, la tierce personne par ricochet, l'aide à la stimulation, à l'incitation, à la sécurité, l'aide aux loisirs.

Ainsi, les termes « *heures actives* » et « *heures passives* » doivent être évitées au profit d'autres expressions plus précises : aide spécialisée (aide-soignant, auxiliaire de vie sociale...) ; aide d'incitation, aide de stimulation, aide à la sécurité, aide aux loisirs.

A l'ANADOC, il n'existe pas de hiérarchie des aides.

Ainsi, les besoins en aide humaine ne doivent pas être évalués après la mise en place des aides techniques et de l'aménagement du logement.

A l'ANADOC, on considère que l'expertise doit être pluridisciplinaire et que l'apport d'un ergothérapeute peut être essentiel à l'évaluation réelle des besoins en tierce personne de la victime.

Il s'agit de privilégier une appréciation la plus concrète et personnalisée possibles des difficultés que rencontre la victime dans son environnement.

L'intervention d'un ergothérapeute spécialisé permet une observation concrète de la victime dans diverses situations.

Une expertise « *écologique* » réalisée dans le lieu de vie du blessé (domicile personnel ou institutionnel) permet de mesurer l'incidence des déficits de la victime en situation réelle et les répercussions sur sa qualité de vie.

L'expertise peut donc être pluridisciplinaire pour que tous les besoins d'aide soient appréhendés.

Franck Colette



L'essentiel de la TIERCE PERSONNE TEMPORAIRE

6 janvier 2020

Besoin d'un tiers auprès de la victime, entre le fait générateur et la consolidation afin de :

- l'assister dans les actes de la vie quotidienne
- préserver sa sécurité
- contribuer à restaurer sa dignité
- suppléer sa perte d'autonomie

Les fondamentaux :

- Les besoins peuvent exister pendant l'hospitalisation
- Le besoin d'ATP n'est **pas soumis à une condition de gravité** des atteintes physiques et/ou psychiques
- L'évaluation est indépendante du taux de déficit fonctionnel temporaire
- L'ATP n'est pas limitée aux seuls actes essentiels de la vie quotidienne
- L'évaluation de l'ATP ne peut être réduite en cas d'assistance par un membre de la famille
- La caractérisation de l'ATP n'est pas subordonnée à la production de justificatif de dépenses effectives
- L'évaluation ne doit pas distinguer entre heures actives et passives

Critères d'évaluation des besoins de la victime :

❖ Le type de tierce personne :

- Aide personnelle : aide à la personne, aux déplacements, aide administrative, organisationnelle, contrôle et surveillance de sécurité...
- Aide à la parentalité : éducation et garde des enfants, vie scolaire, vie périscolaire, déplacement des enfants...
- Aide professionnelle
- Tierce personne par ricochet : personne pour remplacer l'aide qu'apportait la victime à un proche dépendant

❖ Cas particuliers :

- Les enfants :
 - Atteintes bénignes à moyennes : en référence aux besoins d'un enfant du même âge
 - Atteintes lourdes : en fonction du besoin sans comparaison avec un enfant du même âge
- Les personnes âgées : l'âge ne doit pas être un argument laissant présumer une perte d'autonomie
- Les personnes cérébrolésées : nécessité absolue du témoignage des proches

Contenu de l'expertise :

❖ L'évaluation individualisée du besoin en tierce personne :

- **Description du contexte de vie de la victime :**
 - Décrire son environnement et son mode de vie (loisirs, vie sociale, familiale)
 - Décrire son lieu de vie (habitat, éloignement des commerces, lieux médicaux, sociaux)
- **Description du besoin en aide humaine par période de besoins jusqu'à la consolidation :**
 - Le type de tierce personne et objet de l'aide
 - La fréquence et durée de ce besoin : par jour ou par semaine à partir d'une journée ou semaine type
 - La durée peut être > 24h/j si besoin simultané de deux tierces personnes
 - Respect des contraintes règlementaires : impossibilité de se déplacer pour moins de 30 min

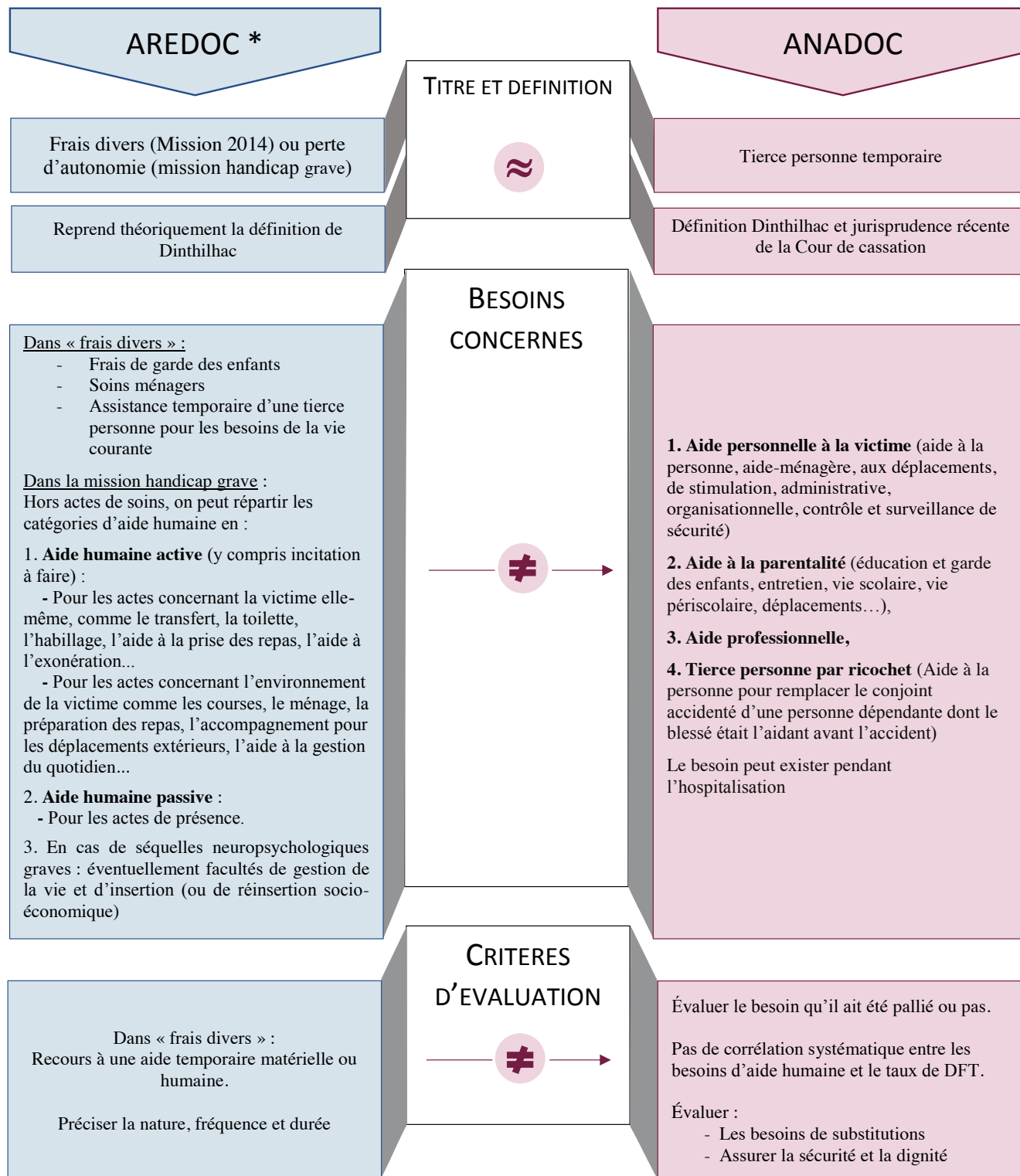
❖ Requérir pour certains cas :

- L'intervention d'un ergothérapeute spécialisé : pour appréhender plus précisément les besoins de la victime
- Une expertise sur le lieu de vie (expertise « écologique ») : pour évaluer l'incidence des déficits de la victime en situation réelle



Tierce personne temporaire

Comparaison AREDOC – ANADOC



* AREDOC, Lettre de la COREIDOC n°10 – Les frais divers (FD), septembre 2016

AREDOC, Mission droit commun spécifique aux handicaps graves générant une perte d'autonomie, 2014



L'essentiel de la

TIERCE PERSONNE PERMANENTE

6 janvier 2020

Besoin d'un tiers auprès de la victime, après la consolidation afin de :

- l'assister dans les actes de la vie quotidienne,
- préserver sa sécurité
- contribuer à restaurer sa dignité
- suppléer sa perte d'autonomie

Les fondamentaux :

- La reconnaissance de l'ATP n'est **pas soumise à une condition de gravité** des atteintes physiques
 - L'évaluation de l'ATP est indépendante du taux de DFP
 - L'ATP n'est pas limitée aux seuls actes essentiels de la vie quotidienne
 - L'évaluation de l'ATP ne peut être réduite en cas d'assistance par un membre de la famille
 - La caractérisation de l'ATP n'est pas subordonnée à la production de justificatifs de dépenses effectives
 - L'évaluation ne doit pas distinguer les heures actives et passives
 - Le besoin en ATP ne doit pas être évalué après la mise en place des aides techniques et aménagement du logement

Critères d'évaluation des besoins de la victime :

❖ Le type de tierce personne :

- Aide personnelle : aide à la personne, aux déplacements, aide administrative, organisationnelle, contrôle et surveillance de sécurité...
- Aide à la parentalité : éducation et garde des enfants, vie scolaire, périscolaire, déplacement des enfants...
- Aide professionnelle
- Tierce personne par ricochet : personne pour remplacer l'aide qu'apportait la victime à un proche dépendant

❖ Cas particuliers :

- Les enfants :
 - Atteintes bénignes à moyennes : références aux activités et besoins d'un enfant du même âge
 - Atteintes lourdes : références aux besoins propres de la victime
- Les personnes âgées : vie antérieure : l'âge ne doit pas être un argument laissant présumer une perte d'autonomie
- Les personnes cérébrolésées : nécessité absolue du témoignage des proches

Contenu de l'expertise :

❖ L'évaluation individualisée du besoin en tierce personne :

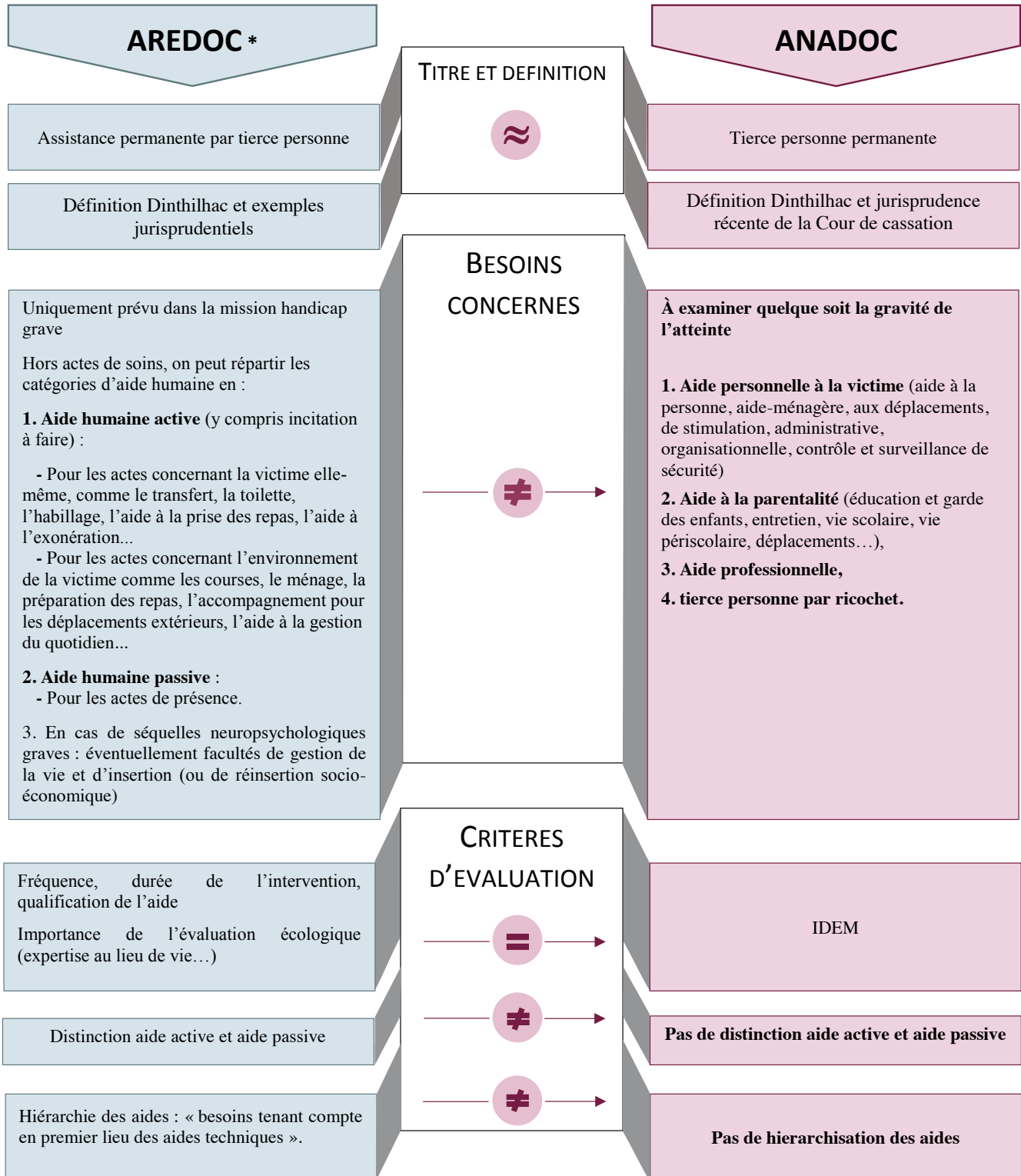
- **Description du contexte de vie de la victime :**
 - Décrire son environnement et son mode de vie (loisirs, vie sociale, familiale)
 - Décrire son lieu de vie (habitat, éloignement des commerces, lieux médicaux, sociaux)
- **Description du besoin en aide humaine par période de besoins à partir de la consolidation :**
 - Le type de tierce personne et objet de l'aide
 - La fréquence et durée de ce besoin : par jour ou par semaine à partir d'une journée ou semaine type
 - La durée peut être > 24h/j si besoin simultané de deux tierces personnes
 - Respect des contraintes règlementaires : impossibilité de se déplacer pour moins de 30 min

❖ Requérir pour certains cas :

- L'intervention d'un ergothérapeute spécialisé : pour appréhender plus précisément les besoins de la victime
- Une expertise sur le lieu de vie (expertise « écologique ») : pour évaluer l'incidence des déficits de la victime en situation réelle

Tierce personne permanente

Comparaison AREDOC – ANADOC



* AREDOC, Lettre de la COREIDOC n°28, L'assistance par tierce personne, juin 2019

La base ANADOC : pour une expertise indépendante des assureurs

Philippe Donnou

Membre de l'ANAMEVA, médecin conseil de victimes

Le préjudice professionnel

L'évaluation de la perte de gains professionnels futurs et de l'incidence professionnelle est un élément majeur tant pour l'assureur que pour la victime.

- Pour l'assureur compte tenu de l'impact financier sur sa propre structure.
- Pour la victime compte tenu du retentissement sur sa vie sociale, professionnelle et familiale.

L'ANADOC propose une approche différente, plus méthodique sur le plan médical et juridique, en effet des éléments de preuve sont rendus nécessaires pour fonder la décision médico légale, base de l'indemnisation.

- Sont rappelés dans le document ANADOC les arrêts essentiels de la Cour de cassation que devraient connaître et maîtriser tout médecin expert.

- Ensuite l'évaluation de la perte de gain et de l'incidence professionnelle nécessite de poser des questions très précises qui sont listées en page 3 du document et développées en 9 items en pages 6-7-8.

Le document proposé par l'AREDOC (mission 2009, mise à jour 2014, point 18.1) ne nous semble pas suffisamment développé, les items sont superposés et le flou réside précisément sur la portée des décisions de la médecine du travail. Il devait être complété. Il n'est pas question de le rejeter.

Tout le chapitre sur la répercussion professionnelle proposée par l'AREDOC permet dans certaines situations de remettre nettement en question l'avis de la médecine du travail sur le principe que les avis du médecin de compagnie sont discrétionnaires, non tenus par les avis et décisions d'autres praticiens ce qui va à l'encontre de l'arrêt la Cour de cassation pré cité que nous rappelons :

- C'est dire la haute valeur ajoutée du document ANADOC qui demande de faire rappel aux arrêts en vigueur.

Mais surtout, sachant que le médecin ne peut pas interférer sur un domaine qu'il ne connaît pas et ne maîtrise pas (la question juridique et la médecine du travail), il apparaît dans de nombreuses situations que la reconnaissance d'une

inaptitude partielle voire totale par le médecin du travail est très discutée voir considérée comme un élément supposé rédigé sur pression de l'employé... avec complaisance de l'employeur... du fait des conditions d'emploi précaire ou limité dans le temps.

Brièvement nous citons un exemple pour éclairer notre propos.

Il s'agit d'un fusiller marin, environ 30 ans, victime d'un traumatisme du pied, ayant un contrat à durée limitée. Son accident lui fait perdre l'aptitude à la mer, l'aptitude aux opérations engagées, il se trouve ainsi déclassé sur un poste terrestre avec une incapacité de ce fait à passer des brevets de spécialités et à prolonger son contrat, la perte de prime est donc conséquente (la prime d'embarquement), et faute de passer des diplômes supplémentaires son contrat est voué à se terminer rapidement.

Lors de l'expertise contradictoire amiable, l'avis de la médecine d'aptitude militaire (équivalent du médecin du travail) est en attente : nous demandons à sursoir de quelques semaines pour le dépôt du rapport final pour attendre l'avis du conseil régional de santé militaire.

Sans attendre cette réponse, le rapport est déposé non co-signé, et l'assureur adresse une proposition pour tous les postes sauf le professionnel.

Après l'avis du conseil régional de santé le médecin conseil de la victime écrit aux deux médecins de compagnie pour leur faire part de cette décision d'inaptitude quasi globale, sans réponse de leur part.

Il est conclu dans le rapport contradictoire, non co-signé du médecin conseil de la victime.

- état incompatible avec la spécialité de fusiller marin.
- état compatible avec le maintien des aptitudes pour un travail à la mer et outremer.

Il est répondu aux deux médecins de compagnie que :

« ...La raison de la demande de report repose sur l'évaluation des conséquences professionnelles.

En effet, Mr X doit passer en conseil régional d'aptitude ou d'inaptitude définitive début janvier 2019 auprès d'un collège de plusieurs médecins militaires. Si je n'ai pas d'objections sur l'évaluation des postes des préjudices extraprofessionnels, il me semble indispensable de temporiser quelques semaines supplémentaires afin de proposer un positionnement le plus objectif possible sur le plan professionnel, sachant qu'il ne sera pas possible de s'opposer à une décision administrative militaire d'inaptitude à la mer ou à l'outre-mer... ».

Le conseil régional de santé délivre peu de temps après cette expertise les notions suivantes : inapte monofusil, apte à servir dans la marine par dérogation, inapte embarquement outre-mer, inapte mission courte durée, inapte opération extérieure.

Au plan pratique le sujet a été déclassé de sa spécialité, il est dans une situation statutaire instable.

Analyse

Il en découle :

- une rupture du contradictoire (le timing trop rapide de l'envoi du rapport avec des conclusions incomplètes), avec une proposition d'attente de signature non retenue pour la rédaction contradictoire des conclusions.

- une opposition de fait : entre une aptitude professionnelle insuffisamment évaluée par les médecins de compagnie et un avis formel non discutable de la médecine du travail avec une incidence professionnelle majeure.

- Le fait que le raisonnement des experts ne veuille pas s'appuyer sur la jurisprudence.

Pour la victime il apparait désormais :

- une obligation de reconversion professionnelle.
- une pénibilité au travail du fait de douleurs accrues.
- une dévalorisation sur le marché du travail.
- un préjudice de carrière.

Conclusion ANADOC versus AREDOC

Ce dossier est bloqué dans l'évaluation professionnelle entre l'avocat de la victime et l'assureur du responsable qui s'appuie sur l'avis de son expert de compagnie dans le rapport contradictoire. Les questions et documents essentiels ont été reçus mais pas analysés par les médecins de compagnie, les conclusions définitives de la médecine du travail n'ont pas été reprises au dépend de la victime qui se trouve ainsi lésée deux fois, du fait de l'accident et du fait d'une absence d'analyse complète du retentissement professionnel.

Le mode d'évaluation de l'incidence professionnelle avec l'aide du tableau ANADOC à 9 entrées aurait obligé à poser des questions précises et à donner des réponses documentées et prouvées.

Synthèse

La célérité ou la lenteur de rédaction sont mauvaises conseillères en matière d'évaluation professionnelle.

Si l'on dit que la médecine est un art fondé sur des preuves, l'évaluation du retentissement professionnel est aussi fondée sur des preuves médico légales et administratives et non pas sur des avis personnels non documentés. Il faut

savoir attendre les avis autorisés avant de prendre des conclusions définitives.

Le mode d'évaluation de l'incidence professionnelle avec l'aide du tableau ANADOC à 9 entrées oblige à poser des questions précises et à donner des réponses documentées et prouvées.

Nous devons tous, médecins mais aussi avocats et régleurs, avoir conscience de l'aspect singulièrement inégalitaire de l'expertise médicale dans le domaine du pouvoir-savoir. Ce mode relationnel paternaliste (je sais, je reçois, je décide...) est en nette opposition au désir d'autonomie du sujet expertisé et à l'équilibre des parties tel que le développe Suzanne RAMEIX dans ses propositions de paternalisme tempéré ou d'autonomie protégée. Rappelons-le : l'acte d'expertise est un acte médical hors soins.

Ce paternalisme inégalitaire actuel (au risque évident d'une conclusion médico-légale infondée) se décline ainsi dans tous les postes de préjudices et ne pas attendre ou ne pas retenir pour fait acquis un avis de la médecine du travail en est l'exemple parfait.

Le risque déjà engagé en médecine d'expertise est celui du paternalisme du système expert du fait des algorithmes (outil proposé par l'IA) qui seront bientôt utilisés au détriment du libre arbitre de l'expert.

C'est une obligation éthique pour chaque médecin de lutter contre le paternalisme expertal inégalitaire institutionnalisé par les assureurs par le biais d'une mission AREDOC qui peut s'avérer parfois incomplète ou orientée.

Il est dès lors indispensable de re-situer la victime dans son intégrité, de respecter son altérité bio-psycho-socio-professionnelle dans le cadre de la relation médecin expert-victime-régleur-avocat et ce en vérifiant à chaque expertise le principe du contradictoire rappelé régulièrement par la Cour de cassation.

Philippe Donnou

Didier Maruani

Avocat au Barreau de Paris, Spécialiste en droit du dommage corporel, membre de l'ANADAVI

Le préjudice professionnel

Mal nommer les choses c'est ajouter aux malheurs du monde.

Omettre ou mal qualifier un préjudice c'est ne pas permettre la réparation intégrale de ce dernier.

S'agissant des préjudices professionnels post consolidation, les médecins experts disposaient jusqu'à ce jour de la fiche pratique de l'AREDOC comme aide-mémoire.

S'agissant des postes de préjudices professionnels post consolidation, cet outil apparaît insuffisant pour cerner sans risque d'omission toutes les facettes des préjudices professionnels post consolidation en proposant une méthodologie insuffisamment détaillée pour les appréhender.

En effet, les postes de préjudices professionnels post consolidation tels que définis par la nomenclature DINTHILLAC et la jurisprudence envisagent l'ensemble des incidences professionnelles résultant du fait dommageable dont la liste est longue.

Il s'agit non seulement de la perte de l'emploi occupé par la victime.

Mais encore de la nécessité pour elle de travailler à temps partiel.

De sa dévalorisation sur le marché du travail en raison d'une modification du poste de travail rendu nécessaire par les séquelles de l'accident.

De sa perte d'une chance professionnelle.

De la pénibilité accrue dans l'exercice de l'activité professionnelle.

De l'obligation dans laquelle elle se trouve d'abandonner la profession exercée pour une autre dont elle n'a pas fait le choix.

Ces questions se posent non seulement pour la victime en situation de travail au moment de l'accident mais également pour la victime au chômage ou trop jeune pour avoir commencé à travailler comme le rappelle la jurisprudence citée dans la fiche pratique proposée Anadoc.

Dès lors que la question n'est pas posée en expertise de l'existence de telle ou telle composante du préjudice professionnel on trouve encore dans certains rapports des conclusions excluant l'existence d'une incidence professionnelle dès lors alors que la victime a dû reprendre une activité sur un poste aménagé avec une pénibilité accrue.

Pour éviter cela il était nécessaire de proposer de nouvelles fiches pratiques à l'usage des médecins conformes au texte de la nomenclature Dintilhac et de la jurisprudence qui l'interprète.

Ces fiches doivent permettre au médecin-conseil et à l'expert en se posant des questions simples de n'oublier aucun aspect des préjudices professionnels qu'ils sont chargés d'évaluer sur le plan médical.

C'est pourquoi il a été élaboré une méthode d'évaluation des préjudices professionnels permettant d'aborder sans omission tous les aspects de ces derniers que je vous invite à découvrir sur la fiche correspondante.

Médecins et avocats nous avons souhaité vous proposer une méthode simple et didactique :

1°/ décrire la situation de la victime avant les faits au plan professionnel :

Cerner, de façon précise en fonction de la profession exercée, les capacités physiques et /ou intellectuelles exigées pour l'exercice de l'activité antérieure exercée, ou de l'activité envisagée si la victime ne travaillait pas à la date des faits le cas échéant grâce à une fiche de poste ou aux déclarations de la victime. Le médecin n'a pas à vérifier ces déclarations n'étant pas qualifié pour le faire. Si un doute persiste la question sera débattue entre les régleurs ou soumise à l'arbitrage du juge.

Dans le même état d'esprit, recueillir les doléances de la victime quant aux conséquences de l'accident sur son activité professionnelle.

Il pourra être utile d'établir conjointement avec la victime une fiche de journée professionnelle décrivant les activités exercées tout au long de la journée travail.

Il conviendra également d'interroger la victime sur ses perspectives d'avenir au plan professionnel.

2°/ première question : la victime est-elle dans l'incapacité ou non de travailler ?

3°/ si la victime dispose de capacités de travail : doit-elle abandonner totalement ou partiellement la profession exercée en raison des séquelles qui contre-indiquent ou restreignent l'activité antérieure ?

4°/ si la profession antérieure peut toujours être exercée : les conditions de travail antérieures peuvent-elles être maintenues ou le blessé doit-il renoncer à une partie des tâches qui étaient les siennes ?

5° / un reclassement professionnel est-il nécessaire ?

La fiche d'aptitude établie par le médecin du travail pourrait être d'une grande aide pour répondre à ces questions.

Rappelons que dès lors que la victime a été déclarée inapte à la poursuite de son activité professionnelle par le médecin du travail, cet avis lequel s'impose à tous, employeur, salarié et juge au terme d'une jurisprudence constante.

De ce fait l'expert ne pourra qu'admettre l'inaptitude ou

les restrictions d'aptitude émises par le médecin du travail comme une conséquence de l'accident, sauf si elles sont imputables à une autre pathologie.

6°/ si le blessé peut reprendre l'activité professionnelle antérieure dans les mêmes conditions qu'auparavant, existe-t-il une pénibilité dans l'exercice de cette dernière ?

Cette pénibilité accrue peut également exister à l'occasion de l'exercice d'une nouvelle activité professionnelle compatible avec les séquelles dont la victime reste atteinte.

Il conviendra cet égard de préciser le degré d'accroissement de la pénibilité par rapport aux contraintes initiales du métier exprimée si possible sous forme de % de pénibilité supplémentaire par rapport à la situation antérieure.

Cette pénibilité étant au terme de la nomenclature DINTHILLAC un aspect de l'incidence professionnelle elle ne se confond en aucun cas avec l'AIPP, laquelle a pour objet de réparer les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime.

7°/ existe-t-il, en raison des séquelles dont reste atteint le blessé, des réflexions restrictions à l'exercice d'une autre activité professionnelle compatible avec le niveau de formation et l'expérience que celle exercée ?

8°/ les séquelles entravent-elles les perspectives professionnelles de la victime ?

9°/ un préjudice professionnel peut parfaitement exister pour une victime qui ne justifie pas un travail antérieur ainsi que le rappelle la Cour de cassation (cassation deuxième civile 21 octobre 2013 12-26916).

Il en va de même, a fortiori, pour une jeune victime qui n'a pas eu l'occasion de travailler.

En posant toutes les questions, proposées sous forme de tableau dans la fiche ANADOC sur les conséquences professionnelles d'un accident, aucun aspect de la sphère professionnelle ne sera oublié et la victime pourra ainsi bénéficier de la réparation intégrale de ses préjudices.

Didier Maruani



L'essentiel du **Préjudice professionnel post-consolidation** **(PGPF & Incidence professionnelle future)** 29 janvier 2020

L'ensemble des répercussions substantives après la consolidation ayant trait à la sphère professionnelle de la victime (en expertise les postes pertes de gains professionnels futurs et incidence professionnelle sont évalués dans un même temps).

LES FONDAMENTAUX :

- Un faible taux de DFP n'exclut pas l'existence d'un préjudice professionnel
- Toutes les conséquences du fait dommageable dans la sphère professionnelle doivent être envisagées y compris face à un enfant, une personne inactive, retraitée, ou qui subit perte de chance professionnelle etc.

MÉTHODE D'ÉVALUATION :

- La situation vis à vis de l'emploi, préalable à l'accident, s'est-elle modifiée ? Si oui comment ?
- Des aptitudes ou des compétences, ont-elles été perdues ? (exemple : perte des permis, un diplôme à revalider, etc...)
- Des chances ont-elles été perdues en termes de carrière ou d'opportunités professionnelles ?
- L'accès sur le lieu de travail et l'exercice professionnel exigent-il un effort ou des difficultés supplémentaires ? Est-il susceptible de générer des arrêts de travail réguliers et répétés ?
- Des frais de reclassement, de formation ou d'adaptation du poste ont-ils été ou seront-ils nécessaires ?

CONTENU DE L'EXPERTISE :

❖ Les informations sur la situation de la victime doivent être recueillies avant l'expertise (doléances écrites et pièces) et pendant l'expertise (interrogatoire précis).

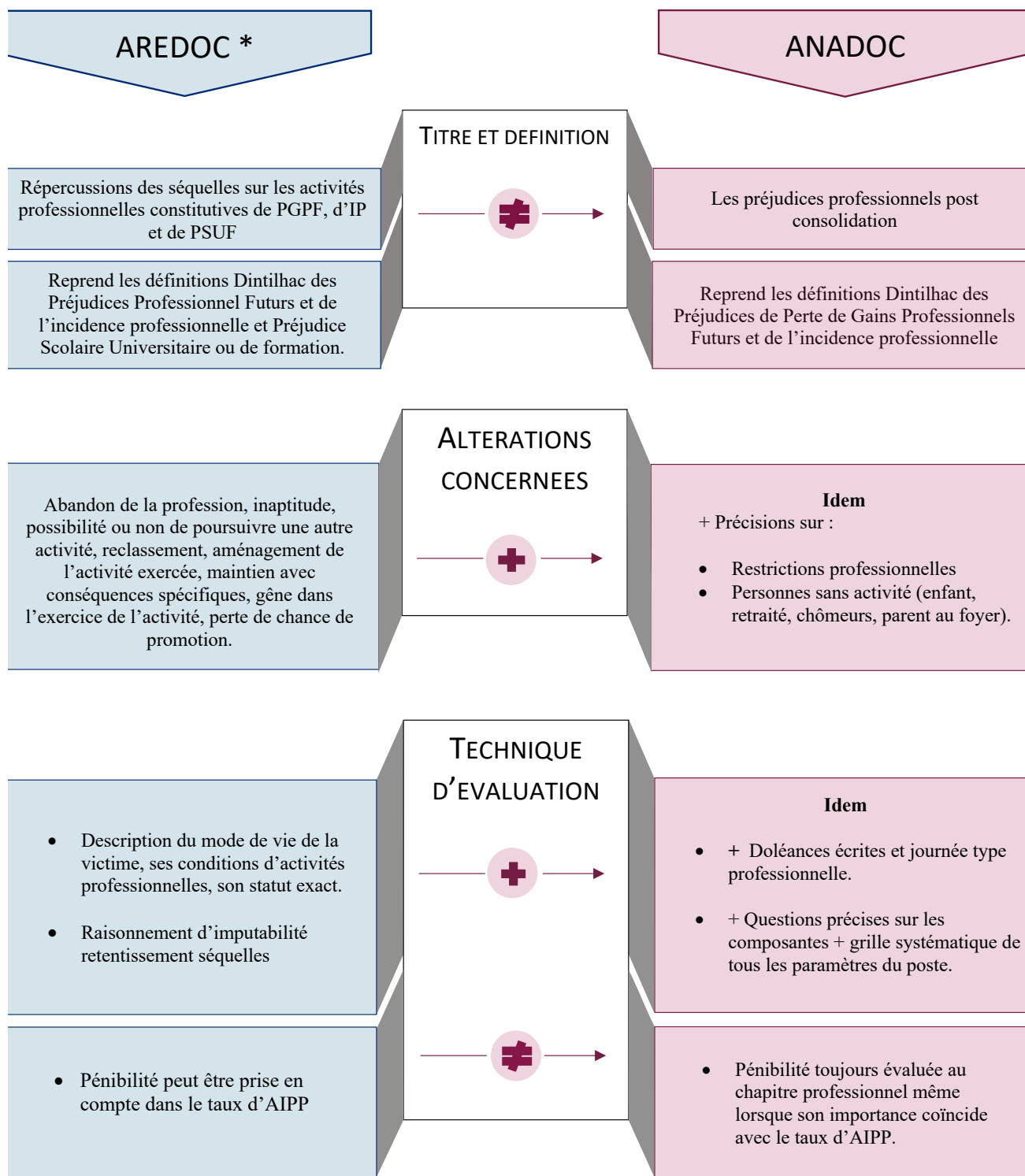
- **Description de la situation professionnelle antérieure au dommage :** Décrire en terme précis le poste exercé avant l'accident (fiche de poste, journée professionnelle type, conditions de travail, contraintes physiques, psychologiques) ; Si demandeur d'emploi : les qualifications, parcours professionnel, poste recherché avant le dommage.
- **Description de la situation professionnelle post-consolidation :** Décrire précisément les incidences sur sa situation professionnelle antérieure ou envisagée (employabilité, incidence sur les conditions de travail, sur la carrière, etc.) ; Se conformer aux restrictions émises par la médecine du travail ou la législation.

❖ Chacune des composantes précises suivantes devra être envisagée et évaluée le cas échéant (même pour les enfants et adolescents) :

- Incapacité de travailler,
- Abandon de la profession
- Modification de l'activité
- Effort ou difficulté (pénibilité) dans l'exercice de l'activité professionnelle
- Reclassement professionnel
- Restrictions professionnelles
- Perte de promotion professionnelle
- Victime inactive (victime au chômage, parent au foyer...)

Préjudice professionnel post consolidation

Comparaison AREDOC – ANADOC



* AREDOC Mission d'expertise médicale 2009 – Mise à jour 2014 – Commentaire du point 18-1

Isabelle Bessières-Roques

Délégué général de l'AREDOC

Vers une expertise de qualité dans le respect de la victime et du contradictoire

L'AREDOC est un organisme de réflexion et d'échanges multidisciplinaires

En avant-propos, nous rappellerons que l'AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel) est un organisme professionnel (association loi de 1901 à but non lucratif), au sein duquel est organisée une réflexion sur les problématiques posées par l'évaluation et la réparation du dommage corporel quel qu'en soit le contexte. C'est un lieu d'échanges entre tous les intervenants au processus de réparation du dommage corporel au travers de ses colloques, de ses formations et publications.

Elle a été créée dès 1977 par le Docteur Rousseau, alors président de la Fédération française des associations de médecins conseil experts (FFAMCE) et rédacteur en chef de la Revue Française du Dommage Corporel, conscient de la nécessité de former ses confrères. Les liens avec cette Fédération, regroupant plus de 700 membres médecins conseils, de recours, experts judiciaires, dont le président est le Docteur Philippe Dallemagne, sont aujourd'hui toujours aussi proches et permettent à l'AREDOC et ses permanents d'avoir aussi une vision d'ensemble des problèmes posés par l'expertise.

En même temps que l'AREDOC, naissait le premier Centre de Documentation sur le Dommage Corporel aujourd'hui riche de plus de 35 000 articles et publications dédiés à l'étude du dommage corporel.

Enfin, était également créé un diplôme universitaire au sein de la Faculté de Médecine de Paris VII destiné à former les futurs médecins experts, qu'ils exercent leur activité dans le domaine de l'assurance, de la justice, du recours. Ce diplôme rencontre toujours un réel succès avec le double de candidatures par rapport au nombre de places disponibles.

Cette ancienneté et cette expérience, nous la mettons au service de tous, avec la volonté de respecter tous les intervenants au processus de réparation du dommage corporel, quels qu'ils soient, malgré certains propos, qui démontrent une certaine méconnaissance de l'évolution de

la pratique de la réparation du dommage corporel. En effet, nous assistons aujourd'hui à une prise en charge concrète et financière des réels besoins de la victime grâce à des transactions de qualité.

La transaction est au cœur du dispositif de règlement des victimes.

Il y a plus de 30 ans, le législateur a souhaité mettre les assureurs au cœur du dispositif d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en créant une procédure d'offre transactionnelle. Cette procédure originale a été renouvelée par le législateur de 2002¹, en faveur des victimes d'accidents médicaux au vu des excellents résultats obtenus après 1985² par les assureurs qui indemnisent par voie transactionnelle la très grande majorité des blessés et de leurs familles. Les derniers chiffres publiés par l'AGIRA³ concernant les victimes indemnisées sont ceux de 2017 et montrent un taux de transaction de 98,1 % avec les blessés ayant gardé des séquelles entraînant une atteinte à l'intégrité physique et psychique.

Rappelons toutefois que la victime reste libre, tout au long de la procédure d'offre, d'accepter ou non la transaction jusqu'à sa conclusion en vertu de l'article L. 211-16 du Code des assurances : « *La victime peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion. Toute clause de la transaction par laquelle la victime abandonne son droit de dénonciation est nulle. Les dispositions ci-dessus doivent être reproduites en caractères très apparents dans l'offre de transaction et dans la transaction à peine de nullité relative de cette dernière* ». Après avoir dénoncé la transaction, la victime de l'accident se retrouvera face à une alternative nouvelle : soit elle agit judiciairement contre l'assureur, soit elle recommence une autre négociation transactionnelle.

Rappelons également, s'il en était besoin, que l'offre manifestement insuffisante est sanctionnée : « *Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime* » (article L. 211-14 du Code des assurances).

Il est donc incohérent de laisser penser qu'aujourd'hui, avec toute la jurisprudence élaborée depuis plus de 30

1 - Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

2 - Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

3 - Association pour la Gestion des Informations sur le Risque en Assurance

ans dans le cadre de la procédure d'offre, avec le travail remarquable d'application par les chambres spécialisées depuis 15 ans maintenant de la nomenclature Dintilhac, les victimes ne seraient pas bien indemnisées.

Rappelons d'ailleurs que tous les jours des transactions sont conclues entre assureurs et avocats. C'est pourquoi, en premier lieu nous contestons fermement les propos tenus par certains membres de l'ANADOC, certainement pas majoritaires, nous l'espérons : « *Voici 15 ans que subrepticement le contenu des postes de préjudices a été formaté par des outils élaborés grâce au travail des commissions de réflexion de l'AREDOC composée exclusivement d'assureurs et de leurs médecins conseils aboutissant parfois à vider les préjudices d'une partie de leur substance et à faire perdre à la nomenclature élaborée tout son esprit* ».

Mais si le taux de transaction dans le cadre de ces procédures d'offres reste constamment élevé, alors même que les victimes demeurent libres d'estimer en justice, c'est en grande partie grâce au travail d'évaluation médico-légale fait par les médecins experts au cours de leurs expertises.

L'expertise médicale est au cœur du dispositif d'offre.

Une expertise de qualité, effectuée par un médecin expert compétent et empathique permettra à la victime et à ses proches d'accomplir un premier travail d'acceptation des circonstances de l'accident et des blessures subies. Un rapport d'expertise bien construit servira de socle à une transaction réussie.

C'est pourquoi l'AREDOC tient tant à un corps expertal compétent et objectif, indépendant de toutes pressions de part et d'autre.

Les commentaires des fiches faites par l'ANADOC sur les analyses médico-légales de l'AREDOC, commentaires parfois « tronqués », montrent une méconnaissance de notre volonté assumée : séparer le rôle du médecin évaluateur du dommage de celui du juriste qui va traduire le rapport d'expertise en postes de préjudice. Aucun poste de préjudice n'est oublié, mais un rapport rédigé selon notre mission AREDOC doit être lu par un régleur compétent qui sait en tirer toutes les conséquences sur le plan du règlement.

La distinction dommage et préjudice reste donc fondamentale.

On pourrait rappeler que déjà sous le droit romain (loi Aquilia) le **damnum**, l'atteinte matérielle à l'intégrité de la chose, sanctionnée sans qu'on recherche si elle causait ou non un préjudice au propriétaire, était distingué du **praejudicium**, les conséquences d'une telle atteinte pour la victime. Le mot *damnum* n'éveillant « aucune idée de droit car

*il se définit comme la perte par opposition au gain, le **lucrum** »⁴.*

Plus récemment, en doctrine, selon cette conception sur la séparation dommage/préjudice⁵, le dommage constitue une notion première, factuelle et objective. Première, en ce que le dommage renvoie à ce qu'on pourrait appeler l'atteinte primaire, factuelle, en ce que la question de savoir s'il y a ou non dommage est de pur fait, objective, en ce que le dommage désigne la dégradation objectivement perceptible du siège de l'atteinte, abstraction faite de ses conséquences.

C'est ici que l'on retrouve l'objectivité du raisonnement médico-légal de l'expert.

Le préjudice défini, quant à lui, comme un tort, un détriment, patrimonial ou extrapatrimonial, se présente comme une notion seconde, juridique et subjective : seconde, en ce que le préjudice est un effet du dommage, celui-ci étant la cause de celui-là ; juridique, en ce que le préjudice est non pas une donnée matérielle mais une construction juridique, puisqu'il s'entend des suites du dommage juridiquement réparables ; subjective, en ce que le préjudice s'apprécie par rapport à une personne déterminée.

C'est alors au juriste de tenir compte de tous les éléments spécifiques à la victime et d'effectuer une juste indemnisation.

Cette distinction était adoptée en 2003, par le groupe de travail présidé par Yvonne Lambert-Faivre dans le rapport présenté au Ministère de la Justice : le dommage corporel est un fait constaté et médicalement évalué par le médecin-expert et le préjudice constitue un élément juridiquement évalué et chiffré par le juriste⁶ : « Le « dommage » relève du fait, de l'événement qui est objectivement constatable, et qui demeure au-delà du droit. (...) »

Le « préjudice » relève du droit, il exprime l'atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui appellent une réparation dès lors qu'un tiers en est responsable. Le préjudice marque le passage du fait (le dommage) au droit (la réparation). Le « dommage », corporel, matériel ou immatériel, peut rester hors de la sphère juridique, notamment pour le dommage causé à soi-même : il peut y avoir « dommage » sans « préjudice ». En revanche, tout « préjudice » a sa source dans un « dommage ».

Cette distinction est importante, notamment parce qu'elle délimite les fonctions des experts et des juristes. L'expert ne devrait connaître que des questions relatives au dommage corporel ; le juriste (juge ou régleur) évalue ensuite les préjudices, en concluant cette évaluation par leur chiffrage financier ».

4 - Note ss : Civ. 1^{re}, 21 oct. 1952, JCP 1953. 7592, R. Rodière.

5 - *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste*, Etude par Fabrice LEDUC, Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2010, dossier 3

6 - Y. Lambert-Faivre (sous la dir.), Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, Paris, Ministère de la justice, juin 2003, spéc. p. 7

De même, dans la Nomenclature Dintilhac⁷ on peut lire :

« Le groupe de travail a essayé de retenir une nomenclature simple et équitable. Il a notamment repris à son compte la distinction avancée par le rapport Lambert-Faivre entre le « dommage » qui relève de l'élément factuel et le « préjudice » qui relève du droit et exprime une atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extra-patrimoniaux subie par la victime ».

Et enfin le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 opère d'emblée cette distinction à l'article 1235 du Code civil : *« Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».*

Cette distinction entre dommages et préjudices a inspiré tous les travaux de l'AREDOC depuis sa création il y a 40 ans.

C'est pourquoi également dès 2006, l'AREDOC a adapté le texte de ses missions d'expertise au contenu de la nomenclature Dintilhac, contenu sur lequel son délégué général, le Docteur Béjui-Hugues avait été auditionnée et qui avait pu faire valoir cette distinction entre dommage et préjudice. Les médecins experts bien formés savent reconnaître dans les missions ce qui relève de leur compétence. De même, les juristes spécialisés, qu'ils soient régisseurs, avocats, magistrats vont pouvoir retrouver dans le corps du rapport d'expertise tous les éléments nécessaires à une juste réparation en vertu du principe de réparation intégrale.

C'est pourquoi l'AREDOC distingue les commentaires de ses missions d'expertise, qui permettront aux médecins experts de rédiger leur rapport d'expertise avec tous les éléments d'analyse médico-légale indispensables, et les études juridiques sur la réparation des préjudices subis par la victime avec ses brochures à jour au quotidien de la position de notre Haute juridiction et des juridictions du fond.

Or, dans ses fiches comparatives, l'ANADOC fait malheureusement un mélange quasi constant entre ce qui relève du rôle du médecin et du rôle du juriste « indemnisateur ».

Ainsi, par exemple, dans sa mission concernant le préjudice d'agrément l'ANADOC indique-t-elle *« Donner un avis sur la perte de chance de pouvoir pratiquer de nouvelles activités de sport ou de loisir ».*

Outre le fait que cela ne fait pas partie de la nomenclature Dintilhac, cela montre un glissement du rôle de l'avocat vers le médecin expert. La notion de perte de chance est une notion juridique et aucun médecin ne saura lire dans une boule de cristal pour déterminer si une victime aurait voulu pratiquer telle ou telle activité sportive ou de loisirs dans l'avenir. C'est pour cela d'ailleurs que le groupe de travail Dintilhac a évoqué les activités de loisirs antérieurement

pratiquées. L'application, par la jurisprudence de la nomenclature Dintilhac, dans ses arrêts les plus récents n'a d'ailleurs aucunement admis l'indemnisation d'une perte de chance d'exercer une activité de loisirs, préjudice purement hypothétique⁸.

Une base de données évolutive ?

Notre rôle n'est pas de commenter fiche par fiche le travail de l'ANADOC en un tableau comparatif, ce qui n'aurait aucun intérêt.

Nous regrettons tout simplement quelques raccourcis sur la position de l'AREDOC, certains éléments de langage.

Ainsi du mélange entre évaluation médico-légale et indemnisation qui ne peut que nuire à la compréhension du lecteur. On ne peut que regretter également que certaines fiches mettent en exergue une méthode d'évaluation contraire aux enseignements habituels.

Les outils proposés à l'expert ne sont pas tous validés scientifiquement. Sur ce point, nous appelons le lecteur à lire notre dernière publication qui paraîtra également dans la Revue française du dommage corporel qui démontre que qualité de vie et souffrances endurées post-consolidation sont bien prises en compte au titre de l'AIPP, ce qui est conforme à la définition du déficit fonctionnel permanent appliquée strictement par la jurisprudence, jurisprudence de laquelle s'éloigne parfois la position de l'ANADOC.

Certes, la réflexion sur les modes d'indemnisation est nécessaire. Mais elle devrait partir de l'analyse actuelle qu'en fait la jurisprudence et démontrer pourquoi celle-ci pourrait ou devrait évoluer afin de susciter un débat contradictoire. L'AREDOC, dans ses brochures à destination des juristes a pour volonté de suivre au quotidien la jurisprudence rendue sur la nomenclature Dintilhac. Ainsi de la dernière brochure publiée en décembre 2019⁹. L'ANADOC l'a toujours fait dans ses publications dans la Gazette du Palais tout en regrettant, régulièrement le contenu de cette jurisprudence. Mais le lecteur pouvait se faire une idée précise de la position des magistrats et des critiques apportées, ce qui n'est pas le cas dans les fiches « L'essentiel ».

En conclusion, reconnaissons que l'ANADOC vient de naître. Nous souhaitons qu'elle sache rectifier ces quelques maladresses au fil du temps, et faire naître une réflexion riche et vraiment contradictoire sur une matière complexe mais qui touche à l'humain, blessé dans sa chair, qui souhaite avant tout écoute, empathie, reconnaissance et analyse de ses besoins futurs. C'est elle qui est au centre de tout ce débat.

Isabelle Bessières-Roques

8 - Jurisprudence constante de la Cour de cassation : Cass. Civ. 2^{ème}, 31 mars 2016, n° 14-30.015, Cass. Civ. 2^{ème}, 27 avril 2017, n° 16-13.740, Cass. Civ. 2^{ème}, 25 janvier 2018, n° 17-10.299

9 - La nomenclature des postes de préjudice de la victime directe : Bilan 2019 ; consultable sur www.aredoc.com

7 - Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels - Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre DINTILHAC Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Juillet 2005

Stéphane Le Bouler
Président de LISA

Covid-19 : devoirs d'État et mobilisation de la société



12 mars 2020

L'ennemi aux frontières et la menace épidémique sont deux figures courantes de ce qui peut mettre en péril nos économies et nos sociétés et déstabiliser les États. Les réponses sont parfois les mêmes : dresser des barrières, recourir à des moyens d'exception en matière économique, restreindre les libertés publiques... Ces menaces soulignent aussi nos fragilités. Elles voient, selon les cas, la dérégulation ou le sursaut. Elles révèlent enfin nos priorités.

Oui, la lutte contre l'épidémie Covid-19 est une affaire d'État. L'analogie avec la lutte aux frontières s'arrête là. Il faut une mobilisation de l'ensemble du corps social mais avec des principes directeurs qui soient ceux de la santé publique : pertinence et gradation de la réponse, analyse bénéfice-risque, protection des personnes vulnérables. Et un leitmotiv, la pédagogie : expliquer encore et toujours, pour entraîner nos concitoyens et conjurer les peurs.

Le temps est à l'action. L'heure du bilan viendra. Il faudra le conduire sans faux-fuyants. D'ores et déjà, bien des enseignements sont intéressants.

L'épidémie au temps des réseaux sociaux

L'ogre est insatiable. Réseaux sociaux et chaînes d'information font tourner en boucle les images, les cartes, les courbes (forcément spectaculaires), les analyses, les discours de l'épidémie. Les médias traditionnels ne peuvent laisser tout l'espace à leurs concurrents : tous les journaux ouvrent sur le Coronavirus et on alimente en permanence les « direct » sur ces médias.

Les analyses de fond côtoient les anecdotes les plus insignifiantes, les images spectaculaires (telles que celles venues de Chine à l'origine) se superposent aux images de vacuité (un portail d'école fermé, un marché déserté,

des rayons vides dans les supermarchés). Le sordide (ostraciser des personnes en raison de leur origine ou voler des dispositifs de protection) n'est jamais loin. Comme toujours, lorsque l'épidémie prospère, il faut réprimer les bas instincts : exclusion, rejet de l'autre et des personnes malades ou simplement susceptibles de l'être.

Dans cette course effrénée, les pouvoirs publics ont dû aussi s'adapter. Les autorités chinoises ont, les premières, été en butte à la critique, alors même que l'information et les réseaux sociaux sont « tenus » dans le pays. Les autorités italiennes ont, comme souvent, subi l'opprobre, sans que l'on distingue facilement la routine des commentaires sur la supposée impéritie d'un État faible et les responsabilités véritables. Aujourd'hui, leur courage est salué. Chez nous, les variations n'ont pas manqué non plus, depuis les visites d'hôpitaux un peu vaines des débuts jusqu'aux discours faisant davantage de place à des raisonnements de santé publique et assumant la transparence. Le ministre faisant de la pédagogie sur le plateau de BFM, courbes à l'appui, ça a du sens !

Comme souvent, comme toujours, l'épidémie est un révélateur des fragilités de nos sociétés et des responsabilités qui sont celles des pouvoirs publics.

Vulnérabilité de nos économies

Dans un système globalisé, les économies sont fragiles de par leurs interactions. Les flux de biens et de personnes, tout ce qui fait la vitalité d'une économie où la division internationale des processus productifs n'a cessé de croître, tout ce qui fait la force d'une économie de services, sont directement impactés quand les flux se raréfient ou se tarissent. L'atelier chinois ne fournit plus la planète en pièces détachées menaçant les usines d'assemblage, les villes qui expriment le mieux la globalisation, Hong Kong ou nos capitales européennes dédiées au luxe, au tertiaire ou au tourisme sont désertées ou voient reculer drastiquement la manne des services. On parle de relocaliser certaines productions, notamment les principes actifs des médicaments. Comme toujours, les marchés financiers donnent une expression anticipée de la récession qui vient. L'épidémie est bien le « cygne noir »¹, annonciateur de la crise économique, lorsque tous les signaux négatifs s'alignent subitement.

Même s'il est trop tôt pour mesurer l'impact, même si on ne connaît ni la durée de la crise sanitaire ni la force du rebond qui s'en suivra, un choc sur le cœur du système économique, à travers le tarissement des flux marchands, ne saurait être anodin.

Alors il faudra un jour mesurer les conséquences directes

.....

1 - Comme le note Jean-Paul Escande, *Le Monde* 10 mars 2020

de l'épidémie mais aussi ses conséquences indirectes : positives, lorsque la mise à l'arrêt des usines disperse comme par enchantement une pollution délétère (l'espace de quelques semaines), négatives par les dégâts sociaux et sanitaires de la récession.

Dans ces conditions, la préservation de l'activité est une responsabilité éminente des pouvoirs publics. Ils n'agissent pas là par cynisme (« l'économie d'abord ») mais pour le bien des populations, en mettant en balance les risques pour la santé et l'impact des mesures prises pour faire face (en particulier, les mesures barrières graduées, réalistes et efficaces).

67 millions d'épidémiologistes. . .

Demain, nous saurons. Nous connaissons la mortalité directe et la mortalité en excès du Covid-19². Nous saurons comparer la grippe saisonnière et l'épidémie en cours. Nous aurons même de quoi lutter préventivement, avec un vaccin. Mais demain, dans un an, il sera trop tard. C'est aujourd'hui qu'il faut agir, avec les hypothèses dont on dispose quant au taux d'attaque (pourcentage de population contaminée), aux taux de mortalité et de létalité et avec les scénarios d'expansion de l'épidémie (eux-mêmes dépendants de quantité de variables³, dont celles liées à l'action des pouvoirs publics). Il faut aussi formuler des hypothèses sur les « données de pilotage » du système hospitalier, en particulier en termes de taux d'hospitalisation et de taux d'admission en réanimation.

Dans tous les pays, les spécialistes fournissent aux décideurs données et hypothèses. Le Covid-19 doit aussi nous apprendre à débattre collectivement de ces questions, plutôt que de faire de 67 millions de Français autant d'épidémiologistes, comme le souligne Daniel Lenoir : « *Informés des taux de contagiosité ou de létalité, les Français sont en train de se transformer en autant d'épidémiologistes, chacun y allant de ses conclusions péremptoires sur le caractère gravissime ou bénin de la crise sanitaire. Le problème, c'est que les modèles épidémiologiques sont interprétés à l'aune des conceptions déterministes et dualistes de la physique classique : on attend d'eux des certitudes sur les prévisions, on compare*

2 - La mortalité que l'on appréhende actuellement pour le COVID-19 est une mortalité directe rapportée par les certificats de décès. Les estimations varient de 0.7% des cas rapportés (Corée du Sud) à 4% rapportés en Italie, 3,5% en Chine, 1% sur le Diamond Princess. Pour éclairer ces pourcentages, il faut souligner l'importance du dénominateur : à côté des cas diagnostiqués (répertoriés), il peut y avoir des cas non diagnostiqués et des porteurs du virus asymptomatiques. Les chiffres coréens ont l'avantage de se fonder sur un large screening (plus de 140.000 personnes testées).

3 - Parmi ces variables, la part de la transmission du virus qui se produit avant l'apparition de symptômes (taux de transmission asymptomatique très important, compris entre 48 et 62% selon une modélisation réalisée par des chercheurs belges et néerlandais, mise en ligne dimanche 8 mars par la plateforme de prépublication medRxiv), pose la question de l'efficacité des mesures de prévention visant à dépister les cas et leurs contacts (par rapport aux épidémies de SRAS de 2003 et MERS-CoV, au cours desquelles la transmission pré-symptomatique ne jouait pas de rôle important).

avec la grippe ou les accidents de la circulation. Mais la plus belle science du monde ne peut donner plus que ce qu'elle a : au point de rencontre de la biologie et des sciences humaines, l'épidémiologie est, par essence, marquée par les notions complémentaires de complexité et de probabilité, ce qui rend particulièrement dangereux toute analogie, et hasardeuse toute prévision, surtout quand, comme le dit l'humoriste, elle concerne l'avenir. »⁴.

Cette crise est aussi une invitation à plus de cohérence dans l'action de santé publique : lorsqu'on connaît les moyens de lutter (vaccins ou mesures barrières), on attendra légitimement demain une action plus résolue sur d'autres terrains que le Covid-19. Rêvons un peu : que, pour la grippe hivernale, les autorités sanitaires au plus haut niveau viennent sur les plateaux des chaînes de télévision, sans avoir peur de déranger la population, rappeler les règles d'hygiène et l'importance de la vaccination et en profitent pour faire un peu de pédagogie en matière de santé publique.

Fragilités de notre système de santé

L'épisode H1N1, à la fin des années 2000, avait fini sur des éclats de rire... et un constat amer pour les deniers publics. La vaccination de masse, censée être mise en œuvre sur un registre militaire au mépris de la médecine de ville, la gabegie des vaccins, les masques commandés et stockés pour rien⁵, tout cela a marqué les acteurs du système de santé et la population. La hantise des pouvoirs publics est depuis de ne pas reproduire des errements de ce genre. On ne se relève pas (politiquement) du déclenchement tardif de l'action publique lorsque la santé des populations est en jeu. On redoute tout autant les sarcasmes, lorsque les mesures paraissent excessives ou inadaptées.

Premier constat déroutant de la crise actuelle : notre approvisionnement de base est vulnérable (masques, gel hydro-alcoolique...). Il a pu y avoir comme un décalage entre, d'une part, les discours sur les bonnes pratiques et les gestes-barrières et, d'autre part, la disponibilité des produits et dispositifs concernés. On a rapidement adapté le discours sur le bon usage des masques et on s'est souvenu que la loi de l'offre et de la demande avait besoin de régulation (encadrement des prix). On a aussi permis aux pharmaciens de préparer les gels hydro-alcooliques⁶. Curieuse impréparation cependant, qui n'incombe pas aux seules autorités. Certes, il y a des alternatives à ces produits (le savon...) mais il est étonnant de se trouver si vite en situation délicate. Il conviendra donc de ne plus mégoter sur

4 - Voir le blog de Daniel Lenoir : <http://www.daniel-lenoir.fr/67-millions-epidemiologistes-le-covid-19-et-la-noosphere/>

5 - Non pas au sens où il n'y avait pas lieu de se préparer à une pandémie (l'expérience Covid-19 le prouve) mais au sens où il s'agissait en l'espèce d'une fausse alerte et où celle-ci a pu conduire à une démobilisation fâcheuse dans les années qui ont suivi.

6 - Il a fallu pour cela que la profession rappelle qu'un pharmacien est formé à préparer des médicaments et donc a les capacités de produire des gels !

ces budgets (masques, gels...), surtout si on compte en faire des éléments importants de l'arsenal préventif.

Deuxième constat : la prise en charge en ville peine à s'organiser. Une fois encore, la question est posée du rôle des professionnels de ville (médecins, infirmiers et pharmaciens notamment) dans la prise en charge d'une épidémie, sans oublier la question de la protection des soignants eux-mêmes (faible disponibilité des masques pour les médecins et oubli de pourvoir aux besoins des pharmaciens eux-mêmes ou des dentistes). Un tel degré d'improvisation n'est pas acceptable et il appartiendra aux autorités et aux représentants des professions d'en tirer les conséquences pour le futur. On n'a pas retenu les enseignements du H1N1 sur ce plan. La simplification de l'accès à la télé-médecine est une évolution opportune mais la question de l'articulation des prises en charge ville-hôpital en situation épidémique va bien au-delà.

Troisième domaine de fragilité : nos hôpitaux. La prise en charge hospitalière lourde a concerné au départ tout à la fois les cas critiques et les simples mises à l'isolement à des fins de surveillance et de prophylaxie. Fort opportunément, les alertes des soignants quant aux risques de saturation et, sans doute aussi, les exemples étrangers ont assez rapidement convaincu les autorités de changer de modèle et de réserver les hospitalisations aux personnes dont l'état le justifie. Deux lectures ici : étonnante stratégie à l'origine mais belle agilité dans l'adaptation de la réponse. Il faudra là aussi tirer les conséquences. De quoi a-t-on réellement besoin en termes de réponse aux populations inquiètes (qui appellent le 15, au risque de saturer les services en question et de dégrader la réponse à d'autres sollicitations urgentes) ? Quelles solutions mettre en place limitant les contacts physiques et les déplacements ? Comment organiser la réponse graduée ? Quelle planification hospitalière face aux scénarios d'afflux de malades ? Quels risques de déstabilisation du système (du fait du nombre de cas critiques ou de la pénurie en personnels) et comment faire face ?

Expliciter les priorités de l'action publique

Le discours des pouvoirs publics a mis quelque temps à se stabiliser. Cela tient à l'incertitude que recèle le nouveau virus, à une forme d'impréparation qui n'est pas propre à tel ou tel gouvernement mais souligne le caractère émollient de nos sociétés (on a tôt fait d'oublier les dangers) mais aussi à la difficile appropriation des discours et des pratiques de santé publique.

On a cédé un temps à la boulimie médiatique et on lui a fourni des séquences activistes. Dans le déferlement d'images, les pouvoirs publics ne pouvaient être en reste. La question de la transparence est, elle aussi, posée : non pas qu'il faille en quoi que ce soit cacher les chiffres mais la litanie quotidienne des contaminations, le regard rivé sur l'évolution du « score » concourent-ils vraiment à la pédagogie et à faire adopter les bons comportements ?

Autre exemple : la mobilisation s'incarne dans des Conseils de défense et de sécurité nationale⁷. En cas de « crise majeure », on a besoin d'actionner l'ensemble des pouvoirs publics, bien au-delà du ministère de la Santé. De là à se situer dans un tel registre... Il faut des éléments de coercition (par exemple, lorsque la contrainte sur les déplacements est un élément essentiel d'endiguement de l'épidémie) mais il faut aussi assurer la cohésion du corps social, ne serait-ce que pour garantir l'acceptabilité des mesures⁸ et éviter les contournements.

Face à l'anxiété des populations, on a surtout tardé à révéler le sens de l'action : retarder, entraver la propagation du virus pour gagner du temps (par rapport à la trajectoire naturelle de l'épidémie et pour améliorer l'état de préparation des pouvoirs publics) et protéger les populations fragiles. Il faut donner du sens et, pour cela, dire les choses, comme le font désormais les autorités : si on ferme les écoles, ce n'est pas parce que les enfants sont spécialement vulnérables mais parce qu'ils peuvent propager le virus. Les malades chroniques, les personnes âgées fragiles, les populations vulnérables (celles qui n'ont pas de toit par exemple) et toutes celles qui sont peu réceptives aux messages de prudence des autorités, doivent être protégées en priorité. Elles doivent être au cœur des instructions précoces mises en œuvre en cas de crise. On avait bien des « plans canicule » pour les EHPAD et les personnes âgées à domicile mais le Covid-19 va opportunément nous obliger collectivement à diversifier les menaces prises en compte et les populations à protéger, au-delà des replâtrages réalisés dans l'urgence.

Agir local

À côté de l'action claire des pouvoirs publics centraux, il faut aussi considérer l'importance de l'agir local. Comme LISA a pu l'exprimer dans sa contribution récente « *Santé publique : savoir et agir sur le terrain municipal*⁹ », la commune est un acteur-clé sur les questions de santé publique.

Dans la crise du Covid-19, il faut donc aussi ajuster les réponses au plan local. Comme toujours, les élus locaux sont en première ligne : la précision de l'information qui leur est transmise et la qualité du dialogue qui s'instaure entre les services préfectoraux et les autorités sanitaires (l'Agence régionale de santé), d'une part, les élus locaux, d'autre part, sont des enjeux déterminants de la gestion de crise. Gérer la fermeture d'une école, prendre des mesures proportionnées dans le champ des services et du commerce,

7 - Décret n° 2009-1657 du 24 décembre 2009 relatif au conseil de défense et de sécurité nationale et au secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale : « *Le conseil de défense et de sécurité nationale définit les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de planification des réponses aux crises majeures, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme. Il en fixe les priorités.* »

8 - De ce point de vue, la saisine du Comité consultatif national d'éthique apparaît tout à fait opportune.

9 - <https://www.lisa-lab.org/municipales>

qui n'ajoutent pas des difficultés à la crise, rassurer et mobiliser les populations, protéger les plus vulnérables... le rôle du maire est essentiel¹⁰. Un mal pour un bien : que la crise sanitaire permette de consolider les relations, trop souvent empreintes de suspicion, entre les élus et les autorités sanitaires.

La continuité de l'activité ne concerne pas seulement la crue de la Seine, les catastrophes industrielles ou la diffusion intentionnelle d'agents pathogènes. On aura besoin de plans de continuité d'activité qui prennent pleinement en compte les enseignements de cette crise : il s'agit non seulement de préserver les activités vitales (en matière de sécurité, de santé, d'approvisionnement...) mais de gérer les interdépendances : comment assurer une réponse aux besoins de santé satisfaisante quand des soignants sont confinés chez eux, parce qu'ils ont contracté le virus ou tout simplement parce qu'ils n'ont pas de solutions de garde pour leurs enfants privés d'école ? Questions pratico-pratiques qui justifient bien entendu un dialogue sur les scénarios avec l'ensemble des acteurs, notamment au niveau local.

On suivra volontiers l'historien Pierre-Cyrille Hautcoeur dans sa conclusion d'une chronique consacrée à la grippe espagnole : « *Puissent les responsables politiques se souvenir de ces leçons : la pauvreté est la première cause de mort des victimes des pandémies ; l'observation organisée, l'information libre et la coordination des interventions publiques sont leurs premières protections*¹¹ ».

Renforcer la résilience au sein de nos sociétés

Prendre acte d'un traumatisme et se reconstruire. Il s'agit bien de cela : oui, nos économies, nos sociétés, nos organisations de santé révèlent leur vulnérabilité face aux épidémies, sorte de *stress test* grandeur nature de nos systèmes.

La vulnérabilité de notre système de santé se voit dans l'indisponibilité de certains biens : quelles réserves constituer en fonction de quels scénarios ? Quels sont les biens (matières premières, principes actifs, dispositifs médicaux) qui doivent être considérés comme stratégiques, garants de notre indépendance sanitaire, et dont il faut envisager de relocaliser la production ? Cela suppose de ne pas seulement se poser la question en période de crise mais de prendre en charge la réponse à froid.

La « fin » de l'épidémie, quel que soit son bilan, ne marquera pas la disparition de ce virus. L'étendue de sa diffusion et son écologie en font un nouvel acteur « endémique », qui s'exprimera avec un rythme plus ou moins saisonnier comme H1N1 mais qui ne peut pas, à ce jour, faire l'objet d'une vaccination. Il y a donc urgence à renforcer l'effort de

10 - Coïncidence malheureuse : le processus électoral pour le renouvellement des assemblées locales est profondément déstabilisé par la crise sanitaire.

11 - « La grippe espagnole, un secret trop bien gardé », *Le Monde*, 4 mars 2020

connaissance. Quels programmes de recherche, y compris très fondamentale, développer dans la durée, au plan national et au plan européen ? Comment là aussi éviter de passer trop vite à autre chose ? Comment mobiliser les sciences humaines et sociales pour conduire les retours d'expérience et aider à l'élaboration des scénarios de crise ?

Quel que soit demain l'impact consolidé du Covid-19 en termes de mortalité, il ne faudra pas escamoter le temps du bilan, dans tous les domaines et à tous les échelons, par cette espèce de lâche soulagement qui succède aux périodes de crise. Comme pour tout système complexe – et la gestion d'une épidémie en est une expression exacerbée – il faudra chercher les défaillances, les lacunes et les dysfonctionnements, les expliquer. Il faudra aussi trouver des solutions palliatives mais il faudra surtout accroître la résilience globale de notre système (économique, social, sanitaire) et renforcer toujours l'attention aux plus vulnérables. Oui c'est bien là un devoir d'État, au sens fort.

Autant le savoir : les médias et les réseaux sociaux seront aussi peu diserts sur les bilans qu'ils ont été prolixes dans le temps de la crise, sauf si ressortent des mises en cause ou des anathèmes. Mais il est précisément de la responsabilité des autorités (l'exécutif comme le Parlement), mais aussi de la société civile, de ne pas occulter ce retour d'expérience. On en aura besoin pour bâtir des scénarios de réponse adaptés. Faute de quoi, l'épidémie du Covid-19 n'aura « servi à rien »...

Stéphane Le Boulter

Henri Bergeron

Chercheur CNRS, Centre de sociologie des organisations

Olivier Borraz

Chercheur CNRS, Centre de sociologie des organisations

Stéphane Le Bouler

Président de LISA Covid-19 : du bon usage de l'expertise

Covid-19 : du bon usage de l'expertise



10 avril 2020

Ce sera un des questionnements de cette crise : pourquoi a-t-on si peu utilisé, au départ, les procédures et les institutions de l'expertise en santé, de la gestion de crise et de la démocratie sanitaire instituées en France depuis une vingtaine d'années ?

Le débat sur l'organisation de l'expertise n'est pas nouveau : expertise interne, expertise externe, rôle des agences, rôle de la Direction générale de la santé (DGS)... Chaque crise sanitaire majeure a même été l'occasion de remises en cause et d'innovations institutionnelles. Quand une crise survient, le réflexe politique est en effet souvent la réforme des organisations existantes, par fusion, changement de nom ou création de nouvelles institutions.

Ce n'est pas tirer sur l'ambulance que d'évoquer les silences de certaines institutions, les excès de vocalises d'autres, l'inaction, les alliances, les court-circuits, les créations *ad hoc*, la non ou la sur-mobilisation, etc. L'enjeu, à ce stade, est de pointer des phénomènes – la coopération et le conflit – qui affectent la coordination et, ce faisant, le succès de l'action publique.

Bien sûr, d'exemplaires solidarités s'inventent aussi. Mais cette crise sans précédent est d'abord celle de l'inorganisation : formidable paradoxe d'une société sur-organisée, c'est-à-dire saturée d'organisations, mais qui rencontre tant de difficultés à coordonner celles-ci, c'est-à-dire à assurer leur coopération.

Gestion de crise : comme si rien n'existait

La situation a été inédite par l'ampleur des bouleversements opérés dans un laps de temps très court mais aussi parce

qu'elle a organisé la gestion de crise en dehors des plans et procédures prévus à cet effet.

La France, à l'instar de nombreux autres pays développés, s'était pourtant dotée depuis plusieurs décennies d'une doctrine et d'une organisation de la gestion de crise, instruites à la fois par l'expérience collectée dans différents domaines (tempêtes, terrorisme, épidémies, accidents industriels, etc.) et par l'adoption de normes internationales. Bien avant la loi d'urgence du 23 mars 2020, elle disposait d'un arsenal législatif et réglementaire complet, d'institutions spécialisées, de plans d'action, de « livres blancs », d'exercices de simulation régulièrement organisés...

La *Loi du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur* avait même pourvu à l'essentiel et créé la réserve sanitaire et l'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS), dissous en 2016, ses missions étant reprises par Santé Publique France.

Mis à part l'utilisation parfois compliquée de la réserve sanitaire et l'activation du « plan blanc » à l'hôpital et de certains plans de continuité d'activité, on a eu l'impression d'écrire la riposte à cette épidémie sur une page blanche. Avec parfois une formidable inventivité, une énergie décuplée, des solidarités inédites. Il n'empêche. La question des masques est de ce point de vue emblématique.

Il y aura des commissions d'enquête d'après-crise, les institutions de contrôle feront leurs rapports, des retours d'expérience seront déclenchés au sein des organisations chargées de mobiliser les ressources humaines et de mettre en œuvre les moyens matériels de la gestion de crise (gel hydro-alcoolique, masques, blouses, équipements de réanimation...), de la production à l'acheminement. Ces travaux révéleront des défaillances et des dysfonctionnements, ce qui relève de l'impréparation, de la désorganisation ou de l'impéritie et ce qui s'explique par des restrictions budgétaires ou des réorganisations malvenues. Ils diront aussi pourquoi on a semblé redécouvrir, en situation de pandémie, les besoins d'articuler la médecine de ville et l'hôpital, le privé et le public, le sanitaire et le médico-social.

Expertise *ad hoc*

Qu'il faille un *Conseil scientifique* pour prendre en compte les spécificités de la crise, coordonner l'expertise, pourquoi pas ? Mais pourquoi donc avoir si peu sollicité tout le reste, du moins au début de la crise ? Ou plus précisément pourquoi avoir créé un comité scientifique *ad hoc* comme interface privilégiée entre le gouvernement et les autres gisements d'expertise existants ? Et sans que cette interface soit explicitement pensée et organisée comme telle ?

On ne manque pas en effet de structures d'expertise dans le domaine de la santé. La densité d'expertise institutionnelle en France est même parmi les plus conséquentes en Europe : agences, hauts comités, instituts de recherche, sociétés

savantes, académies, ordres professionnels (médecins, pharmaciens, etc.). Or il a semblé nécessaire d'en créer une nouvelle.

Présomption d'inefficacité, de lourdeur des agences face à l'urgence ? Bien sûr, le temps était compté mais bien des administrations révèlent aujourd'hui des trésors de célérité et d'adaptation à la situation, en mobilisant massivement le télétravail de leurs agents, en s'affranchissant des *process* inutiles, en réduisant les chaînes hiérarchiques et en raccourcissant les délais dans des proportions étonnantes.

S'agissait-il, en créant ce *Conseil scientifique*, de se donner plus de marges de manœuvre et de se doter d'une capacité de décision autonome ? Faut-il y lire la tentation de faire sans les corps intermédiaires ou une certaine méfiance à l'encontre des administrations centrales ?

Ou était-ce que les questions sortaient du domaine de compétence des acteurs en place ? Si on considère le rapport du *Conseil scientifique* du 23 mars 2020 sur le confinement et d'autres « points d'alerte », il ne semble pas qu'une expertise concertée conduite dans les différentes instances (Haut Conseil de Santé Publique, Santé France Publique, ANSM, etc.) et rapportée devant une instance commune eût été irréalisable.

Admettons que les aspects « sociétaux » de la pandémie représentent des enjeux relativement nouveaux et qu'ils peuvent expliquer la création du premier *Conseil scientifique*, même si les expertises collectives combinées du Haut Conseil de Santé Publique, du Comité consultatif national d'éthique, du Conseil d'État ou des organismes de recherche pouvaient parfaitement faire l'affaire. Le Conseil d'État n'a d'ailleurs pas manqué de faire valoir une analyse fouillée du confinement (au contentieux).

Le terrain sur lequel est censé opérer le deuxième conseil, créé fin mars (*Comité analyse recherche expertise, CARE*) paraît bien occupé. Qu'il ait fallu éteindre la polémique sur les propriétés de l'hydroxychloroquine n'est pas un argument convaincant. Constituer une deuxième instance *ad hoc* dont on ne connaît pas davantage les règles de fonctionnement que pour la première et dont les modalités de recrutement ne correspondent à aucune procédure connue¹², ne fait qu'ajouter à la confusion et démontre un peu plus les opérateurs dont les missions sont ainsi phagocytées¹³.

La question de la coordination et du conflit

Les instances nouvelles ont alimenté l'actualité, fourni des interlocuteurs aux médias, toujours friands de nominations et de « bons clients », et ont servi un temps de bouclier mais

.....
12 - La loi du 23 mars a donné une existence légale au Conseil scientifique.
13 - On soulignera toutefois l'initiative de la ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, visant à faire remonter à cette instance des idées et propositions des universités et centres de recherche ; une initiative qui aurait également pu s'opérer avec le Conseil scientifique.

cela ne dure guère. Les autorités se retrouvent à nouveau très vite en première ligne, avec pour seul viatique des analyses plus ou moins opératoires¹⁴.

L'évolution au fil des semaines est d'ailleurs symptomatique : certaines instances retrouvent la parole (ainsi de l'Académie de médecine sur le port du masque) ; certaines organisations deviennent plus visibles : on comprend que l'ANSM est mobilisée face à la pénurie de médicaments de réanimation et approuve des études cliniques ; la HAS produit des avis et s'est organisée pour élaborer des réponses rapides aux sollicitations des pouvoirs publics...

Les institutions reprennent pied. Mais cela laisse entier le sujet initial de la coordination.

Les conflits entre organisations en font partie et l'histoire de la santé publique regorge d'exemples et d'anecdotes, quand ce n'est pas de scandales, en la matière.

Si la plupart des questions sociales et politiques sont anciennes, celles-ci se métamorphosent sans répit pour reprendre le titre du beau livre de Robert Castel. C'est bien parce qu'elles se répètent qu'il faut s'y pencher...

Travailler dans la durée sur le champ de la santé et ses politiques, c'est, pour les sciences sociales, étudier comment la compétition, les tensions et les conflits structurent les réponses qu'offrent les soignants aux patients, les choix de recherches ou encore la formation des politiques publiques : les conflits entre l'anesthésiste et le chirurgien, entre l'anapath et l'investigateur principal d'un essai de médecine personnalisée en oncologie, entre la ville et l'hôpital, entre la DGOS (direction générale de l'offre de soins) et la DGS, entre l'INPES (Institut national de prévention et d'éducation pour la santé) et l'INVS (Institut de veille sanitaire) au moment de leur intégration dans Santé Publique France, entre le ministère de l'Agriculture et celui de la Santé concernant les politiques alimentaires, etc., tout cela alimente la chronique dans le champ de la santé, comme dans les autres champs d'action publique.

Il reste que les tensions, les conflits, les compétitions sur les missions et les compétences perturbent la coordination entre acteurs. Il s'agit là d'un constat d'une grande banalité et les lois ou les plans des ministres de la Santé successifs manifestent chaque fois ce souci d'améliorer la coordination et la coopération entre acteurs : SROS (schémas régionaux d'organisation sanitaire), pôles, réseaux, fusion, GHT (groupements hospitaliers de territoire), CPTS (communautés professionnelles territoriales de santé), etc.

La crise rend la fragilité de nos organisations plus saillante

.....
14 - Ainsi de la synthèse de l'avis du 23 mars, pesée au trébuchet : « La mise en œuvre du confinement a modifié profondément les comportements et la situation du pays. Le confinement est actuellement la seule stratégie réellement opérationnelle, l'alternative d'une politique de dépistage à grande échelle et d'isolement des personnes détectées n'étant pas pour l'instant réalisable à l'échelle nationale. Le confinement doit être strictement mis en œuvre et bénéficier d'une large adhésion de la population, comme ceci semble être le cas. »

encore. La coopération et la coordination demeurent le maillon faible – le « peu-pensé » – des dispositifs de préparation. Sans que cela ne constitue encore une base empirique suffisamment solide pour en tirer des conclusions définitives, de l'ensemble des territoires français remontent aujourd'hui des récits de médecins, de fonctionnaires, de policiers, de pompiers, d'organisations régionales, etc. qui ne savent pas comment coopérer, qui parfois s'affrontent dans de vaines luttes de territoire ou qui agissent de manière non coordonnée, voire contradictoire.

Dans ce contexte, la nomination du Général Richard Lizurey pour « évaluer l'organisation interministérielle de la crise » ou celle de Jean Castex pour piloter un travail interministériel sur la sortie du confinement témoignent à la fois de la persistance de problèmes de coordination au sommet de l'État et d'une créativité institutionnelle toujours vivante : on crée de nouveaux dispositifs pour améliorer la coordination entre les organisations existantes, lesquels contribuent paradoxalement à accroître la confusion, alors qu'il existe notamment une CIC (cellule interministérielle de crise), dont la coordination est la mission première.

Même si nous ne nourrissons pas d'espairs démesurés dans l'efficacité des plans de préparation constitués (comme nous le disait un militaire : « *A la guerre, le premier mort, c'est le plan* »), on devrait cependant consacrer plus de ressources et d'intelligence à améliorer les mécanismes de coopération interinstitutionnels.

Car à concevoir ces plans sans les mobiliser, à les tester sans les mettre réellement à l'épreuve, l'État suscite des attentes qu'il n'est pas en mesure d'honorer. Il crée un sentiment indu de protection et de sécurité. C'est de l'existence d'attentes de sécurité déçues par un pouvoir régalien qui revendique depuis longtemps la maîtrise de la sécurité sanitaire, ainsi qu'une jurisprudence épaisse ne cesse de le confirmer, que se nourrit ensuite le complotisme.

La vertu des procédures d'expertise collective normalisées

Même si on avait dû remettre cent fois l'ouvrage sur le métier, on pensait disposer d'une doctrine et d'une organisation en matière d'expertise en santé publique, de sécurité sanitaire et d'évaluation des biens et services de santé. Celles-ci avaient été élaborées au fil des ans, au gré des crises, en mobilisant là aussi l'expérience de nos partenaires. Les institutions supports (les agences) avaient été bâties dans la durée, depuis les années 1990, largement dotées, souvent remaniées, on l'a dit, pour tenir compte de telle ou telle défaillance.

Une méta-expertise très riche a de fait accompagné cette construction pour bien distinguer les objets (évaluation / gestion des risques par exemple), en faire émerger de nouveaux (la préparation aux menaces sanitaire de grande ampleur, par exemple), consolider les procédures d'une expertise collective, garantir la déontologie (et la gestion

des liens d'intérêt), organiser la participation des parties prenantes, dont les usagers, élaborer la communication... Avec la crise de « vache folle » et les controverses en matière de santé environnementale, on avait ainsi appris à distinguer au fil du temps 1) les rapports charpentés des comités d'experts, 2) les avis plus « politiques » rédigés par les directions des agences, 3) les conséquences tirées par les pouvoirs publics.

La délibération est vertueuse. Ce n'est pas une perte de temps. D'ailleurs, le Conseil scientifique illustre ce parti pris. Mais la délibération a aussi ses règles, ses procédures (en particulier celles de la concertation, du contradictoire et des avis divergents). Leurs avis reposent sur un substrat de connaissances, qui ne se limite pas aux qualités éminentes d'experts nommés par le Prince, et sur un travail d'instruction (qui peut être contraint en termes de durée en cas d'urgence).

Ce n'est pas uniquement pour mettre la décision à bonne distance du politique qu'on avait inventé le système des agences. C'était aussi pour asseoir autant que faire se peut la décision publique en situation de controverse et par gros temps.

Henri Bergeron, Olivier Borraz & Stéphane Le Bouler

Patrick Pessaux

Professeur des Universités-Praticien Hospitalier, Hôpitaux universitaires de Strasbourg, Président de l'Association Française de Chirurgie

Attention à la deuxième vague ! L'urgence de rétablir la continuité des soins à l'hôpital



20 avril 2020

Après l'organisation dans l'urgence de l'extension des lits de réanimation et de l'accueil des patients Covid-19+, il faut désormais anticiper l'Après et se projeter à quelques mois, pour prendre les bonnes décisions. Il y a urgence à rétablir l'accès aux actions diagnostiques et aux soins des patients non-Covid-19, sans méconnaître l'ampleur du défi. Face à la crise, les personnels ont su réorganiser l'hôpital et mobiliser l'ensemble des moyens, où qu'ils se trouvent. Solidarité et réactivité font partie des leçons à tirer... et des conditions d'une sortie réussie.

Deuxièmes vagues

Classiquement, lors d'épidémies, la « deuxième vague » correspond à l'apparition de nouveaux cas liés à la circulation des personnes à la faveur du dé-confinement.

Mais n'oublions pas l'impact majeur sur l'hôpital de la ré-émergence des pathologies qui ont évolué dans l'ombre de Covid-19, lequel les a tenues à l'écart des structures de soins en raison du confinement et du désarmement des établissements de santé sur le versant des soins qualifiés de « non-urgents ».

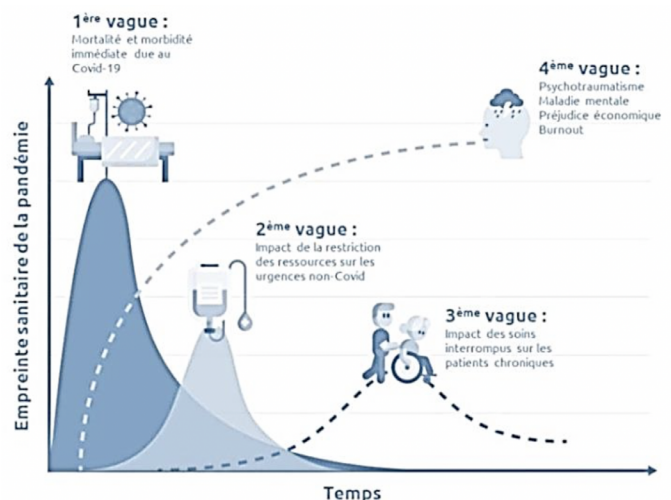
La prolongation du confinement d'un mois décidée le 13 avril va sans doute différer encore (jusqu'à trois à six mois) les démarches diagnostiques de nombreuses affections, en raison de la difficulté d'accéder aux soins de second recours (plateaux techniques et consultations de spécialistes) mais aussi du renoncement aux soins et des inégalités sociales de santé. Ces phénomènes seront favorisés par un enchaînement prévisible de trois phases au moment du

dé-confinement : une phase de sidération post-crise, une augmentation brutale de la demande et un appauvrissement de l'offre pendant les mois d'été, avec des soignants exténués, particulièrement dans les régions les plus sollicitées.

La question essentielle à l'issue de cette longue période de suspension est celle d'une perte de chance, que nous ne pouvons nous résoudre à qualifier d'inévitable. Elle peut se définir par l'impossibilité d'atteindre un ou plusieurs des objectifs suivants : améliorer l'espérance et la qualité de vie, prendre en compte les souffrances physiques et morales, inciter le patient à avoir des comportements positifs pour sa santé, préserver son autonomie et diminuer l'impact médico-social, les pertes financières et les difficultés professionnelles.

Ces quelques mois vont impacter de nombreuses maladies chroniques connues comme le diabète ou l'asthme, qui se manifestent par des complications que l'on aurait voulu croire d'un autre âge. C'est aussi le cas de maladies dont le diagnostic et la prise en charge initiale vont être retardés, tels les cancers (digestifs, pulmonaires, gynécologiques...), mais aussi l'insuffisance cardiaque, l'insuffisance rénale, les maladies ostéo-articulaires chroniques, les apnées du sommeil ou les pathologies neuro-psychiatriques.

La phase de haut plateau d'activité actuelle pour les structures de réanimation ne signera donc pas la fin de la bataille sanitaire et la représentation ci-dessous de l'après covid-19, maintenant connue, impose à la fois une adaptation et une diversification de l'offre de soins.



Source (version anglaise) : Dr. Victor Tseng, Université du Colorado

Comment rétablir la continuité des soins ?

Pour préparer cette nouvelle étape, il faut prendre en compte différents paramètres :

- l'échéance supposée de fin de crise ;

- les listes d'attentes de patients liées à la paralysie du système de soins, qui progressent continuellement ;

- des professionnels de santé usés physiquement et psychologiquement par cette séquence critique ;

- une période estivale qui se rapproche et, avec elle, une activité forcément réduite, quelle que soit l'ampleur du « rattrapage » ;

- des réanimations et des salles de surveillance post-interventionnelles de presque tous les blocs soit transformées en « réas-covid », soit dépouillées de leurs matériels de réanimation, éparpillés à l'échelle régionale, dont la récupération va prendre plusieurs mois. Les malades restent en moyenne trois semaines en réanimation et les unités ne seront pas désarmées avant la fin de l'été au plus tôt ;

- un secteur public qui sera le dernier à se remettre en ordre de marche du fait de la prise en charge d'un nombre relativement plus important de malades et de la gestion de l'aval post-réanimation.

Il faut dès lors réduire au maximum les listes d'attente de patients pour préparer la reprise des activités au sein des hôpitaux publics, en considérant que ceux-ci, contrairement à ce qu'ils pensent parfois, ne pourront pas absorber toutes les activités.

Pour les chirurgies complexes ou très spécialisées nécessitant un plateau technique spécifique ou une hospitalisation post-opératoire en réanimation, il n'y a pas d'autre choix que de les repousser, ou bien de les adresser à d'autres centres nationaux dans une zone épidémique permettant encore une activité limitée. À chaque fois, la dimension éthique du soin doit être analysée de manière individualisée afin de limiter les risques de perte de chance pour le patient.

Beaucoup de chirurgies oncologiques peuvent être réalisées dans les nombreux établissements privés et publics ayant un agrément pour cette chirurgie. Ces établissements sont prêts à garantir une prise en charge des patients et à signer des conventions pour accueillir temporairement des opérateurs extérieurs¹. C'est dans ces mêmes établissements que la pression de la prise en charge de patients Covid-19 se relâchera en premier et ils seront ainsi plus à même de continuer à assurer une reprise d'une partie des activités chirurgicales.

Comment imaginer une reprise chirurgicale dans un CHU (lorsque celle-ci redeviendra possible) sans intégrer la notion d'offre de soins globale et de hiérarchisation ? Comment imaginer une réouverture progressive homogène pour chaque spécialité qui viendrait quémander son créneau opératoire ? En effet, pour certaines spécialités, l'offre de soins est limitée en dehors des centres spécialisés, comme

.....

1 - Après presque trois semaines de discussions, une convention en ce sens a été signée avec une 1^{ère} clinique proche de Strasbourg et les opérations vont pouvoir commencer. Une 2^{ème} convention avec une clinique de Strasbourg devrait être signée prochainement.

en chirurgie pédiatrique, en chirurgie oncologique complexe, en chirurgie cardiaque, en neurochirurgie et en chirurgie de transplantation d'organe. Ne doit-on pas prioriser ces spécialités et même maximiser leurs créneaux opératoires, fût-ce au détriment d'autres ? Ici l'équité doit être privilégiée.

Tirer les bonnes leçons de la crise

Commençons par **redéfinir les missions de chacun**.

L'initiative des conventions évoquées plus haut est venue des praticiens eux-mêmes mais **l'institution hospitalière doit prendre le relais** : on ne peut pas demander aux soignants de conduire seuls le travail harassant que nécessite ce type de collaboration public-privé. Il faut en appeler à une **décision politique forte de mise en commun des plateaux techniques non-covid-19**, comme cela a été fait pour organiser l'accueil des patients infectés. Il faut un moratoire incluant les modalités assurantielles de prise en charge et la circulation des praticiens.

Pour faire cela, on voit bien qu'il faut aller vers une **gouvernance de notre système hospitalier partagée et lisible**. Cette planification de la stratégie sur plusieurs semaines de sortie de crise doit être élaborée en cassant les codes et en dépassant les pesanteurs habituelles, par un travail entre l'ensemble des soignants et les directions, sans rejouer les luttes de pouvoir classiques. La gestion réussie de cette crise à l'hôpital (pour le moment) nous montre bien qu'elles sont d'un autre âge. La refondation profonde de notre système de soin ne peut plus être éludée ou remise aux calendes grecques.

Enfin, en dehors des files actives connues de prise en charge chronique et spécialisée (transplantation, diabète, chimiothérapies, etc.), il faut prendre en compte la défiance, voire la peur, des gens vis-à-vis des établissements qui accueillent des patients Covid-19 ; beaucoup de patients ne veulent pas aujourd'hui – et ne voudront pas demain – aller se faire soigner ou opérer dans des établissements qu'ils jugeraient à risques.

De fait, quelle que soit l'organisation – établissements, centres de santé, cabinets médicaux unipersonnels ou pluri-professionnels – **les structures sont désertées en zone Covid-19 + mais aussi en zone non-Covid-19**. Le retour à la normale, dans des conditions d'exercice habituelles, n'est pas prévu avant de longs mois, dans le public mais aussi dans le privé. À toutes les raisons évoquées plus haut, il faut ajouter les contraintes de la « distanciation sociale », qui vont naturellement peser sur l'activité. Les organisations vont en être grandement modifiées et le défi de la nécessaire coopération sera d'autant plus difficile à relever. D'où l'importance du dialogue entre professionnels quelles que soient les structures. D'où l'importance aussi de reprendre la question du statut du médecin, les évolutions professionnelles, les carrières, les partenariats.

L'hôpital allait « mal » avant cette crise et **il ne faudra pas, dans les prochains mois, se focaliser uniquement**

sur les moyens (pas assez de lits de réanimation, pas assez de respirateurs, pas assez de...). Les besoins de la prochaine crise sanitaire ne seront d'ailleurs pas nécessairement ceux révélés par la crise.

Ce qu'il faut, c'est **arrêter de mettre l'hôpital face à des injonctions contradictoires : développer les activités les plus « rentables » et être à la fois centre de recours et d'excellence**. Pour cela une meilleure répartition des activités, dont le besoin a été mis en évidence par la crise, est indispensable. Elle ne sera possible que par une redéfinition du rôle de chacun... cohérente avec les modalités d'allocation des ressources.

Au-delà de permettre à nos patients d'avoir une solution de prise en charge, c'est pour cela aussi que tous se sont « battus » depuis trois semaines : faire voir que c'est possible.

Patrick Pessaux

Marine Chouquet

Maître de conférences en droit public à l'Université de Paris

Le transfert d'embryon *post mortem* devant le Conseil d'État

**Note sous CE, ordonnance du 24 janvier 2020,
n° 437328**

L'épisode sera presque passé inaperçu, comme éclipsé par les débats sur la loi bioéthique qui ont jalonné ce début d'année. Il est pourtant loin d'être anecdotique. Dans une ordonnance du 24 janvier 2020, le juge des référés du Conseil d'État s'est prononcé, de manière inédite, sur la légalité d'une demande visant à effectuer un transfert *post mortem* d'embryons à l'étranger.

Ce n'était pas la première fois que la délicate question de la procréation *post mortem* s'invitait dans le prétoire du juge administratif. Depuis la fameuse décision *Gonzalez-Gomez* rendue par l'Assemblée du Conseil d'État le 31 mai 2016¹, les recours contentieux s'étaient multipliés. Mais jusqu'à présent², le juge administratif n'avait été saisi que de la question du sort des gamètes, et non de celui des embryons conçus avec le sperme d'un homme qui était depuis lors décédé.

En l'espèce, la requérante Mme Caballero³ et son mari avaient recouru, avec succès, à une procédure de fécondation *in vitro* au CHU de Brest en 2018. Elle s'était conclue par la naissance d'un enfant en décembre 2018, et la conservation

de quatre embryons surnuméraires. Quelques mois plus tard, M. Caballero était emporté par une leucémie. Sa veuve avait alors exprimé le souhait de récupérer les embryons issus de la FIV de 2018, afin de poursuivre le projet parental qu'elle avait formé avec le défunt, et de donner naissance à un autre enfant. Le transfert *post mortem* d'embryons étant prohibé par le droit français, la requérante avait demandé au CHU de Brest l'autorisation de déplacer les embryons en Espagne, où la réalisation d'une telle opération est légalement admise dans l'année suivant le décès du conjoint. Mme Caballero s'est heurtée à un refus, et a, par conséquent, saisi le tribunal administratif de Rennes d'un référé-liberté, estimant que cette décision portait une atteinte grave et manifestement illégale à son droit à une vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge des référés du tribunal administratif de Rennes a rejeté sa requête, et elle s'est alors tournée vers le Conseil d'État.

Celui-ci était donc appelé à se prononcer sur la légalité d'une demande tendant à ce qu'un transfert *post mortem* d'embryons issus d'une FIV réalisée en France soit effectué, dans un pays qui autorise cette pratique, au profit d'une femme dont le conjoint était décédé.

Un tel projet n'avait effectivement aucune chance d'être mené à terme sur le territoire français. L'article L. 2141-2 du CSP interdit, de manière parfaitement explicite, le recours à une technique de procréation médicalement assistée dans l'hypothèse où l'un des deux membres du couple est décédé, et précise même qu'une telle circonstance fait « obstacle » à une insémination ou à un transfert d'embryon. Cela n'avait pourtant pas empêché le Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* de 2016, de faire preuve d'audace pour admettre qu'une veuve devait être autorisée à déplacer en Espagne les paillettes de sperme congelé de son défunt conjoint afin d'y réaliser une insémination. Mme Caballero entendait s'infiltrer dans cette brèche et invitait ici le juge à utiliser le même *modus operandi*, afin de reconnaître que des « circonstances particulières » permettaient d'écarter l'application, à son encontre, des dispositions législatives interdisant la procréation *post mortem*.

Le Conseil d'État va la suivre sur le premier point, mais pas sur le second. S'inspirant de la solution dégagée en matière de transfert *post mortem* de gamètes, il effectue un contrôle en deux étapes pour apprécier la conformité des dispositions de la loi française à l'article 8 de la CEDH protégeant le droit à une vie privée et familiale. Au stade de la confrontation *in abstracto* des normes, le juge suit le même cheminement qu'en 2016 pour conclure à l'absence d'ingérence dans la vie privée de la requérante, alors même que les dispositions en cause n'étaient pas identiques (I). L'analyse *in concreto* de la conventionalité de la loi ne viendra pas démentir cette première appréciation. De manière sibylline, le Conseil

1 - CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, Rec., p. 208, concl. A. Bretonneau ; AJDA 2016. 1092, et 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler, 1472, note H. Fulchiron, 1477, note B. Hafstel ; *ibid.* 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts, 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, 935, obs. RÉGINE, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; AJ fam. 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc, 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; JCP 2016, n° 864, note J.-P. Vauthier et F. Violla ; RFDA 2016. 740, concl. A. Bretonneau, 754, note P. Delvolvé ; *ibid.* 2017. 855, note J. Prévost-Gella ; RTD civ. 2016. 578, obs. P. Deumier, 600, obs. J. Hauser, 802, obs. J.-P. Marguénaud, 834, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2017. 319, obs. D. Ritleng.

2 - Nous situons notre propos dans la période postérieure à la décision *Gonzalez-Gomez*, qui s'est caractérisée par un afflux des demandes de déplacement d'embryons ou de gamètes dans des pays autorisant la procréation *post mortem*. Antérieurement, c'est le juge judiciaire qui avait eu l'occasion de s'opposer au transfert *post mortem* d'embryons : Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, JCP 1996, II, 22666, note C. Neirinck ; D. 1996, Jur. p. 376, note F. Dreifuss-Netter ; J. Hauser, obs. RTD civ. 1996, p. 359.

3 - L'histoire de cette finistérienne a été largement médiatisée, notamment dans la presse régionale.

d'État écarte l'argument relatif à la distinction existant entre embryons et gamètes, pour conclure qu'aucune circonstance particulière ne justifiait, en l'espèce, de déroger à l'interdit législatif (II).

I L'assimilation des demandes de transfert *post mortem* de gamètes et d'embryons au stade du contrôle *in abstracto*

Le Conseil d'État commence par analyser, de manière abstraite, la conventionalité des dispositions législatives qui interdisent l'implantation *post mortem* des embryons. Reprenant à l'identique la formulation employée en 2016, il conclut que les dispositions des articles L. 2141-2 et L. 2141-9 du CSP ne portent pas, en elles-mêmes, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la CEDH. Le laconisme de ce raisonnement par analogie peut sembler regrettable au regard des instruments spécifiques que la jurisprudence européenne mobilise lorsqu'elle est amenée à s'interroger sur le sort des embryons cryoconservés (A). Une analyse plus approfondie en révèle les failles, et met en lumière le potentiel perturbateur de la réforme bioéthique sur cette question (B).

A) Une analogie de raisonnement contestable au regard des droits concernés

En l'espèce, la demande formée par Mme Cabarello ne portait pas sur l'utilisation des gamètes de son conjoint décédé - comme dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* de 2016 -, mais sur celle des embryons issus de la fécondation *in vitro* de ses propres ovocytes par les spermatozoïdes de son conjoint. C'est d'ailleurs certainement la raison qui l'avait poussée à soutenir que la loi française méconnaissait son droit de propriété, en la privant du droit de déplacer les embryons conservés au CHU de Brest. En vérité, une telle argumentation avait peu de chance de prospérer. En effet, dans l'affaire *Parrillo c/ Italie*⁴, la Cour européenne des droits de l'homme avait précisé qu'une femme ne pouvait prétendre à disposer d'un droit de propriété sur des embryons constitués avec ses propres gamètes, puisque ceux-ci ne sauraient être assimilés à des « biens » au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la CEDH. Rien de surprenant, dès lors, à ce que le Conseil d'État rejette cet argument, et conclut que l'article L. 2141-2 du CSP ne pouvait porter atteinte au droit de propriété, « en l'absence de droit patrimonial sur le corps humain, ses éléments et ses produits »⁵.

Mais si les embryons humains ne sauraient être qualifiés de « choses » appropriables, il n'en demeure pas moins qu'ils se sont formés au moyen des gamètes de la requérante,

4 - CEDH, gr. ch., 27 août 2015, *Parrillo c/ Italie*, req. n° 46470/11, § 215.

5 - Sans en faire une mention explicite, il reprend ici la formulation d'une disposition de droit interne (l'article 16-1 du code civil).

et qu'ils contiennent donc une partie de son patrimoine génétique. Cette circonstance justifiait qu'il soit porté un regard différent sur l'atteinte à son droit à une vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la CEDH, en comparaison des demandes qu'avaient connues le juge administratif jusqu'à présent, et qui ne concernaient que les gamètes mâles du conjoint décédé.

Dans l'affaire *Parrillo* précitée, la cour avait ainsi expressément reconnu la spécificité « du lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus, et qui tient au fait que ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique » (§ 158). En conséquence, elle estimait que la possibilité pour une femme d'exercer, après le décès de son conjoint, « un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons *in vitro* touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination » (§ 159).

Une seconde composante du droit à la vie privée s'avérait, en outre, susceptible d'être concernée par les faits de l'espèce, puisque contrairement à Mme Parrillo, Mme Cabarello n'avait pas abandonné tout projet de grossesse. Son souhait de se faire transférer les embryons conservés s'inscrivait dans le projet de devenir mère d'un enfant biologique, et le refus qui lui était opposé pouvait donc être perçu comme une atteinte illégitime au droit à devenir parent - consacré à plusieurs reprises par le juge européen à propos de demandes d'accès à des techniques d'AMP⁶.

Par ces différents aspects, le droit à une vie privée protégé par l'article 8 de la convention contribue ainsi à la reconnaissance du droit d'une personne à disposer des embryons conçus par fécondation *in vitro* à partir de ses propres gamètes. Il est toutefois loin de revêtir une portée absolue, et supporte de sérieux tempéraments au sein de la jurisprudence européenne. Ainsi, l'expression d'une volonté contraire de l'autre conjoint fera obstacle à l'implantation d'un embryon du couple dans l'utérus maternel⁷, et des considérations éthiques peuvent valablement justifier qu'une législation nationale interdise d'en faire don à la recherche scientifique⁸. Par extension, et même si la Cour EDH n'a jamais été saisie de la question, on pourrait considérer que la prohibition française du transfert *post mortem* d'embryons constitue une ingérence légitime au droit au respect de la vie privée de la requérante, puisqu'elle se fonde sur des considérations éthiques et morales du même ordre que celles qui avaient justifié d'accorder une large marge d'appréciation au législateur italien pour déterminer

6 - Qu'il s'agisse d'insémination artificielle (CEDH, gr. ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04) ou de transfert d'embryon (CEDH, gr. ch., 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05).

7 - Dans l'affaire *Evans*, c'est le droit de l'ancien conjoint de ne pas devenir le parent biologique d'un enfant non désiré qui avait été retenu comme un motif valable pour refuser à une femme l'implantation des embryons issus de leurs gamètes.

8 - Affaire *Parrillo* précitée.

quelles options étaient ouvertes à Mme Parrillo concernant le sort de ses embryons. Telle semble être la manière dont le Conseil d'État a raisonné en l'espèce, prenant acte du fait que la cour européenne reconnaît classiquement une grande liberté aux États pour légiférer sur les questions d'éthique médicale. Cette assertion se vérifie particulièrement lorsque les problématiques en cause - comme c'est le cas pour la procréation *post mortem*⁹ - ne sont pas traitées de manière consensuelle par les législations des États signataires de la convention. Mais encore faut-il, pour être jugée acceptable, que l'ingérence réalisée dans les droits protégés s'inscrive en cohérence avec l'ensemble de la législation nationale de l'État concerné, ce qui apparaît en l'espèce, plus discutable.

B) Une cohérence fragilisée par la réforme de la loi bioéthique

Pour apprécier la légitimité de l'atteinte portée aux droits protégés par l'article 8 de la convention, la Cour EDH analyse le contexte juridique général dans lequel la disposition litigieuse s'insère. Elle s'assure ainsi que la législation contestée forme un ensemble cohérent avec les autres règles nationales, faute de quoi l'ingérence sera jugée disproportionnée et emportera violation de la convention¹⁰.

En l'état du droit positif, la prohibition de l'implantation *post mortem* d'embryon posée par le CSP semble satisfaisante à ces conditions. De manière évidente, les critères d'accès à l'AMP fixés à l'article L. 2141-2 du CSP s'inscrivent dans une même optique : celle d'offrir une assistance médicale à un couple qui n'arrive pas à réaliser son projet parental, pour des raisons d'infertilité pathologique. C'est dans cette logique de mimétisme avec une procréation « naturelle », que la loi française réservait, jusqu'à présent, les techniques d'AMP aux couples hétérosexuels, dont les deux membres sont vivants et en âge de procréer.

L'ouverture prochaine de l'AMP aux femmes seules risque toutefois d'ébranler l'unité de cet édifice législatif. Quelle que soit l'opinion que l'on porte sur cette évolution (et l'auteur de ces lignes n'entend pas défendre ici un quelconque point de vue sur ce sujet), elle oblige à envisager la question de la procréation *post mortem* sous un autre angle. Il apparaît effectivement difficile de justifier que l'on puisse, d'un côté, empêcher une femme de bénéficier de l'implantation des embryons fécondés avec les spermatozoïdes de son défunt

conjoint, alors que l'on l'autorise, d'un autre côté, à procréer, seule, avec les gamètes d'un donneur... voire à accueillir un embryon surnuméraire donné par un autre couple - qui, comble de l'absurde, pourrait lui-même être issu d'un projet parental dont la réalisation aurait été neutralisée par le décès d'un des géniteurs. Si une femme peut désormais bénéficier d'une aide de la médecine pour concevoir un enfant sans partenaire masculin, pourquoi exiger que l'on reproduise fictivement les conditions d'une procréation naturelle et requérir que son ancien conjoint soit toujours vivant lors du transfert ?

La même conclusion s'impose si l'on se place dans la perspective ô combien délicate de la prise en compte des intérêts de l'enfant à naître. L'ouverture de l'AMP aux femmes seules et aux couples de femmes invite à réévaluer ce que le CCNE qualifiait en 2011 de « dilemme éthique »¹¹, à savoir qu'autoriser une femme à poursuivre le projet parental formé avec le défunt revient *de facto* à œuvrer pour « faire naître délibérément un enfant orphelin de père »¹². Si tant est que l'argument relatif à la privation du père ait pu, à un moment, être retenu dans ce débat¹³, il perd de la vigueur face à ce changement de paradigme dans l'accès à l'AMP. Sans mésestimer l'éventuel poids psychologique qui peut peser sur les épaules d'un « enfant né du deuil »¹⁴, ou encore les difficultés spécifiques que soulève cette situation du point de vue juridique¹⁵, on peine à percevoir comment l'intérêt supérieur de l'enfant empêcherait qu'il naisse orphelin d'un père qui l'aura désiré, alors qu'il ne s'opposera pas à la conception d'un enfant sans père identifié. Le contexte dramatique dans lequel s'inscrirait sa venue au monde suffirait-il à justifier le maintien de l'interdiction de la procréation *post mortem* alors que l'AMP offrira désormais la possibilité aux femmes de concevoir hors d'un couple hétérosexuel ? On peut légitimement en douter.

La question de la cohérence du maintien de la prohibition de la procréation *post mortem* au regard de l'ouverture imminente de l'AMP aux femmes seules et aux couples de femmes a été soulevée lors des débats sur le projet de loi bioéthique, mais l'argument comparatif n'aura pas suffi à emporter la conviction des parlementaires. Le juge sera peut-être davantage enclin à tirer des conclusions de cette évolution, au regard de l'exigence de cohérence

11 - CCNE, avis n°113, 2011, p. 3.

12 - *Ibidem*.

13 - Ce n'est en tout cas pas la conclusion à laquelle avait abouti le CCNE dans son avis précité. Il dénonçait, au contraire, le paradoxe d'une législation qui, d'un côté, organise le recours à l'AMP en cas de maladie grave, au motif d'un risque d'altération de la fertilité, et alors que la probabilité de donner naissance à un orphelin est objectivement plus élevée que la normale, et de l'autre, interdit la procréation *post mortem* pour éviter la venue au monde d'un enfant dont le père serait décédé (*idem*, p. 11).

14 - Conseil d'État, « La révision des lois de bioéthique », EDCE, 2009, p. 50.

15 - Notamment en termes de consentement du défunt, de filiation ou de succession : on renverra ici aux développements très complets publiés dans le précédent numéro de cette même revue L. Carayon, « Arlésienne bioéthique - La procréation post mortem en débats », pp. 45 et s. ([JDSAM n° 25 - 2020](#)).

9 - Qui est proscrite par certains Etats membres du Conseil de l'Europe (Allemagne, Danemark, Italie, Suisse...), mais autorisée par d'autres (Belgique, Espagne, Grèce, Royaume-Uni...), sous des conditions variables d'une législation à l'autre, et parfois en distinguant le cas de l'implantation d'embryon de celui de l'insémination *post mortem* de gamètes (comme au Portugal par exemple). Pour un aperçu des différentes situations, v. l'étude sur « La transplantation d'embryon *post mortem* » menée en 2010 par le ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/gt_dc_2010_embryon_pm_20110209.pdf

10 - C'est la conclusion à laquelle la Cour a abouti dans l'affaire *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012 (n° 54270/10), à propos des dispositions de la loi italienne qui interdisait l'accès au diagnostic préimplantatoire d'une maladie génétique, tout en autorisant l'interruption médicale de grossesse lorsqu'il apparaissait que le fœtus était atteint de cette pathologie.

des atteintes portées au droit à une vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH. Ainsi, et alors qu'il avait soigneusement évité d'aborder l'épineux sujet de la procréation *post mortem*, le projet de loi bioéthique offre paradoxalement une intéressante opportunité aux juges de réévaluer la manière dont le législateur français traite cette question.

II L'éviction de la distinction entre gamètes et embryons au stade du contrôle de conventionalité *in concreto*

Après avoir examiné de manière abstraite la conformité des normes en présence, le Conseil d'État vient effectuer une analyse concrète de la conventionalité des dispositions prohibant le transfert *post mortem* d'embryons. Comme dans la décision *Gonzalez-Gomez*, il proclame que la reconnaissance de la conventionalité *in abstracto* des dispositions litigieuses « ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières », leur mise en œuvre soit perçue comme une atteinte excessive aux droits protégés par l'article 8 de la CEDH. Par ce mécanisme, le juge administratif s'offre une possibilité théorique d'écarter l'interdit législatif pour admettre, à titre exceptionnel, un transfert *post mortem* d'embryons (A). Il n'en fera toutefois pas usage au cas d'espèce. Ecartant l'argument relatif à la spécificité de l'objet de la demande d'exportation, le juge opte, à l'inverse, pour un resserrement général des conditions d'accès à ce traitement dérogatoire (B).

A) L'invocation de circonstances particulières au soutien d'une mise à l'écart de la règle de droit

L'adoption d'un mécanisme hybride de contrôle pour apprécier la conventionalité des dispositions relatives à la procréation *post mortem* aura suscité un certain émoi au sein de la doctrine. Nous ne nous attarderons pas ici à commenter cette évolution, qui n'est d'ailleurs pas spécifique à la jurisprudence administrative, puisque la Cour de cassation a également opté pour un contrôle concret des atteintes portées à l'article 8 de la Convention¹⁶.

Toujours est-il qu'en faisant appel au concept de « circonstances particulières », le Conseil d'État recourt, en réalité, à une technique jurisprudentielle déjà éprouvée. L'existence de « circonstances » singulières s'analyse, en effet, comme un argument classiquement présenté au soutien de l'adoption de solutions dérogatoires dans la jurisprudence administrative¹⁷. Le contexte épidémique actuel a d'ailleurs fourni d'intéressantes illustrations en la

matière - que l'on pense aux « circonstances locales » exigées par le Conseil d'État pour justifier que les maires puissent aggraver les mesures relatives à l'état d'urgence sanitaire sur le territoire de leur commune¹⁸, ou aux « circonstances particulières » qui ont conduit le Conseil constitutionnel à estimer que la méconnaissance, par la loi, d'une obligation procédurale imposée par la Constitution n'emportait pas son inconstitutionnalité¹⁹. Au plus proche de la thématique qui nous intéresse, l'on retrouve également une référence à d'éventuelles « circonstances particulières » concernant la condition relative à l'âge maximum auquel un homme peut prétendre bénéficier d'une AMP en vertu de l'article L. 2141-2 du CSP. Lorsqu'il fixe, de manière prétorienne, cette limite d'âge à 59 ans révolus²⁰, le Conseil d'État prend le soin de se ménager un garde-fou qui l'autoriserait à conclure qu'un refus d'exportation de gamètes fondé sur ce motif s'analyserait comme une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par l'article 8 de la CEDH.

Dans l'affaire qui nous intéresse, c'est au stade de la qualification des circonstances particulières que le Conseil d'État choisit de prendre en considération la distinction existant entre gamètes et embryons qu'il avait ignorée dans le cadre du contrôle *in abstracto* des normes. Il n'en tire pourtant aucune conséquence juridique, et se refuse à percevoir, dans les faits de l'espèce, la marque d'une singularité qui serait susceptible de légitimer un traitement dérogatoire.

De solides arguments auraient pourtant justifié que la question de l'utilisation *post mortem* des embryons soit traitée de manière différente de celle des gamètes. En effet, même si le statut juridique de l'embryon apparaît délicat à appréhender, il ne fait pas de doute qu'il diffère de celui des gamètes, et que le CCNE ou le Conseil d'État n'auraient certainement jamais envisagé de qualifier ces derniers de « personnes humaines potentielles »²¹. Le facteur principal de distinction est d'ordre chronologique : dans le cadre d'un transfert *post mortem* d'embryon, la fécondation s'est produite alors que les deux parents étaient encore vivants. Cette circonstance permet de lever certaines réticences philosophiques quant à « l'incapacité de procréer d'un mort »²², mais elle joue, aussi, sur l'implication du père dans le processus qui donnera naissance au futur enfant. De fait, on peut percevoir la fécondation comme une première étape de concrétisation du projet parental, à laquelle le défunt a eu

18 - CE, 17 avr. 2020, n° 440057, *Cne de Sceaux*.

19 - CC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, n° 2020-799 DC.

20 - CE, 17 avril 2019, n° 420468, Rec. ; AJDA 2019. 901 ; AJ fam. 2019. 309, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2019. 39, obs. M. Lamarque ; Gaz. Pal. 14 mai 2019, n° 18, p. 27, note M. Guyomar ; RTD Civ. 2019. 557, note A.-M. Leroyer.

21 - Expression employée à propos des embryons par le Conseil d'Etat ou le CCNE (CCNE, avis n°112, 2010, p. 6 ; Conseil d'Etat, « La révision des lois de bioéthique », précité, p. 19).

22 - C'est en tout cas l'un des arguments retenu par le CCNE dans son avis n°113 (précité, p. 11).

16 - A propos de l'interdiction du mariage entre alliés : Cass. civ. 1, 4 déc. 2013, n° 12-26066, Bull. I n° 234 ; D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, 307, obs. J.-P. Marguénaud.

17 - L'exemple le plus emblématique réside indéniablement dans la théorie des circonstances exceptionnelles élaborée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Heyriès* de 1918 (CE, 28 juin 1918, n° 63412, Rec., p. 651 ; S. 1922. 3. 49, note M. Hauriou).

l'opportunité d'apporter son consentement explicite²³, bien davantage que dans le cadre d'un dépôt de gamètes qui sera souvent réalisé, dans l'urgence, afin de préserver une fertilité menacée par un traitement thérapeutique.

Cette différence quant aux conditions dans lesquelles se réalise la fécondation explique que le CCNE réserve un sort distinct à l'utilisation *post mortem* des gamètes et des embryons. Depuis plus de 20 ans²⁴, il se prononce en faveur de la levée de l'interdit pour les transferts d'embryons, mais pas pour l'insémination des gamètes²⁵. L'avant-projet de loi bioéthique en 2004 envisageait également de distinguer les deux situations, mais la proposition d'ouvrir cette option au profit des seuls embryons constitués avant le décès du conjoint ne sera finalement pas retenue.

D'autres États européens ont fait le choix d'un traitement différencié de l'utilisation *post mortem* des embryons et des gamètes, que l'on pense à la législation portugaise²⁶, ou à l'audace dont ont récemment fait preuve les juges italiens, pour admettre qu'une veuve pouvait réclamer l'implantation d'embryons issus d'une FIV réalisée du vivant de son conjoint²⁷. Le Conseil d'État ne va toutefois pas les suivre dans cette logique, et l'on perçoit aisément les raisons qui l'ont conduit à statuer ainsi.

Admettre comme « circonstance particulière » le fait que l'objet du litige concerne des embryons et non des gamètes aurait conduit le juge à systématiser une dérogation frontale à l'interdit législatif. Or, on peut penser que non seulement il ne souhaitait pas être l'instigateur d'un bouleversement de principe sur un sujet aussi sensible, mais en outre, que cela n'aurait pas correspondu à l'esprit même du recours à l'expression de « circonstances particulières », qui vise à lui ménager une marge d'appréciation, et non à l'enfermer dans des solutions automatiques. Comme en matière d'insémination *post mortem* de gamètes, le juge administratif a simplement cherché, dans cette décision, à se préserver la possibilité d'écarter la prohibition posée par le législateur, lorsqu'il estime que les circonstances l'exigent.

B) La restriction des motifs justifiant de déroger à l'interdiction de la procréation *post mortem*

La présente affaire offre au juge l'opportunité d'enrichir la catégorie de ces fameuses « circonstances particulières », et d'illustrer quel type de situation est susceptible de bénéficier

d'un traitement dérogatoire.

Le Conseil d'État relève, tout d'abord, que la requérante est « de nationalité française » et n'entretient « aucun lien avec l'Espagne ». Ces deux éléments, qui attestent de l'absence de lien avec le pays d'exportation potentiel des embryons, doivent être analysés de concert, et non isolément. En effet, la vérification de l'absence de facteur d'extranéité par le juge ne vise pas à empêcher la requérante d'invoquer les droits issus de la CEDH à l'encontre de la législation française. Quelle que soit sa nationalité, elle bénéficie de la protection de la CEDH, du simple fait qu'elle se situe sous la « juridiction » de l'État français au sens de l'article 1^{er} de la convention lorsqu'elle se voit appliquer la loi française. Il ne s'agit pas non plus d'appréhender le litige sous l'angle d'un conflit de normes qui relèverait du droit international privé²⁸. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Gonzalez-Gomez* en 2016²⁹, le rapporteur public écartait fermement cette hypothèse, pour au moins deux raisons : les dispositions qui encadrent l'accès à une activité offerte par le service public hospitalier ont qualité de lois de police, destinées à régir la situation de toute personne sur le territoire, et elles véhiculent, en outre, une dimension d'ordre public, qui emporte l'éviction de toute disposition contraire.

En vérité, l'attention portée à la nationalité et aux liens tissés avec le pays d'exportation vise à cerner les motivations de la requérante. Il s'agit, pour le juge, d'apprécier si la démarche d'exportation de gamètes ou d'embryons procède d'une autre logique que la volonté de contourner l'interdiction posée par la loi française.

L'exercice peut sembler périlleux, en ce qu'il revient à tenter de sonder les consciences pour débusquer les motifs déterminants d'une requête et espérer ainsi apporter la preuve de l'absence d'intention frauduleuse³⁰. Il semble surtout assez peu pertinent, car, comme en matière de détournement de pouvoir³¹, un mobile légal pourra parfaitement couvrir la poursuite concomitante d'une finalité moins légitime. Ainsi, la volonté de Mme *Gonzalez-Gomez* de donner naissance à un enfant dans le pays dont elle était ressortissante, et où elle résidait entourée de sa famille, n'était certainement pas exclusive de celle d'accéder à la possibilité d'utiliser les gamètes de son mari décédé. L'argument avait cependant suffi à convaincre le Conseil d'État en 2016 pour écarter l'interdiction posée par la loi française et la laisser mener son projet parental à terme.

23 - Et le consentement à la réalisation du projet parental constitue une donnée non négociable pour les juges français et européens, comme on le précisera par la suite : cf. *infra*.

24 - Voir l'avis du CCNE n° 40 du 17 décembre 1993.

25 - Avis n° 113 précité.

26 - Qui autorise le transfert *post mortem* d'embryons mais proscribit l'insémination *post mortem* de gamètes (article 22 de la loi du 26 juillet 2006).

27 - Les juges estiment que la condition légale d'accès à l'AMP imposant aux deux membres du couple d'être vivants ne joue que jusqu'à la date de la fécondation. V. M. Coudrais, « Procréation *post mortem* - Droit comparé franco-italien - Tribunal de Lecce 24 juin 2019 », *AJ fam.* 2019, 595.

28 - Pour une analyse contraire : B. Haftel, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », note ss. CE, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez* précité, D. 2016. 1477.

29 - A. Bretonneau, conclusions précitées.

30 - Celle-ci étant en, quelque sorte présumée, du simple fait que le pays d'exportation autorise le recours à une technique interdite en France.

31 - La poursuite d'un intérêt illégitime par l'autorité décisionnaire pourra être neutralisés par la circonstance que la décision contestée se fonde également sur des mobiles réguliers, si ces derniers sont perçus comme déterminants par le juge administratif (CE, 11 janvier 1957, *Louvard*, Rec., p. 27 ; CE, 12 nov. 1969, *Caillon*, Rec., p. 484 ; CE, sect., 5 mai 1972, *Sieur Ferdinand*, Rec. T., p. 339 ; CE, 26 juin 1974, *Cts Robert Léon Weyl*, Rec. T., p. 839).

Dans l'affaire qui nous intéresse, la formulation retenue semble toutefois suggérer que la mise en évidence d'éléments d'extranéité ne suffise pas - ou plus - à justifier un traitement dérogatoire. En effet, le juge paraît détacher cette condition de celle qui a trait à l'existence de « circonstances particulières », lorsqu'il conclut au rejet de la demande présentée par une requérante « de nationalité française, n'entretenant aucun lien avec l'Espagne et ne faisant état d'aucune circonstance particulière ». L'emploi de cette conjonction de coordination copulative pourrait signifier que les deux conditions - extranéité et circonstances particulières - sont désormais exigées de manière cumulative. Il révèle, tout du moins, que le simple fait de posséder des liens personnels étroits avec le pays d'exportation n'entraînera aucune conclusion automatique, et ne privera jamais le juge de son pouvoir d'apprécier, au cas par cas, si la situation présentée mérite de lever l'interdit posé par la loi française.

Quelle que soit l'interprétation retenue, cette nouvelle formulation traduit indéniablement un durcissement des conditions exigées jusqu'alors. Doit-on y voir un traitement spécifique réservé aux demandes de transfert d'embryons, ou bien l'évolution concerne-t-elle la procréation *post mortem* dans son ensemble ? Un bref aperçu de la jurisprudence la plus récente nous permet de conclure en faveur de la seconde hypothèse. Dans deux ordonnances rendues le 28 février 2020³², le Conseil d'État a ainsi repris, à l'identique, la formule qu'il avait esquissée un mois plus tôt dans la décision commentée, pour juger, cette fois, d'une demande d'exportation de gamètes seuls, et d'une demande couplant déplacement de gamètes et d'embryons.

En toute discrétion, le juge administratif semble ainsi avoir amorcé un virage dans sa jurisprudence relative à la procréation *post mortem*. Il exclut désormais du champ des circonstances particulières les éléments tangibles d'extranéité qui offraient un peu de prévisibilité quant à la règle de droit applicable, pour mieux circonscrire le champ des dérogations possibles aux dispositions législatives d'ordre public qui prohibent l'utilisation *post mortem* de gamètes et d'embryons. Quels éléments sont encore susceptibles de l'amener à écarter l'interdit législatif ? On peut tenter d'identifier ce qui constituerait un tel faisceau d'indices.

Le consentement du défunt à la réalisation *post mortem* du projet parental paraît nécessaire - et *a contrario*, l'absence de document établissant sans équivoque sa volonté sera un obstacle rédhibitoire. Cette exigence, imposée dans une ordonnance du 13 juin 2018³³, et réitérée dans une autre ordonnance du 4 décembre 2018³⁴, semble cohérente

avec la jurisprudence de la Cour EDH³⁵. Elle est d'ailleurs généralement requise par les législations des États qui autorisent la procréation *post mortem*³⁶, et figurait parmi les conditions listées par le CCNE au soutien de sa proposition d'autoriser les transferts *post mortem* d'embryons³⁷.

Les juges ne demeurent pas, non plus, insensibles à la détresse des requérantes qui ont été particulièrement éprouvées par les coups du sort. Des circonstances exceptionnelles non plus « géographiques » mais « émotionnelles »³⁸ ont ainsi pu conduire le tribunal administratif de Rennes³⁹ à lever l'interdit législatif de l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post mortem*, au bénéfice d'une femme qui avait successivement affronté le décès de son conjoint, puis le décès *in utero* de l'enfant qu'elle portait à quelques jours du terme de sa grossesse. La compassion dont a fait preuve le juge dans cette affaire n'a cependant pas vocation à faire naître une règle générale. Ainsi, une autre requérante qui entendait s'appuyer sur le fait qu'elle avait, elle aussi, perdu un enfant lors d'une grossesse antérieure, n'a pas été autorisée, par ce même tribunal⁴⁰, à déplacer des gamètes et des embryons à l'étranger en vue d'accomplir le projet parental formé avec son défunt conjoint. Saisi en appel⁴¹, le Conseil d'État a explicitement confirmé que la perte *in utero* d'un enfant ne constituait pas une circonstance particulière susceptible de justifier un traitement dérogatoire.

Enfin, et c'est l'apport principal de la décision commentée, le fait que l'objet de la demande porte sur des embryons plutôt que des gamètes apparaît sans conséquence aux yeux du Conseil d'État.

L'approche casuistique développée par la jurisprudence administrative en matière de procréation *post mortem* se révèle insatisfaisante pour qui est en quête de prévisibilité juridique. Elle témoigne aussi d'un certain embarras du juge face à l'immobilisme du législateur. Sans oser remettre frontalement en cause l'interdit posé par le CSP, le juge administratif a voulu signifier qu'il n'entendait pas, pour autant, s'empêcher de statuer en équité lorsqu'il se trouvait confronté à des situations humainement dramatiques. Il n'est d'ailleurs pas certain que le mécanisme de contrôle

35 - Le consentement des deux conjoints au projet parental a toujours figuré en première place des préoccupations de la Cour (v. CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni*, précité), et elle a confirmé son attachement à l'existence de directives anticipées lorsqu'elle a eu à connaître de l'affaire jugée par le Conseil d'Etat le 4 décembre 2018 (précitée, n°425446), dans un arrêt de 2019 : CEDH, 12 nov. 2019, *Petithory Lanzmann c./ France*, req. n° 23038/19, AJ fam. 2020. 70, obs. M. Saulier ; D. 2020. 324, note A.-B. Caire.

36 - V. l'étude précitée du ministère de la Justice sur « La transplantation d'embryon *post mortem* ».

37 - CCNE, avis n° 113 précité.

38 - Pour reprendre l'expression employée par Bernard Haftel dans son commentaire de la décision (D. 2016. 2392).

39 - TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451, D. 2016. 2392, entretien B. Haftel, 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts, et 781, obs. J.-C. Galloux ; AJ fam. 2016. 514, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2017. 114, obs. J. Hauser.

40 - TA Rennes, 13 février 2020, n° 2000642.

41 - CE, 28 février 2020, n° 438854, précité.

32 - CE, 28 février 2020, n° 438852 et n° 438854, D. 2020. 735, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

33 - CE, 13 juin 2018, n° 421333, AJDA 2018. 2278 ; D. 2019. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; DP santé, bull. n° 295, p. 6, obs. D. Vigneau.

34 - CE, 4 décembre 2018, n° 425446, AJ fam. 2019. 64, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2019. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; DP santé, bull. n° 300, p. 4, obs. D. Vigneau.

hybride mis en place en 2016 avait vocation, dans l'esprit du juge, à faire l'objet de multiples applications. Peut-être ne visait-il qu'à couvrir juridiquement l'adoption d'une solution d'espèce et à inviter, par une éclairante illustration, le législateur à réévaluer sa position à l'égard de la procréation *post mortem*. Le refus du projet de loi bioéthique d'aborder cette question risque toutefois d'inscrire dans une certaine durabilité ce qui aurait pu n'être qu'un pansement provisoire.

Confronté à un afflux de requêtes sollicitant son humanité au détriment d'une rigoureuse application de la loi, le juge administratif se retrouve aujourd'hui contraint de devoir modérer les enthousiasmes, en précisant de manière restrictive les conditions qui légitiment de s'émanciper de la lettre des dispositions du CSP en matière de procréation *post mortem*. Cette position d'arbitre des désarrois n'a certainement rien de confortable, et elle ne peut, en toute logique, satisfaire ni les tenants d'une évolution en la matière, ni ceux qui se désespèrent que l'on lézarde de la sorte l'unité d'un dispositif juridique d'ordre public. A défaut d'une évolution législative, c'est peut-être d'un autre juge que viendra la clarification attendue. Saisie d'une requête contestant l'interdiction de la procréation *post mortem* par le droit français⁴², la Cour européenne des droits de l'homme aura-t-elle l'audace de faire bouger les lignes sur cette épineuse question ?

Marine Chouquet

42 - L'affaire est actuellement pendante, et elle fait suite à l'ordonnance du 13 juin 2018 (précitée) par laquelle le Conseil d'Etat a refusé d'accéder à la demande d'une ressortissante française d'autoriser l'exportation des gamètes de son compagnon décédé afin de réaliser une insémination à l'étranger : CEDH, *Dalleau c/ France*, req. n° 57307/18.

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique

Déposé à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019, le projet de loi de bioéthique y a été adopté en première lecture le 15 octobre 2019 et voté au Sénat le 4 février 2020. Alors que la deuxième lecture du texte reprend à partir du 6 juillet 2020, il s'agit de discuter de la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules non mariées et plus particulièrement de sa justification tenant à l'existence de la présomption de paternité¹. En mettant cette restriction en perspective avec la reconnaissance conjointe votée en première lecture à l'Assemblée nationale pour établir la filiation des enfants des couples lesbiens², deux limites du projet de loi apparaissent clairement : toutes les femmes seules seraient hétérosexuelles et pour sécuriser la filiation des couples lesbiens, les filiations maternelles devraient être indivisibles -comme cela est en partie le cas avec la présomption de paternité.

L'article 1^{er} du projet de loi de bioéthique réalise une promesse de campagne du Président de la République et ouvre l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) à toutes les femmes -ou presqu³.

Le sujet a été abordé dans la société sous cet angle et il a été question d'ouvrir l'AMP au bénéfice de toutes les femmes, indépendamment de leur statut conjugal ou de leur orientation sexuelle. Au contraire, le gouvernement d'abord et les parlementaires par la suite ont restreint l'accès aux techniques d'AMP aux femmes, en couple avec un homme ou avec une femme et aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées. Le projet de loi voté en première lecture à l'Assemblée nationale prévoit ainsi de réécrire l'article

L. 2141-2 du Code de la santé publique afin qu'il dispose que « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation ». Le Sénat a repris les mêmes formulations mais a conservé la distinction, pourtant très contestable, entre les couples formés d'un homme et d'une femme dont l'infertilité serait pathologique et les couples formés de deux femmes ou les femmes non mariées. Pour avoir accès à l'AMP en tant que femme seule, il serait donc nécessaire que cette femme ne soit pas mariée. Cette exigence tranche nettement avec l'esprit des textes en matière d'AMP qui ne restreignent pas l'accès ou l'usage des techniques reproductives en fonction des formes juridiques du couple bénéficiaire. Il était seulement nécessaire jusqu'à la suppression de cette condition, à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 2011, que les couples non mariés justifient de deux ans de vie commune. Plus que la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules uniquement lorsqu'elles ne sont pas mariées, c'est la justification avancée qui mérite d'être analysée. Celle-ci a été explicitée lors des débats parlementaires. Ainsi, la ministre de la justice, Nicole Belloubet, se réfère explicitement à l'avis rendu par le Conseil d'État à ce sujet⁴ : « le Conseil d'État nous a incités à faire le choix des termes « femme non mariée » parce que les incidences juridiques du recours à l'AMP ne sont pas les mêmes selon qu'une femme est mariée ou non. Dès lors qu'elle est mariée, la présomption de paternité joue. Si le mari n'est pas d'accord ou n'est pas informé, cela soulèvera évidemment des problèmes alors que pour les femmes non mariées, qu'elles soient pacsées, en concubinage ou en union libre, la présomption de paternité ne joue pas »⁵.

La restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées est justifiée par l'existence d'une présomption de paternité à l'égard du mari. Cette justification met, semble-t-il, à l'épreuve la cohérence du projet de loi de bioéthique tel qu'adopté en première lecture. En effet, celui-ci ouvre l'accès à l'AMP aux femmes lesbiennes tout en leur refusant le bénéfice des règles d'établissement de la filiation applicables aux couples hétérosexuels ayant recours à un don de sperme. Il est ainsi refusé qu'au sein des couples de femmes mariés puisse exister une présomption légale de co-maternité. Au contraire, l'Assemblée nationale a voté la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation, tout à fait inédit, qui crée une indivisibilité

1 - L'autrice tient à remercier ses collègues Marie-Xavière Catto et Laurence Brunet pour leur précieuse relecture.

2 - Sur les différentes options en matière de filiation et les limites de la solution votée en première lecture par le Sénat, voir not. Laurence Brunet, L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale, *JDSAM*, n°25, avril 2020, pp. 11-18.

3 - Marc Pichard, « Toutes les femmes » ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, *D.*, 2019, p. 2143.

4 - Conseil d'Etat, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juill. 2019, n° 13 : « si le dispositif retenu est ouvert à toute femme, quelle que soit sa situation, il est nécessaire de préciser que la femme menant seule un projet d'assistance médicale à la procréation ne peut être mariée, afin d'éviter tout effet de ce projet sur son conjoint qui n'y aurait pas pris part, notamment en matière de filiation par le jeu de la présomption de paternité du mari ».

5 - Ass. nat., Rapp. fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2243, 14 sept. 2019, t. 2, p. 64.

des filiations maternelles. L'indivisibilité des filiations est intéressante car elle existe en partie pour les couples hétérosexuels mariés et sert justement d'argument pour restreindre l'accès à l'AMP aux seules femmes non mariées.

La limitation de l'accès à l'AMP aux femmes seules qui ne sont pas mariés semble reposer sur une lecture biaisée du mécanisme de la présomption de paternité et viendrait contredire la reconnaissance par la loi des droits et libertés procréatifs des femmes lesbiennes. C'est ce que l'on voudrait montrer en mettant en perspective l'accès à l'AMP des femmes non mariées et les règles d'établissement de la filiation retenues en première lecture par l'Assemblée nationale pour les couples lesbiens : il apparaît alors, d'un côté, que les femmes non mariées sont toutes présumées être hétérosexuelles (I) et, de l'autre, que la filiation pour les couples lesbiens, mariés ou non, est affectée d'une indivisibilité absolue qui peut apparaître aussi bien anachronique qu'inopportune (II).

I. La présomption d'hétérosexualité de la femme non mariée

L'exclusion des femmes non mariées, au nom de la présomption de paternité qui imposerait une filiation à l'égard du mari, traduit une conception hétéro-normée du droit. Autrement dit, il est présupposé que toutes les femmes mariées qui souhaiteraient accéder à l'AMP sont hétérosexuelles.

En ce sens d'ailleurs, lorsqu'il est question de la filiation des enfants conçus par don de sperme par une femme seule, le Conseil d'État, dans son rapport du 28 juin 2018, admet que « l'autorisation de l'AMP pour les femmes seules n'implique aucun aménagement particulier du droit de la filiation, le droit commun permettant de répondre à l'ensemble des situations envisageables. Il est logique en effet de laisser vacante la filiation dans la branche paternelle pour permettre un établissement postérieur de la filiation par un homme dépourvu de lien biologique à l'égard de l'enfant, ce dans l'intérêt de ce dernier »⁶. Dans son avis du 18 juillet 2019, le Conseil d'État envisage également que l'établissement d'une deuxième filiation à l'égard de l'enfant se fasse par adoption plénière dans le cas où la femme ne serait pas en couple hétérosexuel. Dans l'ensemble, cette hypothèse n'est que peu reprise lors des débats parlementaires : il est présumé, comme une évidence, que les femmes seules qui pourraient avoir recours à l'AMP sont hétérosexuelles.

6 - Conseil d'État, [Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?](#), Rapport de la section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 58 ou encore Conseil d'État, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019, p. 12, §38 : « Le mode d'établissement de la filiation des enfants nés dans le cadre d'un couple composé d'un homme et d'une femme ayant eu recours à l'assistance à la procréation médicalement assistée demeure régi par les dispositions du Titre VII du code civil (consentement à l'AMP, présomption de paternité du mari, reconnaissance par le père biologique non marié). Ces dispositions s'appliquent aussi à la femme non mariée ayant recours à la procréation médicalement assistée, dans la mesure où elles sont propres à régir sa situation ».

Cette perspective pourrait paraître d'autant plus paradoxale qu'au même moment l'article 1^{er} du projet de loi étend également l'accès aux techniques d'AMP aux couples lesbiens. Pourtant, il n'y a aucune incohérence au regard de l'autre parti-pris du texte qui consiste pour la version votée par l'Assemblée nationale à créer un nouveau mode d'établissement de la filiation spécifique aux couples lesbiens. L'article 4 du projet de loi, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, prévoit que les couples de femmes fassent une reconnaissance conjointe devant le notaire en même temps que le recueil du consentement au don. La reconnaissance conjointe remise à l'officier de l'état civil permettrait ensuite, en l'indiquant dans l'acte de naissance de l'enfant, d'établir la filiation de celui-ci à l'égard de chacune d'elles. Le dispositif est assez semblable à celui qui avait été proposé initialement par le gouvernement ; à son initiative, lors des débats parlementaires, le dispositif a simplement été renommé et déplacé au sein du titre VII du Code civil relatif à la filiation. Ces modifications visaient à répondre aux critiques dénonçant un dispositif spécial et dérogatoire pour les seuls couples lesbiens, stigmatisant leurs enfants. Les consultations, rapports et avis ayant précédé la présentation du projet de loi bioéthique ont tous rapidement écarté la possibilité d'étendre le dispositif dont bénéficient, depuis 1994, les couples hétérosexuels qui ont recours à un don de sperme : le recueil du consentement devant le notaire permet d'une part d'informer les parents des conséquences du don en termes de filiation et pourra servir de preuve par la suite pour établir judiciairement la paternité de l'homme stérile qui ne l'aurait pas fait volontairement et empêcher l'établissement de tout lien de filiation à l'égard du donneur de sperme. L'établissement de la filiation de l'enfant se fait selon les règles de droit commun du titre VII du Code civil, comme pour tous les autres enfants : la femme qui accouche voit son nom mentionné dans l'acte de naissance tandis que le nom de son mari permet d'établir, par présomption, sa paternité là où les hommes non mariés devront reconnaître l'enfant.

Les couples lesbiens pourraient bénéficier, sur présentation du consentement au don à l'officier d'état civil, de ces modes d'établissement de la filiation. Cette solution n'a pourtant pas été retenue : dans le cadre des travaux préparatoires à la loi de bioéthique, il a été clairement souligné que la présomption de paternité ne joue -et ne peut jouer- qu'au sein des couples mariés hétérosexuels. Il apparaît alors que la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées ne vise en fait, au regard de sa justification, que les femmes hétérosexuelles. Il s'agit bien d'une conception hétéro-normée du droit qui présume que toutes les femmes sont hétérosexuelles et qui décline les règles de droit en conséquence.

Par ailleurs, la manière de concevoir le jeu de la présomption de paternité -autant que le nouveau mode d'établissement de la filiation qu'il est proposé de créer par l'Assemblée nationale- témoigne d'une conception de la filiation qui serait indivisible.

II. L'indivisibilité des filiations maternelles en question

La mise en œuvre du mécanisme de présomption de paternité repose sur une indivisibilité de la filiation : pour que la filiation paternelle soit établie à l'égard du mari de la femme qui accouche par présomption de paternité, il faut nécessairement que la filiation maternelle ait été établie. Aux termes de l'article 312 du Code civil, « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari » de la mère. Si la filiation paternelle découle de l'existence de la filiation maternelle, il est toutefois possible pour le mari d'établir sa filiation autrement que par présomption, notamment dans l'hypothèse où la filiation maternelle ne serait pas établie. Dans cette hypothèse où le père aurait fait une reconnaissance prénatale, l'établissement de la filiation paternelle n'emporte pas établissement de la filiation à l'égard de la femme qui accouche⁷. L'indivisibilité ne joue que dans un sens, en faisant découler la paternité de la maternité juridiquement établie de la femme mariée. L'indivisibilité est par ailleurs uniquement partielle. En effet, l'établissement de la filiation à l'égard de la femme mariée n'emporte pas toujours l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du mari. La présomption de paternité est exclue dans les situations visées à l'article 313 du Code civil, en l'absence d'indication du nom du mari en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant ou lorsque la conception de l'enfant est intervenue au cours d'une période de séparation légale des époux. Ces règles signifient que la femme mariée pourrait avoir recours à un don de sperme dans le cadre de l'AMP et qu'en absence de mention du nom du mari dans l'acte de naissance ou s'ils sont dans une période de séparation légale, aucun lien de filiation ne serait établi à l'égard du mari. Toutefois si celui-ci se comporte comme le père de l'enfant et que ce dernier n'a pas une filiation déjà établie à l'égard d'un tiers alors la présomption de paternité sera rétablie de plein droit, selon l'article 314 du Code civil. Autrement dit, le mari sera libre d'être -socialement et juridiquement- le père de l'enfant : il pourra laisser la présomption de paternité jouer ou pourra contester le lien de filiation établi par la mention de son nom dans l'acte de naissance en apportant la preuve qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant. En revanche, s'il se comporte comme le père et que son nom a été mentionné dans l'acte de naissance, il ne pourra plus remettre en cause le lien ainsi créé.

Les règles de fonctionnement de la présomption de paternité montrent que le système de filiation repose sur un équilibre entre institutions juridiques (le mariage), réalités sociales (la période de séparation légale ou l'absence de mention du nom du père laissant supposer que le mari n'est pas le père et au contraire, la possession d'état

permet au mari qui se comporte comme tel d'être le père) et fondement biologique (qui ne sera finalement recherché qu'en cas de contentieux si la prescription n'est pas acquise). Autrement dit, l'indivisibilité des filiations maternelle et paternelle n'est que très limitée en mariage : elle existe pour faciliter l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du mari mais ce mécanisme ne rend pas la paternité du mari systématique. Au regard de ces éléments, il paraît donc peu pertinent d'exclure les femmes mariées de l'accès à l'AMP de manière générale lorsqu'elles souhaitent y accéder en tant que femmes seules ; cela traduit une mauvaise connaissance des règles relatives à la présomption de paternité et une adhésion anachronique à une vision de la filiation qui serait indivisible en mariage, quand elle n'existe plus actuellement en droit français.

Cette manière d'appréhender les filiations comme étant indivisibles se retrouve pourtant dans le nouveau mode d'établissement de la filiation créé de toutes pièces pour les seuls couples lesbiens, ce qui ne manque pas de poser de sérieuses difficultés juridiques. L'article 4 du projet de loi tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale prévoit en effet de créer une reconnaissance conjointe qui permettrait d'établir conjointement et simultanément les deux filiations. Pour le Conseil d'État, il s'agit d'une « innovation majeure (...), l'introduction dans le droit de la filiation d'une parentalité par effet de la volonté »⁸ : l'objectif affiché est en effet d'établir la filiation de la même manière pour les deux femmes, indépendamment de la forme juridique de leur couple ou de leur contribution biologique à la naissance de l'enfant. Ainsi, la filiation de la seconde femme est établie immédiatement et simultanément à celle de la femme qui accouche, ce qui tranche nettement avec l'état du droit positif qui suppose actuellement de recourir à la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe. Si le dispositif envisagé est incontestablement une avancée majeure, la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation ne paraît pas justifié : la filiation de la femme qui n'a pas porté l'enfant pourrait être établie par le biais des règles existantes⁹. En outre, la déclaration conjointe pose une sérieuse difficulté juridique car elle établit nécessairement les deux filiations maternelles en même temps : autrement dit, la seconde femme ne peut pas devenir mère sans que la production de la déclaration n'établisse, par ce biais mentionné sur l'acte de naissance, un lien de filiation à l'égard de la femme qui a accouché. Cette indivisibilité peut être problématique dans des situations difficiles : en cas de conflit entre les femmes, si la femme qui accouche a établi sa filiation, comme toutes les autres femmes, en mentionnant son nom dans l'acte de naissance, faudrait-il procéder à une rectification judiciaire pour mentionner la reconnaissance conjointe alors que le lien de filiation n'est pas contesté ? Par ailleurs, si la femme enceinte demande à accoucher dans le secret, la seconde

7 - Voir en ce sens les hypothèses d'accouchement dans le secret avec reconnaissance prénatale comme dans l'affaire Benjamin. Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, « la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec efficacité au jour de la naissance » mais reste sans incidence sur l'absence de filiation maternelle (Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, n° 05-11.285).

8 - Conseil d'État, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019, p. 15, §42.

9 - Collectif de juristes et d'associations, « PMA : de futurs enfants stigmatisés par le droit ? », *Le Monde*, 2 mai 2019.

femme n'aura pas d'autre choix pour établir sa filiation que de produire la reconnaissance conjointe à l'officier d'état civil, mais cela conduirait à établir un double lien de filiation maternelle. L'indivisibilité des filiations maternelles priverait ainsi les femmes lesbiennes ayant recours à un don de sperme de la possibilité d'accoucher dans le secret. Ces éléments questionnent d'autant plus que l'indivisibilité des filiations n'est pas un principe juridique qui s'impose et il ne présente *a fortiori* aucun intérêt pratique. Dans le cas du recours à un don de sperme par un couple hétérosexuel non marié, le consentement au recours au don, recueilli par le notaire, suffit comme moyen de preuve pour empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur et forcer -si cela paraît opportun à la femme- l'établissement de la filiation paternelle.

Les travaux réalisés par la commission spéciale de l'Assemblée nationale lors de la deuxième lecture du texte ont permis de prendre acte d'une partie des difficultés posées par l'indivisibilité des filiations maternelles. S'il serait toujours nécessaire pour « le couple de femmes [de] reconnaît[re] conjointement l'enfant » devant le notaire au moment du consentement au don, la filiation serait ensuite établie à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25 du code civil et de l'autre femme par la reconnaissance conjointe.

Ce nouveau mode d'établissement de la filiation n'aurait alors de conjoint plus que le nom puisque les filiations maternelles ne seraient plus indivisibles. En revanche, le caractère anticipé de la reconnaissance demeure. Il s'agit en effet d'une reconnaissance conjointe anticipée qui doit être réalisée avant le début du parcours d'AMP, bien avant la conception et la naissance de l'enfant. Cela conduirait ainsi à ce que la filiation soit établie par un acte qui pourrait avoir été réalisé plusieurs mois voire années avant la naissance de l'enfant... Or de nombreux événements peuvent intervenir entre les deux femmes du couple pendant cette période. En outre, la création de la reconnaissance conjointe anticipée comme nouveau mode d'établissement de la filiation n'est aucunement nécessaire. Il serait en effet possible d'utiliser le consentement au don comme moyen de preuve pour permettre à la femme qui n'a pas accouché de reconnaître l'enfant devant l'officier d'état civil.

La restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules uniquement lorsqu'elles ne sont pas mariées n'est pas une erreur de plume car les débats parlementaires ont montré que cette condition était réfléchie et justifiée au regard de l'existence de la présomption de paternité. S'agit-il de manière incidente, d'une revalorisation de la vocation familiale du mariage et d'un retour d'une forme d'incapacité des femmes mariées¹⁰ ? Cette restriction et sa justification témoignent surtout de la volonté de préserver un ordre social rêvé, fondé sur la supposée hétérosexualité de toutes les femmes

et la préservation des intérêts de leurs maris à ne pas être pères contre leur volonté et/ou du fait des manipulations de leurs épouses. Au regard de ces éléments, la restriction de l'accès à l'AMP des femmes mariées, qui aurait pu paraître paradoxale au premier abord, est au contraire parfaitement cohérente avec la création par l'Assemblée nationale en première lecture d'un mode d'établissement de la filiation *sui generis* pour les seuls couples lesbiens. Quant à ce nouveau mode d'établissement de la filiation, il pose de sérieuses difficultés. Au-delà de l'effet stigmatisant produit par la création d'une filiation spécifique aux enfants des couples lesbiens, l'indivisibilité des filiations maternelles qu'impose la reconnaissance conjointe, qui constitue un bouleversement majeur du droit de la filiation, prive *in fine* les femmes lesbiennes de la possibilité d'accoucher dans le secret. Aux difficultés actuelles d'établir la filiation à l'égard de la seconde femme succéderont demain les difficultés à imposer aux deux femmes une indivisibilité des filiations maternelles et une reconnaissance nécessairement anticipée, qui remonte à plusieurs mois voire années : parfois le mieux est l'ennemi du bien.

Marie Mesnil

10 - Marc Pichard, « Toutes les femmes » ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, D., 2019, p. 2143.

Matthieu Chavanne

Avocat au Barreau de Paris, Chavanne & Witt Avocats AARPI
- www.cw-avocats.com

Camille Tardé

Avocate au Barreau de Paris, Chavanne & Witt Avocats
AARPI - www.cw-avocats.com

Les établissements sociaux et médico-sociaux face à la multiplicité des injonctions reçues pour lutter contre la crise du Covid-19

Depuis janvier 2020, les Établissements Sociaux et Médico-sociaux (« ESMS ») ont fait l'objet d'un nombre significatif de « prescriptions », délivrées sous des formes variées - « guides méthodologiques », « fiches », « protocoles », « conduite à tenir », « avis », etc. - par une multitude d'acteurs institutionnels nationaux¹ et régionaux² pour répondre à la crise sanitaire du Covid-19.

Le Ministère des Solidarités et de la Santé a recommandé ainsi, en l'espace d'un peu plus d'un mois, aux dirigeants d'ESMS en général et d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (« EHPAD ») plus particulièrement, de « décliner » des « propositions » impactant, parfois de manière considérable, l'activité et le fonctionnement quotidien de ces structures.

Les dirigeants d'EHPAD notamment ont dû adopter, dans un contexte d'urgence et de risque sanitaire exceptionnel, des prescriptions rendues en matière (i) de modes de fonctionnement, avec l'activation et la mise à jour des plans bleus, la mise en place des mesures prévues par les plans de continuité d'activité, la création d'un poste de « référent covid-19 » chargé de coordonner et tracer la gestion de l'épidémie au sein de l'établissement, (ii) d'organisation structurelle, avec la création en particulier d'un espace dédié aux résidents atteints du covid-19, équipé de lits médicalisés et d'un poste médical et la mise en place de circuit d'approvisionnement spécifique, (iii) de prise en charge des résidents, avec la possibilité de confiner, sous contrainte,

les malades, la nécessité d'effectuer des tests diagnostiques immédiatement en cas d'apparition d'un premier cas (iv) de gestion du personnel avec, *a minima*, la fourniture de masques chirurgicaux et de gel hydro alcoolique, la prise systématique de température des soignants présentant des états grippaux, ainsi que la supervision de la mise en œuvre « *drastique* » des mesures barrières, (v) d'information des familles et des résidents relative au confinement et à l'interdiction des visites...

L'inadéquation entre ces recommandations, critiquées par ailleurs pour leur caractère tardif et évolutif, et les moyens dont disposaient les ESMS a parfois paru criante, à l'instar de ce que semble avoir subi l'ensemble des acteurs médicaux français.

Il apparaît ainsi nécessaire, en dépit des précautions de langage prises par les services gouvernementaux, selon lesquelles ces recommandations « *n'impos(aient) aucune disposition réglementaire nouvelle* », de s'interroger sur la valeur juridique de ces consignes et le risque juridique lié à leur éventuel non-respect par les établissements concernés.

En effet, bien qu'elles ne constituent *a priori* pas de nouvelles normes réglementaires, ces prescriptions seront demain, à n'en pas douter, les normes de référence utilisées par les juges saisis d'un éventuel contentieux pour évaluer la conduite des dirigeants des ESMS et apprécier la réalité des manquements allégués.

A cet égard, nous relevons que la presse s'est déjà fait l'écho du dépôt récent de plusieurs plaintes pénales visant notamment les EHPAD, principalement fondées sur les quatre infractions suivantes :

- l'homicide et les violences involontaires, respectivement définis par les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal comme le fait de causer « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* » la mort d'autrui ou une incapacité totale de plus de trois mois ;

- la mise en danger de la personne, consistant à « *exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* » (article 223-1 du Code pénal) ;

- l'omission de porter secours, qui recouvre l'abstention de porter assistance à une personne en péril et l'abstention de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes (articles 223-6 et 223-7 du Code pénal).

Pour chacune de ces infractions, nous nous proposons de rappeler la nature de la faute et d'examiner si un éventuel manquement aux injonctions précitées est susceptible

1 - Ministère des Solidarités et de la Santé, Conseil Scientifique, Haut Conseil de la Santé Publique, Société Française d'Hygiène Hospitalière, Conseil Consultatif National d'Éthique.

2 - Agences Régionales de Santé, Conseils départementaux.

de caractériser une telle faute et, partant, d'engager la responsabilité pénale de son auteur.

Les délits de blessures involontaires et d'homicide involontaire

A titre préalable, il convient de rappeler qu'en matière d'infractions involontaires, la mise en cause de la personne morale répond à des conditions moins strictes que celle de son dirigeant : la Cour de cassation rappelle régulièrement que « *les personnes morales sont pénalement responsables de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive de l'infraction de blessures involontaires, même si, en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du même code, la responsabilité pénale des personnes physiques ne peut être recherchée* »³ - un tel attendu étant transposable à l'infraction d'homicide involontaire.

Ainsi, la responsabilité d'une personne morale pourra être recherchée dès la caractérisation d'une « *faute simple* » de « *maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » commise par leur organe ou représentant agissant dans leur intérêt.

En revanche, s'agissant des personnes physiques, et notamment des dirigeants, les délits précités exigent que soit établie **une « faute délibérée » ou une « faute caractérisée » de leur part**, la « *faute simple* » étant insuffisante à engager leur responsabilité.

La faute délibérée est définie par l'article 121-3 du Code pénal comme « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* », c'est-à-dire comme une « *faute commise en parfaite connaissance de sa gravité* »⁴ qui implique nécessairement la volonté « *de violer la règle de prudence ou de sécurité* »⁵.

Une telle faute n'est donc établie qu'en cas (i) de violation manifeste et volontaire (ii) d'une obligation légale ou réglementaire, la notion de règlement devant être strictement limitée aux décrets et arrêtés pris par l'autorité administrative, à l'exclusion des « *circulaires et instructions ministérielles, [d]es règles professionnelles et déontologiques non approuvées par l'autorité réglementaire, [d]es règlement intérieur des entreprises, etc.* »⁶.

Dans le cas particulier des ESMS, les guides méthodologiques établis à l'échelle nationale par le Ministère des Solidarités et de la Santé ont expressément rappelé qu'ils n'imposaient aucune « *dispositions réglementaires nouvelles* »,

si bien qu'un manquement aux obligations qu'ils édictent ne saurait suffire à caractériser la deuxième branche de la faute délibérée.

S'agissant des autres documents évoqués *supra* - tels que fiches, protocoles, conduites à tenir - ils ne relèvent *a priori* pas de la catégorie des actes administratifs unilatéraux réglementaires au sens du droit public, lesquels ne peuvent être pris que par des autorités prévues par la loi et doivent faire l'objet de mesures de publicité particulières.

Dans ces conditions, un manquement aux obligations contenues dans ces différents documents à valeur infra-réglementaire - aussi grave soit-il - ne pourra constituer une faute délibérée au sens de l'article 121-3 du Code pénal et ne saurait donc engager la responsabilité pénale de l'auteur sur le fondement de « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ».

À l'inverse, à l'échelle locale, nous relevons sans pouvoir être évidemment exhaustifs, que de nombreux arrêtés municipaux ont clairement mis à la charge des directeurs d'EHPAD des obligations ayant valeur, par principe, de règlement. A titre d'illustration, les villes de Garenne-Colombes, Troyes, Gonesse, Mirande ou Florensac ont imposé le dépistage systématique de l'ensemble des salariés et des résidents au sein de leurs établissements.

Le manquement à ces impératifs pourrait ici constituer un des éléments caractérisant la faute délibérée au sens des dispositions précitées.

Par ailleurs, les délits de blessures involontaires et homicides involontaires peuvent également être établis en présence d'une **faute caractérisée d'une personne physique** exposant autrui « *à un risque d'une particulière gravité* » que l'auteur de l'infraction « *ne pouvait ignorer* ».

Une telle faute doit revêtir un « *degré certain de gravité* »⁷, qui dépasse, selon la jurisprudence majoritaire, le seul manquement aux « *diligences normales* » : la responsabilité de la personne concernée ne peut alors être retenue qu'en cas de faute d'une « *particulière gravité* » ou en présence d'une « *accumulation de fautes de négligence ou de manquement à des obligations de prudence ou de sécurité* »⁸.

En ce qui concerne les ESMS, la question du respect des préconisations formulées par l'ensemble des acteurs de la santé précités sera donc déterminante : en cas de manquements répétés à ces dernières, une faute caractérisée pourrait être retenue à l'encontre des directeurs d'ESMS.

3 - Cass. Crim., 4 décembre 2007, n°07-81.072

4 - Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Violences involontaires - Théorie générale, §226

5 - LexisNexis, Jurisclasseur Pénal Code, Article 121-3, §86

6 - Voir René Dosière, Rapport, Assemblée nationale, no 2266, 22 mars 2000

7 - Voir René Dosière, Rapport, Assemblée nationale, no 2528, 29 juin 2000

8 - LexisNexis, Jurisclasseur Pénal Code, Article 121-3, §90

Les délits de mise en danger de la personne et d'omission de porter secours

Le délit de mise en danger de la vie d'autrui, prévu à l'article 223-1 du Code pénal, consiste à « *exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité* ».

S'agissant de la caractérisation de la faute délibérée prévue par ce texte, l'on se référera aux développements *supra* relatifs aux délits d'homicide involontaire et de blessures involontaires : la faute délibérée ne pourra être caractérisée qu'en cas de violation volontaire d'une obligation prévue par la loi ou le règlement, par exemple en cas de violation d'un arrêté municipal imposant aux ESMS de procéder à un dépistage systématique de leur personnel et résidents.

Le risque exigé par ce texte doit être grave (blessures graves, décès) et la probabilité de sa survenance doit être élevée, la preuve incombant au Ministère public qui doit énumérer les circonstances objectives concrètes de l'exposition au risque.

Dans l'exemple précité, il reviendrait alors aux juges du fond d'apprécier si l'exposition au risque de non-dépistage du Covid-19 constitue un « *risque immédiat de mort ou de blessures* » graves au sens du texte précité.

En outre, un lien de causalité certain et direct doit être établi entre la violation de l'obligation légale ou réglementaire et le risque qui en résulte.

L'élément moral de cette infraction suppose par ailleurs que l'auteur ait eu « *la volonté d'agir à l'encontre de ce qui est prescrit* »⁹, le comportement ici réprimé étant volontaire.

Pour déclarer coupable un directeur d'ESMS du délit de mise en danger de la vie d'autrui, il faudra donc démontrer (i) qu'une norme légale ou réglementaire a été violée, (ii) que cette violation a été délibérée (et qu'elle ne peut donc, par exemple, s'expliquer par un seul manque de moyens humains ou matériels), (iii) qu'un risque grave a résulté de la violation de cette obligation.

Enfin, les personnes morales déclarées pénalement responsables du délit de mise en danger de la vie d'autrui encourrent une amende de 75.000 euros ainsi que des peines complémentaires telles que l'interdiction d'exercice ou le placement sous surveillance judiciaire (articles 131-38, 131-39 et 223-2 du Code pénal).

En matière d'omission de porter secours, le Code pénal rappelle l'exigence de la caractérisation d'un dol spécial qui requiert une double conscience : celle qui porte sur le péril et celle relative à la possibilité de porter assistance.

La volonté de s'abstenir peut se définir comme la volonté consciente et assumée de ne pas prêter assistance à une

personne que l'on sait en péril, résultant d'un comportement intentionnel et non de simples négligences ou erreurs¹⁰.

Selon notre analyse, l'intention coupable exigée pour la caractérisation des délits prévus aux articles 223-6 et 223-7 du Code pénal limite le risque que des poursuites pénales à l'encontre de directeurs d'ESMS sur ce fondement puissent prospérer.

Matthieu Chavanne & Camille Tardé

9 - LexisNexis, Jurisclasseur Pénal Code, Articles 223-1 et 223-2, §29

10 - CA Paris 18 févr. 1964, Gaz. Pal. 1964.1.443

Jérôme Cayol

Avocat, Cabinet CAYOL CAHEN TREMBLAY & Associés

Hélène Lor

Avocate, Cabinet CAYOL CAHEN TREMBLAY & Associés

Décès d'un résident en EHPAD dans le contexte de la covid-19 : quelles responsabilités ?

Introduction

90 % des personnes décédées de la covid-19 étant âgées de plus de 65 ans, il n'est pas étonnant que le nombre de décès dans les EHPAD soit très élevé.

A la date du 28 mai 2020, on dénombrait plus de 10.000 décès liés à la covid-19 dans les établissements médicaux sociaux parmi lesquels les EHPAD.

Dans le même temps le nombre de décès liés à la covid-19 s'élevait à plus de 28.000¹.

Néanmoins, avant même cette pandémie, la situation dans les EHPAD était loin d'être satisfaisante.

63 % des EHPAD comportaient des postes non pourvus depuis plus de 6 mois.

En 2018, le Président de la République Emmanuel Macron avait annoncé une loi « Grand âge et autonomie »².

Depuis lors, malgré le rapport « Libault » sur la concertation Grand âge et autonomie de mars 2019³, et le rapport « El Khomri » sur l'attractivité des métiers du grand âge et de l'autonomie d'octobre 2019⁴, le Gouvernement avait choisi d'autres priorités.

L'objet de cet article n'est pas de traiter de la responsabilité de l'État dans le contexte de covid-19, mais de traiter de celle des EHPAD et des médecins en cas de décès d'un résident dans un EHPAD.

En effet, au regard du grand nombre de décès dans les EHPAD, tant en raison de la vulnérabilité particulière de leurs résidents, que de leur isolement contraint qui a pu être très mal vécu, voire fatal, une interrogation légitime peut naître, du côté des familles, concernant les circonstances du décès, qui est susceptible de générer de nombreux contentieux.

Les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, ou « EHPAD », sont des établissements médico-sociaux au sens de l'article L.312-1, 6° du code de l'action sociale et des familles.

Structures publiques ou privées, les EHPAD accueillent des personnes âgées « dépendantes », c'est-à-dire qui ne peuvent assumer seules les conditions élémentaires de leur existence⁵.

A ce titre, les EHPAD sont dotés d'équipements adaptés et s'appuient sur un personnel médical, sans pour autant être eux-mêmes des établissements de santé.

Chaque EHPAD est doté d'un médecin coordonnateur⁶ qui a pour mission, notamment, d'« [identifier] les risques éventuels pour la santé publique dans [l'établissement] et [veiller] à la mise en œuvre de toutes mesures utiles à la prévention, la surveillance et la prise en charge de ces risques », ainsi que de « [réaliser] des prescriptions médicales pour les résidents de l'établissement au sein duquel il exerce ses fonctions de coordonnateur en cas de situation d'urgence ou de risques vitaux ainsi que lors de la survenue de risques exceptionnels ou collectifs nécessitant une organisation adaptée des soins »⁷.

Le médecin coordonnateur est lié à l'EHPAD par un contrat⁸, de droit privé ou de droit public, en fonction du statut de l'établissement. Son temps de présence étant fonction de la capacité d'accueil autorisée de l'établissement⁹, le médecin coordonnateur exerce, en principe, à temps partiel, et anime l'équipe de soins présente sur place.

Dans le contexte de l'épidémie de covid-19, le rôle du médecin coordonnateur au sein de l'EHPAD a été renforcé ; celui-ci étant amené, notamment, à intervenir en urgence, à la place du médecin traitant du patient¹⁰.

La particulière fragilité des personnes accueillies en EHPAD, ainsi que le cadre de vie en collectivité, ont favorisé la contamination des résidents, comme l'ont relevé le Conseil

1 - <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/carte-et-donnees>

2 - <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/loi-grand-age-les-professionnels-rappellent-que-le-temps-est-compte-20200221>

3 - https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_grand_age_autonomie.pdf

4 - <https://solidarites-sante.gouv.fr/ministere/documentation-et-publications-officielles/rapports/personnes-agees/article/rapport-el-khomri-plan-de-mobilisation-nationale-en-faveur-de-l-attractivite>

5 - Dictionnaire Larousse, « *dépendant, dépendante* »

6 - Article D.312-156 du code de l'action sociale et des familles

7 - Article D.312-158, 12° et 13° du code de l'action sociale et des familles

8 - Article D.312-159-1 du code de l'action sociale et des familles ; v. modèle de contrat type sur le site du CNOM : <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/ehpad.pdf>

9 - Article D.312-156 du code de l'action sociale et des familles

10 - Article D.312-158, 13° du code de l'action sociale et des familles

scientifique¹¹ et le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP)¹².

En l'état, il est plus prudent d'évoquer les décès « dans le contexte » de covid-19, plutôt que les décès « causés » par la covid-19.

En effet, d'une part, le dépistage massif dans les EHPAD n'a été annoncé par le ministre des Solidarités et de la Santé qu'à partir du 6 avril 2020¹³. D'autre part, à ce jour, le dépistage *post mortem* n'est pas recommandé par le Haut Conseil de la Santé Publique¹⁴. Il en résulte que, dans certains cas, le lien entre le décès d'un résident en EHPAD et la covid-19 ne peut être établi avec certitude.

Par ailleurs, le ministre des Solidarités et de la Santé n'a pas autorisé, s'agissant de l'infection à la covid-19, le recours dérogatoire à une autopsie médicale prévu par l'article L.1211-2 du code de la santé publique « *en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort* ».

A tout le moins, un arrêté du 28 mars 2020¹⁵ a ajouté l'infection à la covid-19 à la liste des infections transmissibles interdisant la pratique des soins de conservation sur la personne décédée au sens de l'article R.2213-2-1, e) du code général des collectivités territoriales.

Il en résulte que seule une expertise sur pièces permettrait d'identifier, *a posteriori*, les causes exactes du décès¹⁶. Ainsi, dans une ordonnance du 15 avril 2020, le Conseil d'État a relevé que « *l'absence de mention de la cause du décès sur le certificat de décès en application de l'article L.2223-42 du code général des collectivités territoriales, lequel ne mentionne, le cas échéant, la cause du décès qu'à des fins de transmission à des*

11 - Note du Conseil scientifique du 30 mars 2020 « Les EHPAD Une réponse urgente, efficace et humaine », v. page 2 : « (...) *Au regard du risque épidémique, les établissements pour personnes âgées présentent en outre deux particularités. Ils accueillent des populations à risque d'une part, tandis que l'hébergement collectif favorise les contaminations dès qu'une personne résidente est infectée dans l'établissement d'autre part. L'âge avancé tout comme les polyopathologies associées sont des facteurs de risque de survenue de forme grave de COVID19. La létalité est élevée dans les tranches d'âge supérieures à 75 ans (...)* ».

12 - Avis du Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) du 31 mars 2020 relatif à la prévention et à la prise en charge des patients à risque de formes graves de covid-19 ainsi qu'à la priorisation des tests diagnostiques, v. 2.2.4. (Mesures de prévention de l'infection à SARASCoV-2 liées à la prise en charge des personnes à risque) En établissements médico-sociaux et plus particulièrement EHPAD : « *La personne âgée en EHPAD (établissement d'hébergement pour personne âgée dépendante) est particulièrement à risque de forme grave de covid-19 du fait de son âge, des comorbidités souvent multiples à l'origine de sa dépendance. Le risque d'acquisition de l'infection est majoré par la vie en collectivité (...)* ».

13 - Point de situation sur l'épidémie de COVID-19, Olivier VERAN, 6 avril 2020, à partir de la 14^{ème} minute.

14 - Avis du HCSP du 24 mars 2020, v. p. 2 ; confirmé par Avis du HCSP du 31 mars 2020, v. p. 15 ; rappelé par CE 15 avril 2020, *Association Coronavirus*, n°439910, v. *considérant* 33

15 - Arrêté du 28 mars 2020 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2017 fixant les listes des infections transmissibles prescrivait ou portant interdiction de certaines opérations funéraires mentionnées à l'article R.2213-2-1 du code général des collectivités territoriales

16 - Sauf autopsie judiciaire après exhumation autorisée en application de l'article 156 du code de procédure pénale ; l'hypothèse d'une exhumation demandée par la sécurité sociale ne paraît pas pertinente s'agissant du décès d'un résident d'un EHPAD, donc non lié par un contrat de travail

organismes publics, ne saurait, par elle-même, faire obstacle à ce que les ayants droit d'une personne décédée puissent connaître les causes de sa mort ou faire valoir leurs droits »¹⁷.

En tout état de cause, établir la preuve que le décès en EHPAD du résident ait pour cause le contexte de la covid-19, précisément la gestion de la crise sanitaire par l'établissement, est le préalable fondamental à l'engagement de toute responsabilité :

- que le décès résulte d'une insuffisance des mesures prises, ayant permis la propagation du virus, donc la contamination du résident, et *in fine*, son décès, ou bien

- que le décès résulte d'un « excès » de mesures, ayant conduit à l'isolement du résident, et partant, une dégradation brutale de son état de santé psychique, jusqu'à provoquer sa mort.

En effet, en dehors des cas de décès confirmés ou suspectés avoir été causés directement par la contamination à la covid-19, des décès sont susceptibles d'avoir été causés par le contexte même de covid-19, plus précisément par la situation d'isolement extrême à laquelle ont pu conduire, en particulier dans les EHPAD, les mesures visant, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire¹⁸, à limiter les interactions sociales afin de prévenir la propagation du virus, notamment l'interdiction de déplacement hors du domicile posée par le Gouvernement à partir du 17 mars 2020¹⁹.

Il convient de préciser que l'EHPAD est le domicile de ses résidents au sens de l'article 102 du code civil²⁰.

Dans ce contexte, et afin de garantir une protection efficace des personnes, les EHPAD ont été amenés à prendre des mesures restrictives de liberté au sein de leur établissement – notamment l'interdiction des repas et activités collectives, la limitation des visites extérieures, voire le confinement en chambre –, avec pour conséquence, pour de nombreux résidents, une souffrance morale, voire, parfois, un syndrome de glissement²¹, c'est-à-dire un état de grande déstabilisation physique et psychique qui touche la personne très âgée ; celle-ci, à la suite d'une affection aiguë, semblant inconsciemment refuser de vivre.

En ce sens, et comme l'a indiqué le Président de la République Emmanuel Macron lors de son adresse aux Français du 13 avril 2020 : « (...) *il n'y a pas que le virus qui tue : l'extrême solitude, le renoncement à d'autres soins peuvent être aussi dangereux (...)* »²².

17 - Conseil d'Etat, 15 avril 2020, *Association Coronavirus et autres*, n°439910, v. *considérant* 33

18 - Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1), article 4.

19 - Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 ; décret 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivait les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

20 - Cour d'appel d'Angers, Chambre Sociale, 21 juin 2011, RG n°10/01924 21 - <https://theconversation.com/confinement-des-personnes-agees-attention-au-syndrome-de-glissement-136934>

22 - Adresse aux Français du 13 avril 2020 du Président de la République

En d'autres termes, la gestion de la crise sanitaire par les EHPAD a exigé, et exige toujours de leur part, un exercice difficile qui consiste à apprécier où se trouve l'équilibre entre l'insuffisance de mesures, au risque d'exposer les résidents à la contamination, et l'excès de mesures, au risque d'exposer les résidents à l'isolement social et à la dépression.

Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur les modalités d'engagement des responsabilités en cas de décès d'un résident dans un EHPAD²³.

Partie I- Le cadre légal des mesures mises en œuvre dans les EHPAD dans le contexte de covid-19

Afin de prévenir la propagation de la covid-19 sur le territoire national, puis dans le prolongement de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire²⁴, le Gouvernement a édicté une réglementation spécifique, voire a diffusé des « protocoles » prenant appui sur les recommandations d'organisme compétents ; le but étant, dans les EHPAD, notamment, de :

- limiter les interactions sociales ; **(A)**
- renforcer les mesures d'hygiène, tant à titre individuel qu'à titre collectif ; **(B)**
- garantir l'accès aux soins des malades, en établissement de santé (accès aux services de réanimation) ou dans le cadre d'une hospitalisation à domicile, et le cas échéant, une fin de vie digne et apaisée (soins palliatifs). **(C)**

A) Limiter les interactions sociales

(a) Les décrets n° 2020-260 et 2020-293 des 16 et 23 mars 2020²⁵ ont posé un principe d'interdiction de déplacement des personnes hors de leur domicile.

Or, une telle interdiction est apparue insuffisante s'agissant d'un EHPAD, domicile du résident, et lieu de vie collectif, mêlant résidents et salariés en son sein, et accueillant, par ailleurs, des professionnels extérieurs, ainsi que des proches des résidents, avec pour conséquence, une circulation éventuelle du virus.

Dès lors, les autorités compétentes ont recommandé aux EHPAD de prendre des mesures afin de limiter les interactions au sein de l'établissement et avec les résidents, identifiés, en raison de leur âge, comme étant particulièrement vulnérables.

23 - La présente réflexion exclut donc les hypothèses de décès d'un résident hors EHPAD, dans un établissement de santé par exemple, ainsi que les hypothèses de décès du personnel d'un EHPAD, quand bien même il serait survenu au sein de l'établissement.

24 - Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (10), v. article 4

25 - Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, article 1 ; décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, article 3

Dans ce contexte, il convient de noter, qu'afin de limiter le risque de contamination, dans certains EHPAD, des salariés ont pris la décision de se confiner avec les résidents²⁶.

Au sein de l'établissement, le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) a recommandé, notamment, de « *Supprimer les repas collectifs et les activités collectives* », et d'« *Interdire toute sortie aux personnes à risque de forme grave de covid-19 (...) à l'extérieur* » de l'établissement²⁷.

De la même façon, il a été recommandé d'« interdire »²⁸ les visites extérieures, sauf, comme l'a indiqué le Conseil d'État, en cas de fin de vie d'un résident, « *dès lors que des mesures propres à protéger la santé des résidents et des personnels de l'EHPAD ainsi que des visiteurs peuvent être prises* »²⁹.

Néanmoins, dans un souci de maintenir le lien social, à la fois entre résidents, et avec l'extérieur, ces règles ont été assouplies dans le prolongement de l'adresse aux Français du Président de la République Emmanuel Macron du 13 avril 2020³⁰, par le Ministère des Solidarités et de la Santé dans un protocole du 20 avril 2020³¹, notamment, afin de limiter la détérioration de l'état de santé psychique des résidents au sein des EHPAD, conformément aux recommandations issues de la Mission relative à la lutte contre l'isolement des personnes âgées en période de confinement du 18 avril 2020³².

Ainsi, ont été proposés, au sein de l'établissement, par exemple, des déjeuners ou activités « *de couloirs* »³³, permettant un lien entre les résidents, tout en respectant les distances de sécurité.

En outre, le droit de recevoir des visites a été ouvert aux « *résidents pour qui le confinement a un fort impact sur la santé physique et mentale* », « *après concertation collégiale avec l'équipe soignante et en particulier les médecins coordonnateurs le cas échéant* », sous réserve du respect de consignes

26 - Exemple de l'EHPAD de la ville de Mansle : https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/on-s-enferme-pour-les-sauver-les-salaries-d-un-ehpad-se-confinent-avec-les-residents-pour-eviter-la-propagation-du-coronavirus_3883883.html

27 - Avis du HCSP du 31 mars 2020 relatif à la prévention et à la prise en charge des patients à risque de formes graves de covid-19 ainsi qu'à la priorisation des tests diagnostiques, v. 2.2.4. « *(Mesures de prévention de l'infection à SARSCoV-2 liées à la prise en charge des personnes à risque) En établissements médico-sociaux et plus particulièrement EHPAD* »

28 - Avis précité du HCSP du 31 mars 2020

29 - CE 15 avril 2020, *Association Coronavirus et autres*, n°439910, v. considérant 30

30 - « (...) il n'y a pas que le virus qui tue : l'extrême solitude, le renoncement à d'autres soins peuvent être aussi dangereux (...) ».

31 - Ministère des Solidarités et de la Santé, Protocole relatif aux consignes applicables sur le confinement dans les ESSMS et unités de soins de longue durée, 20 avril 2020

32 - Mission relative à la lutte contre l'isolement des personnes âgées et fragiles en période de confinement, « *Recommandations destinées à permettre à nouveau les visites de familles et de bénévoles dans les EHPAD : Concilier nécessaire protection des résidents et rétablissement du lien avec les proches* », Rapport d'étape n°2 remis à Olivier VERAN, ministre des Solidarités et de la Santé, par Jérôme GUEDJ, le 18 avril 2020

33 - Protocole précité du 20 avril 2020, v. page 6 : « *Exemples d'initiatives maintenues dans les établissements lorsque la situation sanitaire le permet (extrait des recommandations de J. GUEDJ citées supra)* »

d'hygiène précises permettant d'assurer la sécurité des visites³⁴.

De la même façon, le protocole du 20 avril 2020 a limité le confinement imposé en chambre à l'hypothèse d'une contamination au sein de l'établissement, en présence d'un résident présentant des troubles de comportement ou ne pouvant consentir ou comprendre la nécessité d'un confinement volontaire ; la règle demeurant que la décision d'imposer un confinement en chambre est une décision collégiale « *décidée par le personnel dirigeant de la structure* »³⁵.

A cet égard, il convient de relever que le protocole ne prévoit pas, dans le cadre de cette décision collégiale, l'intervention du médecin traitant, et que l'intervention du médecin coordonnateur n'est pas non plus systématique.

Par ailleurs, en cas de confinement en particulier, mais également, en général, dans le contexte de l'épidémie, le lien avec les proches via les moyens de communication électronique a été encouragé par le protocole. Ainsi, ont été recommandées des « *initiatives pour garder un lien précieux avec l'extérieur* », parmi lesquelles le « *téléphone* », les « *tablettes et l'ensemble des dispositifs de visioconférence permettant des retrouvailles virtuelles* »³⁶.

En d'autres termes, le protocole tire les conséquences du risque de détérioration de l'état psychique des résidents d'EHPAD dans le cadre des limitations des échanges sociaux rendues nécessaires dans la lutte contre l'épidémie de covid-19.

B) Renforcer les mesures d'hygiène

S'agissant du renforcement des mesures d'hygiène, le 6 mars 2020³⁷, le Gouvernement a diffusé aux EHPAD des recommandations pour le respect des gestes barrières dans les établissements³⁸.

De plus, le Haut Conseil de la Santé Publique a conseillé une « *hygiène des mains renforcée* », ainsi qu'un « *nettoyage des surfaces les plus à risque d'être en contact avec les pensionnaires par un détergent désinfectant prêt à l'emploi (virucide)* »³⁹.

Le port du masque chirurgical a été prescrit comme « *systématique* » par le personnel soignant « *avant d'entrer dans une chambre* ».

De la même façon, a été prescrit le port d'un masque – pas nécessairement « *chirurgical* » ou « *systématique* » – par le résident « *lors de l'entrée d'un personnel soignant dans la chambre* », étant précisé que « *ce port de masque peut être difficile à appliquer par le résident, ce qui compromet la double*

protection recommandée ».

Sur ce point, il convient de noter que, le 21 mars 2020, le ministre des Solidarités et de la Santé a indiqué qu'il convenait de réserver, en priorité, les masques, notamment aux personnels intervenant auprès des personnes âgées dans les EHPAD⁴⁰. En ce sens, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 a permis la réquisition des stocks de masque existants⁴¹.

A cet égard, le Conseil d'État, saisi dans le cadre d'un référé-liberté⁴², a écarté la responsabilité de l'État s'agissant de la mise en œuvre des mesures de nature à augmenter le nombre de masques de protection disponibles⁴³.

Il en résulte que les EHPAD ont reçu, en principe, en priorité un stock de masques pour leur personnel soignant.

C) Garantir l'accès aux soins

Afin d'accompagner les professionnels de santé dans la prise en charge des patients atteints de covid-19 en EHPAD, les agences régionales de santé ont mis en place une astreinte sanitaire dédiée aux personnes âgées – ou « *hotline* » –, ayant vocation, notamment, à participer à la « *réflexion collégiale* »⁴⁴ que nécessitent les décisions d'orientation des patients vers les soins dédiés :

- soins en EHPAD dans le cadre d'une hospitalisation à domicile, et le cas échéant, dans le cadre de soins palliatifs ; **(1)**

- transfert dans un établissement de santé (accès aux services de réanimation). **(2)**

En effet, dans leur fiche respective des 30 et 31 mars 2020, les agences régionales de santé⁴⁵ et le Ministère des Solidarités et de la Santé insistent de manière constante sur le caractère « *le plus possible* » collégial que doit revêtir la prise de décision d'orientation du patient vers les soins dédiés.

40 - Discours d'Olivier VERAN, conférence de presse du 21 mars 2020 : « (...) les masques doivent revenir prioritairement à ceux qui en ont vraiment besoin » ; il indique que priorité sera donnée « à la protection des personnes qui interviennent auprès des personnes âgées en EHPAD, pour préserver les capacités hospitalières (...) ».

Pour les EHPAD (...) : nous distribuerons 5 masques chirurgicaux par lit ou place et par semaine.

S'agissant encore des EHPAD, je sais qu'il y a eu des tensions dans certains endroits, j'ai reçu hier une lettre signée des responsables des fédérations des EHPAD me demandant de leur garantir 500.000 masques chirurgicaux par jour compte tenu des fragilités des personnes âgées qui y résident. Je leur réponds ce jour que j'ai entendu leur demande et qu'ils disposeront dans la durée de ces 500.000 masques chirurgicaux par jour (...) »

41 - Décret n°2020-293 du 23 mars 2020 précité, article 12

42 - Article L.521-2 du code de justice administrative

43 - Conseil d'Etat, 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats Force Ouvrière Santé Privée et autres*, n°440002, v. considérant 11

44 - Fiche établissements de santé du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, « *Consignes et recommandations concernant l'appui des établissements de santé aux établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes* », v. page 4

45 - Fiche ARS du 30 mars 2020, « *Stratégie de prise en charge des personnes âgées en établissements et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de Covid-19* », v. page 6

34 - Protocole précité du 20 avril 2020, v. page 7

35 - Protocole précité du 20 avril 2020, v. pages 2 à 5

36 - Protocole précité du 20 avril 2020, v. page 6

37 - <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/covid-19-ralentir-la-progression-de-l-epidemie-grace-aux-gestes-barrieres>

38 - https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/affiche_gestes_barrieres_fr.pdf

39 - Avis précité du HCSP du 31 mars 2020, v. page 9

Outre la circonstance que le contexte d'urgence peut, parfois, rendre difficile le recours à une collégialité dans la prise de décision, les fiches dédiées n'indiquent pas quels sont précisément les interlocuteurs sollicités.

Il semble, néanmoins, qu'il faille entendre par décision collégiale la procédure collégiale définie par les décrets d'application⁴⁶ de la loi dite « Leonetti-Claeys » du 2 février 2016⁴⁷, c'est-à-dire une décision relevant de la responsabilité d'un seul médecin, prise après concertation avec les membres de l'équipe de soins et l'avis motivé d'au moins un médecin extérieur^{48 49}.

Le médecin coordonnateur est au cœur de la prise de décision ; étant précisé qu'il a vu son rôle se renforcer dans le contexte de l'épidémie de covid-19 et de l'urgence dans laquelle il est, parfois, amené à intervenir en lieu et place du médecin traitant.

A cet égard, il convient de noter que le médecin traitant est très peu cité par les fiches, de sorte que son intervention semble très limitée, ce qui est, pour le moins, surprenant, dès lors qu'il est, en principe, le premier référent santé du patient⁵⁰.

Il ressort des fiches que la collégialité intervient, tant au niveau de l'EHPAD avec l'astreinte sanitaire de l'agence régionale de santé, qu'au niveau, le cas échéant, du SAMU, entre le ou les médecins régulateurs et l'astreinte sanitaire de l'agence régionale de santé – dans ce cas, il est prévu, le cas échéant, en cas de décision de non admission en service de réanimation, la sollicitation d'un médecin d'astreinte réanimateur joignable 24 heures sur 24⁵¹.

Sur ce point, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'une décision collégiale dans un contexte d'urgence. Il semble, qu'en pratique, il s'agisse plutôt d'une décision « concertée » entre le médecin coordonnateur de l'EHPAD

46 - Décret n°2016-1066 du 3 août 2016 modifiant le code de déontologie médicale et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès prévus par la loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie ; Décret n°2016-1067 du 3 août 2016 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

47 - Loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)

48 - Article R.4127-37-1, III- du code de la santé publique : « Si le médecin en charge du patient juge les directives anticipées manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale, le refus de les appliquer ne peut être décidé qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L.1111-11. Pour ce faire, le médecin recueille l'avis des membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et celui d'au moins un médecin, appelé en consultant, avec lequel il n'existe aucun lien de nature hiérarchique. Il peut recueillir auprès de la personne de confiance ou, à défaut, de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient ».

49 - Recommandations générales Covid-19 de l'Agence Régionale de Santé Ile-de-France du 19 mars 2020, « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 »

50 - Article L.162-5-3 du code de la sécurité sociale

51 - Recommandations générales Covid-19 de l'Agence Régionale de Santé Ile-de-France du 19 mars 2020, « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 »

et le médecin régulateur pour apprécier l'opportunité d'une admission en établissement de santé.

En tout état de cause, les sociétés savantes ont élaboré des outils afin d'éclairer et aider les professionnels de santé dans leur prise de décision, comme le précise le Conseil d'État dans une ordonnance du 15 avril 2020⁵² : notamment la Société Française de Gériatrie et Gérontologie (SFGG), la Société de Réanimation de Langue Française (SRLF), la Société Française d'Anesthésie et de Réanimation (SFAR), la Société de Pneumologie de Langue Française (SPLF), la Société de Pathologie Infectieuse de Langue Française (SPILF), la Société Française d'Accompagnement et de soins Palliatifs (SFAP), la Société Française de Médecine d'Urgence (SFMU).

1) Les soins dans le cadre d'une hospitalisation à domicile (HAD)

Dans sa fiche du 31 mars 2020, le Ministère des Solidarités et de la Santé a précisé la doctrine de prise en charge des patients atteints de covid-19 en EHPAD⁵³.

Il en résulte, que par principe, afin d'éviter l'encombrement des établissements de santé, la prise en charge des cas suspects et confirmés ne présentant pas de critères de gravité doit être assurée en priorité au sein des EHPAD, le cas échéant, en ayant recours aux services d'un établissement d'hospitalisation à domicile (HAD).

A cet égard, les modalités administratives de mise en œuvre de l'hospitalisation à domicile en EHPAD ont été facilitées par un arrêté du ministre des Solidarités et de la Santé du 1^{er} avril 2020⁵⁴.

Ainsi :

- Il n'est pas nécessaire que l'EHPAD et le service d'HAD aient une convention pour l'intervention de l'HAD ;

- En cas d'indisponibilité du médecin traitant, ou lorsque l'urgence de la situation le justifie, l'accord du médecin traitant sur la prise en charge de son patient en HAD n'est pas nécessaire ;

- La prescription de la prise en charge en HAD peut être faite par tout médecin, y compris le médecin coordonnateur de l'EHPAD. Lorsque l'urgence de la situation le justifie, le patient peut être admis en HAD sans prescription préalable.

Il convient de relever, dans ce contexte, la place limitée du médecin traitant, et à l'inverse, le rôle renforcé du médecin coordonnateur, qui est amené à intervenir en lieu et place de celui-ci.

En outre, une stratégie de gestion de l'oxygène médical en

52 - CE 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*, n°439910, v. considérants 13 et 18

53 - Fiche précitée du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, v. pages 1 et 2

54 - Arrêté du 1^{er} avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; Fiche ARS précitée du 30 mars 2020, v. page 4

EHPAD établie par le Ministère des Solidarités et de la Santé a été diffusée aux agences régionales de santé le 2 avril 2020. De nouvelles consignes ont été transmises le 11 avril 2020 afin d'assouplir les conditions d'accès à des solutions alternatives d'oxygénation⁵⁵.

Par ailleurs, les agences régionales de santé ont mis en place une astreinte dédiée spécifiquement aux soins palliatifs, notamment lorsqu'ils sont dispensés dans les EHPAD⁵⁶, dans le cadre d'une hospitalisation à domicile.

Ainsi, les décrets n° 2020-360⁵⁷ et n° 2020-423 des 28 mars et 14 avril 2020 ont autorisé jusqu'au 11 mai 2020, au bénéfice des patients atteints ou susceptibles d'être atteints par la covid-19 et dont l'état clinique le justifie, d'une part, par dérogation à l'article R.5121-82 CSP la dispensation, dans certaines conditions, des spécialités pharmaceutiques à base de paracétamol sous une forme injectable pour permettre la prise en charge de la fièvre et de la douleur de ces patients, d'autre part, par dérogation à l'article L.5121-12-1 CSP, la dispensation, dans certaines conditions, de la spécialité pharmaceutique « Rivotril » sous forme injectable, en vue de la prise en charge palliative de la dyspnée et de la détresse respiratoire de ces patients.

2) Le transfert dans un établissement de santé (accès aux services de réanimation)

Il a été précisé que le Ministère des Solidarités et de la Santé recommande que seuls les patients présentant des formes sévères et critiques soient pris en charge dans les établissements de santé habilités⁵⁸.

Sur ce point, il a été indiqué la nécessité de renforcer le rôle du médecin coordonnateur dans le suivi des patients, au regard du contexte d'urgence et de survenue de risques exceptionnels, rendant difficile une intervention rapide du médecin traitant⁵⁹.

Ainsi, il a été précisé que, dans ce contexte, le médecin coordonnateur peut assurer « **l'orientation des cas sévères et critiques vers le système de soins via le SAMU-centre 15** ».

En revanche, « *La décision de transfert vers un établissement de santé ne peut être prise que par un médecin du SAMU centre 15* ».

Ce point a été confirmé par le Ministère des Solidarités et de la Santé le 10 avril 2020 : « *Seul le médecin régulateur du*

55 - CE 15 avril 2020, n°440002, v. considérant 13

56 - « Covid-19 et soins palliatifs : les recommandations de l'ARS », 29 mars 2020 : <https://www.paca.ars.sante.fr/covid19-et-soins-palliatifs-les-recommandations-de-lars> ; Fiche ARS précitée du 30 mars 2020, v. page 3

57 - Décret n°2020-360 du 28 mars 2020 complétant le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; décret n°2020-423 du 14 avril 2020 complétant le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

58 - Fiche précitée du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, v. pages 1 et 2

59 - Fiche précitée du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, v. page 2 : « (...) *Le rôle des médecins coordonnateurs dans le suivi des malades confirmés en EHPAD doit être renforcé (...)* ».

centre 15 **décide** de l'hospitalisation »⁶⁰.

En d'autres termes, si le contexte d'urgence autorise le médecin coordonnateur, en lieu et place du médecin traitant, à contacter le SAMU pour solliciter une hospitalisation du patient, seul le médecin régulateur du SAMU prend la décision d'autoriser le transfert.

Certes, il a été exposé que les autorités compétentes recommandent de privilégier le plus possible la collégialité dans la prise des décisions d'orientation des patients vers les soins adaptés.

Pour autant, ce principe se heurte à une réalité qui est le contexte d'urgence dans lequel la décision est prise.

Dans ces conditions, il paraît indispensable de désigner des décisionnaires, en l'occurrence : le médecin coordonnateur de l'EHPAD qui prend la décision d'orienter le résident vers le SAMU, et le médecin régulateur du SAMU qui, en concertation avec le médecin coordonnateur, prend la décision d'admettre le patient en établissement de santé.

Par « concertation », il semble qu'il faille entendre essentiellement un échange entre confrères : le médecin coordonnateur exposant les raisons pour lesquelles l'admission en établissement de santé lui semble indispensable, et le médecin régulateur recueillant les informations nécessaires pour apprécier si le patient doit être admis en établissement de santé, notamment au regard des critères établis par les sociétés savantes en ce sens.

Partie II- La responsabilité des différents intervenants des EHPAD

Il a été exposé que, saisi dans le cadre de référés-libertés, le Conseil d'État a écarté la responsabilité de l'État s'agissant des mesures prises pour garantir aux résidents des EHPAD l'accès aux établissements de santé, leur admission en réanimation, leur accès aux soins palliatifs⁶¹, l'organisation de tests de dépistage, la mise à disposition de matériels de protection et de matériels d'oxygénation⁶².

Il en résulte une responsabilité en première ligne des EHPAD qui, dès lors, ne peuvent, pour se décharger de leur responsabilité, s'abriter derrière une carence de l'État, par exemple, dans la mise à disposition de masques chirurgicaux au personnel soignant, ou dans l'accès aux soins de réanimation des résidents.

Ainsi, en cas de décès, dans le contexte de la covid-19, d'un résident en EHPAD, la responsabilité de l'établissement pourra être recherchée sur le fondement du non-respect de son obligation de sécurité.

60 - Fiche établissements de santé et professionnels de santé en ville du Ministère des Solidarités et de la Santé du 10 avril 2020, « Consignes et recommandations concernant l'appui des établissements de santé et des professionnels de ville aux personnes en situation de handicap en établissement ou à domicile pour la prise en charge des patients Covid-19 », v. page 6

61 - Conseil d'Etat, n°439910 précité

62 - Conseil d'Etat, n°440002 précité

A) Les responsabilités civile, administrative et disciplinaire des intervenants

Au sein des EHPAD, la liberté d'aller et venir du résident est la règle. La loi du 28 décembre 2015⁶³ l'a rappelé et en prévoit même la mention dans le livret d'accueil remis au résident⁶⁴.

Toutefois, le degré de dépendance⁶⁵ du résident peut, parfois, justifier que des mesures de sécurité renforcées soient prévues, et partant, que la liberté d'aller et venir soit restreinte. Dans ce cas, il est conclu une annexe⁶⁶ au contrat de séjour de l'article L.311-3 du code de l'action sociale et des familles.

En tout état de cause, le contrat de séjour prévoit que l'établissement s'engage à garantir le « *respect de (la) sécurité* » du résident.

De jurisprudence constante⁶⁷, l'obligation de sécurité à laquelle s'engage l'établissement envers le résident n'est pas une obligation de résultat, mais une obligation de moyen : « *l'obligation de surveillance ne peut du fait de [la] liberté d'aller et venir dont [bénéficie le résident] être qualifiée de résultat, ce résultat, la sécurité en l'espèce, ne pouvant qu'être incertain* »⁶⁸.

A tout le moins, l'obligation de moyen de sécurité peut être « *renforcée* », si l'état de santé du patient le nécessite⁶⁹.

Dans le contexte de covid-19, le résultat attendu est la sécurité sanitaire ou la bonne santé du résident, c'est-à-dire la garantie qu'il ne sera pas contaminé. Or, même si toutes les précautions étaient prises par l'EHPAD, une contamination est toujours possible. L'incertitude est donc réelle, de surcroît dans le cadre exceptionnel de pandémie d'une maladie nouvelle.

Partant, en présence d'un tel aléa et en l'absence de maîtrise totale de la chaîne de contamination, l'obligation de sécurité qui incombe à l'établissement demeure une obligation de moyen.

En admettant que la liberté d'aller et venir d'un résident soit réduite à son strict minimum par un confinement imposé en chambre, une telle mesure ne peut garantir une absence de contamination au virus, dès lors que le risque

63 - Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1)

64 - Articles 311-3 et 311-4 du code de l'action sociale et des familles

65 - Le degré de dépendance des personnes accueillies est évalué par le médecin coordonnateur (D.312-155-3, 4° du code de l'action sociale et des familles), à l'admission, selon la grille AGGIR (autonomie gérontologique groupes iso-ressources), les classant de GIR 6 à GIR 1, des plus autonomes aux plus dépendants.

66 - Article L.311-4-1, I- du code de l'action sociale et des familles ; décret n°2016-1743 du 15 décembre 2016 relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées, ANNEXE 3-9-1

67 - Pour des exemples, v. : Cour de cassation, civ. 1, 11 juillet 1961, Bulletin n°395 ; CE 12 juin 2006, n°228841

68 - Cour d'Appel de Toulouse, chambre 3, section 1, 26 juin 2007, n°06/01599

69 - Cour d'Appel de Paris, chambre 3, 7 mai 2018, n°16/10689, v. attendu n°16

peut émaner, tant du personnel soignant amené à entrer dans la chambre pour dispenser des soins, que du plateau repas qui est apporté chaque jour.

En l'espèce, la responsabilité de l'EHPAD doit être appréciée au regard des moyens qui ont été mis en œuvre, – en fonction du contexte du décès – :

- soit, pour empêcher la contamination du résident ;
- soit, pour permettre au résident de bénéficier des soins nécessaires à sa guérison, dans le respect de l'article L.1411-1 du code de la santé publique⁷⁰ ;

- soit, pour assurer au résident un lien social, dans le but de préserver sa santé psychique.

- 1) L'obligation de sécurité et les mesures prises pour empêcher la contamination tout en préservant la santé psychique du résident

Afin d'empêcher la contamination des résidents à la covid-19, les EHPAD ont été amenés à prendre des mesures nécessairement restrictives de liberté et également réductrices de lien social. Partant, les résidents ont pu se trouver brutalement isolés, et donc exposés à une dégradation de leur santé psychique, pouvant leur être fatale.

Dans ce contexte, les EHPAD ont pu éprouver des difficultés à trouver un point d'équilibre entre, d'une part, des mesures suffisamment protectrices mais trop restrictives de lien social, et d'autre part, des mesures garantissant un lien social suffisant mais exposant à un risque trop important de contamination.

En d'autres termes, comment garantir la sécurité sanitaire du résident tout en garantissant également sa santé psychique par le maintien d'un lien social, tant avec les autres résidents qu'avec ses proches ?

Concrètement, en cas de décès dans un EHPAD à la suite d'une contamination survenue au sein de l'établissement, il conviendra d'apprécier la suffisance des mesures mises en place : - Les règles d'hygiène renforcées ont-elles été respectées ?

Par exemple : Du gel hydroalcoolique a-t-il été mis à disposition de tous et en quantité suffisante ? Le personnel soignant a-t-il systématiquement porté un masque chirurgical en entrant dans la chambre du résident ?

- Les visites exceptionnelles des proches ont-elles été réalisées dans un cadre sécurisé ?

Par exemple : Une double circulation a-t-elle été mise en place afin d'éviter que résidents et visiteurs ne se croisent ? L'interdiction d'échanges d'objets et de denrées entre visiteur et résident a-t-elle été respectée ?

70 - « (...) (La politique de santé) tend à assurer la promotion de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins (...) ».

De la même façon, dans l'hypothèse où le résident serait décédé à la suite d'une dégradation brutale de son état psychique, il conviendra d'apprécier la suffisance des mesures prises pour préserver le lien social, dans le respect des mesures de sécurité nécessaires pour empêcher la contamination :

- L'établissement a-t-il permis le maintien d'activités sociales, dans le respect des règles sanitaires ?

Par exemple : Des « animations couloirs », tels que des cours de gym ou des jeux, sur les paliers de porte ont-elles été mises en œuvre ? De la musique a-t-elle été diffusée dans les couloirs ?

- La communication avec les proches a-t-elle été assurée ?

Par exemple : Des conversations Skype ou WhatsApp ont-elles été rendues possibles de façon régulière ? Une visite exceptionnelle de proches a-t-elle été autorisée dès lors que la dégradation de l'état psychique du résident a été constatée ?

En tout état de cause, s'il est établi que les mesures n'ont pas été suffisantes pour assurer la sécurité – physique ou psychique – du résident, et partant, que le manquement à l'obligation de moyen de sécurité est constitué, il conviendra d'apprécier l'existence d'un lien de causalité entre ce manquement et le décès du résident, pour engager, *in fine*, la responsabilité civile de l'établissement, conformément aux dispositions de l'article 1240 du code civil.

La responsabilité de l'établissement, pris en la personne de son directeur, pourra être engagée devant le juge judiciaire ou le juge administratif, en fonction du statut, privé ou public, de l'établissement.

Par ailleurs, si le directeur représente légalement l'établissement et en est le responsable, il n'en demeure pas moins, qu'au sein de l'EHPAD, le médecin coordonnateur a une mission fondamentale puisqu'il « *identifie les risques éventuels pour la santé publique dans [l'établissement] et veille à la mise en œuvre de toutes mesures utiles à la prévention, la surveillance et la prise en charge de ces risques* »⁷¹.

Selon le Docteur Jean-Claude MALBEC, si « *Les responsabilités du directeur sont lourdes puisqu'il est civilement et pénalement responsable de tout ce qui se passe dans l'établissement* », « *Le médecin coordonnateur est le conseiller technique et gériatrique du directeur avec lequel il forme un binôme* ». « *Il est positionné sous l'autorité du directeur* ».⁷²

En d'autres termes, le médecin coordonnateur est le principal acteur des mesures prises pour assurer la sécurité des résidents au sein de l'établissement puisqu'il conseille le directeur en ce sens.

Cependant, comme il n'est pas le responsable juridique de l'établissement, la responsabilité civile du médecin

coordonnateur ne pourra être engagée directement par les ayants droits du résident décédé, que s'il a « excédé les limites de la mission qui lui est impartie⁷³ », (s'il est lié à l'établissement par un contrat de droit privé) ou s'il a commis une « faute personnelle détachable de ses fonctions » (en cas de contrat de droit public).

Par ailleurs, si le médecin coordonnateur est le subordonné hiérarchique du directeur de l'établissement, il n'en reste pas moins qu'il conserve son indépendance professionnelle au sens de l'article R.4127-5 du code de la santé publique. Par conséquent, sa responsabilité disciplinaire est susceptible d'être engagée devant l'Ordre des médecins, notamment, pour méconnaissance de l'obligation d'assurer des « *soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science* » en application de l'article R.4127-32 du code de la santé publique.

2) L'obligation de sécurité et les mesures prises pour garantir l'accès du résident aux soins nécessaires à sa guérison

Il a été précisé que les agences régionales de santé et le Ministère des Solidarités et de la Santé ont émis des recommandations concernant la prise de décision d'orientation des résidents des EHPAD vers les soins adaptés.

Si la collégialité doit être privilégiée « *le plus possible* »⁷⁴, il semble que la situation d'urgence dans laquelle est prise la décision rende difficile sa mise en œuvre.

De la même façon, si le médecin traitant est, en principe, le premier référent santé du résident, là encore, l'urgence de la situation peut contraindre, la plupart du temps, l'établissement à consulter, en lieu et place de celui-ci, le médecin coordonnateur, investi de prérogatives renforcées, précisément, en cas d'urgence et dans le cadre du contexte de covid-19.

S'agissant de l'accès aux soins de réanimation du résident, le processus décisionnel s'effectue en deux étapes.

D'abord, si les autorités compétentes recommandent de privilégier une « *réflexion collégiale* »⁷⁵, elles admettent, qu'en pratique, la personne qui, dans le contexte de covid-19, décide d'appeler le SAMU pour une admission éventuelle du résident en service de réanimation, est le médecin coordonnateur⁷⁶.

Sur ce point, il convient de souligner, d'une part, encore une fois, l'absence de mention du médecin traitant dans le processus. A tout le moins, il est indiqué que le médecin coordonnateur doit « *[faire] le lien* » avec celui-ci, en d'autres

73 - Cour de cassation, civ. 1, 9 novembre 2004, n°01-17908

74 - Fiche ARS du 30 mars 2020, « *Stratégie de prise en charge des personnes âgées en établissements et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de Covid-19* », v. page 6

75 - Fiche ARS du 30 mars 2020, « *Stratégie de prise en charge des personnes âgées en établissements et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de Covid-19* », v. page 6

76 - Fiche précitée du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, v. pages 1 et 2

71 - Article D.312-159, 12° du code de l'action sociale et des familles

72 - <http://ehpad.org/Formation/missions-du-medecin-coordonnateur>

termes, le tenir informé des décisions prises. Le suivi du résident par le médecin traitant est réservé au « *cas d'absence ou indisponibilité du médecin coordonnateur* » ; ce qui met, une fois de plus, en évidence le rôle de premier plan accordé au médecin coordonnateur, dans le contexte de covid-19, au détriment du médecin traitant.

D'autre part, au regard du temps limité de présence sur place⁷⁷ du médecin coordonnateur, il semble, qu'en pratique, une prise de décision en urgence par celui-ci se révèle difficile. Il semble qu'une grande partie de l'appréciation de la situation repose, en fait, sur l'équipe de soins présente, notamment les infirmiers.

En tout état de cause, en cas de faute ou de négligence dans la décision d'orientation du résident vers le SAMU, précisément, dans l'hypothèse où une telle décision n'a pas été prise alors même qu'elle s'imposait, le médecin coordonnateur, voire l'infirmier référent, pourront être tenus pour responsables. Ainsi, si la responsabilité civile de l'établissement est engagée, l'établissement pourra potentiellement se retourner contre le médecin coordonnateur ou l'infirmier référent fautif. Toutefois, il convient de préciser que, si un tel recours est juridiquement possible, il n'est, en pratique, jamais engagé, soit parce que l'établissement y renonce (ce qui est souvent le cas en droit public), soit parce que le recours est interdit en vertu de l'article L.121-12 du code des assurances. Néanmoins, le recours pourra être engagé si l'auteur dispose d'une assurance de responsabilité civile⁷⁸.

En cas de faute détachable des missions – contrat de droit public – ou si le préposé a excédé les limites de la mission – contrat de droit privé –, seule la responsabilité de ce dernier sera susceptible d'être engagée.

Le préjudice sera apprécié au regard de la perte de chance du résident d'être admis en service de réanimation à l'issue d'un appel du médecin coordonnateur ou de l'infirmier référent, et le cas échéant, de la perte de chance du résident de guérir à l'issue de son admission en service de réanimation.

Ensuite – et il s'agit là de la seconde étape dans la prise de décision –, une fois le SAMU contacté par le médecin coordonnateur ou l'infirmier référent, « *Seul le médecin régulateur du centre 15 décide de l'hospitalisation* »⁷⁹. En revanche, il est prévu que la décision de non admission soit prise de façon collégiale⁸⁰.

77 - Article D.312-156 du code de l'action sociale et des familles

78 - Cass., civ. I, 12 juillet 2007, n°06-12624

79 - Fiche établissements de santé et professionnels de santé en ville du Ministère des Solidarités et de la Santé du 10 avril 2020, « Consignes et recommandations concernant l'appui des établissements de santé et des professionnels de ville aux personnes en situation de handicap en établissement ou à domicile pour la prise en charge des patients Covid-19 », v. page 6

80 - Fiche précitée du Ministère des Solidarités et de la Santé du 31 mars 2020, v. page 2 ; Recommandations générales Covid-19 de l'Agence Régionale de Santé Ile -de-France du 19 mars 2020, « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 »

Il en résulte qu'en cas de faute ou de négligence dans la décision d'admission en service de réanimation, précisément dans l'hypothèse où l'admission a été refusée alors même qu'elle s'imposait, la responsabilité de l'établissement ou du médecin régulateur pourra être recherchée, en fonction de la nature de la faute commise.

Le préjudice sera apprécié au regard de la perte de chance du résident de guérir à l'issue de son admission en service de réanimation.

En tout état de cause, sauf faute détachable (contrat de droit public) ou ayant excédé les limites de la mission (contrat de droit privé) de l'intervenant (qu'il s'agisse du médecin coordonnateur ou de l'infirmier référent en EHPAD, ou du médecin régulateur du SAMU), seule la responsabilité civile de la structure pour laquelle il agit sera susceptible d'être engagée.

Par ailleurs, le médecin, qu'il soit coordonnateur, traitant ou des services de l'hospitalisation à domicile (HAD), ou l'infirmier intervenant pourra faire l'objet d'une procédure disciplinaire, tant de la part de la structure, que de la part de l'ordre des médecins ou des infirmiers auquel il appartient, dès lors qu'en dépit de la subordination hiérarchique qui peut exister vis-à-vis de la structure, son indépendance professionnelle est garantie, respectivement, par les articles L.4127-5 (médecin) et R.4312-9 (infirmier) du code de la santé publique.

Dans le cas où le décès du résident en EHPAD résulte d'une faute ou d'une négligence dans le cadre des soins dispensés par les services d'hospitalisation à domicile (HAD), la responsabilité civile de l'HAD, ou celle des professionnels de santé intervenants en cas de faute détachable⁸¹, sera susceptible d'être engagée, dès lors qu'aucun lien de subordination ne les lie à l'EHPAD dans lequel ils interviennent.

Si une faute ou une négligence de la part de l'EHPAD est relevée, notamment, dans la mise à disposition des moyens matériels permettant aux services de l'HAD d'assurer des soins efficaces, sa responsabilité sera susceptible d'être engagée. Le cas échéant, un éventuel partage de responsabilités pourra être recherché.

B) La responsabilité pénale des intervenants

La responsabilité pénale des intervenants, personnes physiques (directeur de l'établissement ou médecin coordonnateur, voire infirmier référent) ou morales⁸² (établissement) pourra être recherchée si l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction sont réunies.

En l'espèce, en cas de décès d'un résident en EHPAD dans le contexte de covid-19, trois délits pourront être envisagés :

- le délit d'omission de porter secours à personne en péril,

81 - Cour de cassation, civ. 1, 9 novembre 2004, n°01-17908

82 - Article 121-2 du code pénal

prévu par l'article 223-6, alinéa 2, du code pénal ; (1)

- le délit de mise en danger de la vie d'autrui, prévu par l'article 223-1 du code pénal ; (2)

- le délit d'homicide involontaire, prévu par l'article 221-6 du code pénal. (3)

Alors que les délits d'omission de porter secours à personne en péril et de mise en danger de la vie d'autrui sont des délits intentionnels en ce qu'ils requièrent une abstention volontaire d'agir de la part de leur auteur, le délit d'homicide involontaire est un délit dit « non intentionnel », c'est-à-dire que, sans avoir eu l'intention de commettre le délit au sens de l'article 121-3 du code pénal, et donc de causer le dommage, son auteur est, néanmoins, directement ou indirectement, à l'origine du dommage.

1) Le délit d'omission de porter secours à personne en péril, prévu par l'article 223-6, alinéa 2, du code pénal

Cet article dispose :

« Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

La constitution du délit requiert d'établir que son auteur, alors même qu'il avait les moyens d'agir, s'est abstenu volontairement d'intervenir en présence d'un péril imminent⁸³ et nécessitant une intervention immédiate.

Ainsi, il a été jugé que de simples négligences, erreurs ou autres fautes, même lourdes, ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur. Seul un comportement intentionnel, caractérisé par le refus de porter secours à une personne en péril, est susceptible de constituer le délit⁸⁴.

En ce sens, la Cour de Cassation a condamné le médecin qui, connaissant la nécessité urgente de son intervention auprès d'un malade, a subordonné cette intervention à l'appel préalable du médecin traitant, alors même qu'il n'ignorait pas que son confrère ne pouvait intervenir immédiatement, ainsi que l'exigeait l'état du patient⁸⁵.

En revanche, a été relaxé du délit de non-assistance à personne en danger, le prévenu, médecin régulateur du SAMU, qui s'est abstenu d'agir car il n'avait pas eu connaissance de la situation de péril du patient décédé⁸⁶.

En l'espèce, la caractérisation du délit est particulièrement compliquée dans la mesure où il sera difficile d'établir l'imminence du danger encouru par le patient dans le contexte de covid-19.

Ainsi, il ne semble pas que soient susceptibles de

constituer une situation de danger immédiat, par exemple : la particulière vulnérabilité du résident en raison de son âge et son état de santé qui l'expose à une contamination à la covid-19, fatale pour sa santé ; de même, son isolement contraint qui l'expose à une dégradation brutale et fatale de sa santé psychique et physique.

En revanche, une situation de danger immédiat pourrait être constituée en cas de détresse respiratoire subite du résident rendant nécessaire une orientation vers le SAMU pour un éventuel transfert en urgence vers le service de réanimation d'un établissement de santé.

Toutefois, seule l'abstention volontaire des intervenants à prendre une telle décision sera susceptible de constituer le délit, par exemple si le médecin coordonnateur a pris volontairement la décision de ne pas appeler le SAMU face à un patient en détresse respiratoire.

Il convient de noter, qu'à la suite du décès de 37 résidents sur 109 au sein de l'EHPAD « La Riviera » à Mougins, une plainte pénale a été déposée, notamment, pour omission de porter secours à des personnes en péril.

Dans leur plainte, les plaignants ont mis en évidence, notamment, le manque de protections pour les soignants et les résidents au sein de l'établissement.⁸⁷

D'autres plaintes pénales visant, cette fois-ci, les EHPAD « Bel-Air » et « Villa Beausoleil » à Clamart et Chaville, ont souligné plusieurs fautes des établissements, notamment, le fait de ne pas avoir instauré les mesures barrières, de ne pas avoir mis à disposition des équipements de protection, et par ailleurs, d'avoir conservé les animations collectives jusqu'à une date avancée⁸⁸.

2) Le délit de mise en danger de la vie d'autrui, prévu par l'article 223-1 du code pénal

Il est prévu par ce texte que :

« Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende ».

Il s'agit d'un délit intentionnel pour lequel il conviendra d'établir, d'une part, que la victime était exposée à un risque immédiat de mort et que l'auteur en avait connaissance, et d'autre part, qu'il existait une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, laquelle a été manifestement violée par le prévenu.

S'agissant du risque immédiat de mort d'une part, la Cour de cassation a considéré que « le délit de mise en danger

83 - Cour de cassation, crim., 13 janvier 1955, n°2-33.2 P : JCP 1955. II. 8560, note Pageaud

84 - Cour d'appel de Paris, 18 février 1964 : Gaz. Pal. 1964. 1. 443

85 - Cour de cassation, crim., 20 février 1958, n°5-47.455

86 - Nancy, 17 juin 2004 : JCP 2005. IV. 1956

87 - https://www.lepoint.fr/justice/coronavirus-hecatombe-dans-un-ehpad-a-mougins-une-enquete-ouverte-21-04-2020-2372377_2386.php#

88 - <http://www.leparisien.fr/hauts-de-seine-92/coronavirus-trois-plaintes-dans-les-hauts-de-seine-apres-des-deces-dans-des-ehpad-21-04-2020-8303511.php>

d'autrui n'est constitué que si le manquement défini par l'article susvisé a été **la cause directe et immédiate** du risque auquel a été exposé autrui »⁸⁹, sans pour autant exiger « que les fautes reprochées au prévenu soient la cause exclusive du danger »⁹⁰.

S'agissant de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité, il est établi qu'il incombe au directeur de l'établissement une obligation particulière de moyen de sécurité, prévue à l'article L.311-3, 1° du code de l'action sociale et des familles.

Toutefois, s'agissant du médecin, la Cour de cassation a jugé que les articles R.4127-32 et R.4127-33 du code de la santé publique n'édictaient pas une obligation particulière de sécurité ou de prudence du médecin, au sens de l'article 223-1 du code pénal, de sorte que le délit n'était pas constitué en présence d'un médecin, ayant « [procédé] à un examen médical sommaire de la malade, dont il connaissait les antécédents chirurgicaux, en omettant de consulter le médecin régulateur du SAMU, puis d'organiser le transfert de la patiente à l'hôpital »⁹¹.

En revanche, a justifié sa décision une cour d'appel qui, pour déclarer un médecin coupable de mise en danger de la vie d'autrui, retient, qu'en réalisant des assistances médicales à la procréation en méconnaissance des dispositions de l'article L.2141-1 du code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, alors que les traitements de stimulations ovariennes réalisées à de fortes posologies peuvent entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement, de phlébite ou d'embolie pulmonaire, il a, par la violation manifestement délibérée d'obligations particulières de sécurité ou de prudence imposées par la loi et le règlement, exposé plusieurs patientes à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente⁹².

En l'espèce, la condition d'imminence du péril exclut, à nouveau, les hypothèses de particulière vulnérabilité du résident ou d'isolement contraint de ce dernier comme étant susceptibles de l'exposer à un danger de mort immédiat au sens des dispositions précitées.

En pratique, seule la situation de détresse respiratoire du résident semble caractériser un péril imminent de mort susceptible de constituer le délit.

Dans ce contexte, il conviendra d'apprécier si, viole de façon manifestement délibérée une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, le médecin coordonnateur, voire l'infirmier référent, qui, face à la détresse respiratoire d'un résident, s'abstient d'orienter ce dernier vers le SAMU pour un éventuel transfert dans un service de réanimation. Dans l'affirmative, le délit sera

89 - Cour de cassation, crim., 16 février 1999, n°97-86290

90 - Cour de cassation, crim., 30 octobre 2007, n°06-89365

91 - Cour de cassation, crim., 18 mars 2008, n°07-83067

92 - Cour de cassation, crim., 29 juin 2010, n°09-81.661

constitué.

3) Le délit d'homicide involontaire, prévu par l'article 221-6 du code pénal

Il est prévu que :

« Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75.000 euros d'amende ».

Il s'agit d'un délit non intentionnel qui exige que l'auteur ait eu connaissance, ou à tout le moins, conscience du danger.

L'engagement de responsabilité est différent selon le caractère direct ou indirect du lien de causalité avec le dommage, et selon la personnalité physique ou morale du prévenu.

Ainsi, depuis la loi dite « Fauchon » du 10 juillet 2000⁹³, en présence d'un lien de causalité direct avec le dommage, alors que la personne morale sera poursuivie en cas de faute simple, la personne physique ne le sera que s'il est établi qu'elle n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont elle disposait^{94 95}.

Lorsque la faute de la personne physique n'a pas causé directement le dommage, mais a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage, sa responsabilité pénale ne sera engagée que, soit en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit en cas de faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer^{96 97}.

Par « *faute caractérisée* », il est entendu « *une faute dont les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence. Elle consiste à exposer autrui en toute connaissance de cause, que ce soit par un acte positif ou par*

93 - Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels (1)

94 - Alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal

95 - Par exemple pour un médecin, v. Cour de cassation, crim., 23 octobre 2001, n°01-81227 ; crim., 21 septembre 2004, n°03-85510 ; crim., 19 octobre 2004, n°04-80317

96 - Alinéa 4 de l'article 121-3 du code pénal

97 - Par exemple pour un médecin, v. Cour de cassation, crim., 23 octobre 2012, n°11-85360 ; Paris, 6 mars 2003: JCP 2003. IV. 3069.

une abstention grave, à un danger »⁹⁸.

Il a été jugé, qu'ont constitué des fautes caractérisées commises par un médecin anesthésiste, de nombreux manquements en présence d'un risque connu : le fait qu'il ne se soit pas déplacé, ou qu'il ne soit pas demeuré en permanence au chevet d'un malade pour adapter en temps réels les prescriptions utiles. Néanmoins, en l'absence d'une causalité « directe, certaine et exclusive » avec le décès, sa responsabilité pénale n'a pas été engagée⁹⁹. En outre, la responsabilité pénale ne sera par ailleurs pas engagée s'il est établi que la faute n'a pas été la cause de la mort, mais d'une simple perte de chance de survie de la victime¹⁰⁰.

De la même façon, il a été jugé que constitue nécessairement une faute caractérisée le fait pour un médecin de prendre en charge, sauf circonstances exceptionnelles, une pathologie relevant d'une spécialité étrangère à sa qualification dans un établissement ne disposant pas des équipements nécessaires, et qu'un transfert vers un service compétent s'imposait¹⁰¹.

En revanche, n'a pas constitué une faute caractérisée l'impossibilité de joindre le prévenu, chirurgien chef de service, pour une intervention immédiate, les praticiens suffisamment qualifiés ayant pu être joints étant en nombre suffisant¹⁰².

En l'espèce, la difficulté résidera dans la démonstration, tant du lien de causalité entre la faute et le dommage, que d'une faute caractérisée de la part de l'intervenant.

Il conviendra de s'interroger, notamment, sur le point de savoir si constituent des fautes caractérisées, la circonstance qu'un directeur d'établissement n'ait pas mis un terme suffisamment tôt aux activités collectives afin de freiner la propagation du virus ; ou qu'un médecin coordonnateur ou qu'un infirmier référent n'ait pas orienté un résident en détresse respiratoire vers le SAMU pour un éventuel transfert vers un service de réanimation.

Il conviendra également d'apprécier, par exemple, si le directeur d'établissement avait conscience du fait que l'absence de port du masque, tant par les soignants que par les résidents, mettait ces derniers en danger.

En tout état de cause, l'engagement de la responsabilité pénale de l'établissement ne pourra se faire sans l'engagement de la responsabilité pénale d'un de ses organes ou représentants, personnes physiques.

Conclusion

Il est certain qu'un grand nombre de contentieux va être engagé du fait des décès dans le contexte de covid-19 devant des juridictions diverses et sur des fondements juridiques variés.

La première difficulté sera de prouver que le décès est lié à la covid-19.

Elle pourra le plus souvent être levée dans le cadre d'une expertise.

Une deuxième difficulté portera sur l'établissement d'un lien de causalité entre le décès et la faute reprochée. Il faut que le lien de causalité soit certain, mais la faute n'a pas besoin d'être la cause exclusive du décès.

Cependant sur le terrain de la perte de chance un certain nombre de dossiers aboutiront certainement à des condamnations civiles.

Celles-ci risquent d'être ressenties comme injustes par les responsables des EHPAD et par les soignants qui, pour la plupart, ont déployé des efforts sans précédent pour protéger les personnes âgées lors de cette pandémie.

Espérons que les pouvoirs publics sauront tirer les conclusions de cette crise et que l'on ne se contentera pas d'une revalorisation pourtant indispensable des rémunérations. Une réforme d'ampleur, se traduisant nécessairement par davantage de moyens humains et financiers, est indispensable et urgente.

Jérôme Cayol & Hélène Lor

98 - TGI La Rochelle, 7 septembre 2000 : D. 2000. IR 250 ; Gaz. Pal. 2000. 2. 2369 ; LPA, 23 novembre 2000, n°234, p.13, note Vital-Durand ; RSC 2001.159, obs. Mayaud

99 - Cour d'appel de Pau, 2 mai 2001 : JCP 2001. IV. 3098.

100 - Cour de cassation, crim., 20 novembre 1996, n°95-85013 ; Cour d'appel de Pau, 2 mai 2001 : JCP 2001. IV. 3098

101 - Cour de cassation, crim., 23 octobre 2012, n°11-85360

102 - Cour d'appel de Paris, 6 mars 2003 : JCP 2003. IV. 3069

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de santé, Université de Paris

L'absence de présomption générale de confidentialité des données du dossier d'AMM : la politique de transparence de l'Agence européenne des médicaments validée par la Cour de justice

Note sous CJUE 22 janvier 2020, PTC Therapeutics International, aff. C-175/18P

La commercialisation d'un médicament préparé industriellement exige une autorisation de mise sur le marché (AMM) délivrée par l'autorité compétente d'un État membre - l'ANSM pour la France - ou par la Commission européenne, selon la procédure applicable en vertu du règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004. L'autorisation est accordée au regard d'un dossier qui contient des informations (notamment toxico-pharmacologiques et cliniques) visant à démontrer la qualité, la sécurité et l'efficacité du médicament¹. Compte tenu de la valeur économique qu'elles représentent, les données fournies à l'appui de la demande d'AMM - qu'elle soit nationale ou européenne - font l'objet d'une protection juridique², conformément aux exigences du

droit international³.

Depuis la directive 2004/27/CE du 31 mars 2004 modifiant la directive 2001/83/CE, cette protection obéit à la règle dite « 8 + 2 + 1 »⁴. Cette règle protège les données du dossier d'AMM pendant une durée de huit ans, aucun accès à ces données ne pouvant être accordé par les autorités compétentes en vue de l'application d'une procédure d'AMM à une entreprise souhaitant commercialiser un médicament concurrent (générique ou biosimilaire), à moins que le titulaire des droits d'exploitation de la spécialité originale (médicament de référence ou « princeps ») consente, dans le cadre d'un accord de concession, à ce que les données du dossier d'AMM soient utilisées pour la commercialisation du même médicament, sous un nom de marque différent (processus de co-marketing).

A partir de la huitième année (période de protection des données), un médicament générique (ou biosimilaire) peut ainsi faire l'objet d'une procédure abrégée d'AMM en se fondant sur les données du dossier du médicament de référence. Il ne pourra toutefois être commercialisé effectivement avant un délai de dix ans (période de protection du marché), courant à compter de l'AMM initiale du princeps, laquelle s'entend comme une AMM globale, c'est-à-dire qu'elle inclut les modifications et les extensions subséquentes, y compris lorsque la même substance active a fait l'objet d'un développement clinique dans une autre indication et sous la forme d'une autre spécialité.

La durée de l'exclusivité commerciale est cependant susceptible d'être prorogée d'une année supplémentaire (soit onze ans) si le titulaire de l'AMM obtient, pendant les huit premières années de la période décennale, une autorisation pour une ou plusieurs indications thérapeutiques nouvelles, jugées capables d'apporter un avantage clinique significatif par rapport aux thérapies existantes⁵.

3 - L'article 39, paragraphe 3, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), figurant à l'annexe 1 C de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) prévoit que « lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques (...) qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce ».

4 - Cette règle concerne également les AMM accordées selon la procédure centralisée, en vertu de l'article 14 paragraphe 11 du règlement (CE) n° 726/2004. Le dispositif a été transposé en droit interne par la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 et le décret n° 2008-435 du 6 mai 2008 sous les articles L. 5121-10-1 et R. 5121-28 CSP.

5 - La période d'exclusivité commerciale peut être portée à douze ans pour les demandes d'AMM présentées pour un médicament orphelin comprenant les résultats d'études réalisées selon un plan d'investigation pédiatrique approuvé, en application du règlement (CE) n° 1901/2006 du 12 décembre 2006.

1 - Informations détaillées à l'annexe de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire des médicaments à usage humain, modifiée.

2 - Protection qui est distincte de celle prévue par le règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016 (« RGPD ») mais qui se rapproche de celle établie par la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Les médicaments ayant été désignés orphelins, conformément au règlement (CE) n° 141/2000 du 16 décembre 1999, bénéficient d'une protection spécifique, l'octroi d'une AMM conférant à leur titulaire une exclusivité décennale dans l'indication désignée.

Au regard de ces dispositifs de protection, qui restent indépendants de la législation sur les brevets à laquelle ils se superposent, il apparaît que l'utilisation des données de l'AMM d'un médicament n'est pas permise en vue de l'obtention d'une AMM demandée par une entreprise concurrente durant la période définie par le droit de l'Union. L'accès à ces données constitue en revanche une question plus problématique, comme le montre le contentieux qui s'est développé depuis quelques années devant le juge de l'Union et qui vient de trouver un épilogue avec deux importants arrêts de la Cour de justice.

Le refus du droit d'accès aux données de l'AMM confronté à la politique de transparence de l'Union

Alors qu'elle refusait les demandes d'accès aux données figurant dans les dossiers d'AMM, l'Agence européenne des médicaments (EMA) a procédé à un revirement doctrinal à la suite d'une décision du Médiateur européen du 24 novembre 2010⁶, lui demandant de faire droit aux demandes d'accès aux documents qu'elle détient, en application du règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

La politique de transparence à laquelle s'est ralliée l'EMA a alors conduit des demandeurs ou des titulaires d'AMM à saisir le juge de l'Union, y compris par voie de référé⁷, en vue de faire valoir leur droit à la confidentialité des données relatives à leur médicament, exception faite des documents réglementaires rendus publics par l'EMA (tels le résumé des caractéristiques du produit et le rapport public européen d'évaluation, rendus accessibles sur le site de l'agence).

6 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2560/2007/BEH against the European Medicines Agency (<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/decision/en/5459>).

7 - Le juge des référés du Tribunal de l'Union a ainsi accordé le sursis à exécution d'une décision de l'EMA ayant autorisé l'accès aux rapports d'études cliniques produits dans le cadre d'une demande d'AMM, au motif que si le public doit avoir un accès aussi large que possible aux documents détenus par les organes administratifs de l'Union en application du règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001, ce droit d'accès ne saurait s'exercer en portant atteinte aux intérêts commerciaux des laboratoires pharmaceutiques (TUE, réf., 25 avril 2013, AbbVie, aff. T-44/13R). L'ordonnance du juge des référés a cependant été annulée à la suite d'un pourvoi de l'agence, le juge des référés de la Cour de justice estimant que les informations englobant le développement clinique et non clinique d'un médicament ne sont pas confidentielles en elles-mêmes et peuvent être divulguées au public par l'agence (CJUE, réf., 28 novembre 2013, EMA c/ Abbvie, aff. C 389/13 P(R)).

Par deux arrêts du 22 janvier 2020⁸, la Cour de justice vient de trancher le débat sur l'accès aux données toxicologiques et cliniques du dossier d'AMM, confirmant qu'il n'existe aucune présomption générale de confidentialité de ces données, l'accès à ces dernières étant susceptible d'être autorisé par l'EMA, sous réserve qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts commerciaux du demandeur ou du titulaire de l'autorisation.

Les deux arrêts ont été rendus sur les conclusions contraires de l'avocat général Hogan, présentées le 11 septembre 2019, celui-ci ayant défendu une présomption générale de confidentialité pour les rapports d'études toxicologiques et cliniques détenus par l'EMA.

Seul sera analysé ici le litige concernant l'accès aux données cliniques du médicament à usage humain (la solution de principe étant identique pour l'accès aux données toxicologiques qui était en cause dans l'affaire jugée le même jour, pour un médicament vétérinaire).

Les faits de l'espèce étaient les suivants. La société américaine PTC Therapeutics développe des recherches pharmaceutiques axées sur des petites molécules, généralement administrées par voie orale, qui régulent l'expression des gènes en ciblant les mécanismes de contrôle post-traductionnels dans les maladies orphelines d'origine génétique. Elle a ainsi conçu le médicament Translarna, dont la substance active est l'ataluren, indiqué dans le traitement de la dystrophie musculaire de Duchenne (myopathie résultant d'une mutation non-sens dans le gène de la dystrophine localisé dans le gonosome X).

Le médicament a obtenu une désignation orpheline en mai 2005 dans cette indication. En octobre 2012, PTC Therapeutics a demandé une AMM, qui lui a été refusée dans un premier temps par la Commission européenne à la suite d'un avis défavorable de l'EMA. Le Translarna a été autorisé dans un second temps, par le biais d'une AMM conditionnelle⁹ qui lui a été accordée le 31 juillet 2014.

Le 13 octobre 2015, l'EMA a informé PTC Therapeutics qu'une société pharmaceutique souhaitait avoir accès à un rapport d'essais cliniques figurant dans le dossier d'AMM du Translarna. PTC Therapeutics a alors demandé à l'EMA de



8 - CJUE 22 janvier 2020, PTC Therapeutics International, aff. C-175/18P et CJUE 22 janvier 2020, MSD Animal Health Innovation, aff. C-178/18P. Le premier rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant confirmé la légalité de la décision autorisant l'accès aux données cliniques d'un médicament orphelin (TUE 5 février 2018, PTC Therapeutics International, aff. T-718/15). Le second rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant confirmé la légalité de la décision autorisant l'accès aux données toxicologiques d'un médicament vétérinaire (TUE 5 février 2018, MSD Animal Health Innovation, aff. T-729/15).

9 - L'article 14. 7 du règlement (CE) n° 726/2004 prévoit qu'une autorisation centralisée peut être accordée sous conditions et réévaluée annuellement par l'EMA. Le régime des AMM conditionnelles, défini par le règlement (CE) n° 507/2006 de la Commission du 29 mars 2006, est applicable aux médicaments orphelins, aux médicaments destinés aux maladies graves ou potentiellement mortelles et aux médicaments destinés à être utilisés dans des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique dûment reconnues par l'OMS ou par l'Union européenne (tels les médicaments destinés à lutter contre une pandémie grippale ou contre la pandémie de Covid-19).

regarder ce rapport comme étant totalement confidentiel. Cette exigence a été rejetée par l'EMA qui, par une décision EMA/722323/2015 du 25 novembre 2015, a accordé à un tiers l'accès au document contenant des données cliniques soumises dans le cadre de la demande d'AMM du Translarna.

PTC Therapeutics a introduit un recours en annulation contre cette décision devant le Tribunal de l'Union, recours assorti d'une demande en référé en vue d'obtenir le sursis à exécution de la décision litigieuse, en application de l'article 278 du TFUE. Le sursis a été accordé par le juge des référés du Tribunal¹⁰, dont l'ordonnance a été confirmée en cassation¹¹. Mais par un arrêt du 5 février 2018 statuant au fond, le Tribunal a finalement rejeté le recours et confirmé la légalité de la décision de l'agence¹².

Pour sa défense, l'EMA a indiqué avoir accordé l'accès à l'intégralité du rapport clinique, après certaines occultations, estimant que la totalité du rapport ne pouvait pas bénéficier des exceptions au droit d'accès prévues par le règlement (CE) n° 1049/2001, la requérante n'ayant pas démontré que chacun des éléments de ce rapport constituait une information commerciale confidentielle.

Pas moins de cinq moyens ont été soulevés par l'entreprise requérante à l'appui de son recours. Le premier moyen concernait l'erreur de droit tirée d'une méconnaissance de la présomption générale de confidentialité qui serait applicable aux rapports d'essais cliniques contenus dans les dossiers d'AMM détenus par l'EMA et qui serait fondée sur l'exception relative à la protection des intérêts commerciaux des entreprises pharmaceutiques.

Le deuxième moyen concernait l'erreur de droit commise par l'agence en ne jugeant pas que le rapport clinique en cause était constitué d'informations commerciales confidentielles, dont la divulgation aurait dû être refusée, en application de l'exception au droit d'accès aux documents détenus par des institutions ou organes de l'Union, prévue à l'article 4, paragraphe 2 du règlement¹³.

Le troisième moyen reposait sur la méconnaissance de l'article 4, paragraphe 3 du même règlement, l'agence ne considérant pas que le rapport litigieux était protégé par l'exception au droit d'accès aux documents prévue par cette

disposition¹⁴.

Les quatrième et cinquième moyens avaient trait, quant à eux, à l'erreur de droit commise par l'agence dans son refus de procéder à une mise en balance des intérêts en présence.

Une présomption générale de confidentialité des données cliniques refusée par le juge de l'Union

Le règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 s'inscrit dans la perspective de transparence visée à l'article 1 du TUE aux termes duquel les décisions de l'Union sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens, l'article 15, paragraphe 1 du TFUE rappelant également qu'en vue de promouvoir une bonne gouvernance et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. Un droit d'accès aux documents est par ailleurs consacré à l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵.

Le règlement (CE) n° 1049/2001 est applicable aux documents détenus par les institutions et les organes de l'Union, telle l'EMA, conformément aux dispositions de l'article 15 paragraphe 3 du TFUE. Il prévoit néanmoins des exceptions au principe de transparence, fondées sur des raisons d'intérêt public ou privé, de telles exceptions devant toutefois être interprétées et appliquées strictement selon la Cour de justice¹⁶.

En vertu d'une jurisprudence constante, lorsqu'une institution de l'Union saisie d'une demande d'accès à un document décide de rejeter cette demande sur le fondement de l'une des exceptions prévues à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001, il lui incombe, en principe, de fournir des explications quant à la question de savoir de quelle manière l'accès à ce document pourrait porter concrètement et effectivement atteinte à l'intérêt protégé par cette exception¹⁷.

Pour faciliter le traitement des demandes, la Cour a reconnu qu'il était possible pour l'institution en cause de se fonder sur des présomptions générales, s'appliquant

10 - TUE, réf., 20 juillet 2016, PTC Therapeutics International c/ EMA, aff. T-718/15 R.

11 - CJUE, réf., 1er mars 2017, PTC Therapeutics International c/ EMA, aff. C-513/16 P(R).

12 - TUE 5 février 2018, PTC Therapeutics International, aff. T-718/15.

13 - Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection : — des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle, — des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, — des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

14 - L'accès à un document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document. De même, l'accès à un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée est refusé même après que la décision a été prise, dans le cas où la divulgation du document porterait gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

15 - CJUE 18 juillet 2017, Commission c/ Breyer, aff. C-213/15 P.

16 - CJUE 13 juillet 2017, Saint-Gobain Glass Deutschland c/ Commission, C-60/15P ; CJUE 4 septembre 2018, ClientEarth c/ Commission, aff. C-57/16P.

17 - CJUE 16 juillet 2015, ClientEarth c/ Commission, aff. C-612/13P.

à certaines catégories de documents, des considérations d'ordre général similaires étant susceptibles de s'appliquer à des demandes de divulgation portant sur des documents de même nature.

L'existence de présomptions générales de confidentialité n'a pour le moment été reconnue qu'au bénéfice de cinq catégories de documents, à savoir : les mémoires déposés devant les juridictions de l'Union au cours d'une procédure juridictionnelle tant que celle-ci est pendante, les documents se rapportant à une procédure précontentieuse en manquement incluant les documents échangés entre la Commission et un État membre dans le cadre d'une procédure EU Pilot, ainsi que trois catégories de documents concernant le droit de la concurrence (les documents d'un dossier administratif afférent à une procédure de contrôle des aides d'État, les documents échangés entre la Commission et les parties ayant procédé à une notification ou des tiers dans le cadre d'une procédure de contrôle des opérations de concentration entre entreprises et les documents afférents à une procédure visant une entente concertée)¹⁸.

Dans chacun de ces cas, le refus d'accès en cause portait sur un ensemble de documents clairement identifiés par leur appartenance commune à un dossier afférent à une procédure administrative ou juridictionnelle en cours.

Le recours à une présomption générale de confidentialité ne constitue toutefois qu'une simple faculté pour l'institution concernée. Cette dernière conserve en effet la possibilité de procéder à un examen concret et individuel des documents en cause pour déterminer si, en tout ou en partie, ceux-ci sont protégés par une ou plusieurs des exceptions prévues à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001, sous le contrôle du juge de l'Union.

Si ce contrôle relève de la compétence du Tribunal de l'Union en première instance et de la Cour de justice en cassation, force est de constater que des divergences d'interprétation ont pu naître entre ces deux juridictions. La grande chambre de la Cour a ainsi eu l'occasion de censurer un arrêt du Tribunal ayant reconnu une présomption générale de confidentialité à des documents préparatoires relatifs à l'élaboration de la législation environnementale de l'Union (rapport d'analyse d'impact, projet de rapport d'analyse d'impact et avis du comité d'analyse d'impact)¹⁹.

Dans l'affaire PTC Therapeutics, aucune divergence ne s'est manifestée entre le Tribunal et la Cour s'agissant de l'accès à un rapport d'essais cliniques soumis à l'EMA dans le cadre du processus décisionnel de l'AMM centralisée (l'autre affaire jugée le même jour concernait l'accès au rapport d'études toxicologiques relatif à un médicament vétérinaire).

Les arguments retenus par le Tribunal pour rejeter la présomption générale de confidentialité des documents détenus par l'EMA ont tous été validés par la Cour. Il n'existe aucune présomption de droit susceptible d'être invoquée à l'égard des rapports d'études cliniques produits lors d'une demande d'AMM examinée par l'agence, dans la mesure où l'invocation d'une présomption de confidentialité reste facultative et factuelle pour les institutions de l'Union, l'agence ayant en l'occurrence choisi de vérifier si la divulgation des documents auxquels l'accès était demandé pouvait porter atteinte, concrètement et effectivement, à l'un des intérêts protégés par les exceptions mentionnées à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001, excluant par là-même toute présomption générale de confidentialité.

Une divulgation des données ne portant pas atteinte aux intérêts commerciaux des laboratoires pharmaceutiques

La société PTC Therapeutics soutenait que l'EMA et le Tribunal avaient commis une erreur de droit en refusant de regarder le rapport litigieux comme étant constitué d'informations commerciales confidentielles, protégées par l'article 4, paragraphe 2 du règlement n° 1049/2001, en vertu duquel les institutions et les organes de l'Union refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle.

La Cour a d'abord rappelé que l'agence avait accordé un accès partiel au rapport litigieux, en ayant occulté certaines données pouvant présenter un intérêt commercial²⁰. De surcroît, l'entreprise requérante n'a pas indiqué en quoi l'accès aux données divulguées porterait concrètement et individuellement atteinte à ses intérêts, se bornant à invoquer une présomption générale de confidentialité des données cliniques.

La Cour a ensuite estimé que l'agence n'avait pas à procéder à une mise en balance des intérêts, dès lors qu'elle avait conclu que le rapport litigieux ne devait pas être protégé par les exceptions visées à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001.

L'obligation de mettre en balance, d'une part, l'intérêt spécifique devant être protégé par la non-divulgation d'un rapport d'essais cliniques et, d'autre part, l'intérêt général à ce que ce document soit rendu accessible eu égard aux avantages découlant d'une transparence accrue du processus décisionnel des AMM européennes, n'avait pas à

18 - S'agissant du droit de la concurrence : CJUE 16 juillet 2015, ClientEarth c/ Commission, préc. S'agissant des mémoires déposés devant les juridictions de l'Union : CJUE 18 juillet 2017, Commission c/ Breyer, aff. C-213/15P. S'agissant des documents échangés dans le cadre d'une procédure de pré-manquement EU Pilot : CJUE 11 mai 2017, Suède c/ Commission, aff. C-562/14P.

19 - CJUE 4 septembre 2018, ClientEarth c/ Commission, aff. C-57/16P.

20 - Ont notamment été occultés les références aux discussions sur l'élaboration de protocoles avec la Food and Drug Administration (FDA), les numéros de lots, les matériels et équipements, les analyses exploratoires, la description quantitative et qualitative de la méthode de mesure de la concentration du médicament, ainsi que les dates de début et de fin du traitement et d'autres dates susceptibles de permettre l'identification des patients.

s'appliquer en l'espèce, à partir du moment où l'agence avait décidé que cette divulgation ne relevait pas des exceptions prévues par le règlement.

La Cour a également donné raison au Tribunal ayant jugé que le risque d'utilisation abusive du rapport litigieux par un concurrent ne constituait pas, en soi, un motif pour considérer qu'une information était confidentielle sur le plan commercial. Il incombe en effet à la personne se prévalant de l'exception de non-divulgation de rapporter les éléments permettant d'établir « la nature, l'objet et la portée » des données sensibles devant être protégées au titre du règlement, en vue d'éclairer le juge de l'Union sur la manière dont leur divulgation serait à même de porter concrètement atteinte, et d'une manière raisonnablement prévisible, à ses intérêts commerciaux.

A cet égard, le niveau de preuve exigée n'a pas été remis en cause par la Cour. En l'occurrence, le juge de l'Union a précisé que le rapport litigieux ne contenait aucune information sur la composition ou la fabrication du médicament Translarna, dès lors que l'EMA avait expurgé les données qui y étaient relatives, tout comme celles portant sur la stratégie de développement clinique à long terme ou la conception des études, de sorte que devait être écarté l'argument selon lequel la divulgation du rapport d'essais cliniques fournirait aux concurrents de PTC Therapeutics une « feuille de route » sur la manière de constituer une demande d'AMM pour un médicament concurrent.

La Cour a par ailleurs rejeté l'argument fondé sur l'obligation faite aux membres de l'OMC, résultant de l'article 39 de l'accord sur les ADPIC, de protéger les données non divulguées provenant d'essais sur les nouveaux médicaments contre leur exploitation commerciale déloyale, une telle circonstance n'étant pas, par elle-même, de nature à faire regarder les données figurant dans un rapport d'essai clinique comme étant des données dont la divulgation serait susceptible de porter atteinte aux intérêts commerciaux de la personne qui les a produites.

Il incombe, là encore, au demandeur ou au titulaire de l'AMM de démontrer en quoi la divulgation d'essais cliniques porte concrètement et effectivement atteinte à ses intérêts commerciaux en favorisant une concurrence déloyale.

Cette position apparaît d'ailleurs conforme à l'esprit du règlement (UE) n° 536/2014 du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain²¹. Certes, ce texte n'était pas applicable au litige examiné par la Cour (son entrée en application dépend du fonctionnement

21 - Le considérant 68 du règlement dispose : « De manière générale, aux fins du présent règlement, les données comprises dans un rapport d'étude clinique ne devraient pas être considérées comme relevant du secret commercial une fois l'AMM accordée, la procédure d'AMM achevée ou la demande d'AMM retirée. En outre, les principales caractéristiques d'un essai clinique, la conclusion sur la partie I du rapport d'évaluation pour l'autorisation d'un essai clinique, la décision relative à l'autorisation d'un essai clinique, la modification substantielle d'un essai clinique, de même que les résultats de celui-ci, y compris les motifs de son arrêt temporaire ou de son arrêt anticipé, ne devraient pas, de manière générale, être considérées comme confidentielles ».

opérationnel de la base de données et du portail européen sur les essais cliniques, lequel doit faire l'objet d'un acte de notification de la Commission, toujours attendu en 2020). Mais il constitue un indice incontestable de l'intention du législateur de l'Union en faveur d'une transparence des données provenant des essais cliniques réalisés en vue de l'obtention d'une AMM centralisée, comme l'a rappelé le Tribunal dans une autre affaire²².

Un droit d'accès jugé compatible avec le processus décisionnel de l'autorisation de mise sur le marché

Dans son troisième moyen, la société PTC Therapeutics arguait du fait que l'AMM accordée à son médicament était une AMM conditionnelle²³ et qu'elle devait régulièrement soumettre des demandes de renouvellement de son autorisation, dans le cadre desquelles doivent être présentées des études cliniques actualisées, qui seraient couvertes au titre de l'article 4, paragraphe 3, du règlement n° 1049/2001 régissant l'accès à un document ayant trait à une question sur laquelle une institution ou un organe de l'Union n'a pas encore pris de décision.

On rappellera à cet égard que le processus de l'AMM centralisée implique une évaluation du dossier d'AMM par le comité des médicaments à usage humain (CHMP) de l'EMA, la décision d'accorder ou non l'autorisation relevant formellement de la Commission européenne²⁴.

La divulgation d'informations cliniques est-elle de nature à compromettre le processus décisionnel de l'EMA concernant les demandes de renouvellement de l'AMM, en ce que notamment, une telle divulgation pendant la période d'exclusivité des données porterait gravement atteinte au processus relatif aux demandes d'autorisation de médicaments génériques reçues pendant cette période, lesquelles pourraient être fondées sur les données de ce rapport ? L'invocation de cet argument a cependant été jugée irrecevable en cassation, dans la mesure où la société ne l'avait pas fait valoir en première instance.

Quant au point de savoir si le Tribunal a eu tort de ne pas tenir compte de la nécessité de protéger les données contenues dans le rapport clinique tout au long de la période d'exclusivité décennale prévue à l'article 8 du règlement (CE)

22 - TUE 25 septembre 2018, Amicus Therapeutics, aff. T-33/17. Le Tribunal a en effet confirmé qu'il n'existait aucune présomption générale de confidentialité des documents détenus par l'EMA et que le rapport d'étude clinique concernant un médicament orphelin pouvait être divulgué à des tiers, le règlement (UE) n° 536/2014 du 16 avril 2014 constituant un indice qu'une présomption de confidentialité n'est pas souhaitée par le législateur de l'Union.

23 - En application du règlement (CE) n° 507/2006 de la Commission du 29 mars 2006, l'AMM conditionnelle fait l'objet d'une réévaluation annuelle des données cliniques, jusqu'à ce qu'une AMM soit accordée sur le fondement d'un dossier complet.

24 - Etant entendu que l'avis émis par le comité de l'EMA ne lie pas la Commission (TUE 3 juillet 2002, Menarini, aff. T-179/00). Ne faisant pas grief, l'avis du CHMP n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours direct en annulation (TUE 18 décembre 2003, Nancy Fern Olivieri, aff. T-326/99).

n° 141/2000 du 16 décembre 1999 sur les médicaments orphelins, la Cour a estimé que cet argument n'était pas de nature à démontrer que le Tribunal aurait méconnu les dispositions de l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement (CE) n° 1049/2001. Si celles-ci imposent de refuser la divulgation à des tiers de documents faisant partie d'un processus décisionnel toujours en cours à la date à laquelle une décision relative à une demande d'accès est adoptée, il ne saurait être considéré qu'un tel processus décisionnel soit en cours pendant toute la durée de la période d'exclusivité prévue par le règlement (CE) n° 141/2000.

On signalera d'ailleurs que le Tribunal a estimé, dans une autre affaire, qu'il n'existait aucune présomption générale de confidentialité des rapports émis par l'EMA sur la similitude et la supériorité clinique d'un médicament orphelin autorisé en dérogation de l'exclusivité commerciale, considérant que la divulgation de ces rapports n'était pas en soi illégale²⁵. Il a également considéré que l'accès aux données d'un rapport de pharmacovigilance et d'un plan de gestion de risques concernant un médicament orphelin ne relevait pas davantage de l'exception relative à la protection des procédures juridictionnelles prévue à l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret du règlement n° 1049/2001, alors qu'un recours collectif d'actionnaires était pendant aux États-Unis contre la société mère du laboratoire titulaire de l'AMM européenne²⁶.

Enfin, l'argument selon lequel la divulgation du rapport d'essais cliniques pendant la période d'exclusivité commerciale porterait gravement atteinte au processus décisionnel des éventuelles demandes d'AMM pour des médicaments génériques durant cette période ne saurait davantage prospérer, dès lors que la divulgation en cause vise des processus décisionnels distincts du processus décisionnel au cours duquel le rapport a été produit, circonstance qui n'est pas de nature à remettre en cause le constat selon lequel le processus décisionnel relatif à la procédure d'AMM conditionnelle du Translarna était clôturé à la date de la demande d'accès aux études cliniques.

S'écartant de la position adoptée par son avocat général, la Cour de justice a donc confirmé que le principe de transparence était la règle en matière d'accès aux données toxicologiques et cliniques du dossier d'AMM, les exceptions à cette règle devant être interprétées strictement.

De ce point de vue, il faut comprendre que l'accès aux données toxicologiques et cliniques est un moyen d'améliorer l'évaluation indépendante des critères de sécurité et d'efficacité d'un médicament, contribuant ainsi à assurer un niveau élevé de protection de la santé publique

25 - TUE 5 février 2018, EMA c/ Pari Pharma, aff. T-235/15.

26 - TUE 28 juin 2019, Intercept Pharma C/ EMA, aff. T-377/18. L'exception relative à la protection des procédures juridictionnelles s'appliquant aux procédures en cours devant les juridictions de l'Union. En l'occurrence, il ne s'agissait pas d'un document contenant des positions internes de nature juridique qui, par sa divulgation, serait susceptible de compromettre la défense de l'auteur du document dans l'hypothèse d'un éventuel contentieux.

dans la mise en œuvre des politiques de l'Union, comme l'exigent expressément les dispositions de l'article 168, paragraphe 1 du TFUE.

Jérôme Peigné

Romain Métayer

Docteur en pharmacie et doctorant en droit à l'université de Rouen (laboratoire CUREJ)

L'état d'urgence sanitaire et les défis de la responsabilité du pharmacien d'officine

Introduction

L'apparition du virus à l'origine de la maladie *coronavirus disease 19* (COVID-19) a généré des modifications substantielles dans l'organisation du droit français. La maladie et les répercussions sur le plan sanitaire ont démontré la difficulté pour les autorités à diriger les opérations de lutte contre sa propagation¹. Quant à l'aspect juridique, historiquement la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 établit les jalons de l'état d'urgence. Elle définit les conditions primordiales pour déclarer un état d'urgence sanitaire². Ce dispositif notamment exige que soit pris un décret doit être pris en Conseil des ministres³. L'article 38 de la Constitution permet par ailleurs au Gouvernement de déployer diverses mesures, qui relèvent normalement de la compétence législative et non réglementaire, par voie d'ordonnance, pour un temps limité et après un accord préalable du Parlement⁴. En vertu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 l'article L.3131- 1 du Code de la santé publique⁵ adapte le principe à un état d'urgence sanitaire et octroie au ministre de la Santé le pouvoir « de prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée (...) afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la

santé de la population »⁶. Sur ces critères la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 organise un régime législatif d'exception⁷. Au cours de ces dernières semaines plusieurs dispositifs des arrêtés relatifs aux mesures liées à l'épidémie de COVID-19 ont été modifiés⁸.

L'art pharmaceutique est régi par le Code de la santé publique et le Code de la sécurité sociale. Les pharmaciens ont été des acteurs majeurs dans la santé publique de proximité et la continuité des soins⁹ grâce au régime dérogatoire qui leur a été conféré¹⁰. Par un arrêté et un décret du 23 mars 2020, ils ont ainsi été autorisés à dispenser les médicaments aux patients en perpétuant la prise de thérapeutique médicamenteuse¹¹.

Le pharmacien engage sa responsabilité lorsqu'il exerce et exécute la délivrance d'une prescription thérapeutique. La constitution d'une faute conduit à engager sa responsabilité¹². Une ou plusieurs responsabilités - pénale, civile, disciplinaire - peuvent être mises en œuvre et dans certains cas une responsabilité liée aux prestations sociales. L'analyse portera uniquement ici sur la seule responsabilité du pharmacien d'officine.

Au cours de l'acte pharmaceutique un contrat est conclu entre le patient et le pharmacien, ce qui fonde la responsabilité contractuelle en matière de responsabilité civile¹³ (le cadre de la responsabilité délictuelle du fabricant ne sera pas abordée). Ce professionnel est soumis à la fois à une obligation de moyens (lorsqu'il s'agit d'informer les patients par exemple) et à une obligation de résultat (pour la délivrance des médicaments)¹⁴. Le pharmacien d'officine est néanmoins assez rarement impliqué dans des contentieux, le « préjudice (étant) principalement lié à un défaut de

6 - CSP, art. L.3131-1.

7 - RENARD (Stéphanie), « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au Droit », RDS, n° 95, 2020, p. 372-378.

8 - Loi n°2020-290 du 23 mars d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

9 - Public sénat, « Coronavirus : les pharmaciens demandent à réaliser des tests sérologiques », 30 avr. 2020. [<https://www.publicsenat.fr/article/societe/coronavirus-les-pharmaciens-demandent-a-realiser-des-tests-serologiques-182246>]

10 - METAYER Romain, « Dispositif d'urgence en situation de crise sanitaire : application d'un régime dérogatoire au pharmacien d'officine », Revue médecine et droit, avr. 2020. A propos du décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, abrogeant le décret n°2020-314 du 25 mars 2020.

11 - Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

12 - CSP, art. L.1142-1.

13 - FOUASSIER Éric, *La responsabilité du pharmacien*, Elsevier Masson, 2002, pp. 13 - 14.

14 - *Ibidem*.

1 - Alerte de la Direction générale de la Santé : épidémie d'infections à nouveau coronavirus (2019-NCOV) 22/01/2020 rappelant que « le risque d'importation en France est désormais considéré comme modéré et le risque de diffusion de la maladie dans la population française est considéré très faible ».

2 - Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. L'article 1 au titre 1^{er} dispose « L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

3 - Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, article 2.

4 - Constitution du 4 octobre 1958, article 38.

5 - CORMIER Maxence, « Le droit des autorisations sanitaire et médico-sociale face à l'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19 : deux poids, deux mesures ? », Revue générale de droit médical, LEH, n° 75, juin 2020, pp. 47 - 634.

produit »¹⁵.

Pour autant, au regard de l'évolution des nouvelles mesures appliquées en matière de dispensation du médicament, et compte tenu du contexte d'épidémie, un certain nombre d'interrogations se posent quant à la responsabilité de ces professionnels.

Les pharmaciens d'officine sont assujettis aux dispositions relatives aux médicaments (à prescription obligatoire ou non) et à leurs conditions de délivrance¹⁶. Les circonstances et l'apparition d'un régime dérogatoire en matière de droit du médicament ont défini un nouveau cadre pour la profession **(I)**. Celui-ci met à l'épreuve la responsabilité du pharmacien face à des circonstances sans précédent **(II)**.

I. Les nouvelles exigences relatives à l'exercice de la pharmacie d'officine

La dispensation du médicament est soumise à de nombreux prérequis, les règles édictées par le Gouvernement depuis mars ont renforcé les obligations en la matière **(A)**. Parallèlement, de nouvelles prérogatives ont contraint le pharmacien d'officine dans la pratique de l'art pharmaceutique **(B)**.

A. L'obligation de prérequis en matière de dispensation du médicament

Avant l'exécution d'une délivrance, le pharmacien se confronte à différents prérequis nécessaires à la sécurité du patient d'une part et à la licéité de la facturation auprès de l'Assurance maladie d'autre part.

Le Code de la sécurité sociale envisage plusieurs modalités en ce qui concerne la prescription thérapeutique¹⁷. Le prescripteur et le dispensateur ont pour obligation, en vertu des dispositions dudit code, de respecter l'inscription de certaines mentions. Une prescription est ainsi indispensable pour délivrer les médicaments listés et le cas échéant établir une facturation. La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 a par ailleurs octroyé pour la première fois aux prescripteurs le droit – et l'obligation – de transmettre aux patients une prescription qu'elle soit sur support papier ou par voie électronique¹⁸. En tout état de cause les prescriptions électroniques sont tenues de respecter les dispositions en vigueur, c'est-à-dire les obligations prévues par l'article R.161-45 du Code de la sécurité sociale. A ce propos, compte tenu de l'extension de la télémédecine, la CNAMTS a lancé

15 - Philippe Pierre, Lamy Droit de la responsabilité, « La faute du préposé de la pharmacie et responsabilité du médecin prescripteur », n°s 413-10 et 413-15.

16 - CSP, art. R.5121-202 et art. R.5132-6.

17 - CSS, art. R.161-45.

18 - BEAUX Amélie, « Le point sur l'ordonnance électronique », sept. 2017, Village Justice, sept. 2017. [<https://www.village-justice.com/articles/point-sur-ordonnance-electronique,25746.html>]. A propos de l'article L.161-35 du Code de la sécurité sociale.

une expérimentation visant à garantir et déployer les prescriptions électroniques. Ce dispositif prévoit la mise en place d'un QR code pour sécuriser la prescription, la rendre accessible aux professionnels de santé ayant une carte CPS. Il s'appuie sur le DMP (dossier médical partagé)^{19 20}.

La crise sanitaire a par ailleurs entraîné temporairement de nombreuses transformations notamment par l'adoption d'un régime dérogatoire grâce à l'arrêté du 23 mars 2020. Toutefois ce régime dérogatoire mis en place n'assouplit pas toutes les règles édictées : une prescription reste indispensable pour les patients ayant besoin de médicament listés. Dans un premier arrêté, le ministre de la Santé a réorganisé le principe de la délivrance de manière inédite pour encourager la continuité des traitements²¹.

Par ailleurs, la restructuration des soins a conduit à ce que certaines consultations sont devenues inenvisageables pour les patients (sauf en situation d'urgence), ce phénomène ayant été amplifié par le fait que de nombreux services spécialisés ont été fermés afin d'augmenter le nombre de places d'accueil pour les patients Covid.

Néanmoins il était nécessaire d'aménager de nouvelles modalités de consultation dans le but de promouvoir la continuité des soins. Ces mesures dissuasives ont donc entraîné une diminution conséquente du recours aux soins²². En raison de ces motifs, le pharmacien, et plus particulièrement le pharmacien d'officine, s'est trouvé face à des situations exceptionnelles pour lesquelles la réflexion pharmaceutique était d'autant plus indispensable du fait de révisions quasi quotidiennes de la réglementation.

Plusieurs mesures ont été explorées dans l'arrêté du ministre de la Santé afin de faciliter la dispensation aux patients²³. Les voici ci-dessous détaillées :

1. Le respect des délais de renouvellement

Depuis la promulgation de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 autorisant le Gouvernement à prendre des mesures hors du cadre réglementaire, des changements successifs ont été réalisés face à l'ampleur des difficultés en matière

19 - « Mention d'information téléservice PEM2D, expérimentation, prescription électronique médicament », Assurance maladie.

[https://www.ameli.fr/sites/default/files/Documents/348667/document/mention_dinformation_pem2d_v_d.pdf]

20 - Site du ministère de la Santé.

[https://esante.gouv.fr/sites/default/files/media_entity/documents/doctrine_3_3_e-prescription.pdf]

21 - Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

22 - Depuis fin mars l'Ordre national des médecins fait état d'une diminution significative de 40% chez les médecins généralistes et 50% chez les spécialistes. Newsletter du jeudi 30 avril 2020. Site du Conseil national de l'Ordre des médecins.

[<https://www.conseil-national.medecin.fr/publications/newsletters-mensuelles/newsletter-davril-2020>]

23 - Arrêté du 25 juin 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'arrêté initial étant celui du 23 mars 2020.

de soin. Plusieurs arrêtés ont modifié les dispositions relatives à la délivrance des médicaments concernant un traitement chronique, un traitement substitutif aux opiacés (TSO), un traitement assujéti au régime des médicaments anxiolytiques et des hypnotiques ou bien du régime des stupéfiants.

Le dernier arrêté du 18 mai 2020 corrige les modalités de délivrance. Il énonce qu'un traitement est renouvelable dans l'hypothèse d'une impossibilité de consulter un prescripteur et d'un traitement préalablement délivré ou chronique²⁴.

Ce texte soulève différentes interrogations s'agissant notamment des Traitements de Substitution aux Opiacés (TSO.) Il n'existe pas en effet de date butoir pour le renouvellement des TSO. De ce fait un renouvellement apparaît possible jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire c'est-à-dire le 10 juillet 2020, contrairement aux autres régimes de médicament. La condition des 3 mois successifs pour les TSO est requise à la différence des médicaments du régime des stupéfiants. Le pharmacien tiendra compte uniquement d'une délivrance antérieure de ce traitement.

Par ailleurs, le règlement exige d'informer le prescripteur pour les médicaments n'appartenant pas à des régimes spéciaux, afin d'obtenir un accord préalable de manière scripturale pour chaque renouvellement qui concerne les médicaments stupéfiants alors qu'est exigé un 'simple' accord pour les TSO. Il n'y a donc pas d'uniformisation pour les règles de dispensation.

2. L'analyse pharmaceutique

L'acte pharmaceutique dépasse la simple exécution de délivrance du médicament. De fait, le Code de la santé publique rappelle que le pharmacien a pour obligation « d'assurer dans son intégralité l'acte de dispensation du médicament »²⁵. Il a pour devoir « l'analyse pharmaceutique, le conseil pharmaceutique et la délivrance »²⁶. En ce sens, le Tribunal correctionnel de Blois indique le fait que le contrôle est un acte élémentaire et que le « contrôle qui constitue une garantie supplémentaire contre tout risque d'erreurs est une obligation aussi bien morale que professionnelle du pharmacien »²⁷. Dans le même sens, la chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) déclare que le pharmacien doit « réaliser une analyse pharmaceutique de l'ordonnance médicale si elle existe ; qu'en s'abstenant de procéder de cette façon approfondie

à une telle analyse (...) le pharmacien se rend coupable »²⁸.

Dans le contexte de crise sanitaire liée au coronavirus, le pharmacien ne peut donc se soustraire aux missions qui lui ont été confiées. Il s'avère indispensable de respecter « l'analyse pharmaceutique, la préparation éventuelle des doses à administrer et la mise à disposition des informations et les conseils nécessaires au bon usage du médicament »²⁹. L'obligation de renseigner sur les caractéristiques essentielles des médicaments est³⁰ d'autant plus indispensable dans une situation anxiogène³¹ où les risques de confusions pour les patients sont plus nombreux. Par ailleurs « les informations doivent être simples, intelligibles et loyales »³².

3. L'appel du prescripteur.

Qu'il s'agisse du régime de droit commun relativement à une anomalie de prescription, d'un renouvellement exceptionnel d'un traitement chronique ou bien du régime dérogatoire, le pharmacien d'officine a le devoir d'informer le médecin si cela à des conséquences sur la délivrance. Les textes distinguent explicitement le fait d'informer, d'obtenir l'accord préalable écrit ou simplement un accord³³. La doctrine considère que l'information du prescripteur pour répondre aux exigences de l'article R.4235-61 - et être conforme - doit se faire de manière scripturale et pas seulement par voie téléphonique (notamment en matière d'opinion pharmaceutique)³⁴. Les commodités pourraient accepter l'interlocution par courriel. En ce sens, par un arrêt de cassation la Cour indique que « la preuve de l'information peut être faite par tous les moyens »³⁵. L'absence de prescripteur et la saturation des services de santé démontrent cependant qu'il est impératif de simplifier les exigences pour le médecin mais également pour le pharmacien. Au vu de ces éléments le pharmacien aura en cas de litiges la charge de la preuve pour démontrer qu'il a informé le médecin et obtenu son accord.

4. L'ouverture de dossier pharmaceutique pour la délivrance de certains médicaments

Le dossier pharmaceutique (DP) a été créé par la loi n° 2007-127 du 30 janvier 2007 relativement à l'organisation

28 - CNOP, 26 juin 2012, n°856-D.

29 - CSP, article. R.4235-48.

30 - CA. Caen, 1^{er} Ch., 15 juillet 1993, Bull. Ordre Pharm., 1994, 343, p.236, obs. G.V ; cité par SIRANYAN Valérie, « Le devoir d'information et de conseil du pharmacien d'officine : de l'exigence déontologique à l'obligation légale », Revue médecine et droit, vol. 2007, n°85, pp. 130 - 137.

31 - Site ameli.fr, « Usage des médicaments en ville durant l'épidémie de Covid-19 : points de situation », 12 juin 2020. Le constat est l'augmentation de 6,9% de consommation d'hypnotiques et 1,2% pour les anxiolytiques.

32 - Cass. 1^{er} civ 5 mai 1981 ; cité par Michèle Harichaux, « la preuve de l'information médicale », RDSS 1998.68

33 - Décret n°2020-314 du 25 mars 2020.

34 - RIVIERE Virginie, « L'opinion pharmaceutique en matière de dispensation et son incidence sur la responsabilité du pharmacien », RDS, n° 19, 2007, p. 699-702.

35 - Cass., 1^{er} Civ., 14 octobre 1997, n°95-19.609. S'agissant du cas d'espèce, un médecin est impliqué pour défaut d'information.

24 - Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

25 - CSP, art. R.4235-48.

26 - Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, « Médicaments : les bonnes pratiques de dispensation », 09 mai 2018. [<http://www.ordre.pharmacien.fr/Communications/Publications-ordinales/Bonnes-pratiques-de-dispensation-des-medicaments>].

27 - T. corr. Blois, 4 mars 1970, Presse médicale 7 nov. 1970, p. 2087, note Kornprobst ; cité par CAMPION Marie-Danièle, VIALA Georges et mis à jour par FALLOURD Alain « Contrôle technique de l'ordonnance », Le Lamy droit de la santé, n°315-61.

de certaines professions de santé³⁶. La loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 a modifié les conditions relatives au DP³⁷ afin qu'il soit lié au dossier médical partagé. Il permet de favoriser « la coordination, la qualité, la continuité des soins et la sécurité de la dispensation des médicaments, produits et objets définis à l'article L.4211-1 et des dispositifs médicaux implantables »³⁸. Pour ouvrir un dossier pharmaceutique plusieurs conditions doivent être respectées dont le consentement préalable du patient. Le patient est d'ailleurs en droit d'en refuser l'ouverture. Les objectifs annoncés du DP furent « d'éviter les traitements redondants, détecter les risques d'iatrogénie médicamenteuses, mieux coordonner les soins entre la ville et l'hôpital, contribuer au bon usage du médicament, améliorer et favoriser la couverture vaccinale »³⁹. Les données sont accessibles pendant quatre mois à compter de la date de saisie et conservées pendant une durée de trente-deux mois, selon les dispositions de l'article R.1111-20-12 du Code de la santé publique.

Dans le contexte de crise sanitaire, l'arrêté du 23 mars 2020⁴⁰ a imposé l'ouverture du dossier pharmaceutique pour délivrer du paracétamol – dans la limite d'une boîte voire deux en cas de symptômes nécessitant un antalgique - ou des substituts nicotiques dans la limite d'une délivrance pour un mois de traitement.

B. Les contraintes liées à de nouvelles prérogatives

De nouvelles missions ont été prévues par la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019.

Premièrement, dans un contexte d'absence de prescripteur, des extensions de la télémédecine et de la télésanté ont été autorisées. Le principe est envisagé par la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 et le principe d'exception par le décret n° 2020-227 du 9 mars 2020 et l'arrêté du 23 mars 2020⁴¹. L'article R.6316-1 du Code de la santé publique définit la télémédecine comme « les actes médicaux, réalisés à distance, au moyen d'un dispositif utilisant les technologies de l'information et de la communication ». Ce même article définit les actes constituant les actes de télémédecine, qu'il s'agisse de téléconsultation, de téléexpertise, de télésurveillance médicale, de téléassistance médicale ou de réponse médicale apportée dans le cadre de la régulation médicale⁴².

36 - Site de l'Ordre des pharmaciens. <http://www.ordre.pharmacien.fr/Le-Dossier-Pharmaceutique/Qu-est-ce-que-le-DP>.

37 - CSP, art. L.1111-23.

38 - CSP, art. L.1111-23.

39 - Site de l'Ordre des pharmaciens. <http://www.ordre.pharmacien.fr/Le-Dossier-Pharmaceutique/Qu-est-ce-que-le-DP>.

40 - Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Arrêté modifié par l'arrêté du 11 mai 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020.

41 - Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

42 - CSP, article R.6316-1.

La loi du 24 juillet 2019 a étendu les opérations relevant de la téléconsultation⁴³. Les articles L.6316-1 et L.6316-2 du Code de la santé publique distinguent désormais la télémédecine, acte exercé par une profession médicale, du télésoin, qui « met en rapport un patient avec un ou plusieurs pharmaciens ou des auxiliaires médicaux ». Les activités sont fixées par décret en Conseil d'État⁴⁴. Le décret du 23 mars 2020 a organisé des dérogations pour les patients fragiles, pour les consultations lambda ou pour les patients atteints de la COVID. Le pharmacien est l'intermédiaire : dans certains cas les prescripteurs transféraient directement les prescriptions aux pharmaciens.

De nouvelles missions de santé publique ont été accordées aux pharmaciens d'officine. A titre d'exemple : la remise de masque et l'obligation de respecter le contingent pour chaque professionnel, sans pour autant le contraindre puisque l'article 3 n'évoque qu'une éventualité.

La vente de solutions et de gels hydroalcooliques et leur fabrication constituent une autre prérogative. La délivrance à la population n'est cependant pas obligatoire, seules étant impératives les contraintes d'une préparation en conformité avec les formulations de l'OMS et le respect des tarifs pratiqués⁴⁵.

Face à l'absence de consultation médicale, les pharmaciens ont également été confrontés à des situations qui s'avèrent à la frontière du diagnostic. On rappelle à ce titre que l'exercice illégal de la médecine est sanctionné par l'article L.4161-1 du Code de la santé publique. Initialement les pharmaciens en vertu de l'article R.5015- 47 du Code de la santé publique ne doivent « pas formuler un diagnostic ou pronostic sur la maladie au traitement de laquelle ils sont appelés à collaborer (...) et éviter de commenter médicalement (...) les conclusions des analyses qui leur sont demandées », article codifié par le décret n° 53-1001 1953. Ces dispositions ont été modifiées⁴⁶ puis abrogées⁴⁷ par décret. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 par son article 38 a permis de transformer les conditions d'exercice de la profession pour « rationaliser et encourager les bonnes pratiques »⁴⁸. Le pharmacien d'officine au cours de ces dernières années s'est ainsi calqué sur un modèle comparable à celui du Québec⁴⁹. Ses missions ont été renforcées par la loi n° 2019-774 24 juillet 2019 s'agissant de délivrance de médicaments sans prescription obligatoire préalable pour certaines pathologies dans un cadre prévu par décret. Ces nouvelles délégations sont codifiées à l'article L.5125-1-1 A du Code de la santé publique

43 - Loi n°2019-774 du 24 juillet 2019.

44 - CSP, article L.6316-2.

45 - Décret n°2020-293 du 23 mars 2020.

46 - Décret n°53-1001 du 5 mai 1953.

47 - Décret n°2004-802 du 29 juillet 2004.

48 - DEVERS Gilles, « Consultation pharmacie et exercice illégal de la médecine », Droit, déontologie et soin. Volume 12, n°2, juin 2012, pp. 208-216.

49 - BOLDUC Bertrand, « Loi 41 (loi modifiant la loi sur la pharmacie) : le pharmacien d'officine devient maintenant prescripteur de médicaments », RGDM, n°67, juin 2018.

aux alinéas 8, 9 et 10.

Le pharmacien s'est vu confier la pratique de test⁵⁰. L'ensemble de ces missions ont été mises en exergue par la situation de crise sanitaire. Grâce à cet assouplissement le pharmacien participe de manière légitime aux actions de soins. Toutefois, en considérant les difficultés rencontrées au cours de cette période et les risques de voir engager une responsabilité individuelle, le renforcement et l'élargissement des dispositions déjà déployées apparaissent nécessaires pour faciliter la pratique de la pharmacie. Ils permettraient aux pharmaciens de disposer d'une plus grande autonomie décisionnelle.

II. Les conséquences des nouvelles exigences sur la responsabilité du pharmacien d'officine

L'article L.1142-1 du Code de la santé publique pose le cadre légal de la responsabilité en matière de Droit de la Santé. L'article dispose que le pharmacien est responsable lorsqu'il s'agit d'acte de « prévention, de diagnostic ou de soins » dans l'hypothèse où il commet une faute⁵¹. Plusieurs situations peuvent aboutir à la naissance d'un litige et permettre l'engagement de la responsabilité du professionnel (A), mais certaines circonstances sont de nature à limiter les sanctions applicables (B).

A. Les causes de la responsabilité

1. La nécessité d'une conformité de la prescription thérapeutique

Conformément aux éléments susmentionnés, le pharmacien est tenu de respecter les règles relatives à la prescription. Lorsqu'une de ces exigences n'est pas respectée, il commet une faute et engage une ou plusieurs de natures de responsabilités : civile, pénale et disciplinaire. Il doit être particulièrement vigilant sur la conformité de la prescription thérapeutique afin d'éviter de délivrer une ordonnance falsifiée par un patient. Dans cette hypothèse il commettrait une faute⁵², alors même qu'il n'aurait pas vu la falsification. A cet effet, l'Agence nationale de sécurité du médicament a mis en garde les professionnels en période de crise sanitaire et les a sensibilisé face à l'agitation médiatique relative aux usages de l'hydroxychloroquine. Pendant cette période d'incertitude et d'intensification du virus sur le territoire, une amplification du phénomène de

falsification d'ordonnances médicales émanant de patients a été constatée. De même la délivrance de médicaments à base d'hydroxychloroquine, ne respectant pas les conditions préalables du décret, constituerait également une faute⁵³.

Le pharmacien doit accorder toute son attention à l'analyse pharmaceutique. Par un arrêt, la Cour de cassation rappelle que le pharmacien, lorsqu'il délivre une prescription sans s'être informé auprès du médecin alors qu'il semblait y avoir une anomalie, commet une faute d'imprudence⁵⁴. En revanche l'erreur - ou la négligence - commise n'engagerait pas la responsabilité unique du pharmacien. En effet, selon la Haute juridiction une « condamnation *in solidum* avec le médecin » doit être considérée lorsqu'il existe une erreur de prescription et une erreur de délivrance⁵⁵. Cette logique de solidarité est également possible en présence d'une contre-indication. La section disciplinaire⁵⁶ de l'Ordre des pharmaciens a ainsi considéré que « le pharmacien doit veiller à ne jamais favoriser, ni par ses conseils ni par ses actes, des pratiques contraires à la préservation de la santé publique »⁵⁷. La non-conformité d'une prescription thérapeutique peut en tout logique occasionner un refus de délivrance par le professionnel. En ce sens la formulation par le prescripteur d'un « je confirme » ne dédouane pas le dispensateur de ses obligations. La chambre disciplinaire a par contre eu l'occasion de considérer que le pharmacien n'est pas coupable d'une mise en péril et de la sécurité du patient dans l'hypothèse d'une prescription thérapeutique s'il demande confirmation au prescripteur. Cependant dans ce litige, le Conseil d'État a infirmé le jugement en précisant que devait être caractérisée la faute du pharmacien . Il a par ailleurs été indiqué que « lorsque l'intérêt de la santé du patient lui paraît l'exiger, le pharmacien doit refuser de dispenser un médicament. Si ce médicament est prescrit sur une ordonnance, le pharmacien doit informer immédiatement le prescripteur de son refus et le mentionner sur l'ordonnance »⁵⁸ car il est le garant de la sécurité du patient. La faute commise est contraire à l'honneur lorsque « la prescription qu'il lui est demandé d'exécuter présente manifestement un caractère dangereux »⁵⁹.

53 - Site de l'ANSM, « bilan des effets indésirables transmis par les centres régionaux de pharmacovigilance chez les patients pris en charge dans le contexte d'une infection à SARS-CoV2 et des cas de mésusages en ambulatoires », [\[https://www.ansm.sante.fr/var/ansm_site/storage/original/application/fe9f708e6d021b5125275d6f5f506509.pdf\]](https://www.ansm.sante.fr/var/ansm_site/storage/original/application/fe9f708e6d021b5125275d6f5f506509.pdf)

54 - Le Lamy Droit de la santé « dépassement dans l'exercice dans l'exécution de la prescription médicale », n°543-260 citant : Azéma J., Droit pénal de la pharmacie, précité, n° 430.

55 - Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-68.471 ; cité par Le Lamy Droit de la responsabilité, « faute du préposé de la pharmacie et responsabilité du médecin prescripteur », n°78, janv. 2011.

56 - CNOP, 1^{er} juin 2010, n°957-D « En l'espèce le pharmacien dispense des médicaments en méconnaissant les contre-indications liées à l'âge des patients ou à un état de grossesse ».

57 - CNOP, 7 juin 2012, n°898-D.

58 - CE, 27 févr. 2002, n°217187 : n'est pas amnistiable la délivrance par un pharmacien au même patient du même médicament avec plusieurs ordonnances médicales.

59 - CE, 29 juill. 1994, n°105095.

50 - Arrêté du 30 janvier 2020 fixant les tests de diagnostic rapide pouvant être réalisés par les pharmaciens et qui donnent lieu à la tarification de la prestation prévue au 16° de l'article L. 162-16-1 du code de la sécurité sociale.

51 - BERGOIGNAN-Esper Claudine, SARGO Pierre, « Lutte contre les infections nosocomiales. Présomption de faute. Obligation de sécurité de résultat. Régime juridique résultant de la loi du 4 mars 2002. Germes endogènes et exogènes », *Les grands arrêts du droit de la santé*, p.490. A propos du CE 21.06.2013 rappelant les obligations des professionnels de santé. DALLOZ, Grands arrêts 2^e édition, février 2016.

52 - PONS Anne-Cécile, *La falsification des ordonnances par les usagers : état des lieux et axes d'amélioration*, EHESP, 2014

Dans le contexte de crise sanitaire, le professionnel peut se trouver dans une situation où le médecin n'est pas joignable. Cette éventualité amènerait à supposer que le pharmacien serait le seul responsable de la décision finale, ce qui est susceptible de mettre en jeu sa responsabilité. Il est nécessaire d'insister sur les obligations énoncées par l'article R.4235-48 du Code de la santé publique sur l'obligation d'assurer dans son intégrité l'acte de dispensation du médicament par « une analyse pharmaceutique, une préparation éventuelle des doses à administrer et la mise à disposition des informations et des conseils nécessaires au bon usage du médicament »⁶⁰. Le pharmacien d'officine ne peut pas se soustraire à ces exigences sous prétexte d'une situation particulière et sans précédent, il doit absolument vérifier, respecter et pratiquer les obligations liées à la profession.

2. Le devoir d'information du patient et l'accord du médecin au sujet de la délivrance

Le caractère informatif a été précédemment évoqué dans le chapitre I notamment lorsqu'il s'agit d'informer le médecin d'une anomalie relative à la prescription thérapeutique. L'arrêté portant sur le régime dérogatoire a réaffirmé ce principe. Il est indispensable de souligner une nouvelle fois que l'accord du médecin est indispensable à la fois pour un dépannage chronique habituel (article L.5125-23-1 CSP), un changement de traitement, ou bien en cas de refus de délivrance prévu par l'article R.4235-61 du Code de la santé publique. Mais quid lorsque le prescripteur est injoignable ? En pratique, durant cette période, bon nombre de médecins furent sur répondeur, absents, ou uniquement en téléconsultation. Il s'avérait alors difficile - voire impossible - pour le pharmacien d'appeler le prescripteur pour chaque prescription vu le nombre de renouvellements assujettis au régime dérogatoire. La règle demeure cependant sans équivoque sur l'accord préalable du prescripteur. La jurisprudence confirme l'obligation et la nécessité de contacter le médecin. Le pharmacien verrait ce manquement jugé comme fautif⁶¹. Il serait alors préférable de ne pas changer la prescription mais d'alerter dans l'hypothèse où la prescription n'est pas recevable⁶².

L'arrêt Hédreul du 25 février 1997 nous rappelle l'obligation d'informer le patient et l'obligation d'apporter la preuve de la délivrance de cette information⁶³. La Cour de cassation indique la nécessité de garder à l'esprit l'ancien article 1315 du Code civil⁶⁴, et indique que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière

d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »⁶⁵. Ce principe s'impose également au pharmacien. Le caractère informatif s'étend aussi à l'obligation de renseigner le patient sur la compréhension du traitement, sur la prise du médicament, sur les précautions particulières à prendre et sur les éventuels effets indésirables.

Par ailleurs, la crise sanitaire n'excuse pas non plus le respect des contraintes liées à l'usage du dossier pharmaceutique. La mise en place d'un dossier pharmaceutique sans consentement reste en effet fautive. Pour preuve, par une décision disciplinaire du 29 octobre 2015 le CROP du Centre Val de Loire⁶⁶ reproche l'ouverture de DP sans consentement préalable par le pharmacien. Il mentionne à cet égard la nécessité d'apporter la preuve du consentement des patients. Le fait de ne pas le recueillir confirme l'existence d'une faute, toutefois « le dispositif de mise en œuvre généralisé du dossier pharmaceutique validé par la CNIL en 2008 ne prévoit pas que le consentement exprès du patient doive se matérialiser par un écrit de la part du patient ou par le recueil de sa signature »⁶⁷.

Dans le respect de ces règles, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, énonçant l'inscription d'une délivrance de paracétamol, de produits pour le sevrage tabagique sur le DP, invite le pharmacien à respecter ces conditions, au risque d'engager sa responsabilité pour ouverture illicite d'un DP et de s'exposer à des sanctions. Le refus de consentement du patient, suppose alors le refus de délivrance par le pharmacien, qui invoquerait l'existence d'un motif légitime caractérisé au regard de l'article L.122-1 du Code de la consommation. La rédaction du décret implique cependant un caractère relatif du consentement du patient car a-t-il réellement le choix s'il souhaite obtenir le médicament ?

3. Le respect des modalités de facturation

Afin de garantir la pérennité du système de facturation, les exigences en la matière ont été détaillées dans le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020. La facturation à plusieurs reprises de la même ordonnance, sans respecter les règles, constituerait un manquement aux obligations. Par exemple le pharmacien ne peut soutenir à ce titre qu'il exerce dans un quartier difficile⁶⁸. La chambre disciplinaire des assurances sociales précise qu'ainsi le pharmacien ne respecte pas les exigences de l'article R.5132-14 du Code de la santé publique. Actuellement sa responsabilité vis-à-vis des assurances sociales pour une facturation non conforme pourrait être engagée⁶⁹.

B. Une responsabilité possiblement atténuée

L'article L.3131-3 du Code de la santé publique créé par la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 énonce les mesures

60 - CSP, art. R.4235-48.

61 - Harichaux de Tourdonnet B., Le droit pénal pharmaceutique, Droit pharmaceutique, Litec, étude 19, n° 11, citant CE, 29 juill. 1994, n° 105095, Carius, Nouv. pharm., nov. 1994, n° 345, p. 433 ; document cité par « Dépassement dans l'exécution de la prescription médicale », Lamy droit de la santé n°543 - 260.

62 - « Dépassement dans l'exécution de la prescription médicale », Lamy droit de la responsabilité n°543 - 260.

63 - SIRANYAN Valérie. « L'évolution du rôle de l'ordonnance : de l'ordre médical au support d'échanges d'information ». RDSS, n°6, nov.déc.2005. Pages 981-992.

64 - Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, n° 4-19.685.

65 - Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, n°4-19.685.

66 - CROP Centre Val de Loire, 29 octobre 2015, n°2294-D.

67 - CNOP, 5 sept. 2016, n°2287-D

68 - CNOP, 19 févr. 2010, n°963-D.

69 - CNOP, 1^{er} juin 2010, n°957-D.

relatives aux dommages résultant d'une prescription ou d'une administration d'un médicament en dehors des indications thérapeutiques ou dans des conditions normales d'utilisations par l'autorisation de mise sur le marché. Le ministre de la Santé a l'entière responsabilité du dommage lorsqu'il autorise un régime dérogatoire pour une substance vénéneuse. De toute évidence un incident qui serait occasionné par le médicament exonérerait la responsabilité du dispensateur. Le pharmacien n'engage pas personnellement sa responsabilité au même titre que lorsqu'il décide de délivrer un médicament dans un cadre hors Autorisation de Mise sur le Marché (AMM). Pour autant il ne pourrait se soustraire à sa responsabilité communément envisagée par le droit commun en cas de faute personnelle. S'agissant de l'autorisation de l'hydroxychloroquine, une dispensation prévue par les textes limite la responsabilité du médecin et du pharmacien dans l'hypothèse où ces professionnels seraient contraints.

Le contexte de crise sanitaire a occasionné une situation inédite. L'on peut s'attendre en cas de litige à ce que le juge ou les instances disciplinaires prennent en compte le contexte de crise sanitaire pour leur décision. Une décision de la chambre disciplinaire du CROP rendue en 2014 a ainsi permis au pharmacien de ne pas être sanctionné en prenant en considération les faits et les circonstances. Toutefois le Conseil d'État n'a pas été du même avis en estimant que le juge du fond aurait dû sanctionner le professionnel. Quid du patient pour lequel une situation nécessite une codécision avec un prescripteur ? Faut-il laisser le patient sans traitement ou bien ne pas délivrer un traitement lorsqu'il s'agit d'une situation d'urgence ou d'agression ? La jurisprudence est assez ambivalente sur ce point. Le CNOP considère que le « pharmacien doit faire preuve de fermeté face à une demande manifestement abusive quand bien même les clients auraient une attitude menaçante »⁷⁰ mais tient compte cependant du fait que le pharmacien a mis en œuvre des solutions pour éviter une non-conformité aux aspects réglementaires. Dans le même sens dans une décision du 24 novembre 2011 (n° 949-D) les instances disciplinaires estiment que l'empathie ne soustrait pas le professionnel aux obligations légales, mais la Cour de cassation estime que la responsabilité aurait pu être dérogée du fait qu'il (le pharmacien) « avait pris soin d'attirer l'attention du prescripteur »⁷¹.

Le pharmacien pourrait enfin être en mesure de s'exonérer de sa responsabilité dans la mesure où il serait capable de démontrer l'existence d'une force majeure, d'un cas fortuit ou l'existence d'une faute commise par la victime.

Romain Métayer

70 - CNOP, 11 oct. 2011, n°658-D.

71 - BEGUE D, « La prescription de médicaments hors AMM », Revue Médecine et droit. Volume 2003, n°58, pages 85-94, mai 2003. Cass., 1^{re} Civ., 29 mai 1979, n°77-15708.

Timothy James

Doctorant, École des Hautes Études de Santé Publique, affilié à l'Institut Droit et Santé (Inserm, URM_S 1145), Université de Paris.

Clarification de la responsabilité du professionnel de santé du fait d'un produit défectueux

Note sous Cass. 1^{re} civ., 26 février 2020, n° 18-26256

Produit défectueux – Responsabilité civile – Professionnel de santé – Directive 85/374/CEE – Fournisseur – Faute – Produit de santé

Defective product – Liability – Health professional – Directive 85/374/CEE – Provider – Fault – Health product

Par cet arrêt du 26 février 2020, la Première chambre civile de la Cour de cassation vient confirmer sa jurisprudence constante en matière d'engagement de la responsabilité du professionnel de santé du fait de l'utilisation d'un produit défectueux dans le cadre de sa prestation de soin. Point sur lequel nous focaliserons notre attention.

En l'espèce, à la suite d'une rupture de sa prothèse de hanche, un patient chute. Celui-ci recherche alors la responsabilité du producteur ainsi que du chirurgien ayant effectué l'opération d'implantation.

Dans son arrêt du 4 octobre 2018, la Cour d'appel de Versailles reconnaît le caractère défectueux de la prothèse et engage la responsabilité du producteur sur le fondement de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Cependant, celle-ci rejette les demandes de la victime à l'égard du professionnel de santé tendant à engager sa responsabilité du fait de la défectuosité de la prothèse.

La victime se pourvoit en cassation arguant du fait que pèse sur le professionnel de santé une responsabilité de plein droit lorsque celui-ci implante un produit défectueux.

La Cour de cassation rejette intégralement ce moyen à la suite d'une explication fournie et pédagogique selon les nouvelles modalités de motivation enrichie des arrêts de la Cour.

Ainsi, pour la Cour de cassation, le professionnel ne peut être responsable de plein droit qu'à titre subsidiaire, lorsque le producteur du produit défectueux ne peut être identifié. Dans le cas contraire, la responsabilité du prestataire de

santé ne pourra être recherchée qu'en cas de faute de sa part. En retenant cette solution, la Cour de cassation vient préciser la qualification qu'elle entend attribuer au professionnel de santé et les conséquences juridiques qui en découlent (I). En affirmant cette solution, la Cour de cassation entérine par la même occasion la divergence de jurisprudence existant avec le Conseil d'État (II).

I. Éclaircissement sur la qualification donnée au professionnel de santé par la Cour de cassation

Par cette décision, la Cour de cassation vient clarifier le régime qui pèse sur le professionnel de santé lorsqu'un dommage est consécutif à l'utilisation ou à l'implantation d'un produit de santé défectueux. En effet, avant cet arrêt subsistait un doute sur la qualification que recouvrait le professionnel de santé ou l'établissement de santé privé : étaient-ils des fournisseurs ou des utilisateurs¹ aux yeux de la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 ? Ainsi, pour les juges du Quai de l'Horloge, le prestataire de soins qui implante ou utilise un produit de santé est susceptible d'être considéré comme étant son fournisseur. De par cette qualification, le professionnel est donc tenu d'une responsabilité sans faute dans les mêmes conditions que le producteur si celui-ci n'est pas identifié (A). Dès lors que le producteur est identifié, le prestataire, libéré de sa responsabilité subsidiaire relevant du régime des produits défectueux, ne pourra ainsi être tenu que sur le fondement de la faute (B).

A. Le prestataire de soins tenu subsidiairement d'une responsabilité sans faute en sa qualité de fournisseur du produit défectueux

L'article L.1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de santé publique dispose que « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé [...] ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

L'article débute donc en excluant la réparation des dommages causés par un produit défectueux de la responsabilité pour faute pesant sur le professionnel de santé ou l'établissement de santé dans la réalisation d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

Ainsi, face au silence du législateur, cette exclusion pouvait être interprétée, soit *a contrario*, comme la volonté de faire peser une responsabilité sans faute sur le professionnel de santé en raison du défaut du produit qu'il utilise ou implante;

1 - JOURDAIN (Patrice), « Quelle responsabilité pour le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse ? », *RTD civ.*, 2012, p.737.

soit comme une exclave du champ d'application de la responsabilité spéciale du fait des produits défectueux².

La Cour de cassation dans son point n° 10 vient clarifier la manière dont il faut entendre cette exception au principe de la faute prévue en matière de responsabilité médicale.

Celle-ci a été introduite en raison du régime de responsabilité sans faute imposé la directive CEE n° 85/374 du 25 juillet 1985, et transposée dans le droit national par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

L'établissement de santé ou le professionnel de santé, en tant que fournisseur ou producteur, sont alors responsables, non pas sur le fondement de l'article L.1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de santé publique, mais sur celui des articles 1245 et suivants du Code civil qui posent, à l'inverse, une responsabilité de plein droit³.

Cependant, l'engagement de la responsabilité de l'établissement de santé ou du professionnel en tant que fournisseur n'est ouverte qu'à la condition que le producteur n'ait pas pu être identifié. En effet, la directive du 25 juillet 1985 vise à concentrer les poursuites sur le producteur, à l'origine du défaut. Ainsi, afin de faire obstacle à toute entorse à cet objectif, les tentatives de mettre en œuvre une responsabilité objective à l'égard d'un autre agent économique entrant dans le champ de la directive, autre que le producteur, firent l'objet d'un recours de la part de la Commission, aboutissant à une condamnation par la Cour de Justice⁴.

La condamnation de la France par la CJCE⁵ pour mauvaise transposition, pour avoir étendu la responsabilité du producteur au fournisseur professionnel, déboucha sur les lois du 9 décembre 2004⁶ puis du 5 avril 2006. Celles-ci vinrent limiter l'engagement de la responsabilité du fournisseur professionnel dans les mêmes conditions que le producteur uniquement dans l'hypothèque où la victime n'a pu identifier

ce dernier dans un délai de 3 mois⁷ après la notification du recours par la victime.

Autrement dit, l'établissement de santé ou le professionnel de santé ne pourra être tenu responsable du fait de la fourniture d'un produit de santé défectueux qu'à la condition que celui-ci ne désigne pas le producteur dans le délai de 3 mois. La directive institue à la charge du fournisseur une « responsabilité-relais »⁸ au bénéfice de la victime.

Or, en l'espèce, la victime ne pouvait poursuivre le chirurgien sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, puisque le producteur était justement identifié et faisait même l'objet d'une poursuite comme le rappelle le premier moyen au pourvoi le concernant.

En jugeant que le professionnel de santé ne peut être responsable de plein droit du fait d'un produit défectueux qu'en l'absence d'identification du producteur, la Cour de cassation rattache donc le professionnel à la qualité de fournisseur, fermant la voie à toute possibilité de création d'un nouveau régime de responsabilité sans faute du fait des produits défectueux pour l'établissement privé de santé ou le professionnel de santé.

Par conséquent, la responsabilité sans faute du chirurgien ne peut être recherchée qu'à la condition que le producteur demeure inconnu après un délai de 3 mois. Si au contraire, le producteur ou un autre fournisseur est désigné, le professionnel ne pourra alors être poursuivi que sur un fondement différent de celui de la directive ; autrement dit sur le fondement de la faute prévu par l'article L.1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de santé publique. Ainsi, en dehors de toute qualification de producteur, la Cour de cassation semble donc considérer que le prestataire de soins puisse voir sa responsabilité engagée sur le fondement des articles 1245 et suivants du Code civil.

Cette solution apparait alors en rupture avec son arrêt du 12 juillet 2012 où selon la Cour de cassation, le professionnel de santé ne pouvait relever de la directive que s'il était lui-même le producteur : en tant que prestataire de service, il ne pouvait être assimilé au distributeur ou au fournisseur⁹. En écartant ces qualifications, le professionnel se voyait par conséquent qualifié d'utilisateur du produit défectueux, l'excluant de facto du champ d'application de la directive 85/347/CEE¹⁰.

2 - VINEY (Geneviève), « L'incidence de la loi du 4 mars 2002 sur la responsabilité du fait des produits de santé », *RCA*, n°1, janvier 2016, dossier 7.

3 - Interprétation conforme à la volonté du législateur si nous en croyons les travaux préparatoires : Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (première lecture)*, septembre 2001, n°3263, p.22.

4 - CJCE, Skov Aeg, 10 janvier 2006, aff. C-402/03, JOCE C 48, 25 février 2006.

5 - CJCE, Commission des Communautés européennes c/ France, 25 avril 2002, n°C-52/00, D., 2002, 2462, note C. Larroumet ; ibid. 1670, obs. C. Rondey ; ibid. 2935, obs. J.-P. Pizzio ; ibid. 2003. 1299, chron. N. Jonquet, A.-C. Maillols et F. Violla ; *RTD civ.*, 2002, 523, obs. P. Jourdain ; ibid. 868, obs. J. Raynard ; *RTD com.*, 2002, 585, obs. M. Luby, Rec. I-3827 ; CJCE, Commission des Communautés européennes c/ France, 14 mars 2006, n°C-177/04, *AJDA*, 2006, 1153, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D., 2006, 1334 ; ibid. 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *RTD civ.*, 2006, 265, obs. P. Remy-Corlay ; ibid. 335, obs. P. Jourdain ; *RTD com.*, 2006, 515, obs. M. Luby ; *JCP*, 2006, I. 166, n° 13, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC*, 2006, 835, obs. J.-S. Borghetti.

6 - Article 1386-7 du Code civil dans sa rédaction issue L. n° 2004-1343, 9 décembre 2004, art. 29, JORF 10 décembre 2004.

7 - Article 1386-7 ancien du Code civil (nouveau 1245-6 issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dans sa rédaction issue L. n°2006-406, 5 avril 2006, art. 2 (V), JORF 6 avril 2006.

8 - VINEY (Geneviève), « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », D., 1998, chron., p.291, n°8.

9 - Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510 : « la responsabilité des prestataires de services de soins, qui ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou dispositifs médicaux et dont les prestations visent essentiellement à faire bénéficier les patients des traitements et techniques les plus appropriés à l'amélioration de leur état, ne relève pas, hormis le cas où ils en sont eux-mêmes les producteurs, du champ d'application de la directive ».

10 - CJUE, Centre hospitalier universitaire de Besançon, 21 décembre 2011, aff. C-495/10.

En revenant sur la qualification du professionnel de santé, la Cour de cassation s'assure de limiter l'engagement d'une responsabilité sans faute du fait d'un produit défectueux. La Cour de cassation place la faute au cœur de la responsabilité de droit commun du professionnel de santé (B).

B. La faute, cœur de la responsabilité du professionnel de santé

Ainsi, comme le rappelle notre arrêt, le professionnel de santé, hors les cas où il serait tenu responsable en sa qualité de fournisseur dans les conditions prévues par la directive du 25 juillet 1985, n'est soumis qu'à une responsabilité pour faute.

Bien que classiquement, la Cour de cassation ait eu tendance à faire peser sur l'utilisateur d'un produit une obligation de sécurité de résultat¹¹ comme celle-ci le rappelle dans sa motivation, la Haute Cour avait par la suite effectué un revirement par son arrêt du 12 juillet 2012¹². Néanmoins, ces affaires ne concernaient jusqu'ici que des faits intervenus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002¹³ relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, introduisant dans la lettre de l'article L.1142-1, I du Code de santé publique une dérogation dans les cas « où la responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé »¹⁴.

On pourrait alors s'interroger sur l'opportunité d'un tel revirement : qualifiant initialement le prestataire de santé de fournisseur, avant d'effectuer un premier revirement pour lui reconnaître la qualité d'utilisateur, la Cour de cassation, dans ce dernier acte, retourne à sa solution première.

Comme le notait Professeur Jourdain¹⁵, le professionnel de santé, avant l'arrêt du 12 juillet 2012, n'était alors pas qualifié d'utilisateur, mais bien de fournisseur et la Cour faisait peser sur lui une obligation de sécurité de résultat dans la

fourniture d'un produit de santé¹⁶ comme pour n'importe quel fournisseur : « *Le dommage provenait exclusivement de l'appareil posé, et c'est bien en tant que fournisseur que le praticien fut déclaré responsable* ». Il s'agissait en réalité « *de mécanique et non de médecine* »¹⁷.

Cependant, cette solution ne pouvait perdurer avec l'adoption de la directive CEE n°85/374 du 25 juillet 1985 et les condamnations du législateur qui tentait de maintenir cette tradition française, la Cour de Justice des Communautés européennes ayant rappelé également que seuls les régimes ayant un fondement différent de celui de la directive pouvaient subsister¹⁸. La responsabilité du fournisseur ne saurait être engagée qu'à titre subsidiaire lorsque le producteur ne pourrait être identifié¹⁹. Garder une responsabilité de plein droit du fournisseur était donc devenu impossible du fait de cette incompatibilité.

Aussi, deux possibilités s'offraient à la Cour de cassation à la suite de ces condamnations : soit faire peser sur le fournisseur une responsabilité pour faute dès lors que l'action n'était plus soumise à la directive, soit changer de qualification pour faire échapper le professionnel ou l'établissement de santé à la directive – par exemple en le qualifiant d'utilisateur, celui-ci n'entrant pas dans son champ d'application²⁰ – et permettant de maintenir l'obligation de sécurité de résultat²¹.

Avec son arrêt du 12 juillet 2012²², la Cour de cassation semblait pourtant trancher le débat en jugeant que le professionnel de santé est utilisateur d'un produit pour l'exercice de la prestation de soins et que sa responsabilité

16 - Le caractère de résultat ne peut peser que sur que l'obligation de fournir un produit sans défaut, mais non sur les soins qui font l'objet d'une obligation de moyen, Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1985, n°83-17.091 ou encore Cass. 1^{re} civ., 4 février 2003, n° 00-15.572, « *Mais attendu que le médecin est tenu d'une obligation de moyens lorsqu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient ; qu'il n'est tenu d'une obligation de sécurité de résultat qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage* ».

17 - LE TOURNEAU (Philippe), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2004/2005, n°4238.

18 - CJCE, Mme Gonzalez Sanchez c/ Société Medicina Asturiana, 25 avril 2002, aff. C-183/00, D., 2002, 2462, note Larroumet (2^e esp.) ; ibid. Somm. 2937, obs. Pizzio ; D. 2003. Somm. 463, obs. D. Mazeaud ; RTD civ., 2002, 523, obs. Jourdain ; RTD com., 2002, 585, obs. Luby ; RDC, 2003, 107, obs. Brun. Interprétation de l'article 13 de la directive comme excluant les régimes de responsabilité de droit commun ayant un même fondement que celui de la directive.

19 - Article 1245-6 du Code civil.

20 - CJUE, Centre hospitalier universitaire de Besançon, 21 décembre 2011, aff. C-495/10.

21 - VINEY (Geneviève), « L'incidence de la loi du 4 mars 2002 ... », art. cit. ; PIERRE (Philippe), « L'incidence de la loi du 4 mars 2002 sur la responsabilité du fait des produits de santé* », RCA, n°1, janvier 2016, dossier 8 ; PEIGNE (Jérôme), « Les personnes responsables : producteurs et distributeurs de produits de santé défectueux », RDSS, 2008, p.1015.

22 - Arrêt Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, n°11-17.510, D., 2012, 2277, note Bacache ; D., 2013, 40, obs. Brun et Gout ; JCP 2012. 1036, note Sargos ; JCP 2012. 2066, obs. Stoffel-Munck ; RCA 2012. Étude 8, note Hocquet-Berg ; RTD civ., 2012, 737, obs. Jourdain . - V. égal. BLOCH (Laurent), « Produits de santé défectueux : désordres au sommet des ordres », RCA, 2014, Étude 1.

11 - Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1994, n°92-16.423, « *Le chirurgien-dentiste orthodontiste qui fournit un appareil, est tenu à une obligation de résultat concernant la sécurité tenant tant à la conception de l'appareil qu'à ses conditions d'utilisation* » ; arrêt Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1999, n°98-10.010, D. 2000. 117, note Jourdain ; JCP 2000. II. 10251, note Brun, « *Mais attendu, d'abord, que s'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins* ».

12 - Cass. 1^{re} civ., n°11-17.510.

13 - Cass. 1^{re} civ., n°11-17.510, mais un arrêt était déjà intervenu sur l'utilisation de ligaments synthétiques, Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2009, n°08-18.601.

14 - Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (première lecture)*, septembre 2001, n°3263, p.22..

15 - JOURDAIN (Patrice), « L'obligation de sécurité de résultat du chirurgien-dentiste dans la fourniture d'un appareil dangereux et la notion de « défaut » (de sécurité) », RTD civ., 1995, p.375.

ne peut être retenue que pour faute²³.

La solution est d'autant plus surprenante qu'en qualifiant le professionnel de santé d'utilisateur, la Cour de cassation aurait pu continuer à faire application de son ancienne jurisprudence en mettant à sa charge une obligation de sécurité de résultat. En effet, la CJUE²⁴ répondant à une question préjudicielle du Conseil d'État²⁵, autorisa à ce que le « prestataire de service de soins » utilisant des produits de santé puisse être soumis à « un régime, tel que celui en cause au principal, prévoyant la responsabilité d'un tel prestataire à l'égard des dommages ainsi occasionnés, même en l'absence de toute faute imputable à celui-ci, à condition, toutefois, que soit préservée la faculté pour la victime et/ou ledit prestataire de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de ladite directive »²⁶. Cette opportunité offerte aux États s'expliquait par le fait que la directive n'a pour objet que de réglementer ce qui relève de son champ d'application. L'utilisateur, dès lors qu'il n'est ni producteur ni fournisseur, n'entre pas dans le champ d'application de la directive²⁷.

L'explication d'un tel revirement mettant fin à cette obligation de sécurité pourrait être à rechercher du côté de l'économie de la loi du 4 mars 2002²⁸. Souhaitant harmoniser et sécuriser la responsabilité pesant sur les établissements et les professionnels de santé dans l'esprit de la loi, les juges de la Cour de cassation ont alors linéarisé leur jurisprudence par cet arrêt du 12 juillet 2012. Par conséquent, les faits, qu'ils soient intervenus avant ou après l'entrée en vigueur de la loi Kouchner, sont soumis à une même responsabilité sur le fondement de la faute.

La présente solution, qui est la première dont a à connaître la Cour de cassation sur des faits intervenus postérieurement à la loi du 4 mars 2002, n'a donc rien de surprenant. Certains

juges du fond²⁹ avaient d'ailleurs tendance à privilégier cette interprétation conforme à la *ratio legis* voulue par le législateur.

En l'espèce donc, la victime ne pouvait engager la responsabilité du chirurgien qu'en prouvant l'existence d'une faute dans le soin (mauvais choix de prothèse, mauvaise pose, défaut que le chirurgien aurait pu détecter avant la pose, etc.). N'apportant pas une telle preuve, la Cour de cassation considère donc que la responsabilité pour faute du chirurgien découlant de l'article L.1142-1, I du Code de santé publique ne peut être retenue.

Au demeurant, en consacrant cette solution, la Cour de cassation maintient une divergence de jurisprudence avec le Conseil d'État (II).

II. Le maintien d'une divergence de jurisprudence

Contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État a eu une interprétation beaucoup plus libérale et créative de l'exclusion de la responsabilité pour faute du professionnel de santé lorsque celui-ci utilise un produit défectueux (A). Interprétation que refuse d'appliquer la Cour de cassation afin d'assurer un régime de responsabilité soutenable pour les établissements et les assureurs en adéquation avec la volonté du législateur (B).

A. La création prétorienne d'une responsabilité sans faute par le juge administratif à l'égard du professionnel de santé utilisant des produits défectueux

À l'inverse de la Cour de cassation, le Conseil d'État ne retenait pas, initialement, une responsabilité sans faute à l'égard l'établissement public de santé, mais bien une responsabilité pour faute. Il revenait alors à la victime de prouver l'erreur de manipulation ou une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service pour engager

23 - Mais un arrêt était déjà intervenu sur l'utilisation de ligaments synthétiques, Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2009, n°08-18.601, NP, *Gaz. Pal.*, 2010. 1. 564, note D. Bandon-Tourret.

24 - CJUE, Centre hospitalier universitaire de Besançon, 21 décembre 2011, aff. C-495/10, Europe 2012, comm. 100, obs. M. Larché ; *D.* 2012, p. 926, Borghetti ; *JCPA*, 2012, n°2078, note Oberdoff ; *AJDA*, 2012, 306, chron. Aubert, Broussy et Donnat.

25 - CE., 4 octobre 2010, n°327449, *D.* 2013. 40, obs. Brun et Gout ; *AJDA*, 2012, 1665, Étude Belrhali-Bernard ; *D.*, 2013, 40, obs. Brun et Gout ; *RFDA*, 2012, 961, chron. Mayeur-Carpentier, Clément-Wilz et Martucci ; *RDSS*, 2012, 716, note Peigné.

26 - *Ibid.*

27 - Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, n°11-17.510, les « prestataires de services de soins, qui ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou dispositifs médicaux et dont les prestations visent essentiellement à faire bénéficier les patients des traitements et techniques les plus appropriés à l'amélioration de leur état, ne relève pas, hormis le cas où ils en sont eux-mêmes les producteurs, du champ d'application de la directive et ne peut dès lors être recherchée que pour faute ».

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

29 - Par exemple CA. Douai, 12 novembre 2015, n°15/830, « Attendu que la responsabilité du prestataire de service de soins ne peut être engagée que sur le fondement de sa faute lorsqu'il a recours à un dispositif médical nécessaire à l'accomplissement d'un acte médical, en application des articles 1386-1 et suivants du Code civil et L1142-1, I du code de la santé publique » ; CA. Angers, 2 juin 2015, n°13/02487, « Attendu qu'ici, la valve du masque respiratoire s'est révélée défectueuse à la suite d'un défaut d'entretien ou un vice de fabrication comme le relève l'expert, ce qui fait apparaître que la clinique ne s'est pas assurée que le matériel qu'elle mettait à la disposition du médecin était en bon état de fonctionnement ; Que ceci révèle un manque de la clinique à ses obligations et justifie l'engagement de sa responsabilité » ; CA. Rennes, 2 octobre 2019, n°16/06180, « D'une part, s'agissant du défaut de sécurité de la prothèse, il résulte de l'article 1386-7 devenu l'article 1245-6 du code civil que la responsabilité pour défectuosité du produit du fournisseur professionnel non fabricant ne peut être engagée que si le producteur n'a pu être identifié, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où le fabricant de la prothèse est à la cause ».

la responsabilité de ce dernier³⁰.

Cependant cette solution initiale, défavorable à la victime, fut peu à peu remise en cause pour suivre l'accélération du mouvement jurisprudentiel visant à accroître la protection de la victime. Aussi, si le Conseil d'État ne consacra pas immédiatement une responsabilité sans faute de l'établissement public de santé, il passa dans un premier temps par une présomption de faute, rattachant le dommage provoqué par le matériel défectueux à la défaillance du service³¹ avant de franchir définitivement le pas avec l'arrêt du Conseil d'État du 9 juillet 2003, repris dans notre arrêt de la Cour de cassation. Au travers de cet arrêt, le Conseil d'État reconnaît que « *sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise* »³². L'établissement ne pouvait dès lors plus s'exonérer en prouvant une absence de faute³³.

L'établissement n'est alors plus considéré comme l'auteur d'un diagnostic ou le dispensateur de traitement, mais comme utilisateur³⁴ d'un dispositif médical, en l'espèce un respirateur.

Par son arrêt du 25 avril 2002, la Cour de justice des Communautés européennes vint cependant jeter le trouble sur la conventionnalité de cette jurisprudence en ce que le Conseil d'État mettait en place un régime de responsabilité objective semblant concurrencer la directive du 25 juillet 1985. Cette démarche s'inscrivait alors à contre-courant de la volonté du juge européen pour qui les régimes de droit commun ayant le même fondement que la directive ne pouvaient subsister³⁵ et qui avait censuré le législateur français pour avoir tenu le fournisseur responsable aussi sévèrement que le producteur.

La question était alors de savoir si les établissements de santé qui utilisent des produits de santé dans le cadre du service de soins entrent ou non dans le champ de la directive. Question qui fit l'objet d'un renvoi préjudiciel par le Conseil d'État à la CJUE dans une affaire concernant un dommage causé par un matelas chauffant défectueux³⁶.

Par son arrêt³⁷, la Cour de justice de l'Union européenne vint conforter la jurisprudence du Conseil d'État³⁸ en répondant que « *la directive 85/374 n'a pas vocation à harmoniser de manière exhaustive le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux au-delà des points qu'elle régit* »³⁹. Dès lors que l'utilisateur se situe hors du champ d'application de la directive, celle-ci ne fait pas obstacle à ce qu'il soit soumis à un régime de responsabilité sans faute du fait des produits défectueux sous réserve de permettre à l'utilisateur d'exercer une action en garantie sur le fondement de la directive du 25 juillet 1985.

Le Conseil d'État n'ayant eu à connaître, dans un premier temps, que des dommages survenant du fait d'un défaut d'un appareil utilisé pour les soins (respirateur artificiel, matelas chauffant), il était permis de se demander si la solution aurait été différente dans le cas où « *les produits sont, non pas utilisés dans le cadre d'une prestation de soins, mais sont l'objet même de la prestation, c'est-à-dire "fournis" aux patients moyennant l'exécution d'un acte médical ou chirurgical* »⁴⁰. Cette intuition renforcée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne retenait qu'une responsabilité pour faute du professionnel de santé en présence d'un produit implantable (par exemple dans le cas d'une prothèse de testicule⁴¹ ou de ligaments synthétiques⁴²). Cette interprétation doctrinale aurait permis la mise en place d'un régime cohérent entre les deux ordres juridictionnels.

C'est notamment sur ce terrain accidenté que s'essayèrent

30 - CE., 14 décembre 1984, Centre hospitalier de Meulan, n°37563 et n°43702, Lebon T. 734, à propos de l'explosion s'étant produite à l'intérieur d'un incubateur, dans lequel avait été placé un nourrisson, ayant eu pour cause un défaut de conception de cet appareil. Aucune erreur de manipulation n'ayant été commise par le personnel infirmier, aucune faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service ne peut être retenue à la charge du centre hospitalier.

31 - CAA. Bordeaux, 9 mai 1989, Centre hospitalier de Castelnaudary, n°89BX00002, « *qu'à la suite de cette intervention M. Y... a présenté une défaillance qui a conduit l'hôpital à le placer sous respirateur, que le fonctionnement de cet appareil s'est révélé défectueux, le volume d'oxygène nécessaire par l'état du malade n'ayant pu être immédiatement fourni ce qui a entraîné l'inefficacité de la réanimation et compromis les chances de survie de M. Y... ; que ces circonstances révèlent une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité de l'établissement d'hospitalisation ;* ».

32 - CE., 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Marzouk, n°220437, Lebon p. 338 ; JCP A 2003, 1897, note G. Chavrier ; AJDA 2003, p. 1946, note M. Deguergue ; D. 2003. 2341, dans le cas d'une rampe de chauffage défectueuse ayant causé des brûlures à un patient. V. égal. CE 30 déc. 2016, req. n°375406, RCA 2017. Comm. 79, obs. Bloch, dans le cas de la pose d'une prothèse défectueuse.

33 - DEGUERGUE (Maryse), « Note sous CE 9 juillet 2003, AP-HP Paris c/ Marzouk », AJDA, 2003, p.1948.

34 - A *contratio*, Pr Deguergue considérait que le Conseil d'État assimilait l'établissement au fournisseur dans l'arrêt Marzouk, voir note sous l'arrêt.

35 - CJCE, Mme Gonzalez Sanchez c/ Société Medicina Asturiana, 25 avril 2002, aff. C-183/00.

36 - CE., 4 octobre 2010, n°327449, « *Compte tenu des dispositions de son article 13, la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 permet-elle la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé, en tant qu'il leur reconnaît notamment le droit d'obtenir de ces établissements, en l'absence même de faute de ceux-ci, la réparation des dommages causés par la défaillance des produits et appareils qu'ils utilisent, sans préjudice de la possibilité pour l'établissement d'exercer un recours en garantie contre le producteur ? La directive limite-t-elle la possibilité pour les Etats membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages au bénéficiaire de la prestation ?* ».

37 - CJUE, Centre hospitalier universitaire de Besançon, 21 décembre 2011, aff. C-495/10.

38 - CE., 12 mars 2012, Centre hospitalier de Besançon, n°327449

39 - CJUE, Centre hospitalier universitaire de Besançon, 21 décembre 2011, aff. C-495/10

40 - PEIGNE (Jérôme), « Les tribulations de la responsabilité hospitalière du fait des produits de santé défectueux », RDSS, 2011, p.95.

41 - Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510

42 - Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2009, n°08-18.601, NP, Gaz. Pal., 2010, 1, 564, note D., Bandon-Tourret.

quelques cours administratives d'appel⁴³ en retenant que dans l'hypothèse d'une prothèse, l'établissement de santé n'était pas utilisateur, mais bien fournisseur et par conséquent qu'il ne pourrait être responsable de plein droit que dans le cas où le producteur ne pouvait être identifié⁴⁴ ; la directive n'empêchant pas de retenir la responsabilité du fournisseur sur le fondement de la faute⁴⁵. Pour ce faire, la Cour administrative d'appel écarta l'arrêt Marzouk sur le fondement de l'article 13 de la directive qui dispose que les victimes ne peuvent se prévaloir des régimes spéciaux créés postérieurement à la notification de la directive⁴⁶.

Le raisonnement retenu par ces cours administratives d'appel était alors identique à celui retenu par la Cour de cassation dans le présent arrêt commenté.

Cette témérité fut malheureusement désapprouvée par le Conseil d'État qui cassa en 2013⁴⁷ précisément cet arrêt de la Cour administrative d'appel du 23 mars 2010. Avant de réitérer sa position en 2016, mettant fin à tout doute possible : « *Considérant que le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise, y compris lorsqu'il implante, au cours de la prestation de soins, un produit défectueux dans le corps d'un patient* »⁴⁸.

Subsistait encore un dernier espoir d'aboutir à une harmonisation. En effet, jusqu'à maintenant, tous les faits étaient antérieurs à la loi du 4 mars 2002. Pouvait-on espérer que la consécration par le législateur du fondement de la faute comme fait générateur de la responsabilité des professionnels de santé ferait écho chez les juridictions administratives comme cela a été le cas chez la Cour de cassation.

43 - CAA Lyon, 23 mars 2010, n°06LY01195, « *Considérant qu'il résulte des objectifs de la directive 85/374/CEE susvisée, invoquée par le centre hospitalier de Chambéry, actuellement transposée aux articles 1386-1 et suivants du Code civil, que lorsqu'un centre hospitalier a fourni un produit défectueux à un patient, et que le producteur en est connu, seul ce dernier est susceptible de répondre de plein droit du dommage causé par un défaut de son produit ; qu'à cet égard, le régime de responsabilité sans faute du service hospitalier du fait de la défectuosité des produits et matériels de santé, initié par l'arrêt du Conseil d'État susvisé du 9 juillet 2003, ne peut être regardé comme un régime spécial de responsabilité préexistant au sens des dispositions précitées de l'article 13 de la directive 85/374/CEE [...] Considérant, enfin, que M. Falempin n'établit pas que le centre hospitalier aurait commis une faute de nature à engager sa responsabilité ; » ou encore arrêt CAA Lyon, 9 avril 2010, n°07LY00716. On notera qu'à cette date la CJUE n'avait pas encore rendu son arrêt.*

44 - Article 1245-6 du Code civil et son interprétation sur la Cour de Justice de l'Union européenne.

45 - Article 1245-17 du Code civil.

46 - Article 13 de la directive 85/374/CEE, « *La présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive* ».

47 - CE., 25 juillet 2013, Falempin, n°339922, Lebon ; D., 2013. 2438, note M. Bacache ; D., 2014. 47, obs. Ph. Brun et O. Gout ; AJDA, 2013. 1597 ; AJDA, 2013. 1972, Chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RDSS, 2013. 881, note J. Peigné .

48 - CE., 30 décembre 2016, Centre hospitalier de Chambéry, n°375406, AJDA, 2017, 10 ; RDSS, 2017, 379, note Jérôme Peigné ; RCA, 2017. Comm. 79, obs. Bloch, dans le cas de la pose d'une prothèse défectueuse.

Malgré la tentative d'une juridiction administrative de première instance⁴⁹ de réintroduire cette distinction entre fournisseur et utilisateur pour des faits postérieurs à la loi Kouchner⁵⁰, le jugement fut réformé par les juges administratifs d'appel qui sanctionnèrent cette distinction qui n'a donc plus lieu d'être⁵¹. Ainsi, en matière de produits de santé, l'établissement public de santé ne peut se voir reconnaître que la qualité d'utilisateur. Cette qualification emporte donc, en totale indépendance avec la directive européenne, un régime de responsabilité sans faute pour le Conseil d'État.

Dès lors que la victime pourra prouver le défaut du produit, elle aura la possibilité d'agir contre l'établissement public de santé afin de se faire indemniser du dommage subi sans avoir à rechercher la faute et sans possibilité pour l'établissement de s'exonérer en désignant le producteur. Si l'exonération n'est pas possible, l'établissement de santé garde toujours la possibilité d'exercer une action récursoire contre le producteur. Ainsi, lors d'une utilisation d'un dispositif médical, la faute ne sera à rechercher que si la victime n'arrive pas à démontrer un défaut dans le produit.

Cette jurisprudence, favorable à la victime, n'est donc pas reprise par la Cour de cassation qui clôture son argumentation en exposant sa volonté de ne pas faire peser une responsabilité trop lourde à l'encontre des professionnels de santé (B).

B. Une solution divergente de la Cour de cassation afin d'assurer la protection du professionnel de santé

Si la Cour de cassation rappelle que l'engagement de la responsabilité sans faute du professionnel de santé est limité à l'hypothèse où le producteur n'est pas identifiable, cette solution n'est que la conséquence du choix opéré par la Cour de qualifier le professionnel de santé de fournisseur. Choix que la Cour de cassation opère en sachant qu'elle avait la possibilité de s'extraire du champ d'application de la directive en qualifiant le professionnel de santé non pas de fournisseur, mais d'utilisateur, comme sut le faire le Conseil d'État.

En réalité, si la Cour de cassation se refuse à faire peser une telle responsabilité sur l'établissement ou le professionnel de santé, c'est pour ne pas soumettre ceux-ci, hors du cas prévu par l'article 1245-6 du Code civil, à une responsabilité sans faute, qui serait, en outre, plus sévère que celle applicable au producteur, lequel, bien que soumis à une responsabilité de droit, peut bénéficier de causes

49 - TA. Lyon, 13 novembre 2012, Durante, n°1007293, V. STILLMUNKES (Henri), « L'application de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux en matière médicale - Distinction entre produits fournis et matériels utilisés », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°17, 22 avril 2013, p. 2121.

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

51 - CAA. Lyon, 12 décembre 2013, n°13LY00064.

exonérateurs de responsabilité.

Comme le relèvent les juges de la Cour de cassation, la directive du 5 juillet 1985 prévoit un certain nombre d'exonérations propre au régime⁵². Des exonérations que le professionnel de santé, sur le fondement de l'article L.1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de santé publique, ne pourrait pas opposer à la victime, l'obligeant dès lors à l'indemniser sans recours subrogatoire possible contre le producteur.

C'est notamment pour ces hypothèses, où le producteur pourrait s'exonérer, que le législateur a institué un recours à la solidarité nationale dès lors que l'accident pourrait être qualifié d'aléa thérapeutique. La création d'un régime de responsabilité de plein droit du fait des produits défectueux à l'égard des professionnels de santé entrerait alors en concurrence avec le régime de solidarité nationale institué par le législateur dans le cadre des accidents médicaux non fautifs⁵³. Or, la création de l'ONIAM avait justement pour but de faire obstacle à la jurisprudence du Conseil d'État⁵⁴ reconnaissant une responsabilité sans faute pour l'établissement public de santé du fait de la réalisation d'un aléa thérapeutique survenu lors d'un acte de soins, de prévention ou de diagnostic.

En reconnaissant une telle responsabilité, le Conseil d'État ouvrirait une option à la victime qui pourrait alors choisir de se faire indemniser soit par l'établissement public de santé sur le fondement de la responsabilité sans faute, soit par la solidarité sur le fondement des accidents médicaux non fautifs lorsque les seuils définis⁵⁵ seraient atteints. Le recours à la solidarité risquerait alors d'être délaissé, les seuils étant jugés trop restrictifs, les victimes ayant tout intérêt à agir contre l'établissement public de santé. De plus, la notion de défaut instituée par le Conseil d'État n'est pas nécessairement corrélée avec le défaut défini par la directive européenne, la Haute Cour administrative pourrait librement libéraliser sa définition du défaut pour y inclure un maximum de dommages.

La solidarité, instituée à la faveur des assureurs en pleine crise de l'assurance de responsabilité médicale⁵⁶, perdrait son rôle d'amortisseur de la responsabilité. La majorité des dommages provenant d'un défaut serait alors indemnisée à travers le canal de la responsabilité sans faute. Dans l'hypothèse où la victime d'un défaut agirait contre l'établissement public de santé, mais dont le dommage pourrait être pris en charge au titre de la solidarité, un recours

subrogatoire contre l'ONIAM serait-il alors possible⁵⁷ ?

La Cour de cassation se garde ainsi bien de modifier l'équilibre subtil instauré par le législateur afin d'éviter un mouvement inflationniste des primes d'assurance qui pénaliserait les acteurs privés de la santé. On objectera que la solution du juge administratif reste, à quelques exceptions près, indolore, l'établissement de santé ou le professionnel de santé ayant toujours la possibilité d'exercer une action récursoire à l'encontre du producteur.

Aussi, nous pouvons nous féliciter de cette solution qui permet de maintenir l'équilibre voulu par le législateur. Cependant, il est regrettable que certaines victimes restent sans protection, notamment celles n'entrant pas dans le cadre de la solidarité nationale pour aléa thérapeutique et où le producteur arriverait à s'exonérer ; la solution du Conseil d'État ayant néanmoins le mérite d'offrir la meilleure protection possible à la victime.

Timothy James

52 - Article 1245-10 du Code civil.

53 - Article L.1142-1, II, du Code de santé publique.

54 - CE., ass., 9 avr. 1993, Bianchi, n°69336, Lebon 127, concl. Daël ; *RFDA*, 1993, 573 ; *AJDA*, 1993, 344, chron. Maugé et Touvet ; *RD publ.*, 1993, 1099 ; *JCP*, 1993, II, 22061 ; *Quot. jur.*, 1993, n°49, p. 6, note Deguerge ; *D.*, 1994, 65, obs. Bon et Terneyre.

55 - Décret n°2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L.1142-1 du code de santé publique, *JORF*, n°81, 5 avril 2003, p.6114.

56 - GOMBAULT (Nicolas), « La situation de l'assurance de responsabilité médicale », *RDSS*, 2010, p.51.

57 - V. Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2018, n°17-10.657 et avis CE., 17 septembre 2012 n°360280.

Caroline Le Goffic

Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

I. Droit des marques

Le Conseil d'État valide les recommandations de l'ANSM préconisant d'éviter le recours à des marques ombrelles

CE, 21 octobre 2019, n° 419996

L'impact des considérations de santé publique sur le droit des marques, et en particulier les restrictions imposées aux droits de propriété intellectuelle des laboratoires pharmaceutiques, ont été maintes fois soulignés¹.

L'arrêt rendu le 21 octobre 2019 par le Conseil d'État valide de nouvelles restrictions qui, si elles ne sont pas imposées aux fabricants de médicaments, leur sont du moins suggérées par l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM) au travers de deux recommandations. Rappelons que l'Agence est chargée de délivrer les autorisations de mise sur le marché (AMM) des médicaments, et que les dossiers de demande d'AMM doivent, notamment, mentionner le nom du médicament. Ce dernier peut, entre autres, consister en une marque, dans les conditions prévues à l'article R. 5121-2 du Code de la santé publique.

En l'espèce, l'ANSM avait, en janvier 2018, émis deux recommandations relatives au choix du nom des médicaments et à l'étiquetage des conditionnements de ces derniers. L'Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable a introduit contre ces textes un recours pour excès de pouvoir, en ce qu'ils préconisent de ne pas utiliser de marques ombrelles et de ne pas faire apparaître la marque sur la face principale du conditionnement des médicaments.

Pour rejeter ce recours, le Conseil d'État admet d'abord que les recommandations litigieuses constituent des actes faisant grief aux laboratoires pharmaceutiques, dans la mesure où l'ANSM y précise les éléments qu'elle entend prendre en considération, à l'occasion de l'examen des demandes d'autorisation de mise sur le marché ou de modification d'autorisation, pour apprécier le respect des

dispositions applicables au nom et au conditionnement des médicaments, afin de contribuer à la prévention des erreurs médicamenteuses. Si ces décisions sont certes dépourvues d'effets juridiques, elles ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des demandeurs et titulaires d'autorisations de mise sur le marché et d'enregistrements, ainsi que sur les comportements de consommation des patients recourant à l'automédication, et sont de ce fait de nature à produire des effets notables. Ainsi l'association requérante est-elle recevable à en demander l'annulation.

Sur le fond, le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article R. 5121-2 du Code de la santé publique, « Le nom d'un médicament peut être soit un nom de fantaisie, soit une dénomination commune ou scientifique assortie d'une marque ou du nom du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou de l'entreprise assurant l'exploitation du médicament. Le nom de fantaisie ne peut se confondre avec la dénomination commune ». Par ailleurs, aux termes de l'article R. 5121-3 du même code, « Sans préjudice de l'application de la législation relative aux marques de fabrique, de commerce et de service, le nom de fantaisie est choisi de façon à éviter toute confusion avec d'autres médicaments et ne pas induire en erreur sur la qualité ou les propriétés de la spécialité ».

S'agissant de la pratique des « marques ombrelles », le Conseil d'État en reproduit la définition telle que posée par l'ANSM. Il s'agit, pour un titulaire d'autorisations de mises sur le marché de médicaments pouvant être délivrés sans prescription médicale, soit d'utiliser un même nom de fantaisie pour plusieurs médicaments dont la composition en substances actives et les indications thérapeutiques sont différentes, soit de choisir, pour un médicament, un nom de fantaisie qui partage tout ou partie du nom d'un autre produit de santé tel un dispositif médical, d'un produit cosmétique ou encore d'une denrée alimentaire. La question est ici de savoir si le fait, pour l'ANSM, de déconseiller l'emploi de telles marques, ce qui limite le choix des laboratoires pharmaceutiques, est légitime au regard de l'impératif de santé publique poursuivi.

Le Conseil d'État répond par l'affirmative, au motif que la pratique des marques ombrelles « est susceptible de favoriser la confusion entre des médicaments de composition en substances actives et d'indications différentes et peut ainsi induire en erreur sur leur qualité ou leurs propriétés, ce que vise à proscrire l'article R. 5121-3 du code de la santé publique ». En ce sens, l'ANSM avait notamment souligné qu'en 2015, les erreurs de délivrance avaient ainsi donné lieu à quinze cas graves d'effets indésirables, dont un décès lié à une confusion entre un anticoagulant et un médicament pour la prostate aux noms proches.

S'agissant des recommandations relatives à l'étiquetage

1 - V. notam. C. Le Goffic, « La protection de la santé publique nuit-elle gravement à la propriété intellectuelle ? », *Prop. intell.* 2018, n° 66, p. 23.

des conditionnements de médicaments, elles étaient contestées en ce qu'elles préconisent, pour favoriser l'identification et le bon usage des médicaments, de privilégier sur le conditionnement, par la taille des caractères, la dénomination commune et le dosage du médicament par rapport à son nom de fantaisie, et de ne pas faire figurer le logo de la marque ou du laboratoire sur la face principale du conditionnement. Sur ce point également, le Conseil d'État estime que la balance penche en faveur de la protection de la santé publique, considérant que la recommandation en cause ne s'oppose pas à ce que ce nom et ce logo apparaissent de façon claire et lisible dans l'étiquetage. Dès lors, il ne peut être soutenu qu'elle pourrait entraîner pour les laboratoires une privation de leur droit sur la marque par application de l'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle, relatif à la déchéance de ses droits qu'encourt le propriétaire d'une marque qui, sans justes motifs, n'en fait pas un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans.

Ainsi le Conseil d'État conclut-il que l'ANSM n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en adoptant les deux recommandations attaquées. Cet arrêt s'inscrit parfaitement dans la tendance actuelle qui fait prévaloir des considérations vitales de santé publique sur les droits de propriété intellectuelle des laboratoires pharmaceutiques. En l'espèce, les restrictions semblent effectivement justifiées, et au demeurant relativement limitées dans leur portée.

Caroline Le Goffic

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

II. Droit de la concurrence

Les bienfaits des règles de concurrence se mesurent à l'aune de différents critères. En général, tout d'abord, il est certainement souhaitable d'instituer des mécanismes destinés à soustraire les échanges de produits ou de services des seules ambitions de leurs acteurs. Comme cette rubrique en témoigne, il arrive en effet dans bien des hypothèses qu'ils mettent en place à leur profit exclusif des stratégies qui n'échappent pas nécessairement à tout reproche. L'adoption de normes en la matière tend ainsi à réduire les possibilités de tels débordements. Mais il y a plus. En particulier, ensuite, il est tout aussi évident que la plus grande rigueur s'impose également dans des secteurs de la vie sociale réputés pour la gravité de leurs enjeux. La santé occupe à cet égard une place indiscutable.

Les conséquences qui en résultent n'en sont que plus significatives. Il s'agit en vérité de faire preuve de la plus grande lucidité. En d'autres termes, l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics est double. D'une part, il s'agit clairement de soumettre les opérations marchandes au contrôle que prévoient les textes, autant de fois qu'il est nécessaire. D'autre part, il s'agit également de trouver la meilleure réponse qui soit en des périodes troublées, comme il arrive aujourd'hui. On aura compris qu'est ici clairement visée la crise sanitaire liée à la propagation de la COVID-19, au-delà même des frontières de chaque État. Pour cette raison, une autre approche des questions de concurrence s'impose au regard des risques encourus par des milliers de personnes.

En ces temps pour le moins agités, la mise en œuvre des dispositions en vigueur s'articule autour de deux axes principaux. Aux principes généraux en la matière **(1)** sont apportées des dérogations exceptionnelles dans l'intérêt de la santé publique **(2)**.

1. De principes généraux

La perspective d'atteintes aux règles de concurrence représente pour ainsi dire une menace permanente. Les précédentes livraisons de cette rubrique en témoignent suffisamment pour en être pleinement convaincu. Nul ne s'étonnera dès lors de la persistance de différents schémas mis en place pour assurer une lutte efficace contre certains

dérèglements.

L'intervention des autorités ou instances compétentes est alors l'occasion de rappeler la nécessité d'en revenir aux préceptes fondamentaux qui doivent être respectés par tous. La formule que l'on emploie ici est délibérément neutre. Les acteurs du marché ne sont pas en effet les seuls à pouvoir être mis en cause...

Les priorités affichées, en effet, ne varient guère. Comme en attestent des décisions récentes, il est toujours question de faire respecter la hiérarchie des normes **(A)** et la liberté de concurrence **(B)**.

A. De la hiérarchie des normes

Le rôle de l'État est de toute évidence, par une gamme étendue de mesures, de contribuer à la sauvegarde de la santé publique. Cette emprise n'est pas en cause. Mais ses modalités de mise en œuvre peuvent l'être, en particulier lorsqu'elles contredisent l'ordonnancement « normal » des dispositions qui les gouvernent. Il est ainsi nécessaire d'aborder un sujet d'autant plus sensible qu'il conduit à un examen de la conformité à la hiérarchie des normes de la réglementation instituée en vue de l'exercice de certaines professions. La question avait déjà été abordée dans ces lignes¹. Mais elle mérite que l'on y revienne en raison d'une décision récente de la Cour de cassation².

Un contentieux est en effet apparu ces derniers temps pour déterminer la valeur des textes de droit interne réservant aux médecins les pratiques d'épilation au laser ou à la lumière pulsée. Dans tous les cas de figure, il revenait aux juridictions saisies de se prononcer sur la valeur d'un monopole dont l'étendue elle-même pouvait être de nature à contredire des principes supérieurs. Le débat s'est ainsi porté sur les contours d'un tel dispositif **(a)** et sa compatibilité ou non avec le droit de l'Union européenne **(b)**.

a) Des contours d'un monopole réservé aux médecins

L'existence de restrictions à l'exercice de la profession médicale correspond en elle-même à une nécessité qui ne saurait véritablement être discutée. Elle a pour corollaire logique l'existence de sanctions susceptibles d'être infligées à quiconque s'en affranchirait. La véritable question, en réalité, est ailleurs. Elle réside plus précisément dans la délimitation des activités qui ne peuvent être exercées que par des médecins.

Dans ce contexte, on le sait, les tribunaux ont été amenés à se prononcer sur la possibilité pour des personnes

1 - [JDSAM 2020 n°25](#) p.126 avec nos observations

2 - Cass. crim., 21 mars 2020 D. 2020 p.881, JCP G 2020 554 note B. Py, F. Vialla.

dépourvues de cette qualité de se livrer à des actes d'épilation par ailleurs strictement encadrés. Leur analyse met en évidence deux éléments principaux : le principe (1°) et la portée d'une sélectivité (2°) prévue par les textes.

1° Principe d'une sélectivité imposée par les textes

La profession médicale appelle des compétences que seules de longues études sanctionnées par différents types d'examens ou concours permettent effectivement d'acquérir. Dès lors se trouve défini en quelque sorte « un périmètre » réservé aux seuls porteurs de la qualification requise. Simple dans son principe, la règle devient plus incertaine au regard de dispositions spécifiques à des pratiques qui n'entretiennent peut-être avec la médecine que de lointains rapports.

Il existe à cet égard une certaine communauté d'inspiration entre les décisions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire saisies d'une difficulté liée aux exigences relatives à l'utilisation de dispositifs d'épilation à la lumière pulsée. Dans les deux hypothèses, les demandeurs au pourvoi arguaient de l'illégalité de l'arrêt du 6 janvier 1962 qui exclut l'aptitude du personnel non médical à pratiquer tout mode d'épilation « sauf les épilations à la pince ou à la cire ». On ne reviendra pas ici sur la réponse qu'avait donnée sur ce point par le passé le Conseil d'État dans une décision solidement motivée. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation relève d'une logique similaire.

Elle avait en vérité à se prononcer également sur la valeur d'un texte porteur d'une interdiction dénoncée par des professionnels s'estimant injustement évincés d'une pratique qui aurait dû normalement rester à leur portée. La réponse donnée en l'espèce par les magistrats reprend, en s'y référant formellement, l'essentiel de la motivation développée par la Haute juridiction administrative. En d'autres termes, elle cantonne à son tour la sélectivité imposée par le texte litigieux à l'intérieur de strictes limites. Faute de les avoir établies avec la rigueur nécessaire, l'arrêt déféré est cassé, au demeurant sans renvoi, « la Cour de cassation étant en mesure d'appliquer directement la règle de droit et de mettre fin au litige, ainsi que le permet l'article L.411-3 du code de l'organisation judiciaire ».

La sélectivité imposée par les textes emporte des conséquences qu'il est également nécessaire de mettre en lumière.

2° Portée d'une sélectivité imposée par les textes

Le dispositif qui vient d'être présenté comporte une interdiction d'autant plus forte que sa méconnaissance est susceptible de tomber sous le coup de la loi pénale. En d'autres termes, le fait de se livrer, sans les titres requis, à des pratiques réservées aux seuls médecins caractérise le délit d'exercice illégal de la médecine prévu à l'article L.4161-1 du code de la santé publique. La théorie est une chose. Mais il reste à la mettre en œuvre en conformité aux exigences de la justice pénale.

Comme dans l'arrêt étudié, se pose alors la question

des conditions d'incrimination imposées par ce texte. Le litige, d'une certaine façon, ne change guère de nature. Une décision de condamnation ne peut en effet résulter que d'une disposition qui, à bon droit, érige un comportement donné en infraction pénale. Les juges du fond avaient considéré en l'espèce que les « officines » d'esthétique, faute des titres requis, s'étaient bien rendues coupables du délit d'exercice illégal de la médecine. La Cour de cassation, cette fois, censure leur décision au travers d'un argumentaire empreint d'une certaine habileté, si ce n'est porteur d'une véritable contradiction. Dans un premier temps, en effet, elle procède au rappel de sa propre jurisprudence qu'elle ne peut de toute évidence qu'approuver au regard même des décisions les plus récentes (Crim., 29 janvier 2019 pourvoi n° 16-85746). Mais, dans un second temps, elle procède à un revirement plutôt inattendu en prenant appui sur la décision qu'avait rendue antérieurement dans ce même contexte le Conseil d'État.

Le sujet est en réalité moins éloigné des problèmes de concurrence qu'il n'y paraît au premier abord. Sans doute, existe-t-il en jurisprudence une approche fondée sur des mécanismes d'ordre purement répressif qui témoignent de la vitalité de la qualification étudiée³. Il n'empêche qu'en l'espèce la Haute juridiction impose la nécessité d'intégrer à l'analyse de nouveaux paramètres au nom d'un utile retour aux règles de concurrence.

b) D'une incompatibilité avec le droit de l'Union européenne

Il ressort en vérité de l'arrêt commenté un enseignement majeur. L'interdiction posée par l'arrêt litigieux ne peut donner lieu à aucune poursuite pénale parce qu'elle est contraire à la hiérarchie des normes en vigueur dans notre droit. Une parfaite unité règne désormais sur ce point, quelle que soit au demeurant la juridiction saisie. La Cour de cassation reprend en effet à son compte l'ensemble des arguments précédemment mis en avant par le Conseil d'État.

Cet arrêt est le signe d'une évolution sensible. Il témoigne tant d'un retour aux sources (1°) que d'une perspective de réforme (2°).

1° D'un retour aux sources

Le visa des articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne constitue clairement un rappel à l'ordre. La Cour de cassation censure sur ce fondement la décision rendue par les juges du fond au nom d'une hiérarchie des normes qu'ils n'auraient jamais dû méconnaître. Dans cette perspective, elle rappelle que « la liberté d'établissement et la libre prestation de services ne peuvent faire l'objet de restrictions justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, que si ces mesures s'appliquent de manière non discriminatoire, sont propres à garantir de façon cohérente, la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ». Elle ajoute

3 - Cf. en ce sens B.Py et F. Vialla, note précitée

également qu' « en application des principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire, il incombe au juge national, chargé d'appliquer les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire du droit national ».

Comme le Conseil d'État auparavant, la Cour de cassation considère qu'il n'existe aucune justification au monopole dont sont en l'espèce titulaires les médecins pour les actes litigieux. Dès lors, s'imposent les principes fondateurs du TFUE à la faveur desquels aucune condamnation pénale ne peut frapper les personnels ou établissements poursuivis.

L'État français, d'une certaine façon, le concède dans une perspective que ne manque pas de relever la Haute juridiction.

2° D'une perspective de réforme

Dans le prolongement de ce qu'avait décidé en termes vigoureux le Conseil d'État, la Cour de cassation fait expressément état d'une évolution destinée, à brève échéance, à garantir la sauvegarde de la santé publique dans le respect des textes de l'Union. Ainsi, se réfère-t-elle à une volonté officielle de changement déjà annoncée au mois de novembre 2019, peu de temps après l'arrêt rendu par la Haute juridiction administrative. On se souvient de la façon dont la Ministre des solidarités et de la santé avait été à l'époque interpellée⁴. Sa réponse était claire. Pour balayer les griefs adressés au dispositif en vigueur, elle arguait d'une initiative des services du ministère en charge de l'économie et du ministère de la santé pour « ouvrir de manière encadrée la pratique de l'épilation à la lumière pulsée aux esthéticiens dans un souci de sécurité des utilisateurs et des consommateurs ». Les Hauts magistrats prennent le soin à cet égard de rappeler le processus que le Gouvernement français a notifié à la Commission européenne un projet de décret en ce sens. Les mois passent...

Le rappel de la hiérarchie des normes, aussi important soit-il, se prolonge néanmoins par d'autres mises en garde.

B. De la liberté de concurrence

L'ouverture des marchés constitue une priorité qui, on le sait, domine à l'évidence toute la politique de concurrence instituée par les textes. Elle tient à une exigence de liberté dont ne sauraient impunément s'affranchir les intéressés. Rien n'est alors laissé au hasard. Il est vrai qu'un principe d'une telle importance appelle un ensemble de mesures qui en garantissent pleinement le respect.

Le dispositif en vigueur autorise l'intervention des autorités ou instances compétentes dans l'ensemble des hypothèses où peuvent être redoutées ou établies des entraves illégitimes à la concurrence. Entre dans ce cadre la mise en oeuvre des règles qui interdisent les pratiques

4 - Question n°21968 de Mme Kerbarh à laquelle il a été répondu au JO du 26 novembre 2019 [JDSAM 2020 n°25](#) p.126 avec nos observations

anticoncurrentielles (a) ou imposent un contrôle des opérations de concentration (b).

a) De l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

La succession de décisions de condamnation n'y fait rien. Il existe et continue à exister des pratiques susceptibles d'être reprochées à des laboratoires pharmaceutiques qui enfreignent la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, au mépris des dispositions des articles 101 et 102 TFUE. Sont ici plus précisément en cause, une nouvelle fois, les accords de report d'entrée sur le marché de médicaments génériques auxquels les entreprises en cause persistent encore à consentir.

La stratégie que l'on évoque ici alimente un contentieux qui met clairement en lumière les griefs susceptibles d'être reprochés à leurs promoteurs et les critères qui président à leur condamnation⁵. Les accords litigieux, dits « pay for delay », échappent difficilement, on le sait à une condamnation des instances de l'Union européenne. En réponse à une question préjudicielle que lui avait posée le Competition Appeal Tribunal (Tribunal de la concurrence britannique), la Cour de justice de l'Union européenne statue le 30 janvier 2020 dans un arrêt dénué de toute indulgence⁶. Il est l'occasion d'étudier de plus près la teneur des accords litigieux à travers le prisme des critères sur lesquels reposent les qualifications d'entente anticoncurrentielle (1°) et d'abus de position dominante (2°).

1° D'une entente anticoncurrentielle

L'hypothèse de départ est à certains égards relativement simple, à défaut d'être nouvelle. La perte de l'exclusivité des droits conférés par le brevet de médicament à l'expiration d'un certain délai représente à l'évidence une difficulté majeure pour son titulaire. Ainsi, sans mesurer les risques d'une telle stratégie ou dans l'idée de les assumer malgré tout, les laboratoires concernés nouent des accords avec des génériqueurs en quête de nouveaux débouchés, pour en moduler ou empêcher les effets. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur le contenu et la portée, en termes de concurrence, de la stratégie mise au point par le groupe pharmaceutique GlaxoSmithKline (GSK) pour tirer profit le plus longtemps possible des retombées de son invention jusqu'alors couverte par un brevet sur le principe actif du médicament antidépresseur paroxétine et des brevets

5 - Cf. sur l'ensemble de la question C. Grynfogel, Les comportements anticoncurrentiels du secteur pharmaceutique : une approche sévère des autorités de concurrence RJDA 2019 n°1 p. 3 (1^{ère} partie), RJDA 2019 n°2 p.89 (2^{nde} partie)

6 - CJUE, 30 janvier 2020 aff. C-307/18 Generics (UK)Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, Actavis UK Ltd, Merck KGaA c. Competition and Markets Authority JOUE C-137 du 27 avril 2020 p. 6, JCP E 2020 act. 93, Contrats Concurr. Consumm. 2020 comm. 71 D. Bosco, Europe 2020 comm. 104 et comm. 105 L. Idot, RLC 2020 n°92 p.7, LEPI 2020 n°4 p. 5 note F. Herpe, L'actu-concurrence A. Ronzano Actualités du droit de la concurrence n°4/2020 du 2 février 2020 à consulter sur le site Internet www.lactuconcurrency.fr; *adde* conclusions de l'avocate générale J. Kokott Communiqué de presse n°5/20 du 22 janvier 2020

secondaires protégeant certains procédés de fabrication. La réponse tient à de longs développements sur les tenants et aboutissants du « montage » élaboré dans ce cadre. La difficulté tient certainement à l'enchevêtrement de volontés qu'il est demandé à la Cour de confronter à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Sa décision apporte d'utiles précisions sur des points essentiels.

En premier lieu, l'arrêt étudié établit la vocation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE à appréhender la situation créée par les parties en présence. Il est facile de mesurer l'importance spécifique de ce point au regard de la définition large que la Cour donne du degré d'affectation de la concurrence qui en résulte ou peut en résulter. La nuance, loin d'être de pure forme, est de toute évidence cruciale. Le texte précité est à ce titre susceptible de s'appliquer même en présence d'une situation de concurrence seulement « potentielle ». Tel est encore une fois le cas pour ces accords de règlement amiable dans la mesure où il existe « des possibilités réelles et concrètes » qu'une entreprise jusqu'alors absente du marché vienne s'y intégrer aux dépens d'autres structures préexistantes (points 40 s.). La Cour précise à ce titre les différents éléments à prendre en considération. Il en résulte que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que sont en situation de concurrence potentielle, d'une part, un fabricant de médicaments princeps titulaire d'un brevet de fabrication d'un principe actif venu à expiration et, d'autre part, des fabricants de médicaments génériques s'appêtant à entrer sur le marché dudit médicament, en litige sur la validité de ce brevet ou sur le caractère contrefaisant des médicaments génériques en jeu, lorsqu'il est établi que le fabricant de médicaments génériques a effectivement la détermination ferme ainsi que la capacité propre d'entrer sur le marché et que celui-ci ne se heurte pas à des barrières à l'entrée présentant un caractère insurmontable, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier (point 58).

En second lieu, l'arrêt étudié procède à la mise en œuvre du texte précité en précisant « mot pour mot » le contenu de l'alternative qui s'y trouve énoncée. Dans cette optique, pour répondre à l'une des autres questions qui lui étaient posées, la Cour de justice définit successivement les notions de restriction de concurrence « par objet » et « par effet ». Il est clair que cette approche est loin d'être le fruit du hasard. Si la première de ces hypothèses ne peut être établie avec la rigueur voulue, l'autre a au moins vocation à intervenir selon des critères spécifiques. L'arrêt, conformément à une tendance désormais solidement ancrée en la matière, insiste en réalité davantage sur la première branche de l'option. Sans doute, convient-il en toutes circonstances de faire objectivement la part des choses. En d'autres termes, il revient aux juges de recenser et analyser les multiples données de l'affaire qui leur est soumise. Mais la plus grande vigilance s'impose également en considération des enjeux de tout litige relatif aux modalités de mise sur le marché de médicaments, de quelque nature qu'ils soient. Pour cette raison, la Cour de justice se livre à un examen approfondi des circonstances et des incidences des accords litigieux. Les critères retenus sont plus précisément de deux ordres. Les

uns, en quelque sorte « négatifs » témoignent d'une certaine réserve ou prudence en la matière (points 84 s.). Ainsi, la Cour estime que le seul transfert de valeurs à caractère monétaire ou non monétaire effectué par le fabricant de médicaments princeps n'est pas suffisant pour le qualifier de « restriction par objet ». Les autres, « positifs », sont assurément plus contraignants. Le partage s'opère plus précisément à travers la signification véritable du « transfert de valeurs » impliqué dans les échanges entre les parties. Il en résulte que la qualification de « restriction par objet » doit être retenue lorsqu'il ressort de l'analyse des clauses litigieuses que le transfert de valeurs s'explique uniquement par l'intérêt commercial tant du titulaire du brevet que du contrefacteur de ne pas se livrer à une concurrence dotée de l'objectivité nécessaire (point 87). A l'issue d'un examen rigoureux des données de l'espèce, la Cour décide « que constitue un accord ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence un accord de règlement amiable d'une procédure juridictionnelle pendante opposant un fabricant de médicaments princeps à un fabricant de médicaments génériques, en situation de concurrence potentielle, au sujet de la validité d'un brevet de procédé de fabrication du principe actif d'un médicament princeps tombé dans le domaine public dont est titulaire le premier fabricant ainsi qu'au sujet du caractère contrefaisant d'une version générique de ce médicament, par lequel ce fabricant de médicaments génériques s'engage à ne pas entrer sur le marché du médicament contenant ce principe actif ainsi qu'à ne pas poursuivre son action en nullité de ce brevet pendant la durée de l'accord en contrepartie de transferts de valeurs en sa faveur par le fabricant de médicaments princeps : - s'il ressort de l'ensemble des éléments disponibles que le solde positif des transferts de valeurs du fabricant de médicaments princeps au profit du fabricant de médicaments génériques s'explique uniquement par l'intérêt commercial des parties à l'accord à ne pas se livrer une concurrence par les mérites, - à moins que l'accord de règlement amiable concerné ne soit assorti d'effets proconcurrentiels avérés de nature à faire raisonnablement douter de son caractère suffisamment nocif à l'égard de la concurrence » (point 111). Il revenait encore à la Cour de se prononcer sur l'autre branche de l'alternative de l'article 101, paragraphe 1, TFUE au regard de la notion de « restriction par effet ». L'approche qu'elle retient dans ce cadre privilégie une confrontation entre une pluralité de données, d'autant qu'il lui est formellement demandé d'évaluer l'influence du contentieux de la contrefaçon noué entre les parties. Fidèle à sa jurisprudence, la Cour se concentre au contraire sur « les éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible » (point 115). Elle décide ainsi de privilégier l'analyse économique de la situation créée par les accords en cause. Pour cette raison, elle décide que « l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que la démonstration de l'existence d'effets sensibles potentiels ou réels sur la concurrence d'un accord de règlement amiable, tel que ceux en cause au principal, et, partant, sa qualification de « restriction par effet » ne présuppose pas qu'il soit constaté que, en l'absence

de celui-ci, soit le fabricant de médicaments génériques partie à cet accord aurait probablement obtenu gain de cause dans la procédure relative au brevet de procédé en cause, soit les parties audit accord auraient probablement conclu un accord de règlement amiable moins restrictif (point 122).

Au-delà du constat de l'emprise effective d'une entente anticoncurrentielle, se posait encore la question en l'espèce de l'existence d'un abus de position dominante.

2° D'un abus de position dominante

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles englobe également, on s'en souvient, des stratégies susceptibles de constituer un abus de position dominante au sens des dispositions de l'article 102 TFUE. Il est vrai que l'initiative contestée est intrinsèquement liée à des velléités de « grands » laboratoires désireux de maintenir leurs parts de marché le plus longtemps possible. Le développement des médicaments génériques constitue à cet égard un obstacle majeur qu'ils peuvent chercher à contourner au prix d'avantages abusivement négociés avec leurs concurrents. L'arrêt étudié se situe dans cette perspective qui invite la Cour à se prononcer sur deux points essentiels.

En premier lieu, conformément aux dispositions du texte applicable, se pose la question de la délimitation du marché sur lequel se déploient les pratiques litigieuses. Sans doute, des liens étroits unissent-ils en eux-mêmes les produits en cause. Mais il subsiste en tout état de cause une zone d'incertitude quant à leur permanence en raison du conflit opposant les parties sur la titularité du droit revendiqué. La réponse s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour. En d'autres termes, « la notion de marché pertinent implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits ou les services qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits ou les services faisant partie d'un même marché » (point 129). Il pourrait alors exister un degré suffisant d'interchangeabilité entre le médicament princeps et les médicaments génériques si les fabricants de médicaments génériques concernés sont en mesure de se présenter à brève échéance sur le marché concerné avec une force suffisante pour constituer un contrepond sérieux au fabricant du médicament princeps déjà présent sur le marché (point 133). Une réponse s'impose ainsi à la Cour sur le fondement de cette analyse : « l'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens que, dans une situation dans laquelle un fabricant de médicaments princeps contenant un principe actif tombé dans le domaine public, mais dont le procédé de fabrication est couvert par un brevet de procédé dont la validité est contestée fait obstacle, sur le fondement de celui-ci, à l'entrée sur le marché de versions génériques de ce médicament, il convient de prendre en considération, aux fins de la définition du marché de produits concerné, non seulement la version princeps de ce médicament, mais également les versions génériques de celui-ci, même si celles-ci pourraient ne pas être en mesure d'entrer légalement sur le marché avant l'expiration dudit brevet de procédé, si les

fabricants de médicaments génériques concernés sont en mesure de se présenter à brève échéance sur le marché concerné avec une force suffisante pour constituer un contrepond sérieux au fabricant de médicaments princeps déjà présent sur ce marché, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » (point 140).

En second lieu, la Cour de justice devait déterminer la teneur elle-même de l'abus imputé au laboratoire GlaxoSmithKline. Elle procède à ce titre au rappel des principes qui gouvernent la mise en œuvre de l'article 102 TFUE en général et dans le cadre de la stratégie dont elle était saisie (points 148 s.). Un point-clé de son raisonnement réside dans l'obligation faite à l'entreprise détentrice d'une position dominante « de répondre d'une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur » (point 153). Or, différents éléments du dossier font apparaître sur ce point les « défauts » inhérents aux accords litigieux. Certes, l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position ni du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, ni de la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts commerciaux. Toutefois, demeure un risque d'abus en des circonstances dûment identifiées. Tel est le cas des accords soumis à examen. Il leur est en particulier reproché d'avoir « eu, si ce n'est pour objet, du moins pour effet de retarder l'entrée sur le marché de médicaments génériques contenant le principe actif « paroxétine » tombé préalablement dans le domaine public et, partant, de prévenir une diminution significative des prix des médicaments princeps contenant ce principe actif et produits par GSK, dont la conséquence directe aurait été une baisse sensible des parts de marché de GSK ainsi qu'une baisse tout aussi sensible du prix de vente de son médicament princeps » (point 155). Il en résulte bien un risque d'entrave au développement de la concurrence sur le marché d'un principe actif tombé dans le domaine public au préjudice du consommateur final ou, à tout le moins, des systèmes nationaux de santé. Il appartiendra à la juridiction de renvoi de se prononcer sur ce point et d'examiner les causes de justification que pourrait mettre en avant l'entreprise en cause.

L'exigence de liberté de la concurrence conduit à l'intervention des pouvoirs publics dans un autre contexte.

b) Du contrôle des concentrations

La surveillance des marchés se justifie également en considération des risques que peuvent faire naître des stratégies d'acquisition, de fusion d'entreprises selon des modalités susceptibles d'affecter la densité ou la qualité des échanges dans une sphère donnée. Pour cette raison, dans la mesure fixée par les textes, un contrôle de certaines de ces opérations est susceptible d'intervenir selon un schéma dont l'actualité se fait régulièrement l'écho.

Les données propres à chaque espèce s'inscrivent dans une alternative imposée par les textes qui prévoit,

selon les cas, l'intervention de la Commission de l'Union européenne (1°) ou de l'Autorité de la concurrence (2°)

1° Du contrôle de la Commission de l'Union européenne

L'intervention de la Commission a été sollicitée à différentes reprises au titre des dispositions du règlement sur les concentrations.

Tout d'abord, elle a reçu par exemple notification d'un projet de concentration entre ElancoAnimal Health Inc. (États-Unis) (« Elanco ») et Division « santé animale de Bayer AG (BAH) contrôlée par Bayer AG (« Bayer) »⁷. Elanco, entreprise du secteur de la santé animale qui développe, fabrique et commercialise des produits destinés aux animaux de compagnie dans le monde entier, acquiert par achat d'actions le contrôle exclusif de BAH qui comprend les activités de Bayer dans ce même secteur.

Ensuite, la Commission a ouvert une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de GrandVision par Essilor Luxottica⁸. Elle craint que la concentration ne réduise la concurrence sur le marché de la fourniture en gros de verres ophtalmiques et d'articles de lunetterie, ainsi que sur celui de la fourniture au détail d'articles d'optique. Elle a pris une position similaire sur le projet d'acquisition de Tachosil par Johnson et Johnson. La Commission redoute en l'espèce que la concentration puisse réduire la concurrence potentielle et l'innovation dans le domaine de la fourniture des compresses hémostatiques à double action⁹.

Enfin, la Commission a autorisé sous conditions la concentration entre Mylan et la division Upjohn de Pfizer qui exploite son activité « médicaments de marque non protégés par un brevet et génériques »¹⁰. La décision est en réalité subordonnée à la cession de l'activité exercée par Mylan pour certains médicaments génériques, y compris les autorisations de mise sur le marché applicables, les marques et les contrats, ainsi que des modalités transitoires de production et de fourniture. Elle a également levé les engagements pris par Takeda en vue d'obtenir l'autorisation de son acquisition de Shire, société biopharmaceutique mondiale spécialisée dans le développement des traitements des maladies rares dans un large éventail de domaines thérapeutiques¹¹.

Le contrôle d'opérations dénuées d'incidences hors de nos frontières appartient à l'Autorité de la concurrence.

.....

7 - Affaire M.9554 Elanco Animal/Bayer Animal Health Division JOUE C-132 du 23 avril 2020 p.12

8 - Aff. M.9569 EssilorLuxottica/GrandVision Communiqué de presse de la Commission de l'Union européenne du 6 février 2020 IP/20/2017

9 - Affaire M.9547 Johnson & Johnson /Tachosil JOUE C-102 du 30 mars 2020 p.2, Communiqué de presse de la Commission de l'Union européenne du 25 mars 2020 IP/20/259

10 - Affaire M. 9517 Mylan/Upjohn Communiqué de presse de la Commission de l'Union européenne du 22 avril 2020 IP/20/724

11 - Commission de l'Union européenne, affaire M.8955 Communiqué de presse du 28 mai 2020 IP/20/967 ; [adde JDSAM n°22](#) p.73 avec nos observations

2° Du contrôle de l'Autorité de la concurrence

La vigilance reste de mise dans les dispositions du code de commerce relatives aux opérations de concentration. L'organe désigné à cet endroit est ainsi invité à vérifier leur innocuité sur la structure des marchés concernés.

On signalera tout d'abord des opérations en cours d'examen. L'Autorité de la concurrence a ainsi été saisie de deux projets de rapprochement de groupes de biologie médicale. La première notification, intervenue le 12 février 2020, concerne le groupe Biogroup et Dyomedea-Neolab¹². La seconde, intervenue le 6 avril 2020, concerne le groupe Biogroup et Laborizon¹³.

On se référera ensuite aux décisions rendues sur des prises de contrôle exclusif en différents secteurs. Certaines ont donné lieu sans difficulté à une autorisation de l'Autorité dans le secteur des analyses de biologie médicale¹⁴, dans la fourniture de prestations de services de santé à domicile¹⁵ ou l'offre de soins psychiatriques¹⁶. Une autre donne son feu vert sous condition du respect de conditions destinées à neutraliser de risques réels d'atteinte à la concurrence¹⁷. L'analyse à laquelle se livre en l'espèce l'Autorité est l'illustration même des précautions qu'impose une opération d'autant plus importante qu'elle recouvre une pluralité d'activités utiles à toute la communauté des patients de la zone considérée.

L'ensemble des interventions qui viennent d'être évoquées relève au fond d'une stricte orthodoxie. Elles témoignent de l'influence que doivent normalement avoir des préceptes fondamentaux du droit de la concurrence. Il reste toutefois à dépasser ce cadre pour tenir compte de circonstances tout à fait hors du commun.

2. De dérogations exceptionnelles

La liberté que défend en priorité le droit de la concurrence répond à des exigences normalement à l'abri de tout soupçon. En toute hypothèse, comme les développements

.....

12 - A consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

13 - A consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

14 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-DCC-12 du 24 janvier 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Biofutur par la société Omnes Capital, à consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

15 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-DCC-29 du 25 février 2020 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Santé Compagnie par la société Ardian France, à consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

16 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-DCC-63 du 6 avril 2020 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Sinoué par le groupe Orpea, à consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

17 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-DCC-38 du 28 février 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et de la SCI Bonnefon-Carnot par le groupe Elsan, à consulter sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence www.autoritedelaconcurrence.fr

qui précèdent le montrent, des contrôles de son usage existent en des circonstances où la sauvegarde de l'intérêt public doit l'emporter sur toute autre considération. Sa relativité joue donc dans l'intérêt du plus grand nombre. Nul ne saurait véritablement s'en étonner ou plaindre. Néanmoins, il peut être exigé encore davantage des acteurs du marché. Il est en effet du devoir des pouvoirs publics de réagir en présence d'événements mettant notamment en péril la santé des citoyens.

La crise que suscite dans les États la pandémie liée au Coronavirus en est sans aucun doute un parfait exemple. Elle a en effet imposé pour ainsi dire à tous d'instituer des mesures aptes à répondre à une urgence sanitaire d'une exceptionnelle ampleur¹⁸. L'aménagement du droit de la concurrence en fait de toute évidence partie en général et en particulier, pour favoriser l'accès aux soins qu'impose une telle situation. Il ne sera d'ailleurs question dans ces lignes que de cette dernière approche. Il va pour ainsi dire de soi que l'Union européenne y a pleinement contribué¹⁹. Parmi les mesures les plus emblématiques en la matière, figurent la levée de certaines prohibitions (A) et, à l'inverse, l'apparition de restrictions inédites (B).

A. De prohibitions levées

La sauvegarde de l'ouverture des marchés constitue, on le sait, une priorité essentielle du droit de la concurrence. A ce titre, comme les développements qui précèdent le montrent une nouvelle fois, certaines stratégies ont vocation à tomber sous le coup d'interdictions ou de contrôles dûment opérés par les instances compétentes. Le schéma général, par la force des choses, demeure. Mais il convient d'en observer un assouplissement sensible pour d'impérieuses raisons, liées à la crise du Coronavirus.

Relèvent de cette orientation deux mesures essentielles : l'élargissement des aides d'État (a) et l'autorisation d'accords de coopération (b).

a) De l'élargissement des aides d'État

Les restrictions normalement imposées aux aides d'État se justifient en considération de risques que celles-ci comportent en elles-mêmes pour l'ouverture de la

18 - Cf. notamment sur l'ensemble de la question L. Idot, COVID 19 et droit de la concurrence-Quelles adaptations ? Europe 2020 étude 3 ; L. Bettoni, Droit de la concurrence. L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles dans le contexte de pandémie de COVID 19 Contrats Concurr. Consomm. 2020 étude 6 ; C. Mathonnière, Le droit de la concurrence à l'épreuve du coronavirus RLC 2020 n°93 p.3

19 - Cf. notamment en ce sens, Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à l'aide d'urgence de l'Union européenne en matière de coopération transfrontalière dans le domaine des soins de santé en liaison avec la crise de la COVID-19 JOUE CI 111 du 3 avril 2020 p.1 ; Orientations pour un approvisionnement optimal et rationnel en médicaments afin d'éviter toute pénurie au cours de la pandémie de COVID-19 JOUE CI 116 du 8 avril 2020 p.1 ; Orientations sur la libre circulation des professionnels de la santé et sur l'harmonisation minimale des formations en liaison avec les mesures d'urgence contre la COVID-19-Recommandations concernant la directive 2005/36/CE JOUE C-156 du 8 mai 2020 p.1

concurrence en raison de l'avantage qu'elles confèrent à l'entreprise bénéficiaire au détriment des autres. Pour cette raison, les articles 107 et 108 TFUE en subordonnent l'octroi au respect de différentes conditions. Mais un tel dispositif a ses propres limites en des circonstances données. Les périodes de crise mettent précisément en évidence la nécessité de procéder à des ajustements de plus ou moins grande ampleur lorsque la sauvegarde de l'intérêt général l'exige. L'article 107 §2 b) TFUE admet à cet égard, de plein droit, les aides publiques « destinées à remédier aux dommages causés par des événements extraordinaires ». Il n'est dès lors guère surprenant que la Commission de l'Union européenne ait décidé de prendre les mesures qu'impose une crise sanitaire aux dimensions hors du commun²⁰. Son intervention couvre en vérité un très large spectre d'activités touchées par sa propagation. Elle autorise à ce titre des aides massives (1°) et prévoit en particulier, des aides dédiées à la santé publique (2°).

1° Des aides massives

La pandémie en cours produit des effets dont il est certain qu'elle affecte considérablement tous les secteurs de la vie économique et sociale. L'arrêt, ou à tout le moins le ralentissement d'innombrables activités, quelles qu'elles soient, les pertes qui en résultent sont autant de contraintes qu'il revient aux États de compenser pour éviter d'innombrables faillites prévisibles à plus ou moins brève échéance. Dans ce contexte d'une exceptionnelle gravité, la Commission de l'Union européenne a opté pour une réponse rapide aux difficultés rencontrées par l'ensemble des États membres. Son action d'ailleurs se poursuit encore au moment où ces lignes sont écrites.

Au titre d'une coordination générale des efforts à l'échelle de l'Union européenne, ont été publiées différentes communications « sur l'encadrement temporaire des mesures d'aides d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 »²¹.

Au titre de sa mise en œuvre concrète, il suffira sans doute de renvoyer aux différentes décisions par lesquelles la Commission a donné son accord aux États pour qu'ils viennent en aide aux entreprises en difficulté dans des secteurs sensibles²². Les bienfaits de cette intervention se mesurent tant par rapport au nombre de demandes satisfaites que par rapport au montant des sommes allouées dans les domaines les plus divers.

D'autres enseignements doivent être dégagés.

20 - Cf. notamment sur ce point, D. Berlin, Coronavirus-Des aides pour pallier une perturbation grave de l'économie JCP G 2020 act. 387 ; L.Idot, Covid-19 et contrôle des aides d'Etat : les premières réponses Europe 2020 alerte 24

21 - Communication de la Commission, C(2020) 1863 du 19 mars 2020 relative à l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'Etat visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 JOUE CI-91 du 20 mars 2020 p.1, JCP G2020 act.288

22 - Commission de l'Union européenne, Communiqués de presse des 4 avril, 6 avril, 8 avril, 9 avril, 11 avril, 15 avril, 16 avril, 24 avril, 27 avril, 28 avril, 29 avril, 30 avril, 4 mai, 5 mai 6 mai, 7 mai, 8 mai 2020, 11 mai, 12 mai 2020, 14 mai, 15 mai, 21 mai, 23 mai, 25 mai, 29 mai 2020

2° Des aides dédiées à la santé publique

Le soutien de la Commission de l'Union européenne recouvre également, par la force des choses, des initiatives propres à servir la santé publique. On donnera en exemple l'adoption le 3 avril d'un amendement étendant le cadre temporaire adopté le 19 mars 2020 pour permettre aux États membres d'accélérer la recherche, les tests et la production de produits pertinents pour les coronavirus, de protéger les emplois et de soutenir davantage l'économie dans le contexte de l'épidémie de coronavirus²³. Selon les dires eux-mêmes de la Commission, « non seulement, il convient de garantir l'accès aux liquidités et au financement, mais il est également essentiel de faciliter la recherche et le développement portant sur la COVID-19 et de soutenir la construction et la mise à niveau des installations d'essai des produits utiles dans la lutte contre la COVID-19 ainsi que la mise en place de capacités supplémentaires afin de fabriquer les produits nécessaires pour faire face à la flambée épidémique. Sont concernés les médicaments (y compris les vaccins) et les traitements médicaux pertinents, leurs produits intermédiaires, les principes actifs et les matières premières; les dispositifs médicaux, l'équipement hospitalier et médical (dont les appareils de ventilation, les vêtements et équipements de protection et les outils de diagnostic) et les matières premières nécessaires; les désinfectants et leurs produits intermédiaires ainsi que les matières premières chimiques nécessaires à leur production et les outils de collecte et de traitement des données »²⁴.

Au-delà d'une déclaration de principe, la Commission complète son dispositif d'encadrement temporaire des mesures d'aides d'État par l'insertion de plusieurs sections centrées sur les objectifs précités (Section 3.7 Aides à l'investissement en faveur des infrastructures d'essai et de développement ; Section 3.8 Aides à l'investissement en faveur de la fabrication de produits liés à la COVID-19). Des États ou régions ont d'ores et déjà bénéficié de ce soutien

pour financer des actions de R&D dans ce domaine²⁵.

La rigueur habituelle des règles de concurrence s'efface également à un autre point de vue.

b) De l'autorisation d'accords de coopération

Dans la rigueur des principes, comme la présente rubrique s'en est fait régulièrement l'écho, le droit de la concurrence interdit les pratiques anticoncurrentielles. Il en est notamment ainsi au regard de différentes formes d'ententes qui puissent porter atteinte à l'ouverture des marchés. La règle qui vient d'être évoquée empêche certaines formes de concertation dans un cadre donné. Logique dans son principe, son application sans nuances dans le contexte actuel de pandémie liée au coronavirus est toutefois susceptible de nuire aux intérêts dont l'Union européenne entend assurer la sauvegarde.

Pour cette raison, la Commission a entendu se départir de sa rigueur initiale pour instituer des modalités d'autorisation de coopérations limitées entre entreprises, en particulier pour les médicaments hospitaliers critiques en cette période²⁶. Elle a ainsi défini un cadre temporaire (**1°**) appelé à être relayé à l'intérieur de chaque État membre (**2°**).

1° D'un cadre temporaire

L'initiative de la Commission, empreinte manifestement d'une certaine tolérance, répond par anticipation au « risque de pénuries de produits et de services essentiels et peu abondants en raison de la hausse sans précédent de la demande due à la pandémie »²⁷. A cette fin, elle considère qu'il pourrait s'avérer nécessaire « que des entreprises se coordonnent rapidement pour éliminer, ou du moins atténuer, les effets de la crise, dans l'intérêt des citoyens ». Dans la forme, on observera la prudence des termes employés. Le conditionnel est en effet de mise tout au long de ces développements. Dans le fond, on prendra la juste mesure de l'évolution envisagée. Pour un temps limité, il s'agit de donner aux entreprises la souplesse qui leur est

25 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 8 avril 2020 en faveur du régime luxembourgeois visant à soutenir la recherche et le développement, ainsi que les investissements dans la fabrication de produits utiles à la lutte contre le Coronavirus ; Communiqué de presse du 17 avril 2020 en faveur du régime d'aide portugais visant à soutenir les investissements dans la recherche, le développement, l'expérimentation et la fabrication de produits utiles pour combattre le Coronavirus ; Communiqué de presse du 27 avril 2020 en faveur du régime de soutien belge des projets de recherche et développement liés au Coronavirus ; Communiqué de presse du 29 avril 2020 en faveur du régime-cadre allemand ; Communiqué de presse du 7 mai 2020 en faveur du régime tchèque visant à soutenir les activités de recherche et développement liées à la flambée du Coronavirus ; Communiqué de presse du 12 mai 2020 en faveur d'activités de recherche et de développement en Wallonie ; Communiqué de presse du 12 mai 2020 en faveur d'un régime maltais destiné à soutenir les investissements dans la fabrication de produits utiles pour combattre le Coronavirus ; Communiqué de presse du 5 juin 2020 en faveur d'un régime-cadre français destiné à soutenir les infrastructures de recherche, de développement et d'essai ainsi que la fabrication de produits utiles à la lutte contre le coronavirus

26 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 8 avril 2020 IP/20/ 618

27 - Cf. en ce sens M. Vestager, *ibid.*

23 - Cf. Communication de la Commission, C(2020) 2215 final du 3 avril 2020 Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aides d'Etat visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 JOUE CI- 112 du 4 avril 2020 p.1, A. Ronzano, Actualités du droit de la concurrence n°14/2020 du 13 avril 2020 à consulter sur le site Internet www.lactuconurrence.fr

24 - *ibid.* Introduction point 4

nécessaire pour « qu’elles ne se concentrent pas leur activité sur un ou quelques médicaments tandis que d’autres restent en situation de sous-production ». Plus précisément, diverses possibilités pourraient contribuer à combler l’écart entre l’offre et la demande. La Commission en donne d’ailleurs différents exemples²⁸. Son approche est double. Tout d’abord, elle retient le principe de l’urgence d’officialiser divers degrés de coopération « avec des problèmes de concurrence potentiels dont l’ampleur serait variable ». On appréciera la portée d’un tel constat... Ensuite, elle prend soin d’en suggérer les modalités de mise en œuvre dans un cadre qui permette d’éviter tout débordement. La Commission pose à ce titre trois conditions essentielles : « que ces mesures *i)* soient conçues de manière à accroître réellement la production de la manière la plus efficiente possible (...); *ii)* soient de nature temporaire (à savoir qu’elles s’appliquent uniquement tant qu’il existe un risque de pénurie ou, en tout état de cause, pendant la pandémie de COVID-19); *iii)* n’excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l’objectif visant à faire cesser ou éviter une pénurie d’approvisionnement »²⁹.

Néanmoins, la Commission tient à mettre parallèlement en avant le besoin de surveillance des possibilités offertes à son initiative. Elle insiste par là-même sur son intention de suivre « étroitement et activement » les évolutions du marché afin d’identifier les entreprises « qui tirent profit de la situation actuelle pour enfreindre les règles de concurrence de l’Union ». Il lui revient à cet égard de sanctionner les entreprises qui « cherchent de manière opportuniste à exploiter la crise comme un paravent dissimulant une entente ou un abus de position dominante (y compris une position dominante conférée par les circonstances particulières de la crise actuelle, par exemple en exploitant des clients et des consommateurs (...) ou en limitant la production au détriment des consommateurs (...)) »³⁰.

Le message est clair. Il bénéficie de surcroît d’une large diffusion.

2° De relais nécessaires

Les possibilités de coopération qui viennent d’être évoquées « allègent » en quelque sorte les obligations imposées aux entreprises. Il est toutefois essentiel qu’elles puissent être conseillées sur un certain nombre de points. Les facilités dont elles disposent pour un temps donné ne les autorisent pas en effet pour autant à enfreindre le droit de la concurrence. Un dispositif commun permet à cet égard de renseigner utilement les acteurs d’un marché durement mis à l’épreuve par la propagation du coronavirus.

Dans cette perspective, l’Autorité de la concurrence en tant que membre du Réseau européen de concurrence

s’implique formellement pour venir en aide aux entreprises qui « auraient des doutes quant à la compatibilité de ces initiatives de coopération avec le droit de la concurrence » (...)³¹. Elle entend à ce titre répondre « rapidement et aussi pragmatiquement que possible à des demandes visant à sécuriser des initiatives vertueuses » au travers de conseils informels sur la compatibilité avec le droit de la concurrence d’un projet de coopération qui lui serait présenté ou ses modalités de mise en œuvre.

L’aménagement ou la suspension de règles traditionnelles du droit de la concurrence ne couvre toutefois qu’une partie du dispositif de lutte contre le coronavirus.

B. De restrictions imposées

Il convient en outre d’observer, à l’inverse des mesures qui viennent d’être évoquées, l’incidence de dispositions qui interdisent ou paralysent, sans doute pour un temps donné, des initiatives qui en d’autres temps auraient été laissées au libre choix des opérateurs du marché.

La tendance dont il va être désormais question ne saurait toutefois véritablement surprendre. Elle tient encore une fois à la nécessité de prendre les décisions qu’impose dans un domaine sensible la pandémie du COVID-19.

Deux séries de dispositions relèvent de cette préoccupation majeure. L’une prévoit le contrôle de certains prix (**a**); l’autre celui de différentes exportations (**b**).

a) De dispositions de contrôles des prix

Dans une économie libérale, on le sait, le principe est celui de la liberté des prix pour toute activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public³². L’article L.410-2 du code de commerce expose plus précisément l’articulation des règles applicables à ce titre. Elles sont plus précisément de deux ordres. L’une, permissive, prévoit que « les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l’ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». L’autre, assurément plus restrictive, envisage formellement au même endroit l’éventualité de dérogations « ciblées » lorsque les circonstances l’exigent. En particulier, l’alinéa 3 de ce texte dispose « Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d’État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé ». Le code de la santé

28 - Communication de la Commission, Cadre temporaire pour l’appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d’urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19 (points 10 s.)

29 - *ibid.* point 13

30 - *ibid.* point 20

31 - Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 23 mars 2020 Le réseau européen de concurrence adresse un message aux entreprises sur les mesures qu’elles peuvent prendre face à l’épidémie du COVID-19 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

32 - article L. 410-1 du code de commerce.

publique prévoit également une dérogation à la liberté des prix justifiée par « l'état d'urgence sanitaire ». L'article 3131-15, d'ailleurs visé dans le décret précité, dispose en ce sens : « Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : (...) 8° Prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits ; le Conseil national de la consommation est informé des mesures prises en ce sens ».

Il ne reste plus dès lors qu'à transposer cette possibilité à la situation actuelle liée à la propagation du coronavirus. Les pouvoirs publics ont en effet été conduits à intervenir en vue du contrôle des prix de gels hydro-alcooliques (1°) et de masques (2°) nécessaires à la protection des citoyens.

1° Du contrôle des prix de gels hydro-alcooliques

Les avertissements de la communauté scientifique et du pouvoir politique ont été suffisamment pressants pour que chacun cherche à se prémunir contre le risque avéré de propagation du virus selon les directives qui lui étaient adressées. Il est toutefois rapidement apparu de sérieuses difficultés d'approvisionnement et des hausses de prix incompatibles avec les objectifs fixés jusqu'au plus haut sommet de l'État.

Dans ce contexte éminemment sensible, des membres du gouvernement ont entendu faire jouer l'une des exceptions prévues à l'article L.410-2 du code de commerce. Le décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif au prix de vente des gels hydro-alcooliques procède à ce titre à la fixation autoritaire de ces produits³³. D'une part, comme hypothèse de départ, il en est ainsi tout d'abord quant à leur vente au détail selon une grille détaillée. Il en est ainsi également quant à leur vente en gros selon la même approche. D'autre part, il est en outre précisé que le ministre de l'économie « peut modifier par arrêté les prix maximums mentionnés à l'article 1^{er}, pour tenir compte de l'évolution de la situation du marché constatée sur tout ou partie du territoire, dans la limite d'un coefficient correcteur qui ne peut être inférieur à 0,5 ou supérieur à 1,5 ». Des garanties sont au demeurant données en vue du strict respect de ce dispositif. Il est confié à la Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes le soin d'y veiller. Le non-respect du texte précité est en outre constitutif d'une contravention de 5^{ème} classe qui expose son auteur à une amende de 7500 euros. Dans la lignée de ces préoccupations, un arrêté paru le 7 mars 2020 autorise les pharmaciens, jusqu'au 10 juillet 2020, à produire leur propre solution hydro-alcoolique. Le contrôle des prix

demeure mais relève d'un barème différent³⁴. Il convient toutefois de préciser que, depuis lors, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire s'est substitué aux dispositions précédentes du fait de leur abrogation. Les dispositions sur le contrôle des prix demeurent en toute hypothèse.

Les recommandations officielles insistent sur une autre forme d'urgence sanitaire.

2° Du contrôle des prix de masques

Il est certainement inutile d'insister, tant le sujet a été publiquement débattu, sur les difficultés posées par l'approvisionnement en masques de protection contre le coronavirus. Toujours est-il que les désordres suscités par leur pénurie ne pouvaient laisser indifférents les pouvoirs publics. Leur intervention a sans doute été plus tardive en la matière. Mais elle n'en est pas moins cohérente au regard des exigences de l'état d'urgence sanitaire institué, comme il a été indiqué ci-dessus, par le décret 2020-293 du 23 mars 2020.

Le décret 2020-506 du 2 mai 2020 complétant ce dernier texte a précisément inséré un article 11-1 dont le paragraphe 2 institue un contrôle du prix de vente des masques de type chirurgical répondant à la définition des dispositifs médicaux. La liberté des prix y apparaît doublement contrainte. D'une part, un plafond est fixé pour la vente au détail de ces produits ou lorsqu'elle est destinée à des utilisateurs finaux autres que les consommateurs au sens de l'article liminaire du code de la consommation. D'autre part, comme les textes le prévoient, le ministre chargé de l'économie peut modifier par arrêté les prix maxima mentionnés pour tenir compte de l'évolution de la situation du marché constatée sur tout ou partie du territoire, dans la limite d'un coefficient correcteur qui ne peut être inférieur à 0,5 ou supérieur à 1,5 (...).

Il convient d'observer en tout état de cause que l'ensemble de ces mesures de contrôle des prix s'inscrit davantage dans la durée que ce qui était initialement prévu. Le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 « prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'urgence sanitaire », à la lumière de modifications successives, prolonge en effet l'encadrement des prix jusqu'au 10 juillet, tandis que la DGCCRF procède aux contrôles nécessaires.

L'inventaire des restrictions imposées par la crise sanitaire ne saurait ignorer d'autres mesures.

b) Dispositions de contrôles d'exportations

Dans la rigueur des principes, la liberté des échanges que prône le droit de la concurrence postule l'abandon de toute restriction ou interdiction officielle à leur rencontre.

33 - Cf. M. Guéna, sous la direction de C. Boiteau, La fixation des prix par décret des gels hydro-alcooliques pour une protection du consommateur contre les risques induits par une situation manifestement anormale RLC 2020 n°93 p. 14

34 - Cf. sur l'ensemble de la question le site Internet officiel www.servicepublic.fr

Pour impérieuse qu'elle soit, la règle ne peut toutefois jouer en toute circonstance. Il est clair en effet que le transfert de certains produits appelle une vigilance particulière, *a fortiori* en période de crise. On en revient alors à l'influence que la pandémie liée au coronavirus a pu exercer sur les décisions prises à l'échelle de l'Union européenne. Il lui est en effet apparu nécessaire d'intervenir, pendant un temps limité, pour assurer aux États membres un approvisionnement suffisant en équipements de protection individuelle destinés « à enrayer la propagation de la maladie et préserver la santé du personnel médical qui traite les patients infectés ». S'est ainsi imposée la mise en place d'un mécanisme d'autorisation temporaire de certaines exportations s'y rapportant.

L'initiative de la Commission dans ce contexte éminemment sensible est révélatrice des priorités dont elle entend assurer la sauvegarde. Il convient à ce titre d'examiner les dispositions par lesquelles le contrôle de ces opérations s'est peu à peu opéré³⁵. Les précisions qui s'y rattachent concernent tout à la fois la nature des produits concernés et l'étendue de la zone géographique pour laquelle était imposée une autorisation spécifique. Le contrôle institué par les textes, aujourd'hui levé, concernait certains types d'équipements (1°) destinés à être exportés vers des pays tiers (2°). Il suffira de les évoquer rapidement.

1° De l'exportation d'équipements de protection individuelle contre le coronavirus

Il est clairement apparu que la crise épidémiologique suscitée par le coronavirus était d'une ampleur telle que les ressources existantes ne pouvaient suffire à répondre à la demande au sein de l'Union européenne. Dès lors, s'est progressivement imposée dans ce cadre la nécessité de freiner dans la mesure du possible l'exportation de certains équipements de protection individuelle (EPI) vers d'autres régions du monde alors que certains pays tiers ont décidé, officiellement ou de manière informelle, d'en prendre l'initiative. Selon la Commission, d'ailleurs, « certains de ces pays sont également des fournisseurs officiels du marché de l'Union, ce qui exerce une pression supplémentaire sur le marché de l'Union »³⁶. Le système mis en place, destiné à maintenir en tout état de cause l'intégrité du marché unique, tend à « renforcer la réponse conjointe au défi que constitue

35 - Règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission du 14 mars 2020 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, JOUE L1 -77 du 15 mars 2020 p.1 ; Règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission du 19 mars 2020 modifiant le règlement d'exécution (UE) 2020/402 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation JOUE L-84 du 23 mars 2020 p.1 ; Communication de la Commission, Note d'orientation de la Commission aux Etats membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission du 14 mars 2020 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission JOUE CI- 91 du 23 mars 2020 p.10 ; D. Berlin, Charité bien ordonnée.. JCP G 2020 act. 388 ; O. Dargans, C. Mayet, N. Burnichon, La place et les enjeux des mesures de contrôle à l'export et des sanctions économiques dans le contexte de la pandémie du COVID-19 JCP E 2020 1167 ; Règlement d'exécution (UE) 2020/568 de la Commission du 23 avril 2020 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation JOUE L-129 du 24 avril 2020 p.7

36 - Communication de la Commission, précitée note 35

la protection de la santé dans le contexte de fournitures limitées d'EPI ».

L'exigence d'autorisation d'exportation concerne plus précisément « les lunettes et visières de protection, les écrans faciaux, les équipements de protection bucco-nasale, les vêtements de protection, les gants destinés à la protection de l'utilisateur contre les matières potentiellement infectieuses (...) », sans préjudice, d'un réexamen possible³⁷. Elle impose l'accomplissement de formalités spécifiques à destination de l'autorité compétente de l'État membre où l'exportateur est établi, qui doit en informer la direction générale du commerce de la Commission européenne³⁸.

Il revient ainsi aux États membres de procéder à l'évaluation de la demande selon une liste indicative de considérations à prendre en considération sans « perturber les chaînes de valeurs et les réseaux de distribution étroitement intégrés déjà mis en place »³⁹.

La Commission s'est également trouvée dans l'obligation de déterminer l'influence de ce dispositif par rapport aux destinataires des contraintes qui lui étaient associées.

2° De l'exportation vers des pays tiers

Le principe d'un contrôle des exportations en dehors des frontières de l'Union européenne appelait en lui-même d'autres précisions. Il fallait encore définir la notion proprement dite de « pays tiers ». Les règlements d'exécution (UE) 2020/426 du 19 mars et 2020/568 du 23 avril 2020 précités ont apporté sur ce point les réponses qu'avait « oublié » de donner le texte initial.

La Commission a rapidement décidé que le contrôle des exportations ne pouvait, pour des raisons diverses, indifféremment englober tous les États extérieurs à l'Union européenne. Dans ce contexte, elle a institué certaines exclusions sur le fondement de considérations géopolitiques ou même humanitaires, « sur la base du principe de solidarité »⁴⁰.

L'ensemble des précautions évoquées dans ces lignes est révélateur d'une certaine conception du bien commun qui ne saurait jamais être sous-estimée. On ne peut au fond que s'en réjouir, en ces temps pour le moins difficiles. L'effacement relatif et temporaire de la dominante « marchande » du droit de la concurrence sert assurément la cause la plus noble qui soit.

Caroline Carreau

37 - Annexe 1 du Règlement (UE) 402 du 14 mars 2020 repris dans les versions ultérieures

38 - Cf. en ce sens, Décret n°2020-345 du 27 mars 2020 modifiant le décret n°2020-74 du 31 janvier 2020 relatif au service à compétence nationale dénommé « Service des biens à double usage » JO 28 mars 2020 texte n°12, JCP E 2020 act. 254 qui étend les compétences du service des biens à double usage (SDBU) en vue de l'autorisation d'exportation prévue par les textes

39 - Communication de la Commission précitée

40 - Règlement (UE) 2020/568 du 23 avril 2020 précité article 2

Philippe Coursier

Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

De l'impact de la « crise sanitaire Covid-19 » sur les finances sociales

Alors que, malgré son ralentissement, la pandémie liée au Covid-19 continue de sévir, les chiffres les plus fous circulent déjà quant aux conséquences de celle-ci sur les finances sociales. Au regard de la seule période de confinement intervenue entre le 11 mars 2020 et jusqu'à ces jours-ci, est annoncée une perte pour l'économie de l'ordre de 60 milliards d'euros par mois d'isolement. De même, il est fait état d'une chute de 18 % de la consommation des ménages et un chômage partiel qui pourrait concerner 5,7 millions de salariés. Selon une étude de l'OFCE, centre de recherche en économie de Sciences-PO, « cette crise est sans commune mesure avec tout ce que l'on a connu ». Heureusement la période d'enfermement n'aura été que passagère et, déjà, les premiers signes d'une reprise économique peuvent se faire sentir au fur et à mesure que les entreprises retrouvent leurs activités selon une amplitude tendant à la normale.

Mais qu'en est-il de l'incidence de la crise sanitaire sur les comptes sociaux ? Dans la mesure où les prestations de sécurité sociale, en même temps que celles de l'assurance chômage (Pôle emploi), n'ont pas manqué d'être sollicitées, ne faut-il pas craindre une « explosion » des comptes sociaux ? Rappelons-nous qu'à l'occasion de la crise financière de 2008, si les régimes sociaux ont bien joué leur rôle « d'amortisseur social », cela s'est fait au prix de déficits budgétaires importants au titre de l'année 2009 (20 Md'€), 2010 (23,9 Md'€) et 2011 (17,4 Md'€), avant que ceux-ci n'aient été durablement réduits à partir de 2014 (13,2 Md'€). Dans le même temps, il faut se souvenir des chiffres se rapportant au régime d'assurance chômage qui, pour des raisons historiques, n'est pas rattaché à la *loi de financement de la sécurité sociale* (LFSS). Sur la même période, les comptes de l'Unedic¹ ont été clairement alourdis par une hausse de

15,1 % du nombre de chômeurs indemnisés, avant que celle-ci ne soit ramenée à 2,4 % en 2010. De sorte qu'au titre de cette dernière année, cette institution a affiché un déficit annuel de seulement 3.246,8 millions d'euros. Avec l'*aide sociale départementale*, ces deux institutions ont permis à des milliers de personnes de bénéficier de prestations les ayant aidés lors de la crise. Or, c'est sous une contrainte (forte) de ce type que l'on peut véritablement mesurer, et apprécier, l'efficacité de notre système de protection sociale.

Nul doute que des effets similaires sont à craindre depuis la propagation du Covid-19 sur le territoire national et, plus particulièrement, depuis le confinement ordonné par les autorités sanitaires, puis politiques, du pays. Inédite en France à une telle échelle et pour des raisons de santé, cette mesure a provoqué l'arrêt immédiat de la quasi-totalité des activités économiques. Seuls les hôpitaux et certains services – publics et privés – absolument nécessaires à la survie des populations (comme l'alimentaire, l'approvisionnement en eau et en énergie ou encore, le ramassage des ordures ménagères) ont dû se poursuivre. Tout le reste a été suspendu et, avec ce coup d'arrêt, le pays a dû immédiatement faire face à un manque à gagner en termes de rémunération pour les salariés ou de recettes pour les travailleurs indépendants, combiné à une croissance brutale des frais de soins et d'hospitalisation. Dans ces conditions, s'il paraît évident que la crise sanitaire liée au Covid-19 a produit des effets négatifs à l'égard des comptes des différents régimes de sécurité sociale ainsi que sur celui de l'assurance chômage, il convient d'en comprendre les causes (1). C'est à cette condition qu'il est permis d'en mesurer précisément les effets (2) et, dès lors, de tenter d'imaginer les remèdes pouvant y être apportés (3).

1- Les causes de l'impact

Les causes de l'impact de la crise sanitaire sur les comptes sociaux sont connues. Elles résultent d'un redoutable « effet ciseau » qui conjugue une *baisse des recettes sociales* avec une *augmentation* – pour ne pas dire, une explosion – *des dépenses liées aux prestations*.

A propos de la perte de recettes, celle-ci est évidente dans la mesure où, malgré l'accélération de sa fiscalisation rampante, notamment depuis 1991 avec la création de la contribution sociale généralisée (CSG), les modes de financement de la sécurité sociale et de l'assurance chômage continuent de reposer massivement sur les revenus du travail. Les cotisations de sécurité sociale et d'assurance chômage sont calculées, toutes deux, sur les revenus des salariés. Il est de même pour la sécurité sociale des indépendants (SSI), dont la très récente inclusion dans le régime général de la sécurité sociale n'a pas modifié les modalités financières. Ces dernières reposent là-aussi sur des cotisations assises sur les revenus du travail des non-salariés. Aujourd'hui, malgré

1 - L'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Unedic) est une association, professionnelle et paritaire, qui par délégation de service public, est chargée de la gestion de l'assurance chômage en France et ce, en coopération avec Pôle emploi. En effet, depuis la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi et la création de Pôle emploi, l'Unedic n'est plus en charge des activités opérationnelles telles que le recouvrement des cotisations, l'inscription ou l'indemnisation (C. trav., art. L. 5312-1 et L. 5422-20).

l'existence de multiples taxes dédiées à la sécurité sociale (par ex. : taxe sur les assurances automobiles, taxe sur les industries pharmaceutiques, taxe sur les activités polluantes, taxe sur les établissements de jeu, etc.), ainsi que la création en 1996 de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) et l'importance atteinte aujourd'hui par le taux de la CSG, on estime à plus de 93 % la part des recettes de la Sécurité sociale qui a pour assise des revenus du travail. Dans ces conditions lorsque l'activité professionnelle s'arrête, comme cela a été le cas lors de la crise sanitaire Covid-19, les ressources de la sécurité sociale et de l'assurance chômage sont immédiatement affectées, voire suspendues. D'ailleurs, parmi les mesures adoptées par les pouvoirs publics pour accompagner les entreprises dans cette période difficile, on compte la suspension immédiate du versement des cotisations sociales².

S'agissant des dépenses de prestations sociales, leur augmentation ne fait aucun doute du fait notamment de l'explosion des dépenses d'assurance maladie faisant suite aux nombreuses hospitalisations, longues et coûteuses, auxquelles ont dû faire face certains malades du Covid-19. A ces dépenses ayant malheureusement fait la une de l'actualité, il faut ajouter celles se rapportant au coût des « arrêts de travail exceptionnels » que les pouvoirs publics ont immédiatement instaurés au bénéfice de tous les travailleurs contraints de rester chez eux³. Dans la mesure où les indemnités journalières versées par la sécurité sociale ne couvrent pas l'intégralité du salaire perdu pendant la période de suspension de l'exécution du contrat de travail, les pouvoirs publics ont également procédé à une révision du régime des indemnités complémentaires versées par les employeurs au titre de l'article L. 1226-1 du Code du travail⁴. A ce titre, des millions de salariés ont pu ainsi voir maintenu le niveau intégral de leur salaire et ainsi ne pas pâtir financièrement de la situation de cessation forcée d'activité. Par ailleurs, les bénéficiaires de prestations sociales ont vu leurs droits prolongés⁵. A compter du 1^{er} mai 2020, et à l'exception de certains travailleurs considérés comme « vulnérables » ou en charge d'une personne « vulnérable » (lesquels continuent à être pris en charge au titre de l'assurance maladie) qui peuvent être placés ou rester en activité partielle, l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 a tenté de limiter les dépenses en mettant fin aux modalités d'arrêt de travail dérogatoires⁶. Dans le

même temps, l'ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 a ouvert aux cadres-dirigeants le bénéfice de l'activité partielle lorsque celle-ci se traduit par une fermeture temporaire de tout ou partie de leur établissement. A ce titre, un décret n° 2020-522 du 5 mai 2020 est venu compléter le décret n° 2020-435 du 16 avril 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle en précisant, dans ce cas, les nouvelles modalités de calcul de leur indemnisation en vigueur à compter du 6 mai 2020. Notons que la même ordonnance a ouvert l'accès à l'activité partielle aux salariés portés titulaires d'un contrat à durée indéterminée pour les périodes sans prestation à une entreprise cliente⁷. Par conséquent, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là de sources supplémentaires de sollicitation pour le régime du chômage partiel et, donc, du système d'assurance qui l'accompagne.

2- L'ampleur de l'impact

Il est certainement trop tôt pour mesurer avec précision la *perte de recettes* engendrée par la « pandémie Covid-19 » pour les régimes sociaux. L'adoption de l'état d'urgence sanitaire, le 23 mars 2020, a conduit à la mise en place de différents dispositifs visant à limiter l'impact de l'entrée et de la sortie du confinement sur l'économie et les comptes sociaux. A ce titre, nul doute que la suspension immédiate du versement des cotisations pendant toute la période de crise sanitaire – décidée par les pouvoirs publics afin d'apporter un soutien économique instantané aux entreprises – aura eu pour effet de contraindre les organismes de sécurité sociale à user de leur trésorerie, mais aura-t-elle une incidence à terme sur le niveau de leurs recettes annuelles ? Une réponse positive s'impose si l'on considère la situation de centaines de milliers de salariés et autres travailleurs qui, placés en situation d'« arrêt de travail forcé », n'ont pas eu à cotiser sur l'intégralité de leur rémunération. Pour certains d'entre eux, c'est encore le cas aujourd'hui (V. *supra* 1). Il en est de même pour les travailleurs indépendants qui ont dû faire face à une baisse de leur chiffre d'affaires alors que le niveau de leurs charges est resté quasi-constant. Nul doute que, dans de telles situations, le total des cotisations appelées par les régimes sociaux va se retrouver affecté par une baisse majeure. Alors que les cotisations de sécurité sociale constituent le mode de financement majeur (2/3) du système français de protection sociale et que, pour une large part, les contributions sociale (CSG/CRDS) sont également assises sur les revenus du travail, la perte en termes de recettes sociales devrait être importante. De plus, les principales mesures adoptées lors de l'état d'urgence sanitaire ne se traduisent pas que par des reports d'échéances de prélèvements. Elles comptent également des annulations de cotisations pour certains secteurs ou certaines situations, ainsi que la suspension des actions de contrôle et de recouvrement forcé, toutes ces mesures ayant forcément un effet dévastateur pour les recettes des régimes concernés. Selon une note

2 - V. en ce sens, L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 : JO 24 mars.

3 - D. n° 2020-73, 31 janvier 2020, portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèces pour les personnes exposées au coronavirus : JO 1^{er} févr.

4 - Ord. n° 2020-322, 25 mars 2020, adaptant temporairement les conditions et modalités d'attribution de l'indemnité complémentaire prévue à l'article L. 1226-1 du Code du travail et modifiant, à titre exceptionnel, les dates limites et les modalités de versement des sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation : JO 26 mars. N° 2020-312, 25 mars 2020, relative à la prolongation de droits sociaux : JO 26 mars.

5 - Ord. n° 2020-312, 25 mars 2020, relative à la prolongation de droits sociaux : JO 26 mars.

6 - V. *infra* 2°.

7 - D. n° 2020-435, 16 avril 2020, art. 1^{er}, I, 8° ; mod. par D. n° 2020-522, 5 mai 2020 : JO 6 mai.

publiée, en mai 2020, par le Haut Conseil du financement de la protection sociale (HCFiPS), le déficit des comptes sociaux devrait atteindre un niveau jamais observé depuis l'après-guerre. Selon le ministre des comptes publics, le déficit du régime général et du Fonds de solidarité vieillesse (FSV) pourrait ainsi atteindre 52 milliards d'euros⁸, soit plus de 10 % des dépenses sociales. Alors que les perspectives financières sur lesquelles a été élaboré, puis voté, le projet de loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2020, faisaient apparaître un retour du solde du régime général et du FSV proche de l'équilibre en 2023, l'impact de la crise sanitaire Covid-19 sur les comptes sociaux contraint à abandonner cette idée.

En termes de dépenses, il est également difficile de dresser un bilan précis de l'incidence de la crise Covid-19 sur les dépenses sociales appréhendées de façon plus globale. Bien entendu, outre le coût généré par le recours massif au chômage partiel⁹, le maintien des droits au chômage et la suspension des réformes prévues concernant l'assurance chômage, tels qu'ils résultent de l'état d'urgence du 23 mars 2020, engendrent nécessairement un surcoût important pour l'institution. Il en est de même de la prolongation des droits des intermittents du spectacle jusqu'en août 2021, décidée au même moment. Mais d'autres éléments viennent, à l'inverse, brouiller l'analyse de la situation que l'on a tendance à considérer comme catastrophique pour les régimes de sécurité sociale et d'assurance chômage. Ainsi, il a été constaté que le confinement a empêché un recours aux soins, de la part de nombreux assurés sociaux, pour d'autres types de pathologies que celles dérivées du Covid-19. De même, il ne fait aucun doute que le nombre très important de décès ayant touchés la catégorie des seniors, a obligatoirement une incidence, là encore à la baisse, sur les dépenses de santé et d'assurance vieillesse. Sans doute, faudra-t-il attendre la fin de l'année, voire l'issue de la crise même, pour être en mesure de dresser un bilan précis de la hausse du niveau des déficits devant précisément en résulter pour les régimes sociaux¹⁰. Dans tous les cas, il faut tenir compte de deux phénomènes inéluctables qui conduisent inexorablement à une hausse des dépenses sociales : le premier se rapporte au caractère croissant des dépenses liées aux prestations sociales proprement dites, lesquelles subissent déjà – et vont subir pour longtemps – les effets

amplificateurs du *Papy-boom*¹¹ ; le second paramètre tient à l'effet économique bénéfique produit par des prestations sociales nombreuses et d'un bon niveau, lesquelles participent à un vaste système de redistribution, lui-même solide soutien à l'économie nationale et locale. Forts de ces deux constats, et tel un remède aux conséquences de la crise, doit être imaginé un renouvellement sans précédent de notre système de protection sociale.

3- Les remèdes à l'impact

Bien entendu, le déficit budgétaire de la sécurité sociale généré au titre de l'année 2020 sera déporté sur la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES)¹², laquelle sera conduite à le résorber dans le temps. A cet effet, sans doute faudra-t-il imaginer que la CRDS persiste au-delà de l'année 2024, date à laquelle il avait été imaginé le remboursement définitif de la dette sociale cumulée¹³. Pour le surplus, il n'est pas possible ici – faute de temps et d'espace – d'exposer longuement les modifications profondes qu'appelle à l'avenir notre système de protection sociale¹⁴. Néanmoins, afin de répondre utilement à cette importante partie de la question posée en tête de cette contribution, qu'il nous soit permis d'en dégager brièvement les deux axes principaux.

En premier lieu, et dans la mesure où la crise sanitaire Covid-19 a mis en exergue les dangers d'un mode de financement social centré sur les revenus du travail (V. *supra* 1 & 2), il faut immédiatement imaginer d'autres types de ressources financières. Il s'agit même de chercher à réformer en profondeur cet aspect du mode d'organisation de la sécurité sociale et, ce, en plaçant cette dernière en « résonance » avec les modes d'organisation actuel et futur de notre société. Dans tous les cas, à l'heure où une concurrence mondiale exacerbée contraint les entreprises à exclure des augmentations de salaires et empêche les travailleurs indépendants d'exhausser leurs facturations, il faut abandonner les « revenus du travail » comme référent de principe en la matière. Sans doute faut-il regretter la hâte avec laquelle la *TVA sociale* a été évincée en mai 2012. En effet, le mécanisme emprunté par cette mesure était totalement nouveau se traduisant non seulement par une (très) faible augmentation du taux de TVA dont le produit aurait été directement dédié aux comptes sociaux, mais

11 - Directement en lien avec la pyramide des âges et l'allongement de l'espérance de vie, cette inexorable croissance devrait d'ailleurs être d'une telle ampleur qu'il sera difficile de la contenir, même si des mesures drastiques de réduction des prestations sociales sont adoptées par les pouvoirs publics. En d'autres termes, même si tenter de limiter les dépenses sociales et lutter contre les fraudes sociales constituent bien une priorité nationale, il ne faut pas se leurrer : le sauvetage de notre système de protection sociale ne saurait reposer sur ces seules mesures !

12 - Ord. n° 96-50, 24 janv. 1996, relative au remboursement de la dette sociale : JO 25 janv.

13 - V. en ce sens, Annonce de la Commission des comptes de la Sécurité sociale, 22 mai 2019 : AFP, 22 mai.

14 - Pour un exposé détaillé de ce projet, v. Ph. Coursier et B. Serizay, *Le renouveau des systèmes de protection sociale in Le renouveau du contrat social*, 2^e éd., LexisNexis 2019, p. 97.

8 - V. en ce sens, annonce du ministre de l'action et des comptes publics, Gérald Darmanin, 2 juin 2020.

9 - Sur deux mois de confinement, avec 11,7 millions de bénéficiaires du chômage partiel, c'est 26 milliards d'euros qui pourraient avoir été distribués (Cf. L. Dequay, *Coronavirus : tout ce qui change pour les millions de salariés en chômage partiel* : Marianne, 4 mai 2020).

10 - Un rapport établi par la Commission des comptes de la Sécurité sociale, et relaté dans la presse, fait état d'un déficit de 31,1 milliards d'euros, contre 1,46 milliards un an auparavant (Cf. B. Bisuel et R. Besse Desmoulières, *Le déficit de l'assurance-maladie pourrait atteindre 31 milliards d'euros en 2020* : Le Monde, 16 juin 2020).

aussi par une baisse de charges sociales équivalente au montant des recettes résultant de la hausse de TVA¹⁵. C'est d'autant plus regrettable que la *TVA sociale* peut prendre deux visages. Si dans sa première version elle s'accompagnait d'une réduction des cotisations d'allocations familiales (intégralement supportées par l'entreprise), visant ainsi à alléger immédiatement le coût du travail pour les entreprises¹⁶, elle aurait pu prendre une autre forme : celle d'une baisse des cotisations salariales. Dans cette variante, elle se serait traduite par une augmentation du salaire net de chaque salarié et, ce, sans surcoût pour les entreprises. La *TVA sociale* ainsi revisitée aurait alors pu contribuer à une forme de relance de notre économie, notamment en contribuant à un meilleur moral des ménages français et à une incitation indirecte à consommer davantage. Car, en effet, là réside l'atout majeur de ce nouveau mode de financement des régimes sociaux qui, pour la première fois, aurait conduit à financer les prestations sociales non sur les ressources des ménages, mais sur leurs dépenses. Cela aurait sans doute été une « petite révolution » des finances sociales, en leur permettant d'élargir, une nouvelle fois, le champ des contributeurs et, ce, de façon plus conforme à la vocation universaliste du système actuel¹⁷. Dans une période de crise sanitaire, telle que celle ayant résulté du Covid-19, il est facile d'apprécier les avantages qui auraient pu être tirés d'un tel mode de financement. En effet, si les salaires et revenus de travailleurs indépendants sont immédiatement affectés par la crise, entraînant avec eux une chute, voire une disparition, des ressources de la Sécurité sociale, tel n'aurait pas été le cas de recettes calculées sur la consommation des individus.

En second lieu, et en termes de prestations cette fois, il convient de réfléchir profondément sur l'état des besoins que génèrent les situations rencontrées par les populations vivant sur le territoire national. Or, la crise Covid-19 a permis d'ouvrir à nouveau le débat sur la nécessité d'instaurer un revenu social universel. Dès les premiers jours du confinement, le président de la République a d'ailleurs insisté sur l'obligation pour l'État de ne pas laisser les personnes sans ressources. Il s'agit là d'un risque social (l'impossibilité ou l'empêchement de travailler) auquel la Nation doit faire œuvre de solidarité active. D'ailleurs, si la question de la mise en place d'un *revenu social universel*

s'est invitée avec force dans le débat public ces dernières années¹⁸, il convient d'admettre qu'un tel revenu existe déjà de façon extrêmement morcelée¹⁹. A ce titre, il est permis de citer le *minimum vieillesse*, le *revenu social d'activité* (RSA), l'*assurance chômage*, etc. Or, ce traitement morcelé doit être dépassé. Outre une forme d'uniformisation des *minima sociaux*, il faut favoriser dans les années à venir une nécessaire simplification de leurs conditions d'accès et modalités de calcul. Pour recevoir l'adhésion sans réserve des potentiels bénéficiaires, le système doit même faire preuve de davantage de lisibilité et de simplicité à leur égard. Alors que les pouvoirs publics ont géré la crise Covid-19 en jonglant entre « arrêts maladie exceptionnels » (supportés par la sécurité sociale) et « périodes de chômage partiel » (supportées par l'assurance chômage), il est évident que l'existence d'un *revenu social universel* aurait grandement simplifié la situation des gestionnaires en même temps que celle des destinataires desdites prestations sociales. Bien entendu, s'il est permis d'imaginer qu'en sus de la *Protection universelle maladie* (Puma), soit mis en place un *revenu social universel*, il faudra également songer à accompagner l'ensemble de ces droits d'une nouvelle organisation (universelle) de la Sécurité sociale elle-même, laquelle passera nécessairement par la disparition des régimes qui actuellement la composent²⁰.

Conclusion

Alors que c'est dans l'urgence de l'après-guerre qu'a été initiée la création d'une sécurité sociale conforme aux objectifs adoptés par le Conseil national de la résistance²¹, sans doute faudrait-il s'inspirer aujourd'hui de l'audace exprimée par les auteurs des ordonnances des 4 et 19

15 - Sans cette dernière contrepartie, laquelle permet un véritable « transfert de charges » en faveur du financement de la protection sociale, la « TVA sociale » n'aurait constitué qu'une banale hausse de TVA. Or, c'est précisément cette dernière solution qui a finalement été retenue en 2014 (V. en ce sens, L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013, de finances pour 2014 : JO 30 déc., p. 21829).

16 - Le pari avait été pris que cet allègement du coût du travail devait permettre aux entreprises d'être plus compétitives (sans doute en répercutant immédiatement cet allègement du coût du travail sur le prix de leurs produits et/ou services), voire de gagner des parts de marché, et donc d'embaucher à terme.

17 - Ainsi, des personnes ne disposant d'aucun revenu professionnel et patrimonial, mais disposant de « prestations sociales » pour vivre, auraient été conduites à contribuer indirectement à la Sécurité sociale, dès lors qu'elles auraient été conduites à consommer des biens ou des services (en dehors des biens et services de première nécessité dont le taux de TVA resterait réduit, c'est-à-dire hors champ de la TVA sociale).

18 - V. par ex., J.-P. Chauchard, *Les prémices d'un droit au revenu universel* : Dr. soc. 2017, p. 305. – D. Chauffaut, *Le Revenu Universel d'Activité : évolution ou révolution des minima sociaux ?* : RD sanit. soc. 2018, p. 975. – C. Collombet, *Le revenu universel, un masque simple pour des enjeux complexes* : RD sanit. soc. 2017, p. 1044. – J. Damon, *Le revenu universel pour de vrai* : Dr. soc. 2017, p. 338. – J.-P. Laborde, *Le revenu universel, un objet complexe* : Dr. soc. 2017, p. 287. – Ch. Willmann, *Revenu universel : la grande défaillance* : Dr. soc. 2017, p. 93 ; *Mal nommer le revenu universel, c'est ajouter au malheur de ce monde* : Dr. soc. 2017, p. 280 ; *Rapport Sirugue : réforme des minima sociaux, mais pas de « revenu universel »* : Dr. soc. 2017, p. 320. – V. aussi, C. Nivard, *Revenu universel et droit du Conseil de l'Europe* : Dr. soc. 2017, p. 329.

19 - Rappr. Ch. Willmann, *Condition de résidence et prestations sociales : entre gestion des flux migratoires, indemnisation du chômage et finances publiques* : RD sanit. soc. 2018, p. 514.

20 - A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, éd. Seuil, 2010 ; *L'esprit de Philadelphie : introduction* : Dr. soc. 2010, 443.

21 - Cet objectif est quelque peu consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, qui prévoit notamment « d'assurer à tous les citoyens les moyens d'existence dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail ». – V. sur ce point, N. Kerschen, *L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale de 1945* : RF sc. pol. 1996, p. 588.

octobre 1945²² pour associer, comme eux précédemment, principes *Bismarckien* et *Beveridgien*. Si la population présente sur le territoire national n'a pas eu à se plaindre de l'organisation française de la sécurité sociale qui en a résulté à l'époque, c'est parce qu'avant tout, ses auteurs ont cherché à répondre à des besoins, plutôt que de raisonner en termes de contingentement et de moyens. D'ailleurs, si tel n'avait pas été le cas, sans doute que la Sécurité sociale n'aurait jamais vu le jour. Aujourd'hui, souhaitons que la terrible crise sanitaire qui s'est abattue sur la France, en même temps que sur le reste du monde, puisse être un révélateur pour nos décideurs sur la nécessité d'emprunter une voie nouvelle : celle consistant à réviser autrement la Sécurité sociale que de façon « paramétrique »²³. C'est à ce prix que l'institution saura se montrer à la hauteur des attentes de ses usagers et accompagner utilement tous celles et ceux qui, destinées à œuvrer et à vivre dans le XXI^{ème} siècle, vont devoir faire face aux fléaux sociaux d'un nouveau genre que leur réserve ce dernier.

Philippe Coursier

22 - Ord. n° 45-2250, 4 oct. 1945, portant organisation de la sécurité sociale : *JO* 6 oct., p. 6280 ; Ord. n°45-2453, 19 oct. 1945, modifiant et codifiant la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et adaptant cette législation à l'organisation de la sécurité sociale : *JO* 20 oct., p. 6714. – V. aussi, Ord. n° 45-2635, 2 nov. 1945, fixant certaines dispositions transitoires et modalités d'application de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale : *JO* 3 nov., p. 7196 ; Ord. n° 45-1747 du 6 août 1945, transformations d'emplois au ministère du travail et de la sécurité sociale : *JO* 7 août, p. 4886..

23 - Ph. Coursier, *Protection sociale : à quand la fin des réformes paramétriques ?* : *JCP S* 2018, 1404.

Marie-Anne Montchamp

Présidente de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie

Pierre Mayeur

Directeur général de l'Organisme commun des institutions de rente et de prévoyance (OCIRP)

Bertrand Candelon

Professeur en finances, Université catholique de Louvain

Stéphane Le Bouler

Président de LISA

Traitement de la dette sociale Covid-19 : l'urgence des choix politiques



23 mai 2020

Depuis plus de deux mois, nous vivons au rythme quotidien de l'épidémie. Elle a imposé son tempo, celui de l'urgence. Après des mesures de confinement inédites, il nous faut maintenant réapprendre la construction de solutions dans la durée mais gérer aussi sans délais les conséquences financières de la crise. Elles sont d'une ampleur sans précédent.

La situation est, disons, « contre-intuitive ». Le discours public peut laisser penser que le principal problème lié à la crise du Covid-19 serait un surcroît de dépenses pendant la crise et dans l'après crise, dans la sphère sanitaire et sociale. C'est le sens des images de mobilisation des soignants, des marques de solidarité exprimées à leur égard ou des plans qui s'annoncent pour l'hôpital. Cette vision tient à notre représentation de la situation mais c'est avant tout une vue de l'esprit. Le principal problème vient d'un défaut global de recettes, dans des proportions inédites.

Il y a bien eu en effet des dépenses supplémentaires pour adapter l'offre hospitalière (quelques centaines de millions), se procurer en grand nombre des consommables (masques...) et des équipements (le 15 avril, le gouvernement annonçait une dépenses de 4 milliards pour l'achat de matériels), financer les primes promises aux personnels (1,3 milliards

annoncés pour les primes aux soignants hospitaliers, sans parler du médico-social). Les indemnités journalières ont aussi pesé lourd (185 millions d'euros de plus par semaine, liés aux arrêts de travail dérogatoires, selon l'assurance maladie).

Mais d'un autre côté, des économies ont découlé de la baisse d'activité sur les soins de ville et les prescriptions associées, y compris sur la part complémentaire (le directeur de la CNAM a pu évoquer le 20 avril un freinage de la dépense assurance maladie en médecine de ville de 350 millions d'euros par semaine), des soins hospitaliers différés dans tous les secteurs non-Covid-19.

Les sous-secteurs du domaine santé n'ont de fait pas été impactés de la même façon par la crise.

Il faudra voir dans la durée l'activité des officines, entre des ventes affectées sur les nouveaux traitements non-initiés et une activité de précaution stimulée par la crise ; les ventes de médicaments liés aux ALD courantes n'ont sans doute que faiblement évolué.

Les hôpitaux ont été en tension sur les secteurs Covid-19 avec les financements à la clé et en dépression quant aux recettes tirées de l'activité sur bien d'autres domaines : au plus fort de la crise, l'activité a par exemple chuté de 45 % aux urgences pour les adultes et de 70 % aux urgences pédiatriques. Les cliniques privées ont vu leur activité chuter drastiquement et n'ont que médiocrement contre-balançé cette perte par une mobilisation en soutien des hôpitaux publics pour les patients Covid-19.

Il en va de même de tous les professionnels libéraux, hormis les infirmiers intervenant à domicile : la CNAM a évalué à 40 % la baisse de fréquentation chez les généralistes et à 50 % pour les spécialités.

Le secteur de l'hébergement médico-social n'a pas été fondamentalement affecté sur le plan économique à court terme même si la pression sanitaire a été maximale et si la tension sociale y est à son comble. Le secteur des EHPAD en particulier n'est pas sorti, loin s'en faut, de l'épreuve de la crise, malgré la reconnaissance accordée à ses personnels ; son image déjà négative dans la perception de nos concitoyens devra être soutenue par une profonde évolution de l'offre.

L'aide à domicile a pu être touchée en termes de volume d'activité et connaît une situation sociale encore plus difficile. L'équilibre économique du secteur, déjà précaire, en sortira dégradé.

En dehors de l'hypothèse d'une nouvelle flambée épidémique, il faudra aussi considérer dans les prochaines semaines et les prochains mois les effets sur l'activité du secteur santé de la reprise des soins, entre rattrapage et limites liées à la distanciation au sein même des structures de soins.

Les économies réalisées sur la dépense de soin vont être contrebalancées par les mesures de soutien à l'activité ou de compensation des pertes de chiffres d'affaires pour les professionnels libéraux. Cela n'est pas différent de ce qui se passe dans les autres secteurs de l'économie, à ceci près que le payeur sera ici l'assurance maladie.¹

Le choc majeur que va affronter notre modèle de protection sociale réside en fait dans l'impasse financière dans laquelle il se trouve désormais, une perte sans précédent de recettes, avec des effets immédiats, de « premier tour » (directement liés au temps de la crise) : reports et abandons de charges massifs, déclin de l'activité dans des proportions peu usuelles (le PIB a baissé de 5.8 % au premier trimestre 2020 et devrait se contracter d'environ 10 % en 2020), d'où des moindres recettes de cotisations sociales et d'impôts directs, sans parler des pertes de taxes indirectes : TVA pour l'État, droits de mutation immobiliers (DMTO) pour les départements ou droits d'accise pour les régions, recettes de fiscalité liées au tourisme, etc. Et des effets de second tour (dans lequel nous sommes entrés) : baisse durable de l'activité et non compensation des mois perdus dans tout une partie de l'économie, conversion du chômage partiel en chômage effectif, raréfaction du volume d'emplois, destruction d'une partie du parc d'entreprises, effets durables sur les recettes des collectivités (dont DMTO, droits d'accise, taxes sur les entreprises...), alors même que les dépenses croîtront (soutien à l'économie et dépenses sociales sensibles à la conjoncture, dont le RSA).

La Banque de France a pu estimer qu'un mois de confinement coûtait environ 3 points de PIB annuel. En fonction du rythme de reprise de l'activité, la facture sera encore alourdie par une économie en sous-régime, des secteurs particulièrement affectés (dont le tourisme) et des partenaires commerciaux en récession.

Du point de vue des finances publiques, la France présente deux caractéristiques : tout d'abord, un niveau d'endettement public élevé (un peu plus de 100 % du PIB début 2020), qui s'est légèrement accru depuis 2014 alors que celui de ses voisins diminuait dans le même temps. Les marges pour une relance dans les limites des accords européens sont donc réduites. Ensuite, la France est dotée de « stabilisateurs automatiques » robustes : traditionnellement puissants, ils ont encore été renforcés par les initiatives des pouvoirs publics, sur le plan social et sur le plan économique. En France, 8 points de pertes de PIB (hors plan de relance) coûtent au bas mot 5 points de déficit². La crise du COVID va avoir un impact important sur la dette publique française qui devrait atteindre environ 120 % du PIB fin 2020.

Ces deux caractéristiques ne manqueront pas de renforcer les pressions sur les taux de refinancement de la dette publique française : alors qu'ils étaient depuis de nombreux

mois négatifs, cette tension aurait pour effet mécanique une augmentation de la charge des intérêts de la dette.

S'agissant de la sphère sociale et du périmètre de la Loi de financement de la sécurité sociale, il faut bien mesurer l'ampleur du décrochage : la perspective 2020 était proche de l'équilibre avant la crise, elle est désormais de -41 Mds euros³, pour le seul régime général (et avant les mesures de relance, de soutien au pouvoir d'achat ou de dépenses nouvelles au sein de la sphère sociale). Le précédent « record », après la crise financière de 2008, était de 28 Mds.

Ainsi posée, l'équation financière et budgétaire, qu'elle traite de l'économie générale ou des finances sociales, va peser fortement sur la politique de santé de demain.

C'est pour cette raison que les choix d'imputation de la dette Covid-19, pour partie à la sphère sociale, pour partie au compte des autres administrations publiques, ne sont pas indifférents.

Les scénarii de transfert de la dette de trésorerie gérée par l'ACOSS nécessitent un débat sur la nature de la dette imputée à la sphère sociale. S'agit-il à proprement parler d'une dette sociale ? Evidemment, les déficits liés aux mesures de soutien à l'activité économique ou de maintien du pouvoir d'achat ne sont pas imputables aux politiques sociales, à leur caractère dispendieux ou à des déséquilibres structurels. D'un autre côté, la mise sous perfusion de l'économie et du pouvoir d'achat est un gage sur les recettes à venir de la sphère sociale.

La discussion est intéressante d'un point de vue heuristique mais de peu de conséquences pratiques. Il va falloir payer cette dette et mobiliser pour cela l'ensemble des revenus. La politique monétaire accommodante menée par la Banque Centrale Européenne (la création monétaire, l'inflation, les bas taux d'intérêt, y compris à titre perpétuel, etc.), ainsi que les récentes avancées vers un financement mutualisé entre les pays européens, aideront à contenir la dette. Mais il serait périlleux de ne pas honorer la signature de la France, si on veut préserver de bas taux d'intérêt, ce d'autant plus que l'Allemagne et les pays traditionnellement rigoureux sur le plan budgétaire (parmi lesquels les Pays-Bas ou l'Autriche) ont payé un tribut moins lourd à l'épidémie, en termes sanitaires comme économiques.

La question des moyens de cantonner cette dette Covid-19 est plus intéressante que celle des possibilités d'y échapper.

Il faut sortir cette dette, la cantonner pour ne pas obérer les politiques à venir, alors même que les enjeux sont pressants pour les soins de santé et pour le Grand âge. Il convient donc de faire des choix sur les modalités d'articuler la dette ancienne (Caisse d'amortissement de la dette sociale - Cades) et la dette récente (dette de trésorerie ACOSS - Covid-19) ou future au risque sinon de préempter pour de nombreuses années les options politiques dans le vaste champ sanitaire et médico-social.

1 - A quoi s'ajouteront les revalorisations décidées dans le cadre du Ségur de la santé.

2 - Cf. Rapport de la Commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances rectificative n° 406 du 21 avril 2020

3 - Réévaluée à -52 Mds d'euros fin juin 2020

La contribution au remboursement de la dette sociale rapporte bon an mal an (hors situation de dépression donc) 15 ou 16 Mds €. La CADES aura achevé son œuvre en 2024. Certains avaient d'ailleurs prévu de prolonger le prélèvement pour le flécher sur la prise en charge de la dépendance. Cette manne a disparu.

La question qui se pose est bien plus désormais celle de la prolongation de la CADES (7 années de plus⁴ permettraient de rembourser 100 Mds, estimation qui n'est pas insensée quant à la facture globale de la crise Covid sur les finances sociales). C'est une option.

Ne faut-il pas plutôt un autre véhicule pour porter demain cette dette, un fonds Covid-19 à large assiette (mais on fait difficilement plus large que la CRDS), qui fasse participer les contribuables aisés, comme l'a évoqué Raymond Soubie récemment ?

La symbolique est importante dans cette affaire. Mais il faut encore une fois faire comprendre plusieurs choses à nos concitoyens : 1) nous affrontons un choc de recettes majeur ; 2) ce n'est pas un simple trou d'air avec rétablissement des équilibres antérieurs passé la crise sanitaire ; 3) il va falloir porter la dette et, plus que jamais, décrire un avenir pour le système de protection sociale dans son ensemble.

Il faut un « Ségur de la santé » pour sortir de la crise sur le plan de l'organisation des soins. Le chantier de la protection sociale à refonder n'est pas moins crucial et il lui est intimement lié. L'objet d'un Varenne ?

**Marie-Anne Montchamp, Pierre Mayeur
Bertrand Cadelon & Stéphane Le Boulter**

.....
4 - Hypothèse réévaluée à 9 années.

Stéphane Brissy

Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

L'exposition des salariés aux risques professionnels et la responsabilité de l'employeur

Difficile de nier que les travailleurs ne pouvant exercer leur activité professionnelle à distance sont exposés à des risques de contamination virale depuis quelques mois. Si les soignants sont sans doute les premiers concernés, d'autres travailleurs le sont aussi, particulièrement lorsque la configuration des lieux et outils de travail implique des proximités entre personnes. Les questions que pose cette exposition vont cependant bien au-delà de la seule épidémie de covid-19. La nécessité de se demander si les salariés sont exposés à des risques professionnels n'est bien entendu pas apparue avec la propagation du Sars cov-2. Elle est même au cœur du droit de la santé au travail et de certaines évolutions dont il a été l'objet récemment. Lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation a accepté d'étendre l'indemnisation du préjudice d'anxiété, elle a décidé d'accorder cette indemnisation à des salariés exposés à un risque de développer une pathologie grave, quelle que soit l'activité de leur établissement et la substance à laquelle ils étaient exposés¹. L'exposition à une substance nocive ou toxique est alors devenue aux yeux du juge le déclencheur d'une angoisse indemnisable et imputable à l'employeur. L'attention portée à cette exposition au risque est essentielle, dans ces arrêts comme dans d'autres décisions ou textes. Elle est, ou devrait être, au fondement d'une politique de santé au travail

1 - Cass. soc. 5 avr. 2019, n°18-17442, JDSAM 2019, n°23, p. 134, note S. Brissy et p. 149 note O. D'Andigné et E. Gras ; JCP G 2019, 508, note M. Bacache ; D. Asquinazi-Bailleux, Préjudice d'anxiété des travailleurs d'établissements non classés, l'avancée jurisprudentielle : Dr. soc. 2019, p. 456 ; M. Keim-Bagot, Préjudice d'anxiété : la cohérence retrouvée : SSL 15 avr. 2019, p. 3 ; G. Pignarre, La réparation du préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante, l'assemblée plénière aurait-elle remporté une victoire.... À la Pyrrhus ? : RDT 2019, p. 340 ; P. Jourdain, Préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante : l'extension de la réparation à tous les salariés : D. 2019, p. 922 ; Cass. soc. 11 sept. 2019, n°17-24979 à n°17-25623, n°17-18311 à n°17-18349, n°17-26879 à n°17-25883, n°17-26895, n°18-10100, n°18-50030, D. Asquinazi-Bailleux, L'anxiété des travailleurs exposés à des substances nocives ou toxiques : quel espoir de réparation ?, JCP S 2019, 1282 ; X. Aumeran, Le préjudice d'anxiété à l'ère de l'obligation de sécurité de l'employeur, Dr. Soc. 2020, p. 58 ; P. Adam, J. Bourdoiseau, Controverse : que penser de l'extension du préjudice d'anxiété ?, RDT 2019, p. 756. Cass. soc. 20 nov. 2019, n°18-19578, 579, 581, 642, 645 et 646, Rev. Dr. Trav. 2020, p. 60, note G. Pignarre.

et les études en la matière sont indispensables². Mais se contenter de constater que les salariés sont exposés à des risques professionnels serait bien insuffisant au moment de se demander comment répartir les responsabilités en la matière, et surtout quelles sont celles de l'employeur, principal maître de l'organisation du travail. Des constats sur l'exposition aux risques professionnels ne permettent pas à eux seuls d'engager des responsabilités devant un juge. Une vision de la santé au travail limitée à l'exposition aux risques occulterait l'impératif de prévention qui fait partie des responsabilités de l'employeur au sens large, avec ses responsabilités économiques et financières³. Exposition au risque et responsabilité de l'employeur sont liés mais ne se confondent pas. L'étude de leurs liens met en évidence l'importance au plan juridique d'une action préventive sur les conditions de travail (1) et de l'attention accordée aux probabilités de survenance du risque (2) dans l'attribution des responsabilités.

1 — La condition essentielle du défaut de prévention

Réalité incontournable du travail ou non, le législateur français, précédé par le législateur européen, admet que le travail peut s'accompagner d'une exposition inévitable à des risques professionnels. Le deuxième principe de prévention énoncé par l'article L 4121-2 du code du travail consiste, après celui d'éviter les risques, à évaluer les risques qui ne peuvent être évités. Pour différents risques, le code du travail fixe des seuils d'exposition qui en limitent les effets mais en admettent en même temps l'existence. Le risque chimique par exemple est encadré par des valeurs limites d'exposition professionnelle⁴ mais les incertitudes sur la toxicité et la nocivité sont trop grandes pour qu'une exposition nulle au risque chimique soit garantie. Il en est de même pour d'autres risques tels que le bruit⁵ ou les rayonnements ionisants⁶ par exemple. Le franchissement des seuils d'exposition est parfois interdit mais va bien plus souvent déclencher l'obligation pour l'employeur de mettre en œuvre des mesures de prévention.

Il est clair dès lors que l'exposition à des risques professionnels n'est pas à elle seule source de responsabilité civile ou pénale de l'employeur. Mais elle l'oblige à agir sur les conditions de travail. Seule l'absence ou l'insuffisance de

2 - On peut notamment s'intéresser aux résultats de l'enquête Sumer 2017 parus en septembre 2019 sur l'évolution des expositions des salariés du secteur privé aux risques professionnels lors des 20 dernières années.

3 - P. Y. Verkindt, Les mots de la prévention au travail, dans La prévention des risques au travail, F. Héas (dir.), Sem. Soc. Lamy suppl. n°1655, 8 déc. 2014.

4 - Art. R 4412-1 c. trav. et s.

5 - Art. R 4431-1 c. trav. et s.

6 - Art. R 4451-1 c. trav. et s.

prévention pourra entraîner sa responsabilité. Les arrêts Air France de 2015 l'avaient déjà affirmé clairement⁷. Les arrêts rendus en 2019 qui élargissent l'indemnisation de l'anxiété causée par l'exposition à un risque élevé de développer une pathologie grave ont suivi cette logique. L'exposition au risque a été mise en lumière car c'est sur ce point que la jurisprudence a évolué. Désormais l'exposition à toute substance nocive ou toxique, et non plus seulement à l'amiante dans des établissements listés, est susceptible de créer une angoisse indemnisable. Mais le seul fait d'être ou d'avoir été exposé à une telle substance, voire à d'autres formes de risques, ne suffit pas à ouvrir le droit à indemnité. Pour que le préjudice d'anxiété soit indemnisable, il est nécessaire d'établir que l'exposition au risque de développer une pathologie grave a été causée par un manque de prévention de l'employeur. Dans l'un des arrêts rendus le 11 septembre 2019, la Cour de cassation reprend le contenu de certaines attestations de mineurs faisant état de l'absence ou de l'insuffisance des masques à poussières individuels et du système d'arrosage pour les protéger de l'inhalation de poussières⁸. L'exposition aux risques est une source de responsabilité mais uniquement lorsqu'elle est le résultat d'un défaut de prévention, autrement dit d'un manque d'action sur les conditions de travail. Le réaffirmer peut être utile dans une période d'interrogations sur la responsabilité de l'employeur en cas d'exposition des salariés au risque de contamination virale sur les lieux de travail.

La responsabilité pénale suit la même logique, y compris le délit de mise en danger d'autrui, même s'il est sans doute le plus caractéristique de toute l'importance accordée à l'exposition des salariés à des risques au travail. L'infraction de mise en danger d'autrui, fondée sur la notion de risque créé, vise à inciter à la vigilance contre toute prise de risque et à agir sur les conditions de travail⁹. Elle peut être reconnue sans que le risque ne se réalise, autrement dit lorsque le salarié a été exposé à un risque professionnel. Là encore, l'exposition seule ne suffit pas mais l'infraction de mise en danger lui donne une place centrale dans la responsabilité de l'employeur.

Ce délit a pu être récemment l'objet d'interprétations abusives, spécialement pendant la période de confinement¹⁰, et d'inquiétudes avant l'adoption de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire¹¹. Il faut alors revenir à sa définition par l'article 223-1 du Code pénal. Ce texte prévoit que « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de

prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Pour que la responsabilité pénale de l'employeur puisse être engagée sur le fondement du délit de mise en danger d'autrui, l'article 223-1 du code pénal exige expressément la preuve d'une « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Il est donc clair à la lecture du texte que l'employeur doit avoir commis une faute pour être condamné. Deux éléments caractérisent ici la faute : avoir violé une obligation particulière de prudence ou de sécurité et l'avoir fait de manière manifestement délibérée. Sur ces deux éléments la jurisprudence tend à interpréter assez largement la faute de l'employeur.

Il incombe tout d'abord au juge de rechercher l'existence d'une obligation particulière de sécurité, c'est-à-dire une obligation qui ressort de dispositions « objectives, immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation personnelle du sujet¹² ». La Cour de cassation la caractérise parfois par la description précise d'un modèle de conduite, par exemple lorsqu'elle en retient la qualification pour les textes qui édictent des mesures de protection collective assurant la pureté de l'air nécessaire à la santé des travailleurs et énonçant des règles de nettoyage, d'installation de systèmes de ventilation¹³. Cependant, une appréciation large du caractère particulier de l'obligation violée est parfois retenue. C'est le cas dans un arrêt du 19 avril 2017 dans lequel la Cour de cassation se contente d'un renvoi général à toutes les dispositions réglementaires relatives à la protection des salariés contre l'amiante sans préciser lesquelles ont été spécifiquement violées¹⁴.

La violation de l'obligation doit être manifestement délibérée. Il s'agit de l'élément moral de l'infraction. Il implique plus qu'une imprudence et nécessite en principe un acte ou une abstention volontaire. Mais lorsque le risque semble évident, la jurisprudence déduit bien souvent la violation manifestement délibérée de la violation seule¹⁵. Le cumul de plusieurs comportements négligents peut suffire à établir la faute pénale de l'employeur, y compris pour des infractions plus graves. Par exemple lorsqu'un non-respect de prescriptions d'utilisation s'ajoute à un défaut d'information du salarié sur la sécurité¹⁶. Si l'employeur a violé une obligation particulière de sécurité, il importe peu qu'il n'ait pas eu les moyens de percevoir le danger. Le juge n'est pas tenu de constater que l'employeur avait

7 - Cass. Soc. 25 nov. 2015, n°14-24444, JCP E 2016, 1146, n°12, obs. A. Bugada ; M. Babin, L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche, JCP S 2016, 1011.

8 - Arrêts n°17-24979 à n°17-25623.

9 - V. Cohen-Donsimoni, L'entreprise face à l'émergence du délit de risques causés à autrui, AJ Pénal 2016, p. 356.

10 - C. Polloni, « Mise en danger de la vie d'autrui », l'argument massue du confinement, Mediapart, 25 mars 2020.

11 - Loi n°2020-546, JORF 12 mai 2020.

12 - Cass. crim. 13 nov. 2019, n°18-82718, AJ Pénal 2020, p. 87, note J. Lasserre Capdeville.

13 - Cass. crim. 24 juin 2014, n°13-81302, Gaz. Pal. 2014, n°200, p. 19, note R. Mésa.

14 - Cass. crim. 19 avr. 2017, n°16-80695, Gaz. Pal. 2017, n°27, p. 55, note E. Dreyer ; AJ Pénal 2017, p. 340, note V. Cohen-Donsimoni.

15 - V. Cohen-Donsimoni, L'entreprise face à l'émergence du délit de risques causés à autrui, AJ Pénal 2016, p. 356.

16 - Cass. crim. 11 mars 2014, n°12-86769, Gaz. Pal. 2014, n°107, p. 5, note R. Mésa.

effectivement connaissance du danger dès lors qu'il a violé une obligation particulière de sécurité¹⁷.

L'appréciation de la faute se fait en fonction des circonstances de l'espèce. Pour apprécier la pertinence des mesures adoptées, le juge s'appuie sur la réalité du travail, au civil comme au pénal. Il doit être tenu compte « de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait », suivant les termes de l'article 121-3 alinéa 3 du code pénal. La loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire¹⁸ a repris ce texte pour en confirmer l'application à une situation d'état d'urgence sanitaire. L'article L 3136-2 du Code de la santé publique affirme depuis que « L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur. »

L'évolution de la jurisprudence civile ayant reconnu l'existence d'une obligation patronale de sécurité de résultat a pu influencer la jurisprudence pénale, plus encline à reconnaître la faute pénale et notamment la violation d'obligations dites particulières de sécurité même lorsque l'obligation générale de sécurité était davantage en cause qu'une obligation bien précise. Il serait en conséquence de plus en plus difficile pour un employeur d'échapper à la sanction pénale pour délit non intentionnel¹⁹.

L'insuffisance des mesures de prévention entraînant une exposition au risque de contracter le virus Sars-cov2 pourrait entraîner de telles responsabilités. Le protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la sécurité et la santé des salariés, publié le 3 mai 2020, fournit un guide des mesures collectives adaptées face au risque de contamination. Le ministère du travail a par ailleurs mis à disposition des fiches conseils sur la conduite à tenir par secteur d'activité. Les juges ont déjà pu imposer à certaines entreprises un arrêt partiel d'activité. Dans une ordonnance rendue en référé le 14 avril 2020, le tribunal judiciaire de Nanterre a contraint l'entreprise Amazon à suspendre une partie de ses activités en raison d'une insuffisance de mesures de prévention exposant ainsi les salariés au risque de contamination²⁰. L'employeur avait bien mis en place des mesures de protection contre les risques de contamination, telles que des mesures de « distanciation sociale », la fourniture de gel hydroalcoolique, la désinfection des vestiaires, l'augmentation de la fréquence des nettoyages, la constitution d'équipes chargées de suivre le respect des mesures de sécurité, etc... . Mais des risques subsistaient, notamment aux portiques d'entrée touchés par des centaines

de salariés, lors des passages de colis entre salariés ou dans les relations avec les transporteurs. L'activité de l'entreprise Amazon France Logistique n'a en conséquence pu être maintenue que pour les produits alimentaires, d'hygiène et médicaux.

L'exposition des salariés aux risques professionnels doit toujours s'accompagner d'un défaut de prévention lorsqu'est engagée la responsabilité de l'employeur. Encore faut-il que la carence dans la prévention soit bien à l'origine de l'exposition au risque.

2 – L'exposition causée par le défaut de prévention

L'une des questions soulevées par la responsabilité de l'employeur est de savoir de quelle exposition celui-ci peut-il être responsable ?

Concernant l'infraction de mise en danger d'autrui, le risque doit être grave puisque l'article 223-1 du Code pénal mentionne un « risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ». La preuve d'un préjudice n'est cependant pas nécessaire et l'on peut alors parler d'un délit d'exposition²¹. L'action pénale pourrait dans ce cas représenter un substitut à l'action civile dans le but d'obtenir une réparation pour la victime²². L'exposition au risque visée par le délit est une exposition collective et non individuelle au risque. Surtout, l'infraction de mise en danger d'autrui permet une répression pénale lorsque le risque ne s'est pas réalisé. L'existence d'un risque est nécessaire, mais pas celle d'un dommage. L'identification des personnes exposées n'est pas non plus nécessaire. Peu importe donc qu'une ou plusieurs personnes se soient effectivement trouvées en danger au moment de la violation de l'obligation.

La gravité du risque est également présente dans la réparation du préjudice d'anxiété puisque la Cour de cassation reconnaît désormais un droit d'agir contre l'employeur au salarié qui justifie d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave et d'un préjudice d'anxiété personnellement subi en raison de cette exposition. La jurisprudence a étendu la réparation du préjudice d'anxiété à l'exposition à toute substance nocive ou toxique, et non plus à la seule amiante²³. Pour caractériser le risque élevé de développer une pathologie grave, le débat judiciaire accordera nécessairement une attention particulière à l'exposition concrète du salarié à ce risque : pendant combien de temps, à quelle fréquence, avec quelle intensité a-t-il été exposé ? Il serait pertinent d'aller encore plus loin et d'admettre aussi le préjudice d'anxiété qui peut résulter d'une exposition à une situation nocive²⁴. Les risques

17 - Cass. crim. 16 févr. 1999, n°97-86290.

18 - Loi n°2020-546, JORF 12 mai 2020.

19 - B. Lapérou-Schneider, La responsabilité pénale de l'employeur personne physique et la présomption de faute, Dr. Soc. 2012, p. 273.

20 - JCP S 2020, 2005, note L. Gamet.

21 - V. Cohen-Donsimoni, AJ Pénal 2016, op. cit.

22 - Ibid.

23 - Cass. soc. 11 sept. 2019, op. cit.

24 - P. Adam, Controverse : que penser de l'extension du préjudice d'anxiété ?, RDT 2019, p. 756.

psychosociaux ne sont pas en soi moins graves que les risques physiques.

Mais au civil l'exposition à un risque grave ne suffit pas à obtenir une réparation. La jurisprudence a abandonné la théorie du « préjudice nécessairement causé » qui permettait au salarié d'obtenir des dommages et intérêts lorsque certaines obligations n'étaient pas respectées, sans avoir à prouver l'existence d'un préjudice issu de cette violation²⁵. Désormais, pour obtenir une indemnisation suite au défaut d'établissement d'un document unique d'évaluation des risques professionnels, le salarié doit établir que ce défaut lui a causé un préjudice²⁶. C'est dans cette exigence que l'indemnisation du préjudice d'anxiété trouve une limite à son extension. Le salarié souhaitant être indemnisé pour le préjudice d'anxiété suite à l'exposition à un risque de développer une pathologie grave doit établir la réalité de son préjudice²⁷. Ce préjudice doit être subi personnellement. Serait-ce un préjudice situationnel, lié à l'environnement personnel, familial, amical notamment²⁸ ? Il serait en tous cas tout aussi possible de considérer que le fait d'être exposé à un risque élevé de développer une pathologie grave est en soi générateur d'anxiété²⁹.

L'autre question qui se pose dans un débat sur la responsabilité est celle du lien de causalité, ici entre la violation de l'obligation de prévention et l'exposition à un risque. En la matière la jurisprudence fait appel à une logique probabiliste. L'idée de probabilité est consubstantielle à la notion de risque et à son entrée dans le droit. Elle permet au juge de s'affranchir des difficultés à caractériser des certitudes et de recourir à des présomptions de causalité.

Le délit de mise en danger d'autrui exige qu'une causalité directe et immédiate entre la faute et le risque créé soit établie. Le risque immédiat inclut aussi bien le risque d'accident que le risque de maladie, par exemple un cancer du rein³⁰. Ce risque direct et immédiat signifie que le risque doit être hautement probable. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi confirmé la condamnation d'une société pour mise en danger d'autrui parce que celle-ci, intervenant sur un chantier où le risque d'inhalation de fibres d'amiante était identifié et connu, avait violé délibérément les obligations particulières relatives à la protection contre les risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante. Elle justifie sa décision en soulignant que le risque de dommage auquel était exposé la victime doit être certain sans qu'il soit nécessaire que ce risque se soit réalisé de manière effective,

et qu' « en l'état des données de la science disponibles, le degré de probabilité de développer un cancer du poumon ou un cancer de la plèvre dans les 30 à 40 ans de l'inhalation de poussières d'amiante est certain, sans qu'il n'y ait ni effet de seuil, en deçà duquel il n'existerait aucun risque ni traitement curatif efficace³¹ ». L'adjectif immédiat ne signifie pas que la mort ou les blessures doivent survenir immédiatement, ni même qu'elles doivent survenir. C'est l'exposition au risque, c'est-à-dire la probabilité d'être blessé ou de contracter une maladie, qui doit être immédiatement issue de la faute.

La probabilité est également un facteur de l'indemnisation du préjudice d'anxiété puisque le risque de développer une pathologie grave auquel est exposé le salarié doit être élevé pour qu'il puisse ouvrir le droit à indemnisation de l'anxiété. Les arrêts reconnaissant le droit à indemnisation du préjudice d'anxiété accordent une grande attention à la faute de l'employeur mais pas au lien de causalité entre la faute et l'exposition au risque. Tout porte à croire à la lecture des arrêts que l'exposition est déduite de la faute.

Le lien de causalité qui doit être établi entre la violation de l'obligation et l'exposition au risque est bien souvent déduit de la violation de l'obligation. Cette logique s'explique par le rôle majeur que jouent les études scientifiques dans la définition du degré de probabilité. Cela a déjà été mis en évidence à propos de l'inhalation de poussières d'amiante. Il a également pu être souligné que le temps de l'ignorance était terminé concernant les conséquences de l'exposition des travailleurs agricoles aux produits phytopharmaceutiques³². Des évolutions pourraient survenir dans ce domaine, sur le modèle de l'exposition à l'amiante, si les mesures de prévention restent insuffisantes et l'application des textes ineffective.

La présomption de causalité entre la violation d'une obligation de prévention et l'exposition à un risque grave répond par ailleurs à la rationalité législative et réglementaire. Le droit de la santé au travail n'obéit certes pas à un principe de précaution mais de prévention, et toute exposition à un risque n'est pas prohibée en soi. Mais les obligations relatives à la prévention des risques ont pour objectif d'éviter l'exposition aux risques et leur inexécution suppose par définition l'exposition à un risque immédiat. Il peut être bon de le rappeler au moment où les risques liés au travail restent élevés.

Stéphane Brissy

25 - V. Bonnin, Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, RJS 2017, n°8, p. 619.

26 - Cass. soc. 25 sept. 2019, n°17-22224, RDT. 2019, p. 792, note M. Véricel.

27 - Cass. soc. 5 avr. 2019, op. cit. ; Cass. soc. 11 sept. 2019, op. cit.

28 - X. Aumeran, Le préjudice d'anxiété à l'ère de l'obligation de sécurité de l'employeur, Dr. Soc. 2020, p. 58.

29 - P. Adam, op. cit.

30 - Cass. crim. 30 oct. 2007, n°06-89365, AJ Pénal 2008, p. 91, obs. S. Lavric ; D. 2009, p. 123, obs. G. Roujou de Boubée ; JCP S 2008, 1622, note T. Lahalle.

31 - Cass. crim. 19 avr. 2017, n°16-80695, JCP G 2017, 610, note F. Rousseau, Gaz. Pal. 2017, n°27, p. 55, note E. Dreyer.

32 - D. Roman, Santé et environnement au travail : le cas des agriculteurs, RDSS 2019, p. 57.

Sous la coordination de **Me Delphine Jaafar**
Avocat Associé, Vatieur

Margaux Jaumot
Juriste, Vatieur

Simon Brunnel
Élève-magistrat, Vatieur

« Responsable mais pas coupable Acte II » ?

« La santé dépend plus des précautions que des médecins ». Cette célèbre citation de Bossuet est très révélatrice de ce qui est aujourd'hui reproché au gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire.

En effet, l'État par le biais du gouvernement, doit veiller, comme le garantit la Constitution et de nombreuses autres normes, à la protection de la santé de la population.

Or, avec l'arrivée de la Covid-19 en France, virus encore trop peu connu, il n'a pas toujours été évident pour le gouvernement de prendre les mesures opportunes conciliant protection de la santé et impératifs économiques ou politiques. Certaines décisions, prises dans l'urgence, ont ainsi été pointées du doigt comme étant la cause de situations dramatiques. Le temps des responsabilités semble succéder très rapidement au temps de l'action.

Ainsi, le Sénat et l'Assemblée Nationale ont récemment décidé de la tenue prochaine de commissions d'enquête, destinées à faire le bilan de la gestion de la crise et à en relever les dysfonctionnements.

Symbole d'une certaine appréhension des décideurs publics, la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire, ajoute au code de la santé publique un article L 3136-2 dont l'objet est d'inciter le juge à prendre en compte le contexte de crise lors de l'engagement de la responsabilité pénale d'un tel décideur pour une infraction non intentionnelle.

Cette appréhension ne semble pas infondée. En effet, dès le mois de mars 2020, plusieurs plaintes émanant de particuliers ou d'associations et de collectifs ont été déposées devant la Cour de Justice de la République, compétente pour se prononcer sur la responsabilité pénale des membres du gouvernement.

Le droit pénal apparaît ainsi comme une voie opportune pour les plaignants désireux de dénoncer la mauvaise gestion sanitaire du Gouvernement. Toutefois, il n'est pas

certain que ce pan si particulier du droit, gouverné par le principe d'interprétation stricte, soit réellement adapté à la situation.

Afin de s'en assurer, il paraît nécessaire de relever les carences identifiées dans les plaintes déposées contre les membres du gouvernement (I) pour les confronter aux différentes infractions visées tout en soulignant les difficultés procédurales (II).

I/ Le dépôt de plainte – Moyen de dénonciation des carences étatiques dans la gestion de la crise sanitaire

Le bilan définitif de la crise sanitaire due à la diffusion de la Covid-19 n'est pas encore disponible. Néanmoins certains chiffres provisoires peuvent être avancés afin de mesurer l'ampleur des conséquences : le nombre de décès liés à la maladie avoisine les 30 000 morts et le PIB français a connu au premier trimestre 2020 une contraction telle que les économistes parlent de récession. En outre cette crise a eu des répercussions très fortes sur la liberté de circulation des individus.

Malgré l'omniprésence des décisions gouvernementales pendant cette crise, un certain nombre de déficiences ont été dénoncées. Ces critiques portent principalement sur l'insuffisance des stocks de masques, sur la lenteur dans l'approvisionnement des tests médicaux, sur le trop faible nombre de lits en réanimation et enfin sur le maintien du premier tour des élections municipales en dépit de la connaissance du danger viral.

L'exemple des masques est le plus représentatif de la carence reprochée à l'État. A la fin du mois de mars, un collectif de médecin évaluait le nombre de masques nécessaires pour protéger le personnel soignant à 15 millions par jour¹. Or le 17 mars Olivier Véran, ministre de la santé, estimait le stock de masques - tous types confondus - à 110 millions². Ce faible nombre semble s'expliquer par une absence de renouvellement des stocks importants qui avaient pourtant été constitués à partir de l'épidémie d'H5N1 survenue en 2005. Malgré la sonnette d'alarme tirée par le Sénat lors d'un rapport publié en 2015³, les stocks n'ont pas été renouvelés et la logique est demeurée celle du flux tendu.

Concernant les tests, un rapport de l'OCDE, publié le 15 avril, soulignait que le pourcentage de personne dépistées

.....

1 - Alexis Feertchak, le 21 mars 2020, Coronavirus : Olivier Véran s'explique sur les masques pour mettre

2 - Interview d'Olivier Véran sur France Inter le 17 mars 2020

3 - Rapport d'information de M. Francis DELATTRE, L'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS) : comment investir dans la sécurité sanitaire de nos concitoyens ? n° 625 (2014-2015) - 15 juillet 2015

en France était trois fois inférieur à la moyenne des pays membres de l'OCDE⁴.

Le 22 mai la Cour de justice de la République enregistrait 72 plaintes dirigées principalement contre le Premier ministre, les ministres des Solidarités et de la Santé, de l'Intérieur et de la Justice. Médecins, candidats aux élections municipales, assesseurs, malades, proches de malades décédés, ou encore syndicats pénitentiaires, ces plaintes émanent d'horizons très différents. Les infractions visées ne sont pourtant pas aussi nombreuses. Quatre délits peuvent être relevés : l'homicide et les blessures involontaires⁵, la non-assistance à personne en danger⁶ le risque causé à autrui⁷ et enfin l'omission de combattre un sinistre⁸.

Avant de jeter un regard sur ces plaintes il convient de souligner les particularités procédurales de leur traitement.

Les plaintes visant des faits commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont, en application de l'article 68-1 de la Constitution, jugées par la Cour de Justice de la République. Or, depuis sa création en 1993, cette Cour a traité plus de 1 500 dossiers, en a jugé huit parmi lesquels sont intervenues trois condamnations, trois relaxes et deux dispenses de peine. Ces chiffres témoignent de la réalité du filtrage opéré devant cette Cour. Il faut également souligner qu'en cas de transmission de ces plaintes par la commission des requêtes la longueur et la complexité des procédures engagées devant cette juridiction spéciale ainsi que le grand nombre de plaintes déposées poseront certainement des difficultés au regard de sa capacité de traitement.

A cet obstacle que constitue le privilège de juridiction s'ajoutent des difficultés tenant à la qualité à agir des victimes ainsi que des incertitudes liées à la probable inadéquation des faits aux éléments constitutifs des infractions reprochées.

II/ La responsabilité des ministres – Des difficultés tant procédurales que de fond

Les décisions d'irrecevabilité des plaintes par la Commission des requêtes de la Cour de Justice de la République étant insusceptibles de recours, il est indispensable que ces plaintes respectent parfaitement les nombreuses exigences procédurales.

Avant d'analyser la procédure en profondeur, il convient de relever les obstacles purement formels à la recevabilité de ces plaintes. En effet, la loi organique sur la Cour de justice de la République⁹ exige que ces dernières précisent nommément le membre du gouvernement visé, qu'elles

contiennent l'énoncé des faits reprochés et enfin qu'elles soient signées par le plaignant. Or certaines semblent n'avoir pas su éviter ces écueils.

Pour être recevables les plaintes doivent en outre viser des actes accomplis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Cela ne semble pas poser de difficulté à première vue. Toutefois, cette exigence de forme révèle une potentielle difficulté au fond : la responsabilité pénale des ministres ne peut concerner que des faits qu'ils auraient personnellement commis. Les multiples délégations de tâches dans la fonction publique seront sans aucun doute passées au crible par la Cour de Justice de la République.

La principale pierre d'achoppement au succès des plaintes déposées se trouve constituée par un principe cardinal de la procédure pénale qui veut que « *nul ne plaide par procureur* ». La loi organique précitée n'y échappe pas. Elle précise en effet que la plainte portée auprès de la commission des requêtes doit être le fait d'une « *personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions* ».

Il convient en outre de préciser qu'aucune action civile n'est recevable devant la Cour de Justice de la République¹⁰, les plaignants devraient alors se tourner vers les juridictions de droit commun devant lesquels le défaut de qualité à agir, s'il devait être caractérisé, serait un obstacle dirimant.

Indépendamment de ces questions procédurales, sur le fond, les infractions visées par les plaintes pourraient s'avérer inadaptées aux carences reprochées. Ces infractions peuvent être classées en deux types : les infractions involontaires – blessures involontaires¹¹ et homicides involontaires¹² - et les infractions d'abstention – non-assistance à personne en danger¹³, risque causé à autrui¹⁴ et omission de combattre un sinistre¹⁵.

Un cadre juridique spécifique aux infractions involontaires est prévu par l'article 121-3 du code pénal qui introduit une distinction en fonction de la nature du lien de causalité - direct ou indirect - ayant des incidences sur la gravité de la faute exigée. Un lien direct entre la faute d'un ministre et les dommages causés par le virus, paraît assez difficilement concevable¹⁶. Si une causalité devait être démontrée, elle serait plus certainement indirecte, et nécessiterait ainsi la preuve d'une faute délibérée ou caractérisée.

La faute délibérée exige « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de*

4 - Stéphane Foucart et Stéphane Horel, le 24 avril 2020, Dépistage du coronavirus : les raisons du fiasco français sur les tests, Le Monde
 5 - Article 222-19 et 221-6 du Code pénal
 6 - 223-6 du Code pénal
 7 - Article 223-1 du Code pénal
 8 - Article 223-7 du Code pénal
 9 - Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de Justice de la République

10 - Article 13 loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République
 11 - Article 222-19 du Code pénal
 12 - Article 221-6 du Code pénal
 13 - Article 223-6 du Code pénal
 14 - Article 223-1 du Code pénal
 15 - Article 223-7 du Code pénal
 16 - La jurisprudence est exigeante sur ce point : Cour de Cassation, Crim. 18 juin 2003, n°02-85.199, rendu dans l'affaire du sang contaminé

sécurité prévue par la loi ou le règlement »¹⁷. La démonstration de la violation d'une telle obligation pourrait s'avérer ardue. La faute caractérisée, quant à elle, doit exposer autrui à un risque d'une particulière gravité et son auteur ne doit pas ignorer qu'il générerait par son comportement un tel risque. Sur ce point, la démonstration de la conscience de la génération d'un risque devra prendre en compte les larges incertitudes scientifiques qui entouraient le virus lors des faits reprochés.

Il en sera de même pour les infractions de non-assistance à personne en danger ou de risque causé à autrui. En effet, si l'élément matériel pourrait être caractérisé, l'élément moral le sera plus difficilement : la conscience d'un danger « grave » et « immédiat » au moment des faits étant difficile à prouver.

Une autre infraction visée par les plaintes pourrait paraître plus adaptée à la gestion sanitaire et aux carences invoquées tel que le manque de communication ou la tardiveté des mesures prises pour éviter la propagation du virus Covid-19 : il s'agit du délit d'omission de combattre un sinistre¹⁸. Cette infraction suppose la survenance d'un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes et une abstention d'agir contre ce dernier.

La caractérisation du délit exige que la personne en cause pouvait prendre ou provoquer des mesures permettant de combattre le sinistre. Cette question des moyens pourrait constituer un frein à la constitution de cette infraction à l'encontre des ministres visés.

En outre, l'abstention doit être volontaire, la conscience des conséquences du défaut d'acte doit alors être prouvée. Si l'on peut affirmer que le gouvernement avait connaissance du sinistre - qualifié d'« urgence de santé publique de portée internationale » par l'OMS le 30 janvier 2020 -¹⁹, la preuve de la connaissance de la nature du virus semble plus délicate à apporter en raison des zones d'ombre qui existaient au moment des faits.

La responsabilité pénale des ministres obéit donc à des règles précises et contraignantes garantissant le respect du principe de nécessité du droit pénal. Les difficultés d'engagement de cette responsabilité pénale n'empêcheront toutefois pas le Parlement, à la lumière des commissions d'enquête, de décider de mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement. Tant que la réforme constitutionnelle visant à supprimer la Cour de Justice de la République ne sera pas adoptée, la responsabilité politique des ministres demeurera plus facile à engager !

**Margaux Jaumot, Simon Brunnquel
& Delphine Jaafar**

17 - Article 121-3 du Code pénal

18 - Article 223-7 du Code pénal

19 - OMS, Déclaration sur la deuxième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire internationale (2005) concernant la flambée du nouveau Coronavirus 2019 (2019-nCoV), 30 janvier 2020.

Céline Roux

Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat

L'aide au recouvrement des pensions alimentaires : de la place de l'État dans une obligation civile

Le versement des pensions alimentaires au titre de l'entretien et de l'éducation des enfants est un levier majeur de lutte contre la pauvreté. Par son étendue d'abord, puisque 900 000 personnes attendent chaque mois une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de près de 1,5 million d'enfants¹. Par la situation des personnes qu'il concerne ensuite, dès lors qu'il s'agit souvent de familles monoparentales, plus touchées par le chômage, plus souvent locataires, à 85 % assumées par une femme, et dont, selon une étude locale de l'Insee, 39 % vivaient en dessous du seuil de pauvreté, contre 18 % des couples avec enfant². Or, 35 % des pensions alimentaires ne sont pas versées par le parent débiteur au parent créancier³.

Rappelons que la pension alimentaire constitue la mise en œuvre d'une obligation civile qui résulte de la filiation. L'article 371-2 du code civil la formule dans les termes suivants : « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». Lorsque des parents se séparent, et ce quelle que soit le lien juridique qui les unissait, « *la contribution à son entretien et à son éducation [de l'enfant] prend la forme d'une pension alimentaire versée (...) par l'un des parents à l'autre* » dispose l'article 373-2-2 du même code. Classiquement, et jusqu'à une période récente, la pension alimentaire était exclusivement fixée par une décision du juge aux affaires familiales ou par un accord entre les parents homologué par ce même juge. Aujourd'hui encore, seule la détention d'un titre exécutoire peut fonder le recouvrement d'une pension alimentaire non spontanément versée par le parent débiteur.

Ainsi, le difficile parcours du parent qui élève seul un enfant pour obtenir le versement d'une pension

alimentaire s'ouvre-t-il par la nécessité de détenir un tel titre. Dans l'hypothèse où l'autre parent est défaillant, cela implique de saisir le juge aux affaires familiales. Aux délais d'audiencement de plusieurs mois, s'ajoute souvent la nécessité, après une première audience où le parent débiteur ne s'est pas présenté, de lui faire délivrer l'acte de saisine de la juridiction par voie d'huissier, afin de respecter le principe du contradictoire. Une fois la décision rendue, elle devra être signifiée, toujours par voie d'huissier, au parent débiteur avant de pouvoir en demander l'exécution. Ce n'est qu'alors que peut naître une situation d'impayé de pension alimentaire au sens juridique du terme, bien que, concrètement, le parent qui élève l'enfant ait assumé seul sa charge pendant les mois écoulés depuis la séparation, à tout le moins à titre d'avance. Ce régime juridique, qui implique une procédure qui peut paraître lourde, lente et contraire à l'urgence sociale dans laquelle peuvent se trouver les familles concernées, est celui d'une obligation civile avec les garanties juridictionnelles qu'elle implique.

L'enjeu social du sujet a conduit le législateur, depuis une loi n° 84-1171 du 22 décembre 1984, à confier aux caisses d'allocations familiales (CAF) et de mutualité sociale agricole (CMSA) une mission d'aide au recouvrement des pensions alimentaires. Cette mission a été étendue et renforcée depuis 2016 par les lois de financement de la sécurité sociale pour les années 2016, 2017 et 2020. Si cette intrusion du social dans le champ traditionnellement dévolu au droit civil poursuit incontestablement un objectif d'intérêt général de soutien aux familles les plus exposées aux risques socio-économiques, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève des questions juridiques aussi inédites que stimulantes et doit notamment nous conduire à dégager les principes qui délimitent les deux champs.

I – Le dispositif d'aide au recouvrement des pensions alimentaires

Les aides dont peut bénéficier le parent créancier d'une pension alimentaire non versée par le parent débiteur sont de deux natures. D'abord, une prestation familiale spécifique, l'allocation de soutien familial, dont le montant s'élève actuellement à 116 euros par mois et par enfant, peut être versée à titre d'avance au parent créancier dans l'attente du recouvrement de sa pension alimentaire. En outre, ce même parent peut bénéficier d'une aide pour obtenir le recouvrement de sa pension alimentaire, appelée, aux termes de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020⁴, « *intermédiation financière des pensions alimentaires* ». C'est ce dernier volet de l'intervention de la CAF et de la CMSA

1 - D. Lenoir, *Pensions alimentaires : en finir avec les impayés*, Terra Nova, mars 2019.

2 - Les familles monoparentales souvent en situation de précarité, Insee, 9 octobre 2014 (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1285832>)

3 - D. Lenoir, *Pensions alimentaires : en finir avec les impayés*, Terra Nova, mars 2019.

4 - Cette expression apparaît tant dans le code de la sécurité sociale (article L. 582-1) que dans le code civil (article 373-2-2).

qui doit retenir notre attention ici.

Le dispositif, tel qu'il résulte de l'article 72 de cette loi, dont les dispositions d'application n'ont pas encore été prises en raison du retard engendré par la crise sanitaire, procède par étapes.

D'abord, s'agissant du titre exécutoire, plusieurs nouveautés ont été introduites depuis 2016.

En premier lieu, le titre qui peut fonder la mise en œuvre du dispositif d'intermédiation, peut revêtir plusieurs formes, en application des dispositions des articles 373-2-2 du code civil et L. 582-1 et L. 582-2 du code de la sécurité sociale. Il peut s'agir d'une décision du juge aux affaires familiales, d'un accord entre les parents homologué par ce juge, d'une convention de divorce par consentement mutuel, d'un acte authentique reçu par un notaire ou encore d'un accord entre les parents auquel le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales a donné force exécutoire. La grande diversité des titres envisagés étonne. A une période encore récente, seul un titre revêtu de la formule exécutoire apposée par un juge, et donc soumis à l'appréciation de ce dernier, pouvait permettre de mettre en œuvre le recouvrement de la pension alimentaire par voie d'huissier. Cette diversité s'explique aisément. D'abord, elle reflète un vaste mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille et, en cela, doit tenir compte des accords entre les parents auxquels le législateur a accordé les mêmes effets qu'un jugement, notamment des divorces par consentement mutuel déjudiciarisés depuis le 1^{er} janvier 2017 en application de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Ensuite, elle répond à un objectif de célérité de la délivrance du titre justifié par les enjeux sociaux à l'œuvre pour les familles concernées, ce qui explique la possibilité pour le directeur de la CAF et de la CMSA de donner force exécutoire à l'accord par lequel les parents fixent le montant de la pension alimentaire.

En second lieu, depuis la loi du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020, le titre peut prévoir expressément, *ab initio* et dans trois cas, que le versement de la pension alimentaire fera l'objet d'une intermédiation par la caisse : lorsque le juge fait droit à une demande de l'un des parents en ce sens, lorsque l'accord des parents le prévoit ou encore, dans les situations de violences conjugales n'ayant pas nécessairement donné lieu à une condamnation pénale, lorsque le juge l'ordonne d'office. Cette disposition introduit une potentialité de généralisation de ce dispositif à toutes les pensions alimentaires. Une telle orientation n'a pas été retenue à ce stade par le législateur malgré des propositions en ce sens⁵ et l'exemple québécois. L'intermédiation n'est donc mise en œuvre que lorsqu'elle est jugée nécessaire ou qu'elle fait l'objet d'un accord entre les parents.

Ensuite, concrètement, la caisse peut procéder elle-même

au recouvrement des pensions alimentaires, le plus souvent en mettant en œuvre une procédure de paiement direct en application des articles L. 213-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution, c'est-à-dire une saisie des rémunérations du débiteur, dans les conditions prévues à l'article L. 3252-5 du code du travail, ou une saisie sur les fonds qu'il détient auprès d'un établissement bancaire. Le montant de la pension est alors reversé au parent créancier. Ainsi les caisses ne font pas l'avance du montant de la pension et seul l'ASF recouvrable peut être versé à titre d'avance au parent créancier pendant le délai de recouvrement.

II- Un dispositif hybride à la frontière du droit civil et du droit social

L'intermédiation des pensions alimentaires repose sur l'intrusion d'un tiers, la sécurité sociale, dans une relation de droit privé afin d'assurer la mise en œuvre d'une obligation civile dans l'intérêt des familles les plus vulnérables. Si le caractère social de l'objectif poursuivi est très clair, le fondement du dispositif est purement civil. De plus, l'architecture du système est hybride : elle emprunte au droit social et au droit civil. Ainsi, le titre exécutoire n'est plus seulement le fait d'un juge, il peut être émis par la CAF et la CMSA, et la nature des fonds perçus oscille, selon la situation du débiteur, entre prestation familiale, l'ASF, et avance sur une créance civile, l'ASF recouvrable. Une telle imbrication se justifie dans un souci de pragmatisme. Toutefois, elle n'est pas sans poser la question de la nature de l'intervention de l'État et des principes qui doivent régir chacune des étapes du dispositif.

La nature de l'intervention de l'État peut interroger à deux égards. D'abord, l'ASF en elle-même, est très clairement identifiée comme une prestation familiale aux termes de l'article L. 511-1 du code de la sécurité sociale. Toutefois, un rapide examen de la liste de ces prestations conduit à remarquer la particularité de l'ASF lorsqu'elle est versée en cas d'impayé de pension alimentaire. En effet, selon qu'elle est recouvrée ou non, la nature de la somme pourra muter de créance civile dont la caisse a fait une simple avance en prestation familiale. Tout se passe comme si la situation du parent créancier avant le recouvrement de la pension ouvrait droit à la prestation familiale, lequel s'éteindrait rétroactivement une fois le recouvrement opéré. Ainsi, la solidarité nationale viendrait palier la carence du parent débiteur, pendant la seule période de carence, et son intervention ne serait que subsidiaire. Ensuite, la nature du service de recouvrement qui est rendu au parent créancier est difficile à saisir. Si les dispositions relatives à l'intermédiation des pensions alimentaires figurent dans le livre du code de la sécurité sociale relatif aux prestations familiales et aux prestations assimilées, on ne peut que remarquer que le dispositif dénote parmi les autres prestations familiales. Il s'agit davantage d'un service public rendu pour assurer l'exécution d'une obligation civile que d'une prestation familiale au sens classique. Or, les conditions d'ouverture

5 - D. Lenoir, *Pensions alimentaires : en finir avec les impayés*, Terra Nova, mars 2019.

d'une prestation familiale peuvent être plus strictes que celles qui régissent l'accès à un service public qui pourrait être regardé comme relevant de l'aide sociale. Ainsi la condition de régularité du séjour sur le territoire national qui est posée pour l'accès au dispositif d'intermédiation pouvait-elle interroger au regard du principe d'égalité.

En outre, selon que l'intermédiation est regardée comme un service public ou comme la mise en œuvre d'une obligation civile, qui sont les deux facettes de sa nature duale, elle sera soumise à des exigences distinctes. C'est notamment le cas s'agissant de l'établissement du titre exécutoire qui traduit l'obligation en créance. Un titre matérialisant la créance d'une personne sur une autre, son établissement et sa modification sont soumis à des garanties qui empruntent nécessairement au cadre juridictionnel. Toutefois, l'objectif social de l'intermédiation a plutôt tendance à encourager une simplification des démarches. Ainsi, le directeur de la CAF et de la CMSA peut-il établir lui-même un titre exécutoire depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017. Toutefois, l'établissement de ce titre est strictement encadré : le directeur de la CAF et de la CMSA doit se borner à donner force exécutoire à un accord intervenu entre les parents, contrôler que le montant prévu n'est pas inférieur à un seuil fixé et renoncer à intervenir en cas de saisine du juge aux affaires familiales. Dans ces conditions, à défaut de pouvoir porter une appréciation sur la teneur du titre, l'intervention du directeur de la CAF et de la CMSA demeure très circonscrite. Lorsqu'il a été envisagé de confier à ce dernier, à titre expérimental, la faculté de réviser le montant d'une pension alimentaire fixée ou homologuée par une décision du juge aux affaires familiales, le Conseil constitutionnel a considéré que de telles dispositions auraient conduit ce directeur non pas seulement à appliquer mécaniquement un barème, mais à porter une appréciation sur les ressources des parents et les besoins de l'enfant, alors même que les caisses, qui versent l'ASF en cas de défaillance du parent débiteur, auraient un intérêt financier à éviter de constater l'état d'impécuniosité de ce dernier dès lors que ce constat entraîne la décharge du paiement d'une pension alimentaire et le versement de l'ASF au parent créancier. Aussi, le Conseil a-t-il estimé que « *le législateur a autorisé une personne privée en charge d'un service public à modifier des décisions judiciaires sans assortir ce pouvoir de garanties suffisantes au regard des exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » et censuré les dispositions en cause de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, §37 à 42).

Au-delà du cadre constitutionnel, l'apport du juge en matière familiale consiste bien souvent à veiller à l'équilibre des intérêts des parties. Si l'on comprend la détermination du législateur à pourvoir au parent créancier de la pension alimentaire une aide rapide et efficace pour en obtenir le versement, encore faut-il veiller à ce que le montant de la pension octroyée soit conforme aux ressources des parents et aux besoins de l'enfant, ce qui implique souvent un examen minutieux des situations personnelles que ne permet pas

toujours l'application d'un barème. Or, la déjudiciarisation de l'établissement des titres implique un encadrement plus fort de la fixation du montant de la pension à des fins de célérité, de sécurité juridique et d'homogénéité territoriale, et partant, encourage le recours à des barèmes. En outre, l'incitation aux accords passés entre les parents avec la promesse d'obtenir une pension alimentaire plus facilement et plus rapidement, peut masquer les pressions que l'un des parents peut exercer sur l'autre sur des questions qui peuvent être distinctes du montant de la pension et concerner la vie de l'enfant ou de l'autre parent.

Enfin, la nature duale du dispositif et les garanties qu'elle implique limitent le recours au dispositif complet d'intermédiation, qui va de l'établissement du titre au recouvrement, aux seuls accords parentaux. Or, les situations les plus préoccupantes socialement sont celles dans lesquelles un parent se soustrait à son obligation alimentaire. Ainsi, on peut se demander si, en l'état, certaines facettes du dispositif ne sont pas vouées à manquer leur cœur de cible.

Du code civil au code de la sécurité sociale, de l'obligation civile à la prestation familiale, de l'exécution d'une décision juridictionnelle à la mise en œuvre d'un accord parental passé devant le directeur de la CAF, l'aide au recouvrement des pensions alimentaires a gagné en efficacité en entrant dans le champ du social quand cette tâche incombait traditionnellement au seul parent créancier avec les outils classiques, lents et onéreux, du recouvrement civil entre personnes privées. Ce passage ne se borne cependant pas à apporter un concours, il insuffle une philosophie nouvelle dans le droit de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Barémisation et automaticité en sont les premiers signes. Le dispositif demeure toutefois à la croisée des chemins, en tension entre le droit civil et le droit social qui répondent à des logiques différentes et sont régis par des principes différents.

Céline Roux

Meryem Deffairi

Maître de conférences en droit public à l'université Paris II
Panthéon-Assas et conseil en droit de l'environnement

La publicité face à la protection de l'environnement : l'abolition des privilèges ?

Début juillet 2020, la première proposition de loi visant à encadrer la publicité à des fins environnementales a été déposée par le nouveau groupe parlementaire « Ecologie, démocratie, solidarité » à l'Assemblée nationale.

En effet, alors que le corpus normatif destiné à protéger l'environnement ne cesse de s'étoffer, un secteur demeure dans lequel les acteurs économiques restent relativement libres de diffuser des informations susceptibles d'avoir un impact négatif sur la protection de l'environnement : la publicité. Pourtant, ces dernières années, on compte sur les doigts de la main les publicités qui ne mettent pas en avant un « argument écologique » pour vanter les qualités d'un produit et ce, quand bien même il s'agirait d'une voiture émettrice de gaz à effet de serre, de produits contenant des composés chimiques ou, plus largement, de sources directes de pollutions.

Deux rapports notoires publiés en juin 2020, l'un associatif¹, l'autre institutionnel², interrogent le lien entretenu par la publicité avec la protection de l'environnement. Ils mettent en relief les insuffisances de la réglementation et de la régulation pour garantir une prise en compte satisfaisante de la transition écologique dans les messages publicitaires.

La publicité peut en effet gêner l'objectif de protection de l'environnement et être à l'origine de comportements de nature à causer des atteintes à l'environnement et à la santé par différents biais. A titre d'exemple, elle peut simplement vanter les mérites d'un produit dont l'utilisation porte atteinte à l'environnement. Elle peut, plus indirectement, soutenir ou insinuer qu'un produit donné s'insère dans une démarche de développement durable de façon plus ou moins insidieuse et plus ou moins sincère. Par ailleurs, la publicité

doit désormais incontestablement être perçue comme un facteur de surconsommation, de production de déchets et d'obsolescence dans la mesure où elle permet aux acteurs économiques d'inciter massivement les consommateurs à se défaire de produits de consommation encore viables pour les remplacer par de nouveaux produits. Aussi, les supports publicitaires sont-ils eux-mêmes sources de nombreuses pollutions³.

C'est d'ailleurs principalement dans le cadre de cette approche matérielle, c'est-à-dire pour limiter l'impact du « support » de la publicité sur l'environnement, que le droit de l'environnement s'intéresse à la publicité. Ainsi, les articles L. 581-1 du code de l'environnement et suivants encadrent le droit de diffuser des informations par le moyen de la publicité, d'enseignes et de pré-enseignes dans l'objectif de garantir la protection du cadre de vie.

Si ces dispositions peuvent limiter l'impact sur l'environnement de la publicité appréhendée comme support, elles contrastent incontestablement avec l'absence de dispositions précises encadrant la publicité appréhendée comme « contenu » susceptible de porter atteinte à l'objectif d'intérêt général⁴ de protection de l'environnement.

Dans les années 90, pourtant, le législateur et le pouvoir réglementaire se sont penchés sur l'encadrement de la publicité « contenu » en reprenant et précisant les dispositions adoptées à l'échelle européenne. La publicité, alors essentiellement télévisée et radiophonique, est définie comme toute forme de message diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée⁵.

La réglementation qui en découle relève de normes éparses et le contrôle de son respect par les personnes concernées est principalement assuré dans un cadre d'auto-régulation du secteur par des organismes professionnels, en lieu et place des pouvoirs publics. Or il apparaît désormais clairement que cette approche de la publicité « contenu » mise en place depuis les années 90 n'est pas suffisamment adaptée aux nouveaux enjeux de la consommation de masse, comme en témoignent le développement croissant

1 - BIG CORPO *Encadrer la pub et l'influence des multinationales : un impératif écologique et démocratique*, Rapport SMIP, 2020, 227 p., rapport rédigé par Renaud FOSSARD et porté par les associations Résistance à l'agression publicitaire, les Amis de la Terre France, Communication sans frontières, ci-après « Rapport Big Corpo ».

2 - *Publicité et transition écologique*, rapport remis à la Ministre de la transition écologique et solidaire par G. GUIBERT et T. LIBAERT, 5 juin 2020, 80 p., ci-après « Rapport publicité et transition écologique ».

3 - Ainsi par exemple, le rapport Big Corpo souligne que les prospectus non adressés représentent en volume un quart du papier consommé en France, voir p. 106.

4 - Voir l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

5 - Article 2 du décret n°92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de téléachat.

du greenwashing⁶ et l'impact de la publicité sur la crise écologique mis en avant par les rapports récents publiés en la matière⁷.

Ces rapports interrogent en effet la capacité de la publicité à répondre au défi écologique mais aussi et surtout le rôle des pouvoirs publics en la matière qui, s'ils embrassent ce sujet primordial pour la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement et de la santé dans les mois à venir, devront faire face à la fois à une réglementation lacunaire (1) et à des autorités impuissantes (2).

1- Une réglementation lacunaire

Les deux rapports parus en juin 2020 sur la publicité face à la crise écologique mettent en relief les lacunes de la réglementation en matière d'encadrement de la publicité à l'aune de l'objectif de transition écologique que se sont fixés les pouvoirs publics⁸. En effet, la réglementation de la publicité ne s'intéresse guère à son impact sur les comportements « environnementaux » des consommateurs. Comme évoqué précédemment, les dispositions du code de l'environnement afférentes à la publicité⁹ portent sur la forme de la publicité et non sur son fond. La réglementation de la publicité comme « contenu » ne s'intéresse pratiquement pas à la question de la protection de l'environnement (A) même si les réformes récentes semblent inverser la tendance en s'inspirant des textes sectoriels qui encadrent la publicité (B).

A- La protection de l'environnement, absente du droit de la publicité ?

La publicité fait l'objet d'une réglementation spécifique, traditionnellement rattachée à ce qui est appelé le « droit des médias », et de textes sectoriels. Cette réglementation peut donc être générale ou découler de la prise en compte d'intérêts spécifiques et externes au monde des médias dont les pouvoirs publics assurent la protection, par exemple la santé publique. Dans les deux cas, un nombre trop faible de dispositions s'empare de la question de l'impact de la publicité sur la protection de l'environnement et celles qui existent demeurent majoritairement inappliquées.

Le cadre réglementaire général de la publicité s'intéresse à la fois au contenu et aux conditions de diffusion des messages publicitaires et ce, quel que soit la nature de

l'organisme qui en est à l'origine ou le support utilisé¹⁰.

Ainsi, en vertu du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, la publicité doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la dignité de la personne humaine et ne peut porter atteinte au crédit de l'État (article 3). Selon ce même texte, la publicité doit être exempte de toute discrimination en raison de la race, du sexe ou de la nationalité, de toute scène de violence et de toute incitation à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité des personnes et des biens et à la protection de l'environnement¹¹ (article 4). Le texte protège également les convictions religieuses, politiques ou philosophiques des destinataires, auxquelles la publicité ne doit faire offense (article 5).

Plus largement encore, la publicité doit être conçue « dans le respect des intérêts des consommateurs » et rappelle l'interdiction législative de diffuser des publicités comportant sous quelque forme que ce soit des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur les consommateurs (article 6).

Il ressort de cette présentation non exhaustive des dispositions du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, que la protection de l'environnement n'est pas totalement étrangère ou absente du droit de la publicité. En effet, le texte interdit formellement les incitations publicitaires à des comportements préjudiciables à la protection de l'environnement. Ce texte a donc *a priori* le potentiel nécessaire pour enrayer *a minima* la diffusion de publicité de produits dont l'utilisation est source de pollution.

De même, l'obligation de respecter les intérêts des consommateurs ou l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses, également affirmée par les célèbres articles L. 121-2 et suivants du code de la consommation, devrait permettre de condamner les pratiques dites de « greenwashing » et, de façon générale, l'invocation d'arguments publicitaires écologiques fallacieux.

Pourtant, ces textes comme le révèlent les rapports publiés en juin 2020, ne sont que très peu appliqués en ce sens.

Ainsi, le rapport « Publicité et transition écologique » relève-t-il qu'avant le 13 février 2020, aucune plainte et aucun recours n'avait été déposée devant le CSA sur le fondement de l'interdiction de diffuser des messages prônant des comportements susceptibles de porter atteinte à l'environnement¹² et ce, alors même que le deuxième motif de plaintes déposées devant le jury de déontologie de l'Agence de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) porterait sur les publicités environnementales¹³.

Il en va de même concernant les dispositions afférentes aux pratiques commerciales trompeuses, encore beaucoup

6 - Le greenwashing est communément défini comme une « méthode de marketing consistant à communiquer auprès du public en utilisant l'argument écologique. Le but du greenwashing étant de se donner une image éco-responsable, assez éloignée de la réalité... La pratique du greenwashing est trompeuse et peut-être assimilé à de la publicité mensongère », voir <https://www.novethic.fr/lexique/detail/greenwashing.html>.

7 - Voir les rapports précités.

8 - Voir par exemple le rapport Big Corpo p. 90 : « le secteur de la communication et de la publicité n'est aujourd'hui que l'objet d'un cadre normatif minimaliste, en France comme en au niveau international ».

9 - Article L. 581-1 et suivants du code de l'environnement.

10 - Voir E. DERIEUX, *Droit des médias*, Manuel, Lextenso, LGDJ, 8e édition, p. 204.

11 - Souligné par nous.

12 - Voir rapport précité, p. 40.

13 - Id., p. 41.

trop peu appliquées aux arguments écologiques de publicité et aux activités dites de greenwashing. A cet égard, on relève plus précisément en jurisprudence des décisions condamnant les pratiques commerciales trompeuses relevant du « greenwashing », mais la plupart d'entre elles concernent les étiquetages trompeurs de produits¹⁴ et non des messages publicitaires au sens strict¹⁵.

B- La protection de l'environnement par les textes sectoriels : l'exemple de la santé publique

Présente mais peu appliquée dans le cadre général de la réglementation de la publicité, la protection de l'environnement semble également de prime abord être la grande oubliée des réglementations sectorielles, qui se fondent pourtant largement sur la protection de sa « grande sœur »¹⁶, la santé publique¹⁷. Ces réglementations pourraient insuffler au législateur la volonté de consacrer des dispositifs plus précis en matière de publicité à portée environnementale.

En effet, les limitations apportées à la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression, déclinée en la liberté de communiquer des messages publicitaires, fondées sur des objectifs de santé publique sont particulièrement nombreuses en droit positif. Les plus emblématiques ont été établies par la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme dite loi Evin. Pour rappel, ce texte a strictement encadré les publicités de produits alcoolisés, interdites à la télévision ou au cinéma mais aussi dans la presse jeunesse et à la radio sous conditions. Il limite les affichages publicitaires relatifs à l'alcool en imposant aux annonceurs de les accompagner d'un message sanitaire et interdit également les publicités visant à promouvoir la consommation de cigarettes.

Ce texte a eu un impact de grande ampleur et fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Il a démontré la possibilité pour le législateur de choisir l'interdiction pure et simple de certaines publicités dans le respect de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprendre lorsque la protection d'intérêts supérieurs le commande et le justifie. C'est pourquoi elle inspire aujourd'hui le secteur associatif qui demande à juste titre aux pouvoirs publics « d'adopter des lois Evin pour le

*climat et contre la malbouffe »*¹⁸.

La prise en compte de la santé publique pour justifier l'encadrement de la publicité par des règles contraignantes malgré la tradition d'auto-régulation du secteur ne se limite d'ailleurs pas à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. En effet, de nombreuses dispositions du code de la santé publique interdisent ou restreignent le recours à la publicité, par exemple en ce qui concerne la distribution de produits sanguins¹⁹, les dons d'organe et de produits humains²⁰, les appareils médicaux²¹ ou encore les médicaments^{22 23}.

Les liens ténus existant entre la santé et l'environnement ont d'ailleurs d'ores et déjà permis de limiter la publicité en matière environnementale. Ainsi par exemple les femmes enceintes devront-elles être informées de la présence de perturbateurs endocriniens, dans les conditions définies par le nouvel article L. 1313-1 du code de la santé publique introduit par l'article 14 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire²⁴.

Le rapport « publicité et transition écologique » souligne d'ailleurs les avancées entreprises par le législateur grâce à l'adoption de cette loi²⁵, qui a le mérite de mettre en exergue le lien entre la publicité et le gaspillage ainsi que la « surconsommation de masse »²⁶ dans un texte normatif, malgré le rejet de plusieurs dispositions contraignantes au cours du débat parlementaire.

Le législateur y renforce l'information des consommateurs à travers de nouvelles dispositions assorties de sanctions, par exemple l'article L. 514-9-1 du code de l'environnement en vertu duquel « *les producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets informent les consommateurs, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur leurs qualités et caractéristiques environnementales, notamment l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la compostabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi, la recyclabilité et la présence de substances dangereuses, de métaux précieux ou de terres rares (...)* ». Si elle ne se réfère pas *stricto sensu* aux messages publicitaires, la nouvelle disposition répond à l'importance d'informer le consommateur sur les caractéristiques environnementales d'un produit, quel que soit le support de l'information, pour

14 - Voir par exemple CA Lyon, 29 oct. 2008, *JCP 2008. Actu. 705*.

15 - Voir également pour une approche historique, S. PARASIE, Une critique désarmée, le tournant publicitaire dans la France des années 80, *Réseaux*, 2008/4, pp 219-245.

16 - En effet, le lien entre la santé des personnes et la protection de l'environnement a toujours été marqué, en fait, mais aussi en droit, les premiers grands textes, tels que la loi de 1917 relative aux établissements insalubres ayant une dimension hygiéniste. Plus récemment ce lien est marqué par les références à la santé humaine à l'article L. 110- 1 du code de l'environnement et dans la plupart des polices spéciales environnementales mais aussi à travers la consécration à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement du droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

17 - D'autres fondements innervent les réglementations sectorielles notamment la protection des mineurs, de la langue française, la lutte contre les discriminations ou encore le respect de la vie privée mais leur présentation exhaustive n'est pas l'objet du présent article.

18 - Voir en ce sens la synthèse du rapport Big Corpo.

19 - Article L. 1221-11 du code de la santé publique.

20 - Article L.1211-3 du code de la santé publique.

21 - Article L. 5122-15 du code de la santé publique.

22 - Articles L. 5122-1 et suivants du code de la santé publique.

23 - Il faut néanmoins signaler sur ce point comme le fait le rapport Big Corpo que les enjeux de santé publique et les risques pour cette dernière attachés à la place omniprésente de la publicité sont encore majeurs.

24 - Voir le rapport publicité et transition écologique, p.33. Le même rapport propose de s'inspirer également du dispositif des chartes de promotion d'une alimentation et de comportements favorables à la santé dans les programmes audiovisuels et la publicité « *qui pourrait inspirer une initiative similaire sur la publicité environnementale* » (p.39).

25 - Voir le rapport publicité et transition écologique, p.32.

26 - Expression empruntée ici au rapport Big Corpo.

le conduire à consommer moins ou mieux.

Avant elle, le législateur semblait d'ores et déjà s'être engagé dans cette voie récemment, même si les mesures adoptées sont encore trop timides face aux enjeux et à l'urgence de la crise climatique. Ainsi par exemple, dans la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, il crée un nouvel article L. 328-1 du code de la route en vertu duquel « *Toute publicité en faveur de véhicules terrestres à moteur est obligatoirement accompagnée d'un message promotionnel encourageant l'usage des mobilités actives (...)* », à savoir essentiellement la marche et le vélo, modes de transports totalement décarbonés.

Malgré ces avancées, la protection de l'environnement demeure subsidiaire dans le contrôle des activités publicitaires. Au-delà des textes, l'encadrement de la publicité à dimension environnementale se heurte à une forme d'impuissance des autorités compétentes en la matière.

2- Des autorités de régulation impuissantes ?

En matière de contrôle des activités publicitaires, deux principaux organes sont susceptibles d'intervenir à l'échelle nationale. Le premier, public, est le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), une des autorités administratives indépendantes les plus connues du « grand public ». Devenue autorité publique indépendante, elle est dotée de la personnalité morale. Le second, privé, est l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), une personne morale de droit privé, association « loi 1901 », réunissant les principaux professionnels du secteur.

Il est coutume de distinguer ces deux « autorités » en raison de leurs différences de statut, emportant nécessairement une différence de portée de leurs décisions respectives en droit, mais aussi en fonction du stade auquel elles interviennent pour contrôler le contenu publicitaire, l'ARPP agissant principalement *a priori* (A) et le CSA intervenant désormais uniquement *a posteriori* (B).

A- Le contrôle entre-soi des publicités avant diffusion

Initialement confié aux autorités publiques et notamment à partir de 1969 à la Régie française de publicité, le contrôle *a priori* – c'est-à-dire avant diffusion – du contenu des messages publicitaires télévisés et radiophoniques, a été confié par l'article 14 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication à l'instance de régulation de l'audiovisuel qu'était alors la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL). Ce contrôle relevait donc de la compétence d'autorités publiques mais il présentait déjà des particularités et un lien notoire avec le secteur privé dans la mesure où il était exercé au sein de la CNCL par le Comité de la communication publicitaire radiodiffusée et télévisée, composé de représentants des sociétés de télévisions, d'annonceurs, d'agences de publicité, du BVP – ancêtre de

l'ARPP – et de l'institut national de la consommation²⁷.

C'est donc dans la suite « logique » de cette première commission que s'inscrit le transfert par le CSA, héritier du CNCL en 1989, de la mission de contrôle *a priori* de la publicité à l'auto-régulation du secteur et ce, en plusieurs étapes, à partir de 1990²⁸. En effet, le CSA, créé par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi Léotard du 30 septembre 1986, et après une première décision en ce sens en 1990, abandonne complètement le contrôle *a priori* des publicités en 1992²⁹. Ce dernier est alors assuré par le secteur privé et les organismes d'auto-régulation du secteur. La solution ainsi retenue par l'autorité administrative naissante semble vouloir privilégier la liberté d'expression et lever toute suspicion de censure de sa part mais elle est avant tout guidée par la volonté des professionnels privés du secteur³⁰.

En effet, l'ARPP est un organisme de régulation professionnelle de la publicité dont le statut et le mode de fonctionnement reflètent parfaitement l'idée d'auto-régulation du secteur dans la mesure où elle est indépendante des pouvoirs publics dont elle ne reçoit pas de subvention ou de dotation³¹. Elle est donc financée par les professionnels du secteur, c'est-à-dire principalement par ceux dont elle est censée contrôler l'activité... Selon les informations qu'elle émet, l'ARPP dispose pour ce faire d'un budget de 3,6 millions d'euros, financés par ses 700 adhérents professionnels du secteur. Elle est en outre directement administrée par ces derniers, notamment les annonceurs, agences, médias, régies et supports publicitaires³².

Le contrôle avant diffusion des messages publicitaires diffusés et leur potentiel impact sur la protection de l'environnement sont donc désormais essentiellement contrôlés par l'ARPP qui, comme le souligne le rapport Big Corpo, bénéficie d'une sorte de « *quasi-monopole de la compétence concernant la régulation des stratégies sémiotiques dans le contenu publicitaires, aussi bien par le développement des règles que dans leur mise en œuvre* »³³.

En effet, l'intervention de l'ARPP s'articule autour, d'une part, des avis et recommandations émanant du Conseil de l'éthique publicitaire et du Conseil paritaire de la publicité, que les professionnels du secteur s'engagent volontairement mais de façon non contraignante à respecter et, d'autre part, sur

27 - Voir notamment C. Haquet, Fascicule « Publicité Audiovisuelle », *JCI. Communication*, Editions Lexis Nexis, §21 et suivants.

28 - Id.

29 - Décision n° 92-1133 du 22 décembre 1992 relative à l'exercice du contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les messages publicitaires diffusés par les sociétés de radio et de télévision

30 - C. HAQUET, art. précité, l'auteur souligne que les membres du comité de la communication publicitaire ne souhaitent plus financer la structure en charge de les contrôler et se sont retirés ôtant par la même occasion au CSA les moyens nécessaires à l'instruction des demandes de visas préalable.

Plus largement sur cette évolution historique, voir le Rapport « Big Corpo », pp. 135-137

31 - <https://www.arpp.org/qui-sommes-nous/roles-et-missions/>

32 - Id.

33 - Voir rapport Big Corpo, p. 136.

les décisions rendues par le Jury de déontologie publicitaire, instance de l'ARPP chargée de recevoir et examiner les plaintes relatives aux publicités sur lesquelles il se prononce en rendant des « avis », là encore non contraignants, bien que majoritairement suivis par les professionnels. Ses statuts prévoient d'ailleurs la possibilité pour le jury de statuer en urgence en cas de risque de manquement grave aux règles de déontologie publicitaire afin de garantir la possibilité pour l'ARPP de se prononcer avant la diffusion effective de la publicité. Dans ce cas, le président du jury peut alors adresser une demande de cessation de diffusion aux professionnels concernés (annonceurs, agences, médias), étant entendu que celle-ci est également dénuée de toute portée juridique contraignante.

En pratique, il en résulte en matière de protection de l'environnement une interprétation très souple des règles de déontologie en faveur des acteurs économiques et au détriment dudit objectif d'intérêt général³⁴, comme en témoigne le taux de conformité des publicités aux recommandations en matière d'environnement devant l'ARPP qui était en 2017 de 95 %³⁵.

B- Le contrôle limité des publicités après diffusion

Si le CSA a abandonné ses compétences de contrôle *a priori*, il n'est pas pour autant dépourvu de tout pouvoir dans le contrôle du contenu des messages publicitaires, au moins dans la lettre des textes. En effet, la décision du 22 décembre 1992 par laquelle le CSA entérine l'abandon du contrôle *a priori* précisait elle-même qu'en cas de diffusion d'un message non conforme aux lois et règlements en vigueur, « le CSA en interdit toute nouvelle diffusion » sans préjudice des pouvoirs de sanction prévues par la loi du 30 septembre 1986.

L'article 14 de la même loi, modifiée, fixe le principe de contrôle du CSA en disposant que « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel exerce un contrôle, par tous moyens appropriés, sur l'objet, le contenu et les modalités de programmation des émissions publicitaires diffusées par les services de communication audiovisuelle ». En vertu des articles 42 et 42-1 du même texte, le CSA dispose d'un pouvoir de mise en demeure à l'égard des personnes qui ne respectent pas la réglementation applicable et d'un pouvoir de sanction à l'égard des personnes qui ne respectent pas les mises en demeure prononcées par l'autorité, notamment le pouvoir de suspendre la diffusion d'une publicité ou d'appliquer des sanctions pécuniaires. Le CSA exerce en outre une compétence de contrôle particulier en matière de publicité clandestine³⁶. Il peut enfin être saisi et alerté sur le contenu d'un programme mais les modalités prévues par les textes semblent difficilement lui donner la possibilité de censurer par ce biais une publicité préjudiciable à la protection de

l'environnement.

D'ailleurs, en matière de protection de l'environnement, l'intervention du CSA, même *a posteriori*, est quasiment nulle dans les faits, comme le relèvent le rapport « publicité et transition écologique » et le rapport Big Corpo. Ce dernier souligne l'insuffisant contrôle du CSA mais aussi plus largement celui des pouvoirs publics qui s'en remettent pleinement à l'auto-régulation du secteur en soulignant particulièrement que « concernant les contenus publicitaires, le CSA se borne désormais à s'assurer de la présence des mentions légales requises pour les publicités dans le secteur audiovisuel ou de l'absence des produits interdits de publicité comme l'alcool et le tabac. Les techniciens de la DGCCRF se bornent à vérifier la véracité des informations objectives transmises dans la publicité produit. Seul le Ministère de la santé assure un contrôle relativement approfondi des contenus publicitaires pour les médicaments ». En ce sens également, la doctrine constate que, sauf exception et « faute de disposer des moyens efficaces d'investigation, le CSA exerce davantage un contrôle sur la forme que sur le fond du message »³⁷.

À l'aune des liens forts existants entre le CSA et l'ARPP auxquels s'ajoutent les singularités des contrôles exercés et l'absence de mise en œuvre de réelles sanctions³⁸, il est possible d'interroger la capacité des pouvoirs publics à enrayer la diffusion de messages publicitaires préjudiciables à la protection de l'environnement ou de messages trompeurs se fondant sur des vertus environnementales inexistantes des produits de consommation.

Sur ces points, les deux rapports publiés récemment divergent. Alors que le rapport « publicité et transition écologique » évoque le caractère « améliorable » du contrôle exercé dans le cadre de l'auto-régulation du secteur, le rapport Big Corpo dénonce les liens de connivence mais aussi de défiance existant entre le CSA et l'ARPP et met plus largement en exergue leur incapacité à sanctionner les personnes à l'origine de messages publicitaires préjudiciables à l'environnement, comme elles devraient pourtant l'être en application de l'article 4 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992.

Si les deux rapports en appellent à l'intervention du législateur et du pouvoir réglementaire, ils divergent sur les solutions proposées.

Le rapport institutionnel s'articule autour de quinze propositions qui, à la différence du rapport Big Corpo, ne remettent pas en cause le rôle de l'ARPP et ne reposent pas sur l'idée d'interdiction réglementaire ou législative des publicités porteuses de messages susceptibles de contrarier

37 - Voir notamment C. Haquet, Fascicule « Publicité Audiovisuelle », *JCI. Communication*, Editions Lexis Nexis, §62.

38 - Il convient d'ailleurs de souligner que l'effort fait par les pouvoirs publics à partir de 2012 de publier un guide pratique des allégations environnementales s'inscrit également dans une logique de régulation et entérine le choix d'adopter des textes non contraignants sur le sujet. Voir https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/brochures/2012/Guide_allegat_environ_fr_2012.pdf

34 - Voir l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

35 - Voir le rapport « publicité et transition écologique », p. 42.

36 - Pour censurer par exemple la pratique de « placement de produit ».

l'objectif de transition écologique. Sans citer l'ensemble des propositions énoncées³⁹, le rapport institutionnel demeure majoritairement dans le champ de l'engagement volontaire, en proposant par exemple que le secteur publicitaire élabore une « trajectoire climatique » ou encore que soit mis en place un « volet climat » dans la recommandation du développement durable de l'ARPP ainsi qu'une charte climatique. Les propositions plus contraignantes du rapport concernent donc essentiellement la publicité « support », à l'exception de la proposition visant à interdire la publicité d'un produit dans les années précédant l'échéance prévue de disparition d'un produit ou d'un service.

Le rapport associatif « Big Corpo » s'oriente pour sa part vers un modèle d'encadrement plus réglementaire et moins régulé des messages publicitaires. Outre le retour de la compétence de contrôle des contenus publicitaires aux mains d'une autorité administrative indépendante⁴⁰, qui pourrait d'ailleurs être confiée à la nouvelle ARCOM⁴¹, le rapport examine avec plus de précision la pertinence de l'interdiction totale des publicités susceptibles de contrarier la lutte contre le changement climatique (« Adopter des « lois Evin » pour le climat et contre la malbouffe »). Il propose de nombreuses mesures concrètes pour encadrer le secteur publicitaire, dont une partie relative à la protection de l'environnement, telle que l'insertion d'informations environnementales déterminées dans les « informations substantielles » qui doivent être diffusées par les annonceurs, visées par les textes afférents aux pratiques commerciales trompeuses.

Il appartient donc désormais aux pouvoirs législatif et réglementaire alertés d'intervenir pour pallier, à la fois, les lacunes de la réglementation et des modalités de contrôle des contenus publicitaires. A défaut d'une telle intervention, les contentieux en la matière seront certainement appelés à se multiplier. La décision regrettable rendue par la Cour d'appel de Paris le 23 janvier 2020 illustre de façon saisissante les difficultés auxquelles sont confrontés les juges face à un dispositif d'auto-régulation dénué de caractère contraignant. Saisie par plusieurs associations au sujet de la violation par EDF de ses engagements envers l'ARPP en matière de développement durable⁴², la Cour d'appel de Paris considère que l'engagement d'EDF vis-à-vis de l'ARPP ne s'étend pas aux tiers et ne fait naître aucune obligation – de résultat ou de moyen – à leur encontre et refuse d'assimiler un avis, même défavorable, du jury de l'ARPP à une faute au sens de l'article 1240 du code civil.

Pour que le nouvel objectif de valeur constitutionnelle⁴³ qu'est la protection de l'environnement se réalise pleinement mais aussi et surtout le droit de chacun à vivre dans un environnement respectueux de la santé, la promotion d'un développement durable ainsi que le développement de l'éducation et la formation à l'environnement consacrés par les articles 1^{er}, 6 et 8 de la Charte de l'environnement, les pouvoirs publics devront se saisir de cette question à bras le corps et abolir, au moins en partie, les privilèges dont bénéficient les acteurs économiques du secteur de la publicité en la matière.

Meryem Deffairi

39 - Voir le rapport Transition écologique précité.

40 - Voir Rapport Big Corpo, pp. 138-139.

41 - La création d'une nouvelle autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique devrait entraîner la fusion du CSA avec HADOPI. Elle est prévue par le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique en enregistré à l'Assemblée nationale le 5 décembre 2019.

42 - en raison de la diffusion de publicité par lesquelles EDF vantait la production d'une électricité sans CO2, voir CA Paris, 23 janvier 2020, n°18/02051 confirment le jugement du TGI de Paris du 19 décembre 2017.

43 - CC, 31 janvier 2020, décision QPC n°2019-823.

Mélissa Coutinho

Senior Lawyer, MHRA, Medicines & Information Team,
DH Legal Advisers, Government Legal Department

Covid-19 and Technological Solutions

Coronavirus has been the major topic of the year. These are unprecedented times where the terminology of war has been employed. Governments are being scrutinised on their ability to deal with this pandemic. A balancing exercise whereby the spread of the virus is controlled with minimal loss of life, has been bought by the imposition of restrictions to freedoms, that has had human rights lawyers carefully examining whether the most equitable resolutions have been applied.

However, coronavirus has also raised the issue of technological solutions. This article will consider how contact-tracing apps and other technological identifiers, within different regimes are changing the way that a pandemic might otherwise be dealt with. Given that we are in the 21st century, the vagaries of this disease and the inability to quickly identify the infected, the usual quarantines that might otherwise be applied are not useful. What has captured the imagination, and been employed with some success are modern ways of addressing an age-old problem that raises some interesting legal issues.

Once upon a time, diseases appeared, some spread widely, decimating communities, with the frail perishing and the strong surviving. While more prosperous populations, with their better sanitation and hygiene provision did better than poorer populations, wealth and health were considered good protectors. That is not the case in the current pandemic. Covid-19 is no respecter of region or rank. It has hit the West and East. It has hit capital cities and rural communities. It has affected heads of state and those in ordinary jobs. It has hit palaces and nursing homes. Who was being exposed to infection, who was becoming infected, and who survived infection very quickly became the most important data to have.

Contact tracing apps.

There are a variety of apps that have been employed across the world in addressing Covid-19. The Chinese famously used a traffic-light system on people's smart

phones: people in China signed up through a popular wallet app, Alipay and were assigned a colour code of red, yellow or green indicating their health status. The software performs in real time, a contagion risk assessment which dictates whether the individual is allowed to freely move in public spaces. A "green" health code indicates that an individual is symptom-free, and is required to board a subway, check into a hotel etc. A "yellow" health code would mean that the individual had had contact with an infected person recently and had not finished a fourteen day quarantine, while a "red" health code would indicate that the individual was confirmed as currently infected, or had a fever or other symptoms of Covid-19 and awaits a diagnosis.

The Chinese system was enabled due in part to its population and its Government. The public has almost universally adopted smartphones and appear to have embraced the simplicity of obtaining a health code: users fill in an electronic form with their identity details, address and whether they have any of the most prevalent Covid-19 symptoms. However, the system includes no steps to confirm whether a user is healthy or not, meaning that there is a reliance on individuals to be honest. The encouragement to be honest relies on honour and the common good: everyone would feel safer knowing that there was segregation between those infected, or potentially so, and those unaffected. However, the repercussions of not being honest are stringent and rather than just include a financial penalty, further curtail subsequent freedoms. This is because a computerised system referred to as "social credit" encourages obedience to official roles. Too many violations, be this littering, or serious crime, can mean individuals cannot purchase airline tickets, apply for grants, or secure positions in government.

However, a culture in which the use of video cameras monitoring streets, and the state tracks the movement of mobile telephone users routinely, differs from one where there is a suspicion of monitoring internet searches for purposes other than crime. Accordingly, different cultures and the approach of governments around the world has seen distinct approaches involving variations which combine "carrot and stick" in different formats.

In the West, a track and trace app is also being used. It is based on the notion that people who develop Covid-19 symptoms can report this, allowing others who they have been in contact with to be informed quickly in a move that would limit the movement of those contacts before they got seriously ill and potentially spread the virus further. Using smartphones, contact tracing with little engagement from individual users of the technology was proposed. However, in a single small scale trial, it was discovered that along with reliance on co-operation and trustworthiness, such solutions are dependent on widespread technology. If an app was only available for smartphones, and these were not widespread amongst the vulnerable in society, they could not download

the app, and if they mixed with others who do not routinely carry smartphones, technological rather than behavioural complexity needed to be factored in; the solution - to make the app suitable for Android *and* iPhones.

Other technological identifiers.

However, rather than rely on trust could wearable sensors, or similar technology capture relevant data. Technologically, almost certainly, albeit the legal landscape is different. From a technical perspective, the use of a pulse oximeter you can use at home to measure the oxygen levels in blood are already been employed. Their appeal lies in the fact that Covid-19 causes silent hypoxia it is reported, with significant Covid-19 oxygen deficiency but not feel obviously unwell until it is too late. As a standalone device they are becoming very scarce, and correspondingly expensive. However, millions of Fitbit users already have a full-featured pulse oximeter placed on their wrist at this moment! Currently used to grade the quality of ones sleep, with a small modification and whole regulatory legal and ethical regime satisfied, it could provide a range of solutions from personal alerts to calling for state intervention. Such a modification would make it a medical device attracting a new regulatory regime. It would also if considering the scope at the extreme end be a significant change for most people in terms of the freedoms it potentially impinges.

However the use of wearable sensors, with privacy settings modified, would allow for an open-source data platform that could be used to track how Covid-19 spreads. A.I. has the advantage of being able to process huge amounts of data and to predict more accurately the movement of the disease, learning from details as varied as demographic spread, to geographical distribution of the population, more precise modelling. As it would be operating in real time, there would be no single historical premise that governed its output but current information, able to process real-time trends, variations, and perhaps possible mutations. In this way it could predict how many new cases by geographical area may be anticipated, the demographic most at risk, and accordingly allow for an objective evaluation of how best to manage Covid-19.

Of course, A.I. has been used with other epidemics at sea and airports to measure changes in body temperature, highlighting who has a fever and is obviously unwell. That technology is still in play for Covid-19 also in different countries, but the variations in how the virus presents in different individuals mean that this test alone is not always meaningful. A.I. is also being used in terms of CAT(computed axial tomography) scans of lungs to aid detection. A.I. is even being employed to consider drugs used for other diseases and consider their efficacy on Covid-19 sufferers as research is being done to look at the structure of the virus, and how it responds when it has a human host or faces different medications. Algorithms have even been developed for risk-assessing different environments and eventualities with the aim of preventing the needless loss of life.

The legal framework

Three issues combine here: ensuring that technology is adequately regulated, that data is used responsibly and the possible infringement of human rights. Each of these considerations is an important one but these need to be considered both separately and as part of a bigger picture in which ethical and moral perspective feature. Identifying a single problem, or a sector that is potentially discriminated against is likely to need to be factored against the competing rights of many. This is not simply about a majority decision but evaluating the feasibility of different options, the price that is paid for some solutions, and ensuring that in some circumstances where protections are temporarily suspended, they are not forgotten for good.

Medical Device

It is now well established that software either as a standalone or component part can be a medical device. A regime exists whereby the legal definition is understood and if the manufacturer so intends, the device will be a medical device. The Court of Justice of the European Union has confirmed this approach for medical devices and that it applies to modern technology, including software. Accordingly a regulatory regime exists for all A.I. that diagnoses, prevents, monitors disease, (along with all the other possible specific medical purposes expressly set down in legislation), (EUMDR etc.). There are regulatory routes for bringing these goods to market depending on their risk classification, post-market surveillance and even exemptions that apply on humanitarian grounds. Providing a medical device achieves more good, than the harm it risks, in theory, it should be possible for technology to be employed, where it exists and there is need of it.

Data Protection

The data generated and used from any app that contact traces, or other software that records relevant data is subject to the General Data Protection Regulation, ("GDPR"). However, Articles 6 and 9 of the GDPR recognise that usual approaches may be adapted at the time of a pandemic by allowing for privacy protections to be relaxed in certain situations. The European Data Protection Board (**EDPB**) adopted a [Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak](#) in March this year, which confirmed that employers and public health authorities may process personal data *without consent* of the data subject in case of a pandemic. There was reliance on: Article 6 (1) (e) GDPR for a public interest legal basis; Article 6 (d) for the vital interest legal basis, (of the data subject or another natural person), and article 9 *for* the public health legal basis). However, EDPB also reiterated that core principles regarding data protection should not be ignored during Covid-19 and that personal data which is necessary to pursue legitimate objectives should be processed for

specified and explicit purposes only, with transparency apparent to the data-subject.

Human Rights

Guidance has been issued by the Council of Europe regarding derogation from the European Convention of Human Rights ("ECHR") at this time. That guidance (² *Respecting democracy, rule of law and human right in the framework of Covid-19* (SG/Inf(2020)11) provides a roadmap by which derogation from certain rights is permitted under the ECHR by Article 15, which references a, "public emergency threatening the life of the nation"; the definition for this is as "an exceptional situation of crisis...", (*Lawless v Ireland*, 9no.2) 332/57 (A/3) 1961 ECHR 2. The guidance accepts that measures taken at this time can, "inevitably encroach on rights and freedoms which are an integral and necessary part of a democratic society governed by the rule of law." Rather than encouraging derogation, it rather acknowledges that where exceptional measures are *necessary*, derogation may be justified. It requires an assessment of the nature, scope and duration of any derogation to be conducted against both domestic and ECHR law. It also sets out a process for derogation which requires this to be openly communicated.

A Global Framework

References to EU or domestic law is focusing the attention of many at this time, but it is important to remember that the WHO that declared that Covid-19 was a, 'public health emergency of international concern', ("PHEIC") under the International Health Regulations, ("IHR"). The IHR³ which have been amended since they came into force more than fifty years ago exist to monitor and control disease that has significant potential to spread between countries. It already involves requirements of notifications of disease, which are in turn reported, health-related rules for international trade and travel, health measures around disinfecting and controlling borders and international transport, and health documentation required from infected to non-infected areas. It is a reminder that certain restrictions and rules have surrounded disease for many years, but that excepting the vaccinations needed for particularly exotic travel, this has not troubled many of us.

Conclusion

Covid-19 has prompted examination of legal frameworks even while technology has delivered assistance. The legal frameworks that exist, do allow for contingencies such as the Covid-19 pandemic and have derogations, exceptions and protective measures built in. What is new however, is regarding how the legal frameworks adapt to a new viral infection that has only been identified in the 21st century. This has challenged the protections to right that many of us have been able to take for granted in the West. Even

cultural differences *within* Europe have seen a variation in the rules imposed upon the citizens of different countries in looking how *behaviour* can best be modified. Inevitably the relative success of these different regimes may be measured in retrospect looking at the per capita death rate. This would be a mistake as it would not take into account the different demographics within each country, the population concentration, and even unknowns, such as the variabilities in what DNA makes up super-spreaders or those exceptionally susceptible.

The task for lawyers is to consider the existing law around medical devices, public health, human rights, data protection and A.I, to assess what has worked well, and where deficiencies exist. Equally important will be evaluating whether temporary legal changes did change behaviours and bring about benefits, (notwithstanding that this will be a far from easy task if only measured by figures for those who have lost their lives). Paramount may be the next step in legislating, to see what freedoms should be restored post this pandemic, and whether any freedoms may need to be relinquished for the price of greater protection and to guard against the repetition of a modern pandemic that will cost so many lives.

Mélissa Coutino

Efrain Fandiño López

Doctorant à l'Institut droit et santé, Inserm UMR S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Les technologies pour endiguer le covid-19 face aux droits fondamentaux en Colombie

Endiguer la propagation du covid-19 est devenu, à l'heure actuelle, un enjeu mondial. En effet, dans une allocution du 11 mai 2020¹, le Directeur général de l'Organisation mondiale de la Santé déclara que cette épidémie était devenue une pandémie. En conséquence, il appela les différents gouvernements à activer tous les mécanismes de riposte aux situations d'urgence, afin de « *trouver, isoler, tester et traiter chaque cas, et rechercher chaque contact* »².

Dans cet esprit, l'une des mesures prises par les autorités sanitaires à l'échelle mondiale fut selon la présidente de la CNIL, le déploiement d'applications mobiles³ pour (i) cartographier la propagation du virus et prédire les zones à risques, permettant aux autorités de prévoir les prochains besoins médicaux ; (ii) réaliser le traçage rétrospectif des contacts d'un usager du téléphone mobile, et donc des risques d'infection encourus⁴ ; et (iii) réaliser le pistage en temps réel des déplacements pour vérifier l'application des confinements, ou l'observation des limites et exceptions fixées à un déconfinement⁵. Pour cela, plusieurs technologies

ont été mises en place⁶ :

- Le repérage de symptômes : À travers un formulaire web ou une application, l'on envisage d'offrir un diagnostic à partir d'un questionnaire avec des interrogations sur l'information personnelle de l'utilisateur ou s'il manifeste des symptômes associés au covid-19⁷. Les objectifs de cette technologie sont (i) comprendre mieux les symptômes du covid-19, (ii) appréhender à quelle vitesse se propage le virus dans une zone particulière (iii) identifier les zones à risque dans un territoire (iv) identifier la population à risque de ce virus et (v) utiliser les données recueillies pour aider à l'avenir des institutions de santé⁸.

- Les applications de suivi de contact⁹ : Il s'agit d'une « *pratique d'identification et surveillance des personnes qui ont eu contact avec une personne infectée, comme un moyen de contrôler la propagation d'une maladie infectieuse* »¹⁰. Cette technologie fonctionne en trois phases¹¹ : (i) l'identification des personnes qui ont été en contact avec une personne infectée (ii) la création d'une liste de personnes classées comme *contacts*¹² et (iii) la surveillance de ces individus, afin de détecter des signes d'infection. Les objectifs¹³ d'une telle pratique sont : (i) identifier rapidement les *contacts* d'un individu diagnostiqué comme un cas probable ou confirmé de la maladie ; (ii) procurer aux *contacts* des informations

6 - V. « COVID-19 Rapid Evidence. Review: Exit through the App Store? » [En ligne], in Ada Lovelace Institute. Disponible sur : <https://www.adalovelaceinstitute.org/our-work/covid-19/covid-19-exit-through-the-app-store/>. Consulté le 27/04/2020

7 - V. J. Lourdaï, « Coronavirus. Une appli pour détecter et orienter les malades » [En ligne], Ouest France, Publié le 17/03/2020, Disponible sur : <https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/coronavirus-une-appli-pour-detecter-et-orienter-les-malades-6783629>. Consulté le 04/05/2020 ; Lund University, « COVID Symptom Tracker app launched in Sweden » [En ligne], Science X, publié le 29/04/2020. Disponible sur : <https://medicalxpress.com/news/2020-04-covid-symptom-tracker-app-sweden.html>. Consulté le 04/05/2020.

8 - COVID Symptom Tracker, « Frequently asked questions » [En ligne]. Disponible sur : <https://covid.joinzoe.com/faq> Consulté le 04/05/2020.

9 - De l'anglais contact tracing.

10 - « Contact tracing » in Merriam-Webster [En ligne]. Disponible sur : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/contact%20tracing>. Consulté le 27/04/2020.

11 - Organisation mondiale de la santé, « Contact tracing » [En ligne]. Publié le 09/05/2017. Disponible sur : <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/contact-tracing>. Consulté le 27/04/2020.

12 - Dans le cadre du Covid-19, il est considéré comme contact l'individu qui a eu contact avec une personne infectée, dans une période de temps allant des 48 heures avant la manifestation des symptômes, jusqu'à 14 jours après son début. Lorsque la personne infectée n'a pas manifesté des symptômes, un contact est défini comme un individu ayant contact dans une période entre les 48 heures avant le dépistage, et les 14 jours après le test. V. « Contact tracing: public health management of persons, including healthcare workers, having had contact with COVID-19 cases in the European Union – second update » [En ligne]. European Center for Disease Prevention and Control. Publié le 8 avril 2020. Disponible sur : https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Contact-tracing-Public-health-management-persons-including-healthcare-workers-having-had-contact-with-COVID-19-cases-in-the-European-Union%E2%80%93second-update_0.pdf. Consulté le 27/04/2020, p. 2

13 - In Ibid.

1 - Organisation mondiale de la Santé, « Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point presse sur la COVID-19 » [En ligne]. Publié 11 mars 2020. Disponible sur : <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Consulté le 27/04/2020.

2 - Ibid.

3 - Certaines technologies qui supportent ces mesures sont : le bornage téléphonique, les applications de géolocalisation, les applications Bluetooth, entre autres. V. M. Mahjoubi, « Traçage des données mobiles dans la lutte contre le Covid-19 » [En ligne], Note parlementaire, publié 06 avril 2020. Disponible sur : <http://d.mounirmahjoubi.fr/TracageDonneesMobilesCovidV1.pdf>. Consulté le 27/04/2020.

4 - Technique appelé Backtracking. V. F. Godeмент, « Traçage numérique ou confinement à répétition : Français, il va falloir choisir » [En ligne], Institut Montaigne. Billet du 7 avril 2020. Disponible sur : <https://www.institutmontaigne.org/blog/tracage-numerique-ou-confinements-repetition-francais-il-va-falloir-choisir>. Consulté le 27/04/2020

5 - In « Propos liminaires de Madame Marie-Laure Denis, présidente de la CNIL » [En ligne], Audition commission des lois Assemblée nationale, 08 avril 2020. Disponible sur : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/propos_liminaire-audition_commission_des_lois_assemblee_nationale-8-04-2020.pdf. Consulté le 27/04/2020.

sur la quarantaine auto-imposée, les mesures de lavages de mains et d'étiquette respiratoire, et des conseils s'ils développent des symptômes de la maladie ; et (iii) réaliser des analyses rapides de laboratoire sur tous ceux qui manifestent des symptômes.

- La certification immunitaire : il s'agit d'une attestation accordée par une autorité sanitaire, sous la forme d'un code QR ou de la reconnaissance faciale¹⁴, qui certifie que la personne a été atteinte du virus, et qu'elle est immune et ne constitue pas un risque pour la santé publique. En conséquence, la personne peut réaliser des activités comme se déplacer à son lieu de travail ou voyager¹⁵.

Dans ce contexte, le lendemain de la détection du premier cas de covid-19 en Colombie, le président de la République annonça la mise en œuvre d'une application mobile pour endiguer le covid-19, appelée *CoronApp*¹⁶. Ayant eu au début, vocation à transmettre en temps réel les mesures adoptées par le gouvernement¹⁷, cette application s'est métamorphosée en un outil de traçage numérique¹⁸, visant une évolution vers un « *passport sanitaire* »¹⁹. Parallèlement, certains gouvernements municipaux ont décidé de créer aussi des outils numériques pour leurs résidents²⁰.

Cela étant, la mise en place soudaine de ces instruments numériques a été accompagnée de nombreuses polémiques. Mis à part les nombreux problèmes techniques et de sécurité informatique²¹, le gouvernement n'a pas expliqué les objectifs particuliers de la mise en œuvre d'une telle application ni son utilité dans la stratégie nationale de lutte contre le

covid-19²². Par ailleurs, aucune étude d'impact dans le contexte colombien n'a été réalisée pour connaître les répercussions sur les droits fondamentaux des citoyens colombiens. Cela se traduit d'un point de vue pratique par deux faits : certains gouvernements municipaux, comme la mairie de Medellín²³, ont décidé de rendre obligatoire l'inscription sur l'application à toute personne ayant besoin de se déplacer à son lieu de travail²⁴. En outre, la Surintendance de l'industrie et du commerce²⁵ a promulgué un acte administratif²⁶ par lequel elle autorise que, dans le cadre de l'état d'exception et des mesures sanitaires prises par le gouvernement, tous les opérateurs de téléphonie mobile puissent transmettre, sans consentement de l'utilisateur, toute donnée sollicitée par tout établissement public en relation avec les mesures sanitaires. Cet acte a provoqué une forte contestation de la part des organisations de la société civile²⁷, qui considéraient que la mise en œuvre de ces technologies, dans ces conditions, était excessive et dangereuse pour les droits fondamentaux des citoyens, étant donné qu'elles n'étaient pas proportionnelles, nécessaires et non discriminatoires²⁸.

Compte tenu de ce qui précède, une question s'impose : la mise en œuvre des technologies de repérage de symptômes, suivie de contact, traçage des personnes à risque et certificat immunitaire dans le cadre de la lutte contre le covid-19 en Colombie, risque-t-elle de porter atteinte aux droits fondamentaux ?

Pour y répondre, nous allons commencer par analyser quels droits fondamentaux pourront être susceptibles d'être violés (I), pour ensuite analyser quels contrôles existent pour respecter la suprématie des garanties fondamentales (II).

14 - V. K. Proctor et H. Devlin, « Coronavirus UK : health passports 'possible in months' » [En ligne]. The Guardian. Publié le 04/05/2020. Disponible sur : <https://www.theguardian.com/politics/2020/may/03/coronavirus-health-passports-for-uk-possible-in-months>. Consulté le 05/05/2020

15 - « An Immunity Passport After COVID-19 And How Digital Health Can Support It » [En ligne]. The Medical Futurist. Publié le 30/04/2020. Disponible sur : <https://medicalfuturist.com/an-immunity-passport-after-covid-19-and-how-digital-health-can-support-it/>. Consulté le 05/05/2020

16 - V. « Aperçu des Apps Covid-19 » [En ligne]. Conseil de l'Europe, Disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/ai-covid19>. Consulté le 27/04/2020.

17 - Ministerio de Salud y Protección Social « CoronApp – Colombia, la aplicación para que conocer la evolución del coronavirus en Colombia » [En ligne]. Disponible sur : <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/CoronApp.aspx>. Consulté le 27/04/2020.

18 - V. Interview avec la ministre colombienne des technologies de l'information in Noticias Caracol, «Esto es lo que está haciendo el gobierno con los datos que usted da a la aplicación CoronApp » [vidéo en ligne], Youtube, Publié le 23 avril 2020. Disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=2DhhYEYel70>. Vue le 27/04/2020.

19 - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, «CoronApp es una aplicación que busca salvar Vidas: MinTIC » [En ligne], publié le 15/04/2020, Disponible sur : <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/126663:CoronApp-es-una-aplicacion-que-busca-salvar-vidas-MinTIC>. Consulté le 27/04/2020.

20 - La mairie de Cali a implémenté son application « CaliValle Corona », tandis que la mairie de Medellín a mis en ligne son formulaire web de repérage de symptômes « Medellín me cuida ».

21 - S. Labarthe et A. Velásquez, « CoronAPP, Medellín me Cuida y CaliValle Corona al laboratorio – O cómo se hackea CoronApp sin siquiera intentarlo » [En ligne]. Fundación Karisma, Publié le 17/04/2020. Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/coronapp-medellin-me-cuida-y-calivalle-corona-al-laboratorio-o-como-se-hackea-coronapp-sin-siquiera-intentarlo/>. Consulté le 27/04/2020

22 - V. C. Botero, « Importancia de la discusión sobre el uso de aplicaciones móviles y herramientas para controlar la pandemia » [En ligne], Fundación Karisma, publié le 20/04/2020. Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/importancia-de-la-discusion-sobre-el-uso-de-aplicaciones-moviles-y-herramientas-para-controlar-la-pandemia/>. Consulté le 05/05/2020

23 - « Así vigilan permisos laborales en Medellín durante la cuarentena » [En ligne]. El Tiempo, Publié le 04/05/2020. Disponible sur : <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/como-vigilan-los-permisos-laborales-en-medellin-durante-la-cuarentena-491530>. Consulté le 05/05/2020.

24 - C. Botero, P. Saenz et alii, « ¿Qué dice qué hace y qué es lo que realmente hace Medellín me Cuida? », Fundación Karisma, Publié le 23/04/2020. Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/que-dice-que-hace-y-que-es-lo-que-realmente-hace-medellin-me-cuida/>. Consulté le 05/05/2020.

25 - L'autorité administrative colombienne chargée de veiller à la protection des données à caractère personnel privées et publiques

26 - La Circular Externa 001 du 23 mars 2020. Disponible ici : <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/032020/Circular%20001.pdf>. Sur la nature de cet acte administratif, il faudrait mentionner que les « Circulaires Externas » sont des actes administratifs contenant des instructions sur un sujet déterminé. V. Conseil d'État (colombien) Chambre du contentieux administratif. Décision du 18 octobre 1994. Magistrat rapporteur : Delio Gómez Leyva, Exp. 5256.

27 - « Organizaciones de la Sociedad Civil Rechazan circular de la SIC sobre el uso de datos personales para controlar la pandemia » [En ligne]. Fundación Karisma, Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/organizaciones-de-la-sociedad-civil-rechazan-circular-de-la-sic-sobre-uso-de-datos-personales-para-controlar-la-pandemia/>. Consulté le 27/04/2020

28 - Ibid

I. Les principaux droits fondamentaux à risque

Nous trouvons que l'utilisation des technologies susmentionnées risque de porter atteinte principalement à deux droits fondamentaux : le droit à l'égalité (A) et le droit à la vie privée (B).

A. Les atteintes potentielles au droit fondamental à l'égalité

Le droit fondamental à l'égalité est consacré dans l'article 13 de la Constitution politique de la Colombie. Cette règle de droit dispose que toutes les personnes naissent libres et égales devant la loi, et l'État doit promouvoir les conditions pour que cette égalité soit réelle et effective. De ce fait, les mesures rapportées à l'utilisation des technologies pour endiguer le covid-19, sont susceptibles de porter atteinte à cette garantie fondamentale, étant donné qu'elles peuvent créer des conditions de discrimination.

La discrimination est définie par la Cour constitutionnelle colombienne comme « le traitement différencié et défavorable fondé sur des critères tels que la race, le sexe, la religion, les opinions politiques, entre autres »²⁹. À cet égard, l'imposition d'une restriction de mobilité aux personnes qui n'utilisent pas les applications mobiles, crée des mesures défavorables pour les personnes qui, dans l'exercice de leur droit à la liberté, décident de ne pas les utiliser. Également, cette mesure affecte les citoyens qui ne peuvent pas se procurer un service d'internet mobile, étant donné la fracture numérique existant en Colombie. Sur ce propos, nous constatons que 28.9 millions de Colombiens (d'une population d'environ 48 millions) ont accès aux services d'internet mobile, dont 16.5 d'utilisateurs avec des cartes prépayées³⁰. En conséquence, les personnes n'ayant pas les ressources pour se procurer de service d'internet mobile ne pourront pas utiliser les technologies susmentionnées et seraient donc privées de l'exercice de leurs droits, entraînant une potentielle violation disproportionnée du droit à l'égalité.

D'autre part, la mise en place d'un certificat immunitaire (appelé aussi passeport sanitaire) qui permettrait de s'abstraire de certaines obligations du confinement peut provoquer des discriminations pour les personnes qui n'étaient pas infectées par le virus. En effet, une telle mesure peut provoquer des restrictions à l'exercice des droits d'une personne n'étant pas contaminée, qui pourrait aboutir à un déclin de sa qualité de sa vie. À cet égard, ces mesures pourront être considérées comme disproportionnées, étant donné qu'à l'heure où ces mots sont écrits, l'évidence scientifique ne permet pas de constater que les personnes

guéries du covid-19 deviennent immunes au virus³¹.

B. Les atteintes potentielles au droit fondamental à la vie privée

En droit colombien, le droit fondamental à la vie privée³² est consacré dans l'article 15 de la Constitution. Il s'ensuit que la protection des données personnelles³³ est une de ses composantes.

À cet égard, nous trouvons un premier risque d'atteinte au principe du consentement consacré dans les articles 3 et 9 de la loi 1581 de 2012. En effet, selon cette règle de droit, la collecte et utilisation des données personnelles doivent être soumises à l'autorisation préalable et informée de la part du titulaire des données. Cette garantie est d'autant plus renforcée dans le cadre des données sensibles³⁴, étant donné que la loi en interdit tout traitement, hormis les situations relevées dans l'article 6 de la loi de protection des données personnelles. Cependant, cette garantie n'est pas absolue, car le législateur a créé, dans l'article 10 de la loi 1581 de 2012, une dérogation, selon laquelle le responsable de traitement est dispensé de l'obligation de demander l'autorisation du titulaire, dans les situations d'urgence sanitaire.

Nonobstant, l'application de cette exception est très restrictive. La Cour constitutionnelle a relevé, dans sa décision C-748 de 2011, que cette dérogation doit être subordonnée aux principes de finalité, utilité et circulation restreinte. En conséquence, cette exception sera valable à condition que nous soyons dans une situation où il est très difficile, voire impossible, d'obtenir l'autorisation du titulaire des données³⁵. Compte tenu de ce qui précède, toute mesure gouvernementale ayant vocation à imposer l'inscription obligatoire dans une application ou formulaire web et qui utilise des technologies comme le repérage de symptômes ou le suivi de contact, n'est pas conforme à la garantie fondamentale du droit à la vie privée des personnes, étant donné que le titulaire des données personnelles ne serait pas en mesure réelle d'exprimer sa volonté.

D'autre part, nous trouvons dans les conditions d'utilisation des applications comme *CoronApp* ou *Medellín te cuida*³⁶, une potentielle atteinte au droit à la vie privée, du

31 - « 'No Evidence' that recovering from Covid-19 gives people immunity, WHO says » [En ligne]. France 24, publié le 25/04/2020. Disponible sur : <https://www.france24.com/en/20200425-no-evidence-that-recovering-from-covid-19-gives-people-immunity-who-says>. Consulté le 27/04/2020.

32 - Étant entendu « privé » comme « toute question, qui en principe, concerne exclusivement des intérêts personnels et spécifiques de la personne humaine » in Cour constitutionnelle, Décision T-787/2004.

33 - Régulée dans la loi 1582 de 2012 et le décret 1377 de 2013

34 - Articles 5 et 6 de la Loi 1581 de 2012 et articles 3.3 et 6 du Décret 1377 de 2013 et

35 - Cour constitutionnelle, décision C-747 de 2011.

36 - Clause 6 pour CoronApp et Clause 5 dans l'application Medellín me cuida. Disponibles sur : https://www.ins.gov.co/Terminos_y_condiciones_CoronApp.pdf et https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/AtencionCiudadana1/Publicaciones/Shared%20Content/Documentos/2015/T_MedellinMeCuida.pdf

29 - Cour constitutionnelle. Décision T-030/2017

30 - « Seis de cada 10 colombianos tienen acceso a internet móvil » [En ligne]. Portafolio, publié le 28/01/2020. Disponible sur : <https://www.portafolio.co/economia/seis-de-cada-10-colombianos-tienen-acceso-a-internet-movil-537543>. Consulté le 27/04/2020.

fait du non-respect des obligations imposées au responsable du traitement. En effet, l'article 11 du décret 1377 de 2013 consacre l'obligation de limiter la collecte et l'utilisation des données à caractère personnel dans un délai raisonnable et nécessaire. Or, les clauses des conditions d'utilisation sur le traitement des données à caractère personnel ne sont pas claires à cet égard. D'un côté, les conditions d'utilisation de l'application *CoronApp* stipulent que le temps de traitement des données collectées sera celui déterminé par le Ministère de la Santé et l'Institut national de Santé, sans le spécifier ; tandis que *Medellín me cuida* ne précise rien sur ce point. Par conséquent, il n'y a pas certitude sur le temps de l'utilisation et de la conservation des données.

Finalement, un dernier risque réside dans le fait que le responsable du traitement des données des applications a stipulé une clause dans laquelle il signale qu'une fois la crise terminée, les données collectées pourront être conservées à des fins historiques, scientifiques ou statistiques. À cet égard, il convient de préciser que cette clause pourrait constituer une violation du droit à la vie privée, sauf si le responsable des données les anonymise, afin que l'utilisateur de l'application ne soit pas postérieurement identifié et qu'il n'y ait pas d'ingérence non souhaitée dans sa vie privée.

Une fois évoqués les principaux risques liés à la mise en place des applications mobiles pour endiguer le covid-19, il convient d'envisager quelles solutions peuvent limiter ces risques.

II. Le contrôle pour le respect de la suprématie des droits fondamentaux

Certes, l'urgence sanitaire actuelle a poussé les différents gouvernements à prendre des mesures extraordinaires pour endiguer la propagation du Sars-CoV-2. Pour autant, cela ne justifie pas une dérogation aux garanties fondamentales des citoyens. En conséquence, toute mesure exceptionnelle comprenant l'utilisation de technologies qui peuvent affecter l'exercice des droits des citoyens doivent respecter certaines précautions **(B)**, afin de veiller à l'efficacité du principe de proportionnalité **(A)**.

A. Le respect du principe de proportionnalité

Depuis le début de la crise sanitaire, les Nations unies³⁷ et la Commission interaméricaine des droits de l'homme³⁸ ont exhorté les États à agir de manière proportionnée, nécessaire et non discriminatoire pour faire face à l'urgence. À cet égard,

37 - Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, « COVID-19 : los Estados no deben abusar de las medidas de emergencia para reprimir los DDHH - Expertos en la ONU » [En ligne]. Publié le 16/04/2020. Disponible sur : <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=S>. Consulté le 16/04/2020.

38 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos « Pandemia y Derechos Humanos en las Américas Resolución 1/2020 » [En ligne]. Publié le 10/04/2020. Disponible sur : <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Consulté le 27/04/2020.

le principe de proportionnalité s'avère indispensable, pour que les actions prises par les autorités ne provoquent pas de limitation ou restriction injustifiée à l'exercice des droits fondamentaux. Ainsi, la Cour constitutionnelle a précisé que toute action étatique, dans le cadre de l'état d'exception, ne doit « *imposer des limitations ou restrictions aux droits fondamentaux que dans une mesure absolument nécessaire pour retourner à la normalité* »³⁹. Dans cet esprit, ce haut tribunal a considéré que ce principe est respecté, à condition que la mesure soit adéquate pour atteindre un objectif constitutionnellement valide (i) ; qu'elle soit mise en place, faute d'autres moyens moins préjudiciables (ii) ; et qu'elle ne soit pas disproportionnée à l'objectif attendu (iii).

Dans ce sens, nous trouvons que l'emploi des technologies pour endiguer le covid-19 a été justifié par le gouvernement sous prétexte de « *sauver des vies* »⁴⁰, ce qui se traduit, dans un langage juridique, par la garantie de l'effectivité du droit à la santé qui est, sous le prisme du droit colombien, un droit fondamental, lié au droit à la vie. Or, cela ne signifie pas que les mesures exceptionnelles ne puissent porter atteinte à d'autres droits fondamentaux⁴¹.

Tout d'abord, nous considérons, dans l'esprit des recommandations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁴², que l'utilisation d'outils de surveillance numérique, pour déterminer, accompagner ou freiner l'expansion de l'épidémie, doit être strictement limitée. Pour ce faire, l'État doit toujours privilégier les solutions les moins intrusives.

En outre, afin de satisfaire à l'exigence de nécessité, toute mesure doit être justifiée par une stratégie épidémiologique permettant aux citoyens de comprendre pourquoi ils doivent transmettre leurs données de localisation ou de santé aux autorités⁴³. À cet égard, nous considérons qu'il n'est pas opportun d'imposer un certificat immunitaire, car non seulement cette mesure porte atteinte aux droits fondamentaux à l'égalité et la vie privée, mais il n'y a pas à l'heure actuelle de preuve scientifique d'une immunité au

39 - Cour constitutionnelle, Décision C-466 de 2017

40 - V. Ministerio de Tecnologías de la Información (Colombie), « CoronApp es una aplicación que busca salvar vidas » [En ligne], publié le 15 avril 2020. Disponible sur : <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/126663:CoronApp-es-una-aplicacion-que-busca-salvar-vidas-MinTIC> Consulté le 27/04/2020 ; sur cela, nous voudrions rajouter que l'argument de « sauver des vies » n'est pas exclusif à l'ancienne ministre colombienne. À titre d'exemple, le 30 mars de 2020, Alexandra Pierucci (Présidente du Comité de la Convention 108) et Jean-Philippe Walter (Commissaire à la protection des données du Conseil de l'Europe) déclarèrent : « Il est important de rappeler que la protection des données ne peut en aucun cas constituer une entrave au fait de sauver des vies et que les principes applicables permettent toujours de trouver le juste équilibre entre les intérêts en présence » in <https://rm.coe.int/covid19-declaration-conjointe/16809e0a17>

41 - V. Cour constitutionnelle, Décision C-520 de 2016.

42 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, opt cit.

43 - Nature « Show evidence that apps for COVID-19 contact-tracing are secure and effective » [En ligne], Editorial publié le 29/04/20. Disponible sur : <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01264-1>. Consulté le 05/05/2020.

virus⁴⁴.

Outre cela, il convient également de rajouter la recommandation de l'OCDE⁴⁵, selon laquelle la collecte, le traitement et le partage des données à caractère personnel doivent être proportionnels au but attendu. Cela signifie que tous les acteurs impliqués dans le traitement des données personnelles doivent prendre des mesures de protection, de contrôle et de sécurité pour que les informations recueillies ne soient pas mal utilisées, et ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées.

B. Les précautions à respecter par les autorités sanitaires

Dans les cas où l'utilisation des technologies susmentionnées se révèle absolument nécessaire, nous considérons que les autorités sanitaires doivent respecter une série de précautions, afin que les mesures prises ne soient pas disproportionnées. Tout d'abord, il conviendrait que les autorités fassent des études d'impact sur les droits fondamentaux qui peuvent être susceptibles de violation et suivent les recommandations pour éviter une telle situation. Ensuite, les autorités doivent être transparentes et justifier toujours le choix d'une telle technologie, à partir de stratégies épidémiologiques justifiant l'utilisation d'une mesure ou une technologie en fonction de son efficacité⁴⁶.

Concernant le traitement des données personnelles, et en particulier des données sensibles, les concepteurs des outils technologiques doivent mettre en place des protocoles de *privacy by design*⁴⁷, afin que la technologie s'adapte au respect des droits fondamentaux et non l'inverse, en vue de concilier le droit fondamental à la vie privée avec les besoins du contrôle de la pandémie. Finalement, il faudra qu'une fois que l'urgence de la pandémie sera finie, le responsable du traitement efface ou anonymise les données collectées pour ne pas créer postérieurement de stigmatisation sur l'individu, violant ainsi son droit à la vie privée.

Enfin, il est souhaitable que les autorités sanitaires suivent les lignes directrices de l'Organisation mondiale de la Santé en matière d'éthique pour la surveillance de la santé

publique⁴⁸, et ainsi, qu'elles rendent publique leur stratégie de lutte contre l'épidémie, en exposant clairement les objectifs particuliers de la surveillance numérique et leur plan pour la collecte et l'analyse des données ; qu'elles développent des mécanismes appropriés et effectifs pour garantir la conformité avec les standards éthiques ; que les données recueillies avec des instruments de surveillance soient collectées avec une finalité légitime de santé publique ; que les autorités soient tenues de faire en sorte que les données collectées soient d'une qualité suffisante, opportune, fiable et valable pour accomplir les objectifs de santé publique ; que les responsables de la surveillance identifient, évaluent et réduisent au maximum les risques d'atteinte avant le début de la mise en place de la stratégie ; que la surveillance des personnes ou groupes particulièrement susceptibles de pathologies, préjudices ou injustices exige un examen minutieux afin d'éviter l'imposition de fardeaux superflus ; et que les données collectées pendant la surveillance, permettant d'individualiser une personne ne soient pas partagées avec des organismes qui pourraient les utiliser à des fins autres que la santé publique.

Efrain Fandino López

44 - BBC News « Coronavirus: Immunity passports 'could increase virus spread' » [En ligne], Publié le 25/04/2020. Disponible sur : <https://www.bbc.com/news/world-52425825>. Consulté le 27/04/2020

45 - OCDE, « OECD Policy Responses to Coronavirus (Covid-19). Tracking and tracing COVID: Protecting privacy and data while using apps and biometrics » [En ligne]. Mis à jour le 23/04/2020. Disponible sur : <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tracking-and-tracing-covid-protecting-privacy-and-data-while-using-apps-and-biometrics/>. Consulté le 12/05/2020.

46 - V. A. Crocker, K. Opsahl et B. Cyphers, « The Challenges of Proximity Apps for Covid-19 Contact Tracing » [En ligne], Electronic Frontier Foundation, publié le 10 avril 2020. Disponible sur : <https://www.eff.org/deeplinks/2020/04/challenge-proximity-apps-covid-19-contact-tracing>. Consulté le 27/04/2020.

47 - M. Cabrol, N. González-Alarcón et alii, « ¿Es la privacidad de los datos el precio que debemos pagar para sobrevivir a la pandemia? » [En ligne], Banque interaméricaine de développement, avril 2020. Disponible sur : https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Es_la_privacidad_de_los_datos_el_precio_que_debemos_pagar_para_sobrevivir_a_una_pandemia.pdf. Consulté le 05/05/2020 ; OCDE, opt cit.

48 - Organisation mondiale de la santé, « WHO guidelines on ethical issues in public health surveillance ». 2017.

Réflexions sur les enjeux de la régulation de la blockchain et sur sa valeur probatoire dans le domaine du numérique en santé

Florence Eon-Jaguin

Avocate associée, Cabinet Withlaw (withlaw-avocats.fr), ex-directrice juridique de l'Agence des Systèmes d'Information Partagés de Santé (ASIP Santé) devenue Agence du Numérique en Santé (ANS)

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) propose la définition suivante de la blockchain : « *la Blockchain est une base de données dans laquelle les données sont stockées et distribuées sur un grand nombre d'ordinateurs et dans laquelle toutes les écritures effectuées dans ce registre, appelées « transactions », sont visibles de l'ensemble des utilisateurs, depuis sa création. La blockchain n'est pas, par elle-même, un traitement de données ayant une finalité à part entière : il s'agit d'une technologie, qui peut servir de support à des traitements variés* ».

Elle met en avant les propriétés suivantes de cette technologie :

- transparence : tous les participants peuvent visualiser l'ensemble des données inscrites ;
- partage et décentralisation : plusieurs exemplaires de la blockchain existent simultanément sur différents ordinateurs ;
- irréversibilité : une fois qu'une donnée est inscrite, elle ne peut pas être modifiée ou supprimée ;
- désintermédiation : toute décision se fait par consensus entre les participants, sans arbitre centralisé.

Comme cela a été rappelé à plusieurs reprises lors du colloque intitulé « Blockchain et Santé » organisé par l'Institut Droit et Santé le 5 mars 2020, cet outil n'est pas à utiliser dans toute situation ; la décision d'y recourir doit se prendre au regard d'un usage précis ; plusieurs exemples d'application ont été donnés. Dans le secteur de la santé et plus particulièrement de l'industrie pharmaceutique, a été mis en avant l'exemple du recours à la blockchain à des fins logistiques.

Dès lors que la blockchain n'est en soi qu'un moyen technique au service d'une fin, il n'y a pas lieu qu'elle fasse l'objet en elle-même d'un texte au risque qu'il soit rendu obsolète en raison de l'évolutivité rapide de la technologie. Au surplus, son usage dans le domaine de la santé se trouve d'ores et déjà régulé au travers de grands principes

inscrits dans la loi qui encadrent et protègent l'utilisation des données de santé à caractère personnel. Outre les règles relatives à la protection des données personnelles (RGPD¹, Loi Informatique et Libertés²), tout responsable de système d'information se doit de respecter les règles propres à la collecte et l'exploitation des données de santé (secret professionnel, équipe de soins, télésanté, identifiant national de santé, certification pour l'hébergement des données de santé, facturation, etc.). Il est également interdit de céder ses données de santé.

Cependant, qu'en est-il du risque invoqué par certains commentateurs de patrimonialisation des données de santé qui serait accru par la blockchain, en tant que dispositif décentralisé ne s'appuyant pas sur un tiers de confiance ? Ce risque n'est pas nouveau. Dans le domaine de la santé, il convient de rappeler que le législateur a inscrit dans le code de la santé publique (CSP) le principe d'interdiction de cession des données de santé à titre onéreux **(I)**.

Sous un autre angle, parler de la blockchain amène à s'interroger sur la capacité à l'utiliser pour faire valoir des droits devant un juge. Des analyses ont été consacrées à ce sujet également évoqué lors du colloque susmentionné. Un des atouts qui la caractérise réside dans le fait que le document électronique produit à l'appui de la blockchain pourrait avoir une plus grande force probante que le papier. Cependant, il resterait à convaincre le juge du degré de confiance dans le cadre d'un usage totalement dématérialisé. En l'état du droit, aucun texte ne détermine la portée juridique des éléments inscrits sur un protocole technique. Dès lors qu'il ne fait pas partie des moyens de preuve actuellement reconnus au plan juridique, il appartient au juge de déterminer leur valeur probatoire, au vu des circonstances de l'espèce ». La question qui émerge est alors la suivante : existe-t-il des règles spécifiques en matière probatoire en cas de recours à la blockchain dans le domaine de la santé ? **(II)**

I - Principe d'interdiction de céder les données de santé à titre onéreux

Les pouvoirs publics ont souhaité donner à la personne concernée la maîtrise sur ses données personnelles au travers notamment de la reconnaissance de nouveaux droits sur ces

1 - Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données désigné « règlement général sur la protection des données » ou « RGPD ».

2 - Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée, dite loi Informatique et Libertés, « LIL »

dernières (droit à la portabilité, droit à l'effacement, etc.). Elle dispose en particulier du droit d'accéder à ses données de santé et d'en disposer (1). Cependant, elle ne dispose pas du droit de les vendre (2). Dans ce contexte juridique, le recours à la blockchain dans le domaine de la santé, subordonné au respect des principes du code de la santé publique, pourrait faciliter l'exercice des droits de la personne concernée par la collecte et l'utilisation des données concernant sa santé (3).

1. Le droit d'accéder et de disposer de ses données de santé

La communication du dossier médical constitue une obligation pour le professionnel de santé ou pour l'établissement et un droit pour le patient, organisée par les articles L. 1111-7 du CSP et précisée aux articles R1111-1 à 7 du CSP relatifs à l'accès aux informations de santé à caractère personnel. Cette communication peut se faire directement ou par l'intermédiaire d'un médecin désigné par le patient.

Le demandeur a le droit d'obtenir du professionnel de santé ou de l'établissement de santé communication des informations demandées, soit par consultation sur place, avec, le cas échéant, remise de copies de documents, soit par l'envoi de copies des documents. Dans le cas où les informations demandées sont détenues par un établissement de santé et si les dispositifs techniques de l'établissement le permettent, le demandeur peut également consulter par voie électronique tout ou partie des informations en cause. Les copies sont établies sur un support analogue à celui utilisé par le professionnel de santé ou l'établissement de santé, ou sur papier, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques du professionnel ou de l'organisme concerné.

Des outils nationaux sont ou seront à la disposition du patient pour renforcer l'effectivité de ce droit d'accéder aux données concernant sa santé, en particulier au travers du Dossier Médical Partagé, du Dossier Pharmaceutique et bientôt de l'Espace Numérique de Santé.

Le droit d'accès se traduit concrètement dans une mise à disposition au profit de la personne concernée de ses données. Le renforcement des droits de la personne concernée sur ses données lui confère donc d'ores et déjà la capacité à disposer des données de santé produites dans un contexte médical. Cela amène à soulever la question de la monétisation des données de santé en permettant de les rendre accessibles contre une éventuelle rémunération.

Si la mise en œuvre de ce droit d'accès et au travers lui de la maîtrise de ses données de santé peut être facilitée par la technologie dont celle de la blockchain, il ne nous semble pas qu'elle soit la cause première du risque de patrimonialisation des données de santé lié aux différentes formes existantes

de mise à disposition des données de santé³.

2. L'interdiction de vendre ses données de santé

La volonté du législateur français a été incontestablement d'éviter toute marchandisation des données de santé, qui sont une émanation du corps humain pour lequel l'indisponibilité est un principe essentiel du droit français. A cet effet, il a inscrit l'article L. 1111-8 alinéa 4 du CSP un principe d'interdiction des données de santé à titre onéreux : « VII. Tout acte de cession à titre onéreux de données de santé identifiantes directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée, est interdit sous peine des sanctions prévues à l'article 226-21 du code pénal ». Le législateur a donc entendu protéger l'individu contre ses propres tentations d'en faire commerce.

Rappelons par ailleurs, au titre des règles communes d'exercice des professions médicales, que la constitution et l'utilisation à des fins de prospection ou de promotion commerciales de fichiers composés à partir de données issues directement ou indirectement des prescriptions médicales ou des informations médicales mentionnées à l'article L. 161-29 du code de la sécurité sociale sont interdites, dès lors que ces fichiers permettent d'identifier directement ou indirectement le professionnel prescripteur. (Article L4113-7 du CSP).

3. La blockchain au service de la maîtrise par la personne concernée de ses données

S'il est fait recours à la blockchain dans le domaine de la santé, cela doit se faire dans le respect des principes inscrits dans le CSP, dont celui de l'interdiction de céder les données de santé mais également les règles qui encadrent leur utilisation à des fins de prise en charge de la personne et de continuité des soins (échange et au partage des données de santé, hébergement des données de santé, identifiant national de santé, etc.).

La blockchain pourrait elle-même être conçue avec des restrictions techniques permettant d'aider les utilisateurs à respecter ces principes soit dans la blockchain dite privée soit dans la blockchain publique.

En pratique, plusieurs sortes de blockchain coexistent, mettant en œuvre des niveaux de permission différents pour les différentes catégories de participants. La CNIL utilise la classification suivante :

- **les blockchains publiques** sont accessibles à n'importe qui dans le monde. Toute personne peut effectuer une transaction, participer au processus de validation des blocs ou obtenir une copie de la Blockchain ;

- **les blockchains à permission** ont des règles définissant

3 - Pour approfondir, « Mise à disposition des données de santé », Florence EON / Publication sous la forme de 3 volets dans la revue mensuelle Expertises dans les numéros 428, 429 et 430 - <http://www.expertises.info/anciens-numeros/2017>

quelles personnes peuvent participer au processus d'approbation ou même effectuer des transactions. Elles peuvent, selon les cas, être accessibles à tous ou être en accès limité ;

- **les blockchains dites « privées »** sont sous le contrôle d'un acteur qui assure seul le contrôle de la participation et de la validation. Selon certains experts, ces usages ne respectent pas les propriétés classiques de la blockchain, notamment la décentralisation et la validation distribuée. En tout état de cause, elles ne posent pas de question particulière de conformité au RGPD, il s'agit de simples bases de données distribuées « classiques ».

La blockchain pourrait ainsi prendre en charge la gestion des droits par exemple des droits d'écriture des données de santé à caractère personnel dans le système d'information, et assurer la traçabilité de l'exercice de ces droits. Les données de santé en clair seraient conservées par l'utilisateur, qui aurait le choix d'y donner accès ou non.

En synthèse, le recours à la blockchain ne nous semble pas accroître particulièrement le risque de monétisation des données. Tout patient peut d'ores et déjà demander l'accès à son dossier contenant ses données de santé et en disposer librement dans le respect des principes rappelés.

Le recours à la blockchain soulève d'autres risques, tel que le risque d'insécurité juridique concernant la possibilité pour la blockchain d'être reconnue comme fiable en cas de litige devant un juge. A quelles conditions pourrait-elle être reconnue comme fiable ? Dans le domaine de la santé, cette question peut être rattachée à celle plus générale de la question de la fiabilité des documents de santé dématérialisés, traitée en 2016 dans le cadre de la loi de modernisation de notre système de santé. Cette réflexion sur la qualité de la blockchain en tant que moyen de preuve doit donc être élargie aux autres moyens permettant de procéder à la dématérialisation des données de santé pour permettre le « zéro papier ».

II - Référentiel force probante et blockchain

L'usage de la blockchain dans le domaine du numérique en santé soulève la question de ses qualités pour contribuer à dématérialiser dans des conditions juridiques et techniques satisfaisantes la donnée de santé à caractère personnel. Cette question doit être analysée à l'aune des règles déjà inscrites dans le code de la santé publique relatives à la force probante des documents dématérialisés comportant des données de santé.

Que ce soit avec l'aide d'un dispositif technique comme la blockchain ou avec d'autres moyens (certificats électroniques, cachets électroniques, etc.), tous les systèmes d'information de santé qui produisent des documents de santé dématérialisés doivent être conçus en intégrant dès leur conception les règles des articles L. 1111-25 à 31 du CSP, relatifs aux conditions de reconnaissance de la force probante des documents comportant des données de

santé à caractère personnel créés ou reproduits sous forme numérique et de destruction des documents conservés sous une autre forme que numérique.

Les articles L1111-25 à 31 du code de la santé ont pour objectif de fixer et uniformiser les règles applicables à l'ensemble des acteurs produisant des données de santé, afin de fixer les conditions de reconnaissance de la force probante des documents comportant des données de santé à caractère personnel créés ou reproduits sous forme numérique.

L'article L. 1111-25 précité précise que les règles s'appliquent à « *tous les documents comportant des données de santé à caractère personnel, produits, reçus ou conservés par un professionnel de santé, ou par tout professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins, ou par un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social pour l'exercice de leurs activités de prévention, de diagnostic, de soins, de compensation du handicap, de prévention de perte d'autonomie, ou de suivi social et médico-social* ».

Enfin, un référentiel défini par arrêté du ministre chargé de la santé reste à intervenir pour préciser les conditions de mise en œuvre de ces articles. Ce référentiel « Force probante » a été mis à la concertation sur le site internet de l'agence du numérique en santé (ANS, ex-ASIP Santé)⁴.

1. Force probante de la copie numérique

L'article L. 1111-26 du CSP fixe les conditions dans lesquelles la copie numérique d'un document comportant des données de santé à caractère personnel est reconnue comme ayant force probante, par renvoi aux dispositions de l'article 1379 du code civil. Cet article confère à la copie fiable la même force qu'à l'original, sous réserve du respect des conditions précisées par décret : « *Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

Le décret n° 2016-1673 du 5 décembre 2016 pris en application de l'article 1379 précise les conditions du procédé permettant à une copie de bénéficier de la présomption de fiabilité prévue au deuxième alinéa de l'article 1379 du code civil. Est présumée fiable, au sens du deuxième alinéa de l'article 1379 précité, la copie résultant :

- soit d'un procédé de reproduction qui entraîne une modification irréversible du support de la copie;
- soit, en cas de reproduction par voie électronique, d'un procédé qui répond aux conditions prévues aux articles 2 à 6 du décret.

La possibilité de détruire les documents originaux avant la fin de la durée légale ou à défaut la durée fixée par le

.....
 4 - <https://participez.esante.gouv.fr/consultation/force-probante/presentation/comprendre-la-force-probante>

responsable du traitement de donnée à caractère personnel est décrite à l'alinéa 2 de l'article L1111-26 du CSP. La destruction des documents comportant des données de santé ayant le statut d'archives publiques et entrant dans le champ d'application de l'article L1111-25 du CSP, peuvent être détruits lorsqu'ils ont fait l'objet d'une reproduction numérique, avant le terme de la période d'utilisation courante, sans préjudice du contrôle scientifique et technique de l'administration des archives publiques prévu à l'article L212-3 du code du patrimoine.

2. Force probante de l'écrit électronique

L'article L. 1111-27 du CSP porte sur les conditions de reconnaissance de la force probante des documents mentionnés à l'article L. 1111-25 du même code lorsqu'ils sont créés de façon numérique, en renvoyant aux règles fixées par l'article 1366 du code civil relatif à l'écrit électronique.

Le document électronique doit avoir été établi et conservé dans les conditions prévues à l'article 1366 du code civil selon lequel un « *écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que :*

- puisse être dûment identifiée la personne dont il émane,
- qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

Il n'est pas prévu de décret d'application dans le code civil pour préciser les conditions de mise en œuvre de cet article.

La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a consacré le principe de la force probante de l'écrit sous forme électronique : il est admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Depuis l'intervention de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) et l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, lorsqu'un écrit est exigé en tant que condition de validité de l'acte, l'écrit électronique a en outre une valeur équivalente à l'écrit sur support papier.

Dès lors, l'égalité de l'écrit électronique et de l'écrit papier, lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, est consacrée par cette loi. Cette équivalence implique en outre que, lorsque la loi exige une mention manuscrite de la main de celui qui s'oblige, cette mention peut être apposée sous forme électronique.

3. L'obligation de signer un document comportant des données de santé à caractère personnel

L'article L. 1111-28 du CSP précise la finalité de la signature des documents mentionnés à l'article L. 1111-25. Le dernier alinéa procède par renvoi aux conditions fixées par le deuxième alinéa de l'article 1367 du code civil s'agissant des conditions techniques à respecter pour la signature électronique.

Il n'existe en effet pas de motif justifiant de fixer des

règles spécifiques pour le secteur santé s'agissant des dispositifs techniques de signature électronique. Cet alinéa prévoit néanmoins qu'un référentiel pris sur le fondement de l'article L1110-4-1 du CSP intervienne, afin d'accompagner les acteurs de terrain dans le choix du procédé de signature.

Soulignons que l'exigence juridique attachée à la définition de la signature devra être vérifiée lors de la mise en œuvre du dispositif technique retenu. Il y a donc lieu de prendre en compte cette exigence dès la conception du dispositif.

4. La matérialisation des documents de santé créés de façon numérique

L'article L1111-29 alinéa premier du CSP porte sur la force probante d'un document comportant des données de santé à caractère personnel créé à partir d'un ou plusieurs documents existants sous forme numérique. Ce document peut ensuite être matérialisé sur support papier par les professionnels mentionnés à l'article L1111-2⁵ pour répondre à un besoin lié à la prise en charge des personnes, qu'il s'agisse de leur permettre de faire valoir leurs droits (entente préalable, certificat d'arrêté de travail, pour ne citer que ces exemples) ou de contribuer à la prise en charge de la personne concernée. Afin de lutter contre la fraude documentaire, tout en soutenant le développement des pratiques dématérialisées dans le secteur de la santé, cet alinéa prévoit que la présomption de fiabilité n'existe que si le document ainsi créé et, le cas échéant, matérialisé sur support papier, a fait l'objet d'un procédé qui garantit l'identification de la personne émetteur et de l'intégrité du document, conforme à des conditions fixées par arrêté.

Lorsque le document ainsi créé est matérialisé sur support papier, la signature manuscrite n'a pas à être exigée à condition que le procédé de signature électronique employé pour le document initialement créé sous forme numérique est conforme aux conditions fixées à l'alinéa 2 de l'article L1111-28.

5. Projet de Référentiel force probante⁵

Le référentiel force probante des documents de santé pris en application de l'article L1111-31 du CSP fixe les règles à respecter afin d'aider les responsables de traitement à identifier le degré de confiance pouvant être accordé au document dématérialisé comportant des données de santé.

Seul le recours à des moyens techniques dits qualifiés au sens du règlement eIDAS permet de bénéficier d'un niveau de confiance instaurant une présomption de fiabilité. A défaut, les responsables de système d'information devront apporter la preuve de la fiabilité de leur dispositif dans le cadre d'un litige mettant en cause par exemple l'intégrité d'un document numérisé.

Les professionnels peuvent conclure des conventions

5 - <https://participez.esante.gouv.fr/consultation/force-probante/presentation/comprendre-la-force-probante>

de preuve entre eux afin d'aider le juge à apprécier la force probante des documents objet du litige (article 1368 du code civil). Une convention de preuve a pour finalité de permettre aux parties d'aménager la manière dont elles vont démontrer les droits qu'elles peuvent être amenées à invoquer l'une contre l'autre lors d'une procédure contentieuse. Elles déterminent pour cela par elles-mêmes les règles relatives à la charge de la preuve, la détermination des faits à prouver et les procédés de preuve admissibles en cas de litige. La doctrine s'interroge en revanche sur la capacité de la convention de preuve à organiser sur la valeur probatoire, le degré de confiance, du dispositif technique employé. Dans le domaine de la santé, le référentiel force probante peut-il être considéré comme un cadre opposable organisant cette valeur probatoire des moyens techniques mis en œuvre ? La réponse à cette question n'a pas encore été apportée, le référentiel ayant simplement été mis à la concertation.

Quel que soit le dispositif retenu par le responsable de traitement, dès lors que les moyens mis en œuvre ne sont pas présumés fiables, il est préconisé de recourir à une convention de preuve.

Conclusion

Dès lors que la blockchain n'est en soi qu'un moyen technique au service d'une fin, il n'y a pas lieu qu'elle fasse l'objet en elle-même d'un texte, au risque qu'il soit rendu obsolète en raison de l'évolutivité rapide de la technologie. Au surplus, son usage dans le domaine de la santé se trouve d'ores et déjà régulé au travers de grands principes inscrits dans la loi qui encadrent les données de santé. Outre les règles relatives par exemple au secret professionnel, est ainsi inscrit dans la loi le principe d'interdiction de cession des données de santé à titre onéreux, même avec le consentement de la personne concernée.

Comme pour tout autre moyen technique mis en œuvre pour numériser le domaine de la santé, il relève de la responsabilité des professionnels et des responsables des structures dans lesquelles ils exercent de prendre des mesures adaptées pour sécuriser leur usage, tant en amont, qu'en aval de leur mise en œuvre. La sécurité juridique est essentielle et doit également être prise en compte « by design ».

En droit interne, il est annoncé par la Direction du Numérique en Santé et l'Agence du Numérique en Santé de nouvelles versions des référentiels de sécurité et d'interopérabilité du secteur de la santé, mentionnés à l'article L. 1110-4-1 du CSP et la mise à disposition de nouveaux outils tels que « Pro Santé Connect »⁶. Il sera intéressant d'apprécier dans quelle mesure la technologie de la blockchain trouvera, le cas échéant, une place dans l'environnement technologique et normatif du numérique en santé en pleine mutation.

Florence Eon-Jaguin

.....
6 - Doctrine technique du numérique en santé, Janvier 2020

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris, membre de la Chaire Santé de Sciences Po, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique, Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

Laurence Warin

Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris, membre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP

2 – Droits des malades et bioéthique

Laura Chevreau

Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Anne Debet

Professeur à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Anne Laude

Professeur des Universités, Doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Université Paris Descartes, Université de Paris, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Marie Mesnil

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatièr et Associés

3 – Établissements de santé et médico-sociaux

Jean-Martin Andarelli

Directeur d'hôpital

Christophe Debout

Infirmier anesthésiste cadre de santé, docteur en épistémologie et philosophie des sciences, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion/Faculté de droit, d'économie et de gestion de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

4 – Produits de santé

François Bocquet

Assistant hospitalo-universitaire, Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Albane Degrassat-Théas

MCU-PH, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Pascal Paubel

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

5 – Assurances des activités de santé, responsabilité et indemnisation

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Assurance (IRJS), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris 1 (IAP-Paris 1)

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris, Avocat Of Counsel chez De Gaulle Fleurance & associés

Clémentine Lequellier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

6 – Propriété intellectuelle et concurrence

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Taliens

Caroline Le Goffic

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

7 – Financement et fiscalité

Alain Gubian

Directeur financier, Directeur des statistiques, des études et de la prévision, Acoss

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Paris Descartes et à Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris, Consultant, Cabinet Ginestié Magellan Paley-Vincent

8 – Travail et risques professionnels

Stéphane Brissy

Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Philippe Coursier

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales

9 – Droit pénal de la santé

Mathieu Gautier

Avocat, VATIER AVOCATS

Delphine Jaafar

Avocat associé, VATIER AVOCATS, Ancien Secrétaire de la Conférence du Barreau de PARIS, Ancien Auditeur du CHEDE

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

10 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire

Céline Roux

Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat

Didier Tabuteau

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut droit et santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris, professeur affilié à l'Institut d'études politiques de Paris

11 – Environnement et santé

Gwladys Beauchet

Avocate associée, Cabinet DS Avocats

Meryem Deffairi

Maître de conférences en droit public, Université Paris 2 Panthéon-Assas

Yvon Martinet

Avocat associé, ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, membre du Conseil de l'Ordre, Cabinet DS Avocats

Joanna Peltzman

Avocate à la Cour, Cabinet DS Avocats

Patricia Savin

Avocate associée, Docteur en droit, Cabinet DS Avocats

Nouvelles de l'Étranger

Fernando Aith

Avocat, Professeur Titulaire de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo – Brésil ; Co-directeur scientifique du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil (Cepedisa/USP)

Duncan Fairgrieve

Maître de conférences à l'Institut d'Études Politiques de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Université de Paris

Directrice de la publication

CHRISTINE CLERICI
Présidente de l'Université de Paris

Directeurs de la rédaction

ANNE LAUDE
Professeur des Universités, Doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Université de Paris, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

DIDIER TABUTEAU
Professeur associé à l'Université de Paris, membre de l'Institut droit et santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, professeur affilié à l'Institut d'études politiques de Paris

Coordinatrice de la rédaction

LAURENCE WARIN
Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, membre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP

Conception graphique

CHARLOTTE DE BRUYN
Responsable de la communication de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Comité international

FERNANDO AITH
Professeur à l'Université de Sao Paulo - USP, Co-Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches en Droit de la Santé

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, Chaire de recherche du Canada en droit et politiques de la santé

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

Comité éditorial et scientifique

MIREILLE BACACHE
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Assurance (IRJS), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris 1 (IAP-Paris 1)

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, membre de la Chaire Santé de Sciences Po, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique, Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

STÉPHANE BRISSY
Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

CAROLINE CARREAU
Maître de conférences émérite à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

PHILIPPE COURSIER
Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

ANNE DEBET
Professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

LUC GRYNBAUM
Professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, Avocat Of Counsel chez De Gaulle Fleurance & associés

ANNE LAUDE
Professeur des Universités, Doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion, Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Université de Paris, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

CAROLINE LE GOFFIC
Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

CLÉMENTINE LEQUILLERIER
Maître de conférences à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

LYDIA MORLET-HAÏDARA
Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, co-directrice de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

DAVID NOGUÉRO
Professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

PASCAL PAUBEL
Professeur associé à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

JÉRÔME PEIGNÉ
Professeur à l'Université de Paris, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

RÉMI PELLET
Professeur à l'Université de Paris et à Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

DIDIER TABUTEAU
Professeur associé à l'Université de Paris, membre de l'Institut droit et santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, professeur affilié à l'Institut d'études politiques de Paris

ANA ZELCEVIC-DUHAMEL
Maître de conférences HDR à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris