

Droit Santé et Assurance Maladie

Éditorial

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview

ÉTIENNE CANIARD

Dossier thématique

Comment réformer le financement de l'assurance maladie et de la santé ?

Dossier coordonné par

RÉMI PELLET

Les assurances sociales sont-elles solubles dans la fiscalité ?

Mise en perspective historique de la décision Cons. constit. n° 2014-698 DC, 6 août 2014

RÉMI PELLET

Pour préserver les ressources de la protection sociale...

HENRI STERDYNIAK

Quelle stratégie de financement pour la santé ?

JACQUES BICHOT

La fondation hospitalière instrument de financement et de gestion de la recherche dans les établissements publics de santé

AGNÈS SCHWEITZER

Nouvelles de l'étranger

Classification of Synthetic Cannabis

DUNCAN FAIRGRIEVE
DR CHRIS JONES
MELISSA COUTINO

Bibliographie

CLÉMENCE DANIEL
CLÉMENCE FERREIRA
JUSTINE MARZEC
JONATHAN ROS

Agenda

Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
MARIE GROSSET
DIDIER TABUTEAU

2 – Droits des malades et bioéthique

ANNE LAUDE
EMMANUELLE PRADA-BORDENAVE
OLIVIER SAUMON

3 – Établissements de santé et médico-sociaux

XAVIER CABANNES
JULIE DIEBOLD
MARC DUPONT

4 – Produits de santé

PASCAL PAUBEL
JÉRÔME PEIGNÉ

5 – Assurances des activités de santé

LUC GRYNBAUM
DAVID NOGUÉRO
BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation

MIREILLE BACACHE
LYDIA MORLET-HAIDARA
SYLVIE WELSCH

7 – Propriété intellectuelle et concurrence

CAROLINE CARreau
JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER
CAROLINE LE GOFFIC

8 – Financement et fiscalité

AGNÈS SCHWEITZER
ALAIN GUBIAN
EMMANUEL LAURENT
RÉMI PELLET
XAVIER PRÉTOT

9 – Travail et risques professionnels

STÉPHANE BRISSEY
NICOLAS DESBACQ
PIERRE MAZIÈRE

10 – Droit pénal de la santé

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

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire

JEAN-Louis CARPENTIER
JEAN LESSI
AGNÈS MARTINEL
DENIS PIVETEAU

12 – Environnement et santé

YVON MARTINET
BÉATRICE PARANCE
PATRICIA SAVIN
GWALDYS BEAUCHET

Anne Laude

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

Didier Tabuteau

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

Comment financer l'assurance maladie, et plus généralement la santé ? La question est traditionnelle, elle est également cruciale. Le développement du système de santé a modifié la nature des enjeux économiques et sociaux qui s'attachent à son financement. Les dépenses de soins et biens médicaux (Consommation de soins et biens médicaux – CSBM – selon les comptes de la santé) qui ne représentaient que 2,6 % du produit intérieur brut en 1950 comptent aujourd'hui pour près de 9 % ... L'augmentation des prélevements obligatoires destinés à couvrir les dépenses de santé constitue ainsi l'une des composantes majeures de l'histoire des finances publiques du dernier demi-siècle.

Les législations et les jurisprudences portent la marque de cette transformation. D'abord par la multiplicité des réformes qui ont eu pour objet d'instituer des mécanismes de maîtrise des dépenses de santé, avec leurs cortèges de dispositions introduites dans le code de la sécurité sociale ou dans le code de la santé publique. Ensuite par l'émergence d'un véritable droit des finances sociales, consacré par la révision constitutionnelle de 1996 qui a institué les lois de financement de la sécurité sociale. Enfin par le prurit jurisprudentiel qui a renouvelé et, sans doute, complexifié le cadre dans lequel les pouvoirs publics doivent inscrire leurs réformes et leurs actions.

Le dossier thématique de ce numéro du JDSAM propose une première approche de la problématique du financement de l'assurance maladie et de la santé. Il bénéficie du double éclairage de juristes et d'économistes dont les analyses s'entrecroisent régulièrement et nécessairement sur ce thème. Il propose des visions contrastées des mécanismes à l'œuvre comme des perspectives envisageables et contribue ainsi à l'indispensable débat public sur la politique de santé. Il éclaire enfin les difficultés du droit à appréhender et à concilier les réalités sociales, les exigences économiques et les ambitions politiques, dans un domaine qui est au cœur du contrat social.

SOMMAIRE

Éditorial.....1

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview.....5

ÉTIENNE CANIARD

Dossier thématique

Comment réformer le financement de l'assurance maladie et de la santé ? 8

Dossier coordonné par
RÉMI PELLET

Les assurances sociales sont-elles solubles dans la fiscalité ?

Mise en perspective historique de la décision
Cons. constit. n° 2014-698 DC, 6 août 2014 9
RÉMI PELLET

Pour préserver les ressources de la protection sociale... 25

HENRI STERDYNIAK

Quelle stratégie de financement pour la santé ? . 34
JACQUES BICHOT

La fondation hospitalière instrument de financement et de gestion de la recherche dans les établissements publics de santé 43
AGNÈS SCHWEITZER

Chroniques

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé.....48

Éléments de stratégie en faveur du projet de loi de santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie

PIERRE-HENRI BRÉCHAT

2 – Droits des malades et bioéthique ...51

Fin de vie : un médecin radié mais acquitté
ANNE LAUDE

3 – Établissements de santé et médico-sociaux54

GCS public – privé : prestations médicales croisées et compétence juridictionnelle (T. Conflits, 7 juillet 2014)

MARC DUPONT

Les autorisations d'activités de soins et d'équipements matériels lourds : les précisions utiles du juge administratif (CE, 11 juillet 2014, 3 espèces)

JULIE DIEBOLD

4 – Produits de santé62

Forfait innovation : un dispositif de financement des dispositifs médicaux perfectible

PASCAL PAUBEL

Une AMM peut être accordée à un médicament générique dont le médicament de référence a été autorisé selon la procédure abrégée bibliographique

JÉRÔME PEIGNÉ

5 – Assurances des activités de santé ...70

La complémentaire santé obligatoire des salariés
LUC GRYNBAUM

La revanche du cadavre

BERTRAND VORMS

6 – Responsabilité et indemnisation.....75

Responsabilité du fait de l'infirmière
MIREILLE BACACHE

L'action récursoire de l'ONIAM pour faute établie à l'origine du dommage en matière d'infections nosocomiales

SYLVIE WELSCH

Responsabilité disciplinaire : « De l'exigence d'un consentement éclairé relatif à la présence d'un tiers lors de l'examen médical »

LYDIA MORLET-HAÏDARA

7 – Propriété intellectuelle et concurrence 84

Actualités en droit des brevets

JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER

Actualités en droit des marques

CAROLINE LE GOFFIC

Actualités en droit de la concurrence

CAROLINE CARREAU

8 – Financement et fiscalité 105

Fiscalité pharmaceutique

XAVIER PRÉTOT

9 – Travail et risques professionnels . 109

Les mesures individuelles relatives à la pénibilité au travail

STÉPHANE BRISSY

La dimension collective de la pénibilité au travail

NICOLAS DESBACQ

L'auto-évaluation des salariés ; un nouveau champ d'action privilégié pour le C.H.S.C.T.

PIERRE MAZIÈRE

10 – Droit pénal de la santé 122

L'abstention du malade n'est pas imputable au médecin

ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

Les conditions de la réparation du dommage de la partie civile seule appelante d'un jugement de relaxe

GAËLLE MERLIER

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire 127

L'arrêt Dano, au-delà des polémiques

AGNÈS MARTINEL

Peut-on supprimer leurs remboursements aux malades qui ne respectent pas leur traitement ?

DENIS PIVETEAU

12 – Environnement et santé..... 134

Pénibilité et faute inexcusable de l'employeur

GWLADYS BEAUCHET

YVON MARTINET

Nouvelles de l'étranger..... 137

Classification of Synthetic Cannabis

DUNCAN FAIRGRIEVE

DR CHRIS JONES

MELISSA COUTINO

Bibliographie 139

CLÉMENCE DANIEL

CLÉMENCE FERREIRA

JUSTINE MARZEC

JONATHAN ROS

Agenda 143



Directeurs de la rédaction :

Anne Laude : Professeur à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, Président de l'Association française de droit de la santé

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

Coordinatrice de la rédaction :

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

Comité international :

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

Sueli Dallari : Professeur à l'Université de São Paulo, Directrice du centre d'études et de recherches en droit de la santé

Penney Lewis : Professor of Law, School of Law and Centre of Medical Law and Ethics, King's College London

Olivier Guillod : Professeur à l'Université de Neuchâtel, Directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel

Catherine Régis : Professeur à l'Université de Montréal

William M. Sage : Visiting Professor, Yale Law School, James R. Dougherty Chair for Faculty Excellence, The University of Texas at Austin

Geneviève Schamps : Professeur à l'Université Louvain-la-Neuve, directeur du centre de droit médical et biomédical

Dominique Sprumont : Professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel

Bulletin d'abonnement

Destinataire de l'abonnement

Organisme/Société/Cabinet

Nom et Prénom

Fonction/Service

Adresse

Code postal Ville

Pays

Tél. Fax

eMail

Adresse de facturation (si différente)

Organisme/Société/Cabinet

Nom et Prénom

Fonction/Service

Adresse

Code postal Ville

Pays

Tél. Fax

eMail

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



THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE

Revue trimestrielle
(4 numéros / an)

Abonnement année 2015
4 numéros : 160 € TTC

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

À retourner par courrier,
email ou fax à

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

Contact
liana.debras@thomsonreuters.com

Tél. +33 (0) 1 55 07 28 61

Interview d'Étienne Caniard

Président de la Mutualité Française

Que pensez-vous de la place actuelle des complémentaires santé dans le dispositif de prise en charge des soins de santé ?

Si la part d'intervention de l'Assurance maladie et des complémentaires est restée relativement stable depuis plus d'une décennie, les complémentaires sont devenues indispensables. Le renoncement à des soins est ainsi deux fois plus important pour les patients ne bénéficiant pas d'une complémentaire santé.

Selon les Comptes nationaux de la santé, en 2000, la Sécurité sociale prenait en charge 88 milliards de dépenses de soins et de biens médicaux contre 14 milliards pour les complémentaires. En 2012, ces chiffres atteignaient 140 milliards pour la Sécurité sociale et 25 milliards pour les complémentaires soit un taux de croissance de 58 % des dépenses de l'Assurance maladie et... de 78 % pour les complémentaires.

La place des acteurs a changé, compte tenu de l'évolution de la médecine et des pathologies, mais aussi de la conjoncture économique.

Un exemple emblématique est celui de l'optique. Entre 2006 et 2012, la part des dépenses prises en charge par les complémentaires a augmenté de près de 60 % passant de 2,5 milliards d'euros à 4 milliards d'euros. Dans le même temps, la part prise en charge par la Sécurité sociale, l'État... est, elle, restée stable à 200 millions d'euros (soit à peine 4 % des dépenses de soins optiques).

La Sécurité sociale ne prend plus en charge que 51 % en moyenne des dépenses de soins courants des assurés qui ne sont pas en Affection longue durée (ALD). 49 % de la dépense restent ainsi à la charge des ménages et des complémentaires santé.

Pourtant, certains acteurs semblent ne pas vouloir prendre en compte cette réalité, et refusent donc de régler des questions aujourd'hui majeures : l'organisation de l'offre de soins, la rémunération des professionnels de santé, la gestion des risques, la régulation des dépenses... et donc le niveau du reste à charge des ménages.

L'avenir des complémentaires santé se joue-t-il à Bruxelles ?

Un grand nombre de questions concernant notre secteur est effectivement de plus en plus traité à Bruxelles :

- Nouvelles exigences prudentielles (directive Solvabilité 2)
- Politique du médicament,
- Utilisation des données de santé,
- Développement de la prévention,
- Droits des transfrontaliers...

Au-delà, il y a bien évidemment la question de notre modèle mutualiste et de l'impact des normes européennes sur celui-ci. Nous militons depuis plusieurs années pour la reconnaissance d'un statut de mutuelle européenne.

Les outils juridiques européens actuels ne permettent en effet pas aux mutuelles de se développer. Le statut de mutuelle européenne (SME) doit leur permettre d'agir à l'échelle de l'Union pour mener des activités transfrontalières et constituer des groupes mutualistes européens. C'est également un outil qui doit contribuer à la diversification des activités des organismes mutualistes. Ils pourraient ainsi plus aisément faire face aux défis liés aux nouvelles règles européennes comme Solvabilité 2.

Nous souhaitons donc que la Commission européenne propose un programme de travail en adéquation avec ses engagements, et mène à son terme la création du statut de mutuelle européenne.

Que pensez-vous de la décision du conseil constitutionnel sur la clause de désignation ?

En instaurant le principe de négociations par branche et de clauses de désignation, le dispositif, tel qu'il était envisagé avant la censure du Conseil constitutionnel faisait indéniablement la « part belle » aux logiques institutionnelles (et aux institutions de prévoyance), sans apporter de réponse convaincante aux risques de conflits d'intérêt auxquels s'exposent les institutions de prévoyance gérées par les partenaires sociaux. La décision du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel est sans détour. Le Conseil constitutionnel admet une atteinte par le législateur à ces principes à la condition que celle-ci soit justifiée par l'intérêt général et qu'elle soit proportionnée à l'objectif poursuivi.

En l'espèce, les membres du Conseil Constitutionnel ont rappelé que l'objectif initial des dispositions de l'article L.912-1 du code de la sécurité sociale était de poursuivre un but d'intérêt général « en facilitant l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection sociale complémentaire et assurer un régime de mutualisation des risques, en renvoyant aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques auprès d'un ou de plusieurs organismes de prévoyance ».

Le Conseil Constitutionnel a ensuite considéré que les dispositions du premier alinéa de l'article L.912-1 du code de la sécurité sociale, qui permettent de prévoir la désignation d'un organisme assureur unique pour couvrir toutes les entreprises appartenant à une même branche professionnelle, portent une atteinte disproportionnée aux principes de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre.

Cet argument juridique est connu. On n'a peu parlé en revanche de la position « d'intérêt général » de la Mutualité Française.

La négociation de branche pour les besoins de santé n'est pas pertinente et favorise l'inflation au niveau local. En effet, les négociations nationales sur les tarifs de remboursement s'effectuent le plus souvent sur la base des tarifs pratiqués... en Ile-de-France. Ainsi, l'approche nationale de la négociation semble peu compatible avec la régulation du système de santé. Elle favorise un effet d'aubaine lorsque l'accord de branche prévoit une prise en charge alignée sur les prix les plus élevés.

Un tel système risque d'alimenter le décrochage entre les tarifs de l'assurance maladie et les prix pratiqués par les professionnels de santé. C'est pour cette raison qu'il est essentiel que la négociation au niveau des branches puisse prendre en compte une déclinaison régionale des prestations. Une autre manière d'y parvenir est de laisser aux entreprises la liberté de choisir l'organisme assureur qui correspond le mieux aux besoins de ses salariés, participant ainsi au dialogue social au niveau des territoires. Le principe de la recommandation s'inscrit davantage dans cette démarche et devrait être plus équilibré dans le choix des opérateurs.

Voici 10 ans que la loi de 2004 a créé l'UNOCAM, est-ce une avancée pour les complémentaires santé ? Quel bilan dressez-vous de la participation de l'UNOCAM aux négociations conventionnelles, notamment avec les médecins ?

Quelle était l'ambition de la loi ? Tout simplement de permettre une meilleure articulation entre l'Assurance maladie et les complémentaires et d'institutionnaliser le partenariat des financeurs avec la création de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) et de l'Union nationale des organismes complémentaires d'assurance maladie (UNOCAM). La présence de l'UNOCAM au sein de l'Institut des données de santé a concrétisé également la participation des complémentaires à la gestion du risque et au partage des informations.

L'UNOCAM a-t-elle permis aux trois familles d'AMC de jouer pleinement leur rôle dans le système de santé ? L'UNOCAM a-t-elle permis aux trois familles de s'unir avec efficacité ? Nous n'en sommes pas si sûrs... Mais l'UNOCAM, seule, n'est pas responsable. C'est l'ensemble de la politique conventionnelle qu'il faut interroger.

Un grand nombre d'observateurs semble partager nos doutes... Dans un rapport d'information de juillet 2014, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, sur la base de l'enquête de la Cour des comptes sur les relations conventionnelles entre l'assurance maladie et les professions libérales de santé, plusieurs constats allant dans notre sens étaient tirés.

Sur le fonctionnement général :

- le système conventionnel, tel qu'il fonctionne depuis la réforme de 2004, n'a pas permis de réguler les dépenses d'assurance maladie ;

- le dispositif est trop éclaté (autonomie de l'assurance maladie mais intervention possible de l'État complexifiant « le jeu des acteurs ») ;
- les approches segmentées sont privilégiées (aux dépens d'approches interprofessionnelles).

Sur l'action des différents acteurs :

- Ce rapport évoque « un défaut de cohérence » des actions respectives de l'État, des ARS et de l'UNCAM ;
- L'UNOCAM devrait être mieux associée aux négociations :

Le système conventionnel n'ayant pas atteint son objectif, ni en termes d'efficience du système, ni en termes d'accès aux soins, la Mutualité Française appelle à une remise à plat de ce dispositif. La contractualisation avec les professionnels de santé doit permettre une relation directe entre ces derniers et les mutuelles, afin de mieux rembourser les dépassements d'honoraires, lorsqu'ils sont pertinents et raisonnables, pour réduire le reste à charge des patients tout en contribuant à la revalorisation de la pratique des médecins - notamment clinique.

Quelles sont les actions des mutuelles en matière de prévention ?

La Mutualité Française est le 2^{ème} acteur dans le domaine de la prévention, après l'Assurance maladie.

Concrètement, l'activité des mutuelles c'est :

1° Un réseau structuré et professionnalisé :

- 150 professionnels de la promotion de la santé dans 25 Unions régionales définissent et mettent en œuvre des actions de promotion de la santé en lien avec les mutuelles, les services de soins et d'accompagnement mutualistes
- 80 experts, professionnels de santé et du médico-social contribuent quotidiennement aux services de santé et d'accompagnement délivrés par Priorité Santé Mutualiste
- Une collaboration scientifique et méthodologique avec les partenaires de la Mutualité Française : Inpes, Inca, Société Française de Santé publique, Croix-Rouge Française, UNAFAM, Psycom, Association Française des aidants...

2° Des sources de financement variées avec 14 millions d'euros répartis entre :

- Un Fonds national de prévention, abondé par les mutuelles adhérentes à la Mutualité Française à hauteur de 4,48 millions d'euros,
- Le budget des Unions régionales,
- Les financements complémentaires des partenaires (ARS, collectivités territoriales, etc.).

3° Des actions adaptées aux besoins

- Plus de 150 programmes de promotion de la santé et d'accompagnement à destination des adhérents mutualistes et du grand public, déclinés à travers des services de proximité sur l'ensemble du territoire et des services à dis-

tance : un site santé www.prioritesante-mutualiste.fr et des professionnels de santé accessibles par téléphone : 39 35

- 6000 interventions sur l'ensemble du territoire
- Conférences-débats, ateliers, théâtre-forums, groupes d'information et d'échanges, etc., dont 35 % menés en lien avec les services de soins et d'accompagnement mutualistes.
- 700 000 participants et bénéficiaires des services de proximité et des services à distance
- Seniors, aidants familiaux, étudiants, femmes enceintes et parents de jeunes enfants, personnes relais, etc. Une attention particulière est apportée aux personnes en situation de fragilité.

Quelles seront, selon vous, les conséquences de la mise en œuvre de l'ANI de 2013, généralisant la complémentaire santé collective en entreprise, pour les adhérents qui resteront dans les contrats individuels ?

Les effets sont évidemment multiples mais restent difficiles à appréhender de manière très précise.

Le premier effet est évidemment l'accélération d'un basculement vers la couverture collective qui n'est pas sans poser quelques difficultés, en particulier avec le risque du creusement du fossé entre « insiders » bien intégrés dans l'emploi et « outsiders » (chômeurs, retraités...) pour qui les questions d'accès aux soins sont importantes.

Ce basculement devrait également modifier la physionomie du marché avec des contraintes économiques fortes sur les couvertures individuelles. La Mutualité est la seule à être présente avec un poids aussi important dans le collectif et l'individuel, même si les mutuelles sont les leaders sur le marché de la protection complémentaire. Tous types de contrat confondus, les mutuelles sont en effet prédominantes sur le secteur de la complémentaire santé, avec près de 55 % de parts de marché. On sait moins que cette position de leader se vérifie et se renforce aussi sur le marché des contrats collectifs. Entre 2011 et 2012, la part de marché des organismes mutualistes est ainsi passée de 35,8 % à 36,2 %. Ces positions seront vraisemblablement modifiées sans que l'on puisse anticiper les évolutions.

Deuxième effet, une possible accélération de l'accès aux surcomplémentaires. Il est difficile d'anticiper quelle sera l'étendue de ce besoin et du coût associé, mais en tout état de cause, c'est une offre sur laquelle tous les acteurs réfléchissent.

DOSSIER THÉMATIQUE

Dossier coordonné par Rémi Pellet

Comment réformer le financement de l'assurance maladie et de la santé ?

Rémi Pellet

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

En 2014, le gouvernement voulut procéder à un allègement de charges sociales afin, notamment, de rendre le financement de la sécurité sociale davantage progressif pour les salariés mais la mesure fut censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014. Dans le commentaire que nous proposons de cette décision, nous indiquons qu'elle nous semble consacrer la distinction entre les branches de la sécurité sociale qui ont conservé leur caractère d'« assurance du revenu professionnel » et les autres qui ont une fonction redistributive.

Dans la première catégorie, trouvera place l'assurance vieillesse – qui doit rester financée par des cotisations salariales proportionnées aux salaires parce que ses prestations le sont également – ainsi que les indemnités journalières de l'assurance maladie, qui doivent demeurer financées par une cotisation salariale proportionnée aux revenus qu'elles remplacent. Dans la seconde catégorie il faut inscrire les « prestations en nature » de l'assurance maladie qui peuvent être financées par des prélèvements non proportionnels aux revenus car elles correspondent au remboursement des soins qui ne varient pas en fonction des revenus des personnes mais en fonction de leurs besoins.

Dans ces conditions, s'il est interdit de financer des « prestations en espèces » proportionnées aux salaires par des cotisations progressives, il serait toujours envisageable de financer les prestations en nature de l'assurance maladie par des prélèvements progressifs qui exonéreraient les bas salaires. Cette réforme ne pourrait sans doute pas passer par une mise en progressivité de la CSG dont le Conseil constitutionnel a écarté le principe dans sa décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, mais il serait possible de procéder autrement en opérant par exemple une fusion de la CSG et l'impôt sur le revenu, lequel est progressif.

Cette mesure avait été préconisée en 2012 par des économistes qui l'avaient rendue populaire dans un ouvrage à succès significativement titré Pour une révolution fiscale¹. Lors de la campagne pour l'élection à la présidence de la République, M. Hol-

lande avait repris l'idée à son compte. Ainsi, parmi les « 60 engagements pour la France » du candidat figurait celui-ci : « la contribution de chacun sera rendue plus équitable par une grande réforme permettant la fusion à terme de l'impôt sur le revenu et de la CSG dans le cadre d'un prélèvement simplifié sur le revenu (PSR). Une part de cet impôt sera affectée aux organismes de sécurité sociale. Les revenus du capital seront imposés comme ceux du travail. ».

Après l'échec de la réforme qu'il a tentée en août 2014, peut-être le gouvernement envisagera-t-il maintenant de mettre en œuvre la réforme socio-fiscale à laquelle le candidat Hollande s'était engagé.

Aussi sommes-nous reconnaissants à M. Henri Sterdyniak d'avoir accepté de nous faire part de son avis concernant la perspective de la fusion de la CSG et de l'impôt sur le revenu. Le professeur Sterdyniak est bien connu pour ses analyses « keynésiennes ». Aussi, dans un esprit d'équilibre, avons-nous demandé au professeur Jacques Bichot, qui l'a généreusement accepté, de nous faire part de ses analyses d'économiste « libéral » sur l'évolution qui lui paraîtrait souhaitable du financement de l'assurance maladie. Les lecteurs de cette revue pourront constater que les opinions de ces deux éminents experts convergent puisqu'elles tendent à justifier l'une et l'autre la séparation de la sécurité sociale et de l'État mais que leurs auteurs en tirent des conclusions radicalement opposées... Nous espérons que cette confrontation intellectuelle permettra de mieux faire comprendre l'originalité de l'assurance maladie qui est placée, depuis sa création en 1928-1930, entre l'État et le marché.

Me Agnès Schweitzer complète ce dossier par une étude approfondie du régime juridique des fondations hospitalières en tant qu'instrument de financement et de gestion de la recherche dans les hôpitaux publics. Ce sujet a fait l'objet de textes récents qui revêtent un grand intérêt car ils doivent permettre d'ouvrir aux établissements publics de santé l'accès à de nouveaux financements, tels que les dons et legs, et de développer des activités de recherche avec les industries de santé, dans un contexte de réduction des ressources publiques puisque les pouvoirs publics ont prévu dix milliards d'euros d'économie sur les dépenses de santé d'ici 2017...

1 - C. Landais, T. Piketty et E. Saez, Pour une révolution fiscale. Un impôt sur le revenu pour le XXI^e siècle, Le Seuil, 2011

Les assurances sociales sont-elles solubles dans la fiscalité ? Mise en perspective historique de la décision Cons. constit. n° 2014-698 DC, 6 août 2014

Rémi Pellet

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

Délibéré en Conseil des ministres le 18 juin 2014, le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 fut définitivement adopté par le Parlement le 23 juillet 2014 mais, dès le lendemain, la loi fut déférée au Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014, déclara contraire à la Constitution l'article 1er du texte en tant qu'il prévoyait l'application à compter du 1er janvier 2015 d'une réduction dégressive des cotisations salariales maladie et vieillesse de sécurité sociale pour les travailleurs dont la rémunération « équivalent temps plein » était comprise entre 1 et 1,3 fois le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), sachant qu'une mesure semblable devait être appliquée dans la fonction publique au profit des agents dont le traitement était inférieur à un certain indice.

La censure constitutionnelle a mis en difficulté politiquement le gouvernement qui avait présenté cette réforme comme le moyen de « rendre le financement de la sécurité sociale davantage progressif pour les salariés », d'« améliorer le pouvoir d'achat des salariés modestes pour soutenir la consommation » et d'« inciter à l'activité puisque la reprise d'un emploi » se serait alors traduite « par un gain de revenu plus important ». La doctrine juridique s'est demandé si le gouvernement avait été mal conseillé ou si la décision du juge constitutionnel était imprévisible car elle revêtait un caractère arbitraire.

Un juge constitutionnel arbitraire ou un gouvernement mal conseillé ?

Selon la Presse, l'Exécutif a paru d'autant plus déstabilisé par la décision du juge constitutionnel que « le Conseil d'État n'avait émis aucune réserve »² sur le dispositif lors de son examen du projet de loi, préalablement à son adoption en Conseil des ministres. De même, lors du colloque du 27 juin 2014

organisé par le Conseil d'État sur le thème « Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ? »³, aucun des membres de la Haute juridiction administrative n'avait jugé inconstitutionnelle la réduction dégressive de cotisations salariales au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les précédentes réformes du financement de la Sécurité sociale⁴.

Pourtant, le commentaire que le Conseil constitutionnel a publié pour expliciter sa décision insiste sur le fait qu'elle s'inscrit dans la logique de la distinction qu'il opérait traditionnellement entre les cotisations sociales et « les impositions de toutes natures », au sens de l'article 34 de la Constitution, différence de traitement que la loi aurait méconnue en transposant aux cotisations salariales de sécurité sociale une progressivité qui doit être réservée à l'impôt sur le revenu. M. Jean-Pierre Camby, haut fonctionnaire parlementaire et professeur associé des universités, considère également que la décision de 2014 constitue « un aboutissement de la jurisprudence » du juge constitutionnel, celui-ci ayant tiré « toutes les conséquences de la distinction »⁵ à laquelle il procède de longue date.

En sens contraire, la décision a été violemment et brillamment critiquée par notre collègue « fiscaliste » le professeur Martin Collet qui lui reproche, d'une part, de « brouiller les frontières qui séparent les différentes catégories de prélèvements obligatoires et les régimes juridiques qui lui sont associés », d'autre part, de menacer « les marges de manœuvre économique du Gouvernement et du Parlement en fragilisant certaines politiques de redistribution, au nom d'une lecture juridique du système de protection sociale » qui serait « erronée »⁶. Pour M. André Barilaro, inspecteur général des finances honoraires, « cette décision du Conseil constitutionnel n'innove pas en elle-même » mais

3 - Cf. sur le site du Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/index.php/Actualites/Le-Conseil-d-Etat-vous-ouvre-ses-portes/Les-colloques-en-videos/Impot-et-cotisation-quel-financement-pour-la-protection-sociale>.

4 - Pour notre part, nous nous étions permis de juger sévèrement le dispositif proposé par le gouvernement au législateur, ce qui provoqua une longue réaction du député Dominique Lefebvre, vice-président de la commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire Cf. <http://vimeo.com/100290571>.

5 - Jean-Pierre Camby, « Impositions, cotisations, Constitution », Revue Française de Finances Publiques, n° 128, novembre 2014, pp. 227-237.

6 - Martin Collet, « Le Conseil constitutionnel et la distinction des impôts et cotisations sociales. À propos de la décision Cons. const., 6 août 2014, n° 2014-698 DC, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 », Revue de Droit fiscal, n° 40 octobre 2014, pp. 8-13.

1 - Cf. le dossier de presse en ligne : http://www.economie.gouv.fr/files/dp_plfrss_2014.pdf.

2 - Journal Le Monde, 6 août 2014, en ligne : http://www.lemonde.fr/politique/article/2014/08/06/le-conseil-constitutionnel-rejecte-une-partie-du-pacte-de-responsabilite_4467705_823448.html.

« son fort impact politique immédiat cache une obsolescence du paradigme qui fonde le financement de notre système social » de sorte qu'il faudrait envisager « la création d'une nouvelle architecture juridique de notre système de protection sociale »⁷ en abandonnant la distinction entre les notions de cotisations sociales et d'impôts, comme le préconise également M. Martin Collet afin de surmonter « le coup porté par le Conseil constitutionnel aux capacités d'action des pouvoirs publics » qui sont aujourd'hui entravées par des « contraintes constitutionnelles substantielles forgées par la jurisprudence en dehors de tout fondement textuel »⁸.

Pour choisir entre ces positions doctrinaires opposées, il nous semble qu'un détour préalable par l'histoire est nécessaire afin de comprendre les liens qui se sont noués dès l'origine entre la législation sur les assurances sociales et la politique fiscale des pouvoirs publics.

De l'utilité d'une mise en perspective historique

Dans ses observations en défense de la loi de financement rectificative pour 2014, le gouvernement reconnaissait que « les régimes de sécurité sociale ont été historiquement construits sur une base assurantielle ». Le droit positif exprime bien cet héritage puisque le Code de la sécurité sociale (CSS) actuel fait référence à plusieurs reprises à la notion d' « Assurances sociales » qui désigne les branches maladie et vieillesse qui étaient précisément concernées par la réforme de 2014 censurée par le Conseil constitutionnel⁹. Cette terminologie trouve son origine dans les lois du 5 avril 1928 et du 30 mai 1930¹⁰ qui ont créé les premières « Assurances

7 - André Barilari, « La définition traditionnelle des cotisations sociales ou l'arbre qui cache la forêt. Commentaire de la décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014 du Conseil constitutionnel », Revue Française de Finances Publiques, n° 128, novembre 2014, pp. 217-226.

8 - Martin Collet, op. cit.

9 - Ainsi, la section 4 du chapitre 4, titre 3, du livre 1 CSS comprend une sous-section 1 qui distingue « Assurances sociales et prestations familiales » et le livre 2, titre 4, chap. 1, section 1, précise que les « Assurance sociales » comprennent, d'une part, les « Assurances maladie, maternité, invalidité et décès (sous-section 1, articles L 241-1 à L 241-2 CSS) » et, d'autre part, l' « Assurance vieillesse - Assurance veuvage » (, sous-section 2, articles L 241-3 à L 241-3-2 CSS) », sachant que l'article L 145-1 CSS indique qu'il existe une « section des assurances sociales » au sein de la chambre disciplinaire de première instance des médecins ou des chirurgiens-dentistes ou des sages-femmes, pour juger « les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux ». Les autres livres du CSS précisent le fonctionnement des assurances sociales en tant qu'elles sont distinctes de la branche accidents du travail et de la branche « famille » : livre 3 : « Dispositions relatives aux assurances sociales et à diverses catégories de personnes rattachées au régime général » ; livre 7, titre 5, chap. 3 « Assurances sociales ».

10 - « La loi du 5 avril 1928 fut remaniée profondément, dès avant sa mise en vigueur, prévue pour le 1er juillet 1930, par une loi rectificative, celle du 30 avril 1930, qui retoucha une grande partie des articles de la loi de 1928. Celle-ci ne fut donc jamais appliquée elle-même mais dans sa forme modifiée en 1930 et peut prendre le nom de la loi de 1928-1930 » : Pierre Saly, « Les retraites ouvrières et paysannes (loi de 1910) et les retraites dans le cadre des assurances sociales (loi de 1928-1930) » in Michel Laroque (dir.), Contribution à

sociales »¹¹ : celles-ci se distinguaient à la fois des assurances commerciales et des régimes d'assistance financés par l'impôt, même si elles empruntaient des éléments de chacun de ces deux ordres (I.).

Les ordonnances de 1945 qui ont créé la Sécurité sociale reprirent la distinction entre les « Assurances sociales » et les autres branches du système (allocations familiales et accidents du travail-maladies professionnelles) et les ordonnances de 1967 eurent ensuite pour but de renforcer le caractère « assuranciel » de la gestion des risques « maladie » et « vieillesse », de sorte que les spécificités des finances sociales furent renforcées par rapport aux finances de l'État (II.).

À partir des années 1990, les pouvoirs publics lancèrent un processus de fiscalisation sélective des branches de la Sécurité sociale au moyen de la contribution sociale généralisée (CSG), en distinguant le financement des prestations dites de solidarité - allocations familiales, prestations en nature de la branche maladie, avantages vieillesse non contributifs - et celui des prestations d'assurance du revenu professionnel - indemnités journalières de l'assurance maladie et pensions retraite - (III.).

Le Conseil constitutionnel a admis le remplacement d'une partie des cotisations sociales salariales par la CSG ainsi que la compensation par le budget de l'État des allégements de charges sociales patronales, mais, dans sa décision précitée de 2014, le même juge a censuré la mise en progressivité des cotisations salariales affectées aux assurances maladie et vieillesse : si la jurisprudence constitutionnelle s'avère ainsi complexe, il nous semble qu'elle est cohérente et qu'elle s'inscrit dans la logique des principes fondateurs de la Sécurité sociale et des réformes qui ont été opérées depuis plusieurs décennies (IV.)¹².

* *

l'histoire financière de la Sécurité sociale, La Documentation

11 - L'article premier de la loi de 1930 dispose plus précisément que « les Assurances sociales couvrent les risques maladie, invalidité prématurée, vieillesse, décès et comportent une participation aux charges de famille et de maternité dans les conditions établies par la loi ».

12 - N.B. : Conformément à son intitulé, cette brève étude ne traite que des « Assurances sociales » c'est-à-dire de l'assurance maladie et de l'assurance vieillesse qui seules visées par la disposition de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 censurée par le Conseil constitutionnel. Il ne sera donc pas question, sinon de façon marginale, de l'évolution du financement de toutes les branches de la protection sociale (et notamment pas des branches « familles », « accidents du travail et maladies professionnelles », de l'assurance chômage, des régimes complémentaires et supplémentaires, etc.). Pour une approche plus générale, nous nous permettons de renvoyer à nos tentatives de synthèse : Rémi Pellet, « Financement du régime général », Juris-classeur Traité de la Protection sociale, Lexis-Nexis, 2013, fasc. n° 640 actualisé par Mme Anne-Claire Dufour ; Rémi Pellet, « Leçon n°12, L'évolution du financement de la protection sociale » in Rémi Pellet et Arnaud Skzryerbak, Leçons de droit social et de droit de la santé, Sirey, 2008, pp. 281-323.

I. Les Assurances sociales entre le marché et la fiscalité

1. Des assurances du revenu professionnel

Comme nous l'avons indiqué, les « Assurances sociales » furent créées par les lois de 1928-1930 au profit des salariés¹³. Elles étaient fondées sur un principe propre aux assurances commerciales : le principe contributif, c'est-à-dire « le principe de l'attribution de prestations conditionnelles qui sont la contrepartie de contributions versées par ou pour les intéressés »¹⁴.

En revanche, les assurances sociales se différenciaient des assurances privées, d'une part, par leur caractère national et obligatoire, d'autre part et surtout, par le fait que les cotisations n'étaient pas proportionnelles aux risques : autrement dit, ce n'était pas le risque qui était assuré mais le revenu. Proportionnelle aux salaires, les cotisations devaient servir à financer des prestations elles aussi proportionnelles aux revenus d'activité : les « indemnités journalières » (IJ) et les pensions de retraite.

Mais l'assurance maladie prenait également en charge des prestations de soins « en nature ». De ce fait, elle avait dès l'origine un certain effet redistributif entre cotisants puisque le coût des soins ne varie pas avec le revenu mais en fonction des besoins de santé qui peuvent être plus grands pour des personnes à faibles ressources que pour les autres. Et, concernant les soins hospitaliers, la législation de 1928-1930 représenta un changement de principe important : alors qu'auparavant seuls les indigents pouvaient être hospitalisés, elle obligeait « les caisses d'assurance maladie à passer des conventions avec les établissements de soins et à supporter les frais d'hospitalisation, abstraction faite des honoraires médicaux »¹⁵, sachant que les frais d'hospitalisation devaient être « contenus dans des limites qui ne [devaient pas dépasser] les tarifs pratiqués dans les établissements hospitaliers de l'assistance publique à l'égard des malades admis sur le régime de l'assistance médicale gratuite ou des accidents du travail admis au tarif le plus bas des malades payants »¹⁶.

13 - Pour un résumé des dispositions spécifiques relatives aux travailleurs salariés agricoles et leurs employeurs, nous nous permettons de renvoyer à notre article, Rémi Pellet, « De la suppression de la concurrence dans la gestion de l'assurance maladie des exploitants agricoles », Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie, n° 3, 2013, pp. 38-48.

14 - Jean-Jacques Dupeyroux, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », Droit social, n° 5, mai 1960, p. 299.

15 - Jean-Paul Domin, « Les assurances sociales et l'ouverture des hôpitaux à l'ensemble de la population : les prémisses d'une politique globale de santé publique (1919-1941) », Revue Française des Affaires Sociales, 2002, n°1, pp. 131-154

16 - Articles 4 et 6 de la loi du 5 avril 1928 modifiés par la loi de 1930. Nous changeons le temps du verbe (R.P.).

2. L'assurance contre l'assistance fiscale

Dans les années Trente le terme d'assurance revêtait une connotation positive parce qu'il s'opposait à l'idée d'assistance et de gestion par l'État. Avec l'assurance, « le droit est lié au versement de la cotisation, c'est ce qui lui donne son caractère inconditionnel, à la différence du droit au secours ; parce qu'il a payé, le cotisant est un ayant droit au sens absolu et quoi qu'il arrive - même s'il n'a pas "besoin" de sa prestation pour survivre (...) »¹⁷ et « la cotisation ouvrière ouvre un droit gestionnaire aux travailleurs dans les caisses et les offices que la loi institue »¹⁸. Pour les syndicats de salariés français, la construction d'une protection sociale à côté de l'État devait permettre le financement par les « patrons » des besoins des « travailleurs » : les cotisations sociales ouvraient des droits à des prestations qui étaient gérées par des caisses contrôlées par les syndicats, sans risque de détournement des fonds au profit de « l'État bourgeois ».

Pour ces syndicats la cotisation sociale se distinguait alors nettement de l'impôt qu'ils ne concevaient pas comme un outil de redistribution mais comme un instrument d'oppression sociale. En effet, dans le mouvement ouvrier l'anti-fiscalisme persista longtemps : il était fondé sur l'idée de « la fatalité de la répercussion de l'impôt » sur les prolétaires, l'impôt retombant, « quelle que soit sa forme, sur les plus pauvres » lorsque la société reste organisée selon des principes capitalistes ; de ce fait, « pour de nombreux socialistes, la réforme fiscale n'était pas prioritaire dans la mesure où elle ne conduisait pas à remettre en cause le primat de la propriété privée. Au contraire, l'introduction de formes nouvelles de taxation aurait pour conséquence d'entériner l'existence du marché et de la propriété privée (...) »¹⁹. Certes, au début du XXème siècle, les socialistes firent « du combat pour l'impôt sur le revenu l'un des enjeux majeurs de la continuation de l'œuvre de la Révolution française »²⁰ mais la tradition anti-fiscale perdura dans le mouvement syndical pour lequel l'État était toujours suspect de ne servir que les intérêts de classe de la bourgeoisie.

Les cotisations sociales furent mieux acceptées²¹ car elles étaient directement affectées au finance-

17 - Robert Castel, Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat, Fayard, 1995, pp. 315-316.

18 - Henri Hatzfeld, Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940, Presses universitaires de Nancy, 2004, p. 252.

19 - Nicolas Delalande, Les Batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours, Seuil, 2011, p. 181. Nous mettons les temps à l'imparfait (R.P.).

20 - idem p. 183.

21 - « La CGT s'était prononcée en faveur des Assurances sociales dès 1919, en insistant sur la signification de la contribution ouvrière qui trace une ligne de démarcation entre assurance et assistance, charité et dignité » (Michel Dreyfus, Michèle Ruffat, Vincent Viet, Danièle Voldman et Bruno Valat, Se protéger, être protégé. Une histoire des Assurances sociales en France, PUR, 2006, p. 195) mais la cotisation ouvrière obligatoire fut contestée par le PCF qui qualifiait la loi de 1928 de « loi fasciste » et la CGT-U qui dénonçait une atteinte au pouvoir d'achat des salariés et demandait une cotisation

ment de besoins sociaux en étant placées sous le contrôle des représentants syndicaux qui siégeaient au sein des caisses de sécurité sociale. Ainsi, la législation de 1928-1930 autorisa le libre choix de leurs caisses d'assurance par les salariés et la création par tous les groupements intéressés, et spécialement la Mutualité²², de caisses d'assurances sociales à côté des caisses départementales créées à l'initiative des pouvoirs publics, ces organismes étant chapeautés par quinze unions régionales de réassurance et « par la Caisse générale de garantie, établissement public national imposé par l'Etat pour réaliser la compensation des charges », c'est-à-dire la réassurance des caisses régionales, même si cet organisme national « n'avait aucun pouvoir hiérarchique sur les autres caisses, dont l'existence était régie par la loi du 1er avril 1898, les apparentant juridiquement à des sociétés de secours mutuels. »²³.

3. La contrepartie d'allégements des charges fiscales patronales

Du côté des employeurs, la mise à leur charge d'une cotisation patronale spécifique affectée au financement des assurances maladie et vieillesse des salariés fut longtemps contestée au motif qu'elle allait se traduire par une augmentation insupportable des coûts de production. Pourtant le poids des charges sociales, qui était partagé à égalité entre les salariés et les employeurs (cf. infra), resta « à un niveau modique, sensiblement le même de 1931 à 1943 », représentant entre 6,5 % et 7,4 % des recettes de l'État, du fait du « niveau médiocre des prestations accordées.»²⁴ La réforme sociale fut finalement acceptée par le patronat car elle s'accompagna d'allégements fiscaux : « le 26 avril 1930 la Chambre vota tout à la fois et définiti-

intégralement versée par les employeurs. Rappelons pour mémoire que le Parti communiste français (PCF) était né le 30 décembre 1920 de la décision d'une majorité de militants socialistes de la Section française de l'internationale ouvrière (SFIO) de s'affilier à l'Internationale communiste tandis que la Confédération générale du travail Unitaire (CGT-U) était née en 1921 de la volonté d'une minorité de la CGT de s'affilier à l'internationale syndicale rouge. Ce n'est qu'à la mi-1937 que le Parti communiste et la CGT-U se rallieront aux Assurances sociales et aux nationalisations qu'ils « avaient jusqu'alors combattu avec la même énergie » (op. cit. p. 127).

22 - Le Second Empire avait favorisé la Mutualité afin d'améliorer la condition ouvrière tout en évitant le développement des syndicats. L'opposition et la concurrence entre les deux mouvements perdurèrent longtemps et persistent même aujourd'hui encore. Les lois de 1928-1930 permirent à la Mutualité de « devenir la cheville ouvrière du système » puisqu'elle bénéficiait d'une « longue expérience gestionnaire » mais elle se compromit avec le régime de Vichy en s'engageant officiellement de 1941 à 1943 en faveur de la loi du 4 octobre 1941 sur l'organisation sociale des professions dite « Chartre du travail » : cf. not. Patricia Toucas-Truyen, Histoire de la mutualité et des assurances. L'actualité d'un choix, La Découverte et Syros, 1998, pp. 71 et s. et Philippe-Jean Hesse et Jean-Pierre Le Crom (dir.), La Protection sociale sous Vichy, PUR, 2001, pp. 252 et s.

23 - Bruno Valat, *Histoire de la Sécurité sociale (1945-1967). L'État, l'institution et la santé*, Economica, 2001, p. 22. Nous mettons les temps à l'imparfait (R.P.).

24 - Pierre-Guillaume, « L'assurance maladie-maternité-invalidité-décès dans les années Trente » in Michel Laroque (dir.), op. cit. pp. 243-271.

vement²⁵ la loi sur les assurances sociales et une loi dégrégant les impôts sur les valeurs mobilières. Il y a là semble-t-il plus qu'une simple coïncidence. (...) Le dégrèvement fiscal des valeurs mobilières a été lié dans l'esprit des hommes qui ont vécu cette période à la loi sur les assurances sociales »²⁶.

L'économiste Thomas Piketty confirme que « l'esprit général de la fin des années 1920 était bien aux dégrèvements d'impôts et à la "politique de prospérité" » car à cette époque « on avait l'impression que la période chaotique héritée de la guerre était belle et bien révolue : en 1929, la production intérieure brute avait dépassé de près de 30 % son niveau de 1913, et on pouvait sereinement envisager pour les années 1930 une vie politique qui ne serait plus dominée par les plans de redressement financier » ; cependant, sitôt après le vote des lois sur les assurances sociales, la France fut rattrapée par la crise économique et elle dut mettre « fin des 1930-1931 à la politique de dégrèvements d'impôts.»²⁷. En revanche, en 1936 le « Front populaire » décida de réduire de 8 à 7 % le taux de la double contribution patronale et ouvrière dans le but « d'alléger les charges de la production »²⁸.

4. Les effets du plafond d'affiliation

Le législateur avait retenu un mode de financement complexe mêlant des contributions de l'État et des cotisations des assurés sociaux mais en pratique les subventions de l'État ne dépassèrent pas 10 % des budgets des caisses²⁹. Les assurances sociales n'étaient obligatoires que pour les salariés dont le revenu était inférieur à un plafond qui dessinait ainsi « une ligne de respectabilité » entre les personnes prises en charge par une assurance obligatoire et celles qui étaient capables d'autonomie (cadres, ingénieurs, agents de maîtrise). Celles-ci participèrent à des assurances privées nées de l'initiative des entreprises qui avaient recours à la formule de contrats d'assurance de groupe, conclus dans le cadre de conventions collectives par branches, secteurs et régions³⁰.

5. Des cotisations à peu près proportionnelles aux salaires

La loi disposait que « les assurés » devaient être « répartis annuellement en cinq catégories, les cotisations et les prestations [étant] fixées dans chacune de ces cinq catégories d'après un salaire de base ». Plus précisément, la loi distinguait cinq niveaux de salaire chacun étant déterminé par un seuil minimal

²⁵ - Après une ultime navette au Sénat

²⁶ - Henri Hatzfeld, op. cit. p. 151.

27 - Thomas Piketty, *Les hauts revenus en France au XX^e siècle. Inégalités et redistributions, 1901-1998*, Grasset, 2001, p. 269.

28 - Michel Dreyfus et alii, op. cit. p. 103.

29 - Cf. Michel Dreyfus et alii, op. cit. p. 325.

³⁰ - Idem, p. 128.

et un seuil maximal, sachant qu'à chaque niveau correspondait un montant de cotisation fixe.

Tableau simplifié des cotisations par catégories de salaires :

Limites de salaires réels par catégories	Salaire quotidien de base	Cotisation journalière assuré	Cotisation journalière employeur
au-dessous de 8 francs (F)	6 F	0,25 F	0,25 F
de 8 F à 14,99F	12 F	0,50 F	0,50 F
de 15F à 19,99F	18 F	0,75 F	0,75 F
de 20F à 31,99F	24 F	1 F	1 F
de 32F à plus	36 F	1,75 F	1,75 F

Le rapport entre le montant de la cotisation et le salaire de la tranche considérée montre que le taux de cotisation salarial et employeur était identique pour les quatre premières tranches (4 %³¹) et qu'il était supérieur pour la dernière³², créant ainsi une très légère progressivité. Cependant, le montant de la cotisation étant fixe au sein de chaque tranche, le prélèvement était dégressif puisque le poids relatif de la cotisation (par exemple 1F) était plus élevé au niveau du seuil inférieur (20F) qu'au niveau du seuil supérieur³³ (31,99F) de la tranche considérée³⁴.

6. Le précompte des cotisations salariales

Les cotisations sociales ouvrières étaient précomptées par les employeurs qui devaient les verser avec les cotisations patronales aux caisses de sécurité sociale. La loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales disposait que l'employeur qui ne respecterait pas les prescriptions de cette loi serait poursuivi devant le tribunal de police et, en cas de récidive, devant le tribunal correctionnel. De même, la loi du 1er juillet 1934, complétant l'article 64 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales modifiée par la loi du 30 avril 1930, incriminait le fait pour l'employeur de retenir indûment la part salariale des cotisations sociales.

Comme le souligne le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, relative à la sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles, « le choix de cette qualification délictuelle repose sur l'assimilation de cette rétention indue à un abus de confiance : l'employé est supposé confier à son employeur le soin de verser pour son compte, en les prélevant sur son salaire, les contributions sociales dont il est redevable. (...). Dans le même temps, cette incrimination a contribué à renforcer le système de financement de la protection sociale, car

les employeurs sont des débiteurs à la fois moins nombreux et plus solvables que chaque employé ».

La rétention de précompte des cotisations salariales était plus sévèrement sanctionnée que le non-paiement des cotisations patronales car ces dernières n'ont pas d'effet sur les droits des salariés aux prestations sociales. Cette différence juridique entre les cotisations salariales et patronales perdure aujourd'hui encore et revêt une certaine importance puisqu'elle permet d'expliquer en partie la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les allégements de charges sociales décidées par le législateur (cf. infra).

7. Une seule cotisation pour deux assurances

La loi de 1928-1930 prévoyait une cotisation unique pour les deux branches d'assurance maladie et vieillesse, « ce qui n'était pas le cas dans la plupart des pays étrangers comparables »³⁵, mais le patronat exigea et obtint, sans que la CGT s'y opposât, une dissociation des assurances maladie et vieillesse parce que le premier risque était géré en répartition et le second en capitalisation, mais aussi dans le but d'éviter la constitution d'une organisation unifiée, centralisée et puissante qui aurait pu devenir une institution étatique : ainsi, la loi disposait que « le montant de la double cotisation qui représente en moyenne, pour chaque catégorie, 8 % du salaire annuel de base » devait être divisé « en deux parts égales (...) destinées l'une à la couverture du risque vieillesse, l'autre à la garantie des risques de répartition, maladie, maternité, décès soins aux invalides »³⁶.

8. Le rôle de l'État dans le financement des assurances sociales

L'affectation du produit des cotisations sociales à des caisses de sécurité sociale distinctes de l'État et à la gestion desquelles les représentants des salariés étaient associés³⁷ ne signifiait pas que ces derniers décidaient des taux des cotisations puisqu'ils étaient fixés par la loi³⁸. Aux termes de celle-ci, les salariés et les employeurs avaient seulement la possibilité « d'ajouter, sans limitation de valeurs, des versements facultatifs qui (donnaient) droit à des avantages supplémentaires dans des conditions » qui devaient être fixées par décret ». Les syndicats

31 - Rapport arrondi de 0,25 F à 6 F, de 0,50 F à 12 F, 0,75 F à 18 F et de 1 F à 24 F.

32 - Rapport de 1,75 F à 36 F.

33 - Par exemple, pour la tranche de 20 F à 31,99 F, la cotisation de 1F représentait 5% du revenu de base (1/20 F) et 3,1 % du revenu supérieur (1/31,99).

34 - Nous n'avons pas encore trouvé d'explication à ce système complexe : des recherches sont en cours...

35 - Michel Dreyfus et alii, op. cit. p. 85, note 17.

36 - « Le risque d'invalidité » devait être « provisoirement assuré » par un « fonds de majoration et de solidarité ».

37 - En pratique, les mutualistes, issus des couches moyennes traditionnelles, acquièrent une position dominante, ce que les syndicalistes ouvriers apprécierent mal : cf. Bruno Valat, précité, p. 26 et s.

38 - Il est donc absurde de prétendre, comme le font certains politologues, que les régimes d'assurances sociales ont été par la suite « étatisés » : la compétence de l'État est « originelle ».

n'avaient donc pas la responsabilité de l'équilibre financier des Assurances sociales.

Au surplus, la loi prévoyait que l'État devait contribuer à leur financement puisque la réforme aurait dû avoir pour effet de réduire les dépenses d'assistance à la charge de l'État et des collectivités locales, ce qui ne se produisit pas dans les faits³⁹. Ainsi, concernant les retraites, la contribution de l'État fut décisive : « les retraites ouvrières et pay-sannes puis ensuite les retraites des assurances sociales, présentées comme autofinancées dans le long terme, n'ont en réalité fonctionné dans le court terme que comme un outil de distribution d'une allocation de base, déterminée par l'État, et financée pour partie par le Trésor et pour partie par les cotisations des actifs, sans qu'il y ait de liens entre celles-ci et l'allocation attribuée »⁴⁰. Le système de retraite en capitalisation ne pouvait commencer à servir des pensions qu'après un long processus d'accumulation financière, lequel fut interrompu par la Seconde Guerre mondiale au cours de laquelle le régime de Vichy institua le système de retraite en répartition afin de pouvoir user des réserves capitalisées (cf. infra).

9. La déductibilité des cotisations salariales de l'assiette de l'impôt sur le revenu

Les cotisations sociales furent qualifiées par les syndicats de « salaire différé » dans la mesure où elles réduisaient le montant du salaire immédiatement disponible et créaient en contrepartie un droit à une prestation compensatrice du revenu perdu du fait de la maladie ou de l'âge. La législation fiscale suivit cette logique en excluant le montant des cotisations de l'assiette de l'impôt sur le revenu mais en intégrant, en principe, à cette assiette le montant des prestations sociales - indemnités journalières d'assurance maladie et pensions retraite - versées au contribuable. L'exonération « à l'entrée » était ainsi compensée par la taxation « à la sortie » des prestations servies en contrepartie du versement des cotisations. Ce principe datait en fait des origines même de l'impôt sur le revenu.

Ainsi, l'article 1^{er} du décret du 17 janvier 1917, pris pour l'application des dispositions législatives créant un impôt général sur le revenu, prévoyait la

39 - Il n'en fut rien, au contraire, car les assurances sociales ne furent « en mesure de répondre à la croissance des dépenses de santé que leur existence induisait qu'en se déchargeant d'une partie de son coût sur l'assistance médicale dont les charges, contre toute attente, (augmentèrent) en conséquence brutallement » : Didier Renard, « Assistance et assurance dans la constitution du système de protection sociale française », Genève, janvier 1995, n°18, pp. 30-45. C'est ainsi que s'explique « le caractère spectaculaire de la progression des dépenses d'assistance (qui) se produisit au moment où se mirent en place des systèmes d'assurance » : Dominique Dessertine et Olivier Faure, « Assistance traditionnelle, assistance nouvelle : coût et financement 1850-1940 » in André Gueslin et Pierre Guillaume (dir.), De la charité médiévale à la sécurité sociale, Les Éditions ouvrières, 1992, pp. 139-151.

40 - Pierre Saly, « La protection sociale dans l'économie globale avant 1945 », in Michel Laroque (dir.), op. cit. pp. 301-315.

dédiction « des retenues supportées et des sommes versées pour la constitution de pensions et de retraites ». Le Conseil d'État fit une application nuancée de cette règle, en jugeant que la déductibilité qu'elle autorisait n'était pas sans limite et ne s'appliquait pas à toutes formes de placement pour la retraite. La Haute juridiction administrative posa ainsi le principe du plafonnement de la déductibilité des cotisations aux régimes complémentaires de retraite dans une décision de 1923⁴¹.

Le décret loi du 30 octobre 1935 reprit le principe consacré en 1917 en l'étendant expressément aux assurances sociales, disposant ainsi aux alinéas 1^o et 2^o de l'ancien article 83 du Code Général des Impôts (CGI) : « Le montant net du revenu imposable est déterminé en déduisant du montant brut des sommes payées et des avantages en argent ou en nature accordés : 1^o les retenus faites par l'employeur en vue de la constitution de pension ou de retraites (...) ; 2^o la cotisation ouvrière aux assurances sociales ».

Le Conseil d'État entendit bien distinguer entre le versement de cotisations à des caisses de retraites et le versement de contributions à des caisses « de prévoyance ». Ainsi, par exemple, dans son arrêt CE 2 novembre 1936, Ministre des finances c. sieur X... (Rec. 944), le Conseil jugea que n'étaient pas déductibles de l'assiette de l'IR, « les versements effectués par le requérant à la caisse de prévoyance de la société anonyme... (qui) tendent à la constitution d'un capital », ces versements constituant « un emploi et non une charge du revenu » de l'intéressé. Cette jurisprudence comme celle de 1923 conduisirent à une intervention de l'administration fiscale après la Seconde Guerre mondiale, lorsque les Assurances sociales prirent place sein de la Sécurité sociale (cf. infra).

10. Les effets sociaux des lois de 1928-1930

Les historiens s'accordent à considérer que « le vote et la mise en œuvre des deux lois sur les assurances sociales constituent une rupture majeure de l'histoire du système de santé français », sachant

41 - CE 22 novembre 1923, Rec. p. 750. Le Conseil avait à juger en l'espèce des prétentions d'un instituteur qui revendiquait le droit de déduire de son assiette imposable à l'impôt sur le revenu, la somme de 5 160 francs qu'il avait versée à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, alors que le traitement de fonctionnaire et les indemnités complémentaires qu'il avait reçus s'étaient élevées à 6200 francs. Autrement dit, la contribution au régime complémentaire de retraite s'élevait à plus de... 83% du revenu de la personne ! Dans cette affaire, le Conseil a considéré que si, d'après les textes alors en vigueur « les dépenses susceptibles d'être déduites du revenu brut en vue de la détermination du revenu imposable comprennent notamment, en ce qui concerne les professions, "les retenues supportées et les sommes versées pour la constitution de pensions ou de retraites" cette disposition qui vise, il est vrai, aussi bien les retenues obligatoires que les versements volontaires, n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de permettre la déduction, à titre de charges grevant l'acquisition ou la conservation du revenu, de versements effectués librement à une caisse de retraites lorsque ceux-ci, comparés au montant total du traitement, atteignent une importance qui leur donne le caractère d'un emploi d'une partie du revenu en vue d'un véritable placement ».

« en effet, [qu'] à la fin du XIX^e siècle, moins de 5 % de la population [était] couverte par un système collectif (bénéficiaires de l'Assistance médicale gratuite, adhérents de sociétés de secours mutuels) », alors qu'« après le vote des lois de 1928-1930 la part des personnes bénéficiant d'une couverture sociale [dépassa] 46 % »⁴².

Dans les années Trente, le législateur républicain choisit de relever le plafond d'assujettissement à plusieurs reprises, ce qui eut pour effet d'intégrer aux Assurances sociales des salariés plus aisés, mais alors que s'élargissait ainsi la population assujettie, « le niveau des prestations et le taux de couverture de l'assurance maladie diminuèrent dans la durée (1928-1944) » : à la fin de la période, « l'assurance couvrait en moyenne à peine 50 % des dépenses et du manque à gagner supportés par le malade. »⁴³. Le niveau peu élevé des prestations explique qu'au cours de la période 1930-1940 les assurances sociales aient dégagé des excédents qui s'élèverent au total à 24,6 milliards⁴⁴. Ces réserves furent utilisées par le régime de Vichy.

11. Les réformes du régime de Vichy : une transition vers la Sécurité sociale

Le régime de Vichy ne remit pas en cause la législation sur les assurances sociales mais il les réforma selon une logique qui fut suivie à la Libération :

- la loi du 6 janvier 1942 supprima le plafond d'assujettissement pour tous les ouvriers quel que fût leur salaire, ce qui provoqua une augmentation du nombre des bénéficiaires des Assurances sociales qui passa de 11,4 à 15,7 millions de 1939 à 1945⁴⁵ ;
- la loi du 14 mars 1941 disposa que « les retraites et pensions de vieillesse » seraient désormais « constituées sous le régime de la répartition » et la loi du 22 mai 1944 autorisa la liquidation d'une partie du patrimoine de la Caisse de garantie : c'est ainsi que l'assurance en répartition fut substituée à l'assurance en capitalisation (cf. supra)⁴⁶ ;
- les assurés sociaux furent regroupés dans les caisses départementales dans le but d'unifier la gestion administrative⁴⁷ : l'unification de la gestion fut au programme des ordonnances de 1945 qui ont créé la Sécurité sociale...

42 - Jean-Paul Domin, *Une histoire économique de l'hôpital (XIX^e-XX^e siècles). Une analyse rétrospective du développement hospitalier, tome 1 (1803-1945)*, Comité d'Histoire de la Sécurité Sociale (CHSS), 2008, p. 189.

43 - Michel Dreyfus et alii, op. cit. p. 112.

44 - idem, p. 317.

45 - ibidem, p. 329.

46 - Cf. Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, Banques centrales, Dettes publiques*, PUF, coll. Thémis, 2014, p. 515.

47 - Philippe-Jean Hesse et Jean-Pierre Le Crom (dir.), *La Protection sociale sous Vichy*, op. cit. pp. 83-84.

II. Les Assurances sociales au sein de la Sécurité sociale

Au cours du colloque qu'il avait organisé en juillet 2014 (cf. supra), le président de la section sociale du Conseil d'État, M. Dutheillet de Lamotte, qualifia d'« erreur » notre propos selon lequel la Sécurité sociale fut conçue à la Libération comme « une assurance du revenu professionnel », selon la logique des « Assurances sociales » des années 1930.

Or, un article de 1946 du conseiller d'État Pierre Laroque, « père » des ordonnances de 1945 qui ont instauré la Sécurité sociale, indique clairement que celle-ci a bien été construite sur le principe que nous avions indiqué et qui différencie nettement le système français de celui du Royaume-Uni, dit « beveridge » : « Nous rencontrons dans le monde à l'heure actuelle, deux conceptions de la Sécurité sociale. La conception britannique d'abord, tend à donner à tout le monde un minimum uniforme. C'est le régime du Plan Beveridge, comportant des cotisations comme des prestations uniformes et ne garantissant qu'un minimum vital. Une autre conception [...] tend au contraire à modeler les prestations de Sécurité sociale sur la situation des intéressés et à proportionner les prestations aux revenus perdus [...]. Nous croyons [...] qu'il n'y a pas de sécurité véritable pour les travailleurs si les prestations ne sont pas dans une certaine mesure proportionnées aux revenus perdus. [...] C'est pourquoi notre système repose sur l'idée de cotisations et de prestations proportionnelles au revenu [...] »⁴⁸.

Ainsi, la Sécurité sociale n'a pas remis en cause les Assurances sociales mais en a intégré la logique en changeant seulement certaines de leurs modalités de gestion. Autrement dit, « la nouvelle législation sociale [s'est coulée] dans un moule institutionnel ancien »⁴⁹. Et lorsque les ordonnances de 1945 furent réformées par celles de 1967, ce fut pour renforcer encore la dimension « assurancielle » de la gestion des deux branches « maladie » et « retraite » (« vieillesse ») de la Sécurité sociale. Cela explique que le Code de la Sécurité sociale actuel fasse toujours référence aux « Assurances sociales », comme nous l'avons indiqué supra.

1. L'organisation des Assurances sociales par les ordonnances de 1945

1° Des régimes corporatifs mais l'État reste seul responsable de leur équilibre financier

Alors que les rédacteurs des ordonnances de 1945 prévoyaient la création d'un régime unique, « général », auquel auraient été affiliés tous les actifs, la Sécurité sociale française a été construite

48 - Pierre Laroque, « Le plan français de Sécurité sociale », *Revue française du travail*, n° 1, avril 1946, p. 16.

49 - Michel Dreyfus et alii, op. cit. p. 262

sur une base de plusieurs régimes professionnels⁵⁰ : « hantés par la promiscuité avec les ouvriers à laquelle conduisait le plan gouvernemental, patrons, entrepreneurs indépendants, agriculteurs, cadres ont cherché à conserver le contrôle d'un territoire professionnel dans lequel la redistribution interprofessionnelle n'aurait pas droit de cité (... Ainsi) la sécurité sociale française a été fondée sur une conception minimale de la solidarité nationale, qui pouvait par contraste donner aux syndicats ouvriers le sentiment que les principes de l'assurance professionnelle l'avaient emporté »⁵¹. Mais, contrairement à une idée reçue, les partenaires sociaux ne reçurent pas la responsabilité de la gestion des risques au sein des différents régimes : en 1945, comme en 1930 et aujourd'hui encore, « l'État seul fixe le montant des cotisations et des prestations, tout comme il reste maître en dernier recours de l'usage des fonds »⁵².

2° Le principe de la séparation des risques

L'ordonnance du 4 octobre 1945 reprend, à son article 38, le principe de la séparation des risques, en disposant que « les ressources [des diverses législations] ne peuvent être affectées à la gestion d'une institution autre que celle au titre de laquelle elles sont perçues ». Cette disposition visait « les législations concernant les assurances sociales » et celles qui étaient relatives aux allocations familiales, d'une part, et aux « accidents du travail et maladies professionnelles » d'autre part. Au sein des assurances sociales, comme avant Guerre, il n'y avait pas de séparation des risques maladie et retraite car ils étaient financés par une seule cotisation dont le produit était partagé. D'autre part, une Caisse nationale de Sécurité sociale (CNSS) fut substituée à la Caisse générale de garantie pour y jouer un même rôle de compensation entre les caisses locales, environ 50 % des cotisations lui revenant, mais, puisque la législation ne prévoyait aucun transfert de fonds entre les branches, les crises périodiques furent, en pratique, surmontées par les avances de l'État.

3° Du plafond d'affiliation au plafond de cotisation

Le « plafond d'affiliation » ne fut pas rétabli de sorte que tous les salariés furent assujettis sans considération du montant de leurs revenus. Cependant, les cadres, appuyés par les employeurs opposés à la construction d'un régime général de Sécurité sociale, souhaitèrent conserver leurs régimes spécifiques nés avant-guerre des contrats de groupe et refusèrent même le principe de leur adhésion au

régime de l'ensemble des salariés. Leur affiliation au régime général fut finalement obtenue en échange de la création d'un « plafond de cotisation » : ainsi, tous les salariés furent assujettis mais les cotisations de sécurité sociale ne devaient porter que sur la partie du salaire inférieure au plafond et les prestations étaient logiquement proportionnées au salaire assuré jusqu'au plafond.

Concernant l'assurance retraite, les partenaires sociaux créèrent dès 1947 des régimes complémentaires (dits AGIRC⁵³) financés par des cotisations qui portent sur la part du salaire supérieure au plafond et qui versent des prestations proportionnées à cette partie du salaire assurée, lesquelles s'ajoutent ainsi aux prestations servies par les caisses dites de base de la sécurité sociale. Ce système qui repose sur l'addition de deux assurances de même nature (répartition), dont la base est fondée sur une prestation plafonnée financée par une cotisation également plafonnée à laquelle s'ajoute une prestation financée par une autre cotisation assise sur les revenus supérieurs au plafond, aboutit pratiquement au même résultat qu'une taxation du revenu déplafonné donnant droit à une prestation proportionnelle au revenu global assuré. La création par la voie conventionnelle des régimes complémentaires peut s'analyser comme un déplafonnement progressif de l'assiette de la cotisation d'assurance vieillesse, processus à peu près abouti avec la loi de décembre 1972 qui a rendu obligatoire l'affiliation de tous les salariés à un régime complémentaire de retraite. Cependant, juridiquement, les régimes complémentaires de retraite ne relèvent pas de la sécurité sociale : les partenaires sociaux restent responsables de leur gestion, déterminant les règles de leur équilibre financier.

4° Le maintien de la déductibilité des cotisations salariales de l'assiette de l'IR

Le principe de la déduction des cotisations à des régimes de retraite complémentaires de l'assiette de l'impôt sur le revenu (IR) fut posé par la circulaire du 11 mai 1950 n° 2261⁵⁴ et il fallut attendre la note du 4 février 1963⁵⁵ pour que fût instituée une limite de déduction pour les cotisations ouvrières et patronales à l'ensemble des régimes complémentaires de retraite et de prévoyance, mais cette limite ne concernait pas le régime de base de la sécurité sociale : jusqu'à aujourd'hui le principe de la déductibilité des cotisations salariales d'assurance maladie et d'assurance vieillesse n'a jamais été remis en cause.

5° Le maintien du système de précompte des cotisations salariales

Comme avant la Seconde Guerre mondiale, les assurances sociales de la Sécurité sociale restèrent financées par des cotisations patronales qui s'ajoutent aux cotisations salariales (ou « ou-

50 - Ainsi, le « régime général » n'est-il que le régime des salariés de l'industrie et du commerce, à côté duquel prennent place les régimes agricoles (pour les agriculteurs, salariés et exploitants), les régimes « spéciaux » des salariés de grandes entreprises nationales et des fonctionnaires, ainsi que les régimes propres aux « non salariés, non agricoles » c'est-à-dire aux « indépendants » (commerçants, artisans, professions libérales).

51 - Nicolas Dufourcq, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », Droit social, n° 3 mars 1994, p. 291.

52 - Bruno Valat, op. cit. p. 337.

53 - Auxquels s'ajoutèrent en 1961 les régimes ARRCO pour les salariés non-cadres.

54 - § 210, BOCD 1954, II, n° 9, page 500.

55 - BOCD, 1963, II, 2171.

vrières »), ces dernières étant précomptées par l'employeur et l'article 50 de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 a repris le principe de la sanction pénale de la rétention du précompte des cotisations salariales mais l'infraction a cessé d'être un délit depuis le décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958 qui a institué une cinquième classe de contraventions de police⁵⁶.

6° Les raisons du déplafonnement progressif des cotisations d'assurance maladie

L'assurance maladie a continué d'être financée par des cotisations à taux proportionnel aux salaires et non aux risques mais dans la limite du plafond de cotisation (cf. supra), pour financer des prestations allouées non pas seulement en fonction des revenus des personnes (« indemnités journalières ») mais également en fonction de leurs besoins (remboursements de soins dits « prestations en nature »). Le plafonnement de l'assiette de la cotisation maladie avait donc pour effet de limiter la redistribution financière entre « bons » et « mauvais » risques qui résulte du maintien d'une assiette salariale pour financer des dépenses de santé dont le coût est sans rapport avec le salaire⁵⁷. Mais le plafonnement de la cotisation maladie n'avait pas seulement pour effet de limiter la redistribution sociale : il a rendu le prélèvement social dégressif car la charge de la cotisation par rapport au revenu réel diminuait d'autant plus que le revenu dépassait plus largement le plafond de rémunération⁵⁸ alors que les prestations en nature étaient exonérées d'impôt sur le revenu. Aussi, afin de corriger ces effets anti-redistributifs, le déplafonnement de l'assiette des cotisations d'assurance maladie fut-il opéré progressivement à partir de 1967, date de la mise en oeuvre d'une réforme importante de l'organisation administrative et financière de la Sécurité sociale⁵⁹.

56 - L'ordonnance de 1945 disposait que l'infraction était passible par des peines prévues par le code pénal en cas de l'abus de confiance. En application du décret n° 56-1279 du 10 décembre 1956 portant codification des textes législatifs concernant la sécurité sociale, cette disposition a été ensuite codifiée à l'article 158 du code de la sécurité sociale mais l'article 23 du décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958, pris en application de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police, elle-même prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, a prévu que cette infraction serait punie comme une contravention de cinquième classe.

57 - Comme nous l'avons expliqué supra, le système de cotisations « maladie » proportionnelles aux revenus a un effet redistributif entre les salariés aux revenus supérieurs, proches ou dépassant le plafond, et les salariés moins bien rémunérés qui cotisent moins et sont en fait plus fréquemment malades (du fait de conditions de vie et de travail difficiles, pour un salaire qui ne permet pas des dépenses de prévention et d'entretien).

58 - Ainsi une cotisation de 10% sous plafond ne coûte que 5% de son revenu pour un salarié gagnant deux fois ce plafond, 2,5% pour un salarié gagnant 4 fois le plafond etc.

59 - Les cotisations retraite restaient plafonnées car les prestations l'étaient également, les régimes AGIRC et ARCCO financés par des cotisations propres permettant de compléter la retraite de base.

2. Le renforcement de la logique assurancielle par les ordonnances de 1967

Habilé par la loi du 22 juin 1967 à « modifier ou unifier le champ d'application des divers régimes et institutions de Sécurité sociale, de prévoyance et d'assistance, en adapter les structures et en assurer les équilibre financier », le gouvernement de Georges Pompidou prit quatre ordonnances, dites Jeanneney, du nom du ministre des affaires sociales de l'époque, qui furent publiées le 21 août 1967 et dont la principale avait pour but l'organisation d'une séparation des « risques » maladie et retraite.

Dans le régime général la Caisse nationale de Sécurité sociale (CNSS) fut remplacée par trois caisses nationales, chacune devant prendre en charge la gestion d'une « branche » de la législation⁶⁰, cette séparation des structures s'accompagnant de la création de deux cotisations distinctes, pour l'assurance maladie, d'une part, et pour l'assurance vieillesse, d'autre part⁶¹, sachant que ces deux branches devaient être équilibrées séparément.

Concernant la branche maladie, les décisions nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'équilibre financier de la gestion devaient être prises par le conseil d'administration de la caisse nationale, au sein duquel siégeaient les représentants des partenaires sociaux, mais lorsqu'elles comportaient une augmentation des cotisations, ces décisions n'étaient exécutoires qu'après avoir été approuvées par décret. Le conseil d'administration ne pouvait donc décider librement que d'une réduction des prestations et, en cas de carence de sa part, le gouvernement pouvait se substituer à lui⁶².

Même si la responsabilisation des partenaires sociaux était ainsi réduite, l'État conservant l'essentiel des prérogatives financières, la réforme avait bien pour objectif de renforcer la logique assurancielle selon laquelle chacune des branches devait être équilibrée séparément. Il s'agissait d'une extension au domaine des Assurances sociales du principe de séparation des risques qui figurait à l'article 38 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 (cf. supra). La portée de la réforme fut cependant réduite en pratique du fait de la création de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) car, chargé « d'assurer la gestion commune de la trésorerie commune de la trésorerie des différents risques »⁶³ relevant des trois caisses nationales, cet établissement

60 - Une Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMETS), une Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) et une Caisse nationale des allocations familiales (CNAF).

61 - La branche famille restant financée par des cotisations patronales particulières.

62 - Cf. Rémi Pellet, « L'assurance maladie est-elle une assurance ? » in Jean de Kervasdoué et Rémi Pellet, Le Carnet de Santé de la France 2000-2002, Economica, 2002, p. 119.

63 - Article 47 de l'ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la Sécurité sociale. En ligne : http://legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19670822&pageDebut=08403&pageFin=&pageCourante=08406.

ment public put utiliser les excédents de trésorerie d'une branche au profit d'une autre⁶⁴.

Cependant la séparation des deux « branches » maladie et vieillesse qui composent les « assurances sociales» ne fut jamais remise en cause : elles restèrent financées par des cotisations spécifiques dont le produit leur était directement affecté. Et le principe fut conservé lorsque ces assurances sociales furent partiellement fiscalisées...

III. La fiscalisation sélective des Assurances sociales

Dans le but de « remédier aux inégalités provenant des déséquilibres démographiques et des disparités de capacités contributives entre les différents régimes », la loi du 24 décembre 1974 instaura des mécanismes de compensation inter-régimes qui permirent ainsi de créer une unité financière entre des régimes qui restaient corporatistes dans leur organisation administrative. Le professeur Jacques Bichot considère que les compensations financières illustrent la « pseudo-logique de la liaison cotisations-prestations »⁶⁵ puisque transférer des fonds des régimes excédentaires vers les régimes déficitaires c'est admettre implicitement qu'une partie au moins des prestations ne constitue pas la contrepartie des cotisations versées antérieurement. Cependant, le mode de financement des régimes de sécurité sociale ne fut pas modifié dans le même temps : en 1980, les cotisations assises sur les revenus d'activité assuraient encore la quasi-totalité du financement du régime général (96,9 %). Les concours financier de l'État au régime général furent supprimés en fait sinon en droit et ne furent maintenus que pour les régimes spéciaux⁶⁶, sous forme de subventions ou de taxes affectées⁶⁷. Ce n'est qu'au début des années 1980 que le législateur entreprit de fiscaliser partiellement les « Assurances sociales » mais sans remettre en cause l'affectation des recettes aux dépenses, principe qui est propre aux systèmes assuranciels.

La loi du 19 janvier 1983 attribua au profit de l'assurance maladie deux contributions spécifiques, l'une sur l'alcool, l'autre sur le tabac. Il s'agissait de deux « impositions » au sens de l'article 34 de la Constitution, spécialement affectées à la Caisse nationale d'assurance maladie du régime général (CNAMETS) en considération des dépenses de santé que génère l'usage des produits ainsi taxés. Puis, à

64 - Cf. Rémi Pellet, « Organisation financière intra et inter régimes de la Sécurité sociale », Jurisclasseur Protection sociale, LexisNexis, Fasc. 204-10 (mise à jour en 2013 par Mme Claire Dufour).

65 - Jacques Bichot et Nicole Éparvier, « Les retraites à la lumière de la compensation démographique », Droit social, avril 1986, pp. 345- 353.

66 - Sur les subventions de l'État au régime agricole, cf. Rémi Pellet, « La suppression de la concurrence dans la gestion de l'assurance maladie des exploitants agricoles », Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance maladie, 2013, n°3, pp. 38-48.

67 - Francis Pavard, « L'équilibre financier de la Sécurité sociale », Revue économique, vol. 18, n° 2, 1967, pp. 205-228.

partir des années 1990, la Sécurité sociale fut plus largement fiscalisée selon deux procédés : d'une part, des recettes fiscales furent directement affectées aux branches qui versent des prestations de solidarité ; d'autre part, l'État prit en charge sur son budget, alimenté par des recettes fiscales, les allégements de charges sociales patronales sur les bas salaires. Cette fiscalisation fut partielle et « sélective ».

1. L'affectation de la CSG au financement des prestations de solidarité

Les pouvoirs publics entreprirent d'abord de distinguer au sein de la Sécurité sociale les branches qui conservent leur logique d'assurance du revenu professionnel et celles qui versent des prestations de « solidarité » dont le montant est sans rapport avec le salaire : les premières devaient rester financées par des cotisations proportionnelles assises sur les seuls revenus professionnels puisqu'elles donnent droit à des prestations elles-mêmes proportionnelles à ces revenus ; le financement des secondes devait être opéré par des prélevements fiscaux sur les revenus de toutes natures car leurs prestations sont sans rapport avec le revenu des bénéficiaires et qu'il n'y a pas de raison de faire peser le poids de ces charges sur une seule catégorie de revenus⁶⁸.

1° La CSG non déductible de l'assiette de l'IR pour financer la branche famille et le FSV

Ainsi, la loi de finances pour 1991 créa la contribution sociale généralisée (CSG), qui est un impôt⁶⁹ perçu sur tous les revenus - professionnels (salaires, traitements, etc.), de remplacement (pensions de retraite, prestations d'assurance chômage, etc.) et du patrimoine et du capital, des jeux, etc. - dont le produit fut affecté à la branche famille de la Sécurité sociale (CNAF), dont les prestations ne sont pas proportionnées aux revenus des bénéficiaires, sachant d'autre part que leur attribution n'est plus conditionnée depuis 1978 par l'exercice d'une activité professionnelle. Un impôt généralisé sert ainsi à financer des dépenses sociales « universelles » : le législateur a créé un lien logique entre la nature de la prestation et celle de la contribution qui la finance.

Cette affectation de la CSG à la CNAF permit de réduire par décret le taux des cotisations d'allocations familiales de 7 % à 5,4 %. Mais si la CSG est payée par toutes les formes de revenu, et donc par les salariés, les cotisations familiales dont le taux était ainsi abaissé étaient exclusivement « patronales ». Dans ces conditions, les salariés risquaient d'être les perdants de la réforme. Aussi, le différentiel de 1,6 %, correspondant au gain patronal (7 %-5,4 %) fut-il transformé en une augmentation de la cotisation patronale assurance vieillesse de

68 - Nous résumons une évolution qui est présentée de façon beaucoup plus détaillée et précise dans nos ouvrages précédents, notamment Rémi Pellet et Arnaud Skzryerbak, Leçons de droit social et de droit de la santé, op. cit.

69 - Dans sa décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990 sur la loi de finances pour 1991, le Conseil constitutionnel a jugé que la CSG a la nature d'une « imposition de toutes natures » au sens de l'article 34 de la Constitution.

1,6 % portant sur une assiette déplafonnée, tandis que le taux des cotisations retraite salariales et plafonnées a été ramené de 7,6 % à 6,55 %, soit une réduction de 1,05 % correspondant au taux de la CSG sur les salaires bruts.

Cette fiscalisation partielle de la branche famille est donc la raison pour laquelle une cotisation patronale déplafonnée au taux de 1,6 % sert aujourd'hui à financer le régime de retraite de base dont les prestations demeurent plafonnées. Le financement du régime de retraite de base a ainsi perdu en cohérence, sans que le Conseil constitutionnel ne s'en émeuve.

Contrairement aux cotisations auxquelles elle se substitue, la CSG créée en 1991 a été rendue non déductible de l'assiette de l'IR. Il s'agit de l'application du principe habituel de non déductibilité du produit d'un impôt de l'assiette d'un autre impôt. La combinaison du taux proportionnel de la CSG et de la non-déductibilité de son produit a pour effet de créer un prélèvement général supplémentaire légèrement progressif. En effet, un même revenu est taxé à deux taux proportionnels : le taux de la CSG et le taux de la dernière tranche de l'IR auquel le revenu du contribuable est soumis. La non-déductibilité du produit de la CSG augmente la part de revenu soumise au taux marginal supérieur de l'IR alors que la déduction des cotisations sociales la réduisait. C'est ce deuxième taux qui varie selon l'importance du revenu et qui confère une légère progressivité au prélèvement global.

Une même logique fut ensuite appliquée aux « assurances sociales ». Ainsi, la loi n° 93-936 du 22 juillet 1993 crée un « Fonds de solidarité vieillesse » (FSV) qui a vocation à rembourser aux branches d'« assurance vieillesse » des différents régimes de Sécurité sociale leurs dépenses de « solidarité » non contributives⁷⁰. Dans une logique de séparation des fonctions d'assurance et de solidarité, ce Fonds devait être financé par l'impôt afin de réservier le produit des cotisations assises sur le salaire aux prestations d'assurance retraite. C'est pourquoi le législateur décida d'augmenter le taux de la CSG de 1,3 % non déductible de l'assiette de l'IR, afin d'en affecter le produit au FSV. Cela explique qu'aujourd'hui encore le taux de CSG non déductible s'élève à 2,4 % (1,1 % + 1,3 %), même si

70 - <http://www.fsv.fr/dispositifs.html> : « Le FSV finance le minimum vieillesse, pour l'ensemble des régimes de retraite de base de salariés (régime général, régime des salariés agricoles, et régimes spéciaux) et des non salariés (régime social des indépendants-RSI, exploitants agricoles). Il prend également en charge, pour ces mêmes régimes, les majorations de pensions pour enfants élevés et pour conjoint à charge. Il finance, sur des bases forfaitaires, le coût des validations pour la retraite : des périodes de chômage du régime général et du régime des salariés agricoles ; des périodes de chômage indemnisées par l'Etat dans les régimes complémentaires de retraite (ARRCO et AGIRC) ; des périodes d'arrêt de travail (maladie, maternité, accidents du travail, maladies professionnelles et invalidité) du volontariat de service civique ; Des périodes d'apprentissage, à compter du 1^{er} janvier 2014. Enfin, il assure le refinancement d'une partie des dépenses du minimum contributif (MICO), pour le régime général, le régime agricole et le RSI. L'ensemble des dépenses de retraite prises en charge par le FSV s'est élevé à 24,178 Md€ en 2013, contre 23,272 Md€ en 2012, soit une progression de 3,9 %. »

une partie du produit de ce prélèvement a été réaffecté à d'autres institutions⁷¹.

2° La CSG déductible de l'assiette de l'IR pour financer l'assurance maladie

L'assurance maladie fut à son tour fiscalisée mais plus largement encore car elle sert surtout à financer des prestations « en nature » (remboursements de soins) qui sont sans rapport aucun avec les revenus professionnels : les indemnités journalières ne représentent plus que 5 % des dépenses totales de cette branche. La réforme fut opérée en deux temps.

La première loi de financement de la Sécurité sociale (LFSS pour 1997, du 27 déc. 1996) majora d'un point le taux de la CSG dont le produit fut affecté aux régimes d'assurance maladie, tandis qu'un décret réduisit de 1,3 point le taux des cotisations salariales maladie. La réforme s'apparentait aux opérations précédentes de substitution de la CSG à des cotisations sociales, mais elle en différait aussi dans la mesure où le produit de ce nouveau point de CSG fut rendu déductible de l'assiette de l'IR, alors que le produit des précédents prélèvements de CSG étaient non déductibles. Puis, à l'initiative du gouvernement dirigé par M. Lionel Jospin, la quasi-totalité des points de cotisations salariales d'assurance maladie fut supprimée et la LFSS pour 1998 du 19 décembre 1997 les remplaça par une augmentation du taux de la CSG de 4,1 points sur les revenus d'activité, de patrimoine et de placement, et de 2,8 points sur les revenus de remplacement. Les 4,1 % se sont ajoutés au 1 %, de sorte que le taux actuel de la CSG déductible est de 5,1 %.

Le basculement des cotisations sociales en une CSG déductible a eu un effet « dégressif » concernant les revenus du patrimoine : en effet, si ces revenus qui n'étaient pas soumis à des cotisations d'assurance maladie ont apparemment subi une augmentation uniforme de leur taxation de 5,1 points, en réalité, du fait de la déductibilité du produit de cette taxation de l'assiette soumise à l'IR, le coût de la contribution est compensé par une diminution de l'imposition au taux de la tranche supérieure, à proportion du montant de la CSG payée. Autrement dit, plus le foyer est aisé, plus la CSG effectivement payée sur les revenus du patrimoine au titre de 5,1 % déductibles réduit le poids de l'IR sur ces revenus. Et ce caractère dégressif de la CSG est encore aggravé du fait de la concentration des revenus du patrimoine au niveau des hauts revenus. Le gouvernement fit cependant le choix de la création d'une CSG déductible car le seul syndicat qui soutenait la réforme, la CFDT, craignait que la « non-déductibilité » ne se traduisit par une augmentation de l'IR. Il aurait été pourtant possible de maintenir la non déductibilité de la CSG en abaissant légèrement les taux de l'IR : l'élargissement de l'assiette aurait été compensé par l'allègement des taux.

71 - Rémi Pellet, « La fiscalisation du financement des retraites », Droit social, n°3, mars 2011, en ligne : <http://www.remipellet.com/78fiscalisationf.html>.

Depuis cette nouvelle substitution de la CSG à des cotisations salariales, les salariés ne paient plus qu'une cotisation d'assurance maladie de 0,75 % qui est censée financer les allocations de remplacement (indemnités journalières, IJ) dont eux seuls bénéficient. Il était logique en effet de maintenir une cotisation proportionnée au salaire pour financer des prestations réservées aux salariés cotisants. En revanche, une incohérence persiste : la cotisation de 0,75 % s'applique sur une assiette déplafonnée alors que les prestations d'IJ sont restées plafonnées.

3° La censure de la mise en progressivité de la CSG

En 2000, le gouvernement souhaita relancer la demande en réduisant les taux des prélèvements obligatoires pour l'ensemble des contribuables. Cette politique s'inscrivait dans un contexte général de regain de croissance qui apportait à l'État de fortes recettes fiscales. Le gouvernement de l'époque, inspiré par son ministre de l'Économie, M. Laurent Fabius, proposa au législateur de réduire la progressivité de l'IR : ainsi, la loi de finances pour 2001 baissa de 1,25 point les taux des quatre premières tranches de l'IR et de 0,75 point les taux des deux dernières tranches. Cette baisse ne pouvait bénéficier qu'aux contribuables qui paient l'IR, soit la moitié seulement. Dans ces conditions, le gouvernement souhaita qu'une mesure fût destinée spécifiquement aux plus pauvres afin de partager les fruits de la croissance qui avait provoqué l'élargissement de l'assiette fiscale.

Aussi le projet de LFSS pour 2001 prévoyait-il d'exonérer de CSG-CRDS⁷² les revenus inférieurs à 1,3 SMIC, chiffre porté à 1,4 SMIC par les parlementaires de la majorité. Ces allégements de taux ne devaient pas être répercutés sur les tranches supérieures d'imposition dans la mesure où la reprise économique devait se traduire par un nouvel élargissement de la matière imposable (assiette) : plus d'emploi et donc plus de salaire et plus d'IR et de CSG-CRDS (sur les revenus supérieurs à 1,4 SMIC), plus de consommation donc plus de TVA.

Mais, saisi par les parlementaires de l'opposition, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 200-437 DC du 19 décembre 2000 sur la LFSS pour 2001, annula le mécanisme de ristourne dégressive sur la CSG-CRDS, au motif qu'il provoquait « une rupture caractérisée de l'égalité entre contribuables » car il ne tenait compte « ni des revenus du contribuable autres que ceux tirés d'une activité, ni des revenus des autres membres du foyer, ni des personnes à charge au sein de celui-ci ». Cette décision allait dans le sens des recommandations du Conseil des impôts dont le rapport publié en juin 2000 considérait qu'il était inopportun de « personnaliser » la CSG parce qu'elle est un impôt céduitaire qui

ne prend pas en compte le revenu global du foyer fiscal et donc sa capacité contributive réelle⁷³. Pour essayer de régler cette difficulté tout en respectant la décision du Conseil constitutionnel, le gouvernement fit adopter la loi n° 2001-458 du 30 mai 2001 qui créa la prime pour l'emploi (PPE), attribuée aux foyers fiscaux dont l'un des membres au moins exerce une activité professionnelle et dont les revenus ne dépassent pas certaines limites⁷⁴.

4° Le maintien du principe de l'affectation des recettes aux dépenses

La loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites a supprimé la cotisation d'assurance veuvage de 0,1 % à la charge des salariés pour la remplacer par une cotisation salariale d'assurance vieillesse déplafonnée, c'est-à-dire assise sur la totalité des gains et rémunérations perçus. Initialement fixé à 0,10 %, le taux a été relevé à 0,25 % par la LFSS n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 pour 2014 qui a également relevé la cotisation patronale retraite déplafonnée (cf. supra) de 1,60 % à 1,75 %, alors que les prestations servies par les régimes de retraite sont restées plafonnées : ces mesures avaient donc un effet redistributif.

Cependant, il convient de souligner que la fiscalisation sélective des différentes branches de la Sécurité sociale n'a pas conduit à remettre en cause l'affectation des recettes aux dépenses : le produit de la CSG recouvré par les organismes de Sécurité sociale leur est directement affecté, tandis que le produit de la CSG recouvré par les services de l'État est directement reversé à l'ACOSS. Comme nous l'avons déjà indiqué, le principe d'affection vient du droit des assurances : dans une logique assurancielle, chaque cotisation est spécifiquement affectée au risque qu'elle couvre, ce qui implique une gestion séparée de ces risques par des institutions (caisses) distinctes et indépendant de l'État (ou au moins autonomes). La règle a été appliquée aux recettes fiscales de la Sécurité sociale : il y a eu une véritable substitution de chaque recette fiscale aux cotisations affectées à chacune des branches concernées, la suppression d'une partie de certains points de cotisations affectés à une branche s'accompagnant de l'affectation à cette même branche des points de CSG qui les remplaçaient.

Ce principe d'affectation des recettes aux branches qu'elles financent a même été consacré par la loi organique du 2 août 2005⁷⁵ qui dispose désor-

72 - L'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 créa la Contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) dont le produit est affecté à la Caisse d'amortissement de la dette sociale. La CRDS et la première CSG ont des assiettes très proches et deux autres traits communs : proportionnalité du taux et absence de déductibilité de l'assiette de l'IR.

73 - Cf. Rémi Pellet, « Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel », Revue du droit public, n° 3, 2001, p. 928.

74 - Il s'agit d'un crédit d'impôt car son montant est, selon le cas, automatiquement déduit de l'impôt sur le revenu à payer ou versé par chèque ou virement du Trésor public.

75 - Les LFSS ont été créées par la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996. Depuis lors, l'article 47-1 de la Constitution dispose que « le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique ». La première LOFSS n° 96-646 du 22 juillet 1996 fut profondément réformée par la LOLFSS n° 2005- 881 du 2 août 2005. Cf. Rémi Pellet, « Article 47-1 » in François Luchaire, Gérard Conac et Xavier Prétot (dir.), La

mais que les LFSS doivent présenter des « tableaux d'équilibre par branche » des régimes obligatoires de base de sécurité sociale et prévoir, « par branche, les recettes de l'ensemble des régimes obligatoires de base ». Autrement dit, l'application du principe d'affectation des recettes à des branches déterminées permet d'afficher en loi de financement de la sécurité sociale un véritable solde prévisionnel pour chacune des branches, en faisant la différence entre le total des recettes (produit des points de cotisations, impôts et taxes affectés, transferts et produits financiers) et le total des dépenses (montant des prestations servies et coût de la gestion administrative de la branche). Ce principe d'affectation d'origine assurancielle est l'exact opposé du « principe d'universalité » qui s'applique au sein du budget de l'État, lequel contribue cependant au financement de la Sécurité sociale à près de 28 milliards d'euros en compensation d'allégements de charges...

2. La compensation des allégements de charges patronales par le budget de l'État

Après avoir affecté directement des recettes fiscales aux branches de la Sécurité sociale qui gèrent des prestations de solidarité nationale, les pouvoirs publics firent le choix d'alléger les charges patronales sur les bas salaires afin de favoriser l'embauche de personnes peu qualifiées et donc faiblement rémunérées. Ces allégements de charges patronales, qui sont une forme de mise en progressivité des cotisations sociales, devaient logiquement se traduire, au moins dans un premier temps, par une réduction des recettes de la Sécurité sociale. Dans la mesure où les dépenses sociales ne faiblissaient pas mais au contraire s'accroisaient, la question fut donc posée du mode de financement du manque à gagner. Après de nombreuses péripéties, un certain consensus politique s'établit autour du principe d'une compensation par le budget de l'État des allégements de charges (article 131-7 CSS⁷⁶), laquelle aboutit donc à une forme de fiscalisation indirecte du financement de la Sécurité sociale (une « budgétisation »).

Le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré les dispositions d'exonérations de charges patronales. C'est une des raisons qui avaient poussé le gouvernement actuel à organisé une exonération de charges salariales en les compensant par des versements du budget de l'État. Mais, comme nous l'avons indiqué, cette réforme fut annulée par le juge constitutionnel : la décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014 précitée pose ainsi une limite à la réforme des Assurances sociales...

Constitution de la République française. Analyses et commentaires, Economica, 2009, pp. 1170-1189.

76 - Le législateur organique a confié aux LFSS le monopole des dérogations à ce principe de compensation : art. LO 111-3 CSS.

IV. Les limites constitutionnelles à la réforme du financement des Assurances sociales

Le rappel des fondements de la Sécurité sociale et des évolutions de mode de financement des Assurances sociales permet, nous semble-t-il, de comprendre la décision du Conseil constitutionnel du 6 août 2014 et de répondre aux critiques qui lui ont été adressées.

1. La censure d'une rupture d'égalité injustifiée

Comme nous l'avons indiqué supra, la LFSS rectificative pour 2014 avait institué une réduction dégressive des cotisations des salariés du régime général et du régime agricole dont la rémunération « équivalent temps plein » était comprise entre 1 et 1,3 SMIC. Le projet de loi prévoyait que « l'impact sur la sécurité sociale de cette mesure [serait] intégralement compensé » selon des modalités qui auraient été « définies dans les lois financières pour 2015. », c'est-à-dire en fait par des transferts du budget de l'État vers les assurances sociales de la Sécurité sociale.

La mesure concernait principalement la branche retraite car le taux des cotisations salariales maladie ne s'élève plus qu'à 0,75 % depuis 1998 (cf. supra) tandis que la cotisation salariale vieillesse déplafonnée était de 0,25 % (cf. supra) et la cotisation salariale plafonnée de 6,80 %. Le taux global de cotisation visé par la réforme était donc de 7,8 % (0,75+0,25+6,80), mais, en application de la LFSS pour 2014 (cf. supra), il devait être relevé progressivement, passant à 7,9 % au 1er janvier 2015, à 8 % au 1er janvier 2016 et à 8,05 % au 1er janvier 2017. Dans ces conditions, si la loi de juillet 2014 avait échappé à la censure, l'avantage relatif de la dégressivité aurait crû avec le temps puisque les salariés qui n'en bénéficiaient pas, du fait que leur rémunération dépassait 1,3 SMIC, auraient été les seuls à subir une augmentation du taux global de leurs cotisations salariales.

Pour apprécier la conformité de cette mesure à la Constitution, le Conseil constitutionnel a tout d'abord indiqué que les cotisations salariales d'assurance vieillesse visées par la réforme à la charge ouvrent « des droits aux prestations et avantages » qui « sont soumis à un plafond et déterminés en particulier en fonction de la durée de cotisation ainsi que des salaires sur lesquels ont porté ces cotisations », de même que « les cotisations salariales d'assurance maladie à la charge des travailleurs salariés et des travailleurs salariés agricoles sont des versements à caractère obligatoire ouvrant des droits aux prestations et avantages servis par la branche maladie du régime obligatoire de sécurité sociale des travailleurs salariés et par la branche maladie du régime obligatoire de sécurité sociale des travailleurs salariés agricoles ».

Le Conseil a ainsi confirmé sa jurisprudence antérieure car dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 il avait déjà jugé que « les cotisations

versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes (...) ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes ». Le juge administratif avait fait application de ce principe dans sa décision Conseil d'État, 6 octobre 1999, n° 200241, qui indiquait « que les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale constituent des versements à caractère obligatoire qui ouvrent vocation au bénéfice des prestations et avantages servis par ces régimes ». Enfin, par sa décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, le Conseil constitutionnel avait réitéré sa position en considérant que « les cotisations d'assurance maladie à la charge des travailleurs indépendants non agricoles sont des cotisations ouvrant droit aux prestations et avantages servis par le régime obligatoire de sécurité sociale des travailleurs indépendants ; ». Les pouvoirs publics, gouvernement et parlement, et les formations consultatives du Conseil d'État ne pouvaient donc ignorer ce principe.

Dans sa décision du 6 août 2014, le Conseil constitutionnel a ensuite relevé que si le législateur avait instauré une réduction dégressive au profit des bas salaires, en revanche « dans le même temps, il [avait] maintenu inchangés, pour tous les salariés, l'assiette de ces cotisations ainsi que les prestations et avantages auxquels ces cotisations ouvrent droit ; qu'ainsi, un même régime de sécurité sociale [aurait continué], en application des dispositions contestées, à financer, pour l'ensemble de ses assurés, les mêmes prestations malgré l'absence de versement, par près d'un tiers de ceux-ci, de la totalité des cotisations salariales ouvrant droit aux prestations servies par ce régime ; que, dès lors, le législateur [avait] institué une différence de traitement, qui ne [reposait] pas sur une différence de situation entre les assurés d'un même régime de sécurité sociale, sans rapport avec l'objet des cotisations salariales de sécurité sociale », de sorte que ces dispositions législatives « méconnaissaient le principe d'égalité » et devaient pour cela « être déclarées contraires à la Constitution ». Autrement dit, pour le juge constitutionnel le législateur avait instauré une différence de traitement injustifiée entre les assurés sociaux puisque un tiers d'entre eux auraient continué à bénéficier de leurs droits aux prestations alors qu'ils n'auraient pas contribué à leur financement.

2. *Les prélèvements progressifs doivent tenir compte de l'ensemble des facultés contributives des contribuables*

Dans sa décision précitée du 13 décembre 2012, le Conseil constitutionnel avait déjà annulé un dispositif qui créait « une rupture d'égalité entre les assurés d'un même régime qui ne [reposait] pas sur une différence de situation en lien avec l'objet de la contribution sociale », car il avait pour effet d'accroître les cotisations salariales maladie « des assurés d'un régime français d'assurance maladie qui ne [remplissaient] pas les conditions de résidence en France ainsi que ceux qui [étaient] exonérés en tout ou partie d'impôts directs au titre de leurs revenus

d'activité ou de remplacement en application d'une convention ou d'un accord international ».

Cependant, selon M. Martin Collet, la différence de traitement instaurée en 2012 « reposait sur une différence de situation effectivement sans rapport avec les régimes de sécurité sociale - le fait d'être assujetti à l'impôt sur le revenu en France ou à l'étranger - alors que la différence de revenu sur laquelle se fondait le dispositif annulé en 2014 [était] quant à elle en lien direct avec les régimes de sécurité sociale (qui prennent évidemment en compte le montant du salaire pour déterminer le montant des cotisations dues) ». Il nous semble pourtant que l'argument se retourne aisément : si le montant du salaire est pris en compte pour déterminer le montant des cotisations dues, c'est que ces cotisations, qui « ouvrent vocation à une contrepartie », sont prises en compte pour déterminer le montant des prestations à verser. Dans cette logique « contributive », il ne saurait être question d'accorder des droits à des personnes, en proportion de leur revenu, alors qu'elles n'auraient pas contribué à les financer par des cotisations proportionnelles assises sur ces mêmes revenus.

Le Conseil constitutionnel exige donc des pouvoirs publics qu'ils respectent la logique propre à chacun des ordres juridiques : de même qu'il ne pouvait utiliser la législation sociale dans un but de « police fiscale » en imposant une sur-cotisation d'assurance maladie aux contribuables suspects de fuir l'impôt progressif redistributif, le législateur ne pouvait non plus dénaturer l'assurance retraite en lui faisant perdre son caractère contributif par l'instauration d'une exonération de charges salariales, dans le but de réduire les écarts de revenus.

Dans sa décision précitée n° 200-437 DC du 19 décembre 2000, qui avait annulé le mécanisme de ristourne dégressive sur la CSG et sur la CRDS, le Conseil constitutionnel avait indiqué que le législateur ne pouvait instaurer un prélèvement progressif qu'à la condition que celui-ci tienne compte de tous les revenus des contribuables et de la composition des foyers fiscaux (cf. supra). Ayant censuré la création d'une CSG progressive, alors que cette imposition frappe toutes les formes de revenu (mais par « cédule », sans tenir compte de la capacité contributive du foyer fiscal, cf. supra), le Conseil constitutionnel ne pouvait que refuser un système de cotisations progressives assises sur les seuls salaires.

Avec sa décision de 2014, le juge constitutionnel n'a donc pas brouillé la frontière entre les cotisations et les impôts, comme M. Collet le lui reproche : il a au contraire clarifié la distinction entre prélèvements proportionnels et progressifs. La redistribution se fait par l'impôt sur le revenu qui est progressif, en tenant compte des facultés contributives complètes des personnes, tandis que les « Assurances sociales » ont été conçues comme des mécanismes qui n'ont pas pour objet de corriger les inégalités de richesses mais qui doivent servir à garantir le maintien des revenus du travail dans le temps, au cours de la vie professionnelle des personnes (indemnités journalières en cas d'interruption due à la maladie) et en

fin de carrière (prestations de retraite), par un mécanisme de « cotisations et prestations proportionnelles au revenu », selon la logique énoncée par Pierre Laroque (cf. supra).

3. Les assurances du revenu professionnel doivent rester contributives

Certes, dans son mémoire en défense de la loi, le gouvernement faisait valoir qu'existaient déjà « différents dispositifs internes au régime (de retraite qui) s'écartent d'une stricte logique contributive pour assurer une solidarité entre l'ensemble des assurés »⁷⁷. Dans le même sens, de nombreux rapports récents rappellent que la protection sociale opère une redistribution « verticale » des revenus, de sorte que la distinction entre « assurance et solidarité » est d'« une pertinence limitée »⁷⁸. Ces travaux ne font d'ailleurs que confirmer des analyses anciennes⁷⁹. Et puisque les assurances sociales sont déjà redistributives, les pouvoirs publics considéraient qu'ils pouvaient renforcer ce caractère en créant un système de cotisations progressives.

Cependant, le commentaire de la décision publié par le Conseil constitutionnel souligne le fait que le dispositif censuré était d'une « très grande ampleur » car il était applicable « à près d'un tiers des cotisants du régime général de sécurité sociale des travailleurs salariés », sachant que les bénéficiaires de la mesure étaient exonérés « de la totalité des cotisations salariales ouvrant droit aux prestations ». Le Conseil a donc censuré la réforme parce que, par son ampleur, elle aurait eu pour effet de remettre en cause

77 - Le gouvernement indiquait ainsi que : la validation de trimestres cotisés est plus favorable aux salariés à activité réduite, puisque 150 SMIC horaires sont suffisants pour valider un trimestre ; des dispenses peuvent être accordées à certaines catégories de bénéficiaires pour ne pas appliquer les coefficients d'abattement s'appliquant aux assurés qui ne totalisent pas la durée de référence, (personnes inaptes et invalides dès l'âge minimum et personnes âgées de 65 ans et plus) ; le salaire de référence correspond à la moyenne des vingt-cinq meilleurs salaires annuels et non à la rémunération moyenne sur l'ensemble de la carrière ; - un "minimum contributif" garantit un montant minimum de pension dans le régime général aux assurés qui ont droit à une pension à taux plein, sous réserve qu'ils totalisent une durée minimale de contribution. ».

78 - Cf. les rapports du Haut Conseil du financement de la protection sociale, dont le secrétaire général a présenté une synthèse dans un précédent numéro de cette revue : Laurent Caussat, « Quel financement pour la santé et la protection sociale ? L'apport du Haut Conseil du financement de la protection sociale », Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie, n° 3, 2013, pp. 19-28.

79 - Cf. Didier Blanchet, « Deux usages du concept d'assurance et deux usages du concept de solidarité », Revue française des affaires sociales, 1995, pp. 33-44 et « La référence assurantielle en matière de protection sociale : apports et limites », revue Économie et statistique, n° 291-292, 1996, pp. 33-45 ; Christophe Ramaux, « Apports et limites de la référence assurantielle pour lire l'État social : l'exemple du financement de la protection sociale », colloque du Matisse, Accès inégal à l'emploi et à la protection sociale, 16-17 septembre 2004, Paris, et « Quel financement pour la protection sociale ? Apports et limites de la référence assurantielle pour lire l'État social » in A. T. Dang, J.-L. Outin et H. Zajdela (dir.), Travailleur pour être intégré, mutations des relations entre emploi et protection sociale, Éditions CNRS, septembre 2006, pp. 183-198.

le caractère contributif de la branche retraite des salariés.

Cette décision s'inscrit dans la logique qu'avait choisi de suivre le législateur en créant le Fonds de solidarité vieillesse (FSV, cf. supra) : les prestations non contributives doivent être financées par la CSG, via le FSV, afin que les régimes d'assurance vieillesse demeurent contributifs, les prestations proportionnées aux revenus d'activités devant rester financées par des cotisations elles aussi proportionnelles.

Le Conseil constitutionnel n'aurait certainement pas censuré le dispositif s'il n'avait concerné que l'assurance maladie : en effet, comme nous l'avons indiqué supra, 95 % des prestations de cette branche sont sans rapport aucun avec les revenus des personnes et la loi n'avait pour effet de supprimer qu'une cotisation de 0,75 % seulement.

Le gouvernement faisait certes valoir que le Conseil d'Etat, dans sa décision CE, 17 mars 1999, Union professionnelle artisanale et Ordre des avocats à la cour d'appel, n° 194491 194545, avait « admis qu'à l'intérieur d'un même régime, les nouveaux taux de cotisation d'assurance maladie fixés à la suite de leur remplacement partiel par la CSG soient favorables en priorité aux titulaires de faibles revenus compte tenu de l'objectif de solidarité mis en œuvre par un régime obligatoire de sécurité sociale ». Cependant, ces taux de cotisations différenciés servaient à financer des prestations en nature de l'assurance maladie et non pas des indemnités journalières : dès lors, il est logique que le Conseil d'Etat n'ait pas exigé qu'ils fussent proportionnels aux revenus des bénéficiaires.

4. La nécessaire distinction des allégements de charges patronales et salariales

Le gouvernement avançait un autre argument encore pour justifier la réforme qu'il avait fait adopter par le législateur. Il soulignait ainsi que le juge constitutionnel, dans sa décision 2013-300 QPC, avait admis « les dispositifs d'allégements généraux de cotisations patronales sur les bas salaires (qui) créent une progressivité des cotisations sociales ». Puisque le juge n'avait pas censuré la mise en progressivité des cotisations patronales, les pouvoirs publics considéraient qu'il aurait dû également admettre la mise en progressivité des cotisations salariales. Selon notre collègue Martin Collet, en traitant différemment les cotisations patronales et salariales, le Conseil a alors malmené « la cohérence profonde du système de financement et de gestion de la sécurité sociale » car sa décision « déstabilise plusieurs distinctions juridiques majeures ».

Pourtant, sur le plan juridique, il n'est pas douze que le législateur et le Conseil constitutionnel ont toujours traité différemment les deux catégories de cotisation, patronales et salariales, comme nous l'avons indiqué supra : si le versement des cotisations salariales ouvre vocation à une contrepartie au bénéfice des salariés, le versement des cotisations patronales n'ouvre évidemment aucun droit au bénéfice des employeurs ; le non-paiement des

cotisations patronales n'a pas pour effet de priver le salarié de ses droits puisque ceux-ci lui sont ouverts par le versement des seules cotisations salariales, alors que la rétention du précompte de cotisations salariales d'assurance vieillesse ampute la durée d'assurance dont le salarié doit justifier lors de la liquidation de la pension de retraite⁸⁰, ce qui explique que la rétention indue du précompte soit plus sévèrement sanctionnée (pénalement, cf. supra) que le non-paiement des seules cotisations employeurs⁸¹ ; les cotisations employeurs ne sont pas prises en compte pour le calcul des prestations alors qu'il repose sur le salaire brut, c'est-à-dire cotisations salariales comprises. En traitant différemment les cotisations patronales et les cotisations salariales, la décision du 6 août 2014 respecte donc bien la cohérence du système juridique de la Sécurité sociale : au lieu de brouiller la frontière qui sépare ces deux catégories de charges, le juge l'a clarifiée.

Mais à ces considérations juridiques ont été opposées les exigences du réalisme économique : en effet, selon la plupart des économistes, les cotisations patronales ne sont pas véritablement supportées par les employeurs car ceux-ci diminuent les salaires lorsque les charges croissent, de sorte qu'il serait artificiel de distinguer entre les cotisations patronales et salariales, toutes étant finalement payées par les salariés. Dans ces conditions, le législateur aurait dû être laissé libre « de moduler tout autant les cotisations salariales que les cotisations patronales »⁸².

Ce raisonnement ne convainc pas cependant car il ne vaut pas pour les salariés rémunérés au SMIC, ceux qui étaient précisément visés par la réforme de 2014 : en effet, toute augmentation de charges patronales sur le SMIC se traduit par une augmentation du coût du travail pour les employeurs puisqu'ils ne peuvent diminuer le salaire en deçà de la limite légale de rémunération. Autrement dit, au niveau du salaire minimum, les charges « patronales » se distinguent bien économiquement des charges salariales.

Les politiques d'allégements de charges patronales visent à diminuer le coût du travail des personnes peu ou pas qualifiées, alors que la réduction des charges salariales ne pouvait avoir aucun effet incitatif positif⁸³ pour les employeurs : il est donc économiquement « réaliste » de ne pas réservrer le même traitement juridique aux cotisations patronales et sociales.

80 - Cf. Patrick Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 6^e édition, 2013, p. 521.

81 - L'article R 243-21 CSS précise que le directeur de l'organisme chargé du recouvrement des cotisations n'a la possibilité d'accorder des sursis à poursuites pour le règlement des cotisations patronales, des pénalités et des majorations de retard qu'après règlement intégral des cotisations ouvrières.

82 - Martin Collet, op. cit. p. 12.

83 - Elle pouvait avoir un effet pervers pour les salariés : les employeurs auraient pu arguer du fait que les salariés bénéficiaient des allégements de charges salariales pour refuser d'augmenter ces bas salaires.

5. La défense des Assurances sociales contre le risque de dualisation de la protection sociale

Si le juge constitutionnel n'avait pas censuré la réforme de 2014, il devenait loisible au législateur de transformer progressivement les Assurances sociales en système d'assistance de type beveridgien, favorisant ainsi le développement des assurances privées complémentaires.

En effet, les personnes dont le revenu dépasse un certain seuil verraient nécessairement leurs retraites se réduire si leurs cotisations ou impôts étaient utilisés pour financer les retraites des salariés exonérés de cotisations ; les salariés au-dessus du seuil seraient ainsi incités à souscrire des assurances commerciales en capitalisation afin que leurs pensions restent relativement proportionnelles à leurs revenus d'activité ; quant aux prestations servies aux salariés au-dessous du seuil, elles deviendraient sans doute forfaitaires car « si on nie toute composante assurantielle à la protection sociale (...) la menace existe qu'on ne recueille de soutien que pour un niveau de transferts plutôt minimal »⁸⁴ : les transferts sans contrepartie ne sont plus acceptés par la classe moyenne qui a le sentiment de toujours donner sans recevoir. La politique qui aurait pour but de renforcer la dimension redistributive des assurances sociales aurait ainsi pour effet contraire de favoriser la dualisation et la privatisation de la protection sociale⁸⁵.

Parce qu'ils restent contributifs (cotisation en proportion des revenus) sans être discriminants (pas de sélection en fonction du risque), les systèmes d'assurances sociales permettent de concilier les exigences de la responsabilité (pas de prestations sans cotisation) et celles de la solidarité (caractère obligatoire de l'affiliation, financement par la fiscalité des prestations non contributives) : leur place est toujours entre le marché et l'État.

84 - Didier Blanchet, « Deux usages du concept d'assurance... », op. cit.

85 - Comme on sait, l'enfer est pavé de bonnes intentions... Cf. les risques liés à l'inclusion du droit aux prestations sociales dans le droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme : Xavier Prétot, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété ? » in Coll. Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, 2000, pp. 163-179.

Pour préserver les ressources de la protection sociale...

Henri Sterdyniak

Economiste à l'OFCE

Les dépenses de protection sociale représentaient, en France en 2013, 32,6 % du PIB, le niveau le plus élevé parmi les nations du monde (selon OCDE, 2014). La question du financement de la protection sociale est donc cruciale tant du point de vue économique que social. Pèse-t-il sur la compétitivité des entreprises françaises ? Est-il équitable ?

Ce financement passait jadis essentiellement par des cotisations sociales assises sur les salaires ; il s'est progressivement élargi à l'ensemble des revenus d'activité, puis aux revenus du capital et aux revenus de remplacement ; il bénéficie maintenant de taxes comportementales, et même de recettes fiscales, comme la TVA, sans lien avec la protection sociale. D'un côté, cet élargissement fournit des ressources supplémentaires à la protection sociale ; il va de pair avec le développement des prestations universelles ou d'assistance. De l'autre, il brise le lien fondateur entre la protection sociale et le salariat ; il va dans le sens d'une étatisation progressive de la protection sociale au détriment de la démocratie sociale. Par ailleurs, la stratégie réclamée par le patronat, et mise en place progressivement par les gouvernements successifs, d'amélioration de la compétitivité et de la rentabilité des entreprises par la baisse des « charges sociales » fragilise les ressources de la protection sociale. Enfin, la CSG, la grande innovation réussie en matière de financement de la protection sociale, est menacée par les projets de fusion avec l'impôt sur le revenu pour créer un grand impôt citoyen, dont les ressources seraient partagées entre l'État et le système de protection sociale.

Faut-il préserver l'unité et la spécificité des dépenses sociales ? Peut-on trouver une ressource alternative aux cotisations sociales employeurs pour financer les prestations maladie et la famille ? Faut-il immerger la CSG dans un grand impôt citoyen ?

Dépenses sociales : une spécificité à préserver

On distingue traditionnellement les prestations d'assurances sociales, les prestations universelles et les prestations d'assistance.

Pour les prestations d'assurances sociales (retraite, chômage, prestations maladie de remplacement), les cotisations, liées au salariat et plus généralement à l'activité, ouvrent des droits dépendant des cotisations versées, et donc des revenus d'activité. Ces vraies cotisations, qui constituent

un salaire différé¹, représentaient au 1^{er} juillet 2014, 40,3 points du salaire brut en dessous du plafond de la Sécurité sociale, (38 points en dessus). Certes, les droits ne sont pas actuariels, liés strictement aux cotisations versées ; c'est ce qui fait le caractère social du système : les périodes de chômage ou d'arrêt-maladie, l'éducation des enfants ouvrent des droits à la retraite ; le minimum contributif augmente la retraite des salariés à bas salaires ; ni l'espérance de vie des cadres (plus longue), ni leur risque de chômage (plus faible) ne sont pris en compte ; les femmes ont les mêmes taux de retraite que les hommes, malgré une espérance de vie plus longue ; etc. Ce caractère social doit être maintenu et même accentué, en veillant toutefois à ne pas dégrader la rentabilité du système pour les cadres, qui sinon pourraient être tentés par le passage à un système autonome par capitalisation. Les cotisations doivent rester proportionnelles aux salaires si on veut que les prestations augmentent avec les salaires. Certes, il est légitime que les taux de remplacement soient plus bas pour les salaires élevés, mais la masse des cadres doivent bénéficier d'une retraite publique satisfaisante, ce qui est nécessaire, toujours pour que les cadres ne fassent pas sécession. Il n'est pas possible de faire financer par l'impôt des prestations plus élevées pour ceux qui ont touché des salaires plus élevés, comme il n'est pas possible de trop faire financer des avantages aux bas salaires par les cotisations sociales des cadres. Cela légitime la création du FSV, qui finance, par l'impôt, une partie des prestations non-contributives de retraite. Cependant le champ du FSV est maintenant trop vaste : autant il est légitime que le FSV finance des prestations ayant pour objectif d'augmenter les pensions les plus faibles, autant il ne l'est pas qu'il finance des prestations augmentant des pensions élevées (comme les majorations pour enfants élevés). Par ailleurs, il est légitime que les revenus du capital ne supportent pas de cotisations d'assurances sociales (puisque leurs titulaires ne bénéficient pas de prestations retraite ou chômage).

À la suite de la montée en puissance de la CSG, les cotisations salariés financent exclusivement des prestations d'assurances sociales. Le projet d'une réduction des cotisations salariés pour les bas salaires (annoncé par François Hollande le 31 mars 2014) n'avait aucune logique économique et sociale. Comme l'a fait remarquer le Conseil constitutionnel, qui a censuré le projet en août 2014, les cotisations salariés financent des prestations d'assurances sociales, de retraites ou de remplacement, réservées aux personnes ayant cotisé, dépendant des cotisations versées. Ces exonérations auraient brisé la

1 - Puisqu'elles ouvrent un droit à contrepartie, elles ne devraient pas figurer dans les prélèvements obligatoires dont le taux devrait être baissé d'environ 15,5 points, de 44,5 à 29 points.

logique contributive du système puisque des salariés auraient perçu des pensions sans avoir pleinement cotisé. Le Conseil a ainsi souligné la spécificité des cotisations sociales contributives et rappelé un principe sain de notre système de Sécurité sociale. Cependant il ne s'était pas opposé aux mesures d'exonérations de cotisations sociales employeurs portant sur les cotisations retraite, cotisations également contributives. Par contre, les exonérations de cotisations maladie ou famille ne sont pas illégitimes puisque ces cotisations n'ouvrent pas de droits individuels.

La mesure réduisait une nouvelle fois les ressources propres de la Sécurité sociale. Les exonérations de cotisations sociales patronales sont devenues la plus grande arme contre le chômage au détriment de l'objet même des cotisations : financer la Sécurité sociale. Certes, l'État aurait compensé ces exonérations, mais la Sécurité sociale aurait dépendu encore plus de transferts budgétaires d'autant que cette mesure s'ajoutait, pour les années récentes, à l'extension des réductions de cotisations sociales employeurs prévues dans le Pacte de responsabilité et aux transferts des ressources issues de la fiscalisation des majorations familiales de retraite et de la baisse du quotient familial.

Enfin, cette exonération aurait introduit une nouvelle complication sur les fiches de paie. Celles-ci comportent déjà une vingtaine de lignes de cotisations. De plus, les employeurs doivent calculer des exonérations de cotisations employeurs dégressives de 28 points au niveau du SMIC jusqu'à 1,6 fois celui-ci, auxquelles s'ajoute le Crédit d'impôt compétitivité emploi (CICE) de 6 % pour les salaires inférieurs à 2,5 fois le SMIC. À partir de 2016, les cotisations familiales seront abaissées de 1,8 point pour les salaires inférieurs à 3,5 fois le SMIC. Fallait-il une nouvelle dégressivité, avec un nouveau plafond, de 1,3 fois le SMIC ?

Les prestations universelles (maladie, famille) devraient logiquement être financées par l'impôt. Actuellement, elles sont essentiellement financées par des cotisations sociales employeurs (sans plafond), par la CSG et par des prélèvements sociaux sur les revenus du capital des ménages, qui compensent le fait que ceux-ci n'ont pas été soumis à des cotisations employeurs. Les entreprises ont besoin d'une main-d'œuvre en bonne santé (ce qui justifie qu'elles contribuent aux dépenses de santé), qui se renouvelle (ce qui justifie qu'elles contribuent aux dépenses de famille), qui soit disponible (ce qui justifie qu'elles contribuent aux frais de garde des enfants), de sorte qu'il n'est pas illégitime qu'elles contribuent au financement des prestations universelles. Malheureusement, les préoccupations de rentabilité des entreprises et de baisse du coût salarial font progressivement oublier cet argument.

Enfin, les prestations de solidarité (RSA, minimum vieillesse, prestations familiales sous condition de ressources) doivent logiquement être financées par l'impôt. Aujourd'hui, une partie est noyée dans les prestations universelles ; une autre (RSA socle, aide sociale) est financée par les impôts locaux ; une

autre par des prélèvements spécifique (CMU) ; le reste par les impôts nationaux.

Toutefois, la distinction entre les trois types de prestations est floue : l'existence d'assurances sociales et de prestations universelles rend moins nécessaires les prestations de solidarité, les prestations retraite comportent des éléments d'assurances sociales et de solidarité, les prestations familiales sont à la fois universelles et de solidarité, etc.

Faut-il séparer nettement les prestations d'assurances sociales (où le poids des partenaires sociaux demeure important), les prestations universelles (de plus en plus gérées par l'État) et les prestations d'assistance (confiées aux collectivités locales) ? Nous pensons au contraire qu'il faut maintenir l'unité de la protection sociale qui permet à celle-ci de bénéficier d'un fort consensus social et de la vigilance du mouvement syndical. Des régimes qui mêlent des prestations d'assurances, des prestations universelles et des prestations d'assurances ont le soutien des classes moyennes qui bénéficient de dispositifs assuranciels de redistribution horizontale (comme les retraites, les prestations chômage, l'aide à la garde d'enfants), comme des classes populaires (qui peuvent avoir des aides spécifiques). Ainsi, la masse des cotisants acceptent plus volontiers d'aider les plus pauvres et les précaires. Cela suppose que les prestations d'assurances et les prestations universelles soient d'un niveau satisfaisant, et que le droit des classes moyennes à en bénéficier elles aussi ne soit pas remis en cause. Ainsi, faut-il proclamer qu'il est légitime que le plafond des indemnités chômage soit élevé, que les allocations familiales et les remboursements maladie soient universels. Ainsi, les retraites publiques sont un droit salarial, né des cotisations, qui doit être autant garanti que les droits financiers ; il n'est pas légitime de les désindexer (sauf si les salaires le sont) ; il est encore moins légitime que la désindexation ne porte que sur les retraites dépassant un certain niveau (sauf, là encore si la même mesure est appliquée aux salaires). De même, les allocations familiales peuvent être considérées comme un droit salarial issu des cotisations, ce qui rend peu légitime leur mise sous condition de ressources ou leur désindexation.

Qui doit prendre les décisions en matière de protection sociale ? D'un côté, la protection sociale est issue du salariat ; c'est le fruit d'un compromis mutuellement avantageux qui a émergé au siècle dernier entre les entreprises et leurs salariés ; les partenaires sociaux continuent à gérer les retraites complémentaires et l'Unedic. De l'autre, la nécessaire universalisation des prestations famille et maladie, la mise en place de la loi de financement de la Sécurité Sociale, les contraintes européennes (qui portent sur le déficit et la dette de l'ensemble des administrations publiques) font que, de plus en plus, la protection sociale est gérée par l'État. Certes, la gestion par les partenaires sociaux posait des problèmes de légitimité pour des prestations devenues universelles ; les arbitrages nécessaires entre niveau des prestations et niveau des cotisations sont biaisés puisque les salariés réclament des hausses de cotisations employeurs en oubliant qu'en définitive, ce

sont les salaires nets qui supportent les cotisations employeurs ; en sens inverse, le refus des entreprises de toute hausse de leurs taux de cotisation peut aboutir à des baisses de prestations dont les bénéficiaires ne sont pas représentés dans les négociations. En période de conjoncture déprimée, le creusement des déficits des régimes complémentaires et de l'Unedic devient problématique, puisque ces organismes ne bénéficient pas du soutien de l'État. En sens inverse, l'étatisation fait courir le risque que les dépenses de protection sociale deviennent une variable d'ajustement des finances publiques. C'est ce que l'on constate quand Jean-Marc Ayrault, début 2013, réclame 2,5 milliards d'économies à la branche famille ou quand l'État annonce un objectif de 20 milliards d'économie de dépenses sociales comme contribution à la baisse de 50 milliards des dépenses publiques. La spécificité de la protection sociale est oubliée. Ni les cotisants, ni les bénéficiaires ne sont consultés.

Il n'y a pas de solution simple, mais, selon nous, la protection sociale doit être gérée de manière spécifique : les partenaires sociaux et les bénéficiaires des prestations (familles, retraités, chômeurs, malades, précaires) doivent participer aux prises de décisions. La protection sociale doit avoir ses objectifs spécifiques et ses ressources propres.

Un financement hétéroclite

Le financement de la Sécurité sociale était naguère assuré par des cotisations assises sur les salaires, puis sur l'ensemble des revenus d'activité. La création, puis la montée en puissance de la CSG et des prélèvements sociaux, ont permis d'élargir l'assiette du financement de la Sécurité sociale aux revenus de remplacement (CSG, CRDS), aux revenus du capital et aux rémunérations extra-salariales (tableau 1). S'y ajoutent maintenant des impôts et taxes dont certaines ont un lien précis avec la protection sociale (comme les taxes sur les médicaments, les droits de consommation sur le tabac ou de boissons alcooliques, la C3S), mais les autres non (comme la taxe sur les salaires, la taxe sur les véhicules de sociétés, et la TVA). Du fait de la compensation des baisses de cotisations du Pacte de responsabilité, les impôts transférés devraient augmenter encore de 6 milliards en 2015. Ces impôts sont repartis de façon plus ou moins arbitraires entre les différentes branches du régime général, le Fond de Solidarité Vieillesse, la Caisse Nationale de Solidarité Active générant ainsi arbitrairement les soldes des différents régimes. Enfin, les administrations locales financent pour 29,5 milliards de prestations sociales (RSA socle, APA, ASH, ASE).

Cet éclatement des ressources fragilise la Protection sociale. Il serait préférable que le système de financement soit rationalisé, de sorte que progressivement la CNAV ne soit financée que par des cotisations, que les taxes comportementales finissent la CNAM, que l'État prenne en charge les

déficits conjoncturels des régimes (y compris des régimes complémentaires et de l'Unedic), que les points de TVA maintenant nécessaires pour financer la Sécurité sociale soient soit clairement affectés à chacune des branches. Les éventuelles futures hausses de cotisations (en matière de retraite) pourraient porter sur les cotisations salariés de sorte que le choix social des salariés – cotisation/niveau des retraites/âge de départ requis – soit transparent et ne pèse pas sur la compétitivité. De même, toute augmentation future en matière de dépenses de santé pourrait être financée par la CSG. Là aussi, cela n'affecterait pas la compétitivité des entreprises.

Tableau 1

Ressources du Régime général, du FSV, de la CNSA et de la CADES en 2013

Cotisations effectives (dont non-contributives)	245,9 (113,7)
dont cotisations patronales	182,0
cotisations salariés	48,1
cotisations non-salariés	17,4
Transferts d'équilibre employeurs	38,2
Cotisations prises en charge par l'État	3,2
CSG/CRDS	90,8 /6,5
Autres contributions sociales	17,7
Impôts et taxes	51,2
dans taxes sur la consommation (tabac, boissons)	15,0
taxes sur les médicaments	0,9
taxe sur les assurances maladie	2,1
taxe sur les assurances automobiles	1,1
taxe sur les véhicules de sociétés	0,9
Contribution tarifaire d'acheminement	1,4
C3S	5,6
Taxe sur les salaires	13,1
TVA	9,6

Source : Commission des comptes de la Sécurité sociale (septembre 2014)

La France a un niveau élevé d'impôts locaux. Ceux-ci sont archaïque et moins progressifs que les impôts nationaux. Ils sont plus inégalitaires : les riches paient peu dans des communes riches et les pauvres paient beaucoup dans les communes pauvres. Tant en termes d'efficacité économique que de justice sociale, la France devrait inverser les développements récents qui ont réduit l'impôt sur le revenu et augmenté les impôts locaux. Aussi, serait-il souhaitable que les impôts locaux ne servent pas financer des prestations d'assistance. Ceci permettrait de réduire la taxe d'habitation, quitte à augmenter la CSG ou mieux l'impôt sur le revenu.

Remplacer les cotisations employeurs non contributives

Les cotisations sociales employeurs non contributives, famille et maladie, représentaient, en 2013, 17,6 points de la masse salariale non plafonnée, soit environ 114 milliards d'euros pour les entreprises. Au nom de la baisse du coût du travail, de la recherche de compétitivité et de rentabilité, les entreprises font une forte campagne pour la diminution des charges sociales, campagne à laquelle les gouvernements successifs cèdent progressivement,

ce qui met en péril cette ressource de la protection sociale.

Le patronat met en avant la responsabilité des « charges sociales » dans le niveau du coût du travail, en feignant d'oublier que les cotisations sociales sont en fait du salaire indirect, soit individuellement pour les retraites, les allocations de remplacement maladie-maternité, les prestations chômage, les accidents du travail, soit collectivement pour la famille ou la maladie. Réduire ces prétendues « charges sociales », c'est obligatoirement réduire le niveau de vie des salariés, qui devraient payer des primes pour leur assurance maladie ou pour leur retraite, ou vivre leur retraite dans la pauvreté, qui devraient payer pour faire garder leurs très jeunes enfants ou ne recevreraient plus de prestations familiales ou chômage.

Les exonérations de cotisations sociales représentaient, en 2013, 25,1 milliards d'euros (soit 19,5 milliards pour les exonérations bas salaires plus 5,6 milliards pour les mesures d'exonérations ciblées, dont 2,9 milliards ne sont pas compensés). À partir de janvier 2014, a été mis en place, le CICE, soit un crédit d'impôt de 6 % de la masse salariale pour les salaires inférieurs à 2,5 fois le SMIC, pour un coût de 17 milliards. Enfin, le Pacte de responsabilité prévoit la baisse de 11 milliards des cotisations sociales employeurs par un renforcement des allègements sur les bas-salaires et par une baisse de 1,8 point des cotisations famille pour les salaires inférieurs à 3,5 fois le SMIC.

D'une part, on aboutira à un système extrêmement compliqué, où les cotisations sociales seraient progressives pour les rémunérations inférieures à 1 à 1,6 fois le SMIC, proportionnelles ensuite avec un crédit d'impôt pour les rémunérations inférieures à 2,5 fois le SMIC et une réduction pour celle inférieure à 3,5 fois. Au niveau du SMIC, les exonérations de cotisations vont nettement au-delà des cotisations non-contributives.

D'autre part, le financement de la protection sociale est fragilisé. Les mesures prises au coup par coup ne vont pas dans le sens d'une grande réforme du financement de la Sécurité sociale². Mais peut-on se passer des actuelles cotisations employeurs, maladie et famille ?

Cinq projets sont sur la table pour réduire ou supprimer ces cotisations (voir, Sterdyniak et Villa, 1998, Groupe de travail, 2006, CAS, 2006, COE, 2006). Les deux premiers n'amélioreraient pas la compétitivité globale des entreprises, mais pourraient favoriser l'emploi. Les trois autres supposent une baisse des revenus des ménages.

Instaurer une CSVA (contribution sociale sur la valeur ajoutée) consisterait à changer l'assiette des cotisations sociales de façon à taxer l'ensemble de la valeur ajoutée, donc aussi le profit et le capital au lieu de taxer seulement les salaires, et donc l'emploi. Les entreprises seraient incitées à utiliser plus de

2 - En 2012, le gouvernement aurait mis en place un « Haut conseil du financement de la protection sociale », dont les préconisations n'influencent guère les décisions prises.

travail et moins de capital ; les entreprises de main-d'œuvre ne seraient plus défavorisées par rapport aux entreprises capitalistiques. Cette mesure a été rejetée à maintes reprises en France ; on lui a reproché de surtaxer l'industrie, de nuire à l'innovation. Mais les innovations qui consistent à remplacer des emplois par des machines sont-elles justifiées en situation de chômage de masse ?

La taxe carbone (et plus généralement la fiscalité écologique) pourrait être utilisée pour réduire les cotisations employeurs. Ainsi, les entreprises seraient-elles incitées à utiliser moins d'énergie et plus de travail. Prise par la France seule, une forte hausse de la fiscalité carbone ferait courir le risque de provoquer des pertes de compétitivité des entreprises industrielles et, en particulier, d'inciter à la délocalisation des secteurs fortement émetteurs de carbone. C'est une mesure nécessaire à terme, mais il faudrait l'instaurer dans le cadre de l'UE et de l'OMC. Une partie importante des ressources dégagées par l'instauration d'une taxe carbone devrait être utilisée pour indemniser les ménages et les entreprises les plus frappés par la taxe ou pour financer les investissements en économies d'énergie en France ou dans les pays émergents (comme il est envisagé dans les négociations internationales) et ne serait pas disponible pour financer la baisse des cotisations employeurs. Par ailleurs, il existe une contradiction entre la préoccupation écologique (une taxation forte et ciblée peut être si dissuasive que son rendement ex post est faible) et la préoccupation fiscale : la taxe doit être rentable pour dégager des marges de manœuvre afin de diminuer fortement les cotisations employeurs

Augmenter les taux de TVA et baisser les cotisations sociales employeurs (la TVA sociale) ne favorisera pas l'emploi (et les entreprises de main-d'œuvre) au détriment du capital (et des secteurs capitalistiques), car la TVA, qui ne pèse pas sur l'investissement, est comme les cotisations sociales un taxe sur les salaires. La mesure se traduirait par une hausse des prix à la consommation. Même si les prix des produits français vendus en France restaient fixes (la hausse de la TVA compensant la baisse des cotisations que les entreprises répercuteraient en totalité), les prix des produits importés augmenteraient pour les consommateurs. La réforme ne serait pas payée par nos fournisseurs étrangers, mais bien par les ménages français qui devraient payer plus cher les produits importés. Au final, soit les salaires et les prestations augmenteraient à la suite de ces hausses de prix, ce qui ferait progressivement disparaître les gains immédiats de compétitivité ; soit, il faudrait bloquer salaires et prestations et imposer aux salariés et aux retraités d'accepter une baisse de pouvoir d'achat au nom de la compétitivité. Dans ce deuxième cas, les gains de compétitivité pourraient être durables, mais ils seraient obtenus au prix de pertes de pouvoir d'achat des ménages.

La mesure la plus transparente (préconisée par l'Institut Montaigne, 2012, l'OCDE, 2013, et le Medef) serait de baisser les cotisations employeurs et d'augmenter simultanément la CSG du même montant en disant clairement aux Français : « Acceptez des pertes de pouvoir d'achat pour améliorer la

compétitivité des entreprises françaises ». La hausse de la CSG devrait porter sur tous les revenus. Contrairement à ce que préconise le Medef, il serait difficile de frapper spécifiquement les revenus du capital (déjà fortement taxés) ou les retraités (qui ne bénéficient pas de hausses de pouvoir d'achat, dont les pensions devraient baisser relativement du fait des réformes en cours, qui paient de lourdes primes aux complémentaires santé). Certes, la Sécurité sociale resterait assurée d'une ressource spécifique. Mais comment garantir que les entreprises augmenteraient bien l'investissement et l'emploi en France ? La hausse de l'investissement et le gain en commerce extérieur compenseraient-ils la baisse inéluctable de la consommation ? Si elle était généralisée, cette politique de dévaluation déguisée, à l'allemande, nuirait à la demande et donc à la production, de la zone euro. Chaque pays de la zone euro doit-il se lancer isolément dans une stratégie d'exportation de son chômage ?

Jusqu'à présent, les mesures de réduction de cotisations employeurs décidées par le gouvernement seraient financées par une baisse des dépenses sociales, dont le contenu n'est pas vraiment explicité, dont une partie est laissée sous la responsabilité des partenaires sociaux (retraites complémentaires, Unedic).

Il n'existe pas de réforme miracle du financement qui améliorera la compétitivité des entreprises françaises sans dégrader le pouvoir d'achat des ménages. Rien ne justifie que la compétitivité soit recherchée en priorité par la baisse des dépenses sociales. D'un côté, il faut gérer la protection sociale selon ses objectifs propres, de l'autre, la compétitivité doit être recherchée soit par la R&D et l'innovation, soit, en dernier recours, par une baisse des salaires (et des dividendes) versés par les entreprises, baisse qui doit se répercuter proportionnellement sur les prestations sociales, mais cela suppose aussi, qu'en période de bonne conjoncture, ces prestations bénéficient des hausses de pouvoir d'achat des salaires.

IR-CSG, la fusion dangereuse...

La question de la fusion entre l'IR et la CSG peut être analysée selon deux points de vue, celui de la fiscalité ou celui de la protection sociale. Du point de vue fiscal, la France a un système original en Europe où les prélèvements directs sur les revenus des ménages comportent un impôt progressif, l'impôt sur le revenu, dont le barème est fortement progressif, qui comporte de nombreuses dépenses fiscales, qui est familial, mais qui ne rapporte que 68,9 milliards en 2013 (soit 3,3 % du PIB) et un impôt proportionnel, à assiette large, la CSG-CRDS, qui rapporte 97,8 milliards (soit 4,6 % du PIB), auquel s'ajoutent différents prélèvements sociaux pour 13,8 milliards (soit, 0,6 % du PIB). Il faut tenir compte aussi des 118,5 milliards (5,6 % du PIB) de cotisations sociales employeurs, famille et maladie, non-contributives, qui certes sont payées par les entreprises mais qui, du point de vue économique, sont un impôt pesant sur les salaires ; elles doivent être ajoutées à l'analyse puisque ce sont elles qui justifient les prélèvements sociaux spécifiques sur

les revenus du capital. Ces cotisations ont en France en double particularité : elles ne sont pas plafonnées ; elles réduites pour les bas salaires (et même négatives au niveau du SMIC), de sorte qu'elles contribuent fortement à la progressivité du système français.

L'État des lieux

L'équité des prélèvements sur les différents types de revenus pose problème : la notion de salaire super-brut, brut et net n'a pas d'équivalent pour les revenus de remplacement ou les revenus du capital ; la CSG est en partie déductible de l'IR, en partie ; le revenu imposable n'est pas le revenu effectivement perçu ; la CSG pèse sur les cotisations retraites et chômage, mais pas sur les cotisations employeurs ; la CSG est plus faible pour les retraités ; etc. Cela génère des sentiments d'arbitraire et d'injustice.

En fait, la montée en puissance des prélèvements sociaux comme la soumission des revenus du capital au barème de l'IR ont dans la période récente fortement augmenté la taxation des revenus du capital. En considérant que toutes les cotisations sociales sont supportées en fin de compte par les salariés, mais que les cotisations sociales contributives (retraite, chômage, cotisation maladie de remplacement) sont un salaire différé et pas un impôt, il est possible de comparer le taux d'imposition économique des différents types de revenu selon la formule :

Taux d'imposition économique = (IR + CSG + CRDS + prélèvements sociaux + cotisations non contributives + impôt sur les sociétés) / (revenu super brut – cotisations contributives).

Il apparaît alors que les salaires, les BIC, les revenus fonciers, les dividendes et les plus-values mobilières sont taxés à des taux approximativement égaux (tableau 2). Les prélèvements sociaux des revenus du capital compensent les cotisations sociales employeurs non-contributives des salariés. Les intérêts sont nettement plus taxés puisque l'imposition porte sur les intérêts nominaux et pas sur les intérêts réels. Par contre, les retraites sont moins taxées puisqu'elles ne supportent pas de cotisations employeurs, ni de prélèvements sociaux. Mais, jadis les retraites ne paient pas de cotisations salarié maladie et les retraités ont déjà souffert de la montée en puissance de la CSG. Les deux grands

Tableau 2
Taux d'imposition économique marginal en 2013

Salaires	61,4
Retraites	51,0
BIC	59,6
Intérêts	116,4*
Revenus fonciers	62,4
Loyers implicites	10,0
Plus-values immobilières	0 / 46
Dividendes	62
Plus-values taxées	65,8 / 60,4
Plus-values non taxées	34,4

* hypothèse : taux d'intérêt : 3 %, taux d'inflation 1,5 %

trous noirs sont les loyers implicites (mais qui osera y toucher ?) et les plus-values latentes (mais il est difficile de les imposer).

Par ailleurs, le système français est déjà fortement redistributif, en particulier du fait du non-plafonnement des cotisations employeurs et des prélèvements sociaux d'un côté, des allocations logements et du RSA de l'autre, de sorte qu'il est sans doute illusoire d'envisager d'augmenter fortement son caractère redistributif.

Tableau 3
Fiscalité et redistribution (famille avec deux enfants),
en euros par mois, en 2013

	SMIC	4 SMIC	10 SMIC
Salaire super-brut	1 685	8 227	20 595
Cotisations vieillesse-chômage patronale (3)	330	1 318	3 318
Cotisations maladie-famille (2)	297	1 189	2 975
Exonération bas-salaires (5)	372		
Salaire brut (1)	1 430	5 720	14 302
Cotisations vieillesse-chômage salariés (4)	197	789	1 836
CSG-CRDS (6)	112	450	1 124
RSA/AL/AF/ARS (7)	371/280/129/60	129	129
IR (8)	0	235	1 846
Revenu disponible	1 961	4 375	9 625
Taux de consommation	100 %	90 %	80 %
Impôts indirects (9)	327	656	1 284
Impôt-prestations* (10)	-476	2 401	7 100
Taux net d'imposition (11)**	-41,1 %	39,2 %	46,0 %

* (10) = (2)+(6)+(8)+(9)-(5)-(7) ; ** (11) = (10)/((1)+(2)-(4)-(5))

Fusion : le pour et le contre

Certains, comme Landais, Piketty et Saez (2011) préconisent une grande fusion entre l'IR et la CSG³. Cette fusion permettrait de repenser, sur une base large, l'ensemble du système de prélèvements sur les ménages, son équité, sa progressivité, son caractère familial. La réforme pourrait être l'occasion de supprimer les dépenses fiscales ; l'« impôt citoyen » ainsi créé pourrait être prélevé à la source. Le candidat Hollande avait repris ce projet à son compte dans le quatorzième engagement de son programme : « La contribution de chacun sera rendue plus équitable par une grande réforme permettant la fusion à terme de l'impôt sur le revenu et de la CSG dans le cadre d'un prélèvement simplifié sur le revenu (PSR). Une part de cet impôt sera affectée aux organismes de Sécurité sociale. Les revenus du capital seront imposés comme ceux du travail ». De toute évidence, cet engagement ne sera pas tenu. Faut-il le regretter ?

Une grande partie des avantages que LPS attribue à leur réforme sont illusoires, contestables ou peuvent être obtenus par des réformes de l'IR sans fusion avec la CSG.

Comme nous l'avons vu, la définition de la notion de revenu est problématique : les salaires bruts ont déjà subi les cotisations employeurs ; les salaires nets ont payé les cotisations salariés ; les intérêts intègrent une part de compensation de l'inflation ; les dividendes ont déjà payé l'IS. Les soumettre à un même impôt unifié sur le revenu peut paradoxalement être source de plus d'injustice que le système actuel qui essaye de tenir compte de ces différences par le prélèvement social et l'abattement sur les dividendes. Imposer à l'IR de façon équivalente les

revenus du travail et du capital suppose que l'on tienne compte de l'IS déjà versé, mais aussi que l'on maintienne un prélèvement social sur les revenus du capital pour compenser les cotisations maladie et famille qui pèsent sur les salariés.

Faut-il supprimer les exonérations et taux réduits de CSG dont bénéficient les retraités et chômeurs les plus pauvres auxquels on n'a pas voulu faire supporter le poids de la montée en puissance de la CSG ?

Certes, l'assiette de l'IR est mitée par des exonérations, plus importantes que celle de la CSG, mais certaines sont justifiées (par exemple, il est légitime de ne pas taxer les cotisations retraites et chômage qui financent des prestations qui seront soumises à l'IR ; l'abattement de 40 % sur les dividendes compense l'IS déjà supporté).

Le système français comporte de nombreuses dépenses fiscales, de l'ordre de 34 milliards pour l'impôt sur le revenu, 60 % de son montant. Celles-ci nuisent à la progressivité de l'impôt ; beaucoup n'ont aucune justification économique et sociale et n'ont été mises en place que pour satisfaire un groupe de pression. Leur suppression totale semble être une réforme évidente. Cependant, certaines dispositions fiscales ne font qu'évaluer la capacité contributive des ménages. C'est le cas du quotient familial, qui ne fait que prendre en compte la taille du ménage pour évaluer son niveau de vie. De même, est-il légitime d'autoriser la déduction des pensions alimentaires, des dons aux œuvres, des frais de garde des enfants, des frais spécifiques des personnes dépendantes, etc.

D'autres sont justifiées pour des raisons sociales. Elles ne pourraient pas être supprimées sans mettre en place des dispositifs de remplacement : demi-parts supplémentaires pour les enfants des familles nombreuses ou pour les invalides. Il serait peu justifiable de taxer les prestations familiales qui sont déjà loin d'assurer la parité des niveaux de vie entre les familles et les personnes sans enfants (voir Sterdyniak, 2011).

D'autres correspondent à une logique fiscale. C'est le cas de l'abattement de 10 % pour frais professionnels des salariés (qui est excessif mais évite au fisc d'avoir à traiter de nombreuses demandes

3 - Voir une analyse critique dans Sterdyniak (2012).

d'imposition aux frais réels, qui compense les possibilités des non-salariés de faire passer une partie de leurs dépenses personnelles en frais professionnels), et par conséquence de l'abattement plafonné des retraités.

Certaines dépenses fiscales devraient être transformées en subventions : monuments historiques, travaux pour les économies d'énergie, aides aux DOM-TOM. Les crédits d'impôt remboursable (PPE) sont déjà en fait des subventions.

Le gouvernement actuel a déjà supprimé la non-imposition des heures supplémentaires. Il a abaissé à 10 000 euros le plafond appliqué à l'ensemble des avantages que tire un ménage de certains dispositifs fiscaux. Le plafonnement des niches est cependant une voie moins efficace que celle consistant à regarder, dépenses fiscales par dépenses fiscales, si elles doivent être maintenues ou remplacées. Un nettoyage progressif du système actuel par la disparition des dépenses fiscales injustes nous semble un chemin plus assuré que le mythe de la grande réforme.

En fait, le problème de la fiscalité française réside dans les dispositifs qui permettent d'échapper à la taxation. Certains ont été supprimés (par exemple, l'exonération des plus-values mobilières sous un certain plafond de cession). D'autres persistent : ainsi, les contrats d'assurance-vie bénéficient-ils, au bout de 8 ans de détention, d'un taux de prélèvement libératoire à l'IR de 7,5 %, qui n'a aucune justification ; ainsi, les PEA qui permettent d'échapper, au bout de huit ans de détention, à l'imposition des dividendes et des plus-values. Reste aussi la possibilité qu'utilisent les familles riches d'échapper à la taxation des dividendes et des plus-values par la donation aux enfants (en vie ou au moment du décès). Ainsi, un riche actionnaire peut loger ses titres dans une société ad hoc qui reçoit ses dividendes, utiliser les titres de cette société comme caution pour obtenir des prêts de sa banque qui lui fournissent les sommes dont il a besoin pour vivre et ainsi déclarer un faible revenu (ce qui lui permet, grâce au plafonnement, d'échapper à l'ISF), puis léguer les titres de cette société à ses enfants. L'autre trou noir de la fiscalité reste les loyers fictifs. Mais il n'est pas nécessaire de faire de la fusion de l'IR avec la CSG pour supprimer les exonérations injustifiées à l'IR.

LPS propose que le nouvel impôt soit individuel, sans prise en compte des enfants à charge ; en contrepartie, le quotient familial et les prestations familiales seraient remplacés par une allocation uniforme par enfant. Mais ce choix n'est pas lié à la fusion. On pourrait au contraire profiter de la fusion pour rendre l'impôt citoyen plus familial, en appliquant le quotient familial à l'ensemble de l'impôt fusionné.

Un des grands avantages de l'impôt proposé serait, nous dit-on, la possibilité de le prélever à la source. Mais un impôt simplifié, prélevé à la source, est-il compatible deux spécificités de notre IR : son caractère global et familial ? Dans de nombreux pays, l'impôt est individuel ; la taxation des revenus du travail est progressive ; celle du capital est proportionnelle. Ce système est obligatoirement moins

équitable que le système français : les familles sont surtaxées ; les revenus du capital sont sous-taxés. Faut-il accepter cette dégradation de notre système fiscal pour faciliter la collecte de l'impôt ?

Si on s'y refuse, l'impôt pourrait certes être collecté à la source, sans délai, par l'entreprise et les organismes financiers (par exemple sur la base du taux moyen de l'année précédente). Les entreprises seraient chargées de collecter l'impôt de leurs salariés, ce qui pose à la fois des problèmes de nouvelles charges administratives pour elles, de confidentialité pour le salarié (qui devra indiquer à l'entreprise sa situation fiscale et les changements au cours d'année) et de responsabilité (en cas de changement des versements en cours d'année). Mais le contribuable devra tout de même faire une déclaration récapitulative à la fin de l'année. Le gain sera faible par rapport à la situation actuelle. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de faire la fusion et même de passer par l'entreprise pour prélever l'IR sans délai (par exemple en demandant aux banques de prélever l'IR sur tous les salaires et revenus financiers reçus au taux moyen que le ménage a payé l'année précédente).

En sens inverse, la fusion pose trois problèmes. L'IR souffre d'être un impôt emblématique, celui qui est souvent diminué sans cohérence d'ensemble pour donner un signal aux contribuables (on l'a vu encore avec les mesures d'allègement prises en 2014) ; celui qui est utilisé pour mettre en place des exonérations et des dépenses fiscales. Au contraire, le principe de l'universalité de la CSG est resté pratiquement inviolé. On peut craindre que la fragilité de l'IR s'étende à l'impôt fusionné. La CSG et les cotisations sociales sont d'autant mieux acceptées qu'elles ont des objets précis ; le lien, individuel et collectif, entre niveau de cotisations et niveau de prestations, devrait même être renforcé pour bien faire apparaître le choix social que représente la protection sociale. La fusion de la CSG et de l'IR, affaiblirait ce lien. Enfin et surtout, la fusion serait un nouveau pas vers l'étatisation.

Les améliorations possibles

Aussi, d'autres, dont nous sommes, préconisent-ils le maintien de la stricte différenciation entre un impôt finançant les dépenses publiques et une contribution sociale généralisée, finançant la protection sociale. C'est aussi la position des syndicats de salariés. Cette distinction permet de maintenir une ressource bien définie à la Sécurité sociale. En cas de fusion, la Sécurité sociale aurait à défendre ses ressources, chaque année, contre les autres dépenses publiques.

La CSG est d'autant plus acceptée qu'elle finance clairement des prestations profitant aux ménages. Par ailleurs, les prélèvements sociaux permettent de faire contribuer de façon satisfaisante les revenus du capital au financement de la protection sociale. C'est aussi le rôle du forfait social pour les rémunérations extra-salariales. Le barème de l'impôt sur le revenu d'un côté, ceux du RSA-activité, des allocations-logement, des prestations familiales permettent d'obtenir la progressivité requise pour l'ensemble du système.

Il reste sans doute à faire les ajustements nécessaires pour supprimer les éléments d'injustice que pourrait encore comporter le dispositif actuel et à bien vérifier que tous les éléments du revenu des ménages contribuent de façon équitable au financement de la protection sociale.

Actuellement, la CSG frappe bien l'ensemble des revenus des ménages, sauf quelques exceptions justifiables comme les retraites et les prestations chômage des foyers à bas revenus, les revenus minimum et les prestations familiales. Les prélèvements sociaux frappent bien tous les revenus du capital des ménages. Par contre, CSG et prélèvements sociaux pourraient être étendus aux intérêts réels des livrets réglementés. Y échappent encore les loyers implicites, les plus-values immobilières sur la résidence principale et les plus-values mobilières non-réalisées.

La montée en puissance du forfait social a fortement réduit les niches sociales. Ne subsistent que guère que celles sur la prévoyance complémentaire, les tickets-restaurant et les chèques vacances et surtout les primes des fonctionnaires, dont l'exonération est injustifiable.

Certains ont proposé de rendre la CSG progressive. C'est en fait pratiquement impossible. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que l'on ne peut qu'approuver, un prélèvement proportionnel doit prendre en compte l'ensemble des revenus du ménage et doit tenir compte de sa composition. Une CSG progressive nécessiterait donc de dupliquer chaque mois le calcul du revenu du ménage par part fiscale, tel qu'il est effectué une fois par an par le fisc, tant au niveau des employeurs qu'au niveau des établissements financiers. La progressivité du prélèvement s'appliquerait-elle sur une base mensuelle ou annuelle ? Tous les avantages de simplicité de la CSG seraient perdus.

La seule progressivité envisageable devrait être simple. Il faudrait introduire un abattement individuel (par exemple du montant du SMIC pour un adulte), transmissible au conjoint (en cas d'inactivité ou d'activité réduite), auquel s'ajouteraient un abattement de moitié par enfant à charge. Ainsi, le taux de la CSG serait nul jusqu'au niveau du SMIC, mais devrait être de l'ordre de 15 % au-delà, ce qui est élevé.

Actuellement, pour les revenus d'activité, des 8 points de CRDS-CSG, 5,1 points sont déductibles de l'IR ; 2,9 points ne le sont pas. Pour les revenus du capital, des 15,5 points de CRDS-CSG-PS, 5,1 points sont déductibles (et 10,4 points ne le sont pas). Ce chiffre de 5,1 points n'a aucune justification autre qu'historique. Le système pourrait être simplifié de deux façons contradictoires :

- rendre la totalité de la CSG non-deductible augmenterait le rendement de l'IR. Le système serait ainsi plus progressif et plus familial. Toutefois, cela pourrait être compensé par une baisse proportionnelle des taux nominaux de l'IR, de sorte que l'impact final pourrait être pratiquement nul ;

- rendre la totalité de la CSG déductible diminuerait le rendement de l'IR. Cela pourrait être compensé par une hausse proportionnelle des taux nominaux de l'IR, de sorte que l'impact final serait une hausse de la taxation des revenus du travail et une baisse de la taxation des revenus du capital (qui souffrent le plus de la non-deductibilité).

Le fait est qu'il est peu justifié de taxer à l'IR la part des revenus prélevée par la CSG, affectée à des prestations universelles et dont le contribuable ne bénéficie pas directement. De ce point de vue, la deductibilité totale semble s'imposer. En sens inverse, elle oblige, soit à rendre le système moins redistributif, soit à augmenter les taux apparents de l'IR. Ainsi, le statut quo semble s'imposer.

Pour conclure

Le financement de la protection sociale doit reposer sur cinq piliers qui doivent être consolidés et rationalisés :

- des cotisations sociales contributives, salariés et employeurs, pour financer les prestations d'assurance sociale, assises sur tous les revenus d'activité ;
- une CSG proportionnelle frappant la totalité des revenus des ménages, à l'exception de certains transferts sociaux ;
- des cotisations employeurs pour financer les prestations maladie et famille ;
- des prélèvements sociaux sur tous les revenus du capital, qui compensent les cotisations employeurs, maladie et famille, pesant sur les revenus du travail. Un formait social pour les rémunérations extra-salariales ;
- des ressources fiscales bien définies comportant des taxes comportementales affectées à la maladie, et, si nécessaire, des points supplémentaires de TVA.

Les exonérations de cotisations sociales doivent être considérées comme des instruments de la politique de l'emploi et être remboursées aux organismes de protection sociale. L'État doit prendre en charge les déficits structurels des organismes de protection sociale (et prélever les excédents structurels).

Pour rendre acceptable le niveau élevé des prélèvements sociaux, ils doivent être clairement distingués et ouvrir des droits précis, socialement garantis et gérés. Les prestations familiales doivent être universelles et, de même que les prestations de solidarité (RSA, minimum vieillesse), être indexées sur le salaire médian ; l'assurance maladie doit rembourser le panier de soin médicalement nécessaire ; les prestations vieillesse doivent assurer un taux de remplacement satisfaisant à un âge socialement décidé, correspondant aux pratiques de gestion de la main-d'œuvre des entreprises.

Références :

- Allègre G., G. Cornilleau et H. Sterdyniak (2007), « Vers la fusion de l'impôt sur le revenu et de la CSG ? », *Revue de l'OFCE*, n° 101, avril.
- Artus P, H. Sterdyniak et P. Villa (1980) : « Investissement, emploi et fiscalité », *Économie et Statistique*, novembre.
- Besson E. (2007), TVA Sociale, La Documentation française, septembre.
- Bunel M., C. Edmond et Y. L'Horty (2014), « Évaluer les réformes des exonérations générales de cotisations sociales », *Revue de l'OFCE*, n° 126.
- Cahuc P. et S. Carcillo (2014), *Alléger le coût du travail pour augmenter l'emploi : les clefs de la réussite*, Institut Montaigne, mars.
- CAS (2006), « Réforme du financement de la protection sociale, avis de synthèse ».
- CSERC (1996), « L'allègement des charges sociales sur les bas salaires », *La Documentation Française*.
- COE (2006), « Avis sur l'élargissement de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale », *mimeo*.
- Comité d'évaluation des dépenses fiscales et des niches sociales (2011), *Rapport*.
- Friot B. (1999), *Et la cotisation sociale créera l'emploi*, La Dispute.
- Groupe de travail sur l'élargissement de l'assiette des cotisations employeurs de cotisation sociale (2006), *Rapport*, mai.
- Heyer Éric et Plane M. (2014) : » Impact des allégements des cotisations patronales des bas salaires sur l'emploi », *Revue de l'OFCE*, n° 126.
- Institut Montaigne (2012) : Une fiscalité au service de la « social compétitivité », mars.
- Landais C., Piketty T. et Saez E. (2011), *Pour une révolution fiscale*, Paris, Le Seuil, 2011.
- OCDE (2013), « France 2013 », Chapter 1, *OECD Economic Surveys*.
- OCDE (2014), *Panorama de la société 2014, la crise et ses retombées*.
- Rapport inter-administratif au Parlement sur les conditions de mise en œuvre d'une fusion progressive de l'impôt sur le revenu et de la CSG (2012).
- Sterdyniak H. et P. Villa, (1984), « Faut-il substituer de la TVA aux cotisations sociales des employeurs », *Observations et diagnostics économiques*, Janvier 1984.
- Sterdyniak H. et P. Villa, (1998), « Pour une réforme du financement de la Sécurité sociale », *Observations et diagnostics économiques*, octobre.
- Sterdyniak H. (2007), “Low-skilled Jobs: The French Strategy”, *OFCE Working Paper*, n° 200715, juillet.
- Sterdyniak H. (2011), « Faut-il remettre en cause la politique familiale française ? », *Revue de l'OFCE*, n° 116, janvier.
- Sterdyniak H. (2012), « Une lecture critique de l'ouvrage Pour une révolution fiscale », *Revue de l'OFCE*, n° 122.

DOSSIER THÉMATIQUE

Comment réformer le financement de l'assurance maladie et de la santé ?

Quelle stratégie de financement pour la santé ?

Jacques Bichot

Économiste, professeur émérite à l'université Lyon 3

Conformément au dicton, la santé n'a pas de prix, mais elle a un coût. Et ce coût est de plus en plus élevé au fur et à mesure que progresse la médecine. Mains exemples de rendements décroissants montrent que l'essor de la médecine numérique et l'élargissement du marché sur lequel se rentabilisent beaucoup d'innovations ne suffiront pas forcément à contrebalancer les facteurs de renchérissement : ainsi, le coût des recherches nécessaires à la mise au point d'une thérapeutique ne dépend pas de la fréquence de l'affection à soigner, si bien que les recherches sur les maladies rares débouchent sur des traitements dont le coût par malade soigné est plus élevé, ce qui ouvre des perspectives exponentielles d'augmentation des budgets. De même, les avancées thérapeutiques consistent assez souvent à maintenir en vie, moyennant des soins onéreux, des personnes qui seraient autrefois assez rapidement passées de vie à trépas : bien des progrès médicaux génèrent ainsi une augmentation de la prévalence de divers troubles fréquents durant les longues fins de vie, et donc une double croissance de la demande de soins. Par exemple, les personnes atteintes d'un cancer qui bénéficient d'une rémission grâce aux progrès de l'oncologie se font traiter plus longtemps non seulement contre le cancer, mais aussi pour divers problèmes qui surgissent classiquement chez les personnes affaiblies ou âgées. Par ailleurs, la propension croissante à rechercher si un échec médical ou chirurgical ne résulterait pas d'une faute professionnelle entraîne une prolifération de frais judiciaires et assurantiels dont la répercussion sur le coût des soins peut être conséquente, comme on le voit aux États-Unis.

Tout ceci s'ajoute au fait que la santé est un bien supérieur, c'est-à-dire un bien auquel la plupart des hommes sont prêts à consacrer une fraction croissante de leur budget lorsque celui-ci augmente. Il en résulte que, même dans les pays comme la France où il ne reste plus beaucoup de personnes privées d'accès à des soins modernes, l'augmentation du poids des activités thérapeutiques dans le PIB a de fortes chances de se poursuivre. Mais le rythme de cette croissance n'est pas indépendant de la façon dont la dépense est financée. Un financement très majoritairement étatique, effectué par une assurance maladie dont le budget, fixé par une loi, provient d'un mélange impossible à préciser de cotisations, d'impôts et de recours à l'emprunt, ne donne pas aux citoyens la possibilité de peser efficacement sur la proportion du revenu national consacré à cette dépense. Leur seul moyen d'action sur la fraction majoritaire de la dépense qui est prise en charge par

l'assurance maladie est en effet leur vote aux élections législatives et présidentielles. Or ces élections ont des enjeux multiples et les programmes des candidats ne les engagent pas de façon précise ; elles ne constituent donc pas un moyen efficace pour assurer une correspondance correcte entre le budget de l'assurance maladie et la vox populi.

De ce fait le choix par les pouvoirs publics du niveau du financement des soins par l'assurance maladie, choix que symbolisent les lois de financement de la sécurité sociale (LFSS), ne correspond pas forcément à la médiane des préférences individuelles ; c'est un point faible de nos démocraties parlementaires. Pourrait-on améliorer le caractère démocratique d'un tel choix ? Pourrait-on éviter que le volume du financement de l'assurance maladie soit déterminé essentiellement par des gouvernants et des élus dont les préférences peuvent différer fortement de celles des électeurs-usagers-payeurs ? Majoritairement, les Français souhaitent que la qualité des soins ne dépende pas fortement du revenu des patients, et répugnent à se faire ponctionner exagérément par le fisc ou par des administrations telles que l'URSSAF qui, dans les têtes, lui sont pratiquement assimilées. Le problème est de trouver le point d'équilibre, variable au cours du temps, entre ces deux desiderata. Autrement dit, pourra-t-on donner aux citoyens les moyens de faire savoir aux décideurs ce qu'ils sont disposés à donner spécifiquement pour la santé, et non pas seulement ce qu'ils acceptent volens nolens de se laisser prendre pour un kaléidoscope de dépenses qui vont de la défense nationale à la formation initiale et du fonctionnement de la justice à l'aménagement du territoire en passant par toutes sortes de prestations sociales et des myriades de fonctions administratives et de subventions ?

Le présent article a pour but d'apporter quelques éléments de réponse à cette question, en présentant une problématique et des pistes qui diffèrent des sentiers les plus fréquentés. Nous serons conduits à y attaquer frontalement l'assimilation des cotisations maladie à l'impôt qui est devenue politiquement correcte aussi bien pour les organisations patronales que pour les partis de gauche et pour une grosse fraction de la droite : ce sera la composante « destruction » du processus de destruction créatrice qui nous paraît nécessaire pour progresser vers à la fois plus de démocratie et plus d'efficacité. La composante « création » sera d'abord conceptuelle, car des fondations conceptuelles de l'édifice sécurité sociale, qui sont actuellement en bouillie, dépend la solidité du dispositif institutionnel. Sur ces bases solides pourra être esquisé un travail d'ingénierie institutionnelle, travail particulièrement délicat dans un pays que des successions impressionnantes de réformes bâclées ont rendu extrêmement méfiant vis-à-vis de tout projet nouveau. Ce qui peut rendre l'assurance maladie moins bureaucratique, plus

démocratique et plus efficace (moins coûteuse pour un résultat donné) est la maîtrise collective des assurés sociaux sur le taux d'une cotisation maladie devenue la source unique de financement d'une véritable assurance sociale.

1. Pour en finir avec les idées politiquement correctes relatives au financement de l'assurance maladie

Les cotisations d'assurance maladie, et plus particulièrement les cotisations patronales, sont classiquement assimilées à des prélèvements obligatoires sans contrepartie, c'est-à-dire à des impôts, au prétexte que toute personne qui réside en France a droit aux prestations de cette assurance, qu'elle ait ou non cotisé. Cette classification pose un problème de réalisme comparable à celui de la qualification des faits présumés délictueux par une juridiction. Si la qualification est erronée, si par exemple un viol est qualifié simplement d'agression sexuelle sans pénétration, l'affaire sera probablement jugée à un niveau inadéquat (dans ce cas, en correctionnelle au lieu des assises) et la sanction risque de ne pas être appropriée. De même, si telle opération, par exemple une cotisation sociale, est classée dans une catégorie statistique autre que celle qui lui convient, il peut en résulter de graves erreurs d'analyse économique et politique, erreurs qui peuvent conduire à des diagnostics erronés et à des propositions déraisonnables ou/et à des décisions malencontreuses. Or les « idées politiquement correctes » sont une mine de qualifications simplistes ou erronées : beaucoup d'entre elles conduisent à schématiser les faits de manière incorrecte et à soutenir en conséquence des politiques dramatiquement déphasées par rapport à la réalité. Nous allons voir que tel est hélas le cas en ce qui concerne le financement de l'assurance maladie.

1.1. Les prélèvements obligatoires, un concept à clarifier

Les prélèvements obligatoires sont ainsi définis par l'INSEE, qui en calcule chaque année le montant car c'est un des « agrégats » importants de la comptabilité nationale : « Les prélèvements obligatoires sont les impôts et cotisations sociales effectives reçues par les administrations publiques et les institutions européennes. Cotisations sociales et impôts sont comptabilisés pour leurs montants dus, mais les prélèvements obligatoires sont nets des montants dus non recouvrables : on retranche donc aux impôts dus les ‘admissions en non-valeur’ »¹.

En réunissant ainsi dans un même agrégat tous les impôts, dont il existe diverses variétés, et les cotisations sociales, nos statisticiens additionnent des choux et des carottes, des paiements dont les significations économiques sont très différentes selon les cas. Cela est déjà vrai à l'intérieur de la catégorie « impositions de toutes natures » : il existe

des impôts qui constituent le paiement d'un service (ou d'un ensemble de services) spécifique rendu par une administration (ou un ensemble d'administrations), en tenant approximativement compte de la quantité de ce service consommée par chaque agent ; et d'autres qui financent globalement les dépenses publiques, en se basant uniquement sur la capacité de paiement supposée de l'agent. L'INSEE n'inclut d'ailleurs pas toutes les taxes dans l'agrégat « prélèvements obligatoires ». Il en exclut par exemple la redevance audiovisuelle, depuis peu dénommée « contribution à l'audiovisuel public », que l'on peut interpréter économiquement comme le paiement d'un service rendu par les chaînes publiques, lesquelles évitent notamment aux téléspectateurs une partie du désagrément causé par le déferlement des séquences publicitaires, principale source de revenus des chaînes privées. De même les timbres fiscaux qu'il faut acheter en paiement des passeports ne sont-ils pas comptabilisés parmi les prélèvements obligatoires car ils constituent le prix d'un service rendu par l'État aux citoyens en leur fournissant une sorte de sauf-conduit nécessaire pour certains déplacements à l'étranger.

On voit sur ces exemples que l'institut de statistiques exclut certains prélèvements de son agrégat « prélèvements obligatoires » au motif qu'ils ont une contrepartie : ils procurent à celui qui les paie un service produit par des administrations publiques ou d'autres organismes publics. Il ne s'agit pas de transactions commerciales, mais il y a échange (non marchand) comportant un paiement en monnaie.

Est-ce à dire que cet agrégat « prélèvements obligatoires » est composé exclusivement de prélèvements obligatoires sans contrepartie ? Ce serait trop simple, trop logique. L'inclusion des cotisations sociales, sans égard à la nature contributive² ou non contributive des prestations correspondantes, montre que des prélèvements sont inclus alors même qu'ils ouvrent droit à des prestations d'assurance ou de retraite. Les cotisations vieillesse, notamment, qui représentent une grosse partie des cotisations sociales, sont juridiquement à l'origine des droits à pension contributifs : dans les régimes complémentaires par points ceux-ci sont attribués au prorata des cotisations versées, et dans les régimes par annuités les cotisations donnent droit à des « trimestres cotisés » qui forment la partie principale des durées d'assurance servant au calcul de la pension. Le fait que ces cotisations ne servent économiquement à rien pour ce qui est de préparer les pensions de ceux qui les versent³ n'étant

2 - Une prestation est « contributive » si elle est due en raison d'une contribution, en argent (cotisation) ou en nature, fournie antérieurement par le bénéficiaire. Dans le cas de l'assurance maladie, la prise en charge de la réparation d'un sinistre (soins requis du fait d'une maladie ou d'un accident) a-t-elle ou non pour condition le fait d'être assuré, et donc de payer les cotisations exigées des assurés, telle est la question.

3 - Pour des explications détaillées concernant le « théorème de Sauvy » dont cela constitue la partie négative, voir A. Robinet et J. Bichot, La mort de l'état providence – vive les assurances sociales, Les Belles Lettres, 2013. Ce théorème s'énonce ainsi : « en répartition, les pensions futures ne sont

1 - Site de l'INSEE, rubrique « Définitions et méthodes ».

pas pris en compte par la législation en vigueur, qui s'obstine à distribuer les droits à pension dans les régimes par répartition en raison de leur versement, et l'INSEE n'ayant pas dénoncé l'erreur économique majeure que commet cette législation, cet institut n'aurait-il pas du appliquer aux cotisations vieillesse le même raisonnement qu'à la contribution à l'audiovisuel public, c'est-à-dire les exclure de l'agrégat « prélèvements obligatoires » ?

Il serait possible de produire bien d'autres faits allant dans le même sens : tel qu'il est construit, l'agrégat « prélèvements obligatoires » constitue un fourre-tout construit sans analyse économique sérieuse, sans rigueur conceptuelle. Et pourtant cet agrégat joue un rôle déterminant dans le formatage des esprits, dans l'idée que se font la plupart des gens du fonctionnement de l'économie, dans les discussions relatives aux politiques économiques, et finalement dans les prises de décisions en matière de législation et de réglementation, particulièrement celles qui relèvent du domaine social. Tout ce qui est rangé dans la catégorie statistique « prélèvements obligatoires » est assimilé par la vulgate politiquement correcte à de l'impôt, à des prélèvements obligatoires sans contrepartie. Dès lors qu'une disposition est cataloguée génératrice de prélèvements obligatoires, toute idée de paiement d'un service rendu est impitoyablement éliminée ; toute référence à un échange non marchand est considérée comme nulle et non avenue. Selon cette vulgate, il y a d'un côté l'économie marchande, où l'on paye des biens et des services, et de l'autre le vaste domaine de la redistribution dichotomique où l'on ponctionne sans rien fournir en échange et où l'on donne sans rien exiger en échange. Autrement dit, il n'y aurait rien entre l'État et le marché, il n'existerait d'échange que sur les marchés.

Cette forme économique, politique et juridique de manichéisme débouche sur un formatage institutionnel qui est le reflet du formatage des esprits. Des myriades de personnes bien placées considèrent la protection sociale comme faisant par nature partie de l'économie étatisée, comme échappant par nature à l'échange. Ces personnes se résignent donc à ce que les assurances sociales soient totalement converties en branches de l'État providence, alimentées par des impôts. Certaines d'entre elles vont plus loin : elles s'en réjouissent. Si elles ne font pas partie des étatistes purs et durs qui ne voient aucun inconvénient à l'omnipotence de l'État, elles se lamentent du développement des prélèvements obligatoires et proposent d'en empêcher l'augmentation, voire d'en diminuer l'importance en pourcentage du PIB, mais elles n'envisagent pas de réformer la protection sociale pour la réintroduire dans la sphère de l'échange, puisqu'elles ne conçoivent pas qu'il puisse exister un échange non marchand.

Les organisations patronales, en particulier, poussent à remplacer les cotisations patronales par des impôts et à réduire les prestations, au lieu de contribuer à la réflexion qui pourrait déboucher sur une réinsertion de la protection sociale dans le

.....
pas préparées par les cotisations vieillesse, mais par la mise au monde, l'entretien et l'éducation des nouvelles générations ».

monde de l'échange. Elles participent massivement à l'entreprise de désinformation qui assimile les cotisations patronales, alors affublées de la trompeuse dénomination « charges », à des sortes d'impôts sur la production. Des économistes, et même des chefs d'entreprise⁴, ont beau faire valoir que les cotisations patronales, comme les cotisations salariales, s'imputent sur la rémunération du salarié, qui est le salaire super-brut (salaire brut plus cotisations patronales), ils ne sont pas entendus : le discours politiquement correct est que les « charges » patronales, et non la rémunération excessive du travail au regard de la productivité, réduisent la compétitivité des entreprises françaises. Le simple fait que certains prélèvements soient appelés « cotisations patronales » et d'autres « cotisations salariales » suffit à faire croire que les premiers sont payés par les employeurs et les seconds par les salariés : la magie du terme officiel a un pouvoir hypnotique extraordinaire.

On voit bien l'intérêt que peuvent présenter un tel discours et de tels faux-semblants pour les organisations qui mènent des négociations salariales au nom des entreprises : elles peuvent trouver plus facilement un accord avec les syndicats en laissant filer les salaires bruts, au lieu de négocier avec acharnement, au prix de durs affrontements, et elles se défaussent sur l'État (qu'elles houssillent à ce sujet) du soin de veiller à la compétitivité des entreprises en remplaçant peu à peu des cotisations patronales par des impôts ou du déficit public. Mais on voit également où mène ce manque de courage et de lucidité : à l'acceptation pure et simple de l'étatisation d'un secteur, la protection sociale, qui représente le tiers du PIB. Des acteurs importants du secteur marchand de l'économie ont ainsi fait une alliance implicite avec leurs homologues du secteur étatique pour dépecer le secteur de l'échange non marchand. En échange d'un plat de lentilles (des exonérations de « charges patronales », remplacées par des impôts et du déficit budgétaire, donc de la dette publique, et une petite place pour des assurances complémentaires privées) le patronat livre la protection sociale pieds et poings liés à la bureaucratie. Les conceptions erronées relatives au concept de prélèvement obligatoire et aux agrégats statistiques qui en découlent jouent ainsi un rôle crucial dans la liquidation de l'échange non marchand auquel nous assistons actuellement.

1.2. L'assurance maladie entre Bismarck et Beveridge

L'assurance maladie est un exemple majeur de dispositif entrant dans le champ de la protection sociale, ayant vocation à relever de l'économie

.....
4 - Voir la tribune de Jean-Michel Bérard, Président du directoire d'Esfer, dans *Le Monde* du 20 décembre 2013, qui donne la preuve suivante de ce que ce sont bien les salariés qui supportent les « charges patronales » : « Les entreprises françaises répercutent, dans un délai plus ou moins long, toutes les hausses de charges en minorant les salaires à l'embauche et/ou les augmentations annuelles ». Différents travaux économétriques confirment cela et montrent que le délai moyen de répercussion complète est d'environ 2 ans.

d'échange, mais qui peut également être organisé selon une formule étatique beveridgienne, comme c'est le cas au Royaume-Uni avec le National Health Service (NHS). Si l'expression « couverture maladie universelle » n'avait pas été employée, en France, pour désigner le dispositif (financé par l'impôt) destiné à faire en sorte que les personnes qui ne cotisent pas bénéficient cependant des prestations d'assurance, elle aurait pu s'appliquer à juste titre à la couverture maladie beveridgienne, non contributive et financée par l'impôt.

L'assurance maladie bismarckienne est contributive (c'est la cotisation qui crée le droit à prestations en cas de sinistre) et elle poursuit un triple but : premièrement celui d'une assurance classique, faire jouer la loi des grands nombres pour répartir entre tous les assurés le poids globalement assez bien prévisible de la prise en charge de dépenses médicales distribuées de façon aléatoire et donc inégale entre les personnes ou les ménages ; deuxièmement, traiter l'aléa génétique en diminuant fortement les inégalités en matière de santé entraînées par les différences de patrimoine génétique ; et troisièmement pratiquer une redistribution entre riches et pauvres de façon à ce que les seconds soient à peu près aussi bien soignés que les premiers.

Si le premier but était le seul poursuivi, chaque personne d'une catégorie de risque donnée devrait payer la même cotisation, et les catégories de risque tiendraient compte de divers facteurs tels que l'âge et le génome. En décidant de ne pas tenir compte du facteur chromosomique pour la tarification, le législateur assure la couverture du risque génétique encouru dès la conception. On notera que cela implique le caractère obligatoire de l'assurance maladie : chacun en bénéficie dès sa conception, donc bien avant d'être capable d'effectuer un choix. Et enfin, la tarification en pourcentage du revenu plutôt qu'en valeur absolue sert l'objectif de redistribution ou, si l'on préfère se référer à la devise républicaine, de fraternité ; elle met en application, dans le domaine important mais limité de la santé, la maxime de Louis Blanc « à chacun selon ses besoins, de chacun selon ses moyens ».⁵

La logique qui vient d'être indiquée voudrait, nous le disons, que tous les revenus, et non les seuls revenus du travail, soient soumis à cotisation maladie, et cela au même taux. L'instauration de la CSG va dans ce sens, mais il aurait mieux valu une simple extension de la cotisation maladie aux revenus du capital, en prenant soin de ne prendre pour assiette que les revenus véritables, qui (du fait de l'érosion monétaire) peuvent être nettement inférieurs aux revenus nominaux lorsque le capital a une valeur nominale fixe.

Aux origines de l'assurance maladie française, en 1928-1930, le caractère bismarckien était très net, y compris son caractère facultatif pour les hauts revenus⁶: le droit d'être remboursé (sur la base d'un « tarif de responsabilité » défini par la caisse, qui peut être inférieur au prix payé) était étroitement lié au devoir de cotiser. Cela n'est plus le cas, puisque l'article L. 111-1 définissant les « principes généraux » de la sécurité sociale dispose ce qui suit : « Elle [la sécurité sociale] garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille. »

Ce n'est donc plus la cotisation qui déclenche le bénéfice de l'assurance maladie. L'article L. 111-2-1 du code de la sécurité sociale précise d'ailleurs, depuis la loi du 13 août 2004 : « La Nation affirme son attachement au caractère universel obligatoire et solidaire de l'assurance maladie. Indépendamment de son âge et de son état de santé, chaque assuré social bénéficie, contre le risque et les conséquences de la maladie, d'une protection qu'il finance selon ses ressources. » Certes, cotiser en proportion de ses ressources est un devoir en regard du droit aux prestations, mais ce n'est plus une condition dirigeante, l'affiliation est automatique. « Financer selon ses ressources » relève désormais des prélèvements obligatoires sans contrepartie, ce n'est plus un préalable. Au lieu de cotiser pour avoir droit à l'assurance maladie, le résident y est automatiquement affilié ; il faut ensuite récupérer l'argent requis pour payer les prestations promises : cela relève de la fiscalité et non plus du paiement d'une prime d'assurance. La France est bien passée de Bismarck à Beveridge.

Le problème est que le système beveridgien est adapté aux couvertures sociales minimalistes plutôt qu'aux couvertures fort généreuses dont la France a pris l'habitude. La gratuité ou quasi gratuité de certains services a évidemment pour conséquence des impôts, et si les services gratuits pour le consommateur et l'usager sont très onéreux pour l'État ou pour l'État providence, les contribuables sont lourdement mis à contribution, sauf à ce que l'endettement public grimpe vers des sommets – ce qu'il est en train de faire en France. Payer pour

5 - On remarquera que Bismarck n'a pas complètement intégré ce principe de fraternité dans le système dont il dota l'Empire allemand, puisqu'il exempta les citoyens les plus à l'aise d'inscription obligatoire à l'assurance maladie, et donc de cotisation s'ils choisissaient de ne pas adhérer – disposition qui subsiste toujours en Allemagne. Le qualificatif bismarckien n'est donc pas parfaitement adapté, historiquement, pour désigner la forme d'assurance maladie présentée ici, qui est une assurance obligatoire, mais il est classiquement employé dans ce sens.

6 - Le second point de l'article premier de la loi du 5 avril 1928 instaurant les assurances sociales dispose : « Sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales tous les salariés des deux sexes dont la rémunération totale annuelle, quelle qu'en soit la nature, à l'exclusion des allocations familiales, ne dépasse pas 18 000 francs. » Une modulation de ce montant en fonction du nombre d'enfants à charge était introduite dans la suite de l'article. Cette loi controversée n'entra pas en application ; elle fut reprise, complétée et modifiée par celle du 30 avril 1930, dont l'article premier reprend la même disposition, en distinguant les grandes villes, pour lesquelles la limite de 18 000 francs est maintenue, et le reste de la France, où elle est abaissée à 15 000 francs. Source : Association pour l'histoire de la sécurité sociale, La Sécurité sociale ; son histoire à travers les textes : tome II – 1870-1945

disposer d'une bonne assurance est psychologiquement tout autre chose que payer un impôt. La plupart des gens sont disposés à ouvrir leur portefeuille pour avoir accès à un service dont l'utilité est patente. En revanche, la réticence est grande lorsqu'il s'agit de verser des sommes dont on ne sait pas bien à quoi elles correspondent. Les systèmes assurantiels bismarckiens sont adaptés psychologiquement à des couvertures complètes et onéreuses, alors que les systèmes beveridgiens sont faits pour fournir des prestations plutôt spartiates.

Le drame de l'assurance maladie française est que les pouvoirs publics de ce pays n'ont pas compris cette inadaptation du modèle beveridgien à une couverture maximaliste. En passant de Bismarck à Beveridge, ils ont attaqué à la racine la propension à accepter les prélèvements élevés requis pour prendre en charge des soins de qualité, et même de grand luxe. Ils ont été conduits à chipoter sur les détails pour réaliser de petites économies, jamais suffisantes pour éviter le déficit face à la répugnance des cotisants transformés en contribuables, mais tout à fait suffisantes pour exciter la colère des assurés dont l'assurance maladie se moque lorsqu'ils ont besoin de lunettes ou de prothèses dentaires. Le rationnement pratiqué par une sorte de National Health Service est grossièrement accepté par la population lorsqu'elle n'est pas écrasée sous les impôts ; mais lorsque les taux d'imposition deviennent écrasants et que malgré cela les déficits persistent, l'énerverment et le rejet des gouvernements quels qu'ils soient devient inévitable.

Il est grand temps de reconnaître l'erreur qui a été commise en assimilant à des impôts les cotisations maladie et quelques autres de moindre ampleur. Il est grand temps de déconstruire le mythe des « charges patronales ». La seconde partie de cet article va donc indiquer quelques pistes pour sortir de l'impasse où la France s'est fourvoyée en voulant faire tirer le lourd carrosse bismarckien par une haridelle beveridgienne.

2. Jalons pour reconstruire la sécu

Le titre de cette seconde partie utilise la double signification du terme familier « sécu », qui pour les Français désigne prioritairement l'assurance maladie, et secondairement la totalité de la sécurité sociale. Nous allons en effet traiter à titre principal de la réforme de l'assurance maladie, mais comme cette réforme ne peut être dissociée de la réforme de la sécurité sociale dans son ensemble, nous aborderons également cette dernière.

2.1. Pour une séparation de la sécu et de l'Etat

L'introduction des lois de financement de la sécurité sociale (LFSS) par la réforme constitutionnelle de 1996 a constitué un temps fort d'une évolution qui était en cours depuis plusieurs décennies et se poursuit actuellement : l'étatisation de la sécurité sociale, sa transformation en État providence. De-

puis lors le budget de la sécurité sociale ressemble encore davantage à celui de l'État : il est fait de bric et de broc, soumis à d'incessantes modifications relatives aux circuits de financement, aux transferts d'une branche à l'autre et entre les caisses de sécurité sociale et les autres organismes de protection sociale, aux créations et affectations d'impôts, etc. Le bricolage budgétaire, objet principal des lois de finances (LF), existait certes pour la sécurité sociale antérieurement à 1996, mais l'introduction des LFSS lui a donné des ailes.

Regardons par exemple la LFSS pour 2014⁷. L'article 1 approuve les « tableaux d'équilibre » reflétant les comptes de résultats de l'année 2012, approbation qui incomberait logiquement à un conseil d'administration : que vient donc faire le législateur dans cette galère ? L'article 2 fait de même pour l'état patrimonial, autrement dit le bilan : il soulève la même question.

L'article 3 dispose que 200 M€ seront prélevés sur les réserves du fonds pour l'emploi hospitalier au profit de la CNRACL, la caisse de retraite des fonctionnaires locaux et hospitaliers : il s'agit d'une de ces mesures que l'homme de la rue appelle « déshabiller Pierre pour habiller Paul », destinée à faire apparaître moins mauvaise la situation d'une caisse de retraite qui, bien qu'elle bénéficie d'un rapport démographique très favorable par rapport au régime général, a enregistré un déficit notable en 2012. Les 200 M€ ponctionnés au fonds pour l'emploi hospitalier se retrouvent, sans indication d'origine, dans le rapport des comptes de la sécurité sociale de septembre 2014 en tant que « produit exceptionnel » pour la CNRACL, ce qui a permis de réduire sensiblement son déficit 2013. On a là un exemple de la technique des vases communicants, outil de base des hauts fonctionnaires et des hommes politiques qui préparent les LFSS : transférer arbitrairement de l'argent d'un organisme à un autre est une de leurs occupations favorites. Ici, un fonds lié à la branche santé est mis à contribution au profit d'une caisse de retraite. Cette façon de procéder ôte aux résultats comptables une grande partie de leur signification : le déficit d'une caisse peut fort bien venir uniquement d'une ponction subie au profit d'un autre organisme, et son excédent d'un transfert arbitraire dont elle a bénéficié, sans rapport avec la qualité de sa gestion.

L'article 3 ponctionnait un budget en rapport avec la santé au profit d'un budget retraite ; l'article 4, quant à lui, organise une ponction supplémentaire sur une des poules aux œufs d'or des budgétaires, à savoir les organismes d'assurance santé complémentaire. Le transfert est au bénéfice de la CNAMETS ; il a pour objet de financer à hauteur de 150 M€ certaines rémunérations que l'assurance maladie accorde aux médecins pour des services autres que les actes médicaux classiques. La décision initiale remonte à octobre 2012 : ces organismes prirent alors l'engagement de « participer au développement des modes de rémunération [des médecins] en

7 - À la date où nous écrivons, en novembre 2014, c'est la dernière à avoir été promulguée et publiée au JO.

complétant le financement mis en place par l'assurance maladie obligatoire à hauteur de 150 M€ ». Ils en ont été remerciés peu après : la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi dispose en effet dans son article 1^{er} : « Avant le 1^{er} juin 2013 [sic !], les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels engagent une négociation, afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1er janvier 2016. » Il s'agit là d'un sérieux coup de pouce à l'extension des activités des assurances complémentaires santé. Donnant-donnant ? Il est difficile de ne pas se poser cette question spécifique, et une autre plus générale : jusqu'où un état impécunieux n'irait-il pas pour financer ses projets et les activités dont il est responsable, que ce soit en matière d'assurance maladie ou dans d'autres domaines ?

Par ailleurs, on peut se demander quel est le sens d'une mesure rendant obligatoire une assurance complémentaire en sus de l'assurance de la sécurité sociale. Si l'assurance maladie « de base » fournissait une garantie équivalente à la somme des garanties qu'elle procure actuellement et de celles que leur ajoute la complémentaire santé, on réaliseraient des économies de gestion très significatives, les dossiers n'ayant pas à être traités deux fois, et ce serait plus simple pour les assurés sociaux. Les gains de productivité pourraient également être obtenus en donnant aux complémentaires la possibilité de traiter la partie « sécurité sociale » des dossiers, ce qui existe pour quelques mutuelles telles que la MGEN. Alors, pourquoi mettre en place un système à deux étages, comme il en existe déjà un en matière de retraites, ce qui est la source d'un gaspillage très élevé (de l'ordre de 3 Md€ par an) ? La réponse est à chercher du côté des prélèvements obligatoires : les cotisations aux assurances santé complémentaires ne sont pas perçues comme des prélèvements obligatoires sans contrepartie – des impôts – mais comme des achats de services d'assurance ; de ce fait, leur financement ne produit pas un effet répulsif comme les impôts et cotisations qui alimentent l'assurance maladie de base. Si l'on réformait cette dernière de manière à la débarrasser du handicap qu'est un financement fiscal, ou du moins psychologiquement et sociologiquement assimilé à un impôt, il n'y aurait plus besoin de doublonner l'assurance maladie de base pour arriver à une couverture satisfaisante. L'étatisation de la sécurité sociale est clairement la cause de cette complication qui se traduit chaque année par plusieurs milliards d'euros de frais de gestion inutiles.

L'article 5 concerne une « restitution » (au dire de l'exposé des motifs) opérée par un établissement public ayant un rôle qui peut être déterminant dans

des circonstances dramatiques, l'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS). Cet article dispose que l'EPRUS doit transférer à la CNAMTS 27,6 M€, soit la quasi-totalité de sa trésorerie. L'EPRUS assure le stockage des produits nécessaires pour le traitement des urgences sanitaires, entraîne des volontaires de tous les corps de métiers nécessaires pour répondre à une urgence d'envergure en France ou ailleurs, et intervient en coordination avec d'autres producteurs de secours d'urgence (organismes d'état ou ONG) quand une urgence sanitaire se produit. Là encore, il s'agit de déshabiller Pierre, si utile que soit la fonction qu'il remplit, pour habiller Paul.

Arrêtons là cet examen : le poursuivre établirait seulement de façon plus certaine aux yeux du lecteur le diagnostic que nous devons formuler sur la base d'une longue fréquentation des comptes de la sécurité sociale, à savoir que confier à l'État, en 1996, la gestion de la sécurité sociale en général, et de l'assurance maladie en particulier, était à peu près aussi raisonnable que ce l'avait été de nommer, en 1988, un certain directeur du Trésor à la tête du Crédit Lyonnais. Stratégie et gestion sont des choses sérieuses qu'il est préférable de confier à des personnes compétentes.

Cela ne signifie pas que les pouvoirs publics n'aient pas le devoir de contrôler la façon dont l'assurance maladie est managée. Mais ils ne doivent pas se mettre eux-mêmes aux manettes : c'est vouloir être à la fois juge et partie. Un conseil de surveillance n'est pas la même chose qu'un comité exécutif ni qu'un conseil d'administration. De plus, comme le dit la sagesse des nations, « qui trop embrasse mal étirent » : le président de la République, le gouvernement et le parlement ont assez à faire sans se mêler de la gestion de l'assurance maladie, des retraites et du reste. Il n'est pas raisonnable de faire reposer sur les mêmes épaules la responsabilité de gérer la moitié du PIB du pays (grossièrement, 20 % pour l'État et 30 % pour l'État providence). Non seulement les fonctions managériales sont alors assurées de façon inefficace, mais en outre elles accaparent le temps et l'énergie qui seraient nécessaires pour des tâches que seuls les hommes d'État peuvent accomplir : effectuer les réformes de structure dont la sécurité sociale, notamment, a le plus grand besoin.

Demander au Parlement de voter l'ONDAM, Objectif national des dépenses d'assurance maladie, qui fait partie du PLFSS puis de la LFSS, c'est-à-dire le faire se prononcer sur une sorte de budget prévisionnel de l'assurance maladie établi par les services du gouvernement, est encore moins raisonnable que de lui faire approuver globalement les comptes de la sécurité sociale. Premièrement, ce vote intervient en décembre, et le texte ne devient définitif qu'avec sa promulgation, à la fin du mois, après examen par le Conseil constitutionnel : comment les acteurs concernés pourraient-ils en quelques jours modifier leurs manières de faire, leur organisation, pour s'adapter aux objectifs (ce qui veut dire le plus souvent aux contraintes budgétaires) qui leur sont fixés ? Ces acteurs sont un peu comme l'oiseau sur la branche, ou encore comme telle institution éta-

tique, par exemple l'armée, obligée de réagir à des décisions de dernière minute en se « débrouillant », ce qui peut coûter cher⁸.

Deuxièmement, l'ONDAM constitue un rituel très lourd qui ne facilite pas la mise en évidence des choix stratégiques à effectuer. Le rituel, dans ses grandes lignes, consiste à déterminer « les bases de chacun des sous-objectifs de l'ONDAM [de l'année] N+1 [qui] sont les montants prévisionnels des dépenses de l'année N »⁹, puis à leur appliquer des pourcentages d'augmentation en apportant des corrections « volontaristes » à ceux qui ont pu être observés les années précédentes. Au lieu que les établissements et les syndicats de soignants libéraux négocient leurs tarifs avec l'assurance maladie, ils ont principalement affaire à des fonctionnaires représentant le gouvernement. Cela déresponsabilise les cadres dirigeants de l'assurance maladie, qui sont placés en position d'exécutants, certes consultés, mais qui ne décident pas. Les hommes qui incarnent les pouvoirs publics auraient tout intérêt à laisser les managers de l'assurance maladie prendre l'entièvre responsabilité des décisions : ils pourraient les sanctionner en cas de mauvais résultats, alors qu'il y a peu de chance qu'ils se sanctionnent eux-mêmes – rappelons-nous que les milliers de vies détruites par l'affaire du sang contaminé, et que les centaines de millions gaspillés pour acheter des vaccins contre la grippe H1N1 qui sont majoritairement restés inutilisés faute de mise en place d'un système d'inoculation adéquat, n'ont débouché sur aucune sanction pour les ministres directement responsables. Une gouvernance qui place des personnes en situation d'être à la fois juge et partie est, comme il a déjà été dit, peu efficace.

2.2. Comment faire ? Quelques pistes...

L'État devrait se consacrer aux réformes structurales, qui relèvent véritablement de la loi, et contrôler les résultats, tant financiers que socio-économiques, de l'assurance maladie (et plus généralement de la sécurité sociale) sans prétendre lui dicter sa conduite dans les moindres détails. Il devrait créer un cadre institutionnel tel que la cotisation, ressource unique de l'assurance maladie, constitue vraiment un achat de services d'assurance, et apparaisse effectivement comme telle aux yeux de tous. Il devrait enfin laisser les responsables de l'assurance maladie prendre les décisions qui relèvent de la gestion, y compris la fixation des taux de cotisation, dans un cadre institutionnel tel que les assurés sociaux aient globalement, par un acte simple, une influence prépondérante sur ces taux, de

8 - Par exemple, faire acheter du matériel militaire par des sociétés privées, pour le leur louer à très long terme, revient à payer un taux d'intérêt implicite élevé au lieu du taux actuellement très modeste des emprunts du Trésor, tout cela pour dissimuler une fraction de la dette publique. Le recours aux complémentaires santé pour éviter une augmentation de l'activité de l'assurance maladie est une gabegie de même nature.

9 - Rapport Sécurité sociale de la Cour des comptes, septembre 2012.

façon à ce que le niveau de la couverture maladie reflète le mieux possible le souhait de la population.

Pour que la cotisation maladie sorte de l'agrégat « prélèvements obligatoires » et rentre dans les dépenses de consommation des ménages, il convient que les personnes qui ne sont pas assurées sociales ne soient pas admises gratuitement au bénéfice de prestations supérieures ou égales à celles que procure l'assurance maladie. Il ne s'agit pas de priver de soins les personnes incapables de s'assurer, mais de ne pas leur donner des conditions identiques à celles dont bénéficient les assurés sociaux, voire plus favorables. À cet égard la Couverture maladie universelle (CMU), augmentée le cas échéant de la CMU complémentaire, ainsi que l'aide médicale de l'État (AME) réservée aux immigrés en situation irrégulière, qui ouvre des droits supérieurs à ceux que procure l'assurance maladie, doivent être réformées en profondeur. Les solutions qui ont été retenues par les pouvoirs publics créent une grave confusion entre les aides sociale et les assurances sociales. La prise en charge des personnes en difficulté pourrait par exemple prendre la forme d'une médecine de dispensaire pour les affections bénignes, et d'un recours à la générosité publique pour les traitements onéreux. La solidarité dont se targuent ceux qui prennent position en faveur d'impôts toujours plus lourds pourra s'exprimer de façon plus convaincante, et beaucoup moins dommageable pour l'économie du pays, en donnant généreusement aux ONG.

Les autres réformes systémiques à engager concernent notamment l'articulation des différentes branches et celle entre l'assurance maladie et les acteurs du système de soins. Les cotisations sur les pensions amèneront à augmenter celles-ci puisqu'elles seront ponctionnées davantage au profit de l'assurance maladie. Les retraités, qui coûtent à l'assurance maladie beaucoup plus que les jeunes et les personnes dans la force de l'âge, contribuent actuellement beaucoup moins à l'assurance maladie, puisque les taux de cotisation maladie et de CSG appliqués aux pensions sont inférieurs à ceux qui pèsent sur les revenus professionnels. Il s'agit de corriger cette anomalie sans pour autant diminuer le revenu après cotisations des retraités. Des mesures de même inspiration seront à étudier pour la prise en charge de l'assurance maladie des enfants et des chômeurs.

L'impact du coût des soins hospitaliers sur celui de l'assurance maladie amène à déborder légèrement notre sujet en indiquant que le recrutement du personnel hospitalier devrait s'effectuer désormais hors du statut de la fonction publique, sensiblement plus onéreux et plus rigide que le statut salarial de droit commun, et typique de l'étatisation de tout ce qui concerne la santé. De façon plus générale, le rapport coût/efficacité thérapeutique des différents établissements gagnerait à ce qu'ils bénéficient de plus d'autonomie dans leur gestion, charge à leurs dirigeants de parvenir à des résultats positifs en dépit de la légitime pression sur les tarifs de prise en charge exercée par une assurance maladie devenue elle-même pleinement responsable de son équilibre budgétaire.

Pour instaurer le pouvoir des assurés sociaux sur le taux de cotisation maladie, le premier problème institutionnel à résoudre est le remplacement de la liaison, devenue obsolète, entre l'entreprise (ou plus généralement l'employeur) et la cotisation. Celle-ci ne sera vraiment ressentie comme constituant une prime d'assurance, prix d'achat de la couverture maladie, que s'il apparaît clairement qu'elle est payée entièrement par la personne ou la famille. Conformément au principe constitutionnel de fraternité, le calcul de cette cotisation, devenue l'unique ressource de l'assurance maladie, devrait avoir pour base la totalité du revenu de la personne ou du ménage, qu'il s'agisse de revenus du travail ou du capital, ou encore de revenus sociaux. La notion même de cotisation patronale, héritage des anciens maîtres de forge et du paternalisme patronal, est désuète, mais rien n'empêche de maintenir un prélèvement à la source de la cotisation personnelle quand cela est possible et peu couteux. Un tel prélèvement peut être réalisé par l'employeur en ce qui concerne le revenu du travail salarié, il serait sot de détruire un mécanisme bien rodé ; pour les revenus de remplacement la caisse de retraite ou d'assurance chômage pourrait faire le même travail que l'employeur ; quant aux banques, aux autres organismes financiers ouverts aux particuliers, et aux sociétés anonymes ayant un service de conservation des actions nominatives, tous ces acteurs ont l'habitude de gérer des retenues à la source sur les revenus de capitaux financiers. Les problèmes techniques ne devraient donc pas être insurmontables.

Naturellement, il serait souhaitable que la suppression de la cotisation maladie patronale fasse partie d'une suppression globale de toutes les cotisations patronales de sécurité sociale, à l'exception des cotisations accidents du travail et maladies professionnelles dont la modulation en fonction des sinistres observés incite les employeurs à s'occuper activement des problèmes de sécurité au travail. Le remplacement des cotisations employeur par des cotisations employés peut être réalisé sans modification ni du coût du travail (salaire super-brut), ni du salaire net, ni des ressources des organismes sociaux, comme nous l'avons maintes fois expliqué¹⁰. En finir avec l'illusion tenace selon laquelle les salariés ne supporterait pas le poids des cotisations patronales assainirait grandement les finances sociales et les négociations salariales.

Les principes constitutionnels d'égalité et de fraternité appliqués au taux de la cotisation maladie impliquent que celui-ci soit identique pour tous et pour tous les types de revenus ; cela produira, de façon infiniment plus simple et plus mesurable, un effet redistributif du même ordre de grandeur que celui qui résulte de l'actuel méli-mélo de cotisations, d'impôts affectés et de dotations budgétaires, le riche

payant son assurance, identique à celle du pauvre, beaucoup plus cher que lui. Mais l'effort relatif de chacun sera le même, et tout assuré social sera clairement acheteur de sa couverture maladie : le principe de contributivité sera respecté.

Reste la question névralgique : comment le taux de la cotisation maladie sera-t-il fixé ? Indiquons d'abord qu'il revient au législateur d'instaurer une règle d'équilibre budgétaire et d'interdiction de toute dotation en provenance du budget de l'État. Dans un tel contexte institutionnel, pour obtenir les quelque 180 Md€ dont l'assurance maladie a besoin, sachant que le total des revenus primaires des ménages est évalué par l'INSEE à 1 522 Md€ pour l'année 2013¹¹, il conviendrait que le taux de la cotisation maladie soit fixé initialement par le législateur à un niveau proche de 12 %. Pour donner à la population le pouvoir de déterminer ensuite démocratiquement les évolutions de ce taux, un dispositif doit être mis en place. En voici un exemple, parmi les diverses possibilités que peut inspirer la volonté de faire dépendre étroitement du choix des assurés l'évolution du taux de cotisation et la politique de couverture menée par la Caisse.

Dans cet exemple, les modifications du taux de cotisation maladie sont décidées par le conseil d'administration de la Caisse nationale en charge d'administrer la totalité du système d'assurance maladie, lequel conseil est composé de représentants désignés par les organismes représentatifs des assurés sociaux, au prorata du nombre de leurs adhérents. L'adhésion à l'un de ces organismes est obligatoire pour chaque assuré social, sous peine d'amende. Une institution publique indépendante tient à jour le fichier de plusieurs dizaines de millions de personnes ayant à indiquer leur choix de tel ou tel organisme représentatif, choix modifiable à tout moment, ce que permet l'informatique. Ces organismes ont pour recette la répartition, au prorata du nombre des adhérents de chacun, d'un modeste pourcentage du budget de l'assurance maladie : cela amène chacun d'eux à s'engager sur une politique de taux de cotisation et de prise en charge des dépenses de santé susceptible de lui amener assez d'adhésions pour qu'il dispose de ressources et de sièges d'administrateurs. Si le taux de cotisation vient à monter de façon excessive aux yeux d'une majorité de Français, les organismes proposant une modération des dépenses et des prélèvements feront alors une abondante moisson d'adhésions au détriment de leurs concurrents et donneront un coup de frein. Inversement, si la Caisse est gouvernée de façon trop pingre aux yeux des citoyens, les organismes proposant un accroissement des budgets verront affluer les adhésions et appuieront sur l'accélérateur.

Pour couper court à toute velléité de gagner des suffrages en proposant le beurre et l'argent du beurre, c'est-à-dire des prestations généreuses et de faibles cotisations, il convient que le législateur rende obligatoire l'équilibre budgétaire de

10 - Voir par exemple A. Robinet et J. Bichot, *La mort de l'état providence*, les Belles Lettres, 2013, chapitre 3, « La fiche de paie vérité ». En résumé, il suffit de porter le salaire brut au niveau de l'actuel salaire super-brut (brut plus cotisations patronales) et de calculer les taux de cotisations salariales sur ce nouveau brut de façon à ce qu'ils fournissent les prélèvements qui résultent aujourd'hui de la somme des cotisations salariales et patronales.

11 - INSEE, *Les revenus et le patrimoine des ménages*, INSEE références, édition 2014.

l'assurance maladie et prévoie une augmentation automatique du taux de cotisation en cas de déficit, ainsi que des sanctions applicables aux administrateurs et dirigeants responsables d'un déficit récurrent. En contrepartie, les dirigeants devraient disposer d'une grande liberté concernant la gestion de l'assurance maladie : le ministère de la santé cesserait de prendre les décisions relatives aux objets et soins remboursables qui, aujourd'hui, remplissent les pages du journal officiel. Ceci est important pour sortir de l'étatisation de la sécurité sociale, transformée en organe de simple exécution des décisions ministérielles ou législatives, ce qui ne peut que démotiver ses dirigeants. Ceux-ci doivent en particulier disposer de tous les pouvoirs requis pour ramener le montant des dépenses au niveau de celui des rentrées de cotisations.

Conclusion

Les analyses et suggestions présentées ci-dessus ne constituent à l'évidence qu'une esquisse très sommaire. Un gigantesque travail d'ingénierie est nécessaire pour cerner les problèmes et trouver quelles solutions peuvent leur être apportées. Nous avons simplement essayé de montrer qu'il est nécessaire et probablement pas impossible de procéder à de vraies réformes structurelles, en dépit de l'immobilisme qui empêche depuis des années la France de s'engager hardiment sur une telle voie. Ce pays est affecté d'une sorte de frénésie en ce qui concerne les changements insignifiants, inutiles ou même néfastes, et d'un blocage relatif aux réformes utiles ayant une portée systémique. Son législateur, entité qui englobe l'exécutif du fait de la confusion devenue institutionnelle entre la loi et l'action gouvernementale, produit à la chaîne des textes de qualité médiocre souvent destinés à être modifiés et complétés quelques années plus tard par d'autres qui ajoutent à la complexité inutile et néfaste de notre appareil normatif. Ce dysfonctionnement majeur est une des causes importantes de la situation désastreuse de notre économie, de nos finances publiques, et en particulier de nos finances sociales. C'est à lui qu'il importe de remédier en réfléchissant hardiment.

L'économiste ne peut qu'être sensible à la démotivation des travailleurs, et de ceux qui pourraient l'être, causée par un taux incroyablement élevé de prélèvements obligatoires sans contrepartie. L'homme veut gagner sa vie et celle de ses enfants, c'est une motivation profonde et noble. Cela veut dire en particulier gagner de quoi la défendre contre les maladies. Or l'État l'a dépossédé de cette dignité. Le rétablissement de la santé menacée ne serait plus un bien que l'on obtient en se retroussant les manches. Ce serait un droit acquis, et non plus le résultat d'efforts productifs. C'est à ce virus de la démotivation que nous estimons indispensable de trouver un remède. Une assurance maladie gagnée plutôt qu'une assurance maladie octroyée, tel est le principe actif du médicament institutionnel que nous proposons.

La fondation hospitalière instrument de financement et de gestion de la recherche dans les établissements publics de santé

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris,

Consultant, Cabinet Ginestié Magellan Paley-Vincent

La Fondation Hospitalière a été créée par les articles 8 et 9 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST), modifiée par la loi n° 2011-940 du 10 août 2011.

Selon l'article L.6141-7-3 du code de la santé publique issu de l'article 20 de la loi précitée : « Les établissements publics de santé peuvent créer une ou plusieurs fondations hospitalières, dotées de la personnalité morale, résultant de l'affectation irréversible à l'établissement intéressé de biens, droits ou ressources apportés par un ou plusieurs fondateurs pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif, afin de concourir aux missions de recherche mentionnées à l'article L. 6112-1. »

Le décret d'application n° 2014-956 a été pris le 21 août 2014 (Journal Officiel du 23 août 2014), cinq ans après. Il fixe les règles de création et de fonctionnement de la Fondation Hospitalière. Ses dispositions sont codifiées sous les articles R.6141-53 à R.6141-66 du code de la santé publique¹.

Le décret donne la faculté aux établissements publics de santé de constituer une fondation pour développer des activités de recherche, ce qui n'était pas réalisable précédemment compte tenu de la doctrine du Conseil d'État qui était opposé à la création et au financement d'une fondation par une personne morale de droit public seule².

La mise en œuvre de la fondation hospitalière intervient dans un contexte d'insuffisance de ressources, et parallèlement à la décision du ministre chargé de la santé de réaliser dix milliards d'euros d'économie sur les dépenses de santé d'ici 2017 dans le cadre du plan de réduction des dépenses publiques.

La mise en œuvre de la fondation s'inscrit également dans la politique de développement du secteur industriel de la santé voulue par les autorités sani-

taires³, et ainsi qu'il résulte notamment du contrat Industries et Technologie de Santé (CSF-ITS) signé le 5 juillet 2013, dont le premier axe est de « conformer et accroître l'attractivité de la France comme lieu de recherche des industries de santé »⁴.

La fondation hospitalière est une nouvelle structure juridique ayant pour objet de développer les activités de recherche dans les établissements publics de santé, d'en assurer le financement dans la transparence sous le contrôle des autorités de tutelle, dans le cadre d'une gestion souple, et de renforcer la compétitivité et l'attractivité des établissements publics de santé dans le secteur de la santé.

I. La fondation hospitalière structure de développement des activités de recherche dans les établissements publics de santé

La fondation hospitalière est soumise aux règles relatives aux fondations reconnues d'utilité publique (FRUP) sous réserve des dispositions spécifiques du décret n° 2014-956 du 21 août 2014 précité, ainsi qu'aux dispositions de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat.

La fondation hospitalière est une personne morale de droit privé à but non lucratif disposant de l'autonomie juridique et financière, comme la fondation reconnue d'utilité publique.

I.1. Selon l'article R.6141-53 du code de la santé publique, « les fondations hospitalières (...) sont constituées entre un ou plusieurs établissements publics de santé et le cas échéant, une ou plusieurs personnes de droit public ou de droit privé. Elles sont créées à l'initiative d'un ou plusieurs établissements publics de santé ».

3 - « ... Les fondations hospitalières représentent pour les hôpitaux un instrument de gestion et d'orientation adapté aux projets de recherche tout en garantissant la transparence de gestion des crédits qui y sont affectés, quelle qu'en soit leur origine. Elles pourront collecter – pour le compte des hôpitaux auxquels elles sont rattachées – des fonds issus de dons, legs ou de mécénat pour financer ces actions de recherches. »

La fondation hospitalière est « un nouvel outil pour renforcer l'attractivité » des établissements publics de santé « en matière de recherche notamment industrielle, permettre à davantage de patients d'accéder aux dernières innovations thérapeutiques et accélérer le transfert vers l'industrie dans un secteur créateur d'emploi et à fort potentiel de développement économique en France et à l'export » (Communiqué de presse du 23 août 2014).

4 - Contrat entre l'État, le Conseil stratégique des industries de santé et le Comité stratégique de la filière industries et technologies de santé (site internet : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/CSIS_Editorial_p_4.

1 - Création de la section 4 dans le chapitre 1^{er} du titre IV du livre 1^{er} de la sixième partie du Code de la santé publique.

2 - La doctrine du Conseil d'État se dégage de divers avis rendus, notamment les avis n° 317076 du 13 juillet 1976, n° 318203 du 12 octobre 1976, n° 320639 du 15 septembre 1977 et celui du 20 décembre 1977 – Lamy Associations, Tome 2, mars 2011, n° 909-33.

La création de la fondation hospitalière est réservée aux établissements publics de santé qui peuvent, seuls ou à plusieurs, être « à l'initiative » d'une ou plusieurs fondations hospitalières. Ils peuvent associer des personnes morales de droit public ou privé pour constituer la fondation.

La fondation hospitalière diffère ainsi de la fondation reconnue d'utilité publique dont les fondateurs peuvent être une ou plusieurs personnes morales ou physiques de droit public ou privé.

La fondation hospitalière a un objet spécialisé et délimité : la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général à but non lucratif pour concourir aux missions de recherche figurant à l'article L.6112-1 du Code de la santé publique. Elle ne peut pas exercer d'autres activités dans le domaine de la santé, notamment pas d'autres missions de service public de l'article L. 6112-1 du code de la santé publique.

La fondation hospitalière diffère ainsi de la fondation reconnue d'utilité publique dont l'objet généraliste concerne de nombreux domaines (scientifique, culturel, social...).

La fondation hospitalière est soumise au contrôle des autorités de tutelle. Celui-ci s'exerce lors de la constitution de la fondation sur les statuts et le règlement intérieur, et ultérieurement selon les mêmes modalités, pour toutes modifications des statuts et du règlement intérieur, et lors de la dissolution de la fondation.

Les statuts approuvés par le conseil de surveillance du ou des établissements publics de santé qui la constituent⁵ sont soumis pour approbation au ministre chargé de la santé, et au ministre de la recherche si l'un des établissements publics de santé est un centre hospitalier universitaire (CHU).

Les statuts sont approuvés par décret pris après avis du directeur général de l'agence régionale de santé (DARS), sur le rapport du ministre chargé de la santé, et également sur le rapport du ministre chargé de la recherche si l'un des établissements publics est un centre hospitalier universitaire (CHU). L'avis du directeur de l'agence régionale de santé est réputé favorable s'il n'a pas fait connaître son avis au ministre chargé de la santé dans un délai de trente jours à compter de la réception par lui des statuts⁶.

Le règlement intérieur est soumis au directeur général de l'agence régionale de santé, et ne peut entrer en vigueur qu'en l'absence d'opposition de celui-ci dans le délai d'un mois à compter de la réception.

La fondation hospitalière n'a la personnalité morale qu'à compter de la publication de l'extrait des statuts au Journal Officiel, comme la fondation reconnue d'utilité publique.

La procédure de constitution d'une fondation hospitalière est plus simple et plus rapide que celle

de la fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts doivent se référer à l'avis du Conseil d'Etat du 13 mars 2012⁷ et être approuvés par décret en conseil d'état après avis du ministre de l'intérieur et des ministres des tutelles concernés qui exercent un contrôle d'opportunité.

Les modifications statutaires de la fondation hospitalière sont proposées au conseil de surveillance du ou des établissements publics de santé ayant pris l'initiative de créer la fondation, après que soient intervenues deux délibérations du conseil d'administration prises après deux mois d'intervalle et à la majorité des ¾ des membres présents ou représentés, sauf si la décision a été décidée à l'unanimité auquel cas une seule délibération suffit.

Les modifications sont approuvées par décret du ministre chargé de la santé et aussi du ministre chargé de la recherche si l'un des établissements fondateurs est un centre hospitalier universitaire. L'avis du directeur de l'agence régionale de santé est réputé favorable si, dans un délai de 30 jours à compter de la réception des modifications, il n'a pas fait connaître son avis au ministre chargé de la santé.

La dissolution de la fondation intervient sur décision du conseil d'administration, en cas d'abrogation du décret constitutif, ou à la date à laquelle la part non consomptible de la fondation devient supérieure à 10 %, ou pour les fondations hospitalières dont la dotation est supérieure à 10 millions d'euros, à un million d'euros.

La dissolution de la fondation est approuvée ou prononcée par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé et le ministre chargé de la recherche si l'un des fondateurs est un centre hospitalier universitaire

I.2. La dotation de la fondation est constituée par des apports des membres fondateurs en biens matériels et immatériels, en droit ou ressources définies par les statuts⁸. La dotation peut donc être constituée entièrement de fonds publics si les seuls fondateurs sont des établissements publics de santé et des établissements publics. Aucun montant minimum de la dotation n'est fixé par le décret. Celle-ci doit être versée intégralement lors de la constitution de la fondation.

La dotation est consomptible pour partie et peut être accrue de dons et legs et d'une fraction de l'excédent annuel. Toute augmentation de la dotation doit être approuvée par le conseil d'administration.

Ces dispositions diffèrent de celles afférentes à la fondation reconnue d'utilité publique dont le montant de la dotation doit être cohérent avec l'objet de la fondation et être d'au moins un million et demi d'euros, et ce « sous réserve de vérification au regard de cet objet et au vu d'un projet de budget portant sur les trois premières années de fonctionnement »⁹.

7 - Rendu public le 15 mars 2012.

8 - Article R. 6141-61 du Code de la santé publique.

9 - Avis du conseil d'Etat du 13 mars 2012.

Le versement de la dotation peut être fractionné sur dix ans à compter de la date de publication au Journal Officiel du décret accordant la reconnaissance d'utilité publique. La dotation n'est plus consomptible depuis 2012.

La durée de la fondation hospitalière est illimitée, sauf si elle est consomptible, créée pour un projet déterminé.

II. La fondation hospitalière instrument de financement de la recherche dans les établissements publics de santé

La fondation hospitalière ouvre aux établissements publics de santé l'accès à de nouveaux financements pour les activités de recherche. Elle leur permet notamment de collecter des dons et legs et d'en assurer une meilleure gestion mutualisée que si ceux-ci leur étaient versés directement, et de les affecter à des projets de recherche. La gestion des ressources de la fondation est soumise au contrôle du directeur de l'agence régionale de santé.

II.1. Les ressources annuelles de la fondation hospitalière sont définies à l'article R.6141-62 du Code de la santé publique. Elles sont composées :

- « 1° Du revenu de la dotation ;
- 2° De la fraction consomptible de la dotation fixée par les statuts dans la limite annuelle de 20 % de la dotation. La part non consommée de la dotation ne peut être inférieure à 10 % de la dotation initiale ou, pour les fondations dont la dotation est supérieure à 10 millions d'euros, à un million d'euros ;
- 3° De produits financiers ;
- 4° Du produit des dons et legs ;
- 5° De subventions d'organisations internationales, de l'État et de collectivités publiques ;
- 6° Du produit des ventes et rémunération des services rendus ;
- 7° Des revenus tirés de la propriété intellectuelle ;
- 8° Des crédits de fonctionnement que lui affectent les membres fondateurs. »

L'état prévisionnel de recettes et des dépenses et les états rectificatifs votés et exécutés par le conseil d'administration ne doivent pas excéder la fraction consomptible de la dotation.

Les dons bénéficiant du régime fiscal de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat¹⁰, sauf en ce qui concerne la

déductibilité de l'ISF en l'absence de dispositions nouvelles de l'article 885-0-V bis A du Code Général des impôts¹¹.

II.2. Le contrôle sur les ressources de la fondation est exercé par le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation¹².

- L'état des prévisions des recettes et des dépenses lui sont soumis après approbation par le conseil d'administration. Le silence pendant deux mois vaut approbation.
- Les comptes annuels lui sont transmis après adoption par le conseil d'administration.
- Les délibérations du conseil d'administration relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers composant la dotation, les délibérations portant sur la constitution d'hypothèques ou sur les emprunts, ne sont valables qu'en l'absence d'opposition de sa part dans le délai d'un mois.

Le contrôle sur l'acceptation des dons et legs est exercé par le représentant de l'État dans le département qui les autorise par arrêté¹³.

Concernant la fondation reconnue d'utilité publique, les ressources annuelles sont définies par les statuts en fonction de l'objet social de la fondation, notamment subventions publiques, dons, donations et legs, revenus provenant de prestations de services et de placements financiers. Les dons bénéficient du régime fiscal de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat.

Le contrôle exercé sur l'activité la fondation hospitalière est moins important que celui sur la fondation reconnue d'utilité publique qui est exercé par le préfet du lieu où la fondation a son siège social, le ministre de l'intérieur et les ministres concernés qui peuvent faire visiter les locaux de la fondation.

La fondation reconnue d'utilité publique doit leur adresser son rapport annuel d'activité et de gestion ; ceux-ci peuvent procéder à toutes investigations utiles pour vérifier la régularité du fonctionnement de la fondation. Les aliénations de biens mobiliers et immobiliers composant la dotation, la constitution d'hypothèques ou les emprunts doivent être autorisées préalablement par les autorités de tutelle. La Cour des comptes exerce son contrôle sur les fondations qui perçoivent des subventions publiques ou font appel à la générosité publique, ou qui bénéficient de dons donnant lieu à un avantage fiscal et elle peut vérifier la conformité des dépenses réalisées avec l'activité de la fondation reconnue d'utilité publique. Le contrôle des comptes est exercé par le ministre de l'intérieur auquel la

Particuliers : La réduction d'impôt sur le revenu (IRPP) correspond à 66 % du montant du don effectué dans la limite de 20 % du revenu imposable (article 200 du Code général des impôts).

11 - Particulier assujetti à l'impôt sur la fortune (ISF) : la déduction d'impôt correspond à 75 % du montant du don effectué dans la limite de 50.000 euros du revenu imposable.

12 - Article R. 4161-63 du Code de la santé publique.

13 - Article 910 du Code civil.

10 - Entreprises : la réduction d'impôt correspond à 60 % du montant du don pris dans la limite de 0,5 pour mille du chiffre d'affaire effectué par les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu (article 238 Bis du Code général des impôts) ;

fondation reconnue d'utilité publique doit adresser un rapport comptable et financier complet certifié par le commissaire aux comptes, qui doit également être publié au Journal Officiel.

III. La fondation hospitalière instrument de gestion et d'orientation des activités de recherche dans les établissements publics de santé

La fondation hospitalière fédère, mutualise et gère les initiatives des membres de la fondation. Notamment, elle détermine les projets de recherche à mettre en œuvre, les financements adaptés à y affecter ainsi que les partenariats à établir avec les universités, les médecins et chercheurs, les fondations et instituts de recherche, les industries de santé.

La fondation hospitalière valorise les recherches par le dépôt de brevets, l'octroi de licences, la perception de redevances, la cession de brevets.

III.1. La fondation hospitalière est administrée par un conseil d'administration et gérée par un directeur sous le contrôle des autorités de telle¹⁴. Elle est assistée d'un conseil scientifique.

Le conseil d'administration est composé des représentants des établissements publics qui ont affecté de manière irrévocable des biens, droits ou ressources à l'objet de la fondation ou qui ont effectué des apports à la dotation¹⁵.

Il comprend d'une part des représentants des établissements publics de santé fondateurs, d'autre part des représentants des autres établissements publics fondateurs.

Les statuts peuvent prévoir un second collège composé de personnalités qualifiées désignées par les membres du conseil d'administration sur proposition de l'ensemble des personnes qui ont affecté de manière irrévocable des biens, droits ou ressources à l'objet de la fondation hospitalière ou qui ont effectué des apports à la fondation hospitalière. Le mandat des personnalités qualifiées ne peut excéder cinq ans. Il peut être renouvelé une fois.

Les établissements publics de santé fondateurs disposent de la majorité des voix. Ils contrôlent la fondation.

Assistent au conseil d'administration avec voix consultative selon l'article R.6141-56-II du Code de la santé publique :

- le directeur de l'agence régionale de santé en tant que commissaire du gouvernement,
- le directeur de la fondation hospitalière,
- le président du conseil scientifique,

14 - Article R. 6141-55 du Code de la santé publique.

15 - Article R. 6141-56-I et II du Code de la santé publique.

- le représentant du ministre chargé de la recherche si le ou l'un des membres fondateurs est un centre hospitalier universitaire,
- le Commissaire aux comptes

Les fonctions de membre du conseil d'administration sont assurées à titre gratuit.

Le contrôle de la gestion de la fondation est assuré par le directeur de l'agence régionale de santé du ressort du siège dans lequel la fondation a son siège, en tant que commissaire du gouvernement. Il peut obtenir communication de tout document ou pièce relative à l'activité de la fondation hospitalière et il est destinataire de tous les projets de délibération du conseil d'administration.

Le président du conseil d'administration est élu parmi les représentants des établissements publics fondateurs. Il préside le conseil d'administration, représente la fondation en justice et dans tous les actes de la vie civile ; il peut donner délégation au directeur.

Il résulte de ces dispositions que la gestion de la fondation hospitalière est réservée aux établissements publics de santé et aux personnes morales publiques : les personnes morales de droit privé qui seraient éventuellement associées à la constitution de la fondation ainsi que le prévoit l'article R. 6141-53 ne peuvent pas avoir de représentants au conseil d'administration, ce qui exclut du conseil d'administration les centres anticancéreux, les ESPIC, les établissements privés de santé et d'une manière générale toutes les structures privées de soins, ainsi que les industries de santé, les entreprises morales privées mécènes.

Les attributions du conseil d'administration sont définies par l'article R.6141-58 du Code de la santé publique. Notamment, le conseil d'administration :

- « 1° Délibère sur la politique de soutien à la recherche promue par la fondation
- 2° Approuve le programme de travail de la fondation et les orientations de son activité annuelle ;
- 3° Vote l'état des prévisions de recettes et de dépenses, les comptes annuels et l'affectation du résultat
- 4° Accepte les dons et legs et autorise, en dehors de la gestion courante, les opérations de gestion des fonds composant la dotation, les acquisitions et cessions de biens mobiliers et immobiliers, les marchés, les baux et les contrats de location, la constitution d'hypothèques et les emprunts ainsi que les cautions et garanties accordées au nom de la fondation ;
- 5° Fixe les effectifs autorisés par catégorie de personnel ;
- 6° Désigne, sur proposition du directeur, le commissaire aux comptes de la fondation ainsi que son suppléant, choisis sur la liste mentionnée à l'article L. 822-1 du code de commerce ;

- 7° Délibère sur toute modification des statuts;
- 8° Examine le rapport d'activité présenté annuellement par le directeur
- 9° Adopte, sur proposition du directeur, le règlement intérieur... »

III.2. Le directeur de la fondation est désigné par le président après avis du conseil d'administration, et il est mis fin à ses fonctions selon les mêmes modalités. Il gère la fondation.

Sa fonction est incompatible avec celle de membre du conseil d'administration et avec la fonction de directeur d'un établissement public de santé.

III.3. Un conseil scientifique assiste le conseil d'administration¹⁶. Il est composé de personnalités médicales et scientifiques extérieures à la fondation, désignées par le conseil d'administration.

La fondation hospitalière diffère de la fondation reconnue d'utilité publique dont les fondateurs, pour gérer la fondation, ont le choix de constituer un conseil d'administration de 9 à 15 ou constituer un conseil de surveillance avec directoire.

IV. La fondation hospitalière contribue à renforcer l'attractivité des établissements publics de santé vis-à-vis des industries de santé

La mutualisation des compétences scientifiques et des financements au sein de la fondation hospitalière peut contribuer à la mise en œuvre de projets de recherche plus importants que ne pourraient mettre en œuvre les seuls établissements publics de santé, et est donc susceptible d'attirer des dons et legs, et d'inciter les industries de santé à développer des activités de recherche avec la fondation, à participer aux projets initiés par celle-ci, et à fournir des financements.

La fondation hospitalière peut également contribuer à faciliter la contractualisation avec les industries de santé en tant qu'organisme de droit privé, et comme interlocuteur unique sur un projet de recherche.

Toutefois, l'attractivité des établissements publics de santé dépendra de l'intérêt des projets qu'ils sont susceptibles de mettre en œuvre, et des possibilités de valorisation de la recherche dans le cadre de la fondation hospitalière. Il appartiendra à la fondation de gérer ses droits de propriété intellectuels face aux industries de santé.

La fondation hospitalière n'étant qu'un outil de gestion et d'organisation, le développement de la recherche dans les établissements publics de santé dépendra de la capacité de ses membres à impliquer les universités, à mobiliser des chercheurs, et à mettre en place des coopérations et des partenariats sur des projets de recherche.

À défaut, les fondations de recherche, notamment les fondations de coopération scientifique, et les établissements de santé les plus réputés qui coopèrent déjà dans des programmes de recherche, pourraient être plus attractifs pour les mécènes et les industries de santé.

16 - Article R6141-60 du Code de la santé publique.

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du comité exécutif de la Chaire Santé à Sciences Po, professeur de l'École des Hautes Études en Santé Publique (EHESP), Sorbonne Paris Cité ; praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (APHP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'APHP ; Fellow et diplômé de l'Advanced Training Program (ATP) in Health Care Delivery Improvement de l'Institute for Health Care Delivery Research d'Intermountain Healthcare des États-Unis d'Amérique

Marie Grosset

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

Didier Tabuteau

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

Éléments de stratégie en faveur du projet de loi de santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie

L'indispensable évolution du système de santé et d'Assurance maladie français¹ doit lui permettre pour survivre de devenir intégré, efficient, efficace socialement et durable, producteur de santé, constructeur de solidarité, d'égalité et de cohésion sociale, sans impact sur les autres budgets (défense, enseignement, recherche, etc.) ou sur les générations futures (dette, privatisation du système) et l'environnement, promoteur d'attractivité des territoires. Cela est possible comme le montrent Intermountain Healthcare², la High Value Healthcare

Collaborative (HVHC) des États-Unis d'Amérique et la Communauté autonome basque en Espagne³.

Si le projet de loi de santé français va dans ce sens⁴, de nombreuses mobilisations allant contre apparaissent⁵ malgré les explications données dans la presse nationale pour expliquer les enjeux à la population et aux professionnels de santé⁶. Des éléments de stratégie en faveur du projet de loi de santé et de l'évolution du système de santé et d'Assurance maladie peuvent être donnés.

Un projet de loi de santé actuellement sur trois piliers

Le système du tiers payant permet à l'assuré de ne plus faire l'avance des frais médicaux. Actuellement, les bénéficiaires de la couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C), de l'aide médicale d'État (AME), les victimes d'accident du travail et d'une maladie professionnelle y ont droit et à l'hôpital, le tiers-payant est généralisé. Le projet de loi de santé prévoit la généralisation du tiers payant pour les bénéficiaires de l'aide à la complémentaire santé et pour tous les assurés. La France peut ainsi rejoindre les vingt-cinq autres pays européens qui appliquent le tiers payant généralisé⁷. Mais cela remet en cause le payement direct en cours depuis un siècle et demi et fait ressortir la crainte symbolique des médecins de premier recours d'être asservis par les pouvoirs publics. Ces médecins craignent aussi de devoir faire davantage de travaux administratifs – car il y a plusieurs centaines d'assurances maladies complémentaires et de mutuelles – au détriment de la qualité des soins de santé.

droit international et tendances internationales des réformes des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 31-40.

3 - Michel R, Trébucq A. Réformer l'organisation du système de santé : l'exemple de l'Euskadi. Initiative – Refondation du système de santé. Le Concours médical 2014 ; 136 (7) : 517-519.

4 - Touraine M. Présentation des orientations du projet de loi santé. Ministère des Affaires sociales et de la santé, le 19 juin 2014 ; Bréchat PH, Briot P, Vanhille JL, Bréchat N, Gallland J. Evolution du système de santé et d'Assurance maladie : prendre en compte l'amélioration continue de la qualité des soins de santé et le management scientifique de ses processus. Rubrique : varia. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 4 : 109-120.

5 - Rey-Lefebvre I. Les médecins menacent de durcir la grève. Le monde, le 31 décembre 2014.

6 - Favereau E. Didier Tabuteau : « Il faut faire revenir les patients à la médecine de ville ». Libération, le 22 décembre 2014 ; Domenach H. Marisol Touraine : « Je comprends l'inquiétude des médecins ». Le Point, le 29 décembre 2014 ; Tabuteau D. Une réforme durable et équitable de l'Assurance-maladie est possible. Le Monde, le 31 décembre 2014.

7 - Bourgneuf C. Pourquoi les médecins généralistes refusent-ils le tiers payant généralisé ? Libération, le 22 décembre 2014.

1 - Bréchat PH, Guillo O. Simulation d'un « test de résistance » ou d'un « crash test » des systèmes de santé et d'Assurance maladie français et suisse par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dossier thématique : droit international et tendances internationales des réformes des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2014 ; 1 : 9-18.

2 - Savitz LA, James BC, Briot P, Barlow S. International Trend in Healthcare System and Health Insurance Reform : The Intermountain Healthcare Way. Dossier thématique :

Le projet de loi de santé positionne la nécessité de la généralisation du tiers payant pour réduire les inégalités financières d'accès aux soins de santé. Si, il y a 30 ans, 3 % de la population s'imposait des restrictions budgétaires en matière de soins médicaux, en 2010 c'était 13 %, soit 8 millions de personnes – les catégories les plus modestes se restreignant trois fois plus souvent que les catégories aisées⁸. En 2012, près de 26 % des personnes interrogées ont déclaré avoir renoncé à au moins un soin pour raisons financières⁹. L'enjeu est de permettre à tous de pouvoir bénéficier d'actions de prévention et de soins de santé par le secteur ambulatoire et de réduire le recours aux urgences et à l'hôpital plus couteux. Le développement de la prévention est un des principaux objectifs du projet de loi de santé.

L'Assemblée nationale a voté en dernière lecture dans la nuit du 19 au 20 novembre, le passage de 22 régions de France métropolitaine à 13, inscrit dans la réforme territoriale. Cela va avoir une incidence sur les Agences Régionales de Santé (ARS) au moment de la mise en œuvre de la loi de santé et de la nécessaire amélioration des partenariats avec l'Assurance maladie. Ces ARS devront pourtant arriver à coordonner pleinement des parcours de santé efficents et efficaces avec les secteurs ambulatoire et hospitalier, l'Assurance maladie, les collectivités territoriales, les professionnels de santé et la population. Le projet de loi de santé propose aussi le développement de la démocratie sanitaire.

Ainsi, réduction des inégalités d'accès aux soins de santé par la généralisation du tiers payant, développement de la prévention et de la démocratie sanitaire sont 3 des piliers essentiels du projet de loi de santé français. Ils doivent favoriser le « virage » du secteur hospitalier vers le secteur ambulatoire pour la construction d'un véritable système de santé et d'Assurance maladie producteur de santé et non uniquement consommateur des soins.

Cela étant, Intermountain Healthcare et la HVHC ont montré que ces 3 piliers – s'ils sont indispensables – ne sont pas les plus puissants pour atteindre les 3 objectifs du Triple Aim¹⁰ créé par Donald Berwick et l'Institute for Healthcare Improvement (IHI) des États-Unis d'Amérique : amélioration de la santé de la population ; réduction des coûts des soins de santé par habitant ; et satisfaction de l'usager.

Éléments stratégiques pour un quatrième pilier au projet de loi de santé

Le concept du Triple Aim a été adopté aux États-Unis d'Amérique comme le fondement de la transformation du système de soins de santé par l'efficience organisationnelle et l'efficience clinique.

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

9 - Céant N, Guillaume S, Rochereau T. Enquête sur la santé et la protection sociale 2012. Rapport n°556. IRDES juin 2014 : 121.

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

D'ailleurs, c'est le pilier de la deuxième étape de la réforme Obama qui sera mise en œuvre à partir de 2016¹¹ pour aligner le paiement sur la qualité, à la suite de la première étape de réforme du système d'assurance maladie nationale pour assurer tous les Américains. Le but est de favoriser ainsi l'émergence de systèmes de santé et d'Assurance maladie efficaces et efficaces sur tout le territoire des États-Unis d'Amérique à l'instar de ceux de l'Utah et du Massachusetts qui promeut une couverture maladie quasi-universelle¹². Les responsables du système de santé et d'Assurance maladie français ont là le pilier – complémentaire aux 3 premiers – qui a le plus grand effet de levier pour favoriser la transformation du système de santé et d'Assurance maladie. Le prendre en compte, c'est continuer d'aller dans le bon sens et se donner le maximum de chances de succès dans un climat serein.

Pour cela, il faut aligner les financement des soins de santé sur la qualité mesurée par des indicateurs qui capteront le mieux l'efficacité des soins (bons soins au bon patient...) et l'efficience de ces soins (...au meilleur coût). Les économies réalisées doivent être redistribuées : aux usagers en accroissant le panier de soins de santé dont l'efficacité est démontrée scientifiquement ainsi que leur couverture par l'Assurance maladie ; aux professionnels de santé pour les récompenser de la qualité des soins et la prévention qu'ils fournissent tout en permettant la réduction des taxes ; au développement de l'innovation et de la recherche ; au développement continu des connaissances de bonnes pratiques ; à l'accroissement de l'égalité d'accès aux soins et à la santé – les économies ne servent pas par exemple à rembourser la dette publique.

Cela veut dire que la réforme doit favoriser l'équivalent de l'Accountable Care Organization (ACO) plutôt que la Health Maintenance Organization (HMO) des États-Unis d'Amérique. L'ACO, introduite par la législation Patient protection and Affordable Care Act du 31 mars 2011 a pour objectifs principaux : 1)- l'adhérence aux recommandations de bonnes pratiques tant pour les soins que pour les parcours de santé (evidence based medicine) ; 2)- une meilleure coordination entre le secteur hospitalier et le secteur ambulatoire (création de réseaux de services de santé et de services sociaux, de parcours de soins et de parcours de santé) ; 3)- pousser au travail en équipe pluridisciplinaire dans des centres de type « medical home » avec des professionnels de santé ayant une formation supérieure (physician assistant, advanced nurse practitioner, etc.) ; 4)- une meilleure utilisation du dossier patient électronique (meaningful use) ; 5)- la réduction des dépenses de santé - favorisée par les 4 premiers objectifs principaux ; 6)- la redistribution des économies réalisées aux professionnels de santé travaillant sous forme multidisciplinaire et coordonnée.

11 - Health care reform timeline 2010 – 2020. How does health care reform affect you ? Zanebenefits.

12 - Mechanic RE, Altman SH, McDonough JE. The new era of payment reform, spending targets, and cost containment in Massachusetts : early lessons for the nation. Health Affairs (Millwood) 2012 ; 31 (10) : 2334-2342.

née entre le secteur hospitalier et le secteur ambulatoire¹³. Cela nécessite aussi de créer et de donner aux prestataires les bons outils - choix et suivi des bons indicateurs, système de gestion clinique, etc. - et avec lesquels il faut les accompagner avec un programme de formation et de recherche avancée en amélioration continue des processus de soins et de la qualité et sécurité des patients comme l'Advanced Training Program (ATP) in Health Care Improvement de l'Institute for Health Care Delivery Research d'Intermountain Healthcare. Les recherches concernent notamment : l'amélioration de la santé ; la réforme des soins de santé ; l'amélioration de la qualité ; la politique de santé et d'Assurance maladie ; le leadership en santé ; l'utilisation des connaissances pour améliorer la santé de la population et la prise de décision.

Des professionnels dédiés à la partie administrative de la consultation médicale et de la mise en œuvre et du suivi du parcours de santé sont nécessaires pour que les professionnels de santé n'aient plus à faire que des soins de santé de qualité.

Un système informatique ergonomique regroupant les données cliniques – garantissant le secret professionnel -, administratives, financières et sociales pour l'ensemble du parcours de santé doit être mis en place pour soutenir l'amélioration continue de la qualité. Il nécessite que les recommandations de bonne pratique soient notamment intégrées au dossier électronique du patient et que des indicateurs soient développés pour mesurer l'amélioration des processus de soins de santé.

Ces éléments de stratégie (inclus dans le modèle de l'ACO et du medical home américain) peuvent venir soutenir le projet de loi de santé tout en réduisant les nombreuses mobilisations allant contre. La France peut aussi s'inspirer, comme en Espagne, des dernières évolutions américaines scientifiquement prouvées qui, par des « programmes robustes d'amélioration continue de la qualité » peuvent réaliser de plus grandes économies que les coupes budgétaires (fermeture d'hôpitaux, mise à pied du personnel, etc.) tout en réalisant les 3 objectifs du Triple Aim. Intermountain Healthcare, un des leaders mondiaux de ces « programmes robustes d'amélioration continue de la qualité »¹⁴, a un objectif sur 6 ans de réduction de 15 % des dépenses de santé de son système (1,6 millions d'usagers) d'ici 2016 qui à la fin 2014, était déjà de 12 %¹⁵. Ce quatrième pilier pour le projet de loi de santé ou les autres réformes à venir permet bien des économies remarquables qui, redistribuées, servent de leviers à une amélioration continue de l'efficience et de l'efficacité sociale. Ce

quatrième pilier qui s'appuie et demande l'engagement de chacun dans la réduction des gaspillages, dont les professionnels de santé et les usagers, favorise la solidarité, l'égalité, la fraternité et la cohésion sociale, et ce, davantage que les coupes budgétaires, la réduction des coûts et la privatisation.

Cet article est co-signé par Pascal Briot, fellow et diplômé de l'Advanced Training Program (ATP) in Health Care Delivery Improvement de l'Institute for Health Care Delivery Research d'Intermountain Healthcare des États-Unis d'Amérique ; CERGAM EA 4225, Institut de Management Public et Gouvernance Territoriale (IMPGT), Aix-Marseille Université, Aix en Provence, France

Remerciements à : Charles Sorenson, Brent James, Bert Zimmerli et Lucy Savitz d'Intermountain Healthcare des États-Unis d'Amérique ; Didier Tabuteau, responsable de la Chaire santé à Sciences Po ; et l'APHP, qui nous ont soutenu.

Pierre-Henri Bréchat

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

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

15 - James BC. Courrier à Bréchat PH, le 27 décembre 2014.

Anne Laude

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

Emmanuelle Prada-Bordenave

Directrice Générale de l'Agence de la Biomédecine

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatier et Associés

Fin de vie : un médecin radié mais acquitté

Suite au décès suspect de plusieurs patients en fin de vie de l'unité d'hospitalisation de courte durée (UHCD) du centre hospitalier de la Côte Basque à Bayonne, signalé par des infirmiers et aides-soignants, une instance pénale et une instance disciplinaire ont été ouvertes à l'encontre du docteur B.

Accusé d'avoir empoisonné sept patients en fin de vie entre mars 2010 et juillet 2011 en leur ayant injecté de l'Hypnovel ou du curare, la Cour d'assises des Pyrénées-Atlantiques a acquitté le 25 juin 2014 le docteur B. en relevant que, si des injections réalisées par M. B. avaient effectivement entraîné des décès, l'intéressé n'avait pas eu l'intention de donner la mort¹. Toutefois, le parquet général près la cour d'appel de Pau a fait appel de cette décision. Un procès devrait à terme se tenir devant la cour d'assises d'appel d'Angers².

Parallèlement au volet pénal, et suite à une plainte du conseil national de l'ordre des médecins, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des médecins a prononcé par une décision du 24 janvier 2013 la radiation du Docteur B. du tableau de l'ordre des médecins pour avoir provoqué délibérément la mort de plusieurs patients³. Sur appel interjeté par ce dernier, la chambre nationale de l'ordre des médecins a confirmé quelques temps avant le prononcé du verdict pénal, cette décision de radiation en décidant que la sanction prendrait effet à compter du 1er juillet 2014⁴. Par un arrêt du 30 décembre 2014, le Conseil d'État rejette le pourvoi

en cassation formé à l'encontre de cette décision rendant ainsi définitive la décision de radiation prononcée à l'encontre du docteur B.⁵. Cette décision, ainsi que la poursuite de deux instances pénales et disciplinaires concomitantes soulève un certain nombre d'interrogations.

Une première question est d'appréhender comment des faits identiques peuvent donner lieu d'une part par le juge pénal à une décision d'acquittement, fusse-t-elle provisoire, et d'autre part au prononcé de la radiation définitive du tableau de l'ordre des médecins par le juge disciplinaire ? La divergence s'explique dans la mesure où les deux juges se prononcent sur les faits au regard de fondements différents. En conséquence, un médecin peut être doublement poursuivi pour les mêmes faits devant deux juridictions distinctes sur le fondement de textes législatifs de nature différente.

Le juge disciplinaire prononce une sanction professionnelle en appréciant si le comportement du médecin a ou non violé des règles déontologiques. Parmi celles-ci, est inscrite à l'article R. 4127-38 du code de la santé publique la règle selon laquelle: « Le médecin (...) n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». Or, en l'espèce l'administration de substances létales, comme l'a reconnu le Docteur B., contrevient à ce principe déontologique. En effet, si la loi du 22 avril 2005 prévoit que « les actes de prévention, d'investigation et de soins ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris lorsqu'ils apparaissent inutiles ou disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie », il n'en demeure pas moins que cette décision d'arrêt des traitements ne saurait être prise par le médecin lorsque la personne malade est, comme en l'espèce, hors d'état d'exprimer sa volonté, que dans le strict respect d'une procédure collégiale définie par le code de la santé publique⁶. En outre, si l'article L. 1110-5 incise du code de la santé publique prévoit qu'afin d'assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort, le médecin peut appliquer à une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable « un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger sa vie » s'il constate qu'il ne peut soulager sa souffrance que par un tel traitement ; il doit alors en informer le malade, la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 du code de la santé publique, la famille ou, à défaut, un des proches, et inscrire la procédure suivie dans le dossier médical. Or, comme le souligne le Conseil d'État dans l'arrêt du 30 décembre 2014, si « le législateur a, par ces dispositions, en-

1 - Cour d'assises des Pyrénées Atlantiques, 25 juin 2014, n° 40-2014

2 - Cass.crim 6 août 2014, n° 14-85098

3 - Ch. Disc. de 1^{re} instance du CROM d'Aquitaine, 24 janvier 2013, n° 1076

4 - Ch. Disc. Nat. de l'Ordre des médecins, 15 avril 2014, n° 1170

5 - CE 30 déc. 2014, n° 381245.

6 - Articles L. 1110-5, L. 1111-4 et R. 4127-37 CSP.

tendu que ne saurait être imputé à une faute du médecin le décès d'un patient survenu sous l'effet d'un traitement administré parce qu'il était le seul moyen de soulager ses souffrances, il n'a pas entendu autoriser un médecin à provoquer délibérément le décès d'un patient en fin de vie par l'administration d'une substance létale ; qu'une telle pratique demeure prohibée par [le code de déontologie médicale] »⁷. Le manquement aux règles déontologiques donne lieu au prononcé d'une sanction, quels que soient les motifs invoqués par le médecin, fussent-ils comme en l'espèce, justifiés par l'intervention dans le but de soulager la souffrance des patients et en concertation avec leurs familles.

Le juge pénal quant à lui examine les faits au regard de la violation ou non de la règle pénale. En l'espèce, le docteur B. était poursuivi pour empoisonnement. Or, la cour d'assises a jugé que le médecin n'avait pas l'intention de donner la mort au égard précisément au fait que le docteur B. abrégeait les souffrances des patients. Elle a dès lors considéré qu'il n'était pas possible de la sanction pénale la plus dure, privative de liberté. Néanmoins cette décision de relaxe devant la juridiction pénale ne saurait avoir une quelconque incidence sur la décision du juge disciplinaire. L'appréciation de la faute pénale est en effet indépendante de celle de la faute disciplinaire. Il en résulte donc qu'un même comportement peut constituer simultanément soit un manquement aux règles professionnelles que le juge disciplinaire peut sanctionner et une infraction pénale sanctionnée par le juge répressif, soit au contraire un manquement à l'une seulement de ses règles.

Dès lors, cette décision du conseil d'État soulève une autre interrogation, celle du cumul de sanctions. Cette faculté de cumul des poursuites devant deux juges distincts semble a priori se heurter au principe « Non bis in idem » selon lequel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits », consacré dans notre ordre interne à l'article 368 du Code pénal et qui constitue un principe général du droit repris notamment par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toutefois, le droit pénal et le droit disciplinaire étant indépendants, la règle non bis in idem ne fait pas obstacle à ce qu'un même comportement puisse être sanctionné à la fois pénalement et sur le plan disciplinaire. En effet, comme l'ont précisé Savatier, Aubry et Péquignoy le pouvoir disciplinaire confié à l'ordre « correspond à l'idée que des membres de la profession sont plus qualifiés que quiconque pour apprécier dans quelle mesure les faits reprochés à un praticien sont contraires à des devoirs professionnels, et aussi au souci d'une vigilance particulièrement attentive dans le contrôle de la moralité des médecins, souci qui conduit à poursuivre disciplinairement des faits qui n'auraient pu faire l'objet de sanctions pénales »⁸. En outre, comme le mentionne le Conseil d'État, le docteur B. ne saurait invoquer l'autorité de chose jugée

7 - article R. 4127-38 CSP

⁸ - traité de droit médical de 1956

s'attachant à l'arrêt de la cour d'assises du 25 juin 2014, qui n'est pas définitif et, qui au surplus, est postérieur à la décision de radiation contestée devant le Conseil d'État.

Le principe non bis in idem n'a pas vocation non plus à s'appliquer au cumul des sanctions administratives et pénales. Ainsi, en matière boursière, le Conseil constitutionnel a considéré que la double répression des délits boursiers n'est pas contraire à ce principe, dès lors que le montant global des sanctions ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁹. La Cour de cassation a également affirmé la non-application du principe non bis in idem en matière de délits boursiers, à condition que le cumul garantisse une sanction « effective, proportionnée et dissuasive » et que le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne dépasse pas le plafond de la sanction encourue la plus élevée¹⁰. Toutefois, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a par un arrêt en date du 4 mars 2014, exigé de l'Italie qu'elle clôture dans les plus brefs délais les poursuites pénales qu'elle avait engagées, pour manipulation de marchés, à l'encontre de plusieurs personnes et sociétés, déjà définitivement sanctionnés par le régulateur boursier italien, en application du principe Non bis in idem. Cette décision semble ainsi marquer une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure de cette même juridiction qui considérait que « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »¹¹. Elle a également rappelé que cet article « a pour objet de prohiber la répétition de procédures pénales définitivement clôturées »¹². Sur la base de cette jurisprudence, le gouvernement de la République française a déclaré que l'effet en droit interne français du protocole additionnel de la CESDHLF doit conduire à ce que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du protocole n° 741¹³. Ainsi, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat jugent que le principe non bis idem, tel qu'il est énoncé par le protocole additionnel à la CESDHLF, n'est applicable qu'en matière pénale et n'interdit pas le cumul des poursuites et des sanctions pénales et administratives¹⁴, pénales et

9 - Conseil Constitutionnel, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989

10 - Crim., 22 janvier 2014, n° 12-83579

11 - CEDH 10 fév 2009 Zolotoukhine c/ Russie, requête n° 14939/03, § 82

12 - CEDH 10 fév. 2009, op.cit.

13 - V. en ce sens la liste des déclarations relatives au protocole n° 7, [en ligne]. Disponible sur <http://conventions.coe.int/Treaty/Common/ListeDeclarations.asp?CL=ENG&NT=117&VL=0>.

14 - Cass., crim., 1er mars 2000, n° 99-86299. CE, 9 mars 1951, Sieur Hay, Rec. 150.

disciplinaires¹⁵, pénales et douanières¹⁶ ou pénales et fiscales¹⁷. Toutefois, la position des juridictions nationales ne devrait-elle pas évoluer au regard de l'arrêt de la CEDH du 4 mars 2014 ? Ne serait-il pas souhaitable de faire évoluer la position des juridictions nationales au regard du principe de sécurité juridique ? Est-il opportun que, pour les mêmes faits, un individu soit condamné par une autorité et relaxé par une autre ? Ne serait-il pas opportun de réfléchir, comme d'aucuns l'ont proposé, à la mise en place d'un « aiguillage » entre les juridictions disciplinaires et pénales, selon la gravité des infractions constatées ? Cette réflexion serait dans une certaine mesure de nature à apaiser les difficultés a fortiori dans un contentieux relatif à la fin de vie, déjà largement enclin à de nombreuses difficultés.

Néanmoins, la décision de radiation de l'ordre des médecins du D. B est devenue définitive quelle que soit l'issue du procès pénal. Or, conformément aux dispositions de l'article R. 4126-53 du code de la santé publique, le D. B aura la possibilité de demander la révision de la décision de radiation « si, après le prononcé de la décision, un fait vient à se produire ou à se révéler ou lorsque des pièces, inconnues lors des débats, sont produites, de nature à établir l'innocence [du] praticien ». Ce faisant, la décision pénale définitive postérieure à la décision du juge disciplinaire est, dans certains cas, susceptible de justifier une demande de révision, en particulier lorsqu'elle remet en cause la matérialité des faits ayant servi de fondement à la sanction disciplinaire. De surcroit, au regard de l'article L 4124-8 du code de la santé publique, le D. B pourra être relevé de l'incapacité d'exercer résultant de la décision définitive de radiation dans un délai de trois années par une décision de la chambre disciplinaire qui a statué sur l'affaire en première instance.

Dans cet intervalle, les dispositions de la loi Léonetti auront sans doute évolué. En effet la proposition de loi présentée par les députés Claeys et Léonetti vise à étendre le droit à la sédation qui existe déjà pour les personnes hors d'état d'exprimer leur volonté, aux personnes qui en font la demande, lorsque le pronostic vital est engagé à court terme et qu'elles sont en situation de souffrance et lorsque l'arrêt du traitement engage le pronostic vital¹⁸. Toutefois, l'évolution des dispositions de la loi sur les droits des malades en fin de vie ne saurait être de nature à influer sur le contentieux dont fait l'objet d'un docteur B.

Anne Laude

15 - Cass., crim., 27 mars 1997, n° 96-82669. CE, 27 janvier 2006, n° 265600.

16 - Cass., crim., 4 septembre 2002, n° 01-84.011 et n° 01-85816.

17 - Cass., crim., 4 juin 1998, n° 97-80620.

18 - art. 3 de la proposition de loi in rapport de présentation et texte de la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et personnes en fin de vie : <http://www.elysee.fr/assets/Uploads/Rapport-et-proposition-de-loi-creant-de-nouveaux-droits-en-faveur-des-malades-et-des-personnes-en-fin-de-vie.pdf>

Xavier Cabannes

Professeur à l'université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Centre Maurice Hauriou

Julie Diebold

Avocat à la Cour, Chargée d'enseignement à l'Université d'Évry-Val d'Essonne

Marc Dupont

Directeur d'hôpital à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

GCS public – privé : prestations médicales croisées et compétence juridictionnelle (T. Conflits, 7 juillet 2014)

Le groupement de coopération sanitaire (GCS) constitue aujourd'hui un instrument privilégié de coopération inter-hospitalière. 491 groupements étaient recensés au 30 juin 2012¹.

Il s'agit d'une forme de coopération créée initialement par l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée². L'ordonnance du 4 septembre 2003 en a modifié les règles de fonctionnement afin de permettre aux acteurs de santé de disposer d'un outil plus simple et plus adapté à leurs besoins en cette matière. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 a recomposé à nouveau les dispositions législatives qui lui sont applicables. Elle les a clarifiées et doté ce groupement de la faculté, dans certains cas, de relever du statut d'établissement de santé³.

Pour les gestionnaires hospitaliers, l'usage de ce mode de coopération permet de répondre à différents enjeux d'efficience.

La loi prévoit tout d'abord que lorsqu'il est constitué sous la forme de groupement de coopération

1 - Source : www.sante.gouv.fr; groupement de coopération sanitaire.

2 - Art. L. 6133-1 et s., art. R. 6133-1 à R. 6133-25, CSP ; Arr. du 23 juil. 2010 relatif aux groupements de coopération sanitaire.

3 - C. Bergoignan-Esper, « Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation », RDSS 2009. 806 ; « Les formes de coopération dans la loi "HPST". Avancées et manques », Gest. hosp., oct. 2009, n° 489.

sanitaire « de moyens », ce qui sauf exception est le cas, le GCS doit permettre de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres et qu'il peut à cet effet (art. L. 6133-1, CSP) :

- « – organiser ou gérer des activités administratives, logistiques, techniques, médico-techniques, d'enseignement et de recherche ;
- réaliser ou gérer des équipements d'intérêt commun. À ce titre, il peut être titulaire de l'autorisation d'installation d'équipements lourds (...) ».

Il s'agit des deux premiers objets possibles d'un GCS. Sur ce fondement, ce dispositif peut être retenu pour de multiples opérations de coopération, associant selon le cas des établissements publics de santé, des établissements de santé privés, ou, comme dans le cas ici examiné, des établissements publics et privés.

Le GCS, outil d'usage mutualisé de personnels

L'intérêt souvent déterminant du choix de ce mode de coopération résulte cependant, dans de nombreuses situations, du troisième objet possible prévu par le législateur (même art. L. 6133-1, CSP) :

- « – permettre les interventions communes de professionnels médicaux et non-médicaux exerçant dans les établissements membres ainsi que des professionnels libéraux membres ».

L'une des difficultés les plus immédiates que rencontrent en effet les établissements de santé pour coopérer entre eux, surtout quand ils sont respectivement publics et privés, est souvent de ne pouvoir aisément mutualiser des personnels ou, autrement formulé, de ne pouvoir organiser des « prestations croisées » par lesquelles des professionnels, tout particulièrement médicaux, pourront exercer avec une équipe, dans les locaux, avec des équipements et plus généralement pour une activité qui ne sont pas ceux de l'établissement dont ils relèvent, mais ceux de l'établissement partenaire.

Une simple convention de coopération, telle que prévue par l'article L. 6134-1 du code de la santé publique, ne permet en effet pas de surmonter les difficultés réglementaires et statutaires qui viennent s'opposer à ces partages et échanges de personnels. Parmi ces difficultés, citons le cadre restrictif par lequel des praticiens d'exercice libéral peuvent exercer au sein d'un établissement public de santé : contrats de l'article L. 6146-2 du code de la santé publique, contrats de praticiens « cliniciens hospitaliers » (art. L. 6152-1, CSP), statut de praticien attaché (art. R. 6152-601 et s., CSP). Et à l'inverse, l'impossibilité pour un praticien hospitalier à temps plein d'un établissement public de santé d'exercer au sein d'un établissement de santé privé, sauf dans le cadre d'un détachement en qualité de salarié auprès

d'un établissement privé chargé d'une ou plusieurs missions de service public (art. R. 6152-4 et R. 6152-51-5°, CSP). La mise à disposition d'un praticien n'est pas possible au profit d'un établissement de santé privé, ni par ailleurs l'intervention de médecins hospitaliers dans le cadre de la participation à une activité d'intérêt général, sauf si l'établissement bénéficiaire réalise une mission de service public (une ou deux « demi-journées d'intérêt général » prévues par l'article R. 6152-30 du code de la santé publique).

La création des GCS répond ainsi souvent à cet objectif, notamment dans la période actuelle où les ressources médicales sont rares, de faire bénéficier des établissements de santé de l'apport de praticiens dont l'activité principale demeure rattachée à leur structure d'origine. Et de pouvoir à la fois répondre aux exigences de continuité et de permanence des soins, et aux seuils minimaux d'activité requis dans un certain nombre de cas par les dispositions du code de la santé publique. Cette organisation requiert en revanche la création d'une personne morale spécifique (le groupement) et donc une coopération très formalisée, donnant lieu à une approbation par le directeur général de l'agence régionale de santé, et en principe durable.

La décision du Tribunal des conflits du 7 juillet 2014

Dans l'affaire dont il est fait ici état et qui a fini par aboutir devant le Tribunal des conflits⁴, était en jeu un groupement de coopération sanitaire de moyens, intitulé « Anesthésie-Réanimation des Olonnes », conjointement créé par un établissement public de santé, le centre hospitalier « Côte de Lumière » aux Sables d'Olonne, et par un établissement de santé privé à but lucratif, la clinique « Porte Océane ».

L'objet du groupement était de préciser les modalités selon lesquelles les médecins anesthésistes réanimateurs et les infirmiers anesthésistes du centre hospitalier public pouvaient, en cette qualité, apporter leur concours à des interventions chirurgicales pratiquées au bloc opératoire de la clinique. Un groupe unique d'anesthésistes-réanimateurs avait été ainsi mis en place conjointement par les deux établissements. Dans ce cadre, durant une période transitoire, six anesthésistes-réanimateurs, praticiens hospitaliers à plein temps du centre hospitalier, étaient autorisés à effectuer des actes au sein de la clinique. Le centre hospitalier continuait de les rémunérer et facturait le coût de cette mise à disposition de personnel à la clinique.

Il était convenu, bien que ceci soit dépourvu d'incidence sur notre question, que ce groupement prélude la constitution ultérieure, programmée sur le même site, d'un pôle de santé public/privé au sein duquel serait constitué, cette fois de façon pérenne, un groupe unique de médecins anesthésistes ayant (par un mixage d'activités à temps partiel) le double statut de praticien hospitalier et de médecin libéral,

leur permettant d'intervenir, en l'une ou l'autre qualité, au sein, selon le cas, du centre hospitalier ou de la clinique.

C'est dans ce contexte qu'un médecin anesthésiste, praticien hospitalier relevant du centre hospitalier « Côte de Lumière », avait effectué à la clinique « Porte Océane » l'anesthésie générale d'une patiente à l'occasion d'une intervention chirurgicale (ablation de la thyroïde) effectuée par un chirurgien attaché à la clinique. Or, un dommage médical s'était produit, une prothèse dentaire ayant été brisée lors de l'intubation, réalisée pour les besoins de l'anesthésie.

La résolution de ce litige a été rendue complexe par une question de prérogative juridictionnelle.

La patiente, se considérant comme une patiente de la clinique, avait assigné le médecin anesthésiste en vue de la réparation de son préjudice devant le juge des référés du tribunal de grande instance des Sables d'Olonne pour désigner un expert. Mais celui-ci, par ordonnance, déclinait sa compétence après avoir retenu qu'étant intervenu en qualité de praticien hospitalier et ayant, de surcroit, souscrit un contrat d'engagement de service public exclusif⁵, le médecin anesthésiste concerné ne pouvait voir sa responsabilité personnelle recherchée devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Dans un second temps, la patiente s'était alors tournée vers le juge des référés du tribunal administratif de Nantes. Or celui-ci, à nouveau par ordonnance, s'était estimé également incompté, en considérant notamment que le concours apporté par le médecin anesthésiste « public » à une intervention pratiquée au sein d'un établissement privé était dépourvu de lien avec le service public hospitalier.

Il s'agissait donc de déterminer quel est l'ordre de juridiction compétent lorsqu'est recherchée la réparation d'un dommage subi à raison des actes d'un praticien hospitalier de statut public concourant, ès-quality, à une intervention chirurgicale réalisée au sein d'une clinique privée en application d'une convention constitutive d'un groupement de coopération sanitaire dont sont membres à la fois la clinique et le centre hospitalier qui emploie le praticien.

Compétence de la juridiction administrative

La convention constitutive du GCS mentionnait opportunément qu'en cas de survenue d'un dommage qui ne serait pas imputable aux actes du médecin, mais à un défaut d'organisation de la clinique considérée en sa qualité d'établissement de santé privé ou à la défectuosité du matériel qu'elle aurait mis à sa disposition du praticien, le juge judiciaire serait seul compétent pour connaître de la demande de réparation : seule la responsabilité de la clinique pourrait alors être mise en cause conformément à l'ordonnance du 11 juillet 2013.

5 - Le versement d'une indemnité spécifique est prévu par l'article D. 6152-23-1 du Code de la santé publique pour les praticiens exerçant à temps plein à l'hôpital public qui s'engagent pour une période de trois ans à ne pas exercer une activité libérale au sein de leur établissement.

4 - Tribunal des conflits, 7 juillet 2014, n° C3951, Mme A. cl Centre hospitalier "Côte de Lumière".

mément à la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation⁶.

À contrario, il pouvait être soutenu que la juridiction administrative était logiquement compétente pour connaître, cette fois, de la responsabilité résultant du dommage trouvant son origine dans la faute du médecin anesthésiste du centre hospitalier, dès lors que ce praticien exécutait là une partie de son service, certes au sein de la clinique mais dans le cadre de ses fonctions « hospitalières », en vertu d'une convention passée par son établissement employeur. Ceci toutefois pour autant qu'il ne pourrait être établi ou allégué que cette faute, à la supposer caractérisée, présenterait le caractère d'une faute personnelle détachable. La décision du Tribunal des conflits énonce ainsi que « les fautes commises par un praticien hospitalier à l'occasion d'actes accomplis dans le cadre du service public hospitalier engagent en principe la seule responsabilité du centre hospitalier dont relève ce praticien, qu'il appartient au patient de poursuivre devant la juridiction administrative »⁷. Il pourrait toutefois en être autrement, et la compétence de la juridiction administrative être à nouveau exclue, si le praticien du centre hospitalier était intervenu au sein de la clinique en qualité de médecin libéral ou de préposé de la clinique, cette seconde hypothèse étant toutefois exceptionnelle dans le secteur hospitalier « commercial ». Ceci dans l'hypothèse où il relèverait par exemple du statut de praticien hospitalier à temps partiel (qui autorise un tel exercice privé, parallèlement aux fonctions « publiques » de l'intéressé, hors son établissement public d'affectation).

Or, tel n'était pas le cas. Le praticien anesthésiste n'agissait pas en qualité de médecin libéral, ni en celle de préposé d'une clinique dont il n'était d'aucune façon le salarié. La convention constitutive du GCS prévoyait d'ailleurs que «les médecins anesthésistes-réanimateurs exercent dans le cadre du statut de praticiens hospitaliers temps plein [et] restent régis par leur statut» et que les prestations effectuées par ces médecins au sein de la clinique donnaient lieu à facturation à celle-ci par le centre hospitalier. C'est en tant que praticien hospitalier salarié du centre hospitalier partie à la convention constitutive du GCS et dans le cadre de ses obligations de service que le praticien anesthésiste, dans les conditions décrites dans la convention, était amené à apporter son concours à l'intervention chirurgicale effectuée au sein de la clinique au profit de la patiente. Le Tribunal des conflits a considéré en conséquence

6 - Civ. 1ère 11 juin 2009, n° 08-10.642 – Civ. 1ère 7 juill. 1998, Bull. n° 329.

7 - L'affaire dont il est question était antérieure à la loi du 21 juillet 2009 dite « HPST », dont on sait qu'elle a profondément modifié l'organisation du service public dans le champ hospitalier. Les activités chirurgicales et anesthésiques qui étaient ici l'objet du jugement relèveraient à présent d'une activité qui serait probablement dépourvue de cette qualité de « service public hospitalier », s'agissant de prestations chirurgicales et anesthésiques indifférenciées n'ayant a priori pas lieu de relever d'une mission de service public explicitement confiée à l'établissement de santé par le directeur de l'agence régionale de santé.

que la faute qu'il avait pu commettre à l'occasion de cette intervention constituait, en principe, une faute de service engageant, comme telle, la responsabilité du centre hospitalier « Côte de Lumière », et que le juge administratif était compétent pour en connaître. La convention constitutive du GCS stipulait d'ailleurs dans le même sens que le centre hospitalier conservait la responsabilité qui lui incombait en raison de l'activité des praticiens hospitaliers et des personnels non médicaux intervenant au bénéfice des patients de la clinique.

Une compétence concurrente du juge judiciaire

Il aurait pu être déduit de ce renvoi au juge administratif que la compétence de ce dernier serait exclusive, engageant « la seule responsabilité du centre hospitalier ».

Or, visant cette fois la responsabilité propre de la clinique, le Tribunal des conflits retient parallèlement une compétence possible des juridictions de l'ordre judiciaire, concurremment à celle de l'établissement de santé public, à raison des fautes susceptibles d'être imputées au médecin anesthésiste à l'occasion de son exercice au sein de la clinique, nonobstant son statut de praticien hospitalier. Le Tribunal des conflits retient plusieurs arguments en faveur de cette solution : « Considérant (...) que le patient qui entend obtenir réparation d'un préjudice qu'il estime avoir subi à l'occasion de soins réalisés dans un établissement de soins privé auquel le lie un contrat de soins et d'hospitalisation incluant, en l'absence d'activité libérale du praticien qui les prodigue, les soins médicaux, est en droit de rechercher devant le juge judiciaire la responsabilité de cet établissement », de la même façon qu' « il est par ailleurs loisible au patient de rechercher, devant le juge judiciaire, la responsabilité d'un médecin à raison des actes médicaux accomplis, à titre de praticien libéral, au sein de la clinique ».

Quoi que puisse prévoir la convention constitutive du GCS s'agissant de la responsabilité du centre hospitalier, la responsabilité propre de la clinique peut donc être engagée à raison des actes accomplis en son sein par les praticiens hospitaliers mis à sa disposition en exécution de la convention, sans préjudice, bien entendu, d'un éventuel recours de la clinique contre le centre hospitalier.

Ainsi, lorsqu'en exécution d'une convention constitutive d'un groupement de coopération sanitaire entre un centre hospitalier et une clinique privée, un praticien employé par le premier accomplit des actes médicaux au profit de la seconde, la responsabilité des deux établissements membres du groupement peut être recherchée respectivement devant le juge administratif et devant le juge judiciaire à raison des fautes commises par le praticien à l'occasion de l'accomplissement de ces actes, sans préjudice de l'action récuratoire de la clinique contre le centre hospitalier.

Cette solution paraît justifiée pour tenir compte des intérêts des patients concernés. Ayant conclu avec la clinique un contrat d'hospitalisation et de soins, les patients sont en effet étrangers à la convention liant celle-ci au centre hospitalier. Ils ignorent

donc en principe, et il ne leur revient pas de s'interroger sur la possible participation de praticiens hospitaliers au fonctionnement de la clinique. Ils peuvent légitimement présumer que les médecins qui les prennent en charge au sein de celle-ci sont tous des médecins qui lui sont individuellement liés par contrat, exerçant sous un statut libéral ou de salarié.

Le Tribunal des conflits a manifestement souhaité éviter une situation contestable par laquelle il serait imposé au patient, en cas de contentieux, de mener un double recours, en devant agir à la fois devant le juge judiciaire pour obtenir réparation d'un dommage éventuellement lié à un dysfonctionnement du service rendu par la clinique et devant le juge administratif pour obtenir réparation de celui qui résulterait des fautes de praticiens de l'établissement public de santé ayant concouru au fonctionnement de cet établissement privé.

La responsabilité de la clinique à son égard résulte en réalité du contrat d'hospitalisation et de soins passé par le patient avec l'établissement. Ce contrat oblige la clinique à fournir une prestation, qui comprendra l'intervention d'un médecin lié contractuellement à elle. Dans ce cadre, la responsabilité de l'établissement privé constitue une contrepartie du bénéfice qu'elle retire d'une contribution indispensable à l'exécution de ses obligations contractuelles, peu important qu'elle provienne d'un établissement régi par le droit public et soit effectuée par un praticien dont elle n'est pas l'employeur et auquel elle n'est pas davantage liée par un contrat d'exercice.

On rappellera pour conclure que les situations telles que celles qui viennent d'être décrites requièrent en tant que de besoin une information transparente des patients, malgré leur complexité pour des personnes qui ne sont pas pour la plupart au fait des subtilités de nos organisations hospitalières. La déontologie médicale commande en effet que les médecins doivent demeurer vigilants à ce qu'aucune confusion ne soit créée par leurs pratiques à différents titres dans des établissements distincts⁸. La décision qui vient d'être commentée indique en tout état de cause que le juge a souhaité que les constructions de coopération inter-hospitalière ne viennent pas apporter d'opacité mal venue dans la compréhension par le patient de ses relations juridiques avec l'établissement de santé qu'il a choisi pour ses soins, ni de difficultés anormales pour la mise en œuvre du droit à réparation.

Marc Dupont

Les autorisations d'activités de soins et d'équipements matériels lourds : les précisions utiles du juge administratif (CE, 11 juillet 2014, 3 espèces)

Le 11 juillet 2014, le Conseil d'État a rendu trois arrêts relatifs à des refus d'autorisations d'exercer certaines activités de traitement du cancer. Ce faisant, il a également donné des interprétations utiles des dispositions législatives et réglementaires applicables à ce domaine.

Le régime des autorisations est prévu par les articles L. 6122-1 à L. 6122-21 du code de la santé publique (CSP), ainsi que par les dispositions continues Titre II, Livre 1er de la sixième partie de la partie réglementaire du CSP, en particulier, les articles R. 6122-23 à R. 6122-44. Le code prévoit que les projets relatifs à la création d'un établissement de santé, « la conversion et le regroupement des activités de soins, y compris sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation ou l'hospitalisation à domicile et l'installation des équipements matériels lourds » sont soumis à la délivrance d'une autorisation par l'agence régionale de santé (ARS). Les activités de soins visées par cette obligation d'autorisation sont listées par l'article R. 6122-25 du même code et couvrent un large champ. Pas moins de dix-neuf activités sont incluses dans cet article, allant de la médecine et de la chirurgie à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou identification d'une personne par empreintes génétiques à des fins médicales, en passant par les soins de suite et de réadaptation, les soins de longue durée et les activités de traitement du cancer. Les équipements matériels lourds sont, quant à eux, énumérés à l'article R. 6122-26.

Initialement, une ordonnance du 11 décembre 1958⁹ soumettait les secteurs publics et privés d'hospitalisation à un régime de déclaration préalable. L'ordonnance n° 67-829 du 23 septembre 1967 a dissocié le régime des autorisations en fonction de la nature privée ou publique de l'hospitalisation (déclaration préalable pour le secteur public et autorisation préalable pour le secteur privé). La loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière a unifié les procédures en instaurant un régime commun d'autorisation. La codification de ces dispositions a été réalisée, pour l'essentiel, par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique. Le régime des autorisations a subi un remaniement par une ordonnance du 4 septembre 2003¹⁰, complétée

8 - Voir CNOM, commentaires de l'article 98 du code de déontologie médicale.

9 - Ordonnance n° 58-119, JO 12 décembre 1958.

10 - Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du

par un décret en date du 6 mai 2005¹¹. Les dispositions relatives aux activités de traitement du cancer, objet des trois arrêts rendus par le Conseil d'État le 11 juillet 2014, ont été insérées, dans leur forme actuelle, dans le CSP par un décret en date du 21 mars 2007¹². Ce décret a créé dans le chapitre III du Titre II du Livre 1er de la sixième partie de la partie réglementaire du code une section 7 intitulée « Traitement du cancer ». Il soumet ainsi les activités de traitement du cancer au régime juridique de la procédure d'autorisation des activités de soins. Ce décret du 21 mars 2007 est complété par un décret pris le même jour, et relatifs aux conditions techniques de fonctionnement¹³. Ces décrets sont eux-mêmes complétés par un arrêté du 29 mars 2007, fixant les seuils d'activité minimale annuelle applicables à l'activité de soins de traitement du cancer¹⁴, une circulaire du 14 avril 2009 relative aux autorisations de traitement du cancer en radiothérapie¹⁵ et une circulaire du 26 mars 2008 relative à la méthodologie de mesure des seuils de certaines activités de soins¹⁶.

L'une des caractéristiques de ce régime d'octroi d'autorisation est la fixation de seuils d'activité opposables aux personnes physiques ou morales demanderesses. Des seuils minimaux d'activité annuelle sont ainsi arrêtés par le Ministre chargé de la Santé. Cette spécificité résulte, en particulier, de l'action de l'Institut National du Cancer (INCa), reprise par le Plan Cancer 2003-2007¹⁷. Ce sont les caractéristiques de cette évaluation qui ont donné lieu à l'un des arrêts rendus par le Conseil d'État le 11 juillet dernier¹⁸. Les deux autres arrêts¹⁹ sont,

• •

système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

11 - Décret n° 2005-434 du 6 mai 2005 relatif à l'organisation et à l'équipement sanitaires et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : décrets en Conseil d'État) et le code de l'action sociale et des familles (deuxième partie : partie Réglementaire). La partie réglementaire du code de la santé publique a fait l'objet d'une recodification par le décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005 relatif à la sixième partie (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

12 - Décret n° 2007-388 du 21 mars 2007 relatif aux conditions d'implantation applicables à l'activité de soins de traitement du cancer et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires).

13 - Décret n° 2007-389 du 21 mars 2007 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables à l'activité de soins de traitement du cancer.

14 - Arrêté du 29 mars 2007 fixant les seuils d'activité minimale annuelle applicables à l'activité de soins de traitement du cancer, NOR : SANH0721406A.

15 - Circulaire DHOS/04/INCa n° 2009-105 du 14 avril 2009 relative aux autorisations de traitement du cancer en radiothérapie et à la période de mise en conformité.

16 - Circulaire DHOS/INCa n° 2008-101 du 26 mars 2008 relative à la méthodologie de mesure des seuils de certaines activités de soins de traitement du cancer, NOR : SJSH0830223C.

17 - D.Legrand et C.Genety, La lutte contre le cancer et le rôle de l'Agence régionale de santé, RDSS 2014. p.27 et s.

18 - CE, 11 juillet 2014, Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c/ SA Clinique du Docteur Convert, n° 359450, Mentionné dans les Tables du Recueil.

quant à eux, relatifs à l'application des dispositions transitoires du décret du 21 mars 2007, qui visent les conditions dans lesquelles les établissements de santé doivent demander l'autorisation ou le renouvellement de l'autorisation d'exercer des activités de soin, suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions réglementaires. Ces arrêts apportent également un éclairage sur les conditions dans lesquelles un établissement est considéré comme disposant d'une autorisation ainsi qu'une confirmation de la solution dégagée par la Haute Juridiction sur l'évaluation des activités de soins. S'il est difficile, dans le cadre de cet article, de rendre compte de l'intégralité de la procédure à suivre en matière d'octroi d'autorisations d'activités de soins et d'installation des équipements matériels lourds, en raison notamment de sa complexité, ces trois arrêts nous donnent néanmoins l'occasion de se pencher sur l'interprétation stricte faite par la Haute juridiction des dispositions relatives aux autorisations délivrées en matière d'activité de soins, en particulier l'activité de traitement du cancer.

Les personnes morales et physiques pouvant être titulaires d'une autorisation sont strictement mentionnées par l'article L.6122-3 du code de la santé publique, à savoir un ou plusieurs médecins, un établissement de santé ou une personne morale dont l'objet porte notamment sur l'exploitation d'un établissement de santé, d'une activité de soins, d'un équipement matériel lourd visé par l'article L.6122-1, ou la pratique des activités propres aux laboratoires de biologie médicale. Les conditions d'octroi de l'autorisation d'activité de soins sont, quant à elles, énoncées par l'article L. 6122-2 du CSP. L'autorisation est accordée lorsque le projet mis en œuvre répond aux besoins de santé de la population identifiés par le schéma régional d'organisation des soins²⁰ (SROS) – ou, le cas échéant, le schéma inter-régional d'organisation des soins²¹ –, si elle est compatible avec les objectifs fixés par ce schéma et si elle satisfait à des conditions d'implantation²² et à des conditions techniques de fonctionnement. La Haute Juridiction a eu l'occasion de se prononcer sur ces critères et a précisé qu'ils « *énumèrent de façon précise et limitative l'ensemble des conditions et des critères qui doivent être pris en compte par l'AGENCE REGIONALE DE L'HOSPITALISATION pour délivrer les autorisations de création d'une activité de soins,* »

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

19 - CE, 11 juillet 2014, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Société Vauban 2020, n° 361713, Mentionné dans les Tables du Recueil et CE, 11 juillet 2014, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Société Clinique du Vert-Galant, n°361714, Inédit.

20 - Article L. 1434-7 CSP.

21 - Article L. 1434-10 CSP.

22 - Pour les conditions d'implantation, se reporter aux articles R. 6123-1 et suivants du CSP, les conditions de fonctionnement sont visées par les articles D. 6124-1 et suivants et les installations de chirurgie esthétique sont prévues par les articles D. 6322-30 à D. 6322-48 du CSP.

seuls les projets remplissant l'ensemble de ces conditions et critères pouvant être retenus »²³.

Les critères fixés par l'article L. 6122-2 du CSP sont donc non seulement limitatifs mais également cumulatifs. Cette décision, si elle n'est pas la seule rendue sur ce sujet par le Conseil d'État illustre la position stricte qu'il a adoptée en matière de lecture et d'application des textes relatifs aux autorisations d'activité de soins. De façon plus annexe par rapport au présent sujet mais tout aussi intéressante, il rappelle également qu'il appartient à l'ARS qui délivre l'autorisation de création d'une activité de soins, de prendre en compte les règles de la concurrence et de veiller à ce que sa délivrance n'ait pas pour effet de mettre son titulaire en situation d'y contrevienir.

L'article L. 6122-2 prévoit cependant des dérogations « à titre exceptionnel » et « dans l'intérêt de la santé publique » après avis de la commission spécialisée de la conférence régionale de la santé et de l'autonomie compétente pour le secteur sanitaire. Et le texte ne précisant pas plus les circonstances exceptionnelles permettant l'octroi d'une autorisation dérogatoire ou l'intérêt de la santé publique, il revient à l'ARS d'apprécier au cas par cas, au regard des besoins qui se révèlent, la possibilité d'octroi de ladite dérogation. Sur ce point, on précisera que le juge vérifie les motifs de l'octroi ou du refus d'octroi de l'autorisation accordée à titre dérogatoire²⁴.

Les articles L. 6122-6 et L. 6122-9 du CSP prévoient également des possibilités de dérogation aux objectifs quantifiés. Pour ce dernier, la dérogation doit permettre de satisfaire des besoins exceptionnels et ses modalités sont précisées par l'article R. 6122-31²⁵.

Une interprétation stricte du calcul du seuil d'activité minimale annuel

Outre les conditions fixées par l'article L. 6122-2, l'article L. 6122-5 dispose que l'autorisation « est subordonnée au respect d'engagements relatifs, d'une part, aux dépenses à la charge de l'assurance maladie ou au volume d'activité et, d'autre part, à la réalisation d'une évaluation dans des conditions fixées par décret ». En ce qui concerne l'activité de traitement du cancer, les dispositions réglementaires se trouvent aux articles R. 6123-86 à R. 6123-94. Plus particulièrement, les articles R. 6123-88 et R. 6123-89 énumèrent les conditions devant être respectées par le demandeur de l'autorisation. Pour être autorisés à pratiquer les traitements du cancer, les établissements de santé et les centres de radiothérapie doivent mettre en œuvre des conditions de qualité, des critères d'agrément spécifiques définis par l'Institut National du Cancer (INCa), et pour certains traitements atteindre un seuil d'activité minimale.

Les conditions de qualité sont énumérées par l'article R. 6123-88 et concernent la mise en place d'un dispositif d'annonce et d'une concertation pluridisciplinaire, la remise au patient d'un programme personnalisé de soins, le suivi des référentiels de bonne pratique clinique, l'accès du patient à des soins « de support » (tels que la prise en charge de la douleur ou le soutien psychologique) ainsi que son accès aux traitements innovants et aux essais cliniques. Les critères d'agrément sont définis et publiés par l'INCa selon qu'il s'agit des activités de radiothérapie externe, de chimiothérapie, de chirurgie du cancer ou la prise en charge des enfants et adolescents²⁶.

Toutefois l'une des particularités de l'autorisation d'activité de traitement du cancer est l'obligation pour le demandeur de l'autorisation de respecter un seuil d'activité minimale annuel. Ainsi l'article R. 6123-89 du CSP dispose que l'autorisation ne peut être accordée ou renouvelée que si le demandeur respecte ces seuils d'activité fixés par un arrêté du Ministre de la Santé, en l'espèce, l'arrêté du 29 mars 2007²⁷. Ces seuils s'appliquent à certaines thérapeutiques ou à certaines interventions chirurgicales, toutes les activités de chirurgie des cancers n'étant pas concernées. Toujours aux termes de l'article R. 6123-89, ces seuils prennent en compte le nombre d'interventions effectuées ou le nombre de patients traités sur les trois dernières années. Leur méthode de calcul a fait l'objet d'une circulaire en date du 26 mars 2008²⁸. Sur la période 2009-2010, le principal motif de refus d'autorisation a été le non-respect de ces seuils d'activité²⁹. L'article R. 6123-89 du CSP autorise à titre dérogatoire, l'octroi de la première autorisation à un demandeur dont l'activité prévisionnelle annuelle est au moins égale à 80 % du seuil d'activité minimale prévu par arrêté, sous réserve que l'activité réalisée atteigne ce seuil au plus tard dix-huit mois après la visite de conformité, prévue par l'article L. 6122-4. Pour l'activité de radiothérapie externe, le délai est porté à trente-six mois.

Le premier des trois arrêts rendus par le Conseil d'État le 11 juillet 2014 est relatif à l'application de cette condition de seuil pour l'octroi de l'autorisation. La SA Clinique du Docteur Convert s'était vue refuser l'autorisation de pratiquer l'activité de soins de traitement du cancer concernant la chirurgie des pathologies thoraciques, par une délibération prise par la commission exécutive de l'Agence régionale de l'hospitalisation (ARH devenue ARS) de Rhône-Alpes, au regard de la moyenne des interventions réalisées sur les trois précédentes années, moyenne inférieure aux seuils fixés par l'arrêté du 29 mars 2007. Elle avait contesté cette décision devant le tribunal administratif de Lyon qui, par jugement

23 - CE, 24 juillet 2009, Clinique Durieux c/ ARH Réunion-Mayotte, req. nos 321804 et 321837, Mentionné aux tables du Recueil, RDSS 2009, 1158, obs. D. Cristol.

24 - CE, 20 novembre 1996, SA Clinique médico-chirurgicale Lambert, req. n°165571, RDSS 1997, 328, obs. De Forges.

25 - D. Cristol, À qui profite la simplification du régime des autorisations sanitaires ?, RDSS 2005, p.779 et s.

26 - <http://www.e-cancer.fr/soins/la-structuration-de-loffre-de-soins/traitements-du-cancer-les-etablissements-autorises/les-autorisations-de-traitement-du-cancer>.

27 - Arrêté du 29 mars 2007 précité.

28 - Circulaire du 26 mars 2008 précité.

29 - M. Cormier, Le pilotage national de la lutte contre le cancer, RDSS 2014, p. 9.

rendu le 11 janvier 2011 avait rejeté sa demande. La cour administrative d'appel de Lyon, saisie par la clinique, avait, au contraire, jugé « *qu'en se bornant à retenir une moyenne des interventions sur les trois dernières années, sans tenir compte des tendances inverses apparues depuis l'année 2007 en faveur de la SA CLINIQUE DU DOCTEUR CONVERT, alors que ni les dispositions de l'article 3 du décret du 21 mars 2007 ni celles de l'article R. 6123-89 du code de la santé publique ne permettent de se référer qu'à une moyenne pour déterminer l'activité des établissements de santé en chirurgie carcinologique concernant les pathologies thoraciques, l'agence régionale de l'hospitalisation de Rhône-Alpes a entaché sa décision de refus d'une erreur de droit* ». Il semble que la CAA ait privilégié l'évolution de l'activité de la clinique sur les trois dernières années, laquelle semblait aller croissant, plus que l'application simple d'une moyenne arithmétique. Si cette décision peut se comprendre dans sa philosophie, elle n'a pas rencontré l'approbation du Conseil d'État qui vient de rappeler que le respect de la condition d'une activité minimale annuelle au moins égale au seuil de 80 % de l'activité minimale annuelle fixée par arrêté du Ministre chargé de la santé s'apprécie en prenant en compte l'activité annuelle moyenne réalisée au cours des trois années précédant l'année au cours de laquelle est prise la décision de l'Agence³⁰. Il en ressort qu'en jugeant que les dispositions du CSP permettaient de délivrer une autorisation en prenante en compte une augmentation des actes pratiqués sur cette période, alors même que le nombre moyen annuel de ces actes serait inférieur au seuil d'activité minimale annuelle, la Cour a commis une erreur de droit. Conformément à sa position adoptée jusqu'à présent en matière d'autorisation d'activité de soins et d'installation d'équipements matériels lourds, la Haute Juridiction fait donc une interprétation et une application très strictes des dispositions réglementaires relatives aux seuils d'activité et refuse de prendre en compte une éventuelle appréciation des faits. Au demeurant, on peut considérer que la particularité de la matière exige cette rigueur. De surcroît, on ne peut blâmer le juge de ne pas ajouter une complexité supplémentaire, par l'ajout d'un critère d'appréciation d'opportunité à cet ensemble de règles parfois difficilement lisibles.

Une utile précision de la notion de renouvellement de l'autorisation

Les deux autres arrêts rendus ce même jour par la Haute Juridiction portent également sur l'interprétation des dispositions de l'article R.6123-89 du CSP. Plus particulièrement, ils délimitent le champ d'application de l'alinéa 2 de cet article et donnent des précisions sur la notion de renouvellement ou de première demande de l'autorisation au regard de l'entrée en vigueur du décret du 21 mars 2007³¹. L'article 3 de ce décret disposait que pendant la période de dépôt des demandes d'autorisation ou

verte³² dans les deux mois suivant la publication des dispositions du schéma d'organisation sanitaire, les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire ou les personnes qui, à la date de publication du décret, exerçaient l'activité de soins de traitement du cancer devaient demander l'autorisation d'activité de soins³³, dont l'attribution devait se faire conformément aux dispositions de l'article L. 6122-9 du CSP, visant l'hypothèse du renouvellement de ladite autorisation. Deux cliniques, la SAS Clinique du Vert Galant et la SAS Vauban 2020 ont, chacune de leur côté, déposé une demande d'autorisation d'activité de soins de traitement du cancer par chirurgie des pathologies gynécologiques. Dans ces deux cas, la demande a été rejetée par la commission exécutive de l'ARH. Les deux ont exercé un recours contre la décision de rejet devant le tribunal administratif de Montreuil qui, dans les deux cas, a fait droit à leur demande et a annulé ladite décision.

Le ministre de la santé a interjeté appel de ces deux jugements devant la Cour administrative d'appel de Versailles qui a examiné ces deux affaires le même jour. Le juge de première instance avait annulé les deux décisions de rejet sur le même motif, à savoir que les demandes auraient dû être examinées sur le fondement de l'article R. 6123-89, alinéa 2, c'est-à-dire comme étant des premières demandes d'autorisation et non, ainsi que l'avait fait l'ARH, au regard des dispositions transitoires fixées par l'article 3 du décret du 21 mars 2007, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'un renouvellement de l'autorisation. La Cour d'appel de Versailles valide ce raisonnement en se fondant sur le fait qu'aucune de ces structures ne pouvaient prétendre à un renouvellement de l'autorisation de l'activité de traitement du cancer puisqu'elles n'en disposaient pas avant. Ce raisonnement pouvait sembler logique. Si ces établissements pratiquaient bien l'activité de traitement du cancer par chirurgie des pathologies gynécologiques, elles ne disposaient pas de l'autorisation introduite dans le CSP par le décret du 21 mars 2007, puisque cette dernière n'était pas exigée. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 3 de ce décret fait obligation aux établissements pratiquant cette activité de se mettre en conformité en déposant une demande d'autorisation. Puisqu'il n'y avait pas d'autorisation antérieure, la Cour en déduit qu'il ne peut s'agir que d'une première autorisation. Les dispositions applicables sont donc celles de l'alinéa 2 de l'article R. 6123-89. Le Conseil d'État, a annulé les deux arrêts rendus par la Cour administrative d'appel de Versailles. En effet, appliquant, ici encore, le texte de façon stricte, il rappelle que seules les dispositions de l'article 3 du décret du 21 mars 2007 « *s'appliquent, que les établissements concernés aient ou non été détenteurs d'une autorisation d'installations valant autorisation d'activité en application de l'article 12 de l'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation dans*

30 - CE, 11 juillet 2014, Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c/ SA Clinique du Docteur Convert, req. n° 359450, mentionné aux tables du Recueil.

31 - Décret n°2007-388, précité.

32 - Conformément à l'article R. 6122-29 du CSP.

33 - Conformément à l'article R.6123-86 du CSP.

sa rédaction issue de l'article 77 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit »³⁴. Il en résulte qu'à compter du moment où ces établissements pratiquaient une telle activité avant l'intervention du décret du 21 mars 2007, leur demande doit être considérée comme une demande de renouvellement de l'autorisation et non comme une première demande, soumise à l'alinéa 2 de l'article R. 6123-89. Ils ne peuvent dès lors simplement justifier d'avoir une activité prévisionnelle annuelle au moins égale à 80 % du seuil d'activité minimal prévu mais doivent attester au moment de la décision de l'ARS, d'une activité minimale annuelle réalisée au moins égale à 80 % de ce seuil.

Une fois encore, la Haute Juridiction confirme sa position très stricte en matière d'interprétation et d'application des textes relatifs aux demandes d'autorisation. Si, tout comme pour le premier arrêt, on peut discuter de ce manque de souplesse, il convient de considérer que la complexité des textes relatifs aux autorisations d'activité de soins justifie cette rigueur et cette volonté de simplification en n'ajoutant pas des règles qui n'étaient pas prévues originellement. Par ailleurs, le Plan cancer 2014-2019 prévoyant de faire évoluer le périmètre du dispositif des autorisations de traitement du cancer, afin de prendre en compte notamment certaines évolutions techniques, la solution dégagée par ces arrêts est loin d'être désuète. Ainsi qu'il a été récemment rappelé par la doctrine, « *pour ce qui concerne le traitement du cancer, cette organisation, qui charpente donc le parcours de soins, a été forgée par les agences régionales au moyen essentiellement de deux ensembles juridiques : le droit des autorisations sanitaires et le droit des coopérations sanitaires. (...) l'application du droit des autorisations a été particulièrement efficace dans la restructuration de l'offre de cancérologie (...). En un mot comme en plusieurs, si le parcours de soins en cancérologie existe, c'est d'abord par l'application (...) du droit des autorisations sanitaires.* »³⁵

Julie Diebold

34 - CE, 11 juillet 2014, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ SAS Vauban 2020, req.n° 361713, mentionné aux tables du Recueil et CE, 11 juillet 2014, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ SAS Clinique du Vert Galant, req.n° 361714.

35 - B. Apollis, *Parcours de soins et traitement du cancer*, RDSS 2014, p. 51 et s.

Pascal Paubel

Professeur associé, Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Inserm UMR S 1145

Jérôme Peigné

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

Forfait innovation : un dispositif de financement des dispositifs médicaux perfectible

Depuis la loi de financement pour la sécurité sociale (LFSS) pour 2009, un financement spécifique des dispositifs médicaux (DM) innovants est décrit dans le cadre de l'article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale (CSS)^{1,2}.

Après l'évaluation « classique » du DM par la commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé (CNEDIMTS) de la Haute autorité de santé (HAS), un financement spécifique sous forme de forfait permet la prise en charge dérogatoire et précoce des DM innovants au sein des établissements de santé. Cependant, cette prise en charge est conditionnée à la réalisation d'études cliniques et éventuellement médico-économiques en vue de permettre l'évaluation finale du DM ou de l'acte par la HAS, cette dernière ayant

1 - Article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale issu de l'article 51 de la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de la sécurité sociale pour 2009 (JORF du 18 décembre 2008) modifié par l'article 5-XI de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (JORF du 22 juillet 2009).

2 - « Tout produit, prestation ou acte innovant peut faire l'objet, à titre dérogatoire et pour une durée limitée, d'une prise en charge partielle ou totale relevant de l'objectif de dépenses mentionné à l'article L.162-22-9. La prise en charge est décidée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale après avis de la Haute Autorité de santé. L'arrêté fixe le forfait de prise en charge par patient, le nombre de patients concernés, la durée de prise en charge, les conditions particulières d'utilisation, la liste des établissements de santé pour lesquels l'assurance maladie prend en charge ce forfait, et détermine les études auxquelles la mise en œuvre du traitement innovant doit donner lieu, ainsi que les modalités d'allocation du forfait aux établissements de santé. Cet arrêté peut préciser leurs modalités d'identification dans les systèmes d'information hospitaliers. Le forfait inclut la prise en charge de l'acte et des frais d'hospitalisation associés et, le cas échéant, la prise en charge du produit ou et de la prestation. Par dérogation aux dispositions de l'article L.162-2, les praticiens exerçant à titre libéral sont rémunérés par l'intermédiaire de l'établissement de santé. ».

des incertitudes sur le service attendu (SA) et/ou l'amélioration du service attendu (ASA) pour le DM concerné. Ce forfait ne concernait jusqu'alors que les établissements de santé publics et privés et pas le secteur ambulatoire, car il nécessitait la réalisation d'essais cliniques, mais n'avait pas été effectivement mis en œuvre avant la fin du 1^{er} semestre 2014.

Cependant, quelques mois après sa mise en œuvre pour deux technologies de santé innovantes (*cf. ci-dessous*), l'article 57 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015³ modifie le dispositif du forfait innovation et permet notamment d'y inclure le secteur ambulatoire.

Le forfait innovation concerne les produits, les prestations et/ou les actes innovants pour lesquels la HAS a considéré que les données cliniques n'étaient pas suffisantes pour proposer une prise en charge par la collectivité. Le service attendu du DM est jugé insuffisant. Toutefois, les données disponibles démontrent un intérêt potentiel de la technologie présentée comme innovante⁴. Des études cliniques ont donc été systématiquement réalisées au préalable. Dans ces conditions, la HAS peut proposer au ministre chargé de la santé l'application de l'article L.165-1-1 du CSS. Les ministres décident s'il est opportun ou non de suivre la proposition de la HAS. Enfin, un arrêté définit les conditions précises de financement et d'étude pour chaque produit ou acte. Le forfait innovation n'est donc applicable qu'en aval d'une évaluation par la HAS, au décours de l'évaluation du SA et de l'ASA. Ce dispositif permet d'éviter tout contournement des modalités communes de prises en charge⁵.

Les études réalisées dans le cadre du forfait innovation doivent permettre de répondre aux incertitudes soulevées par l'évaluation de la HAS. Il s'agit donc d'études cliniques et éventuellement médico-économiques en fonction de la question posée. En règle générale, le forfait innovation doit permettre de valider l'efficacité, la sécurité et/ou l'utilité clinique de l'innovation. Les études devront être alors systématiquement comparatives sauf exception (absence de comparateur pertinent, impossibilité d'ordre éthique...). Par ailleurs, l'étude du forfait innovation n'a pas vocation à être réalisée sur le long terme, afin d'éviter des résistances de la part des professionnels de santé ou de patients en cas de résultats négatifs et d'absence de prise en charge par la collectivité suite à ces résultats⁶.

3 - Article 57 de la loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015 (JORF du 24 décembre 2014).

4 - Innovations dites « de rupture ».

5 - Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes. Prise en charge dérogatoire de l'innovation au titre de l'article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale : le « forfait innovation », www.sante.gouv.fr, 25 mai 2012.

Dans le cadre du forfait innovation, la direction générale de l'offre de soins (DGOS) participe à la sélection des projets, coordonne la mise en œuvre et le suivi des études complémentaires.

En termes de financement, le forfait innovation est financé *via* l'objectif des dépenses de l'assurance maladie commun aux activités de médecine, chirurgie et obstétrique (ODMCO) et non par les crédits MERRI (Missions d'enseignement, de recherche, de recours et d'innovation). Il s'agit d'un forfait « tout compris » incluant la prise en charge partielle ou totale :

- de l'acte et des frais d'hospitalisation associés ;
- du produit et/ou de la prestation le cas échéant.

Ce forfait est intégralement perçu par les établissements, de manière identique quel que soit leur statut, public ou privé, la rémunération des praticiens libéraux étant négociée entre eux et l'établissement de santé où ils exercent.

La mise en œuvre opérationnelle du forfait innovation était donc attendue depuis plusieurs années par les industries du DM et les praticiens souhaitant pouvoir proposer ces techniques et/ou ces DM à leurs patients.

Les deux premiers forfaits innovations publiés en 2014

En 2014, le forfait innovation a été mis en œuvre pour la première fois pour un acte et un DM. Il s'agit de :

- ABLATHERM de la société EDAP TMS qui est un traitement par destruction par ultrasons focalisés de haute intensité (HIFU) par voie rectale d'un adénocarcinome localisé de la prostate⁶ ;
- ARGUS II de la société Second Sight qui est un système de prothèse épiretinienne implantable destinée à récupérer partiellement l'acuité visuelle pour certains patients atteints de dégénérescence rétinienne.

Pour Ablatherm, le forfait de prise en charge qui inclut l'acte et les frais d'hospitalisation est fixé à 6 047 € par patient. Il n'y a pas de groupe homogène de séjour (GHS) associé au séjour lié au traitement. Un code spécifique au sein de la variable « innovation » du programme de médicalisation du système d'information (PMSI) en complément du codage de l'acte JGN900 permet à l'établissement de percevoir le forfait correspondant.

Les conditions de réalisation du traitement par destruction par HIFU par voie rectale d'un adénocarcinome sont précisées en annexe de l'arrêté de prise en charge. Elles précisent les critères de qualification d'un centre où cette prise en charge peut

6 - Arrêté du 7 mai 2014 relatif à la prise en charge au titre de l'article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale de la destruction par ultrasons focalisés de haute densité par voie rectale d'un adénocarcinome localisé de la prostate (JORF du 13 mai 2014).

7 - Arrêté du 4 août 2014 relatif à la prise en charge au titre de l'article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale du système de prothèse épiretinienne ARGUS II (JORF du 14 août 2014).

être effectuée (volume minimum d'activité, équipements requis, chirurgien urologue qualifié à l'issue d'une formation spécifique, surveillance post-opératoire, etc.).

L'arrêté de prise en charge précise les indications de l'étude clinique observationnelle mise en œuvre : en première intention curative d'un adénocarcinome localisé de la prostate, chez les patients de 70 ans ou plus avec une espérance de vie estimée supérieure à cinq ans ; en seconde intention curative après récidive locale chez les patients qui avaient été traités en première ligne par radiothérapie externe pour une tumeur localisée initialement accessible au traitement chirurgical, dont la récidive est prouvée histologiquement. La promotion de cette étude est assurée par l'Association française d'urologie (AFU).

Cette étude est prévue pour une durée de six ans (2,5 ans de période d'inclusion, 2,5 ans de période de suivi et 1 an de période d'analyse des données). La liste des centres participant à l'étude est jointe en annexe, soit 42 établissements publics et privés, ainsi qu'une liste complémentaire de 21 établissements.

Le nombre total de patients susceptibles de bénéficier de cette prise en charge est fixé à 5 100, dont 2 550 inclus au titre de l'étude pendant sa phase d'inclusion, et 2 550 patients supplémentaires non inclus dans l'étude, lors des phases de suivi et d'analyse des données.

Pour Argus II, le forfait de prise en charge, qui inclut l'acte et les frais d'hospitalisation, est fixé à 95 897 € par patient⁸. Il n'y a pas de GHS associé au séjour lié au traitement. Un code spécifique « INNOV1490002N » au sein de la variable « innovation » du PMSI permet à l'établissement de percevoir le forfait correspondant.

Les conditions d'utilisation du système de prothèse épiretinienne Argus II sont précisées en annexe de l'arrêté de prise en charge. Elles précisent les critères de qualification d'un centre où elle peut être effectuée (volume d'activité minimum de 3 prothèses par an, équipements et personnels requis, formation des opérateurs, visite du site par le promoteur, etc.).

L'arrêté de prise en charge précise les conditions de mise en œuvre de l'étude clinique prospective observationnelle comparant l'utilisation du DM, système allumé *versus* système éteint, chez les patients d'un âge supérieur ou égal à 25 ans, souffrant de dégénérescence rétinienne externe sévère à profonde, bénéficiant d'une perception résiduelle de la lumière pour les deux yeux, et ayant eu une vision utile des formes dans le passé.

Cette étude est prévue pour une durée de cinq ans (2 ans de période d'inclusion, 2 ans de période de suivi et 1 an de période d'analyse des données).

8 - La CNEDIMTS avait estimé en novembre 2012 que le SA d'Argus II était insuffisant. Cependant, elle soulignait qu'il était indispensable d'encourager et de soutenir le recueil de données complémentaires en vie réelle, compte tenu du fort potentiel de cette technologie innovante, dans une pathologie rare pour laquelle il n'existe pas aucun traitement à ce jour.

La promotion de cette étude est assurée par la société commercialisant le DM. Les trois centres participant à l'étude sont mentionnés en annexe.

Le nombre total de patients susceptibles de bénéficier de cette prise en charge est fixé à 36, dont 18 inclus au titre de l'étude pendant sa phase d'inclusion, et 18 patients supplémentaires non inclus dans l'étude, lors des phases de suivi et d'analyse des données.

En outre, selon les informations fournies par la DGOS en 2013, la mise en œuvre d'un forfait innovation avaient été envisagées pour deux autres technologies de santé innovantes :

- Paradigm Veo (Medtronic) : système de mesure en continu du glucose interstitiel associé à une pompe à insuline ;
- Sir-Sphères (Sirtex Médical Europe) : microsphères contenant de l'Yttrium⁹⁰ pour radiothérapie sélective interne dans le cadre d'un cancer colorectal métastatique.

Cependant, il semble que les deux sociétés aient renoncé à utiliser cette procédure du forfait innovation en raison des « contraintes administratives ».

Un dispositif de financement perfectible

Il a donc fallu attendre près de 5 ans après la création d'un financement spécifique pour les technologies de santé innovantes par la LFSS pour 2009, pour que les premiers produits et actes en bénéficient. Ces délais ne sont pas acceptables et compatibles avec la notion même d'innovation, et peuvent pénaliser les patients dans l'accès à des soins adaptés et de qualité.

Cela a été relevé dans le rapport remis au Premier Ministre en juillet 2013 par le conseil stratégique des industries de santé (CSIS) et le comité stratégique de filière industries et technologies de santé (CSF)⁹. Le recours au forfait innovation y est jugé « complexe à actionner,... ralenti par les difficultés d'élaboration des protocoles de qualité. Le processus mérite d'être clarifié et rendu plus lisible... ».

Les objectifs des mesures proposées pour améliorer le dispositif pour le forfait innovation étaient de :

- faciliter l'accès des patients aux DM innovants associés à un acte en coordonnant leurs évaluations en amont par la HAS et, en aval, leur tarification que ce soit dans les établissements de santé et en ambulatoire (mesure n° 15 : « simplifier et accélérer la création d'un acte associé à un dispositif médical innovant ») ;
- faciliter l'accès aux DM innovants dument évalués en rendant plus opérationnel le forfait innovation et faire émerger des innovations par un appui des PME (mesure n° 18 : « renforcer la prise en charge de l'innovation par l'optimisation d'un mécanisme effectif de prise en charge conditionnelle et par l'appui local aux petites et moyennes entreprises »).

9 - Rapport au Premier Ministre « Industries et technologies de santé ». CSIS/CSF. 5 juillet 2013. 126 pages.

Les auteurs de ce rapport préconisent d'optimiser le forfait innovation en le rendant « plus réactif et opérationnel pour les patients et plus prévisible pour les industriels » et en définissant « une procédure claire, transparente et encadrée en termes de délais ». Ils émettent alors les propositions suivantes :

- précision des critères d'éligibilité des technologies de santé au forfait innovation ;
- création d'une procédure dédiée de demande à la HAS par une troisième voie spécifique et définition d'un processus et d'un format de dossier ;
- accompagnement des demandeurs dans l'élaboration des protocoles notamment par l'implication de méthodologistes issus des structures d'appui en recherche clinique et innovation ;
- organisation de temps d'échanges entre l'industriel et les autorités ;
- fixation de délais maximum des décisions.

Ils mentionnent également que les modalités de mise en place du forfait innovation seraient précisées par voie réglementaire.

L'article 57 de la LFSS pour 2015

Dans le cadre de l'élaboration de la LFSS pour 2015, le Gouvernement a confirmé que les dispositifs de prise en charge par l'assurance maladie des technologies de santé innovantes n'étaient pas pleinement satisfaisants, les circuits d'inscription et de tarification des actes innovants pouvant s'étaler sur plusieurs années, retardant l'accès des patients à l'innovation. Les dispositifs existants ne permettent pas de garantir une continuité de prise en charge entre les phases de recherche, d'expérimentation ou de développement et la prise en charge de droit commun¹⁰.

Conformément à certains engagements du contrat de filière des industries de santé, trois évolutions ont été proposées et intégrées à l'article 57 de la LFSS pour 2015, pour améliorer cette situation :

- étendre le bénéfice du forfait innovation à la ville (article L.165-1-1 du CSS) ;
- optimiser l'inscription et la tarification des actes innovants en prévoyant un dispositif accéléré (articles L.162-1-7-1 et L.162-1-8 du CSS) ;
- accélérer l'inscription au remboursement des actes résultant d'expérimentations.

En ce qui concerne l'article L.165-1-1 du CSS, un certain nombre de dispositions le modifie sensiblement.

Le forfait innovation n'est plus financé via l'ODMCO (article L.162-22-9 du CSS) limité aux seuls établissements de santé publics et privés. Désormais, sa « prise en charge relève de l'assurance maladie », et par conséquent, elle concerne aussi les technologies innovantes utilisables en médecine de ville, dans les centres et les maisons de santé.

10 - PLFSS 2015. Dossier de presse, 29 septembre 2014, 58 pages. Étude d'impact, Annexe 10, Fiches d'évaluation préalable des articles du projet de loi, pages 276-284.

La liste des technologies de santé concernées est précisée. Il s'agit de « tout produit de santé mentionné aux articles L. 5211-1 [DM] ou L.5221-1 [DM de diagnostic in vitro] du code de la santé publique ou acte innovant susceptible de présenter un bénéfice clinique ou médico-économique... ».

La justification et la nécessité d'étude complémentaire sont précisées pour une prise en charge partielle ou totale qui est « conditionnée à la réalisation d'une étude clinique ou médico-économique ».

La notion d'innovation est également précisée : « Le caractère innovant est notamment apprécié par son degré de nouveauté, son niveau de diffusion et de caractérisation des risques pour le patient et sa capacité potentielle à répondre significativement à un besoin médical pertinent ou à réduire significativement les dépenses de santé ».

Enfin, les critères d'éligibilité, la procédure d'accès ainsi que les modalités de la prise en charge forfaitaire seront fixés par décret en Conseil d'État.

En l'absence des dispositions de ce décret, il est trop tôt pour évaluer l'intérêt réel de ces nouvelles dispositions de l'article L.165-1-1 du code de la sécurité sociale. Nous verrons alors si les propositions émises dans le rapport CSIS/CSF de juillet 2013 seront reprises dans ce texte. Cependant, il est plus que probable que les difficultés liées au financement de l'innovation dans le domaine des DM ne sont pas terminées, tant pour les fournisseurs que pour les patients, le temps que ces nouvelles dispositions soient effectivement opérationnelles.

Pascal Paubel

Une AMM peut être accordée à un médicament générique dont le médicament de référence a été autorisé selon la procédure abrégée bibliographique

Note sous CJUE 23 octobre 2014,
Olainsfarm, aff. C-104/13

Qu'est-ce qu'un médicament générique ? À cette question, la loi française, comme le droit de l'Union, donnent une réponse assez claire¹¹. La définition du médicament générique ne rend toutefois pas complètement compte du système juridique dans lequel elle s'inscrit. En effet, un générique se caractérise avant tout par le fait qu'il s'agit d'un médicament autorisé selon une procédure abrégée, au terme de laquelle il a pu bénéficier d'une exonération des essais précliniques et cliniques (seuls des essais de bioéquivalence étant exigés)¹².

C'est cette exemption qui explique la diminution du coût de production des médicaments génériques et le prix concurrentiel auquel ils peuvent être commercialisés. On sait, à cet égard, que certains laboratoires pharmaceutiques exploitant des médicaments de marque ont cherché, sinon à empêcher, du moins à retarder l'arrivée de produits génériques sur le marché, comportement susceptible d'être sanctionné par le droit de la concurrence¹³.

11 - L'actuelle définition légale, reprise de l'article 10 de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, modifiée par la directive 2004/27/CE du 31 mars 2004, résulte de la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 : on entend par spécialité générique d'une spécialité de référence, celle qui a la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par des études de biodisponibilité appropriées (art. L. 5121-1 CSP).

12 - Les États-Unis, qui ont inventé le « système du médicament générique » avec le *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act* de septembre 1984 (« Hatch-Waxman Act »), ne disposent pas de définition du médicament générique. Ce dernier est principalement appréhendé comme un médicament soumis à la procédure abrégée, l'*Abbreviated New Drug Application (ANDA)*, visée à la section 505 j du Food, Drug and Cosmetic Act.

13 - En droit interne, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis à l'égard du clopidogrel (Aut. conc 14 mai 2013, décis. n° 13-D-11, confirmée par CA Paris, 18 décembre 2014, n° 2013/12370). Elle a également sanctionné des pratiques mises en œuvre par la société Schering-Plough sur le marché de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville (Aut. conc. 18 décembre 2013, décis. n° 13-D-21). S'agissant du droit de l'Union, la Commission européenne a infligé, en juin 2013, une amende de 93,8 millions € à l'entreprise pharmaceutique danoise Lundbeck pour s'être entendue avec d'autres laboratoires pour retarder l'arrivée de générique concurrent de son médicament antidépresseur (citalopram). En décembre 2013, une amende de 16 millions € a été prononcée à l'encontre de Johnson & Johnson et Novartis pour avoir retardé l'entrée sur le marché d'un analgésique générique

Mais le contentieux des génériques peut également se situer plus en amont et concerner directement le stade de l'autorisation de mise sur le marché (AMM). Il est vrai que le meilleur moyen d'entraver la concurrence consiste à obtenir l'annulation de l'AMM accordée aux génériqueurs, en contestant sa légalité devant une juridiction administrative. Ce type de litige présente une dimension triangulaire, puisqu'il fait intervenir les deux protagonistes « bilatéraux » que sont l'autorité publique ayant accordé l'AMM et le fabricant du générique l'ayant obtenu, mais aussi une tierce personne, à savoir le laboratoire exploitant le médicament princeps.

Naturellement, les entreprises souhaitant obtenir l'annulation de l'AMM du générique doivent, à l'appui de leur recours, développer une argumentation juridique visant à démontrer que l'autorisation accordée n'est pas conforme au droit régissant les AMM, lequel est largement gouverné par le droit de l'Union. Encore faut-il qu'un tel recours leur soit reconnu en droit interne, comme le montre une récente affaire portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Le contentieux à l'origine des deux questions préjudiciales

En 2008, la société pharmaceutique lettone Olainfarm obtient une AMM pour un médicament à base d'ipidacrine (molécule utilisée notamment dans la maladie d'Alzheimer et commercialisée sous le nom de Neiromidin). L'autorisation a été accordée selon une procédure abrégée, à savoir la procédure bibliographique (ou documentaire) prévue à l'article 10 bis de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, modifiée¹⁴. En application de cette procédure, une autorité nationale peut délivrer une AMM à un laboratoire ayant démontré que la substance active de son médicament est d'un usage médical bien établi depuis au moins dix ans dans l'Union européenne. Le laboratoire bénéficiant de cette procédure se trouve ainsi dispensé de produire les résultats des essais précliniques et cliniques, la seule référence à une documentation bibliographique appropriée suffisant à remplir les conditions de sécurité et d'efficacité requises pour toute AMM.

En 2011, un autre laboratoire pharmaceutique balte (Grindeks) obtient de l'Agence du médicament lettonne une AMM pour un médicament générique à base d'ipidacrine. L'AMM de ce dernier a été délivrée selon la procédure abrégée applicable aux médicaments génériques, prévue à l'article 10 de la directive 2001/83/CE¹⁵. Opposé à l'arrivée sur le marché d'une

(fentanyl). En juillet 2014, la Commission a infligé des amendes d'un montant total de 427,7 millions € au laboratoire Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir conclu des accords visant à protéger un médicament antihypertenseur (perindopril).

14 - Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JOCE 28 novembre 2001), modifiée.

15 - L'accès au dossier de l'AMM n'est autorisé que pour les génériques d'un médicament de référence qui est ou qui a été autorisé depuis au moins 8 ans dans un État membre ou dans

spécialité concurrente, Olainfarm introduit un recours hiérarchique auprès du ministère letton de la santé, estimant que la délivrance de l'AMM au médicament générique était illégale et contraire au droit de l'Union. Sa réclamation est rejetée au motif que le titulaire de l'AMM d'un médicament de référence ne dispose pas d'un droit subjectif lui permettant de contester l'AMM délivrée à un générique. Le laboratoire introduit alors un recours juridictionnel tendant à l'annulation de la décision autorisant la mise sur le marché du médicament concurrent.

Portée devant le Sénat de la Cour suprême de Lettonie (juridiction correspondant à une cour de cassation), l'affaire est renvoyée à la Cour de justice, deux questions préjudiciales étant formulées à ce titre. La première vise à savoir si le titulaire de l'AMM du médicament de référence bénéficie d'un droit d'ester en justice, afin de vérifier si le fabricant du médicament générique a obtenu son autorisation dans des conditions légales et conformes au droit de l'Union ? La seconde concerne l'interprétation des dispositions combinées des articles 10 et 10 bis de la directive 2001/83/CE : dans quelle mesure permettent-elles au fabricant d'un médicament générique de bénéficier d'une procédure abrégée d'AMM, lorsque la spécialité de référence qu'il invoque au soutien de sa demande a été autorisée également selon une autre procédure abrégée, en l'occurrence la procédure bibliographique ?

Suivant les conclusions de l'avocat général, la Cour a estimé que les deux questions présentaient un intérêt clairement distinct et méritaient d'être traitées indépendamment, la Haute juridiction préférant répondre préalablement à la seconde question.

La notion de médicament de référence peut couvrir des médicaments autorisés selon la procédure bibliographique

Un médicament générique peut-il bénéficier d'une procédure abrégée d'AMM lorsque le médicament de référence a lui-même été autorisé selon une procédure abrégée ? La question étant nouvelle et aucune disposition du droit dérivé n'entrevoit une telle possibilité, la Cour de Luxembourg s'en est tenu aux règles classiques de l'interprétation téléologique et systématique.

En principe, un médicament générique est autorisé au regard d'un « médicament de référence »

l'UE (sauf à obtenir le consentement du titulaire des droits dans le cadre d'un accord de licence), la commercialisation effective du médicament générique ne pouvant intervenir qu'à l'expiration d'une période de 10 ans suivant l'AMM initiale du princeps (art. L. 5121-10-1 CSP). Cette exclusivité commerciale est prorogée d'un an (soit 11 ans) si le titulaire de l'AMM obtient, durant les huit premières années, une autorisation pour une ou plusieurs indications thérapeutiques nouvelles apportant un avantage clinique significatif par rapport aux thérapies existantes. Cette règle dite « 8+2+1 » permet aux génériseurs de bénéficier de la procédure abrégée de mise sur le marché à compter de la huitième année suivant la délivrance de l'AMM de la spécialité de référence, sans avoir à attendre la fin de la période d'exclusivité décennale. Ne se matérialisant pas par un titre, la protection des données poursuit un objet différent d'un brevet, en ce qu'elle ne vise pas une invention technique, mais les données préclinique et clinique contenues dans le dossier d'AMM.

(couramment appelé *princeps*). L'article 10 de la directive 2001/83/CE se borne à définir le médicament de référence comme « un médicament autorisé au sens de l'article 6, conformément à l'article 8 ». Concrètement, cela revient à dire qu'un médicament de référence a été autorisé au vu d'un dossier complet réunissant, dans le but de garantir sa qualité, sa sécurité et son efficacité, les résultats des essais pharmaceutiques (physico-chimiques, biologiques ou microbiologiques), précliniques (toxico-pharmacologiques) et cliniques¹⁶.

L'article 10 bis de la directive institue donc une dérogation à l'exigence d'un dossier complet, en établissant une procédure abrégée d'AMM. Cette dérogation prévoit que le demandeur n'est pas tenu de fournir les résultats des essais précliniques et cliniques, s'il peut démontrer que les substances actives de son médicament sont d'un usage médical bien établi depuis au moins dix ans dans l'UE et présentent une efficacité reconnue ainsi qu'un niveau acceptable de sécurité¹⁷.

Dans ce cas, les résultats de ces essais sont remplacés par une documentation bibliographique scientifique appropriée, relatant l'expérience sous forme d'enquêtes épidémiologiques et, en particulier, d'enquêtes comparatives. Le demandeur d'une AMM se voit ainsi exempté de produire les résultats des essais précliniques et cliniques prévus aux modules 4 et 5 du dossier d'AMM¹⁸. Il doit simplement fournir une bibliographie scientifique détaillée traitant des caractéristiques non cliniques et cliniques de son produit.

La Cour de justice a rappelé que l'objectif de protection de la santé publique, visé tant par le TFUE que par le droit dérivé, impose d'interpréter strictement toute dérogation qui tendrait à assouplir le régime d'autorisation des médicaments. Elle a cependant estimé que la procédure bibliographique n'assouplissait nullement les exigences de sécurité et d'efficacité auxquelles doivent satisfaire les médicaments, mais que celle-ci se bornait seulement à raccourcir la procédure d'obtention de l'AMM, en exemptant le demandeur de réaliser des essais précliniques et cliniques, notamment pour des raisons éthiques.

Cette interprétation peut paraître surprenante à première vue, dans la mesure où il est difficile de prétendre qu'un raccourcissement de la procédure d'AMM (d'où son nom de « procédure abrégée ») ne constitue pas un assouplissement sur le fond (on

16 - En droit français, une spécialité ne peut être qualifiée de spécialité de référence que si son AMM a été délivrée au vu d'un dossier comportant, dans des conditions fixées par voie réglementaire, l'ensemble des données nécessaires et suffisantes à elles seules pour son évaluation (art. L. 5121-1 CSP).

17 - Les facteurs à prendre en considération pour démontrer qu'un médicament est d'un usage bien établi sont la durée d'utilisation d'une substance, les aspects quantitatifs de l'usage de la substance, le degré d'intérêt scientifique de l'usage de la substance reflété dans la littérature scientifique et la cohérence des évaluations scientifiques.

18 - Sur le dossier d'AMM, composé de cinq modules selon le format du Common Technical Document (CTD) : voir l'annexe de la directive 2001/83/CE, modifiée.

parle d'ailleurs souvent de « dossier allégé »)¹⁹. Malgré le caractère maladroit de la formule, il faut toutefois comprendre que la procédure bibliographique vise des molécules anciennes, pour lesquelles des essais ont été réalisés antérieurement, essais ayant démontré que la substance active du médicament remplit les trois critères (qualité, sécurité, efficacité) et qu'il convient de ne pas répéter inutilement. Autrement dit, un médicament d'usage médical bien établi n'est mis sur le marché que si l'autorité compétente a contrôlé le respect de ces trois critères fondamentaux.

Dès lors, à partir du moment où le dossier d'AMM d'un médicament accordée en application de la procédure bibliographique contient tous les éléments requis pour démontrer la sécurité et l'efficacité de ce médicament, rien ne s'oppose à ce qu'un tel médicament puisse être utilisé comme médicament de référence, en vue de l'obtention d'une AMM pour un générique. D'une certaine manière, cette interprétation conduit à consacrer la notion de « médicament de référence indirecte » (le médicament d'usage médical bien établi, lequel a lui-même été autorisé par une référence à la littérature scientifique publiée).

Le titulaire de l'AMM du médicament de référence dispose du droit de contester devant une juridiction les conditions d'octroi de l'AMM à un médicament générique

La seconde question portait sur le point de savoir si le fabricant d'un médicament utilisé par un autre laboratoire comme médicament de référence, en vue d'obtenir une AMM pour un médicament générique, tire du droit de l'Union le droit de saisir la justice afin de faire vérifier si le fabricant du générique a fait référence de manière légale et fondée à son propre médicament.

La Cour a constaté que la directive 2001/83/CE ne contenait aucune disposition explicite en ce qui concerne le droit au recours dont disposerait le titulaire d'une AMM délivrée pour un médicament original, contre la décision de l'autorité compétente octroyant une AMM à un générique. Reste que le droit à un recours effectif devant un tribunal est un principe reconnu par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et qu'il peut être invoqué par toute personne dont les droits garantis par le droit de l'Union ont été violés.

En l'occurrence, malgré l'apparence d'un caractère purement bilatéral, le système de l'AMM implique que le laboratoire dont le dossier d'AMM est utilisé en vue de servir de référence puisse faire valoir ses droits devant une juridiction, en contestant notamment la décision de l'autorité compétente

19 - La Cour de justice a déjà eu l'occasion de rappeler aux autorités nationales qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation en matière de procédure bibliographique : une AMM ne peut être délivrée selon cette procédure abrégée si les renseignements et les documents présentés à l'appui de la demande ne contiennent pas de référence détaillée à la littérature scientifique publiée et si ces documents ne contiennent pas de rapports d'experts conformes à chacune des conditions requises (CJCE 5 octobre 1995, Norgine, aff. C-440/93).

ayant octroyé l'AMM à un médicament générique. Ce droit au recours peut d'ailleurs s'analyser comme le corollaire du droit dont disposent les fabricants de génériques d'accéder à la procédure abrégée d'AMM, qui les exempte de produire des essais précliniques et cliniques, en leur permettant de se référer à ceux contenus dans le dossier d'AMM du médicament princeps.

Dès lors, en plus des droits de propriété intellectuelle qu'il tient d'autres législations (brevets et marques notamment), le titulaire de l'AMM d'un médicament a le droit d'exiger que ce dernier ne soit pas utilisé comme référence en vue d'autoriser la mise sur le marché d'un médicament générique, avant l'écoulement d'un délai de huit ans à compter de la délivrance de cette AMM, ou qu'un médicament générique dont la mise sur le marché a été autorisée ne soit pas commercialisé avant une période de dix ans (le cas échéant portée à onze ans). Le titulaire de l'AMM du princeps peut également réclamer que son médicament ne soit pas utilisé en vue de l'obtention d'une AMM pour un générique à l'égard duquel son propre médicament ne saurait être considéré comme un médicament de référence ou qui ne remplirait pas la condition de similarité quant à la composition en substance active ou la forme pharmaceutique.

En l'espèce, dans l'affaire Olainfarm, la reconnaissance d'un tel droit au recours juridictionnel se heurte au fait que le médicament en cause, bien qu'autorisé selon la procédure bibliographique, peut être regardé comme un médicament de référence.

Cette formalisation du contentieux des médicaments génériques ne devrait pas fondamentalement bouleverser l'état du droit français. En effet, le Conseil d'État reconnaît déjà que les titulaires d'AMM de médicaments princeps disposent de la qualité à agir les habilitant à introduire un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des décisions accordant des AMM à des médicaments génériques²⁰, le cas échéant assorti d'une requête en référé²¹. Dans cette perspective, le système français du médicament générique prévoit un mécanisme d'information au terme duquel l'inscription au répertoire des médicaments génériques est établie dans les soixante jours qui suivent la notification au titulaire du princeps de la délivrance de l'AMM au générique²².

Mais il faut préciser que l'inscription au répertoire des génériques, si elle constitue une décision

distincte de la délivrance de l'AMM du médicament générique et si elle produit des effets propres - permettre au pharmacien de substituer un générique à la spécialité de référence -, se borne à tirer les conséquences de la délivrance de l'AMM en qualité de générique, après que le titulaire de l'AMM de la spécialité de référence a été mis à même de faire valoir ses droits.

Elle ne saurait toutefois donner lieu à une nouvelle procédure d'instruction visant à vérifier si le médicament répond aux conditions légales fixées pour être identifié comme générique. Dans ces conditions, lorsque la décision délivrant l'AMM d'un générique est devenue définitive, ne peuvent plus être invoqués à l'appui d'une contestation de la légalité de la décision d'inscription au répertoire des génériques des moyens de légalité interne soutenant que la décision serait illégale, aux motifs que les conditions posées à cette identification ne seraient pas satisfaites et que le dossier au vu duquel l'identification a été admise aurait été incomplet²³.

Si le contentieux de l'autorisation des médicaments génériques (qu'il s'agisse d'un refus ou d'un octroi d'AMM) a connu, pour le moment, des développements relativement modérés²⁴, on peut penser qu'il va en être différemment à propos de la mise sur le marché des médicaments biologiques similaires, compte tenu des spécificités techniques et des enjeux économiques qui caractérisent ce secteur en plein développement.

En effet, un médicament biosimilaire est défini comme celui qui, au regard d'un médicament biologique de référence, possède la même composition qualitative et quantitative en substance active et la même forme pharmaceutique, mais ne remplit pas les conditions prévues pour être regardé comme un médicament générique, en raison de différences liées notamment à la variabilité de la matière première ou aux procédés de fabrication et nécessitant que soient produites des données précliniques et cliniques

23 - CE 21 décembre 2007, Société Reckitt Benckiser Healthcare, préc.

24 - A cet égard, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur la fiabilité de la démonstration de la bioéquivalence entre le médicament générique et la spécialité de référence (CE 23 juillet 2003, Sté CLL Pharma, req. n° 243926). Il n'en juge pas moins, au regard des études produites, qu'une spécialité non micronisée ne peut pas être bioéquivalente à une spécialité micronisée et, par conséquent, qu'elle ne peut être identifiée comme un générique de la spécialité de référence (CE 25 mai 2007, Sté Almirall, req. n° 288186). En revanche, la présence dans un générique d'un excipient à effet notoire qui ne figure pas dans la composition de la spécialité de référence ne suffit pas, par elle-même, à faire obstacle à son identification comme générique de cette spécialité si cette différence est sans effet sur l'efficacité et la sécurité du produit (CE 21 décembre 2007, Sté Reckitt Benckiser Healthcare, req. n° 288129). De même, la définition du médicament générique n'implique pas que le principe actif d'une spécialité générique soit élaboré avec une matière première provenant du même fournisseur que celui auquel recourt le fabricant de la spécialité de référence, dès lors que la composition quantitative et qualitative en principe actif reste identique et que la bioéquivalence des deux spécialités n'en est pas affectée (CE 29 juin 2007, Sté des Laboratoires Besins International, req. n° 265939).

20 - CE 21 décembre 2007, Sté Reckitt Benckiser Healthcare, req. n° 288129, Lebon.548. Le Conseil d'Etat refuse toutefois que la contestation de la légalité de la décision d'inscription au répertoire des génériques d'un médicament soit l'occasion d'une remise en cause de son identification comme générique, dans la mesure où cela remet nécessairement en cause la légalité de la décision d'AMM.

21 - CE, réf., 9 juillet 2009, Sté Novartis Pharma, req. n° 329026. Il n'appartient pas au juge des référés d'ordonner à l'agence que soient produites les études de biodisponibilité et les résultats relatifs à la bioéquivalence en vue, pour le requérant, de pouvoir former un recours pour excès de pouvoir contre la décision octroyant une AMM à un médicament générique.

22 - Art. L. 5121-10 CSP.

supplémentaires²⁵. Les médicaments biosimilaires bénéficient ainsi d'une procédure abrégée d'AMM dite « hybride »²⁶, en ce sens que des données supplémentaires à celles que l'on exige pour les génériques doivent être fournies. Or, c'est précisément sur ce point que le contentieux de l'AMM risque de prospérer et que le droit au recours des titulaires de « bio-princeps » va effectivement s'exercer²⁷.

Jérôme Peigné

25 - Art. L.5121-1 CSP et art. 10.4 de la directive 2001/83/CE modifiée.

26 - Art. R. 5121-28 CSP.

27 - Une procédure d'information du titulaire du médicament biologique de référence étant également appliquée lors de la délivrance de l'AMM au biosimilaire (art. L. 5121-10-2 CSP).

Luc Grynbaum

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

David Noguéro

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

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

La complémentaire santé obligatoire des salariés

Par une loi du 14 juin 2013 (L. n° 2013- 504, relative à la sécurisation de l'emploi, art. 1^{er}) il a été rendu obligatoire ce qui avait déjà été prévu par l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI) : une complémentaire santé pour tous les salariés des entreprises. La présentation succincte de cette assurance désormais obligatoire a pour objectif de restituer les textes applicables et préciser les grandes lignes des garanties à mettre en œuvre. Nous rappellerons d'abord la situation antérieure.

I. La situation antérieure

Il existe depuis fort longtemps un mécanisme d'assurance de groupe, qui permet aux employeurs qui le désirent, de faire bénéficier leurs salariés d'une assurance complémentaire santé. Ils peuvent prendre en charge la cotisation au titre d'un avantage en nature ou parce qu'ils y sont contraints par un accord collectif.

Quand l'employeur n'est pas contraint par un tel accord, il peut souscrire un contrat groupe, tout en laissant le coût à la charge du salarié ; ce dernier est alors libre d'adhérer. Le salarié ne bénéficie ainsi que du caractère réduit de la prime par l'effet mécanique du grand nombre ; une assurance collective est moins chère qu'une assurance individuelle souscrite directement. La mise en place de tels contrats repose sur un contrat unique souscrit par l'employeur auquel adhèrent les salariés.

Quand l'assureur qui propose la complémentaire santé est soumis au code des assurances, ce dispositif est régi par les articles L. 141-1 et suivants du code des assurances relatifs à l'assurance de groupe et à la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi « Evin ». Pour les institutions de prévoyance, ce sont les articles L. 911-1 et suivant du code de la

sécurité sociale qui régissent la complémentaire santé (ces textes intègrent a priori, les dispositions de la loi « Evin », préc.). Les mutuelles du code la mutualité proposent également ce type de contrat sans qu'un corps de règles spécifiques s'y applique (éventuellement la loi « Evin », préc.) ; on peut toutefois mentionner l'article L. 112-1 alinéa 2 du code de la mutualité qui interdit aux mutuelles de recueillir des informations médicales et de fixer le montant des cotisations en fonction de l'état de santé.

Cet ordonnancement disparate ne s'efface pas tout à fait avec les nouvelles dispositions.

II. Le dispositif issu de la loi du 14 juin 2013

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur « la modernisation du marché du travail » organisait la « portabilité », c'est à dire le maintien, de l'assurance complémentaire santé en cas de chômage du salarié en son article 14. Puis l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social (...) » oblige à l'extension de la complémentaire santé à tous les salariés d'entreprises (art. 1^{er}) et au maintien de la complémentaire santé pour une durée de 12 mois en cas de chômage, en finançant ce maintien par la mutualisation (ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 2).

Ces dispositions ont été reprises et précisées à l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 (préc.). Au plus tard au 1^{er} janvier 2016, les salariés doivent bénéficier d'une assurance complémentaire santé ; cette obligation est inscrite à l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale qui devient ainsi le siège de la matière. Les garanties incluses dans ce contrat minimum sont prévues à l'article 1^{er}, II de la loi du 14 juin 2013 (préc.) et précisées par un décret n° 2014-1025 du 8 septembre 2014 « relatif aux garanties d'assurance complémentaire santé des salariés mises en place en application de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale ».

Enfin, pour bénéficier d'un régime fiscal favorable, le contrat souscrit par l'employeur pour garantir cette couverture minimale doit être un contrat dit « responsable » au sens des articles L. 871-1 du code de la sécurité sociale et du 2^o bis de l'article 1001 du code général des impôts. Ce contrat « responsable » a vu le contenu de ses garanties précisées, de nouveau, par le décret n° 2014-1374 du 18 novembre 2014 « relatif au contenu des contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aides fiscales et sociales ».

Le corpus de textes ainsi défini permet de présenter le régime mis en place.

III. Le régime de la complémentaire santé obligatoire

« Les entreprises dont les salariés ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie (...) sont tenues de faire bénéficier leurs salariés de cette couverture minimale par décision unilatérale de l'employeur » dispose l'alinéa 1^{er}, de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale. Les entreprises (au sens économique du terme), quelle que soit leur taille, sont donc obligées de souscrire un contrat groupe. Cette souscription se fait par négociation collective préalable, ou bien est imposée unilatéralement par l'employeur au plus tard pour une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (art. 1 accord ANI préc., et art. 1^{er}, I, A., L. 14 juin 2013, préc.).

Les entreprises qui disposent déjà d'une telle assurance peuvent la conserver dès lors qu'elle correspond au minimum de garanties prévu par l'article 1, II, de la loi du 14 juin 2013 ; pour les autres, elles doivent souscrire un contrat qui correspond au moins à ce minimum. La cotisation est prise en charge au moins pour moitié par l'employeur (art. 1^{er}, I, L. 14 juin 2013, préc.).

La conjonction des articles D. 911-2 (issu déc. n° 2014-1025, 8 sept. 2014, art. 1) et R. 242-1-6, du code de la sécurité sociale permet de préciser deux situations d'exemption d'obligation pour les salariés d'adhérer à la complémentaire santé obligatoire.

Il s'agit tout d'abord des salariés déjà embauchés et qui se voient imposer par décision unilatérale de l'employeur de souscrire une complémentaire santé, sans négociation, et avec paiement de cotisation de leur part ; ils doivent alors manifester expressément leur refus (D. 911-2, R. 242-1-6 CSS qui renvoie à l'art. 11 L. « Evin » préc.).

Il est également possible pour l'employeur de prévoir dans sa décision unilatérale des cas de dispense d'adhésion, mais alors ceux-ci doivent entrer dans les cas prévus par l'article R. 242-1-6, 2^o du code de la sécurité sociale :

- les salariés en CDD de plus d'un an ou les apprentis peuvent être dispensés, si la décision unilatérale de l'employeur le prévoit et en justifiant de la souscription individuelle d'une complémentaire santé,
- les salariés et apprentis bénéficiaires d'un CDD ou d'un contrat de mission d'une durée inférieure à douze mois, même s'ils ne bénéficient pas d'une couverture individuelle souscrite par ailleurs, la décision unilatérale doit prévoir cette dispense et le salarié la demander expressément,
- des salariés à temps partiel et apprentis dont l'adhésion au système de garanties les conduirait à s'acquitter d'une cotisation au moins égale à 10 % de leur rémunération brute, la décision unilatérale doit prévoir cette dispense et le salarié la demander expressément,
- un salarié ayant déjà souscrit une complémentaire santé ou bénéficiaire de la couverture

maladie universelle complémentaire ou de l'aide à l'acquisition d'une couverture maladie complémentaire, la décision unilatérale doit prévoir cette dispense et le salarié la demander expressément,

- les salariés couverts par une assurance individuelle de frais de santé au moment de la mise en place des garanties ou de l'embauche si elle est postérieure ; la dispense ne peut alors jouer que jusqu'à échéance du contrat individuel, la décision unilatérale doit prévoir cette dispense et le salarié la demander expressément,
- les salariés qui bénéficient par ailleurs, y compris en tant qu'ayants droit (assurance du conjoint par exemple), d'une couverture collective, à condition de le justifier chaque année, la décision unilatérale doit prévoir cette dispense et le salarié la demander expressément.

Enfin, les conjoints qui seraient couverts par l'assurance obligatoire complémentaire souscrite par l'employeur peuvent refuser l'adhésion, sous réserve qu'ils soient déjà couverts par ailleurs (art. D. 911-3 CSS).

Le minimum des garanties présentes dans le contrat de complémentaire santé obligatoire est constitué par les prestations suivantes (art. 1^{er}, II, L. 14 juin 2013, préc., art. L. 911-7, CSS et art. D. 911-1, CSS issu de l'art. 1^{er} déc. n° 2014-1025, 8 sept. 2014, préc.) :

- l'intégralité du ticket modérateur à la charge des assurés sur les consultations, actes et prestations remboursables par l'assurance maladie obligatoire,
- le forfait journalier hospitalier,
- au moins 125 % des tarifs servant de base au calcul des prestations d'assurance maladie des frais de soins dentaires prothétiques et de soins d'orthopédie dentofaciale ;
- « Un forfait de prise en charge des dispositifs médicaux d'optique médicale à usage individuel soumis au remboursement, dans la limite des frais exposés par l'assuré. Ce forfait est fixé au minimum à :
 - « a) 100 euros par équipement à verres simple foyer dont la sphère est comprise entre -6,00 et + 6,00 dioptries ou dont le cylindre est inférieur ou égal à + 4,00 dioptries ;
 - « b) 150 euros par équipement comportant un verre mentionné au a et un verre mentionné au c ;
 - « c) 200 euros par équipement à verres simple foyer dont la sphère est supérieure à -6,00 ou + 6,00 dioptries ou dont le cylindre est supérieur à + 4,00 dioptries et à verres multifocaux ou progressifs.

« S'agissant des lunettes, le forfait mentionné au 4^o du présent article couvre les frais d'acquisition engagés, par période de prise en charge de deux ans, pour un équipement composé de deux verres et d'une monture. Cette période est réduite à un an pour les mineurs ou en cas de renouvellement de l'équipement justifié par une évolution de la vue ».

On le voit cette couverture est vraiment minimale et rien n'empêchera les employeurs de souscrire des contrats complémentaires en sus de la garantie de base. Toutefois pour ces garanties qui vont au-delà du minimum, il n'y aura aucune obligation pour les salariés d'y adhérer dès lors qu'une partie de la cotisation sera mise à leur charge.

La mesure phare des accords « ANI », la « portabilité » du contrat, c'est à dire son maintien, en cas de chômage est reprise au nouvel article L. 911-8 du code de la sécurité sociale. Dès lors que le salarié n'est pas licencié pour faute lourde, il bénéficie, ainsi que ses proches, du maintien des garanties, pour la période de son indemnisation au titre du chômage et pour une durée qui ne saurait excéder douze mois (art. L 911-8, CSS).

Le dispositif est donc minimalist dans ses garanties et complexe pour comprendre dans quels cas les salariés qui se voient imposer la complémentaire santé choisie par le seul employeur peuvent la refuser. Le maintien de la garantie aux salariés aux chômagess poursuit l'objectif initié en 1989 par la loi dite « Evin ».

Luc Grynbaum

La revanche du cadavre

À propos de Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014,
n° 13-19.729

Le lecteur curieux d'installations et de performances artistiques ou simple spectateur des soubresauts de l'actualité médiatique culturelle aura souvenir de l'intense polémique qu'avait suscité, en 2009 et 2010, l'exposition « Our body/A cœur ouvert », mettant en scène des cadavres conservés par un procédé dit de plastination.

Au-delà des prises de position souvent polémiques et peu étayées, à l'exception notable de l'avis du Comité Consultatif National d'Éthique du 7 janvier 2010, qui avait remis en perspective l'ensemble des problématiques liées à la conservation de cadavres humains, qu'ils soient à finalité scientifique ou d'exposition et souligné que « [...] l'escalade indéfinie dans la recherche du choc émotionnel, où les messages devraient être toujours plus percutants pour atteindre leurs destinataires, est une perspective qui ne répond ni aux exigences de la science ni à celles de l'éthique »¹, cette exploitation commerciale de dépouilles mortelles a généré de multiples décisions de justice dont l'arrêt commenté est le dernier (mais sans doute pas l'ultime) épisode.

Saisi en référé, à l'initiative d'associations de défense des droits de l'homme qui soupçonnaient, notamment, que les cadavres étaient issus d'un trafic de dépouilles de prisonniers ou de condamnés à mort chinois, le Juge des référés du tribunal de grande instance de Paris², puis la cour d'appel³ avaient interdit la poursuite de cette exposition, sur le fondement, à la fois, des articles 16 et suivants du code civil et de l'absence de consentement des personnes décédées à cette exploitation de leurs corps.

La Cour de cassation avait confirmé l'interdiction, dans un arrêt du 16 septembre 2010⁴ se fondant sur l'article 16-1-1 du code civil qui dispose :

« Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.
Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

L'exposition ainsi interdite, la société organisatrice de la manifestation s'était donc retournée contre les différentes compagnies d'assurance auprès

1 - Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Avis n°111, « Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale », 7 janvier 2010, disponible sur www.ccne-ethique.fr.

2 - 21 avr. 2009, D. 2009, p. 1192, obs X. Labbée.

3 - CA Paris, pôle 1 ch. 3, 30 avr. 2009, JCP G 2009, 12, note G. Loiseau.

4 - Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2010, n° 09-67.456.

desquelles elle avait souscrit des polices garantissant en particulier ce risque d'annulation.

Devant leur refus de garantir, l'organisateur a saisi, au fond, les juridictions judiciaires pour obtenir l'exécution de la prestation promise et le paiement de l'indemnité. Mais le tribunal de grande instance de Paris, puis la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 5 février 2013⁵, l'ont débouté de ses demandes en annulant les contrats d'assurance eux-mêmes (et non plus l'exposition) au motif qu'ils reposaient sur une cause illicite.

Or, l'un des aspects délicats du dossier tenait au fait que l'article 16-1-1 du code civil précité résultait de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 et qu'il n'était entré dans l'ordonnancement juridique que postérieurement à la conclusion des contrats d'assurance (7 novembre 2008). Dès lors, l'illicéité de la cause du contrat, tirée de la méconnaissance des principes énoncés par ce texte, ne pouvait être prononcée telle quelle, sauf à violer le principe de non rétroactivité de la loi posé par l'article 2 du même code.

C'est ce que soutenait le demandeur au pourvoi, qui soulignait en outre, dans son premier moyen de cassation, que les dispositions des articles 16 et suivants dudit code, dans leur rédaction en vigueur à la date de signature du contrat d'assurance, ne concernaient que les personnes vivantes, contrairement à ce qu'avait retenu la cour d'appel de Paris.

En d'autres termes pour l'organisateur de l'exposition, puisque le législateur a estimé devoir compléter les dispositions des articles 16 et suivants en visant spécifiquement, à l'article 16-1-1 alinéa 2, l'obligation de respecter les restes des personnes décédées, il n'existe pas, antérieurement, aucune interdiction d'utiliser, même à des fins commerciales, les cadavres et restes humains. Les contrats d'assurance reposaient donc sur une cause licite et les assureurs devaient leurs garanties.

La Cour de cassation, par une substitution de motifs, juge le contraire en retenant que :

« [...] le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ; »

Là où les juges d'appel avaient retenu que les principes de dignité de la personne, de respect de son corps, d'absence de patrimonialité de ce corps et

du nécessaire consentement à toute atteinte à son intégrité, résultant des articles 16, 16-1, 16-3 et 16-5 du code civil (préexistants à la signature du contrat), étaient applicables aux dépouilles mortelles, la cour de cassation préfère une solution plus audacieuse, consistant à retenir une prohibition d'ordre public sans texte, intrinsèquement attachée à la condition humaine, que l'édition de l'article 16-1-1 n'aurait fait que consacrer mais qui préexistait dans l'ordonnancement juridique.

Elle rejoint ainsi certains auteurs qui, faisant un commentaire critique de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 février 2013, avaient souligné que :

« [...] c'est précisément pour étendre, après la mort, ce respect [du corps] dû du vivant de la personne que la loi du 19 décembre 2008 a ajouté, à l'article 16-1-1, que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». [...] Aussi, considérer que la condition juridique du cadavre était déjà charpentée, avant l'adoption de la loi du 19 décembre 2008, par des principes d'ordre publics relatifs à la dignité et au respect de l'être humain relève de la paraménie. C'est tout au plus un ordre public virtuel qui pouvait faire fond à l'illicéité de la cause des contrats d'assurance conclus à l'occasion de l'organisation d'un évènement qui n'était lui-même, à l'époque, que virtuellement illicite. »⁶

La Haute juridiction inscrit ainsi son arrêt dans le même mouvement que le raisonnement qu'elle avait tenu à propos de l'interdiction de l'exposition elle-même, réfutant la motivation empreinte de considération individualiste retenue par les juges d'appel (tels que l'absence de consentement de la personne), pour ne retenir qu'une conception générale de protection de l'intangibilité du corps (vivant ou mort) résultant d'un principe d'ordre public absolu, sans qu'il soit nécessaire qu'il fût consacré par un texte.

Mais l'annulation des contrats d'assurance ayant privé l'organisateur de la manifestation d'obtenir une indemnité au titre de la survenance du risque qu'il pensait couvert, il soutenait encore, et c'est le second intérêt de l'arrêt, que les assureurs avaient manqué à leur devoir de conseil quant au caractère assurable de l'exposition. Les juges d'appels l'avaient débouté de ses demandes indemnитaires au motif qu'il était lui-même un professionnel, qui plus est assisté, lors de la négociation du contrat d'assurance, d'un courtier.

La censure intervenue du chef de cette motivation est classique, mais elle a le mérite de rappeler que, même en présence d'un professionnel, l'assureur est tenu d'une obligation de conseil et de mise en garde.

L'arrêt commenté semble cependant ne répondre que partiellement au second moyen de cassation sur ce point. En effet, le demandeur au pourvoi visait un manquement des assureurs à leur obligation d'information et de conseil relatif au risque de nulli-

5 - CA Paris, pôle2, ch. 5, 5 fevr. 2013, JurisData n° 2013-001841 ; JCP G 2013, 411, « *Exposition de Cadavres : les contrats d'assurance sont aussi illicites* », G. Loiseau.

6 - G. Loiseau, op. cit.

té du contrat lui-même résultant d'une incertitude quant au caractère assurable de l'exposition. Or, la Haute juridiction casse l'arrêt au motif qu'il « *ne résulte pas de ces constatations et énonciations que les assureurs avaient attiré l'attention de la société Encore Events sur le risque d'annulation de l'exposition litigieuse* ». Il est donc difficile de voir, dans cette motivation, une consécration de l'extension du devoir d'information et de conseil de l'assureur.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris étant cassé sur ce motif, il est à parier que la saga judiciaire n'est pas terminée.

La seule satisfaction que le profane puisse en tirer est que, in fine, ce sont les acteurs (tant l'assureur que l'assuré) qui avaient cru pouvoir faire un usage commercial de dépouilles humaines qui, désormais, se disputent le cadavre de leur avidité.

Bertrand Vorms

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne

Lydia Morlet-Haidara

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

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

Responsabilité du fait de l'infirmière

Cass. 1^{re} civ. 10 décembre 2014
n° de pourvoi : 13-21.607, publié au bulletin

1. En l'espèce, une enfant âgée de 3 ans, a été victime, au cours d'une intervention d'adénoïdectomie d'un laryngospasme postopératoire, ayant provoqué un arrêt cardio-respiratoire, à l'origine d'importantes séquelles cérébrales. La cour d'appel retient la responsabilité *in solidum*, et du médecin anesthésiste, en raison de sa faute d'imprudence, pour avoir autorisé le transfert de l'enfant en salle de surveillance post-interventionnelle avant son réveil complet, et de la clinique dans laquelle l'intervention a eu lieu, du fait de l'infirmière, celle-ci, ayant dû assurer une surveillance maximale par monitorage et ne pas se contenter d'un saturomètre, compte tenu du fait que l'enfant n'était pas pleinement réveillé lors de son arrivée en salle postopératoire ainsi que de la fréquence du risque de laryngospasme chez le jeune enfant. Le pourvoi qui contestait la responsabilité de la clinique du fait de l'infirmière alors « que le médecin anesthésiste réanimateur était seul habilité à décider de la technique médicale, que l'infirmière anesthésiste assistait ce médecin qui avait le pouvoir de lui donner des ordres », de sorte qu'il avait la qualité de commettant occasionnel est rejeté au motif qu'en l'espèce, « le lien de préposition résultant du contrat de travail conclu entre la clinique et l'infirmière n'avait pas été transféré » au médecin anesthésiste. Pour cela, la Cour relève que l'article « D. 712-49 du code de la santé publique dans sa rédaction alors en vigueur, devenu l'article D. 6124-101 du même code » attribue « la prise en charge des patients admis dans une salle de surveillance post-interventionnelle à un ou plusieurs agents paramédicaux spécialement formés, à charge pour eux de prévenir, en cas de besoin, le médecin anesthésiste-réanimateur, lequel doit pouvoir intervenir sans délai pour réaliser les actes relevant de sa compétence ».

2. La faute de l'infirmière n'étant pas en l'espèce contestée, la question posée à l'arrêt était de savoir qui du médecin ou de la clinique était responsable du fait de l'infirmière. La réponse dépendait de la question de savoir qui, en l'espèce, avait la qualité de commettant. Si en principe la responsabilité du fait de l'infirmière incombe à l'établissement de santé, en sa qualité de commettant principal, cette responsabilité peut dans certains cas être transférée sur la tête du médecin, en sa qualité de commettant occasionnel.

I. La responsabilité de la clinique du fait de l'infirmière

3. Il convient tout d'abord de rappeler que les préposés fautifs bénéficient d'une immunité civile à l'égard de la victime depuis l'arrêt *Costedoat* du 25 février 2000. Selon l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, «n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par son commettant»¹. Le préposé, même fautif, qui agit dans l'exercice de ses fonctions, bénéficie d'une immunité civile en ce sens qu'il n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard de la victime². La question s'était rapidement posée de savoir si ce nouveau principe devait profiter à tous les préposés, même à ceux qui jouissent dans l'exercice de leurs fonctions d'une certaine indépendance professionnelle, comme les médecins, les sages-femmes ou les infirmières, l'indépendance conservée, pouvant être de nature à justifier une responsabilité aggravée par rapport à celle qui pèse sur les autres préposés. Si la Cour de cassation s'était dans un premier temps prononcée en ce sens, dans un arrêt du 13 novembre 2002³, elle n'a pas tardé pas à opérer un revirement de jurisprudence dans deux arrêts en date du 9 novembre 2004⁴. Selon la Cour, le médecin ou «la sage-femme salariée, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement

1 - Ass. plén. 25 févr. 2000 : JCP 2000. II. 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau, *ibid* I. 241, obs. G. Viney; D. 2000, p. 673, note Ph. Brun ; RTD civ. 2000, p. 582, obs. P. Jourdain ; RCA 2000, chron. n° 11 par H. Groutel et n° 22 par Ch. Radé.

2 - La portée de l'immunité a par la suite été précisée, celle-ci se limitant à une simple immunité procédurale de sorte que l'assureur de l'établissement seul responsable à l'égard de la victime dispose d'un recours en contribution contre l'assureur du préposé : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2007, n° 06-12.624 : RCA 2007 comm. 334 obs. H. Groutel.

3 - Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2002 : D. 2003, p. 580, note S. Deis-Beauquesne, somm. 459, obs. P. Jourdain ; JCP 2003. II. 10096, note M. Billiau, *ibid* I. 154, obs. G. Viney ; RCA 2003, comm. n° 50, obs. H. Groutel.

4 - Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004 : D. 2005, p. 253, note F. Chabas, pan. 406, obs. J. Penneau ; JCP 2005. II. 10020, rapp. D. Duval-Arnould, note S. Porchy-Simon, *ibid* I. 132, obs. G. Viney ; RTD civ. 2005, p. 143, obs. P. Jourdain.

de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard de sa patiente»⁵.

4. Si la victime ne peut donc rechercher la responsabilité personnelle de l'infirmière fautive, bénéficiaire de l'immunité en sa qualité de préposée, elle peut en revanche engager la responsabilité du commettant de celle-ci. Si la responsabilité pour faute de l'auteur direct du dommage ne peut être retenue, la responsabilité du fait d'autrui permet alors au patient victime d'être indemnisé. Ce principe s'applique quelle que soit la nature de la responsabilité, que ce soit sur le fondement contractuel, en vertu du principe jurisprudentiel selon lequel le débiteur est responsable du fait de ses auxiliaires et substituts, préposés ou non, ou sur le terrain délictuel, sur le fondement de l'article 1384 al. 5 du Code civil. Mais qui dès lors a la qualité de commettant ?

5. Le critère du lien de préposition réside, selon une jurisprudence traditionnelle, dans la subordination du préposé au commettant, c'est-à-dire, dans le pouvoir de direction de surveillance et de contrôle exercé par le commettant sur le préposé. La subordination implique de la part du commettant le pouvoir de donner des ordres sur la manière d'exécuter les fonctions confiées au préposé⁶. Les sources du lien de préposition sont assez diverses. Ce lien ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat entre le commettant et le préposé de sorte que le simple pouvoir de fait de donner des ordres suffit à caractériser le lien de préposition, même si ce pouvoir n'est pas juridique, à défaut de trouver sa source dans un contrat. Les commettants « ont le droit, de faire acte d'autorité en donnant à leurs préposés des instructions sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, fût-ce en l'absence de tout louage de service, les emplois qui leur ont été confiés pour un temps et un objet déterminés »⁷. Néanmoins, le lien de préposition résulte le plus souvent d'un contrat passé entre le commettant et le préposé et plus précisément d'un contrat de travail, la subordination caractérisant précisément ce contrat. Le contrat de travail confère toujours au salarié la qualité de préposé⁸.

6. En application de ce critère, cette qualité de commettant doit en principe être reconnue à l'établissement de santé privé avec lequel l'infirmière a conclu un contrat de travail. Ce contrat participe de l'exécution des obligations qui pèsent sur la clinique au profit du patient. En effet, selon la juris-

5 - Dans la deuxième espèce, une sage-femme préposée avait, par son défaut de surveillance, retardé la découverte d'une souffrance foetale, provoquant chez l'enfant une grave infirmité motrice cérébrale. L'arrêt d'appel qui avait retenu la responsabilité personnelle de la sage-femme est cassé.

6 - Crim. 25 mai 1971, G. P. 1971, 2, somm. 117 ; 15 février 1972, D. 1972, p. 368 ; Civ. 2^e, 12 janvier 1977, B II n° 9 ; 10 juin 1999, RCA 1999, comm. n° 288, obs. H. Groutel ; Com. 24 janvier 2006, RTD civ. 2006 , p. 327, obs. P. Jourdain.

7 - Crim. 7 novembre 1968, Bull. crim. n° 291 ; Soc. 28 avril 2011, n° 10-15573, D. 2011, 2325, note J.-P. Karaquillo.

8 - V. not. : Civ. 1^{re}, 27 mai 1986, B I n° 134.

prudence, le contrat conclu entre un patient et un établissement d'hospitalisation privé est un «contrat d'hospitalisation et de soins» dont l'objet est non seulement d'assurer l'hébergement du malade mais également les soins paramédicaux et post-opératoires⁹. L'établissement doit donc fournir au patient les soins paramédicaux nécessités par son état, soins accomplis par le personnel paramédical de l'établissement, en sa qualité de préposé. Il en résulte que la clinique répond seule en principe des fautes commises par ce personnel auxiliaire médical à l'égard du patient en sa qualité de commettant. Le principe est clairement affirmé dans un arrêt du 26 mai 1999 selon lequel, «en vertu d'un contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient»¹⁰. À titre d'exemple, une maternité a pu être déclarée responsable du fait d'une sage-femme salariée ayant administré à très forte dose un médicament non prescrit par un médecin¹¹. De même, la responsabilité d'une clinique a notamment été engagée en cas des fautes commises par les auxiliaires médicaux lors d'un réchauffement par bouillotte¹² ou à l'occasion d'une injection ou d'une perfusion¹³. Il en va de même en l'espèce, la clinique ayant été reconnue responsable en raison de la faute commise par l'infirmière qui n'avait pas assuré une surveillance maximale de l'enfant par monitorage, s'étant contentée d'un saturomètre.

7. Il convient également de préciser que la responsabilité de la clinique du fait de ses préposés n'est pas exclusive de la responsabilité personnelle du médecin exerçant à titre libéral, de sorte que le patient peut engager *in solidum* les responsabilités de la clinique du fait de son personnel salarié et du médecin fautif. À titre d'exemple, une patiente a pu engager la responsabilité *in solidum* du médecin accoucheur fautif et de la clinique du fait de la sage-femme¹⁴. C'était également le cas en l'espèce, la cour ayant retenu la responsabilité *in solidum* de la clinique et du médecin qui avait commis une faute d'imprudence pour avoir autorisé le transfert de l'enfant en salle de surveillance avant son complet réveil.

• •

9 - Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997 : RDSS 1998, p. 112 obs. M. Harichaux ; 7 nov. 2000 : RCA 2001, comm. n° 50 ; D. 2001, somm. 2236, obs. D. Mazeaud, p. 3085, obs. J. Penneau ; RTD civ. 2000, p. 151, obs. P. Jourdain ; JCP 2001. I. 340, obs. G. Viney ; Defrénois 2001, p. 268, obs. E. Savaux, Contrats conc. consom. 2001, comm. n° 4, obs. L. Leveneur ; RDSS 2001, p. 526, obs. M. Harichaux.

10 - Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999 : D. 1999, p. 719, note E. Savatier ; JCP 1999. II. 10112, Rapp. P. Sargos ; JCP 2000. I. 199, obs. G. Viney ; RTD civ. 1999, p. 635, obs. P. Jourdain ; Defrénois 1999, p. 1334, obs. J.-L. Aubert.

11 - Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998, D. 1999, som. 391 obs. J. Penneau.

12 - Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1963 : JCP 1963 II 13371.

13 - Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, n°86-14.555.

14 - Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998 : D. 1999, som. 391, obs. J. Penneau.

Pour autant, la clinique n'est responsable que des fautes commises dans l'accomplissement d'actes pour lesquels le personnel paramédical conserve sa qualité de préposé à son égard.

II. La responsabilité du médecin du fait de l'infirmière

8. Si le personnel paramédical est considéré en principe comme le préposé de l'établissement dans lequel il exerce, le praticien peut dans certains cas devenir le commettant occasionnel du personnel paramédical. Il en est ainsi lorsque ce personnel accomplit des actes sous les ordres et sous le contrôle du médecin. Rappelons en effet que le lien de préposition ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat entre le commettant et le préposé et que le simple pouvoir de fait de donner des ordres suffit à le caractériser. Il en résulte que lorsque le personnel auxiliaire médical exécute ses actes sous le contrôle et la direction d'un médecin, notamment au cours d'une opération, ce dernier devient commettant occasionnel du préposé et responsable à ce titre des fautes commises par tous les membres de son équipe. Le médecin exerçant à titre libéral est ainsi responsable du personnel infirmier mis à sa disposition pour les actes qui ne peuvent être exécutés que sous son contrôle et sa direction, les auxiliaires médicaux devenant alors ses préposés occasionnels¹⁵. La qualité de commettant est dans ces conditions transférée au médecin. Le chef d'équipe devient le commettant occasionnel de chaque auxiliaire médical membre de l'équipe qu'il dirige et coordonne, pour le temps où il exerce sur ces derniers des pouvoirs de contrôle et de direction. À ce titre, en tant que commettant occasionnel des membres de son équipe, le médecin répond alors des fautes commises par ces derniers à l'égard du patient. Ce principe est clairement affirmé dans un arrêt du 13 mars 2001. Selon la Cour, «en vertu de l'indépendance professionnelle dont il bénéficie dans l'exercice de son art, le médecin répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigations ou de soins, alors même que ces personnes seraient les préposés de l'établissement de santé où il exerce»¹⁶.

9. Cette jurisprudence relative au transfert du lien de préposition et de la qualité de commettant s'illustre également, au-delà du domaine médical, dans les hypothèses où le commettant habituel met le préposé à la disposition d'un tiers, pour un temps déterminé ou pour l'exécution d'une mission donnée. La question est alors de savoir si le commettant habituel reste responsable des dommages causés par le préposé à l'occasion de l'exécution du travail pour

lequel il a été mis à la disposition d'un tiers, ou si les pouvoirs caractérisant le lien de subordination ont été transférés à ce dernier, devenu commettant occasionnel. Si la jurisprudence ne donne pas à cette question de réponse de principe, elle recherche, au cas par cas, la personne qui avait effectivement, au moment du fait dommageable, le pouvoir de donner des ordres au préposé¹⁷, cette qualité étant reconnue, tantôt au commettant habituel, tantôt au tiers à la disposition duquel a été mis le préposé.

10. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. La qualité de commettant n'avait pas été transférée au médecin anesthésiste. Pour approuver la cour d'appel d'avoir constaté l'absence de ce transfert, la Cour de cassation s'est appuyée sur la nature des fonctions de l'infirmière présente dans la salle de réveil. En effet, en vertu de l'article D. 712-49 du code de la santé publique dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, devenu l'article D. 6124-101 du même code, une infirmière, spécialement formée, prend en charge les patients admis dans une salle de surveillance post-interventionnelle, à charge pour elle de prévenir, en cas de besoin, le médecin anesthésiste-réanimateur, lequel doit pouvoir intervenir sans délai pour réaliser les actes relevant de sa compétence. Il en résulte que le personnel paramédical exerçant en salle de réveil accomplit sa mission, dans un premier temps, sans recevoir d'ordre de la part du médecin anesthésiste, celui-ci n'étant appelé, par la suite, qu'en cas de problème.

11. Il convient enfin de préciser, en tout état de cause, que le transfert du lien de préposition au profit du médecin qui donne des ordres n'est possible que lorsque ce dernier exerce au sein de l'établissement à titre libéral. Rappelons à cet égard que l'exercice de la médecine au sein d'un établissement de soins peut se faire dans un cadre soit salarié soit libéral.

Le médecin peut d'abord choisir d'exercer sa profession en qualité de salarié de l'établissement. Il est vrai que la jurisprudence avait commencé par écarter cette possibilité en refusant de reconnaître aux médecins la qualité de préposés d'une clinique en se fondant sur l'indépendance qu'ils doivent toujours conserver dans l'accomplissement des actes médicaux. Cependant, depuis un arrêt du 5 mars 1992, la jurisprudence reconnaît la compatibilité des qualités de médecin et de préposé. Selon la Cour, «l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice même de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers»¹⁸. La Cour de cassation accepte de dissocier l'exécution des fonctions qui demeure indépendante, de leur organisation administrative, laquelle peut impliquer une subordination caractérisant le lien de préposition.

15 - Cass. civ. 15 nov. 1955 : JCP 1956 II 9106 note R. Rodière ; D. 1956, p. 113, note R Savatier : responsabilité du fait d'une infirmière pour les actes préparatoire à l'anesthésie ; Cass. crim., 18 nov. 1976, JCP 1977 II 18617 ; 21 févr. 1946 : JCP 1946 II 3151 : actes postopératoires ; Cass. crim., 9 mai 1956 : JCP 1957 II 9435 note R.Savatier ; Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1963 : JCP 1963 II 13371 B1 n°308.

16 - Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2001 : RCA 2001, comm. n° 194.

17 - Cass. 2^e civ. 24 février 1971, B II n° 62 ; 18 décembre 1996, B II n° 306, Droit et pat. 1997, n° 48, p. 82, obs. F. Chabas.

18 - Cass. crim., 5 mars 1992, Bull. crim. n° 101 : JCP 1993. II. 22013, note F. Chabas ; RTD civ. 1993, p. 137, obs. P. Jourdain : médecin considéré comme le préposé de la Croix-Rouge française

Dans cette hypothèse, lorsque le médecin exerce en qualité de préposé, le contrat médical est conclu entre la clinique et le patient. Il en résulte que la clinique est seule responsable de l'inexécution du contrat médical¹⁹, le médecin bénéficiant d'une immunité civile en sa qualité de préposé.

Le médecin peut ensuite choisir d'exercer sa profession au sein d'un établissement de soins pour bénéficier de l'infrastructure et des services qui y sont proposés tout en conservant à l'exercice de sa profession son caractère libéral. Pour cela, il conclut avec la clinique un contrat dit d'exercice qui exclut tout lien de subordination. Par ce contrat, celle-ci s'oblige à faire bénéficier le médecin d'un certain nombre de services nécessaires à l'exercice de son art, tels que la mise à disposition de locaux, d'équipements médicaux ou de personnel paramédical. Dans cette hypothèse, lorsque le médecin exerce à titre libéral au sein d'un établissement privé, le contrat médical est directement conclu entre ce dernier et le patient. Il en résulte d'abord que le médecin est personnellement responsable à l'égard du patient des fautes qu'il commet dans l'exécution des actes de prévention, de diagnostics ou de soins. Il en résulte ensuite et surtout que le médecin est responsable à l'égard de la victime des fautes de toutes les personnes dont il répond, qu'il a introduites dans l'exécution de son contrat, substituts ou auxiliaires, préposées ou non.

En l'espèce le médecin exerçait bien à titre libéral. Si sa responsabilité personnelle pour faute a pu ainsi être retenue à l'égard de la victime, en revanche, sa responsabilité du fait de l'infirmière n'a pu être engagée en raison de l'absence de transfert à son profit du lien de préposition qui unit celle-ci à la clinique.

Mireille Bacache

L'action récursoire de l'ONIAM pour faute établie à l'origine du dommage en matière d'infections nosocomiales

CE 28 novembre 2014 n° 366154

La loi du 4 mars 2002 a consacré la responsabilité de plein droit des établissements de santé sauf preuve de la cause étrangère²⁰, mais dans le souci d'alléger le poids de cette responsabilité sans faute, la loi du 31 décembre 2002 a créé, pour les infections nosocomiales les plus graves, un nouveau régime de prise en charge par la solidarité nationale²¹.

L'idée de ne pas déresponsabiliser les établissements de santé dans leurs obligations de lutte contre les infections nosocomiales a été consacrée par la mise en place d'une action subrogatoire ou récursoire de l'ONIAM prévue par les articles L. 1142-17 et L. 1142-21 du code de la santé publique, cette action ne pouvant être engagée que pour « *faute établie à l'origine du dommage* ».

Le recours dont est bénéficiaire l'ONIAM à l'encontre de l'établissement de soins méritait d'être précisé par les juridictions qui en étaient saisies.

– Le Conseil d'État s'était prononcé sur la question dans un arrêt du 21 mars 2011²² qui a annulé une ordonnance du juge des référés de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, en rappelant « *qu'il est constant que l'infection nosocomiale contractée par... (Monsieur V.) lors de son séjour au centre, postérieur à la date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002, a été à l'origine de séquelles causant une incapacité permanente partielle de 40 %, de sorte que l'indemnisation de l'intéressé était régie par les dispositions de l'article L. 1142-1-1 ..» et qu' « il résulte des dispositions des articles L. 1142-1-1, L. 1142-17 et L. 1142-22 du code de la santé publique que l'ONIAM est tenu d'assurer la réparation au titre de la solidarité nationale des dommages résultant des infections nosocomiales, à la seule condition qu'elles aient entraîné un taux d'incapacité permanente supé-*

• •

20 - Article L.1142-1 I alinéa 2 du code de la santé publique « *les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf si l'on rapporte la preuve de la cause étrangère* ».

21 - Article L. 1142-1-1 du code de la santé publique qui prévoit qu'ouvre droit à une indemnisation par l'ONIAM « *les dommages résultant d'infections nosocomiales, dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales* ».

22 - CE, 4^{ème} et 5^{ème} section réunies, 21 mars 2011 (Centre hospitalier de Saintes n°334501) RTDC 201 p.555 P. Jourdain.

19 - Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991 : JCP 1991. II. 21730, note J. Savatier ; RTD civ. 1992, p. 123, obs. P. Jourdain, ; D. 1993, somm. 24, obs. J. Penneau ; 26 mai 1999 préc.

rieur à 25 % ou le décès du patient ; qu'il ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant, sur le fondement du I de l'article L. 1142-1 du même code, la responsabilité de l'établissement de santé dans lequel l'infection a été contractée ; que l'office peut uniquement demander à cet établissement de l'indemniser de tout ou partie des sommes ainsi à sa charge en exerçant à l'encontre de ce dernier l'action subrogatoire prévue au septième alinéa de l'article L. 1142-17 du même code, s'il a versé une indemnité à titre transactionnel, ou l'action récursoire prévue au deuxième alinéa de l'article L. 1142-21 du même code, si une indemnité a été mise à sa charge par une décision juridictionnelle ou, dans le cadre d'une instance dirigée contre lui, pour le cas où serait prononcée une telle décision ; que la responsabilité de l'établissement n'est engagée, au titre de l'une comme de l'autre de ces actions, qu' « en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ».

Cet arrêt a eu un double apport, celui d'affirmer que l'ONIAM ne pouvait s'exonérer de la charge d'indemnisation pesant sur lui par application de l'article L. 1142-1-1 en invoquant la responsabilité de l'établissement de santé et celui de lui reconnaître le principe de son action subrogatoire ou récursoire dans le cadre de la même instance que celle qui aboutit à la condamnation de l'office.

Néanmoins, s'agissant de l'admission de ce recours, le Conseil d'État ne rappelait que les dispositions légales, à savoir que la responsabilité de l'établissement n'était engagée qu'en cas de faute établie à l'origine du dommage notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales.

Le principe de faute établie à l'origine du dommage restait ainsi d'application délicate lorsqu'il était en cause un défaut d'information ou un retard fautif, à l'origine d'une perte de chance d'échapper au dommage final.

Si le législateur a, par l'emploi de l'adverbe « notamment », nécessairement ouvert sur d'autres types de fautes, il pourrait être contesté que le défaut d'information ou le retard soient « à l'origine » du dommage causé, puisqu'ils sont à l'origine de la perte de chance d'échapper au dommage qui s'est réalisé, cette seule perte de chance étant indemnisée uniquement par référence au dommage corporel subi.

– Le conseil a été amené à statuer, dans ce même litige opposant l'ONIAM et le centre hospitalier de Saintes, par arrêt du 28 novembre 2014 (n° 366154).

L'ONIAM s'est pourvu en cassation contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2012²³ par la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui a rejeté son recours récursoire et le Conseil d'État a pu ainsi considérer qu'en prévoyant, par les dispositions de l'article L. 1142-21 du code de la santé publique, que

l'ONIAM condamné en application de l'article L.1142-1-1, peut exercer une action récursoire contre le professionnel de santé en cas de faute établie à l'origine du dommage, « le législateur n'a pas entendu exclure l'exercice de cette action lorsqu'une faute établie a entraîné la perte d'une chance d'éviter l'infection nosocomiale ou d'en limiter les conséquences ». En l'occurrence, l'arrêt de la cour administrative d'appel est sanctionné pour avoir écarté la possibilité pour l'ONIAM d'exercer une action récursoire sur le fondement d'un défaut d'information sur les risques d'infection nosocomiale que comportait l'intervention proposée en jugeant qu'une telle faute, à la supposer établie, n'aurait pas constitué la cause directe de l'infection nosocomiale mais pouvait seulement avoir fait perdre au patient une chance de l'éviter en refusant l'intervention.

En revanche, le conseil d'État, par substitution de motif, a considéré que le législateur n'avait pas entendu permettre à l'office, dans le cadre de son action récursoire, de se prévaloir de la méconnaissance du droit que l'article L. 1111-2 du code de la santé publique reconnaît aux patients d'être informés des risques des traitements qui leur sont proposés.

Ainsi, si le conseil d'État reconnaît que la faute établie à l'origine du dommage peut s'entendre également lorsque la faute a fait perdre une chance d'éviter l'infection nosocomiale ou d'en limiter les conséquences, il exclut cependant qu'elle puisse être constituée au titre du manquement au devoir d'information dont seuls bénéficient les patients. Cela revient à exonérer l'établissement de soins de toute prise en charge en cas de défaut d'information sur l'existence de ces risques sauf si l'on admet que les patients demeurent toujours titulaires du droit de se prévaloir du manquement à l'obligation d'information à l'encontre du professionnel de santé.

Sylvie Welsch

Responsabilité disciplinaire : « De l'exigence d'un consentement éclairé relatif à la présence d'un tiers lors de l'examen médical »

CE, 19 septembre 2014, n° 361534²⁴

« Considérant que, s'il ne résulte... d'aucun principe que le médecin doive systématiquement informer le patient de l'identité ou de la nature des fonctions des personnes devant l'assister dans la réalisation d'un acte médical ou recueillir son consentement préalable sur la présence d'une telle personne, la décision attaquée ne juge pas qu'une telle obligation existerait, mais seulement qu'une information et un consentement préalables de Mme D... quant à la présence du technicien devant assister le Dr A... étaient requis en l'espèce ».

« Considérant que, eu égard, d'une part, au caractère intime de l'examen que devait subir Mme D... et, d'autre part, au premier refus qu'elle avait opposé à la présence du technicien, l'information tardive délivrée par le Dr A... à la patiente, qui s'est faite en présence du technicien dont la présence faisait litige et alors que la patiente était déjà déshabillée, ne peut être regardée comme loyale et appropriée au sens des dispositions précitées ; que, pour les mêmes raisons, et alors même que Mme D... s'est finalement mise en position d'examen, le Dr A... ne peut être regardé comme ayant recueilli de sa part un consentement éclairé ».

Le 12 octobre 2009, le Docteur A..., gynécologue-obstétricien, a réalisé sur Madame D... une colposcopie consistant en un examen du col de l'utérus qui permet un prélèvement de tissus afin de rechercher la présence de cellules cancéreuses.

Dans la salle d'osculation le médecin a informé la patiente de ce que le cabinet était engagé dans un protocole de recherche requérant l'utilisation d'un appareil de colposcopie modifié, ce qui impliquait l'assistance d'un technicien, d'ailleurs déjà présent. Madame D... ayant expressément refusé de participer à ce protocole, le médecin lui a indiqué qu'il procéderait donc à une colposcopie classique, avec le même appareil, et s'est momentanément absenté pour aller chercher du matériel. Durant son absence, et considérant que la présence du technicien n'était plus requise, la patiente lui a demandé de sortir. Malgré ces consignes clairement exprimées, le docteur est ensuite revenu avec le technicien en expliquant que, compte tenu des modifications subies par l'appareil pour les besoins du protocole, l'assistance du technicien restait indispensable,

même dans le cadre d'un examen classique. Déjà déshabillée, la patiente a finalement consenti à se mettre en position pour l'examen.

Néanmoins insatisfaite des conditions de déroulement de cette consultation, et estimant qu'elle n'avait pas été à même de refuser la présence de ce tiers, Madame D... a porté plainte devant la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des médecins d'Île de France qui lui donnera raison et infligera un blâme au Docteur A...

Dans un arrêt du 19 septembre 2014, dont il sera fait mention dans les tables du recueil Lebon, le Conseil d'État valide la sanction ordinaire prononcée. Cette décision ayant été rendue dans le cadre particulier des instances disciplinaires et apportant une utile précision sur la recevabilité de la plainte, un premier point sera tout d'abord rapidement consacré à la procédure (I) avant que ne soit discuté le fond de l'affaire (II).

I. Sur la procédure

La procédure disciplinaire est organisée par l'article L. 4123-2 du Code de la santé publique. Lorsqu'une plainte est déposée devant le Conseil départemental de l'ordre son Président doit en accuser réception à l'auteur, en informer le mis en cause et convoquer ces deux acteurs pour une conciliation, dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte. En cas d'échec de cette tentative de règlement amiable, le Président est tenu de transmettre la plainte à la chambre régionale qui fait office de chambre disciplinaire de première instance. Il doit le faire dans un délai de trois mois à partir de la date d'enregistrement de la plainte et accompagner cette transmission d'un avis motivé du Conseil. Les deux parties disposent de la possibilité d'interjeter appel²⁵ de la décision de première instance afin de voir réexamnée l'affaire, au niveau du Conseil national de l'ordre, par la chambre disciplinaire nationale²⁶. L'exercice de cette voie de recours ayant en l'espèce conduit à la confirmation de la première décision, le praticien a exercé la possibilité dont il dispose de former un pourvoi devant le Conseil d'État en vue de l'annulation de cette décision confirmative.

Le médecin mis en cause invoquait ici la non-transmission de la plainte dans les délais requis et prétendait que ce retard devait entraîner son irrece-

25 - La reconnaissance du droit d'interjeter appel n'est reconnue à la victime que depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, ce droit appartenant préalablement au seul médecin.

26 - Pour information, dans une décision du 3 novembre 2014 (n° 359701), le Conseil d'Etat a refusé de transmettre une QPC relative à l'article L. 4122-3 du Code de la santé publique qui portait sur la composition de la chambre disciplinaire nationale. Les juges ont affirmé que « ni la circonstance que les membres de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins sont, à l'exception d'un conseiller d'Etat, également membres en exercice ou anciens membres des conseils de l'ordre, ni la circonstance que le rapporteur désigné par le président siège au sein de la formation de jugement n'ont pour effet, en elles-mêmes, de porter atteinte aux exigences découlant des dispositions constitutionnelles ».

24 - E. Martinez et F. Vialla, *Dignité des malades : consentement d'une patiente à la présence d'un technicien*, D. 2014, p. 2053 ; G. Dumortier, *Degré d'information qu'un médecin doit donner à son patient quant aux personnes tierces devant assister à un acte médical*, Revue Droit et Santé, n° 62, p. 1708.

vabilité. Dans cette décision du 19 septembre 2014, le Conseil d'État a rejeté cette logique estimant que « le non-respect d'une transmission de la plainte dans les trois mois de son enregistrement est seulement de nature à permettre au plaignant de saisir le Président du Conseil national de l'ordre, conformément au quatrième alinéa de l'article précité afin de relancer la procédure, mais n'est pas de nature à invalider la procédure ».

Cette analyse va dans le sens d'une affirmation préalable, faite dans un arrêt du 4 décembre 2013²⁷, dans lequel la Haute juridiction administrative avait considéré que « les irrégularités qui ont pu entacher cette procédure administrative (de conciliation) sont sans incidence sur la recevabilité de la plainte auprès de la juridiction disciplinaire de première instance et sur la régularité de la procédure juridictionnelle. Dans le même esprit, le Conseil d'État avait antérieurement jugé que « dans le cas où le conseil départemental s'abstient d'organiser une conciliation dans le délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte, comme dans le cas où il s'abstient de transmettre celle-ci dans le délai de trois mois à compter de la même date, il appartient au plaignant de demander au président du conseil national de transmettre lui-même la plainte à la chambre disciplinaire de première instance ; que la transmission effectuée par cette autorité saisisse valablement la juridiction alors même qu'il n'a pas été procédé à une tentative de conciliation »²⁸.

Si l'étape de conciliation s'avère importante, en ce qu'elle joue un rôle de filtre, ses éventuels défauts sont donc sans effet sur la recevabilité de la plainte et ne sont pas non plus de nature à invalider la procédure.

On précise enfin que le contentieux disciplinaire étant reconnu comme engagé devant de véritables juridictions, il importe que soit respecté le principe du contradictoire. Contrairement à ce que prétendait le médecin inquiété, tel semble avoir été le cas en l'espèce, les juges ayant affirmé que celui-ci « avait été mis en mesure de répondre à l'ensemble des pièces et des arguments des plaignants devant la juridiction de première instance ».

II. Sur le fond

Cette décision apporte d'importants éclaircissements sur le consentement et l'information requis en présence d'un tiers lors de l'examen médical (A). Elle tend également à limiter la reconnaissance du consentement implicite du patient (B).

A. L'exigence d'un consentement éclairé relatif à la présence d'un tiers lors de l'examen médical

L'arrêt a été rendu sur le triple fondement des articles L. 1111-2 et R. 4127-35 et 36 du Code de la

santé publique. Dans sa partie législative, et en vertu du premier texte, le Code prévoit que « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus... ». Les deux autres textes, intégrés par décret dans la partie réglementaire du Code sont issus du Code de déontologie des médecins. L'article R. 4127-35 dispose que « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension »²⁹. L'article R. 4127-36 précise encore que « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences ».

Aucun de ces textes ne donne de précisions quant à la nécessité d'informer et de recueillir le consentement du patient en cas de présence d'un tiers lors de l'examen. Tout l'enjeu de la présente décision était donc de définir la règle applicable. Dans cet arrêt du 19 septembre 2014, le Conseil d'État pose un principe auquel il fait cependant exception en l'espèce.

Il affirme dans un premier temps que le médecin n'est pas tenu « systématiquement d'informer le patient de l'identité ou de la nature des fonctions des personnes devant l'assister dans la réalisation d'un acte médical ou recueillir son consentement préalable sur la présence d'une telle personne ». Il considère en effet qu'aucun des textes invoqués ne mentionne cette obligation et qu'elle ne peut être déduite des dispositions les intégrant.

Il considère cependant qu'en l'espèce la demanderesse aurait dû être spécialement informée et consentir à la présence du technicien. Selon les juges, et en l'absence de cette information spécifique, le manquement du professionnel de santé justifiait l'engagement de sa responsabilité disciplinaire. Si une explication avait bien été donnée sur la nécessité de la présence de ce technicien, les magistrats ont cependant considéré que celle-ci était

27 - CE, 4 décembre 2013, n° 356479. Affaire Lascu.

28 - CE, 15 janvier 2011, n° 324982.

29 - On rappelle qu'un décret du 7 mai 2012 (n° 2012-694) a modifié ce texte en vue d'une mise en conformité avec les dispositions législatives du Code de la santé publique. L'article 35 du Code de déontologie des médecins prévoyait en effet jusqu'alors que « Dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave ». Ce principe d'une rétention de l'information dans l'intérêt du patient n'était pas conforme aux dispositions légales du Code de la santé publique qui prévoient que seule l'urgence ou l'impossibilité d'informer ou la volonté du patient d'être tenu dans l'ignorance constituent des exceptions au devoir d'information.

intervenue trop tardivement. La consultation étant largement avancée et la patiente déjà déshabillée, ils ont estimé que l'information délivrée ne pouvait « être regardée comme loyale et appropriée ».

La solution dégagée par cet arrêt du 19 septembre 2014 doit être saluée et s'explique par le caractère particulièrement intime de l'examen. Ce constat a d'ailleurs justifié que les juges fondent également leur décision sur l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique qui dispose « que la personne malade a droit au respect de sa dignité ». Ils ont ainsi admis que le médecin avait méconnu les « exigences déontologiques relatives au respect des malades ».

On peut aisément comprendre le malaise ressenti par la patiente du fait de la présence du technicien, ce d'autant plus que ce dernier n'appartenait au corps médical. Par ailleurs, le seul fait que la patiente ait pris la décision de porter plainte devant les instances ordinaires est de nature à corroborer l'existence d'une atteinte morale particulière. Malgré le soi-disant consentement, sur la portée duquel on reviendra un peu plus bas, cette affaire donne la désagréable impression que le médecin n'a pas respecté la volonté de sa patiente qui semble avoir fait preuve de résignation, voire de soumission. Ce sentiment est encore accru par le fait que l'information n'a été que tardivement donnée et, qui plus est, devant le technicien dont la présence faisait litige, et alors même que la patiente était déjà déshabillée. Les circonstances semblent donc indiquer que la personne examinée n'a pas été à même de refuser la présence de ce tiers. Le praticien aurait dû lui proposer d'interrompre la consultation et de la reporter afin qu'elle soit menée dans des conditions plus respectueuses de l'intimité de sa patiente.

Cette espèce nous ramène à une époque de paternalisme médical qu'on espérait révolue. Le professionnel mis en cause ne doit pas être sans savoir que le patient n'est plus aujourd'hui « tenu d'obéir à son médecin comme un serf à son seigneur »³⁰.

Si pour les raisons indiquées, on ne peut qu'être favorable à la solution du Conseil d'État, on regrette cependant que le juge administratif n'ait pas fait preuve de plus d'audace en reconnaissant, de manière plus absolue, le droit du patient à être informé de l'identité et des fonctions de toutes les personnes assistant à l'examen.

Certes, l'information n'a *a priori* lieu de porter que sur les conditions de réalisation de l'acte médical et la présence d'un assistant est généralement indifférente au patient. Cependant, l'examen supposant bien souvent que le patient se dénude, qu'il soit mis dans des situations susceptibles de porter atteinte à sa dignité et que soient abordées des questions touchant à son intimité, il ne nous semble pas excessif que ce dernier soit mis en mesure d'autoriser et donc de refuser la présence de tiers. L'interprétation de l'article 35 du Code de déontologie des médecins leur impose d'ailleurs de fournir

une « information loyale, claire et appropriée... en tenant compte de la personnalité du patient ». Ce texte pourrait donc être de nature à imposer de prendre en considération la timidité et la pudeur de la personne examinée.

L'état du droit positif pose difficultés en ce qu'on ne peut affirmer avec certitude que le patient est actuellement en droit de refuser la présence d'un tiers à l'examen. Comme on l'a constaté, aucun texte ne prévoit de recueil de consentement dans cette situation et aucune information spécifique n'est imposée. Si l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique permet au patient de choisir librement son praticien, il ne lui reconnaît pas le droit d'autoriser ou non la présence d'un tiers lors de l'examen, dès lors que celui-ci n'intervient pas directement sur sa personne.

Dès lors, et dans un souci de meilleur respect des droits des patients, on eut pu souhaiter que le Conseil d'État saisisse l'occasion d'affirmer l'existence d'une obligation particulière d'information relative à la présence de tiers lors de l'examen, plutôt que de la reconnaître comme il l'a fait ici à titre d'exception. Rien d'interdisait aux juges de faire preuve d'œuvre créatrice en affirmant, de manière absolue, que la loyauté de l'information requise impose que soient données des indications sur la qualité et les fonctions de toutes les personnes présentent lors de la consultation.

On nous objectera peut-être que la formulation d'une telle obligation serait constitutive de lourdeurs dans la pratique médicale. Pourtant, il ne nous semble pas que quelques mots, visant à expliciter la présence d'un tiers et spécifiant au patient qu'il est en droit d'en refuser la présence, soient de nature à allonger démesurément la consultation. D'ailleurs, une telle obligation existe déjà dans le cadre des visites médicales réalisées avec des étudiants. Ainsi l'article L. 1111-4 alinéa 7 du Code de la santé publique dispose que « l'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable ». Dès lors, pourquoi un patient devrait-il consentir à la présence d'étudiants en formation, personnes issues du giron médical, et ne pas être en droit de le faire s'agissant de personnel non médical ?

Par ailleurs, le contexte de l'actualité jurisprudentielle internationale aurait pu inciter les juges à plus d'audace. En effet, dans un arrêt du 9 octobre 2014, et sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Russie dans une espèce qui peut être utilement rapprochée de celle commentée³¹. Une requérante s'était plainte de la présence d'étudiants en médecine lors de son accouchement alors qu'elle n'y avait pas consenti. Elle fut déboutée par les juges nationaux qui avaient considéré que la loi en vigueur n'exigeait pas un accord écrit des patientes dans de telles circonstances. La Cour européenne a quant à elle

30 - Citation de Guy de Chauliac (1300-1363).

31 - CourEDH, aff. Konovalova c. Russie, 9 octobre 2014, n° 37873/04.

estimé que l'accouchement était un événement suffisamment délicat pour considérer la présence des étudiants comme une ingérence dans la vie privée des parturientes. Elle affirme également que la brochure d'information était rédigée de telle manière qu'elle ne laissait pas aux patients la possibilité de s'opposer à cette présence.

Il apparaît tout à fait concevable de voir dans cette décision l'affirmation du droit du patient de refuser la présence d'un tiers lors de l'examen médical.

Faute d'avoir été saisis sur ce fondement, les juges du Conseil d'État ne pouvaient dans notre espèce fonder leur décision sur une atteinte à la vie privée du patient mais ils auraient parfaitement pu le faire sur le fondement du droit au respect de la dignité de la personne malade, l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique ayant quant à lui été invoqué.

Pour toutes les raisons exposées, il s'avère regrettable que l'occasion n'ait pas été saisie de poser une exigence explicite de recueil de consentement et de délivrance d'une information spéciale relativement à la présence de tiers lors d'un examen médical. Si cette décision du 19 septembre 2014 suscite donc quelques regrets, elle va cependant dans le sens d'une meilleure protection des droits des malades. Cela est d'autant plus vrai qu'elle veille également à limiter la portée de la reconnaissance du caractère implicite du consentement du patient.

B. Le refus de reconnaissance du consentement implicite du patient

Cette décision apporte une très importante précision sur les modalités du consentement du patient.

Le praticien indélicat invoquait le consentement implicite de la patiente qui, suite aux explications fournies sur la nécessité de la présence du technicien, s'était finalement allongée et mise en position d'examen. Il est vrai que le consentement du patient se déduit fréquemment en pratique de son attitude consistant à se rendre au rendez-vous fixé ou à se soumettre à l'examen.

Une difficulté résultait du fait que la chambre disciplinaire nationale avait motivé sa décision de condamnation en exigeant que le consentement soit « formel ». Le médecin avait, à juste titre, contesté cette assertion, les règles en vigueur n'imposant aucun formalisme à l'expression du consentement du patient. Écartant la contestation, les juges ont cependant considéré qu'il s'agissait d'une simple erreur de langage de la part de l'instance disciplinaire qui avait « seulement entendu indiquer qu'il (le consentement) devait être clair et non équivoque ».

En effet, pour que cette reconnaissance tacite soit admise, encore faut-il que le consentement implicitement retenu ne soit pas douteux et dépourvu de toute équivoque. Les juges ont légitimement considéré que tel n'était pas le cas en l'espèce en affirmant qu'« alors même que Me D... s'est finalement mise en position d'examen, le Dr A... ne peut être regardé comme ayant recueilli de sa part un consentement

éclairé ». Le refus préalable de la patiente, de même que l'expression de sa volonté de voir sortir le technicien de la pièce, conduisent en effet à douter de la réalité de son consentement, son acceptation de se soumettre à l'examen semblant plutôt relever de la résignation contrainte.

Il s'avère dès lors heureux que les juges n'aient pas opposé à la demanderesse son attitude passive en exigeant d'elle qu'elle manifeste son opposition à se soumettre à l'examen. Une telle solution aurait en effet conduit à inverser la logique juridique car on rappelle que c'est au médecin de rapporter la preuve du recueil du consentement du patient. S'il lui est parfois permis de l'établir en invoquant le caractère tacite de l'acceptation, déduit du comportement de la personne soignée, une installation en position d'examen ne doit pas conduire à systématiquement poser une présomption de consentement, son renversement risquant d'être mal aisé.

Il ne faut pas non plus oublier que le médecin reste, et c'est plutôt une bonne chose, un professionnel particulièrement respecté mais dont le respect confine parfois à la crainte. Le patient peut en effet redouter qu'une attitude négative de sa part mette le praticien dans de mauvaises dispositions à son égard. Enfin, lors de l'examen, le patient est bien souvent dénudé, angoissé, et se trouve ainsi dans une situation de fragilité qu'il importe de prendre en compte dans l'appréciation du caractère implicite du consentement.

Les juges ont donc su reconnaître cet état de faiblesse particulier de la demanderesse, d'autant plus qu'il s'agissait en l'espèce d'un examen de dépistage du cancer du col de l'utérus. Les circonstances conféraient indiscutablement un caractère douteux au consentement soi-disant donné et il apparaît satisfaisant que les juges aient refusé d'admettre que celui-ci soit déduit du seul fait que la patiente ait laissé se poursuivre l'examen.

Les magistrats auraient pu expressément motiver leur décision en expliquant que le médecin était tenu de s'assurer du consentement de la patiente, voire de lui proposer d'interrompre l'examen et de le reporter. Tel aurait en effet été le comportement qu'on aurait pu attendre d'un médecin consciencieux et respectueux de son patient. La décision du Conseil d'État ne va pas aussi loin dans la pédagogie mais constitue cependant un parfait rappel de l'exigence du recueil du consentement préalable. La pratique impose de prendre en compte la possibilité du caractère tacite du consentement du patient mais il importe de garder à l'esprit que cette faculté reste dérogatoire et ne dispense pas le professionnel de santé de la recherche de la réalité de l'accord donné.

Cet arrêt du Conseil d'État, rendu en date du 19 septembre 2014, ne révolutionne pas la matière mais apporte une intéressante précision sur l'information relative à la présence d'un tiers lors de l'examen médical et constitue un heureux rappel de l'exigence du recueil du consentement préalable. Si l'on peut regretter que les juges n'aient pas fait preuve de plus de courage et d'audace quant au contenu de l'information délivrée, cette décision devrait néanmoins contribuer à un meilleur humanisme dans l'exercice des professions médicales et une plus grande reconnaissance des droits du patient.

Lydia Morlet-Haidara

Caroline Carreau

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

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Olswang France LLP

Caroline Le Goffic

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

I. Droit des brevets

1. Délivrance

a. Extension pédiatrique

Un laboratoire sollicitait la prorogation de son CCP sur le fondement du règlement (CE) n° 1901/2006 relatif aux médicaments pédiatriques. Le plan d'investigation pédiatrique n'étant pas encore fourni, le laboratoire faisait valoir qu'il devait avoir la possibilité de régulariser sa demande tant que le CCP était en vigueur. L'INPI rend une décision de rejet, confirmée en appel. La cour relève que le demandeur a bénéficié en pratique d'un délai de près d'un an pour produire le document demandé et que la décision relative à la demande d'extension ne pouvait être davantage différée « dès lors que la sécurité juridique commande de voir fixer le sort de la demande de prorogation du CCP dans un délai raisonnable avant l'expiration de la protection attachée au CCP ». En l'espèce, le CCP allait expirer un an après la décision de rejet de l'INPI.¹

2. Validité

a. Extension de l'objet du brevet au-delà de la demande

Sur le fondement des articles 123(2^o) et 138 de la CBE, le tribunal rappelle que, pour être acceptées, « les modifications doivent être déduites directement et sans ambiguïté de la demande telle que déposée ». En

l'espèce, il est considéré que cette condition est satisfaite.²

b. Prise en compte des décisions de l'OEB

Le tribunal indique que « les décisions de l'OEB, organe administratif, si elles sont naturellement prises en compte avec le plus grand intérêt, ne lient pas le juge français des brevets ».³

c. Insuffisance de description

Le brevet revendiquait un appareil de rééquilibrage du corps humain réglable en cours d'utilisation sans intervention du patient. Cependant, ni la description ni les figures du brevet ne fournissaient la moindre indication technique sur ces moyens de réglage. Le brevet est en conséquence annulé, la cour d'appel jugeant que la description n'est pas « suffisamment claire et complète pour que l'homme du métier, à l'aide de ses connaissances générales et sans effort excessif, puisse la mettre en œuvre ». L'homme du métier désireux de mettre en œuvre les enseignements du brevet aurait dû faire preuve « sinon d'activité inventive à tout le moins de dépasser les limites d'une simple mesure d'exécution ».⁴

La défenderesse faisait valoir que le brevet ne mentionnait aucun essai permettant d'identifier le rôle exact de plusieurs caractéristiques revendiquées. Cet argument est écarté, le tribunal jugeant que la description et les figures du brevet permettent à l'homme du métier de réaliser l'invention.⁵

Dans une dernière espèce, la défenderesse a prétendu, sans succès, que la description ne divulguait pas les moyens nécessaires pour donner à la caractéristique essentielle revendiquée la fonction attendue. Elle en voulait pour preuve, notamment, un document montrant que les développements techniques n'étaient intervenus qu'après le dépôt du brevet. Ce document est écarté, car « l'insuffisance de description ne peut être soutenue qu'en se basant sur le texte lui-même du brevet et sur les schémas et non sur des pièces externes au brevet ». Le tribunal relève en outre que le brevet divulgue plusieurs modes de réalisation et indique à l'homme du métier les paramètres dont il a

.....
2 - TGI Paris, 21 novembre 2014, RG n°10/14073, Ethypharm c. Astra Zeneca.

3 - TGI Paris, 21 novembre 2014, RG n°10/14073, précité.

4 - Paris, 9 septembre 2014, RG n°12/16007, Tudico c. LPG Systems.

5 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, IMV Technologies c. Minitub GmbH.

1 - Paris, 23 septembre 2014, RG n°14/01476, Otzuka Pharmaceutical c. INPI.

besoin pour réaliser l'invention selon différentes variantes.⁶

Enfin, dans cette même affaire, le tribunal estime que défaut de nouveauté et insuffisance description sont, en l'espèce, contradictoires : « si le brevet est insuffisamment décrit selon la société demanderesse, c'est considérer qu'il est forcément nouveau ».⁷

d. Nouveauté (revendication de type « suisse »)

Cette instance portait sur une revendication de type suisse -substance X pour traiter la maladie Y- destinée à protéger une indication nouvelle pour une substance connue. Le brevet avait été délivré antérieurement à la modification de la CBE mettant fin à ce type de rédaction. Le juge des référés considère que la revendication opposée est vraisemblablement nulle : l'utilisation du même produit, dans la même indication et selon le même dosage était déjà connue. Seules de nouvelles modalités d'administration étaient revendiquées : prendre le même dosage en une fois plutôt qu'en deux, « sans définir un nouvel effet technique ou un nouveau bénéfice autre que le confort de prendre la dose en une fois ce qui ne constitue pas un effet technique ». Dès lors, le brevet ne porte pas sur une nouvelle indication, mais sur une méthode de traitement thérapeutique non brevetable.⁸

e. Activité inventive

La jurisprudence ne suit pas systématiquement l'approche problème-solution appliquée par l'OEB : « l'article 56 de la Convention de MUNICH n'exige pas pour déterminer si un brevet procède ou non d'une activité inventive de procéder par une approche problème-solution en identifiant au préalable un état de la technique le plus proche du brevet attaqué, cette approche étant propre à la jurisprudence de la Chambre des recours de l'OEB mais ne s'imposant pas aux jurisdictions françaises ». En l'espèce, le juge évalue si « en l'état de la technique, et compte tenu de ses connaissances générales, l'homme du métier pouvait parvenir aux revendications 1, 9 et 10 du brevet EP 461 sans effort inventif ». Dans une autre décision : « Afin d'apprécier le caractère inventif, il faut déterminer si eu égard à l'état de la technique, l'homme du métier, au vu du problème que l'invention prétend résoudre, aurait obtenu la solution technique revendiquée par le brevet en utilisant ses connaissances professionnelles et en effectuant de simples opérations. L'activité inventive se définit au regard du problème spécifique auquel est confronté l'homme du métier. » En l'espèce, il n'était pas évident, pour l'homme du métier, de combiner les antériorités invoquées et,

quand bien même l'aurait-il fait, il ne serait pas parvenu à l'une des caractéristiques revendiquées.¹⁰

L'homme du métier n'est pas l'inventeur, dont les déclarations doivent être appréciées avec circonspection, mais un homme du métier *in abstracto*.¹¹

Plusieurs décisions évoquent comme indice de l'activité inventive le laps de temps écoulé entre les antériorités invoquées et le dépôt du brevet en cause : dix ans dans une affaire¹², plus de cinquante dans une autre¹³.

La défenderesse faisait valoir que l'invention ne permettait pas d'atteindre le but recherché, comme établi par des tests qu'elle avait fait réaliser. Cependant, ces tests font l'objet de critiques sérieuses. De plus, le produit rencontre un certain succès commercial et la défenderesse l'offre elle-même à la vente. L'argument est donc écarté.¹⁴

3. Contrefaçon

a. Connaissance de cause

En application de l'article L 615-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, lorsque les faits de contrefaçon sont commis par une personne autre que le fabricant du produit contrefaisant, ils n'engagent la responsabilité de leur auteur que s'ils ont été commis en connaissance de cause. En l'espèce, la défenderesse, dont il n'était pas établi qu'elle soit le fabricant du produit, n'avait pas reçu de mise en demeure préalablement à l'assignation et les seuls actes qui lui étaient reprochés étaient antérieurs à celle-ci. Il n'est donc pas établi qu'elle a commis des actes fautifs.¹⁵

b. Copropriété

Confirmation en appel d'une décision précédemment commentée : le copropriétaire d'un brevet ne peut en être contrefacteur puisqu'il est co-titulaire de droits de propriété. En revanche, est contrefacteur la société qu'il a constituée pour exploiter l'invention sans l'accord de l'autre copropriétaire. Le copropriétaire lésé est en droit d'obtenir le dossier de conception et de réalisation de l'appareil objet du brevet. Il doit, par ailleurs, rembourser à l'autre copropriétaire une partie des frais exposés pour la protection, la conception et la mise au point dudit appareil.¹⁶

10 - TGI Paris, 19 juin 2014, RG n°13/04942, précité.

11 - TGI Paris, 21 novembre 2014, RG n°10/14073, précité.

12 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

13 - TGI Paris, 19 juin 2014, RG n°13/04942, précité.

14 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

15 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

16 - Paris, 19 septembre 2014, RG n°13/11267, Chokron c. Hexa-Diffusion, sur appel de TGI Paris, 23 mai 2013, RG n°09/07455, voir cette chronique dans Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie n° 2-2013, page 79.

6 - TGI Paris, 19 juin 2014, RG n°13/04942, Albea Services c. Clisson et autres.

7 - TGI Paris, 19 juin 2014, RG n°13/04942, précité.

8 - Référez, 23 juin 2014, RG n°14/54903, Gedeon Richter c. Mylan.

9 - TGI Paris, 21 novembre 2014, RG n°10/14073, précité.

4. Procédure

a. *Intérêt à agir en nullité*

Un défendeur n'a pas intérêt à agir à titre conventionnel en nullité de revendications dépendantes qui ne lui sont pas opposées.¹⁷

b. Constat d'huissier

La validité d'un constat, destiné à établir la preuve de la contrefaçon, était contestée au motif que les constatations n'étaient pas impartiales, l'huissier ayant recueilli les déclarations préalables d'un conseil en propriété industrielle et du titulaire des droits, tous deux présents lors du constat. Cet argument est rejeté : « *Le fait que l'huissier de justice se voit préciser les caractéristiques qui doivent être constatées, ne vicié pas ses opérations dès lors qu'il est personnellement en mesure de vérifier leur présence. Cette exigence de vérification personnelle suppose que les caractéristiques en cause soient appréhendables directement par un non technicien.* »¹⁸

c. « *Achat piège* »

Le breveté n'avait pu procéder à une saisie-contrefaçon faute d'avoir localisé des produits argués de contrefaçon sur le territoire français. Il avait donc fait réaliser un constat d'huissier sur des colis envoyés par la défenderesse depuis l'Allemagne à une société tierce, dont on ignore si elle agissait ou non pour le compte du breveté. Dans ces circonstances, le tribunal retient qu'un acte de contrefaçon sur le territoire français est bien constitué par l'envoi dudit colis.¹⁹

d. Sursis à statuer

Une décision du directeur de l'INPI avait constaté la déchéance d'un brevet pour défaut de paiement d'une annuité. Cette décision était reformée en appel. Après avoir été séparément poursuivies en contrefaçon du brevet en cause, plusieurs parties avaient alors formé tierce opposition à l'encontre de cet arrêt restaurant le breveté dans ses droits. La cour d'appel rejetait ces recours. Cependant, la cour de cassation censurait alors la cour d'appel, mais dans l'une des affaires seulement. Dans le cadre des instances en contrefaçon, le juge de la mise en état fait profiter toutes les parties de cette cassation en ordonnant un sursis à statuer en l'attente d'un nouvel arrêt de la cour d'appel. Le juge estime être en présence d'un cas d'indivisibilité tenant à l'existence d'un risque d'impossibilité d'exécuter en même temps les décisions à intervenir, d'un part dans les instances en contrefaçon dont il est saisi, d'autre part

dans la tierce opposition pendante devant la cour d'appel devant statuer sur la déchéance du brevet.²⁰

e. Expertise

Une expertise avait été ordonnée afin d'évaluer le préjudice subi du fait de la contrefaçon. Le rapport ayant été déposé, les parties demandaient la réouverture de l'expertise pour deux motifs. En premier lieu, les taux d'indemnisation avaient été révisés à la baisse entre le pré-rapport et le rapport final, sans qu'une discussion contradictoire ait eu lieu pour comprendre les raisons de cette baisse. En second lieu, des pièces portant sur les chiffres d'affaires, coûts de revient et marges nettes ayant été communiquées par une partie à l'expert de manière non contradictoire en raison de leur nature confidentielle, il était demandé qu'elles soient communiquées au conseil adverse sous le sceau de la confidentialité. Le juge de la mise en état refuse d'ordonner la réouverture de l'expertise. Le juge rappelle tout d'abord que le tribunal ne sera pas lié par les conclusions de l'expertise, « *de sorte que ce qui importe surtout est que l'expert explique le raisonnement et les choix qui le conduisent à l'évaluation du préjudice retenue, permettant ainsi aux parties le cas échéant de les discuter, puis au tribunal de prendre sa décision* ». La première demande est rejetée, car le JME estime que les arguments invoqués pour s'opposer à la baisse du taux de redevance ont déjà fait l'objet d'un dire et que l'expert a clairement exprimé son opinion sur ce point. S'agissant des pièces communiquées au seul expert sous le sceau de la confidentialité, le JME rejette également la demande, la jugeant tardive et risquant d'impliquer un rallongement significatif des délais de la procédure: la partie concernée n'avait en effet pas contesté l'usage de ces pièces par l'expert alors qu'elle avait eu la possibilité de le faire.²¹

f. Références

« Le droit de la propriété intellectuelle n'étant qu'une spécialité du droit civil et en aucun cas un droit autonome » et l'article L 615-3 du Code de la Propriété Intellectuelle indiquant que la juridiction est saisie « *en référé* », les conditions du référé de droit commun des articles 808 et 809 du Code de Procédure Civile s'appliquent. Le juge des référés doit donc apprécier le caractère sérieux des contestations élevées devant lui.²²

17 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

18 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

19 - TGI Paris, 12 juin 2014, RG n°12/04580, précité.

20 - JME, 31 octobre 2014, 3 affaires, RG n°14/01939, 14/01944, 14/01941, Daiichi c. EG Labo, Sandoz, Teva.

21 - JME Paris, 18 juillet 2014, RG n°10/05718, Alkermes c. Ethypharm.

22 - Référé, 23 juin 2014, RG n°14/54903, précité.

5. Saisie-contrefaçon

a. Qualité pour être autorisé à effectuer une saisie

Le saisi invoquait la rétractation de l'ordonnance de saisie au motif que l'inscription au registre national des brevets de la cession du brevet au profit du saisisse n'avait pas encore fait l'objet d'une publication. Le juge écarte cet argument en rappelant qu'a qualité pour solliciter une mesure de saisie-contrefaçon celui qui, au jour de la requête, a qualité pour agir en contrefaçon, à savoir le propriétaire du brevet et, sous certaines conditions, le licencié exclusif. Pour un brevet nouvellement acquis, la publication de l'inscription de la cession au RNB n'est requise qu'aux fins d'opposabilité aux tiers, non pour déterminer la qualité à agir.²³

b. Commencement de preuve de la contrefaçon

Plusieurs décisions exposent le principe jurisprudentiel, controversé, selon lequel le demandeur à la saisie-contrefaçon doit « rapporter un commencement de preuve au regard de ce qui lui est raisonnablement accessible »²⁴. Un tempérament semble admis pour les brevets de procédé : le breveté « pouvait légitimement craindre que son procédé soit contrefait et la seule façon de savoir si un procédé est contrefait est de vérifier sur place la façon dont le produit est préparé ».²⁵

c. Informations confidentielles

L'article R 615-4 du code de la propriété intellectuelle dispose que le président du tribunal peut prendre toute mesure pour préserver la confidentialité de certains éléments saisis, à la demande de la partie saisie « agissant sans délai » et justifiant d'un intérêt légitime. Le tribunal juge que le saisi qui a agi moins de trois semaines après la saisie l'a fait « sans délai ».²⁶

Dans cette instance, le saisi demandait que l'ordonnance autorisant la saisie-contrefaçon soit modifiée pour en supprimer toute référence à l'un des brevets visés, dans la mesure où aucun acte de contrefaçon ne pouvait lui être reproché s'agissant de ce brevet. En effet, le saisi s'était engagé à ne pas commercialiser le produit argué de contrefaçon et les seuls actes incriminés étaient exemptés car accomplis en vue de l'obtention d'une AMM, conformément à l'article L 613-5-d) du code de la propriété intellectuelle. Le juge écarte la demande d'annulation partielle de son ordonnance, car lors-

que l'ordonnance autorisant la saisie avait été rendue, le breveté pouvait légitimement craindre que son procédé soit contrefait. Le magistrat ordonne cependant au breveté de restituer certains éléments saisis et, de façon plus surprenante, étend cette injonction « à tout autre dépositaire ou détenteur de tout ou partie des éléments à restituer », ordonnant tant au breveté qu'à des tiers à la procédure « de faire le nécessaire afin d'obtenir la restitution de tous éléments transmis à des tiers depuis la réalisation de la saisie-contrefaçon et un engagement de non-divulgation de la part de ces tiers, avec obligation de dresser la liste des tiers ayant reçu ces éléments et de fournir les justificatifs des demandes de restitution et de non-divulgation ».²⁷

d. Compétence pour apprécier la validité de l'ordonnance et de la saisie

Selon cette ordonnance, « il est constant que seul le tribunal de grande instance saisi de l'instance au fond relative à la contrefaçon est compétent d'une part pour statuer sur la validité de l'ordonnance ayant autorisé les opérations de saisie-contrefaçon et d'autre part sur la validité des opérations de saisie-contrefaçon elles-mêmes ».²⁸

6. Remèdes

a. Interdiction provisoire et balance des intérêts

Le juge des référés ne se contente pas d'apprécier le caractère sérieux des contestations opposées à une demande d'interdiction. Il doit également « évaluer la proportion qui existe entre la contestation émise par les défendeurs à l'atteinte alléguée par la société demanderesse et de prendre, au vu des risques encourus de part et d'autre, la décision ou non d'interdire la commercialisation ».²⁹ Voici une incursion de la notion anglo-saxonne de balance des intérêts, de plus en plus fréquente devant le juge de l'interdiction provisoire.

b. Interdiction provisoire sur requête

La Cour de Cassation était saisie d'un pourvoi contre un arrêt ayant infirmé une mesure, rare, d'interdiction provisoire ordonnée sur requête. La cour d'appel avait jugé que les circonstances de l'espèce ne justifiaient pas qu'une telle mesure soit prise de manière non contradictoire³⁰. Le pourvoi critiquait que ce moyen de droit ait été soulevé d'office par les juges d'appel, sans inviter les parties à en débattre. La Cour de Cassation rejette ce moyen,

23 - Référent, 25 novembre 2014, RG n°14/09949, WL Gore c. Lifeport .

24 - Référent, 25 novembre 2014, RG n°14/09949, précité.

25 - Référent, 16 octobre 2014, RG n°14/12276, Lilly France c. Sanofi Aventis Deutschland.

26 - Référent, 16 octobre 2014, RG n°14/12276, précité.

27 - Référent, 16 octobre 2014, RG n°14/12276, précité.

28 - Référent, 25 novembre 2014, RG n°14/09949, précité.

29 - Référent, 23 juin 2014, RG n°14/54903, précité.

30 - Paris, 11 décembre 2012, RG n°11/15302, Sanofi Winthrop c. Novartis, voir cette chronique dans Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie n° 1-2013, page 78.

car il appartenait au juge du fond de vérifier la régularité de la saisine des premiers juges, sans avoir pour autant à inviter les parties à présenter leurs observations. La Cour juge également qu'il relevait du pouvoir souverain du juge du fond d'estimer que les conditions requises pour procéder de manière non contradictoire n'étaient pas remplies. Le pourvoi est en conséquence rejeté.³¹

c. Dommages-intérêts

La juridiction doit prendre en considération les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, « dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée, le préjudice moral causé à cette dernière et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon ». Ce préjudice est évalué par expertise à un quart de la marge brute réalisée avec l'appareil contrefaisant.³²

7. Licence

Une licence couvrait plusieurs brevets. L'un est annulé, les autres sont déclaré non-contrefaçons. Le droit allemand applicable à la licence dispose cependant que le licencié doit continuer à payer les redevances jusqu'à la résiliation du contrat, nonobstant l'annulation du brevet. La cour s'interroge sur une éventuelle distorsion du jeu de la concurrence, en violation de l'article 101 TFUE, dans la mesure où le licencié doit payer des redevances dépourvues de cause par l'effet de l'annulation des brevets et se voit ainsi infligé un désavantage concurrentiel. Le cour pose ainsi la question préjudicelle suivante à la CJUE : « Les dispositions de l'article 81 du Traité devenu l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doivent-elles interprétées comme faisant obstacle à ce qu'il soit donné effet, en cas d'annulation des brevets, à un contrat de licence qui met à la charge du licencié des redevances pour la seule utilisation des droits attachés aux brevets sous licence ».³³

8. Effet de menaces d'action en contrefaçon sur un contrat de vente

La demanderesse, exploitant une pharmacie, avait acquis auprès de la défenderesse un système d'automatisation du stockage et de la distribution de médicaments. Ayant reçu une lettre de mise en demeure d'un tiers alléguant la contrefaçon de sa demande de brevet, la pharmacie demandait la résolution judiciaire du contrat de vente du système en question, sur le fondement d'un trouble de jouis-

31 - Com., 16 septembre 2014, pourvoi n°U 13-10.189, Novartis c. Sanofi-Aventis.

32 - Paris, 23 septembre 2014, RG n°12/21810, Genentech c. Hoechst.

33 - Paris, 19 septembre 2014, RG n°13/11267, précité.

sance. Cette demande est rejetée. La cour rappelle que la résolution judiciaire d'un contrat suppose la démonstration de manquements graves du cocontractant à ses obligations. Or, la cour relève que, lors de l'acquisition du système, la traduction en français de la demande de brevet n'avait pas encore été publiée, que la demanderesse n'avait fait l'objet d'aucune poursuite de la part du titulaire du brevet et que celui-ci avait d'ailleurs été révoqué sur opposition à l'OEB (un recours étant toutefois pendant). Dès lors, « il n'est pas établi que la simple menace implicite d'une hypothétique action civile en contrefaçon par utilisation de produit contrefaisant, aux chances de succès incertaines, constitue un trouble de jouissance présentant une gravité telle qu'il y ait matière à résolution de la vente et du contrat de maintenance qui en est l'accessoire. »³⁴

9. Inventions de salariés

Les parties s'accordaient sur le droit du salarié à une rémunération supplémentaire, mais étaient en désaccord sur ses modalités de calcul. Afin de permettre le chiffrage des demandes, le juge de la mise en état ordonne la communication de tous documents relatifs à la valorisation de l'invention. Cette mesure est ordonnée sur le fondement de l'article 771 du code de procédure civile qui donne compétence exclusive au JME pour « ordonner toute mesure provisoire au rang desquelles la communication de pièces ».³⁵

10. Responsabilité du mandataire

Un client, mécontent de l'issue d'une procédure en contrefaçon, poursuivait son ancien conseil en propriété industrielle pour manquement à son obligation de conseil et non-respect de l'article 12-7 du règlement intérieur de la compagnie nationale des conseils en propriété industrielle faute de barème préalablement soumis, d'accord entre les parties quant au montant des honoraires et de détail de la facture des honoraires. La cour rappelle que le mandataire est tenu d'une simple obligation de moyens et qu'un jugement d'incompétence de la juridiction saisie, sans statuer sur le fond, ne peut suffire à établir un manquement à cette obligation. La cour rejette également la contestation relative aux montants facturés : les prestations réalisées étaient très précisément indiquées et il n'était pas démontré que la facturation ne correspondait pas au prix du marché.³⁶

Jean-Frédéric Gaultier

34 - Caen, 11 septembre 2014, RG n°11/003800, Aillaud c. Mekapharm.

35 - JME, 28 novembre 2014, RG n°13/8458, Deregnaucourt c. Pierre Fabre.

36 - Grenoble, 27 février 2014, RG n°2009J339, Chimiquement Votre c. X.

Index des décisions citées :

Paris, 23 septembre 2014, RG n° 14/01476, Otzuka Pharmaceutical c. INPI.

TGI Paris, 21 novembre 2014, RG n° 10/14073, Ethypharm c. Astra Zeneca.

Paris, 9 septembre 2014, RG n° 12/16007, Tudico c. LPG Systems.

TGI Paris, 12 juin 2014, RG n° 12/04580, IMV Technologies c. Minitüb GmbH.

TGI Paris, 19 juin 2014, RG n° 13/04942, Albea Services c. Clisson et autres.

Référé, 23 juin 2014, RG n° 14/54903, Gedeon Richter c. Mylan.

Paris, 19 septembre 2014, RG n° 13/11267, Chokron c. Hexa-Diffusion.

JME, 31 octobre 2014, 3 affaires, RG n° 14/01939, 14/01944, 14/01941, Daiichi c. EG Labo, Sandoz, Teva.

JME Paris, 18 juillet 2014, RG n° 10/05718, Alkermes c. Ethypharm.

Référé, 25 novembre 2014, RG n° 14/09949, WL Gore c. Lifeport.

Référé, 16 octobre 2014, RG n° 14/12276, Lilly France c. Sanofi Aventis Deutschland.

Paris, 11 décembre 2012, RG n° 11/15302, Sanofi Winthrop c. Novartis.

Com., 16 septembre 2014, pourvoi n° U 13-10.189, Novartis c. Sanofi-Aventis.

Paris, 23 septembre 2014, RG n° 12/21810, Genentech c. Hoechst.

Caen, 11 septembre 2014, RG n° 11/003800, Aillaud c. Mekapharm.

JME, 28 novembre 2014, RG n° 13/8458, Deregnau-court c. Pierre Fabre.

Grenoble, 27 février 2014, RG n° 2009J339, Chimiquement Votre c. X.

II. Droit des marques

1. Validité

En droit français comme en droit de l'Union européenne, une marque, pour être valablement enregistrée, doit remplir les trois conditions suivantes : elle doit être distinctive (a), licite (b) et disponible (c).

a. Distinctivité

On sait que, conformément aux articles L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle et 7, § 1, c), d) et e), du règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire, sont exclus les signes descriptifs ou génériques des produits ou services concernés.

Or, toute la difficulté consiste à tracer la frontière entre les signes génériques ou descriptifs et les marques simplement évocatrices qui, elles, sont valables. Il s'agit évidemment d'une question de fait qui suppose une appréciation au cas par cas, au regard de la perception par le public de référence de la marque considérée, à la date du dépôt de cette dernière. En cas de litige, il incombe aux juges de se prononcer sur le caractère distinctif ou non des signes dont l'enregistrement a été demandé ou, le cas échéant, prononcé.

Un arrêt³⁷ rendu le 4 novembre 2014 par la chambre commerciale de la Cour de cassation illustre le caractère subjectif de l'appréciation de la distinctivité. Il s'agissait, en l'espèce, de la marque verbale SHIATSU, déposée en 2003 pour désigner notamment des bagues. Ayant assigné un tiers en contrefaçon, le titulaire de la marque avait vu son signe annulé par les juges du fond pour défaut de distinctivité. La Cour de cassation valide cette décision, en retenant que « le terme Shiatsu désigne un traitement ou une méthode thérapeutique consistant à appliquer les doigts par pression sur certains points du corps », ce dont il résulte que « la dénomination Shiatsu utilisée à titre de marque pour désigner une bague est susceptible d'être perçue par le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement avisé, comme décrivant une caractéristique du produit et notamment sa destination de massage par pression de la partie du corps recouverte par la bague » et que « le terme Shiatsu appliqué à des bagues n'est pas de nature à permettre au consommateur de la catégorie de produits concernée de discriminer, selon l'origine économique, des bagues qui seraient dotées de caractéristiques identiques et destinées à masser les doigts ». Cette motivation apporte deux enseignements quant à l'appréciation du caractère distinctif d'une marque. D'une part, le défaut de distinctivité est avéré dès lors que le public de référence est susceptible de comprendre le signe comme descriptif. En d'autres termes, il suffit que la descriptivité soit *potentielle*, et non nécessairement *réelle*. D'autre part, le défaut de

37 - Cass. Com., 4 nov. 2014, PIBD 2015, n° 1019, III, 10.

distinctivité d'une marque se traduit également par son inaptitude à remplir la fonction essentielle de ce type de signe, à savoir indiquer l'origine commerciale des produits.

Dans le même sens, le tribunal de grande instance de Paris a jugé le 11 juillet 2014 que la marque semi-figurative reproduite ci-contre, déposée en 2010 pour désigner un « khôl en stick », était nulle car les deux mots « khôl » et « kajal » étaient à cette date



utilisés de manière courante pour désigner « au départ un pigment utilisé par les femmes indiennes pour se protéger le contour de l'œil, à présent par les femmes occidentales, notamment françaises, à mi-chemin entre un soin et un maquillage, pour souligner leur regard et le rendre plus intense ». Il en résulte, pour les juges, que ces termes étaient « tombés dans le domaine public », et ne pouvaient faire l'objet d'un dépôt en tant que marque. Le jugement n'empêtre cependant pas totalement la conviction car, indépendamment du caractère générique des termes en cause, il omet d'examiner la distinctivité de la marque semi-figurative dans son ensemble.

La jurisprudence nationale relative à la distinctivité des marques dans le domaine des produits de santé est décidément riche : deux arrêts rendus respectivement par la Cour d'appel de Douai le 24 septembre 2014 et par la Cour d'appel de Rouen le 25 septembre 2014 méritent d'être cités et mis en résonance en ce qu'ils concernent tous deux des marques composées du radical « BIO- ». Le premier³⁸ est relatif à la marque BIOLINE, déposée en 2005 pour désigner notamment des produits diététiques issus de l'agriculture biologique. Assigné en contrefaçon, un tiers avait invoqué la nullité de la marque au motif que cette dernière serait descriptive. Mais la Cour d'appel, confirmant la décision du tribunal de grande instance, estime que si le nom « Bioline » est composé du diminutif communément admis dans le langage courant du mot « biologique », caractéristique d'un mode de culture qui n'utilise pas de produits chimiques, et qu'en ce sens, ce terme est descriptif pour la catégorie des produits considérés, toutefois, il est directement accolé au terme « line », « qui n'existe pas dans la langue française et qui n'a donc aucune résonance par rapport à un produit déterminé ». Il s'ensuit donc, selon les juges, « que joint l'un à l'autre pour former un tout, le mot « Bioline » est distinctif » des produits en cause. Cette décision illustre bien la nécessité d'apprécier la distinctivité d'une marque de manière globale, la présence d'un préfixe descriptif pouvant être compensée par les autres éléments constitutifs du signe. Dans le même sens, la Cour d'appel de Rouen³⁹ a jugé distinctive la marque BIODERMA, déposée pour désigner des produits cosmétiques. L'arrêt est doublement intéressant. D'abord, parce qu'il indique

à juste titre que l'existence d'un arrêt rendu par le Tribunal de l'Union européenne⁴⁰ ayant annulé l'enregistrement de la marque communautaire BIODERMA pour défaut de distinctivité, notamment au regard de la perception du public hellénophone, ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation du caractère distinctif ou non de la marque française BIODERMA. Il faut y voir là une juste application du principe de territorialité du droit de marque. Ensuite, parce que les juges se placent à la date du dépôt de la marque, en 1963, pour apprécier son caractère distinctif, et relèvent qu'à cette date, « l'élément verbal « bio » évoquait seulement de manière imprécise, par l'étymologie du mot « biologie », l'idée de vie, celle de cellules, ou encore de produit provenant d'un laboratoire de biologie », mais que ce terme n'évoquait alors nullement pour le consommateur un produit élaboré dans le respect de l'environnement ; ce n'est en effet que plus tard que le terme « bio » a acquis ce sens dans le langage courant. La conséquence en est que la juxtaposition de ce terme avec le vocable « derma », évocateur de produits en relation avec la peau, « donne à l'ensemble BIODERMA un pouvoir distinctif propre ».

La confrontation de ces deux arrêts permet ainsi de souligner l'importance de la date d'appréciation de la distinctivité de la marque. Selon l'époque du dépôt, la signification d'un terme peut en effet évoluer dans l'esprit du public, comme c'est ici le cas du vocable « bio ».

En matière de marques communautaires, trois arrêts du Tribunal de l'Union européenne manifestent une certaine sévérité dans l'appréciation de la distinctivité.

Dans une décision⁴¹ du 18 novembre 2014, le Tribunal a ainsi estimé que la marque THE YOUTH EXPERTS, déposée pour désigner des « savons, produits de parfumerie, cosmétiques, lotions pour les cheveux, dentifrices, produits pharmaceutiques et vétérinaires et compléments alimentaires », était dépourvue de distinctivité car elle serait comprise par le public pertinent, anglophone, « comme l'informant que les produits litigieux visés par la marque demandée sont créés par de jeunes experts, mais aussi que ces produits présentent des qualités propres à favoriser la jeunesse et la bonne santé de la peau et du corps, par exemple, et, partant, qu'il peut s'agir de jeunes experts en matière de produits favorisant la jeunesse et la bonne santé de la peau et du corps ». Cette décision témoigne de la sévérité des juges communautaires à l'encontre des marques constituées de slogans, qui doivent impérativement, pour être valables, être perçues par le public comme des indications d'origine commerciale et non comme des informations exclusivement promotionnelles.

38 - CA Douai, 24 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1015, III, 807.

39 - CA Rouen, 25 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1018, III, 944.

40 - TUE, 21 fév. 2013, aff. T-427/11.

41 - TUE, 18 nov. 2014, aff. T-484/13, Lumene Oy c./ OHMI.

Enfin, par deux arrêts⁴² en date du 12 novembre 2014, le Tribunal de l'Union a jugé descriptives la marque verbale NOTFALL ainsi que la marque semi-figurative reproduite ci-contre, toutes deux déposées pour désigner des produits de soin et de beauté pour le corps, aux motifs que le terme « Notfall », qui signifie « urgence » en allemand, était descriptif de produits « qui peuvent être utiles ou nécessaires pour prévenir, pallier ou résoudre un problème de soin ou de beauté de manière urgente », que le terme « Creme » était également descriptif, que la juxtaposition de ces termes ne présentait aucune structure inhabituelle susceptible de conférer aux signes un caractère distinctif, et que l'aspect figuratif de la seconde marque était trop simple pour faire percevoir le signe comme une indication d'origine commerciale au consommateur pertinent. À nouveau, on retrouve dans ces décisions les étapes classiques de l'appréciation de la distinctivité de marques complexes, d'abord élément par élément, puis quant à l'ensemble.



b. Licéité

Aux termes des articles L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle, et 7, § 1, f) et g), du règlement sur la marque communautaire, ne peuvent être valablement enregistrées les marques illicites, et notamment celles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Un arrêt⁴³ rendu le 26 septembre 2014 par le Tribunal de l'Union européenne applique cette prohibition à la marque communautaire CURVE, déposée pour désigner des logiciels, programmes informatiques, appareils et services pour applications médicales. Ayant constaté que le terme « curve » constitue le pluriel du mot roumain « curvă », signifiant « prostituée » ou « putain », le Tribunal en déduit que le signe est « non seulement indécent, mais également offensant et dégradant » pour le public roumanophone, et ne peut donc constituer une marque communautaire valable. Cette décision sévère se justifie au regard du principe selon lequel l'examen du caractère contraire d'un signe à l'ordre public ou aux bonnes mœurs doit être opéré par référence à la perception de ce signe, lors de son usage en tant que marque, par le public pertinent situé dans l'Union ou dans une partie de celle-ci, sachant que cette partie peut être constituée, le cas échéant, d'un seul État membre.

Outre la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la fraude lors du dépôt constitue également un motif d'illicéité, et donc de nullité, de la marque, en application de l'adage *fraus omnia corruptit*. Deux décisions françaises récentes ont

utilisé ce fondement pour annuler des dépôts dans le domaine des produits de santé.

Dans la première⁴⁴, rendue par la Cour d'appel de Paris le 26 septembre 2014, il s'agissait de la marque verbale RSI France, déposée par une société chypriote, qui adressait aux nouveaux adhérents du Régime social des indépendants des formulaires d'apparence officielle en réclamant le paiement d'une somme comprise entre 250 et 400 Euros. Saisis d'une demande de nullité de la marque par la Caisse nationale du Régime social des Indépendants (CNRSI), elle-même titulaire de marques semi-figuratives incluant les termes « RSI », les juges ont rappelé que l'annulation d'un dépôt de marque pour fraude suppose « la preuve de l'existence d'intérêts sciemment méconnus par le déposant ». En l'espèce, le déposant ne pouvait ignorer l'utilisation du signe « RSI » par la CNRSI. Dès lors, est établi le détournement fautif de la fonction première de la marque, à savoir l'identification de l'origine des produits ou services qu'elle sert à désigner, par la volonté de laisser croire au public que les faux bulletins d'adhésion avaient une origine officielle. En conséquence, le dépôt frauduleux de la marque est annulé. Cette décision permet de souligner l'utilité de la notion de fraude, qui peut constituer un fondement alternatif à la non-disponibilité au soutien d'une action en annulation de marque.

Dans le même sens, un jugement⁴⁵, déjà cité, du Tribunal de grande instance de Paris en date du 11 juillet 2014, a annulé, sur le fondement de la fraude, le dépôt de la marque figurative reproduite ci-contre, constituée par la représentation du packaging du produit cosmétique en cause. Selon les juges, de nombreuses sociétés commercialisaient déjà des produits identiques dans des conditionnements similaires, si bien que le dépôt du signe était intervenu « en fraude des droits de l'ensemble des opérateurs, non pour identifier l'origine d'un produit qui est en réalité commercialisé à l'identique par beaucoup ou le distinguer de ceux de la concurrence, mais pour le rendre indisponible à ceux qui souhaiteraient l'utiliser aussi ». On retrouve, de nouveau, l'idée selon laquelle la fraude est constituée par un détournement de la fonction essentielle de la marque.

c. Disponibilité

L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle et l'article 8 du règlement sur la marque communautaire prévoient que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment une autre marque enregistrée.

Afin d'apprécier la disponibilité d'une marque dont l'enregistrement est demandé, l'Office compé-

42 - TUE, 12 nov. 2014, aff. T-504/12, *Murnauer Markenvertrieb GmbH c./ OHMI*, et TUE, 12 nov. 2014, aff. T-188/13, *Murnauer Markenvertrieb GmbH c./ OHMI*.

43 - TUE, 26 sept. 2014, aff. T-266/13, *Brainlab AG c./ OHMI*.

44 - Paris, 26 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1018, III, 940.

45 - TGI Paris, 11 juil. 2014, PIBD 2014, n° 1016, III, 866.

tent (lorsqu'il est saisi d'une opposition émanant du titulaire d'une marque antérieure similaire) et le juge, en cas de recours, doivent s'interroger sur l'existence d'un risque de confusion entre les signes en cause. Les principes applicables en la matière sont bien connus. Selon une formulation constante issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il convient de rechercher s'il existe entre les deux signes, dans l'esprit du public pertinent, un risque de confusion (lequel comprend le risque d'association) qui doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Cette appréciation glo-

bale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants. En outre, un faible degré de similitude entre les produits ou services désignés peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les signes et inversement.

La disponibilité des marques a donné lieu à un abondant contentieux de l'opposition devant le Tribunal de l'Union européenne. Le tableau suivant résume les points essentiels des décisions relevées.

Référence de la décision	Marque antérieure / Produits désignés	Marque déposée / Produits désignés	Public pertinent	Similitude des produits	Similitude des signes	Risque de confusion ?
TUE, 10 sept. 2014, aff. T-218/12, <i>Micrus Endovascular LLC c/ OHMI et Laboratorios Delta L^{da}</i>	DELTA PORTUGAL / Produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques et produits diététiques pour enfants et patients	DELTA / Dispositifs médicaux et chirurgicaux, à savoir, microbobines utilisées pour la chirurgie endovasculaire pour le traitement des anévrismes	Professionnels de la chirurgie endovasculaire	- Nature différente - Canaux de distribution différents - Complémentarité ➔ produits « similaires dans une certaine mesure »	Haut degré de similitude	OUI
TUE, 24 sept. 2014, aff. T-493/12, <i>Sanofi SA c/ OHMI et GP Pharm SA</i>	DELPRAL / Préparations à usage pharmaceutique pour le traitement du système nerveux central	GEPRAL / Préparations oncologiques et préparations pour le traitement de maladies cardio-vasculaires	Professionnels de la médecine et patients	- Indications thérapeutiques très différentes - Produits non complémentaires ➔ Faible degré de similitude	- Degré élevé de similitude visuelle - Degré moyen de similitude phonétique - Pas de comparaison conceptuelle	OUI
TUE, 26 sept. 2014, aff. T-445/12, <i>Koscher + Würtz GmbH c/ OHMI et Kirchner & Wilhelm GmbH + Co.</i>	Ka We / Instruments et appareils médicaux et sanitaires, prothèses auditives, bandages hygiéniques, membres artificiels	 KW SURGICAL INSTRUMENTS / Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel chirurgical	Public professionnel doté d'une expertise dans le domaine médical	- Même destination - Même nature - Même utilisation ➔ produits identiques	- Faible degré de similitude visuelle - Identité phonétique	OUI
TUE, 2 déc. 2014, aff. T-75/13, <i>Boehringer Ingelheim Parma GmbH & Co. KG c/ OHMI et Nepentes Pharma sp. z o.o.</i>	LONARID / Produits pharmaceutiques et hygiéniques	MONARID / Produits pharmaceutiques et vétérinaires	Professionnels du secteur médical et grand public	Produits similaires	- Similitude visuelle légèrement supérieure à la moyenne - Similitude phonétique légèrement supérieure à la moyenne - Comparaison conceptuelle neutre	OUI
TUE, 10 déc. 2014, aff. T-605/11, <i>Novartis AG c/ OHMI et Dr. Organic Ltd</i>	BIOCEF / Produits pharmaceutiques	BIOCERT / Substances et préparations diététiques ; produits de soins de santé médicaux ; compléments alimentaires diététiques ; compléments nutritionnels pour les êtres humains ; vitamines ; minéraux (compléments	Professionnels de la médecine et consommateurs finaux	Produits identiques ou similaires	- Degré moyen de similitude visuelle - Degré moyen de similitude phonétique - Comparaison conceptuelle neutre	OUI

		nutritionnels) ...				
TUE, 12 déc. 2014, aff. T-173/13, <i>Selo Medical GmbH c./ OHMI et Biosyn Arzneimittel GmbH</i>	SELESYN / Médicaments à usage médical et vétérinaire ; produits pharmaceutiques et vétérinaires ; outils de diagnostic à usage médical ; réactifs chimiques et préparations test chimiques à usage médical chez le médecin ; préparations pour les soins de santé ; produits diététiques à usage médical ; compléments alimentaires à usage médical	SELOGYN / Produits pharmaceutiques, exclusivement pour application gynécologique, et produits vétérinaires ; aliments diététiques à usage médical ; aliments pour bébés ; compléments alimentaires à usage médical	Professionnels de la médecine et consommateurs finaux	Similitude entre les aliments pour bébés et les produits diététiques à usage médical, les compléments alimentaires à usage autre que médical, principalement les vitamines, les oligo-éléments et les minéraux	- Similitude visuelle - Similitude phonétique - Similitude conceptuelle	OUI
TUE, 23 sept. 2014, aff. T-341/13, <i>Groupe Léa Nature SA c./ OHMI et Debonair Trading Internacional L^{da}</i>	SO... ? / Produits de toilette ; produits pour le soin de la peau, du cuir chevelu et du corps ; produits de bronzage ; produits pour renforcer et durcir les ongles ; produits pour le bain et la douche ; savons de toilette ; ...	 / Préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver ; préparations pour nettoyer, polir, dégraissier et abraser ; savons ; parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques..., tous ces produits étant issus de l'agriculture biologique ou élaborés à partir de produits qui en sont issus	Produits de consommation courante → consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé	À l'exception des « préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver », les produits désignés par la marque demandée sont identiques ou similaires aux produits couverts par les marques antérieures	- Aucune similitude visuelle - Faible similitude phonétique - Absence de similitude conceptuelle	NON
TUE, 8 oct. 2014, aff. T-122/13 et 123/13, <i>Laboratoires Polive c./ OHMI et Arboras & Ausonia, SLU</i> et TUE, 8 oct. 2014, aff. T-77/13, <i>Laboratoires Polive c./ OHMI et Arboras & Ausonia, SLU</i>	DODOT / Parfumerie et cosmétiques, huiles essentielles, shampoings, savons et dentifrices, crèmes et lotions pour le soin de la peau et des cheveux, lingettes nettoyantes... ; Produits hygiéniques médicaux, emplâtres, matériel pour pansements, pansements, aliments pour bébés...	DODIE et  / Shampooings, produits mousseux pour le bain et autres produits pour le bain, eaux de toilette, parfumerie ; Produits pour la stérilisation, sérum physiologique ; serviettes et lingettes imprégnées de sérum physiologique, pommades à usage médical sous forme de gel ou non, coussinets d'allaitement...	Grand public	Produits identiques et similaires	- Absence de similitude visuelle entre  et DODOT - Similitude visuelle assez faible entre DODIE et DODOT - Faible, voire très faible, similitude phonétique - Absence de concept en commun	NON
TUE, 16 oct. 2014, aff. T-444/12, <i>Novartis AG c./ OHMI et Tenimenti Angelini SpA</i>	LINES PERLA / Serviettes hygiéniques pour femmes ; couches hygiéniques pour incontinents	LINEX / Produits pharmaceutiques contenant du lactobacillus acidophilus	Femmes exposées aux risques ou problèmes gastro-intestinaux et patients de tout sexe exposés tant aux risques ou problèmes gastro-intestinaux qu'aux problèmes liés à l'incontinence urinaire	- Mêmes canaux de distribution - Nature et modalités d'usage dissemblables - Très faible similitude quant aux finalités - Absence de caractère complémentaire → Très faible degré de similitude des produits	- Degré de similitude visuelle plutôt faible - Degré de similitude phonétique plutôt faible - Pas de concept similaire	NON

2. Atteintes

Les atteintes aux droits des titulaires de marques peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir de contrefaçon (a) mais également, dans le cas des marques de renommée, de parasitisme (b).

a. Contrefaçon

Aux termes des articles L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle et 9, § 1, b), du règlement sur la marque communautaire, la contrefaçon par imitation consiste en l'utilisation d'un signe similaire à la marque contrefaite, pour désigner des produits ou services identiques ou similaires, dans les cas où il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public. Comme en matière d'opposition, les juges doivent donc procéder à une comparaison des produits et des signes, en mettant notamment en balance les similitudes visuelles, phonétiques et conceptuelles des signes, pour déterminer si ce risque de confusion existe ou non.

Trois décisions illustreront ici cette démarche.

Dans l'arrêt précité⁴⁶ rendu le 25 septembre 2014, la Cour d'appel de Rouen estime ainsi que l'usage de la marque contrefait la marque  verbale BIODERMA, aux motifs que les produits concernés – des cosmétiques – étaient identiques, que, sur le plan visuel, l'élément dominant du signe argué de contrefaçon était le nom « Bioderma », que, sur le plan phonétique, la prééminence de ce nom était si forte qu'elle conduisait à ne prononcer que lui, et que, sur le plan conceptuel, la formule « ph6 » n'ajoutait aucune évocation spécifique distincte de celle de la marque BIODERMA, ce dont il résulte que les signes en cause ont une apparence et une sonorité similaires et que les ressemblances l'emportent sur les différences au point de susciter une confusion dans l'esprit du consommateur d'une attention moyenne n'ayant pas les deux signes sous les yeux.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Douai a considéré, dans son arrêt précité du 24 septembre 2014, que la marque BIOLINE était contrefaite par l'usage de la marque BIOLINEA pour désigner des produits identiques. En effet, selon les juges, visuellement, les deux signes sont extrêmement proches ; phonétiquement, la prononciation des deux vocalables est identique à l'exception de la dernière syllabe de BIOLINEA, la conséquence étant que « globalement il existe un risque de confusion pour le consommateur entre les deux marques ». On peut ici s'interroger sur l'appréciation de la similitude phonétique effectuée par les juges, et douter que, comme l'affirme la Cour, le terme « Bioline » se prononce véritablement « line » comme le prénom français et non « line » comme en anglais. Encore une fois, la décision illustre le caractère subjectif et parfois arbitraire de l'appréciation du risque de confusion par les juges.

Enfin, dans un jugement⁴⁷ rendu le 10 octobre 2014, le Tribunal de grande instance de Paris a également condamné pour contrefaçon de la marque CELLULIGHT, déposée pour désigner des compléments nutritionnels à usage médical, une société qui commercialisait des « ingrédients actifs issus du melon reposant sur la teneur élevée en actifs antioxydants » sous la marque CELLULIGHT® et par le biais des noms de domaine cellulight.fr et cellulight.info. Ici, les signes étant identiques, c'est la similitude des produits que le tribunal s'est attaché à caractériser, en indiquant que l'ingrédient antivieillissement avait incontestablement un but médical ou thérapeutique, ce qui le rendait à tout le moins similaire aux compléments nutritionnels à usage médical. En conséquence, selon le Tribunal, il existe un risque de confusion, le consommateur d'attention moyenne étant amené à attribuer aux produits proposés une origine commune.

b. Parasitisme

Selon l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, « la reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ». L'article 9, § 1, c), du règlement sur la marque communautaire offre la même protection aux marques communautaires renommées.

L'arrêt précité⁴⁸ rendu le 26 septembre 2014 par la Cour d'appel de Paris fait application de cette protection qui s'étend en dehors du domaine de spécialité à la marque semi-figurative détenue par la CNRSI, qualifiée de marque renommée. Il rappelle ainsi que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une marque est renommée lorsqu'elle est « connue d'une partie signifiante du public concerné par les produits ou services couverts par cette marque ». En l'espèce, la renommée de la marque est établie par un dossier attestant de l'usage du signe, du nombre de personnes (plus de cinq millions) affiliées à la caisse, du réseau de proximité dont ses services font l'objet, d'une présence importante sur Internet, ainsi que de campagnes de communication au budget conséquent. Quant à l'atteinte à la renommée, elle résulte, selon les juges, de l'usage du signe RSI France par un tiers sur des formulaires d'adhésion, usage de nature à faire établir un lien par le public entre les signes en conflit et à nuire au caractère distinctif de la marque renommée, en affaiblissant son aptitude à identifier immédiatement les produits ou services couverts, et en ternissant la renommée de la marque par l'image négative véhiculée par les documents en cause. Ainsi le parasitisme est-il caractérisé.



46 - CA Rouen, 25 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1018, III, 944.

47 - TGI Paris, 10 oct. 2014, PIBD 2014, n° 1017, III, 891.

48 - CA Paris, 26 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1018, III, 940.

3. Déchéance

a. Déchéance pour défaut d'usage

Cause de déchéance des droits de marque, le défaut d'usage du signe pendant 5 ans est prévu par l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle et par l'article 15, § 1, du règlement sur la marque communautaire. C'est alors au titulaire de la marque dont la déchéance est demandée de prouver, par tout moyen, qu'il en fait un usage sérieux, en tant que marque, c'est-à-dire pour garantir l'identité commerciale des produits qui en sont revêtus.

Le contentieux relatif à la preuve de cet usage sérieux est abondant. Les tribunaux apprécieront alors souverainement les éléments de preuve fournis par les titulaires de marques.

C'est ainsi que le titulaire de la marque BIODERMA est parvenu à échapper à la déchéance de ses droits en rapportant la preuve d'un usage sérieux du signe en produisant des plaquettes de présentation, des factures d'impression de documents publicitaires, des articles de presse, des documents publicitaires ainsi que des catalogues attestant d'un usage de la marque BIODERMA identifiant des produits cosmétiques aux yeux des consommateurs⁴⁹. De la même façon, le titulaire de la marque CELLULIGHT a rapporté avec succès la preuve d'un usage sérieux de son signe par la production de plaquettes de présentation des produits concernés, de factures ou encore de tarifs établissant sans ambiguïté une exploitation de la marque en relation avec les produits visés à l'enregistrement⁵⁰.

Caroline Le Goffic

III. Droit de la concurrence

L'actualité du droit de la concurrence est à géométrie variable. Elle fait en vérité la part belle, comme en témoignent les précédentes chroniques, à toutes sortes de questions. S'il existe bien des catégories d'informations plus importantes que d'autres, les difficultés à résoudre ne se ressemblent guère. Malgré tout, peu à peu, s'en dégagent des réponses qui ne laissent aucun doute sur le devenir des règles applicables. La contribution que l'on évoque ici se mesure en vérité à différents indices. D'une part, au gré de la saisine des autorités ou instances compétentes, se confirme l'ampleur des dispositions dont le respect s'impose jusque dans le domaine de la santé. D'autre part, la complexité des questions posées appelle de leur part une rigueur d'analyse qui puisse, le moment venu, servir de modèle.

La période étudiée dans ce numéro est révélatrice des enjeux qui viennent d'être évoqués. En plusieurs occasions, les « gardiens du temple » ont eu à se prononcer sur des opérations sensibles. Il convient ainsi d'examiner au plus près le sort qui leur a été réservé à ce titre. Sans dévoiler d'emblée les options prises en la matière, il est au moins possible de faire la part des choses au regard de leur contexte. Pour la clarté de l'exposé, plutôt que de reprendre les catégories traditionnelles (pratiques anticoncurrentielles, concentrations, aides d'État, pratiques déloyales), on dissociera, à l'aune des questions de santé, les enjeux de politique économique (1) de ceux de politique commerciale (2).

1. Santé, concurrence et choix de politique économique

L'appartenance du droit de la concurrence au droit économique est en toute hypothèse révélatrice des préoccupations qui président à sa mise en œuvre. Si le principe est solidement ancré dans l'ensemble du dispositif en vigueur, il reste néanmoins à en observer les manifestations chaque fois que des prises de position « officielles » le permettent. Des initiatives diverses ont ainsi récemment donné lieu à des conclusions qui imposent un regard attentif sur les suites qu'elles ont pu connaître à l'issue de procédures spécifiques. Le débat s'est plus précisément porté à ce titre sur deux points majeurs. Le premier a conduit la Commission de l'Union européenne à s'intéresser à la nature du soutien financier apporté par les autorités publiques bruxelloises à des structures hospitalières pour le qualifier ou non en aide d'État (A). Le second a conduit le Conseil constitutionnel à examiner en termes de concurrence la valeur de la tarification imposée par l'État français aux laboratoires de biologie médicale (B).

Il va sans dire que dans ce contexte, se pose clairement la question de la compatibilité de choix de politique économique avec les exigences posées par le droit de la concurrence.

49 - CA Rouen, 25 sept. 2014, PIBD 2014, n° 1018, III, 944.

50 - TGI Paris, 10 oct. 2014, PIBD 2014, n° 1017, III, 891.

A. Concours financiers apportés à des structures hospitalières et aides d'État

L'information qu'il s'agit d'exploiter désormais est l'illustration même des possibilités de renouvellement des contentieux du droit de la concurrence évoquées ci-dessus. Sans doute, la qualification d'aide d'État a-t-elle été évoquée précédemment dans cette chronique⁵¹. Mais l'occasion d'en reparler ne s'est pas depuis lors présentée. L'option prise par la Commission de l'Union européenne dans une lettre adressée au Royaume de Belgique n'en a dès lors que plus d'intérêt. Elle s'inscrit dans le cadre d'une contestation initiée par des associations représentant des hôpitaux gérés par des personnes morales de droit privé (hôpitaux privés) et *ut singuli* par plusieurs établissements membres de ces associations⁵², en relation avec des modalités de financement des hôpitaux publics bruxellois IRIS .

L'importance des questions de fond (b) ne saurait en rien occulter l'intérêt des questions de procédure (a).

a) Questions de procédure

Le document qu'il convient d'étudier ici s'inscrit dans un contexte singulier, plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord. En tout état de cause, il n'est que l'une des étapes d'un processus de plus grande envergure. Il est pour cette raison nécessaire d'en évoquer l'historique (1°) et le devenir (2°).

1° Historique

L'intervention de la Commission que l'on évoque dans ces lignes est en quelque sorte à la « croisée » des chemins. Il est sans doute inutile pour l'analyse qui va suivre d'évoquer toutes les péripéties de cette affaire, au demeurant largement retracées dans le texte lui-même soumis à examen. Il suffira dès lors d'en retenir deux points.

En premier lieu, la saisine actuelle de la Commission est liée aux insuffisances d'un précédent contrôle effectué antérieurement par ses soins, au point d'avoir été censuré par une décision du Tribunal de l'Union européenne. Par arrêt du 7 novembre 2012 (Aff. T-137/10), celui-ci a en effet annulé la décision critiquée « estimant qu'elle avait été adoptée en violation des droits procéduraux des plaignants et, en particulier, que la Commission aurait dû éprouver des doutes sérieux quant à la compatibilité des mesures en cause avec le marché intérieur ». Dans ce contexte, il revenait bien à la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108 paragraphe 2 du TFUE « afin de recueillir tout élément pertinent pour la vérification de la compatibilité de l'ensemble des mesures d'aide en cause avec le marché intérieur, ainsi que de permettre aux plaignants et aux

autres parties intéressées de présenter leurs observations dans le cadre de ladite procédure » (point 6).

En second lieu, les aléas qui viennent d'être évoqués conduisent la Commission à s'interroger sur la computation du délai de prescription prévu par les textes pour la récupération éventuelle de l'aide envisagée. Dans ce contexte, elle en revient aux difficultés posées par ce dossier pour exclure de la procédure en cours le programme de restructuration critiqué par les plaignants et limiter ses investigations au financement public reçu par les cinq hôpitaux publics généraux bruxellois mis en cause (points 33 s.). Au terme de cet examen, la Commission sera en mesure de dire si la mesure critiquée constitue une aide d'État et, dans l'affirmative, si elle est compatible avec le marché intérieur.

2° Devenir

Il revient ainsi à la Commission de se conformer à la ligne de conduite qui se dégage de l'arrêt du Tribunal. À titre liminaire, elle se fixe pour objectif de « recueillir tout élément pertinent pour la vérification de la compatibilité de l'ensemble des mesures d'aide en cause avec le marché intérieur » au titre de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108 paragraphe 2 du TFUE appliquée en l'occurrence aux mesures de financement public des hôpitaux bruxellois désignés dans la plainte. Elle demande à cette fin aux parties intéressées et aux autorités belges de lui fournir toutes sortes d'indications aptes à qualifier les mesures litigieuses. Plus précisément, elle invite les autorités belges « à fournir toute argumentation complémentaire utile, accompagnée de documents spécifiques et détaillés indiquant pourquoi et dans quelle proportion les mesures de financement public des hôpitaux IRIS relèvent de la décision SIEG de 2012 ou de l'Encadrement SIEG de 2012 et si, pourquoi et dans quelle mesure tous les critères de compatibilité sont remplis » (points 98 s.). De surcroît, en guise de conclusion, elle recense les nombreux autres points sur lesquels elle souhaite obtenir les éclaircissements nécessaires (points 104 s.).

Ici apparaît au grand jour l'ensemble des tenants et aboutissants propres à cette affaire.

Les questions de fond occupent à cet égard une place déterminante.

b) Questions de fond

La Commission appelée, on le sait, à rassembler les informations aptes à lui permettre d'opérer le rapprochement évoqué ci-dessus doit en réalité se conformer à un certain nombre d'obligations. Il lui appartient plus précisément de circonscrire avec toute la précision nécessaire le cadre de ses investigations. Elle étudie à cette fin la teneur et l'étendue du dispositif à l'origine de la contestation qui lui est de nouveau soumise. L'analyse se concentre alors sur le financement des hôpitaux publics bruxellois membres du réseau dénommé « IRIS ». Le lecteur se reporterà utilement à l'étude d'ensemble du système mis en place par les pouvoirs publics pour répondre aux besoins de la population en la matière (points 8 s.). De même, il accédera à la présentation des mo-

51 - Cf. cette chronique JDSAM 2013 n° 3 p. 102.

52 - Commission de l'Union européenne, Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Aide d'État -Belgique Communiqué de presse IP/14/1071 du 10 octobre 2014 ; J.O.U.E C 437 du 5 décembre 2014 p.10.

dalités de financement général des hôpitaux belges, qu'il s'agisse d'établissements publics ou privés (points 13 s.). Le détail de ces mesures, pour intéressant qu'il soit, dépasse toutefois à différents égards le cœur du sujet en discussion.

La Commission elle-même n'en retient finalement que l'essentiel pour parvenir à ses fins. En d'autres termes, la recherche d'une éventuelle atteinte aux dispositions sur les aides d'État impose de dégager les données pertinentes de l'espèce (1^o) pour les soumettre aux critères imposées par les textes applicables (2^o).

1^o Données pertinentes

Dans un contexte à l'évidence sensible, au regard de considérations budgétaires susceptibles de heurter le droit de l'Union européenne, la Commission se devait de procéder dans la mesure du possible à une certaine clarification du problème qu'elle avait à résoudre. Pour répondre au grief que lui avait adressé le Tribunal, elle n'avait en réalité d'autre choix que de procéder en quelque sorte à une double confrontation.

En premier lieu, la Commission met rapidement en exergue les véritables questions pour lesquelles ses investigations avaient été jugées précédemment insuffisantes. À ce titre, elle définit sa « saisine » en accord avec ce qu'avait décidé le Tribunal. Le partage qu'elle est ainsi amenée à opérer la conduit à distinguer les modalités de financement public de la mission hospitalière « de base », à l'abri de tout reproche (point 6), des autres contributions « officielles » destinées à financer le déficit des hôpitaux IRIS suscité par l'exécution de missions relevant de

« SIEG complémentaires ». Celles-ci sont recensées avec minutie pour permettre à la Commission d'avoir une vision suffisamment précise des choses (points 28 s.). Cette approche est précisément à l'origine d'une étude approfondie de l'ensemble du dispositif dont relèvent les établissements mis en cause.

En deuxième lieu, la Commission procède au rappel des conditions de mise en œuvre des dispositions de l'article 107 paragraphe 1 du TFUE pour asseoir sur des motifs inattaquables les investigations qu'elle réclame aux différentes parties prenantes. L'analyse entreprise à cette fin est en réalité de facture on ne peut plus classique puisque chaque condition de l'application du droit de l'Union européenne est vérifiée à l'aune des données de la présente espèce. La Commission concentre ainsi son attention sur quatre exigences spécifiques dont la réunion autorise une éventuelle censure du dispositif attaqué. Point par point, des précisions sont alors données sur les exigences d'« avantage économique sélectif conféré à une entreprise », de « ressource d'État », de « distorsion de la concurrence et effets sur les échanges », de compatibilité avec le marché intérieur (points 39 s.).

Au-delà d'une approche « globale » des composantes de la notion d'aide d'État exigée pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, s'imposait la mise en place de critères aptes à emporter la conviction dans la présente espèce.

2^o Critères de décision

La mise en cause du financement public des hôpitaux bruxellois « finit » par se resserrer autour de l'analyse des modalités de compensation des SIEG dont les autorités concernées entendaient se prévaloir pour échapper au grief avancé à leur encontre. Il est vrai qu'en l'état actuel de la procédure, rien ne permet à la Commission de prendre parti sur le système mis en place par les pouvoirs publics belges. Mais il est bien précisé tout au long du document soumis à examen que son intervention dans la présente affaire tend précisément à obtenir des éclaircissements et/ou des observations (point 104) sur les points les plus sensibles. Il résulte clairement de l'approche suggérée par la Commission une « liste » de renseignements à lui fournir tant à l'initiative de l'État membre que des « tiers ». Un partage s'opère dans ce cadre entre deux séries d'exigences.

En premier lieu, la Commission énumère formellement les critères principaux sur lesquels elle entend par la suite se fonder. Elle invite à ce titre les différentes parties prenantes à lui fournir un certain nombre d'éléments juridiques et comptables aptes à l'éclairer sur la nature et l'étendue des SIEG sur lesquels se cristallise la discussion (points 87 à 89). À défaut de conclusions définitives, le document étudié est à cet égard riche de « pistes » à explorer. Une approche d'ensemble du financement des prestations considérées ne constitue en vérité qu'une partie des critères à prendre en considération. Doit s'y ajouter également, et peut-être surtout, une compréhension totale des modalités de chacune d'entre elles.

En second lieu, la Commission intègre à sa démarche d'autres critères de moindre importance, encore qu'ils aient néanmoins un rôle à jouer. Elle rappelle à cet égard l'observation du Tribunal selon laquelle « le financement complémentaire reçu par les hôpitaux IRIS peut être justifié par d'autres considérations que celles liées à l'exercice de leurs obligations additionnelles et la compensation des déficits des hôpitaux publics peut s'avérer nécessaire pour des raisons d'ordres sanitaire et social en vue d'assurer la continuité et la viabilité du système hospitalier » (point 101). Elle souhaite à ce titre obtenir de plus amples renseignements sur « la notion de pérennité, sa base juridique (en particulier au niveau d'IRIS et des hôpitaux IRIS), ses implications et la manière dont elles justifie les mécanismes de compensation des déficits dont bénéficient ces hôpitaux ». Dans une perspective identique, elle formule une autre requête sur « la question de savoir s'il existe ou non des raisons autres que celles mentionnées ci-dessus pouvant justifier un financement complémentaire des hôpitaux IRIS » (point 104).

De la réponse à ces questions dépend, on l'aura compris, le sort du dispositif litigieux analysé au travers du prisme des règles applicables aux aides d'État. Les choix de politique économique exercés par telle ou telle entité publique sont en vérité à l'origine d'autres formes de contestation.

B. Tarification imposée par l'État français aux laboratoires de biologie médicale et respect de la Constitution

L'équilibre entre liberté et contrainte que recherche le droit de la concurrence fait de toute évidence intervenir des normes d'origine diverse. Au-delà du principe, trop connu pour être repris dans ces lignes, peuvent au moins être envisagées les modalités de sa mise en œuvre lorsque l'actualité le commande. L'hypothèse qu'il s'agit de considérer a d'autant plus d'intérêt qu'elle a conduit le Conseil constitutionnel à répondre à une question prioritaire de constitutionnalité dans un contexte où l'intervention de l'État était précisément contestée par des professionnels de santé.⁵³

Les différentes étapes de ce litige commandent d'évoquer successivement le contenu (a) et la conformité à la Constitution (b) du dispositif légal.

a) Contenu du dispositif légal

À première vue, l'État s'acquitte pleinement de ses missions en instituant un contrôle des dépenses de santé. Il peut être tenu pour évident qu'aucune autre mesure ne serait véritablement à la hauteur des attentes de la majorité du corps social. Pour décisive qu'elle soit, une telle approche est néanmoins de nature à heurter les velléités d'indépendance que ne manquent pas de revendiquer certains professionnels du secteur considéré.

L'hypothèse n'est certes pas surprenante. Mais elle conduit à la recherche d'un équilibre nécessairement subtil entre des intérêts divergents. En témoigne précisément l'affaire dans laquelle la décision du Conseil constitutionnel était attendue avec une relative impatience. Avant de considérer cette issue, il convient de dégager l'essentiel du dispositif critiqué en amont. Était directement en cause le principe d'une tarification des actes de biologie médicale imposée aux laboratoires (1^o) sans autre échappatoire que celle définie restrictivement par les textes (2^o).

1^o Principe d'une tarification légale des actes de biologie médicale

Le conflit qu'il convient d'évoquer dans ces lignes tient à un ensemble de mesures dont la mise en œuvre est à l'origine des griefs adressés aux dispositions de l'article L. 6211-1 par un laboratoire d'analyse de biologie médicale (Bio Dômes Unilabs SELAS) finalement évincé d'un appel d'offres qu'il espérait être retenu en sa faveur pour l'année 2014. Du commentaire de la décision finalement rendue par le Conseil constitutionnel, s'évinent quelques éléments d'information utiles à la compréhension des développements qui vont suivre⁵⁴.

L'offre litigieuse précisait que, conformément à aux dispositions de l'article précité, la tarification des analyses serait celle de la nomenclature des actes de biologie médicale. Par la suite, le centre hospitalier auquel elle était adressée a notifié à son initiateur sa décision de ne pas donner suite à la procédure, préférant conclure un marché avec un laboratoire intégré à un établissement de santé pouvant lui accorder des remises. Le recours pour excès de pouvoir intenté contre cette décision, on le sait, a finalement « prospéré » au travers d'une QPC transmise par le Conseil d'État dans un arrêt du 10 octobre 2014⁵⁵ au terme d'une analyse qui permet de retracer les « méandres » du dispositif critiqué.

La contestation tenait en effet au caractère plus restrictif que par le passé de la loi n° 2013-442 du 30 mai 2013 portant réforme de la biologie médicale. Dans cette « version », l'article L.6211-21 du code de la santé publique dispose que les examens de biologie médicale sont facturés au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale pris en application des articles L. 162-1-7 et L.162-1-7-1 du code de la sécurité sociale. « Il s'agit d'appliquer aux examens de biologie médicale le principe de tarification des actes médicaux »⁵⁶.

Mais le débat va encore au-delà de ce seul constat.

2^o Possibilité restrictive de remises tarifaires à titre dérogatoire

Une lecture plus fine du texte précité s'impose au regard de la critique que la société requérante espérait faire « prospérer » au mieux de ses intérêts. L'évitement à l'origine de la procédure étudiée tenait en effet à des modalités de tarification auxquelles le laboratoire concerné aurait souhaité accéder. Le recours intenté devant le tribunal administratif contre la décision du centre hospitalier avec lequel il espérait s'engager s'appuyait sur le caractère indûment restrictif des dérogations prévues à l'article L. 6211-21 du code de la santé publique. Le principe de tarification des actes de biologie médicale aux conditions précitées n'est en effet appelé à jouer qu'à l'intérieur d'un cadre strict, c'est à dire en dehors de différents schémas de coopération prévus par ce texte. « Ainsi, en imposant le respect du tarif réglementé en dehors des dispositifs de coopération limitativement énumérés, la disposition contesté interdit aux laboratoires de biologie médicale, qu'ils soient publics ou privés, de proposer aux hôpitaux des ristournes sur leurs prestations, comme cela se pratiquait et se pratique toujours pour d'autres contrats, tels que la fourniture de médicament et de matériels⁵⁷ ».

Cette réglementation est directement à l'origine de la décision du Conseil constitutionnel en réponse à la question prioritaire de constitutionnalité que lui

55 - Sur cet arrêt, cf. le site précité du Conseil constitutionnel ; *adde* S. Naugès, L. Vidal, L. Ayache, Concurrence, régulation et secteur public Contrats Concurrence Consommation 2014 Chr. n° 4 point 7.

56 - Cf. dossier du Conseil constitutionnel précité p. 3.

57 - Eod. loc. p. 7.

53 - Conseil constitutionnel, Décision n°2014-434 QPC du 5 décembre 2014 à consulter sur le site Internet www.conseil-constitutionnel.fr.

54 - Sur le détail de la procédure, cf. commentaire du Conseil constitutionnel p.7 *ibid.*

a transmise le 19 mars 2014 le Conseil d'État. Il revenait ainsi à cette institution de se prononcer sur la valeur du dispositif légal qui vient d'être évoqué.

b) Conformité à la Constitution du dispositif légal

La question posée au Conseil constitutionnel l'invitait à dire si la disposition contestée « porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la liberté d'entreprendre ». La réponse en l'espèce négative s'appuie sur des considérations dont l'examen s'impose à différents points de vue.

Sans doute, le « statut » de la liberté d'entreprendre est-il aujourd'hui assez finement déterminé. Mais il n'est pas pour autant certain que ses contours aient été suffisamment précisés dans la présente décision. Il convient ainsi de dégager la motivation de celle-ci (1°) pour l'examiner à l'aune de la rigueur attendue d'une telle démarche (2°).

1° Motivation nécessaire

La décision du Conseil constitutionnelle est intéressante à étudier au regard de l'examen de la liberté d'entreprendre qui lui était demandé. Les développements qui lui sont consacrés dans le commentaire qui l'accompagne en font clairement apparaître les différents aspects au regard d'un principe auquel peuvent être apportées certaines limites.

En premier lieu, il apparaît que la liberté d'entreprendre bénéficie d'une reconnaissance étendue. Sans doute, n'en est-il pas directement question dans la décision soumise à examen. Mais la lecture du commentaire qu'en fait le Conseil donne la juste mesure des initiatives offertes à ce titre⁵⁸.

En deuxième lieu, il apparaît que la liberté d'entreprendre est appelée à se heurter à certaines limites. Il en est ainsi depuis un certain temps au travers d'une formule que l'on trouve de nouveau reproduite dans la décision du 5 décembre 2014 : « Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées à l'objectif poursuivi » (considérant 3). Un examen de la finalité de la disposition litigieuse permet au Conseil de décider que l'article L. 6211-21 du code de la santé publique est conforme à la Constitution.

Il reste à s'interroger sur la pertinence de la transposition opérée en l'espèce.

2° Motivation suffisante ?

Pour classique qu'elle soit en apparence, la motivation de la décision commentée suscite néanmoins certaines interrogations. La justification de l'entorse à la liberté revendiquée au travers de la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le

Conseil d'État est en effet aux yeux de certains commentateurs plus apparente que réelle.

En premier lieu, dans le fond, il est peut-être difficile de voir quel objectif de valeur constitutionnelle ou motif d'intérêt général suffisamment établi pourrait jouer en l'espèce⁵⁹. À cet égard, il n'est pas clairement établi en quoi la simple mutualisation de moyens serait utilement invoquée en l'espèce. Le Conseil constitutionnel procède par la seule affirmation au terme de laquelle « les règles de tarification qui résultent de l'article L. 6211-21 du code de la santé publique n'entraînent pas une atteinte à la liberté d'entreprendre disproportionnée au regard des objectifs poursuivis ».

En deuxième lieu, dans la forme, un autre passage de la décision commentée suscite la curiosité : « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur le choix de tels objectifs plutôt que de favoriser la concurrence des prix dans ce secteur ». Au regard d'une telle affirmation, il devient pour le moins aléatoire de fixer les repères sur lesquels l'appréciation de ce point central peut intervenir.

L'influence de considérations de politique économique pèse ainsi assez lourdement sur le devenir des choix de concurrence. Il en va de même d'orientations d'une autre nature.

2. Santé, concurrence et choix de politique commerciale

Un « retour » à des perspectives précédemment évoquées dans cette chronique s'impose à partir de données récentes qui démontrent la permanence de certaines sources de conflits. Sont ici plus précisément en cause, on le sait, différentes stratégies adoptées par les opérateurs économiques pour capter ou conserver une clientèle donnée. Il a été précédemment démontré que leurs velléités d'hégémonie les conduisaient parfois à s'écartier du schéma qu'imposent les règles de concurrence.

L'actualité récente du droit de la santé ne manque pas d'étayer le constat qui vient d'être dressé. On y observe en effet toutes sortes de pratiques susceptibles de tomber sous le coup d'interdictions posées pour préserver les intérêts des différentes parties prenantes. Il convient à ce tire de se reporter aux dispositions qui protègent la liberté (A) et la loyauté (B) dans différentes catégories d'options de politique commerciale.

A. Santé et respect de la liberté de concurrence

L'utilité du droit de la concurrence se mesure à sa capacité d'intrusion dans des opérations « à

59 - Cf. en ce sens S. Naugès , Concurrence, régulation et service public Contrats Concurrence Consommation 2014 précité n° 7.

risques » pour la collectivité. Un ensemble de règles concourt précisément à ce titre à la protection de l'ouverture des marchés au travers d'une liberté qui ne saurait être impunément remise en cause. Il a d'ailleurs été déjà observé que des règles tant de droit de l'Union européenne que de droit interne avaient pour vocation d'appréhender, de sanctionner ou de contrôler des pratiques susceptibles de mettre en péril les contours d'un marché donné.

La prohibition des ententes anti-concurrentielles (a) et le contrôle des concentrations (b) rendent compte une nouvelle fois de la réactivité des autorités compétentes chaque fois que se posent en particulier des questions liées à la santé.

a) Prohibition des ententes anti-concurrentielles

Le principe est désormais trop connu pour qu'il soit nécessaire d'en reprendre les origines et les modalités de mise en œuvre. Sous couvert de pratiques anti-concurrentielles, ont en effet vocation à être prohibées différentes stratégies par lesquelles des opérateurs économiques « s'entendent » dans un contexte ou à des fins réputées anti-concurrentielles.

Le dispositif d'ensemble auquel on se réfère ici suppose toutefois que certaines conditions soient réunies. Il est ainsi nécessaire de trouver un fondement précis à chacun des griefs articulés contre l'une des parties en présence. Deux exemples peuvent être donnés à l'appui d'une telle exigence. L'Autorité de la concurrence a ainsi été saisie d'une éventuelle discrimination dans l'attribution de missions de transport sanitaire d'urgence (1°). Le Tribunal de l'Union européenne a également eu à connaître d'un recours contre une décision de la Commission imputant à l'Ordre national des pharmaciens, notamment, une entente au préjudice de groupes de laboratoires (2°).

1° Concurrence et attribution de missions de transports sanitaires d'urgence

L'influence de la prohibition des ententes anti-concurrentielles apparaît sous un jour particulier dans une décision de l'Autorité de la concurrence rendue le 10 octobre 2014⁶⁰. Il s'agissait pour celle-ci de se prononcer sur les modalités d'attribution de l'organisation ambulancière dans le département des Yvelines au regard de situations d'urgence. Un dispositif, que décrit minutieusement l'Autorité de la concurrence, conduit à une répartition dûment « calibrée » entre deux possibilités décrites soit comme la « garde préfectorale » soit comme la « garde libérale » ou « garde H24 » (points 6 s.).

L'une des entreprises de ce secteur, la société Ambulance du Mantois a saisi l'Autorité de la concurrence arguant de discriminations imputables à l'organisme répartiteur, l'Association d'aide à l'urgence sanitaire du département (ATSU 78). Ce « traitement », ne la faisant intervenir que de façon résiduelle, créerait « une évidente distorsion de

60 - Autorité de la concurrence, Décision n°14-D-14 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport sanitaire d'urgence par ambulances dans le département des Yvelines.

concurrence » et « caractériserait à l'évidence une entente illicite » (points 17 s.).

L'Autorité de la concurrence rejette cet argument sur un double fondement. Tout d'abord, elle constate l'absence de répartition discriminatoire des appels en garde « H24 », faute pour la saisissante d'être « dans une situation équivalente » à celle des autres entreprises régulièrement enregistrées auprès du coordinateur ambulancier (points 20 s.). Ensuite, l'Autorité se prononce dans le même sens sur la prétendue répartition discriminatoire des appels en garde préfectorale. Elle considère en effet que le volume des transports demandés à la requérante, jugé trop faible par celle-ci, résulte « sans autre forme de procès » de données objectives en lien avec le système d'enregistrement précédemment évoqué (points 26 s.).

Le grief d'entente ne pouvait donc prospérer dans un tel contexte. Il a en revanche été retenu dans un cadre d'une toute autre ampleur.

2° Concurrence et restrictions apportées aux développements de groupes de laboratoires de biologie médicale

Le marché des analyses de biologie médicale est décidément à l'honneur dans la présente chronique... Cette « notoriété » n'est pourtant pas tout à fait de bon aloi. Elle conduit à évoquer, au titre d'ententes prohibées, les pratiques reprochées dans ce secteur à l'Ordre national des pharmaciens, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, le Conseil Central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens établis à Paris. La Commission de l'Union européenne s'en était déjà emparée pour entrer en voie de condamnation⁶¹. L'arrêt très récent rendu par le Tribunal de l'Union européenne ne lui apporte de changements qu'au regard du montant de l'amende initialement infligée, qu'il décide de réduire⁶². Il constitue en toute hypothèse une sérieuse mise en cause des stratégies mises en place par les instances concernées.

En premier lieu, il continue à être reproché aux instances précitées des pratiques susceptibles de tomber sous le coup de l'article 101 TFUE. La question du « statut » de l'Ordre national des pharmaciens et de ses organes dirigeants, tels que mis en cause en l'espèce, est en effet appréhendée une nouvelle fois au travers d'une analyse de leurs missions qui les rend redéposables du respect des règles de concurrence imposées par ce texte. Il a ainsi été rappelé à titre liminaire que l'ONP est un ordre professionnel français auquel l'État français a délégué quatre missions principales qui définissent sa mission de service public. Or, la Commission a rapidement observé que l'Ordre avait pris des décisions d'entreprises relevant de restrictions de concurrence par objet. Le comportement visé « concerne l'ensemble des décisions de l'Ordre, pris dans l'intérêt économique de la majorité de ses membres

61 - Commission UE, 8 décembre 2010 Communiqué de presse IP/10/1683.

62 - Tribunal UE, 10 décembre 2014 Aff. T-90/11 Communiqué de presse IP/168/14.

et non dans l'intérêt général, ayant pour objets complémentaires et indissociables, d'une part, d'empêcher des groupes de laboratoires de se développer et, d'autre part, de tenter d'imposer un prix minimal sur le marché français ». Le Tribunal, au terme d'une analyse minutieuse des données de l'espèce, refuse de faire droit aux prétentions des demandeurs. Il estime en effet : « Quoi qu'il en soit, même si, dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de prendre définitivement position sur la question de savoir dans quelle mesure l'exercice par l'ordre de son pouvoir disciplinaire se rattache à l'exercice d'une prérogative de puissance publique, de sorte qu'il tombe en dehors du champ d'application de l'article 101 TFUE, il doit encore être précisé que l'existence d'une telle prérogative ne saurait offrir une protection absolue contre toute allégation de comportement restrictif de concurrence, puisque l'exercice manifestement inapproprié d'un tel pouvoir consisterait, en tout état de cause, un détournement de ce pouvoir ».

En deuxième lieu, il est encore retenu par le Tribunal d'autres arguments destinés à confirmer le caractère anti-concurrentiel de l'ensemble des pratiques soumises à examen. Comme il a été dit ci-dessus, deux stratégies principales sont à l'origine de l'intervention des instances de l'Union européenne pour décider du sort de la plainte de Labco, groupe européen de laboratoires actif en France et dans plusieurs autres pays européens. À l'égard de la première, le Tribunal se prononce dans le même sens que la Commission sur le caractère illicite du comportement visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer en France. L'argumentation développée par l'Ordre est trop complexe pour être abordée dans ces lignes. Il suffira dès lors, pour de plus amples précisions, de renvoyer au texte lui-même de la décision rendue. Il en ressort que l'Ordre a eu le tort, dans le but de diminuer le risque concurrentiel que constitue le développement de groupes de laboratoires pour les nombreux petits laboratoires actifs sur le marché, d'essayer d'entraver, par divers moyens la participation de groupes au capital des laboratoires. Il a en particulier été relevé que l'Ordre a systématiquement choisi « d'imposer l'interprétation de la loi la plus défavorable à l'ouverture du marché aux groupes de laboratoires et s'est opposé à des constructions juridiques pourtant conformes à la loi »⁶³. Mais il y a plus. À l'égard de la politique de prix minimal, le Tribunal statue encore dans le même sens que la Commission. Au terme d'une analyse dûment étayée, à laquelle il est impossible de se référer plus précisément dans ces lignes, il estime en effet que le comportement de l'Ordre en matière de ristournes et de rabais s'écarte du cadre légal applicable, l'Ordre ayant dépassé à plusieurs reprises les limites de sa mission pour imposer sa propre interprétation économique de la loi. Des preuves documentaires suffisantes permettent en ce sens de conclure à l'existence d'un infraction par objet consistant en un accord horizontal sur les prix au regard de la détermination d'un niveau maximal de ristournes de 10 %

par rapport au prix de remboursement conventionnel, alors que la loi autorisait les laboratoires à pratiquer des prix inférieurs.

La vigilance des instances compétentes se manifeste encore à un autre point de vue.

b) Contrôle des opérations de concentration

Les menaces que font peser sur le marché certaines stratégies des opérateurs économiques tiennent à d'autres hypothèses que celles qui viennent d'être évoquées. Sont ici plus précisément en cause les opérations de concentration dont on sait qu'au-delà d'un certain seuil, elles sont susceptibles d'entraver la concurrence à l'intérieur d'un espace donné. Elles ont d'ailleurs été précédemment évoquées à différentes reprises dans cette rubrique⁶⁴. Il convient certainement de revenir sur le sujet au regard d'une actualité relativement riche en la matière dans le domaine de la santé.

Le contrôle qu'a eu à exercer en particulier la Commission de l'Union européenne au cours de la période étudiée offre à cet égard une palette de choix relativement ouverte. Les autorisations qu'elle a été amenée à donner ont pu en effet être soit formelles (1°) soit conditionnelles (2°).

1° Autorisations formelles

Deux projets de concentration ont connu une issue favorable, sans la moindre réserve.

En premier lieu, conformément à la procédure instituée par le règlement (CE) du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, la Commission, après une notification au demeurant évoquée dans la précédente livraison de cette revue⁶⁵, a décidé d'autoriser le projet d'acquisition de la division « santé animale » de l'entreprise suisse Novartis par la société pharmaceutique américaine Eli Lilly and Company⁶⁶. Selon la Commission elle-même, l'enquête a révélé que sur les marchés en cause plusieurs concurrents subsistaient après l'opération de concentration et pourraient exercer une « pression concurrentielle » sur l'entité issue de la concentration. L'enquête a également montré que sur certains marchés, ni Eli Lilly, ni NAH n'auraient intérêt à augmenter leurs prix pour le traitement de certaines espèces en particulier, « car les produits sont utilisés pour plusieurs espèces ».

En deuxième lieu, au terme de la procédure simplifiée également instituée par le règlement précité, la Commission, après notification⁶⁷, a décidé le 15 décembre 2014 de ne pas s'opposer à la concentration par laquelle l'entreprise EQT VI Limited envisageait d'acquérir, au sens de l'article 3 du règlement précité, le contrôle de l'entreprise Siemens Audiologische Technik GmbH (fabricant et distribu-

64 - Cf. notamment JDSAM 2013 n°1 p.84, n°3 p.101 ; JDSAM 2014 n°1 p.102, n°2 p.86, n°4 p. 72.

65 - JDSAM 2014 n°4 p. 72.

66 - Aff.M.7277 Communiqué de presse 3 octobre 2014.

67 - Aff. M.7450 J.O.U.E C 432 du 26 novembre 2014 p. 4.

63 - Cf. Communiqué de presse IP/168/14 précité.

teur d'aides auditives, d'accessoires auditifs et de matériel de diagnostic auditif) par achat d'actions⁶⁸.

D'autres projets de concentrations ont donné lieu à des décisions plus nuancées.

2° Autorisations conditionnelles

L'analyse des décisions qui vont suivre illustre les pouvoirs dont dispose effectivement la Commission dans le contrôle des opérations dont il est question dans ces lignes. L'autorisation qu'elle donne aux projets qui lui sont notifiés peut n'être en effet que conditionnelle.

Témoigne en premier lieu de cette possibilité la décision prise par la Commission à l'égard du projet de concentration par lequel l'entreprise Medtronic Inc. lui notifiait son intention d'acquérir au sens de l'article 3 paragraphe 1 point b) du règlement précité le contrôle de l'entreprise Covidien plc par offre publique d'achat⁶⁹. Il convient de préciser que Medtronic est une entreprise établie aux États Unis et spécialisée dans le domaine des technologies et des thérapies médicales (conception d'appareils médicaux et fourniture de produits, de thérapies et de services destinés à traiter diverses pathologies, notamment cardiaques, vasculaires et neurologiques). Covidien est un fabricant irlandais d'appareils médicaux présent dans le monde entier (conception, fabrication et vente d'un éventail d'appareils médicaux et de produits, destinés notamment à la chirurgie laparoscopique). La Commission a finalement autorisé l'opération envisagée, mais au prix de conditions auxquelles Medtronic a accepté de se plier⁷⁰. L'une d'entre elles était « la cession du dispositif Stellarex de Covidien, un ballon prometteur enrobé d'un médicament, actuellement en cours de développement qui, une fois lancé entrera en concurrence avec l'In.Pact, le dispositif similaire le plus répandu, fabriqué par Medtronic ».

Atteste en second lieu de ses préoccupations une autre décision de la Commission liée à une concentration dans un périmètre sensible des activités de santé. Lui avait été en effet notifié le 4 novembre 2014⁷¹ le projet de concentration par lequel l'entreprise IMS Health (États Unis) cherchait à acquérir, au sens de l'article 3 paragraphe 1 point b) du règlement sur les concentrations, le contrôle exclusif d'une partie des activités de Cegedim SA (France) par achat d'actifs. La Commission finalement décide d'autoriser cette opération⁷². Mais elle subordonne son accord au respect de conditions qu'elle impose à IMS. La Commission craignait en particulier « que l'opération envisagée n'entraîne un choix plus restreint et des prix plus élevés pour les clients faisant appel aux services d'études de marché

68 - J.O.U.E C 457 du 19 décembre 2014 p. 1.

69 - Aff. M.7326 J.O.U.E C 371 du 18 octobre 2014 p. 21.

70 - Communiqué de presse 28 novembre 2014.

71 - J.O.U.E C 396 du 11 novembre 2014 p. 30.

72 - J.O.U.E C 457 du 19 décembre 2014 p.1, Communiqué de presse 19 décembre 2014.

primaires standardisées » et qu'IMS « refuse à ses concurrents l'accès à sa structure modulaire (...) qui est un élément important de pour permettre à différents acteurs d'opérer sur le marché ». Pour dissiper ces craintes, IMS souscrit un double engagement apte à satisfaire les attentes de la Commission.

Un dispositif de grande ampleur a ainsi vocation à garantir par toutes sortes de contraintes le respect d'un enjeu majeur du droit de la concurrence. Il reste toutefois à observer que la liberté qui doit présider aux échanges marchands n'en est que l'une des composantes.

B. Santé et respect de la loyauté de la concurrence

Il est certainement opportun de rappeler que les pratiques des opérateurs économiques, en quelque secteur que ce soit, tiennent parfois à des velléités que les pouvoirs publics ne peuvent accepter, tant elles menacent les intérêts d'autrui. Il ne s'agit plus, on le sait, de préserver tel ou tel aspect du marché. Il s'agit bien davantage de faire régner certaines conceptions favorables au respect que se doivent mutuellement les concurrents.

L'arsenal juridique apte à faire régner des formes plus ou moins évoluées de la loyauté de la concurrence, sans doute plus restreint que celui qui vient d'être évoqué, n'en est pas moins utile au regard des risques de débordements qu'est susceptible d'entraîner la conquête d'une clientèle donnée. Sous couvert de concurrence déloyale, les tribunaux parviennent ainsi à engager la responsabilité civile de ceux qui méconnaissent les limites qui leur sont imparties dans ce cadre.

De toute évidence, les activités de santé ne peuvent ni doivent échapper à cette modalité de contrôle. Il convient dès lors d'évoquer les hypothèses dans lesquelles, au cours de la période étudiée, ont pu être ou non sanctionnés, au terme d'une analyse réputée sans complaisance, des comportements argués de déloyauté. La question s'est plus précisément posée à l'égard de messages publicitaires (a) et de la défense des marques (b).

a) Loyauté des messages publicitaires

Le recours à la publicité est d'une utilité certaine pour bon nombre d'opérateurs économiques, tous secteurs confondus⁷³. Elle leur permet de faire connaître et, on peut l'espérer, apprécier les produits ou services qu'ils destinent à une cible donnée. Elle n'évolue pas pour autant dans un univers totalement libre de contraintes.

Différents corps de règles, on le sait, contribuent en effet à sanctionner les dérives que les messages des annonceurs pourraient contenir. Dans ce contexte, la publicité doit respecter en particulier l'exigence de loyauté imposée par les textes. La simplicité du principe, comme il arrive souvent, est

73 - Cf. sur ce point les données chiffrées présentées sur le site de l'AACC, www.aacc.fr.

au fond plus apparente que réelle. Elle masque parfois la difficulté de tracer des frontières essentielles en la matière.

Témoignent de ces « soubresauts » deux décisions récentes qu'il s'agit d'évoquer dans ces lignes⁷⁴. Elles rappellent un débat assez vif qu'avaient déjà suscité des campagnes publicitaires lancées par le Groupe Leclerc pour stigmatiser la politique du prix du médicament en vigueur afin d'en obtenir des pouvoirs publics l'infléchissement en leur faveur et dans l'intérêt bien compris de la collectivité⁷⁵. Cette fois, des pharmaciens et des groupements de pharmacies d'officine mettent en cause des affiches publicitaires qu'ils estiment en particulier être contraires à l'interdiction de la concurrence déloyale ou parasitaire. La cour d'appel de Colmar écarte en l'occurrence ce grief pour des raisons dont il convient d'analyser le contenu et la portée. Dans ses deux arrêts du 11 juin 2014, qui seront commentés simultanément ici, elle apporte un certain nombre d'éclaircissements sur les critères aptes à faire échec aux prétentions des demandeurs. On retiendra plus précisément l'assimilation de la campagne litigieuse à une communication simplement « partisane » (a), sans que soit franchies les limites d'une communication marchande (b).

1° Publicité et communication partisane

La publicité n'est sans doute pas une forme de communication quelconque. Elle tend par définition et par fonction, pourrait-on dire, à convaincre la cible à laquelle elle s'adresse des « vertus » d'un produit ou d'un service donné. Il reste toutefois à mieux la caractériser au regard des impératifs qui lui sont assignés par les textes.

Les arrêts étudiés réservent un sort plutôt bienveillant aux messages litigieux. Comme dans les autres décisions rendues à propos des campagnes lancées sur le thème du prix des médicaments pour critiquer le monopole des pharmaciens, les magistrats « soustraient » la publicité contestée en l'espèce d'une « zone » à risques.

Sans doute, l'argumentaire était-il moins « percutant » que dans les autres litiges. Mais ici comme ailleurs, pouvait effectivement se poser la question de sa tonalité au regard des textes qui, en particulier, font du dénigrement une hypothèse de concurrence déloyale. La réponse donnée par les magistrats ne s'écarte guère en vérité des schémas précédents. En d'autres termes, une fois encore, le « plaidoyer » pour une concurrence élargie dans le secteur consi-

.....

74 - Colmar, 11 juin 2014 deux arrêts n° RG 11/02476 et 13/01206.

75 - Cf. notamment sur cette question, L. Arcelin-Lécuyer, Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ce n'est pas une publicité J.C.P Ed. E 2008 2499 ; J. Larrieu, Un an de droit de la concurrence déloyale Propr. ind. 2011 chr. 8 ; M. Malaurie-Vignal, Campagne publicitaire, dénigrement et liberté d'expression Contrats, Concurrence Consommation 2008 comm. N°188 ; L. Marino, Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise Rev. trim. dr. com. 2011 p.1 ; V. Siranyan, Campagne d'opinion pour la libéralisation de la vente de médicament sans ordonnance : la pilule pourrait avoir un goût amer RDSS 2011 p. 919.

déré, c'est à dire la suppression du monopole des pharmaciens pour la vente de médicaments non remboursés, « s'insère dans l'exercice d'une campagne d'opinion qui bénéficie de la liberté d'opinion et d'expression garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » ou « la liberté de prestation garantie par le traité CE ». Un attendu « phare » de l'arrêt rendu par la Haute juridiction le 27 avril 2011⁷⁶ est ainsi notamment repris par la cour de renvoi et coupe court en quelque sorte à tout débat sur la portée d'un tel « discours ». Il est au demeurant prolongé par une autre considération : restreindre le droit de procéder à une campagne publicitaire en faveur de la déréglementation des médicaments non remboursés, au nom de la protection de la santé, laquelle relève des États, donnerait à la réglementation française un sens trop étendu, qui serait en opposition avec le principe de la liberté de services établie au sein du marché intérieur ».

Il reste toutefois à s'interroger sur d'autres arguments que n'ont pas manqué de faire valoir les pharmaciens d'officine.

2° Publicité et communication marchande

Pour nécessaire qu'elle soit, l'analyse qui précède n'est vraisemblablement pas suffisante. Si le standard de communication reproché à Leclerc échappe normalement à tout reproche, il convient de vérifier qu'il ne comporte aucune « allégation » qui puisse nuire aux intérêts des pharmacies d'officine. La Cour de Colmar écarte également sur ce point les craintes exprimées par ces dernières.

En d'autres termes, rien en l'espèce ne permet de conclure à l'existence d'une publicité déloyale ou parasitaire. Ce constat impose un double commentaire. En premier lieu, dans la forme, on observera la distinction que la cour est expressément disposée à faire entre deux notions qui tendent à se rapprocher, si ce n'est à se confondre. En deuxième lieu, dans le fond, ni le grief de dénigrement ni le grief de concurrence parasitaire ne sont retenus par les magistrats. Il leur apparaît en effet que la campagne litigieuse ne vise en vérité que la politique mise en place et maintenue par les pouvoirs publics. Dans ce contexte, il ne saurait y avoir ni mise en cause de personnes désignées, ni détournement de notoriété dans la mesure où l'allégation de la présence de docteurs en pharmacie dans les centres Leclerc ne constitue en rien un procédé fautif.

L'exigence de loyauté dépasse le cadre de la publicité qui vient d'être évoqué.

b) Loyauté de la défense des marques

La protection des marques relève généralement de dispositions de droit de la propriété intellectuelle évoquées en tête de cette rubrique. Il convient toutefois d'observer que d'autres possibilités leur sont offertes, dont certaines doivent être envisagées dans ces lignes. Encore faut-il mettre en avant les raisons pour lesquelles s'impose une exception à ce « can-

.....

76 - Cf. les références citées note précédente.

tonnement ». Sont plus précisément en question les conditions qui subordonnent la défense de la marque non seulement par un droit exclusif mais également par le droit de la concurrence déloyale.

La question posée en la matière n'est pas toujours celle de la possibilité d'un cumul des deux actions. Témoigne plus précisément de cette approche l'arrêt rendu la Cour de Rouen le 25 septembre 2014⁷⁷. Il appartenait en dernière analyse à cette dernière de se prononcer sur le grief de concurrence déloyale adressé au titulaire de la marque Bioderma au titre d'une défense inappropriée de son signe. La « leçon » qui s'évince de cet arrêt concerne alors directement notre propos. La défense de la marque n'autorise certainement pas son titulaire à prendre contre son adversaire toute mesure qu'il juge utile à ses intérêts.

En d'autres termes, la protection du droit de marque ne va pas jusqu'à y inclure des faits de déni-grement fautif (1^o) et empêcher la force de vente de partenaires contractuels (2^o). Quelques remarques suffiront à la démonstration.

1^o Prohibition des faits de dénigrement

Les composantes de la contrefaçon de la marque Bioderma n'intéressent pas directement notre propos⁷⁸. On les tiendra dès lors simplement pour acquises au regard d'un certain nombre d'observations faites sur ce point par les juges du fond. En revanche, il convient de s'intéresser au sort réservé à différentes demandes invoquant des faits de concurrence déloyale. Chacune des parties principales au présent litige en revendique effectivement les bienfaits.

En premier lieu, le titulaire de la marque se prévaut d'un tel chef de responsabilité civile au regard de l'usurpation elle-même du signe lui appartenant, dûment constatée par les magistrats. Mais sur ce point, de façon classique, la cour rejette cette prétention qui, selon elle, ne s'appuie sur aucun fait distinct des actes de contrefaçon commis à son encontre. L'intérêt de la décision commentée, en vérité, est ailleurs.

En deuxième lieu, l'auteur de l'infraction considérée en vient également, par voie reconventionnelle, à reprocher, à son adversaire des faits de concurrence déloyale par dénigrement de ses produits. L'arrêt étudié est particulièrement instructif sur ce point. D'une part, il décide que « l'imputation, à un concurrent, de faits de commercialisation d'un produit nocif constitue un acte de concurrence déloyale ». D'autre part, il estime que la circulaire critiquée, exclusivement destinée aux revendeurs de la marque contrefaite, pharmacies et parapharmacies, n'a dès lors pu atteindre les réseaux de distribution du concurrent et finalement lui nuire.

Un autre enseignement peut être retiré de la décision étudiée.

2^o Protection de la force de vente de partenaires contractuels

Il est également reproché au titulaire de la marque une réaction hostile, cette fois dirigée contre l'éditeur de catalogues reproduisant les produits désignés par le signe litigieux. Dans le contexte qui vient d'être évoqué, la société Laboratoire Bioderma avait adressé à ce dernier un courrier le mettant en demeure de cesser, en raison de l'existence d'une instance en contrefaçon, la vente de l'un des articles en cause à ce titre.

La cour d'appel estime que cette démarche constitue encore un acte de concurrence déloyale au motif « que l'introduction d'une instance en contrefaçon ne saurait en elle-même autoriser la demandeur à cette instance à interdire à des entreprises contractantes du titulaire de la marque arguée de contrefaçon de vendre les produits de celui-ci ».

Le message est ainsi dénué d'ambiguïté. L'atteinte portée à ses droits exclusifs n'autorise pas en elle-même la « victime » à réagir comme bon lui semble. Les magistrats ont certainement eu raison de le rappeler... Il ne reste plus aux uns et aux autres qu'à s'y soumettre.

Caroline Carreau

77 - Rouen, 25 septembre 2014 n° RG 05/01087

78 - Cf. sur ce point C. Le Goffic, *supra* p. 13.

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris, Consultant,
Cabinet Ginestié Magellan Paley-Vincent

Alain Gubian

Directeur financier, directeur des statistiques, des
études et de la prévision, Acoss

Emmanuel Laurent

Directeur financier adjoint, Acoss

Rémi Pellet

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

Xavier Prétot

Conseiller à la Cour de cassation

Fiscalité pharmaceutique

Arrêt de la Cour de cassation,
2ème chambre civile, 6 novembre 2014,
Urssaf de Paris contre Société Roche

La remise versée par une entreprise pharmaceutique en raison du non-respect des engagements de la convention souscrite avec le comité économique des produits de santé (CEPS) ne revêt pas le caractère d'une remise accordée par l'entreprise au sens de l'article L 245-6 du code de la sécurité sociale (CSS), relatif à l'assiette de la contribution sur le chiffre d'affaires des entreprises exploitant une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques prises en charge par l'assurance maladie, mais une sanction financière.

Il résulte des articles L. 245-1 et L. 245-2 CSS que n'entrent dans l'assiette de la contribution sur le chiffre d'affaires des entreprises exploitant une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques prises en charge par l'assurance maladie que les charges comptabilisées au titre des frais de prospection et d'information des praticiens afférentes à l'exploitation en France des spécialités pharmaceutiques remboursables ou des médicaments agréés à l'usage des collectivités.

Rapport de Monsieur Xavier Prétot, Conseiller.

1. Rappel des faits et de la procédure

L'URSSAF de Paris et région parisienne, aux droits de laquelle vient l'URSSAF d'Île-de-France a procédé au contrôle, pour la période courant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2006, de la société

Roche au titre de certaines des contributions spécifiques dues par les entreprises pharmaceutiques. Le contrôle a conduit au redressement sur certains points des bases des contributions pour une somme initialement fixée à 1 990 433 euros, ramenée à 936 127 euros en raison des effets de la prescription sur les sommes dues au titre de l'année 2004. Sa réclamation ayant été rejetée implicitement par la commission de recours amiable de l'organisme, la société Roche s'est pourvue devant les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, qui ont reconnu pour partie le bien fondé de ses demandes. C'est dans ces conditions que l'URSSAF d'Île-de-France a introduit un pourvoi en cassation.

Rendu le 19 septembre 2013, l'arrêt attaqué a été notifié aux parties par les soins du greffe de la cour d'appel de Versailles par une lettre du même jour reçue le 23 septembre suivant par l'URSSAF d'Île-de-France. Le pourvoi en cassation formé par celle-ci a été introduit le 20 novembre 2013, le mémoire ampliatif présenté le 21 février 2014. La société Roche a produit, le 22 avril 2014, un mémoire en défense assorti d'un pourvoi incident. La procédure paraît ainsi régulière.

Les deux parties sollicitent également une indemnité en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile: l'URSSAF d'Île-de-France demande une somme de 3 200 euros, la société Roche une somme de 5 000 euros.

2. Analyse succincte des moyens

1.- A l'appui de son pourvoi, l'URSSAF d'Île-de-France fait valoir un moyen unique de cassation. Elle soutient qu'en assimilant à une remise accordée par l'entreprise, comme telle déductible de l'assiette de la contribution sur le chiffre d'affaires des entreprises pharmaceutiques, les remises effectuées par la société en application d'une convention plurianuelle conclue avec le comité économique des produits de santé pour l'une de ses spécialités, la cour d'appel a violé les articles L. 138-10 et L. 245-6 du code de la sécurité sociale.

2.- A l'appui de son pourvoi incident, la société Roche fait valoir trois moyens de cassation.

2.1.- Le premier moyen de cassation se rapporte à la contribution sur le chiffre d'affaires mentionné à l'article L. 245-6 du code de la sécurité sociale. La société soutient qu'en jugeant qu'en ne retenant, pour la détermination des bases de la contribution, que 2,5 % du chiffre d'affaires généré par l'exploitation du Tamiflu, motif pris que le remboursement de ce dernier, soumis à des indications thérapeutiques précises, n'intéresse que 2,5 % des ventes, la société avait ajouté au texte une condition qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel a violé les ar-

ticles L. 245-6 du code de la sécurité sociale et L. 162-17 du code de la santé publique.

2.2.- Articulé en deux branches, le deuxième moyen de cassation se rapporte à la contribution sur les dépenses de promotion mentionnée à l'article L. 245-1 du code de la sécurité sociale. La société fait valoir :

- qu'en ne se prononçant pas sur le moyen demandant de confirmer l'application de l'abattement au titre de la promotion du Tamiflu en application, notamment, de la position prise par l'URSSAF sur plusieurs de réseaux de la société, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile (1^{ère} branche);
- qu'en décidant que l'abattement dit "au contact" opéré par la société ne pouvait être retenu, sans rechercher si cette méthode ne procédait pas d'un réel effort de précision dans la détermination du temps effectivement consacré à la promotion d'une spécialité et si l'application de cet abattement n'avait pas été validée par l'URSSAF pour les onze autres réseaux de la société qui faisaient l'objet du contrôle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 245-1 et suivants du code de la sécurité sociale (2^{ème} branche).

2.3.- Lui-aussi articulé en deux branches, le troisième et dernier moyen de cassation du pourvoi incident se rapporte également à la contribution mentionnée à l'article L. 245-1 du code de la sécurité sociale. La société fait valoir :

- qu'en décidant, au sujet des fiches posologiques dont la remise et le contenu sont imposés par les dispositions du code de la santé publique, que les frais constituant l'assiette de la contribution doivent être retenus quelles que soient la nature et la forme du support destiné à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation des médicaments, peu important que ces publications soient ou non remis, adressés, présentés ou mis à disposition des professionnels et établissements de santé ou de tout autre destinataire, la cour d'appel a violé les articles L. 245-1 et L. 245-2 du code de la sécurité sociale (1^{ère} branche);
- qu'en décidant de même, au sujet des aides de visite mis à la disposition des visiteurs médicaux, la cour d'appel a violé les mêmes textes (2^{ème} branche).

3. Identification des points de droit faisant difficulté à juger

L'examen tant du pourvoi principal que du pourvoi incident conduit à s'interroger, à la lumière de la jurisprudence en la matière, sur la portée de certaines des règles d'assiette des contributions mentionnées, respectivement, aux articles L. 245-1 et L. 245-6 du code de la sécurité sociale auxquelles sont assujetties les entreprises pharmaceutiques au bénéfice de l'assurance maladie.

Il doit être précisé que ces deux contributions revêtent, vraisemblablement, le caractère d'impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution¹.

4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

1.- Le moyen unique du pourvoi principal et le premier moyen du pourvoi incident se rapportent à l'assiette de la contribution mentionnée à l'article L. 245-6 du code de la sécurité sociale.

Initialement issues des dispositions de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, plusieurs fois modifiées (en dernier lieu par les dispositions de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013, inapplicables ratione temporis au litige opposant la société Roche à l'URSSAF d'Île-de-France), les dispositions de l'article L. 245-6 du code de la sécurité sociale instituent, au profit de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, une contribution des entreprises assurant l'exploitation en France d'une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques donnant lieu à remboursement par l'assurance maladie ou agréées à l'usage des collectivités (al. 1^e). La contribution est assise sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer au cours de l'année civile au titre des médicaments bénéficiant d'une autorisation de mise sur le marché et inscrits sur les listes des spécialités remboursables, à l'exception des médicaments génériques et des médicaments orphelins (al. 2). "Le chiffre d'affaires concerné s'entend déduction faite des remises accordées par les entreprises" (*ibid.*, in fine).

1.1.- Pris en son premier moyen, le pourvoi incident introduit par la société Roche se rapporte à l'application des règles d'assiette: celle-ci soutient en effet que la prise en charge par l'assurance de l'une des spécialités pharmaceutiques qu'elle exploite, à savoir le Tamiflu, n'intervenant que pour certaines des indications thérapeutiques qu'elle comporte, l'assiette de la contribution ne saurait comprendre que la part du chiffre d'affaires réalisé au titre de celle-ci afférente aux seules ventes correspondantes à la prescription à raison des indications thérapeutiques susceptibles de donner lieu à prise en charge.

S'il n'existe pas de décision de jurisprudence en la matière, il convient de noter toutefois que celle-ci conclut, dans les limites du texte législatif, à une interprétation large des éléments susceptibles de figurer dans l'assiette des contributions auxquelles sont assujetties les entreprises pharmaceutiques².

1 - V. Cons. const., 16 janvier 1991, décis. n° 90-287 DC [cons. n° 33 et s.]: Rec., p. 47. - CE, 26 septembre 1986, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique: Lebon, tables, p. 342, 357, 358, 360, 361, 454 et 462.

2 - V. par ex., Soc., 27 février 2003, n° 01-20.359 [1^{er} moyen], Bull. civ. V, n° 75.

1.2.- Le moyen unique du pourvoi principal touche, quant à lui, à l'interprétation des mêmes dispositions légales en tant qu'elles excluent de l'assiette de la contribution les remises accordées par les entreprises; l'URSSAF d'Ile-de-France reproche, plus particulièrement, à la décision des juges du fond d'avoir conclu à la déduction de l'assiette de la contribution due par la société Roche le montant de la remise effectuée, annuellement, par celle-ci en application d'une convention pluriannuelle conclue avec le comité économique des produits de santé.

Suivant les dispositions de l'article L. 138-10 du code de la sécurité sociale, les entreprises pharmaceutiques sont assujetties à une contribution spécifique lorsque le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des entreprises intéressées au titre des spécialités prises en charge par l'assurance maladie progresse d'une année sur l'autre d'un pourcentage excédant le taux de progression de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie fixé par la loi de financement de la sécurité sociale de l'année. Échappent toutefois à cette contribution les entreprises qui concluent, avec le Comité économique des produits de santé, une convention pluriannuelle qui fixe les prix des spécialités de l'entreprise et comporte à la charge de celle-ci des engagements sur le chiffre d'affaires afférent à celles-ci, dont le non-respect entraîne soit l'ajustement des prix, soit le versement à l'assurance maladie d'une remise en application de l'article L. 162-18 du code de la sécurité sociale³. Relatives à ce qu'il est convenu de désigner sous la formule de la "remise pharmaceutique", les dispositions de ce dernier prévoient que les entreprises pharmaceutiques peuvent s'engager collectivement ou individuellement au versement aux organismes nationaux d'assurance maladie d'une remise globale sur tout ou partie du chiffre d'affaires qu'elles réalisent, en France, au titre des spécialités prises en charge par l'assurance maladie.

2.- Pris en ses deuxième et troisième moyens, le pourvoi incident de la société Roche se rapporte à la contribution mentionnée à l'article L. 245-1 du code de la sécurité sociale.

2.1.- Ces dispositions instituent, au bénéfice de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés et, désormais, de la Haute autorité de santé, une contribution à la charge des entreprises assurant l'exploitation, en France, d'une ou de plusieurs spécialités pharmaceutiques donnant lieu à remboursement par l'assurance maladie ou inscrites sur la liste des médicaments agréés à l'usage des collectivités.

Suivant les dispositions de l'article L. 245-2, I, du même code, la contribution est assise sur les charges afférentes à la promotion des spécialités, l'assiette comportant trois catégories d'éléments, à savoir les rémunérations et accessoires des personnes employées à cette fin, les frais professionnels exposés par les mêmes personnes et les frais de publication et de publicité.

2.2.- Le deuxième moyen de cassation ne paraît pas de nature à permettre l'admission du pourvoi incident.

La société Roche fait grief à la décision des juges du fond de rejeter sa demande de réduction du montant de la contribution motif pris de la non prise en compte de certains abattements appliqués au montant tant des rémunérations que des remboursements de frais afférents à la promotion du Tamiflu.

Pris en sa première branche, le moyen manque en fait: contrairement à ce que soutient la société Roche, la cour d'appel a répondu, en effet, au moyen tiré de ce que l'URSSAF avait admis, pour d'autres réseaux de la société, la déduction des sommes litigieuses, l'arrêt précisant, dans sa motivation, "que la société n'établit pas la réalité d'un accord tacite tel qu'évoqué par l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale" (motifs, p. 4, dernier alinéa) et ne contrevenant pas ainsi aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

Pris en sa seconde branche, le moyen tend en réalité, sous couvert de manque de base légale au regard des articles L. 245-1 et suivants du code de la sécurité sociale (sans plus de précision, alors que la question se rapporte, en définitive, à l'application des dispositions de l'article L. 245-2, I, 1^{er} et 2^{er}), à la remise en cause de l'appréciation souveraine par le juge du fond des éléments de fait et de preuve soumis par les parties.

2.3.- Le troisième et dernier moyen de cassation développé à l'appui du pourvoi incident se rapporte à l'insertion dans l'assiette de la contribution, d'une part, de fiches posologiques remises aux professionnels et établissements de santé par les visiteurs médicaux (1^{re} branche), d'autre part, des aides de visite mises à la disposition de ces derniers pour l'exercice de leur activité (2^{me} branche).

De la jurisprudence en la matière, on retire deux enseignements: d'une part, l'assiette de la contribution ne saurait s'étendre, en particulier, aux charges des entreprises qui répondent à l'exécution des obligations qui leur incombent au titre de la législation de santé publique⁴; d'autre part, les dépenses de promotion commerciale et de publicité doivent, compte tenu au demeurant de la modification opérée par la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002, être largement entendues⁵.

Xavier Prétot

3 - Sur le contentieux des conventions, cf. CE, 16 mai 2001, n° 218.081, 218.082 et 219.653, Société Janssen Cilag.

4 - Civ. 2^e, 11 juillet 2005, n° 04-30.186, ou 8 novembre 2006, n° 04-30.838, Bull. civ. II, n° 302.

5 - Civ. 2^e, 3 février 2011, n° 10-10.394

Texte de l'arrêt

CIV. 2 LG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 6 novembre 2014

Mme FLISE, président

Rapporteur Xavier Prétot

Pourvoi n° X 13-26.568

Cassation Arrêt no 1662 F-P+B

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Ile-de-France, venant aux droits et obligations de l'URSSAF de Paris et de la région parisienne, dont le siège est division des recours amiables et judiciaires, TSA 80028, 93517 Montreuil cedex, contre l'arrêt rendu le 19 septembre 2013 par la cour d'appel de Versailles (5e chambre), dans le litige l'opposant à la société Roche, société par actions simplifiée, dont le siège est 30 cours de l'Ile Seguin, 92100 Boulogne-Billancourt, défenderesse à la cassation ;

La société Roche a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 1er octobre 2014, où étaient présents : Mme Flise, président, M. Prétot, conseiller rapporteur, M. Laurans, conseiller, Mme Szirek, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Prétot, conseiller, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de l'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales Ile-de-France, de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Roche, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'un contrôle portant sur la période courant du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2006, l'URSSAF de Paris et région parisienne, aux droits de laquelle vient l'URSSAF d'Ile-de-France, a procédé au redressement des bases de la contribution sur le chiffre d'affaires des entreprises exploitant une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques prises en charge par l'assurance maladie et de la contribution des entreprises de préparation de médicaments dues par la société Roche (la société) ; que celle-ci a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Vu les articles L. 138-10 et L. 245-6 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable aux années d'imposition ;

Attendu, selon le second de ces textes, que la contribution sur le chiffre d'affaires des entreprises exploitant une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques prises en charge par l'assurance maladie est assise sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France métropolitaine et les départements d'outre-mer au cours d'une année civile au titre des médicaments bénéficiant d'une autorisation de mise sur le marché et inscrits sur les listes mentionnées aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 162-17 ou sur la liste mentionnée à l'article L. 5123-2 du code de la santé publique, à l'exception de certaines spécialités génériques et médicaments orphelins, le chiffre d'affaires concerné s'entendant déduction faite des remises accordées par les entreprises ; que, selon le premier, n'est pas redevable de la contribution due par les entreprises pharmaceutiques lorsque le chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent s'est accru d'un pourcentage excédant le taux de progression de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie tel qu'il résulte du rapprochement des lois de financement de la sécurité sociale de l'année et de l'année précédente, l'entreprise qui a conclu une convention pluriannuelle avec le Comité économique des produits de santé fixant les prix des médicaments exploités par celle-ci et comportant des engagements de l'entreprise portant sur l'ensemble du chiffre d'affaires concerné ou sur le chiffre d'affaires de chacun des produits concernés, dont le non-respect entraîne soit un ajustement des prix, soit le versement d'une remise en application de l'article L. 162-18 ;

Attendu que, pour dire que l'assiette de la contribution de la société ne doit pas inclure, pour les exercices 2005 et 2006, le montant des remises accordées pour la spécialité Pegagsys en application d'une convention pluriannuelle conclue avec le Comité économique des produits de santé, l'arrêt retient que l'article L. 245-6 ne distingue pas selon la nature et l'origine des remises, peu important dès lors qu'elles soient purement commerciales ou destinées à échapper à la contribution dite ONDAM et non contraires à la notion de "remise accordée" ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la remise versée par une entreprise pharmaceutique en raison du non-respect des engagements de la convention souscrite avec le Comité économique des produits de santé ne revêt pas le caractère d'une remise accordée par l'entreprise, mais d'une sanction financière, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 245-1 et L. 245-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable aux années d'imposition ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que n'entrent dans l'assiette de la contribution instituée par le premier d'entre eux que les charges comptabilisées au titre des frais de prospection et d'information des praticiens, afférents à l'exploitation en France des spécialités pharmaceutiques remboursables ou des médicaments agréés à l'usage des collectivités ;

Attendu que, pour rejeter la demande de la société d'exclure de l'assiette de la contribution litigieuse les dépenses liées à la remise des fiches posologiques, l'arrêt retient qu'entrent dans l'assiette de la contribution instituée par l'article L. 245-1 du code de la sécurité sociale les frais de publication et d'achats d'espaces publicitaires, sauf dans la presse médicale bénéficiant d'un numéro de commission paritaire ou d'un agrément ; que les frais constituant l'assiette sont retenus quelles que soit la nature et la forme du support destiné à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation des médicaments dès lors qu'il mentionne le nom d'une spécialité pharmaceutique remboursable ou agréée à l'usage des collectivités, peu important que ces publications et espaces soient ou non remis, adressés, présentés ou mis à disposition des professionnels et établissements de santé ou de tout autre destinataire ; que les exclusions opérées par la société ne répondent pas à la condition posée par le texte à défaut de numéro de commission paritaire et que la réintégration effectuée par l'inspecteur doit être validée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en application de l'article R. 5122-11 du code de la santé publique, le représentant de l'entreprise pharmaceutique est tenu, lors de la présentation verbale d'un médicament, de remettre en mains propres au professionnel de santé une notice comportant, notamment, la posologie, de sorte que les frais afférents à celle-ci ne constituent pas des frais de prospection et d'information au sens des textes susvisés, la cour d'appel a violé ceux-ci ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 19 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Stéphane Brissy

Maitre de conférences à l'Université de Nantes, Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales

Pierre Mazière

Maitre de conférences à l'université Paris Descartes, Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Les mesures individuelles relatives à la pénibilité au travail

Commentaire des décrets n° 2014-1155 à 1159 du 9 octobre 2014¹

Initié par la loi du 9 novembre 2010 sur la réforme des retraites², l'encadrement de la pénibilité au travail a été complété par plusieurs textes et en dernier lieu par la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014³ mise en application récemment par des décrets du 9 octobre 2014.

La démarche qui doit être suivie pour prévenir la pénibilité au travail comporte trois aspects :

- Une fiche de prévention des expositions à la pénibilité
- La mise en place d'un compte personnel de prévention de la pénibilité
- La négociation d'accords collectifs en faveur de la prévention de la pénibilité

Ces trois mesures se cumulent. Elles conjuguent une appréhension individuelle et collective de la pénibilité au travail. Si l'organisation collective est loin d'être anodine (v. la note de Nicolas Desbacq dans ce numéro), l'importance donnée aux mesures individuelles relatives à la pénibilité au travail reflète une tendance à la cogestion de la santé au travail ainsi qu'une meilleure prise en compte des changements de trajectoires professionnelles que peut connaître un salarié au cours de sa carrière. Ces mesures individuelles se manifestent par la mise en place d'une fiche de prévention de la pénibilité (1) et, sur le fondement des informations contenues dans cette fiche, d'un compte personnel de prévention de la pénibilité (2). L'individualisation de la

pénibilité peut présenter un intérêt pour suivre l'état de santé du salarié tout au long de sa carrière mais elle n'occulte pas les interrogations soulevées par l'encadrement législatif de la pénibilité, interrogations que les décrets du 9 octobre dernier n'ont pas vraiment contribué à lever.

1. La fiche de prévention de la pénibilité

Allant plus loin que la loi du 9 novembre 2010, la loi de janvier 2014 et les décrets du 9 octobre se fondent sur une prise en compte du passé du salarié. Les activités passées et présentes du salarié doivent ainsi servir à mieux connaître et à prévenir l'état individuel de pénibilité du travail.

Pour certains salariés exposés à des facteurs de risques professionnels identifiés à l'article D. 4161-2 du Code du travail, l'employeur doit établir une fiche individuelle de pénibilité. Ces risques sont regroupés en trois catégories : les contraintes physiques marquées (porter ou tirer des charges lourdes, maintenir les bras en l'air pendant un certain temps,...) ; un environnement physique agressif (exposition à des agents chimiques dangereux, des températures extrêmes, au bruit,...) ; les rythmes de travail (travail de nuit, en équipes successives alternantes ou répétitif).

Cette fiche, propre à chaque salarié concerné, doit indiquer les conditions de pénibilité auxquelles le travailleur est exposé (exposition au bruit au-delà de 80 décibels plus de 600h/an par exemple), la période d'exposition, les mesures de prévention pour réduire ou faire disparaître cette exposition.

L'établissement d'une fiche de prévention de la pénibilité n'est obligatoire que lorsque l'exposition au facteur de pénibilité dépasse les seuils fixés par le décret n° 2014-1159 du 9 octobre 2014 et repris à l'article D. 4161-2 du Code du travail. La fiche est établie annuellement. L'exposition des travailleurs au regard des seuils mentionnés ci-dessus est appréciée après application des mesures de protection collective et individuelle. La fiche de prévention de la pénibilité doit être communiquée au service de santé au travail et va compléter le dossier médical en santé au travail de chaque travailleur. Elle doit également être transmise aux travailleurs concernés à la fin de chaque année civile ou, pour ceux qui quittent l'entreprise avant cette date, au plus tard le dernier jour du mois qui suit la date de fin du contrat. Elle est dans tous les cas en permanence à la disposition du salarié qui en fait la demande.

Les textes entretiennent une certaine confusion entre la pénibilité au travail et les risques profes-

1 - JORF du 10 octobre 2014.

2 - Loi n°2010-1330, JORF du 10 nov. 2010.

3 - Loi n°2014-40, JORF du 21 janv. 2014.

sionnels⁴. L'article D. 4161-2 indiquant les situations de travail qui rendent obligatoire l'établissement d'une fiche individuelle mentionne ainsi des « facteurs de risques professionnels ». S'il ne fait pas de doute que la fiche individuelle de prévention de la pénibilité s'ajoute au document unique d'évaluation des risques professionnels, la question se pose cependant de savoir si l'absence ou l'insuffisance de cette fiche aura les mêmes conséquences que l'absence ou l'insuffisance de document unique d'évaluation des risques.

Par son lien avec les facteurs de risques professionnels, la fiche individuelle de pénibilité s'approche davantage d'une version individualisée du document unique d'évaluation des risques dont l'existence même et le contenu peuvent influencer une éventuelle responsabilité de l'employeur, que le risque se soit concrétisé ou non. Dans l'hypothèse d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle toutefois, l'absence ou l'insuffisance de mesures de prévention expose l'employeur à la qualification de faute inexcusable et à l'obligation de réparer les préjudices qui en ont résulté. L'absence ou l'insuffisance du contenu de la fiche individuelle de pénibilité aboutirait très certainement aux mêmes conséquences. L'employeur ne peut en effet se contenter d'indiquer dans la fiche les facteurs auxquels est exposé le salarié mais doit aussi mentionner les mesures mises en œuvre pour faire disparaître ou réduire l'exposition du salarié à ces facteurs⁵. Pour certains cet outil pourrait se révéler être une lame à double tranchant puisqu'en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les indications figurant dans la fiche pourraient suffire à prouver la conscience que l'employeur avait du danger⁶. Mais même si aucun accident du travail ou maladie professionnelle ne survient la responsabilité de l'employeur pourrait être engagée sur le simple fondement de l'obligation de sécurité, comme la Cour de cassation l'a décidé récemment au sujet d'un employeur n'ayant pas établi de document unique d'évaluation des risques⁷. Cette responsabilité civile de l'employeur défaillant s'ajoute à une responsabilité pénale prenant la forme d'une amende de 1500 euros maximum appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par le non-respect de l'obligation⁸.

Le lien avec le document unique d'évaluation des risques ressort plus encore du nouvel article R. 4121-1-1 du Code du travail qui oblige l'employeur à consigner en annexe dudit document les « données collectives utiles à l'évaluation des expositions individuelles aux facteurs de risques » issus des situations de travail pénibles visées par les textes réglementaires. Ceci dans le but de faciliter l'élaboration des fiches de prévention de la pénibilité.

4 - S. Fantoni-Quinton, La pénibilité au travail : un concept à géométrie (très) variable, RDSS 2012, p. 163 s.

5 - Art. L 4161-1 c. trav.

6 - S. Fantoni, op. cit.

7 - Cass. soc., 8 juill. 2014, n°13-15470 ; JDSAM 4-2014, p. 83, note N. Desbacq.

8 - Art R4741-1-1 c tray

té. Devra également être annexée à ce document unique une indication de la proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels indiqués ci-dessous. À chaque mise à jour du document unique cette proportion devra l'être également.

Les situations de travail détaillées dans l'un des décrets du 9 octobre 2014 sont clairement assimilées à des risques professionnels. Outre les conséquences décrites plus haut, cela permet de faire ressortir la nécessité pour l'employeur d'adopter une démarche préventive, notamment à travers la fiche individuelle. Mais la vision de la pénibilité retenue par le législateur et les décrets du 9 octobre ne permettra pas d'atteindre pleinement cet objectif. La pénibilité au travail y est en effet objectivée car seuls sont concernés par la fiche individuelle les salariés atteignant des seuils précis d'exposition mentionnés à l'article D. 4161-2 du Code du travail. L'existence de seuils précis est certes nécessaire dès lors que l'obligation d'établir une fiche de prévention de la pénibilité ne s'applique pas pour tous les salariés. Mais outre l'habituel sentiment d'injustice que peuvent ressentir les salariés situés juste en dessous du seuil et les employeurs situés juste au-dessus, le contrôle du franchissement ou non de certains de ces seuils sera parfois concrètement impossible. On pense par exemple au salarié tenu de maintenir au moins 900 heures par an les bras en l'air à une hauteur située au-dessus des épaules ou d'avoir des positions accroupies ou à genoux ou du torse en torsion à 30 degrés ou fléchi à 45 degrés. L'observation des fiches de poste peut certes permettre de contourner ce type de difficulté mais en droit du travail le contrôle du juge porte toujours sur les conditions réelles de travail et non sur les seuls documents écrits.

L'objectivation de la pénibilité que mettent en œuvre les textes commentés, et principalement le tableau de l'article D. 4161-2, implique en outre une vision réductrice de la pénibilité au travail et plus largement des politiques préventives en santé au travail. Les textes se contentent d'adopter une vision physique de la pénibilité⁹, limitée à des situations de travail précises et mettent par conséquent de côté toute auscultation des conditions de travail, en ce compris les impacts que celles-ci peuvent avoir sur la santé mentale des salariés. La pénibilité liée au stress n'est par exemple pas concernée par la fiche individuelle de prévention de la pénibilité car trop subjective et déconnectée en apparence des risques physiques. Sur ce point le législateur et le pouvoir réglementaire ont adopté une vision surannée de la santé au travail, laquelle pourtant ne peut être approchée par la seule exposition aux risques et doit tendre davantage vers la promotion de la santé et de la qualité de vie au travail¹⁰. Que penser sur ce point de la cohérence entre les textes relatifs à la pénibilité

9 - M. Caron, P. Y. Verkindt, « L'effort humain ». Regards sur la pénibilité. D. 2011, p. 1577.

10 - H. Lanouzière, Prévenir les risques ou promouvoir la santé ? Comment passer d'une posture réactive à une démarche proactive ? In La prévention des risques au travail, 25 ans après la directive-cadre du 12 juin 1989, Sem. Soc. Lamy, supplément n°1655, 8 déc. 2014, p. 32 et 34.

au travail et les belles déclarations d'intention retenues dans l'accord du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail ? La prise en compte de la pénibilité au travail laissait pourtant présager d'une vision plus globale de la personne au travail, opinion confortée en apparence par la mise en place du compte personnel de prévention de la pénibilité.

2. Le compte personnel de prévention de la pénibilité (CPPP)

La fiche individuelle de pénibilité permettra de savoir quels sont les salariés qui bénéficieront d'un CPPP. Ce compte est en effet ouvert aux salariés qui sont exposés à un ou plusieurs facteurs de risques (v. ci-dessus) et qui dépassent les seuils fixés par les décrets du 9 octobre. La question de savoir si les seuils d'exposition sont dépassés ou non est appréciée après application des mesures de protection collectives et individuelles.

L'exposition du salarié à ces facteurs de risques ouvre droit à un certain nombre de points :

- 4 points par an lorsque le salarié est exposé à un seul facteur de risque professionnel
- 8 points par an lorsque le salarié est exposé à plusieurs facteurs de risques professionnels

Le salarié conserve son compte pendant toute sa carrière, même s'il change d'entreprise. Le nombre total de points ne peut cependant excéder 100.

Le salarié peut utiliser son CPPP de trois manières :

- Payer tout ou partie d'une formation ayant pour but d'accéder à un emploi non exposé ou moins exposé à des facteurs de pénibilité. Chaque point ouvre ici droit à 25 heures de prise en charge de tout ou partie des frais de formation. Les 20 premiers points inscrits sur le CPPP sont par ailleurs réservés à une action de formation professionnelle et ne peuvent donc être utilisés pour les deux autres possibilités ouvertes par le CPPP.
- Les points alimentant le CPPP, dès lors que le salarié en a plus de 20, peuvent également financer le complément de rémunération d'un salarié qui souhaite passer à temps partiel. Un salarié à temps plein peut ainsi utiliser son CPPP pour passer à temps partiel tout en continuant à recevoir l'équivalent d'un salaire à temps plein. Le complément de rémunération est remboursé par la caisse d'assurance vieillesse à l'employeur. 10 points donnent droit à trois mois de complément de salaire pour le passage d'un temps complet à un mi-temps.

Sur la demande de passage à temps partiel les textes réglementaires opèrent un renvoi partiel aux textes de droit commun relatifs au temps partiel. La demande devra ainsi être adressée par lettre recommandée à l'employeur au moins 6 mois avant la date envisagée pour la mise en œuvre du temps partiel. Mais contrairement à une demande de temps partiel hors CPPP, l'employeur ne pourra refuser le passage à temps

partiel que s'il justifie d'une impossibilité liée à l'activité économique de l'entreprise. La question est de savoir si cette impossibilité sera interprétée de manière suffisamment large pour englober les cas de refus existants pour le passage à temps partiel « classique ». Rappelons qu'en dehors des droits accumulés dans le cadre du CPPP, l'employeur peut refuser le passage à temps partiel demandé par un salarié s'il justifie de l'absence d'emploi disponible relevant de la catégorie professionnelle du salarié ou de l'absence d'emploi équivalent ou s'il peut démontrer que le changement d'emploi aurait des conséquences préjudiciables pour la bonne marche de l'entreprise¹¹. À première vue les termes employés pour le refus d'un temps partiel demandé dans le cadre du CPPP sont plus restrictifs et ne semblent se référer qu'au troisième motif de refus. Une telle interprétation serait logique, le salarié ayant capitalisé des droits dans son CPPP n'étant pas dans la même situation que tout autre salarié demandant un passage à temps partiel. Cette capitalisation de droits en raison d'une situation de travail reconnue comme pénible justifie que les motifs de refus pouvant lui être opposés soient plus restreints que pour toute autre demande de passage à temps partiel. L'objectif de prévention de la pénibilité renforce cette idée.

- Enfin, le salarié qui a acquis plus de 20 points et qui a au moins 55 ans peut convertir ses points en trimestres de cotisations à l'assurance vieillesse, dans le but de partir plus tôt à la retraite. Dans ce cadre, 10 points donnent droit à un trimestre de majoration (pour les assurés nés après le 1er janvier 1973, 172 trimestres de cotisation sont nécessaires pour bénéficier d'une pension de retraite à taux plein). S'il dispose d'un nombre de points suffisants un assuré peut ainsi décider de liquider son CPPP pour financer un départ anticipé en retraite. L'utilisation des droits acquis au titre du CPPP pour majorer le taux de la pension de retraite et bénéficier d'un départ anticipé doit être distingué du droit à un départ anticipé dont bénéficient les salariés auxquels a été attribué un taux d'incapacité permanente de 10 ou 20 %, en application des articles D 351-1-8 et suivants du Code de la sécurité sociale.

Si le salarié conteste le nombre de points figurant sur son CPP, il doit d'abord porter sa réclamation auprès de l'employeur puis ensuite seulement, en cas de rejet de sa demande par l'employeur, il portera sa demande devant la caisse d'assurance vieillesse à laquelle il est rattaché. S'il souhaite contester la décision de la caisse il devra saisir le Tribunal des affaires de sécurité sociale, mais sans passer par la phase de règlement amiable applicable habituellement devant cette juridiction.

Le dispositif relatif au CPPP présente au premier abord l'avantage du choix laissé au salarié entre différentes utilisations possibles. Priorité est certes donnée à la formation mais cela semble cohérent au



11 - Art. L 3123-6 c. trav.

regard non seulement de l'objectif de prévention des risques et plus largement de promotion de la santé et de la qualité de vie au travail. Le bien-être peut en effet passer par une plus grande mobilité professionnelle choisie. La priorité donnée à la formation rejoint par ailleurs les objectifs de personnalisation des trajectoires professionnelles promue par la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle¹² qui a notamment créé le compte personnel de formation, lequel suivra les salariés tout au long de leur carrière, qu'ils changent ou non d'entreprise. Le compte personnel de prévention de la pénibilité reprend cette logique de personnalisation des parcours qui permet une meilleure traçabilité des expositions aux risques des salariés au cours de leur carrière. Les difficultés à déceler l'origine professionnelle de maladies telles que le cancer pourraient en être amoindries.

Mais le compte personnel de prévention de la pénibilité, malgré son nom, ne poursuit pas uniquement un objectif de prévention et répond aussi partiellement à une logique de compensation. Permettre à un salarié de partir en retraite plus tôt que les autres réduira certes le temps d'exposition à des situations de travail pénibles mais n'obligerà à aucun moment l'employeur à résorber cette pénibilité et donc à prévenir les risques professionnels qui pourraient en résulter.

Ajoutons pour conclure que le compte personnel de prévention de la pénibilité au travail présente lui aussi, par contagion, les inconvénients liés aux effets de seuil et à l'objectivation de la pénibilité déjà soulignés plus haut au sujet de la fiche de prévention de la pénibilité. Elle est certes plus justifiable dans le cadre du CPPP dans la mesure où certains salariés n'en bénéficieront pas et pourraient ainsi se prévaloir d'une rupture d'égalité avec les bénéficiaires des droits attachés au CPPP. Or toute rupture d'égalité doit nécessairement être justifiée par des éléments objectifs, ce qui peut nécessiter à première vue le recours à des critères précis et physiques, plus objectifs, pour déterminer les salariés qui bénéficieront du CPPP et ceux qui en seront exclus. Rien ne s'opposerait cependant à ce que des salariés ne remplissant pas les critères fixés par décret mais victimes de situations de travail pénibles à supporter mentalement soient, par la grâce d'une décision rendue par tel ou tel organisme, déclarés après enquête comme éligibles au dispositif du CPPP. Le principe d'égalité entre salariés n'en souffrirait pas dès lors que le rendu de la décision serait entouré de garanties visant à en éviter l'arbitraire. Mais pour cela, encore faut-il dépasser les visions obsoletes de la santé au travail centrées sur le risque physique. Ne pas le faire revient à mettre de côté les évolutions du travail, des techniques managériales et du droit de la santé au travail. C'est au fond nier tout le progrès que peut représenter l'appréhension de la pénibilité du travail tout au long de la carrière des salariés.

Stéphane Brissy

12 - Loi n°2014-288, JORF du 6 mars 2014.

La dimension collective de la pénibilité au travail

L'année 2015 pour les équipes RH est marquée par deux chantiers ayant plus d'un point commun : la mise en œuvre du compte personnel de formation et la concrétisation du dispositif « pénibilité ». Plus d'un point commun puisque :

- le cœur de ces chantiers consiste en la création de comptes individuels (Compte Personnel de Formation d'un côté, Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité, ci-après « compte pénibilité » de l'autre) ;
- ces dispositifs matérialisent la tendance de fond liée à l'individualisation des droits sociaux, qui du compte épargne temps au DIF permettent de matérialiser la notion de parcours professionnel, de trajectoires personnelles au sein d'un marché du travail chaotique diront certains, fluidifié diront d'autres ;

Il serait pourtant réducteur ou irresponsable, selon que l'on se place du point de vue du théoricien ou de celui du praticien, de cantonner le dispositif « pénibilité » au compte personnel. Si ce dernier est au cœur des débats, c'est surtout pour des raisons politiques : pour s'en convaincre, puisque nos esprits sont encore marqués par les chants de Noël, nous renvoyons nos lecteurs au visionnage du clip de la désormais célèbre chanson de l'UPPIA-MEDEF des Côtes d'Armor résumant ainsi l'opposition patronale à ce compte par le vers suivant : « *Ta pénibilité les Allemands n'en ont pas et nous on n'en veut pas* ». Honni parce que symbolisant la complexité du droit social et la lourdeur imposée par de froids technocrates à la liberté bouillonnante des entrepreneurs, le compte pénibilité n'en demeure pas moins un outil de traçabilité utile. Si, sur la forme, sa mise en œuvre en période économique difficile peut légitimement être analysée effectivement en une contrainte asynchrone, il faut garder à l'esprit que sur le fond, ce dispositif est en lien direct avec la réforme des retraites et l'allongement de la durée des cotisations ayant évité, pour nos entreprises, une augmentation démesurée des charges sociales.

Puisque le compte pénibilité est au cœur des débats, nous vous proposons, trêve des confiseurs oblige, de déplacer l'objet de nos observations sur l'aspect collectif, puisque la date du 1^{er} janvier 2015 ne rime pas uniquement avec la mise en place de dispositifs individuels mais également avec une nouvelle conception de la négociation collective sur le thème de la pénibilité.

En effet, deux modifications se font jour :

- d'une part, la minoration transitoire quantitative de l'obligation de négociation ;
- d'autre part, le renforcement qualitatif de l'exigence de négociation ;

Deux mouvements, traduisant une logique « gagnant-gagnant » dans laquelle moins d'entreprises seront dans l'immédiat amenées à négocier (1) mais

où celles qui seront tenues de le faire seront obligées à une réelle négociation (2).

1. Aménagement de l'obligation de négocier

Lorsque la réforme des retraites du 09 novembre 2010¹³ a privilégié, pour de strictes raisons démographiques, l'allongement de la durée de cotisations à l'augmentation des cotisations, insupportables en période de contraction économique, la contrepartie a été de prendre en compte la pénibilité des métiers, partant du principe que si l'espérance de vie moyenne progressait pour tout le monde, elle ne progressait pas dans les mêmes proportions pour un ouvrier de la métallurgie que pour un cadre administratif et que, nécessairement, les conditions de travail ont, sur la longueur, un impact mesurable sur la durée de la vie après le travail, donc sur la retraite.

Initialement, dans la formulation issue de la loi de 2010, le principe était donc d'obliger les entreprises à négocier des mesures de prévention selon les conditions suivantes : les entreprises d'au moins 50 salariés (ou appartenant à un groupe d'au moins 50 salariés), avaient l'obligation de négocier un accord ou d'élaborer un plan d'action de la prévention de la pénibilité si au moins 50 % de leur effectif est exposé à un ou plusieurs facteurs d'exposition à un risque professionnel. À cette époque, trois catégories de facteurs de pénibilité avaient été retenues :

- Les facteurs liés à des contraintes physiques marquées ;
- Les facteurs liés à un environnement physique agressif ;
- Les facteurs liés à certains rythmes de travail.

... dès lors, condition importante, que ces expositions sont susceptibles de laisser des traces constantes, reconnaissables et définitives sur la santé.

En 2011, un décret du 30 mars est venu préciser le contour exact de ces facteurs en retenant 10 facteurs de pénibilité¹⁴ :

- les manutentions de charges lourdes ;
- les postures pénibles ;
- les vibrations mécaniques ;
- l'exposition aux agents chimiques dangereux;
- les activités en milieu hyperbare;
- les températures extrêmes ;
- le bruit;
- le travail de nuit;
- le travail en équipes successives alternantes ;
- le travail répétitif (*répétition d'un même geste, à un rythme contraint, exigée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rétribution à la pièce, avec un temps de cycle défini*).

13 - Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, JO n° 0261 du 10 novembre 2010.

14 - Décret n° 2011-354 du 30 mars 2011, JO n° 0076 du 31 mars 2011.

Dans le cas contraire, les entreprises « récalcitrantes » ou « retardataires » risquent une pénalité égale au plus à 1 % de la masse salariale des exposés à un ou plusieurs facteurs.

Une circulaire du Ministère du Travail du 28 octobre 2011 était venue apporter des précisions sur le contour de cette obligation de négocier, en indiquant principalement que d'une part, le taux d'exposition de 50 % devait être apprécié par rapport à l'ensemble des salariés de l'entreprise et, d'autre part que c'était à l'employeur de déterminer cette proportion, au risque de créer un effet de seuil particulièrement marqué du fait d'une part de l'absence de critères pondérés d'exposition réelle et d'autre part, de l'absence de mesure de prévention négociée obligatoire dans les entreprises où une minorité de salariés sont affectés à un poste pénible (atelier ou service isolé).

Les décrets du 09 octobre 2014, pris en application de la loi du 20 janvier 2014, sont venus aménager l'obligation de négocier, en apportant deux modifications sensibles :

- premièrement, en termes quantitatifs, ils précisent mathématiquement les seuils d'exposition, facteur de pénibilité par facteur de pénibilité ;
- deuxièmement, en termes chronologiques, ils créent un étalement dans le temps de l'obligation de négocier en précisant que pour 2015, seuls quatre facteurs sont applicables :

- Travail de nuit (avec un seuil d'exposition plus cantonné que la définition légale du travail de nuit, soit 1 heure minimum de travail en plage nocturne entre 24 heures et 5 heures, au minimum pendant 120 nuits/an) ;
- Travail en équipes successives alternantes ;
- Travail répétitif caractérisé par la répétition d'un même geste à cadence contrainte (imposée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce), avec un temps de cycle défini (le seuil d'exposition étant ici calculé à partir d'un temps de cycle inférieur ou égal à 1 minute et/ou, si le temps de cycle est supérieur, sur la base de 30 actions techniques ou plus par minute ; pendant au moins 900 heures par an).
- Activités en milieu hyperbare (avec un seuil d'exposition fixé en intensité/durée minimale à 1 200 hectopascals pour 60 interventions ou travaux par an).

Les six autres facteurs (manutention de charges lourdes, températures extrêmes, vibrations, postures, environnement chimique, exposition au bruit) seront à prendre en considération, sous l'angle de la négociation, à compter du 1^{er} janvier 2016.

L'analyse la plus évidente est que l'édition de tels niveaux précis d'exposition va, de fait, réduire le nombre de salariés exposés et donc, potentiellement, le nombre d'entreprises obligées de négocier sur le thème, certains salariés placés en situation de pénibilité de façon inférieure au seuil n'entrant plus dans le décompte.

Néanmoins, ce double-aménagement (quantitatif et chronologique) ne doit pas faire oublier que nous n'en sommes qu'à la première phase du dispositif et que, dès 2018, la tendance va clairement s'inverser à travers l'abaissement à 25 % du seuil d'exposition global actuel de 50 %¹⁵ dans l'article D. 4163-1 du Code du travail. Cette pause est donc strictement relative et doit être considérée surtout comme préalable à une quasi-généralisation de la prise en compte collective de la pénibilité par les entreprises à moyen ou long terme.

2. Renforcement de la qualité des négociations

Jusqu'à présent et sous le régime de la loi de 2010, les entreprises assujetties à l'obligation de prendre des mesures de prévention de la pénibilité disposaient d'une alternative entre :

- la mise en œuvre d'un accord collectif sur le sujet ;
- la mise en place d'un plan d'actions unilatéral.

Désormais, le mécanisme d'option disparaît et primauté est donnée à la recherche d'un accord. En effet, la loi prévoit que la voie du plan d'actions unilatéral ne pourra être mis en œuvre que si des négociations ont eu lieu et qu'elles ont échoué.

Même si la loi de 2010 et les décrets pris en son application prévoient le contrôle par la DIRECCTE (Inspection du Travail) du contenu des plans et accords sur le sujet et exigent des mesures chiffrées permettant de pondérer les engagements et concrétiser la démarche de prévention, le premier bilan réalisé par la Direction Générale du Travail auprès du Comité d'Orientation des Retraites en novembre 2012, pointait le relatif retard pris dans la conclusion des accords de branche et d'entreprises sur le sujet¹⁶ du fait de son caractère « récent » et de l'option prise par nombre d'entreprises de régulariser au plus tôt leur obligation de négocier en adoptant préalablement des accords de méthode.

Il convient de rappeler ici que, si les entreprises retardataires s'exposent à une contribution de 1 % de leur masse salariale, cette dernière est modulable en fonction des « efforts » réalisés par l'entreprise afin de parvenir à un accord. Nombre d'entreprises, afin à la fois d'appréhender sérieusement le thème et de ménager l'éventuelle impatience de son Inspection du Travail, a fait le choix équilibré de conclure en priorité un accord de méthode donnant à la fois des gages de traitement du sujet et de dialogue social. Ces accords de méthode permettent également de fixer un cadre paritaire au diagnostic préalable obligatoire tout autant qu'indispensable afin de mesurer effectivement la proportion d'exposition. Enfin un accord de méthode permet de fixer les mesures de coordination ou d'expertise qui seront

mises en œuvre (travail préparatoire avec le CHSCT, le Médecin du Travail, la CARSAT ou un expert extérieur).

Si elle a été utilisée par souci de pragmatisme et de diligence, la voie de l'accord de méthode semble désormais clairement favorisée par le nouveau dispositif puisque :

- la recherche d'un accord étant désormais prioritaire sur la procédure du plan d'actions, les entreprises devront donner des gages de dialogue social interne sur le sujet et mettre en œuvre une procédure concertée, négociée ;
- l'accord de méthode l'indiscutable avantage de permettre une signature non seulement rapide mais plus encore large par les organisations syndicales puisqu'il y est question de procédures et de diagnostic et non du fond des mesures de prévention ;
- l'accord de méthode permet de pallier le caractère mouvant des dispositifs, notamment pour les entreprises déjà dotées d'un accord (sous l'empire de la loi de novembre 2010) et qui devront aménager ce dispositif en fonction des seuils désormais chiffrés...mais aussi pour l'étape suivante (la perspective, en 2018, de voir le seuil global d'exposition passer de 50 % à 25 %) ;
- il sera plus aisément pour les entreprises de faire constater un échec des négociations et donc de mettre en place un plan d'actions unilatéral suite à un réel travail préparatoire mis en œuvre à la suite d'un accord de méthode initial qu'à la suite de réunions de négociations « *au débotté* » ;

Cette attirance pour l'accord de méthode souligne bien quelle parade la pratique a dû trouver face au paradoxe de fond de la négociation sur la pénibilité marqué d'une part par l'exigence d'un travail approfondi afin de réellement prévenir l'exposition à un risque professionnel et, d'autre part, la nécessité d'aller vite afin de s'accorder avec le caractère incontournable de la réforme des retraites ayant créé, si ce n'est inspiré, ce thème. En donnant primauté à l'accord, les pouvoirs publics ont souhaité non seulement renforcer la démocratie sociale en entreprise mais faire sortir la pénibilité du registre de la stricte formalité bureaucratique. Néanmoins, la pénibilité ne saurait être réduite ni à la négociation collective, ni au compte personnel évoqué dans notre introduction puisque demeurent imperturbables et incontournables les concepts de risque professionnel (indépendant des chiffres, des seuils, des taux d'exposition) et d'obligation de sécurité de résultat... Le principal écueil serait donc à ce stade de considérer que les travaux sur la pénibilité sont susceptibles de suffire à remplir son obligation en matière de prévention des risques. Parvenir à la conclusion d'un accord sur la pénibilité ne saurait faire oublier la démarche générale de prévention des risques professionnels à laquelle tout employeur, quel que soit son nombre de salariés, est tenu.

Nicolas Desbacq

¹⁵ - Décret 2014-1160 du 09 octobre 2014, article 2, JORF n° 0235 du 10 octobre 2014.

¹⁶ - <http://www.cor-retraites.fr/IMG/pdf/doc-1869.pdf>.

L'auto-évaluation des salariés ; un nouveau champ d'action privilégié pour le C.H.S.C.T.

A l'occasion de son rapport du 04 mars 2014 portant « trente-trois propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail »¹⁷, le Professeur Pierre-Yves Verkindt observe une profonde évolution des missions dévolues au C.H.S.C.T.

La problématique, également récente des techniques d'entreprise d'auto-évaluation, est précisément de celles qui ont renforcé l'intervention des C.H.S.C.T., pour juger de pratiques jusqu'alors justifiées par le seul pouvoir de direction de l'employeur.

Demain, l'auto-évaluation des salariés justifiera une collaboration sans cesse plus étroite entre le C.H.S.C.T. et l'employeur, seule susceptible de prévenir l'irruption d'un troisième homme, lui aussi sans cesse plus présent ; le magistrat.

Apparu aux États-Unis au début des années 2010, le phénomène de « self-quantifying » a profité de l'explosion du marché des objets connectés. Les données collectées par ces objets (contrôle du poids, capacités sportives, taux de glycémie, de stress, niveau d'humeur ...) sont des données à caractère personnel, au sens de la loi n° 78-17 du 06 janvier 1978.

La banalisation du « self-quantifying » a également une résonance dans l'entreprise, en amoindrissant la résistance naturelle des intéressés aux pratiques tendant à auto-évaluer leurs performances.

Finalement, l'auto-évaluation apparaît comme une simple transposition au monde du travail des pratiques désormais courantes de la vie privée.

Or, de telles pratiques, lorsqu'elles mesurent la performance professionnelle, sont susceptibles d'avoir une influence, positive ou négative, sur la carrière des salariés.

La jurisprudence récente connaît de cas dans lesquels, par exemple, un salarié a été licencié pour insuffisance professionnelle ensuite de la présentation d'un rapport interne d'auto-évaluation.

Singulièrement dans cette affaire, les magistrats ont constaté que ledit rapport était l'œuvre d'un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise, dont l'impartialité n'était pas démontrée¹⁸.

17 - « Le C.H.S.C.T. au milieu du gué », P.-Y. Verkindt, rapport au Ministre du travail, 04 mars 2014.

18 - CA Dijon, Chambre sociale, 17 avril 2014, RG n° 13/00358. Dans cette affaire, le rapport intitulé « rapport synthétique des résultats de l'auto-évaluation sur la base des indicateurs de performance », réalisé par une coordinatrice du groupe Korian et un expert « EC6 », contenait un certain

L'auto-évaluation est également présente dans la Fonction publique hospitalière, à telle enseigne qu'elle est prise en compte dans les dispositifs gouvernant le détail de la mise en œuvre de l'entretien professionnel¹⁹.

L'auto-évaluation est encore une pratique largement diffusée dans les instances de l'UE, notamment pour l'accès aux concours²⁰.

L'auto-évaluation est parfois exigée par des tiers à l'entreprise, voire le législateur, ce qui peut conduire à une remise en cause indirecte des pratiques du personnel²¹.

À l'évidence, la généralisation de ces pratiques, qui ont aussi des vertus requiert la vigilance des institutions représentatives du personnel, au premier rang desquelles le C.H.S.C.T²².

S'agissant de mesurer la performance de ses salariés, sous l'observation attentive du C.H.S.C.T. l'employeur mettra en place ses pratiques d'auto-évaluation sur la base de critères nécessairement objectifs (I).

Par son objet toutefois, l'auto-évaluation justifie qu'aux critères objectifs d'appréciation des performances professionnelles, l'employeur mêle une dose de subjectivité sans laquelle la mesure serait impersonnelle (II).

I. Objectivité contrôlée

Dès lors qu'elles reposent sur la mise en œuvre de critères objectifs, les pratiques d'auto-évaluation des salariés sont admises (A). Ce d'autant plus que l'évolution des dispositifs légaux et conventionnels requiert le développement de telles pratiques (B).

Comme en toutes choses cependant, l'excès de créativité est banni (C).

A. Pratiques autorisées

La faculté pour l'employeur d'évaluer ses salariés est une prérogative qui résulte de son pouvoir de direction.

nombre d'observations qui ont été pour l'essentiel, reprises dans la lettre de licenciement, prononcé de surcroit contre un salarié qui était en arrêt maladie depuis deux mois à l'époque où a été réalisé le rapport.

19 - Dans la FHP - Circulaire DGOS/RH4 n° 2012-14 du 12 janvier 2012.

20 - En ce sens, v. Tribunal de la fonction publique, 24 avril 2013, F-73/11, CB, Commission européenne.

21 - Ainsi, une l'association s'était engagée à mettre en œuvre l'auto-évaluation et l'évaluation externe prévues par le code de l'action sociale et des familles « sous peine de perdre les ressources de fonctionnement qui proviennent exclusivement du conseil général ». CA Pau, Chambre sociale, 10 Juillet 2014, RG n° 14/02582 et n° 12/02255.

22 - « Le présent rapport part du principe que dans un contexte où les pratiques managériales tendent à éloigner les décideurs du travail réel, les membres du C.H.S. C.T. sont les premiers experts de leurs propres conditions de travail et de celles de travailleurs qu'ils représentent » P.-Y. Verkindt, rapport au Ministre du travail, 04 mars 2014, p. 99.

Dans ce cadre, nombre de juridictions du fond admettent la technique de l'auto-évaluation²³.

En pratique, l'employeur remet aux salariés, préalablement à l'entretien un document d'auto-évaluation. Il s'agit d'un travail préparatoire destiné à éviter que l'entretien se déroule « à chaud », et traduise davantage un ressenti qu'une véritable prise de recul par le salarié sur son activité.

Une grille d'auto-évaluation est souvent fournie, qui vise plusieurs critères (rigueur, réactivité, organisation, respect des consignes, capacité d'initiative, esprit d'équipe ...).

L'évaluation dite «360° feed-back», est une méthode d'origine américaine qui connaît un succès croissant depuis le début des années 2000. Ce type d'évaluation combine auto-évaluation et évaluation par des collègues de travail, et permet une comparaison du regard du salarié sur lui-même avec celui de ses collègues de travail.

Ces mécanismes nouveaux éveillent l'intérêt méfiant des I.R.P.

L'auto-évaluation a pour objet de valoriser le salarié, mais doit permettre également d'en pointer les insuffisances.

Puisque cette pratique appartient au pouvoir de direction de l'employeur, ce dernier peut théoriquement préciser à ses salariés que la participation aux mécanismes d'évaluation est obligatoire²⁴.

Il est donc admis que l'employeur impose au salarié un processus à l'issue duquel pourront être mis en évidence un certain nombre de manquements.

Le salarié conserve par contre le droit de refuser de signer le compte-rendu final de son entretien annuel d'évaluation. La manifestation de son désaccord avec les observations qui lui ont été faites n'est pas fautive et ne justifie aucune mesure disciplinaire, ni mise à pied²⁵, ni licenciement²⁶.

Il reste que la particularité du processus d'auto-évaluation est de conduire le salarié à pointer lui

23 - Paris, Pôle 6, chambre 3, 11 Mars 2014, RG n° 11/10507. Ici la pratique de l'auto-évaluation est admise alors même qu'elle met le salarié en difficultés. De même, Paris Pôle 6, chambre 5, 3 Avril 2014, RG n° 13/05292.

24 - « S'agissant de la remise tardive de l'auto évaluation de la mission CNIEL, alors que le document intitulé « KPMG's Global Skills and Behaviors - Engagement Review », énonce que l'auto-évaluation doit être renseignée dans les deux semaines suivant la fin de la mission, la société KPMG établit que, malgré au moins une relance en juin 2008, son auto-évaluation pour la mission CNIEL, qui s'était déroulée du 17 mars au 15 mai 2008 n'a été renseignée par Monsieur Sznaper que le 12 septembre 2008 ; que la circonstance que la mission n'ait pas été terminée le 5 mai 2008, date limite de remise des évaluations devant être rendues avant « l'Interim Review » et que l'auto-évaluation ait été rendue à temps pour la « Year End » ne saurait justifier le retard avéré au regard des règles fixées par la société ; que ce grief est également établi » Versailles, Chambre 17, 5 Février 2014, RG n°12/03403.

25 - CA Chambéry, 19 janvier 2010, RG n° 09-1180: RJS 11/10 n° 829.

26 - CA Versailles, 9 octobre 2008, RG n° 07-3427: RJS 4/09 n° 312.

même ses manquements, pour les auto-dénoncer en quelque sorte à son employeur.

La réticence des représentants du personnel à l'égard de ce genre de pratiques se comprend donc, compte tenu du niveau accru de stress qu'elles sont susceptibles de porter.

Bien utilisé cependant, l'outil peut engager les parties dans une relation gagnant-gagnant.

D'ailleurs, la jurisprudence actuelle n'érige pas en principe que l'éventuel stress généré par l'évaluation au moment où elle intervient serait nécessairement supérieur à celui qui peut survenir à l'occasion de tout entretien important dans la vie d'un salarié.

L'observation vaut tant pour les techniques habituelles d'évaluation que pour la pratique de l'auto-évaluation, qui est la plus individualisée des méthodes:

« Cette évaluation est indispensable pour permettre à l'employeur d'assumer ses obligations en terme de formation et d'adaptation à l'emploi et peut être le critère objectif indispensable pour adapter au mieux la rémunération à l'emploi du salarié.

Aucune disposition légale ne permet de considérer qu'une évaluation collective serait plus adaptée, les spécialistes dans l'appréciation de la souffrance au travail cités par les deux parties étant en désaccord sur les effets de l'un ou l'autre des deux systèmes »²⁷.

Le moment de l'évaluation, quelles qu'en soient les modalités, est toujours pour le salarié générateur de stress au travail, que l'employeur ne saurait imposer sans en avoir préalablement soumis les effets prévisibles à l'examen des I.R.P., au rang desquelles le C.H.S.C.T.

Par ailleurs, il tombe sous le sens que le dispositif ne fonctionne que lorsque les participants s'y prêtent de bonne foi, et en confiance.

C'est donc seulement si la perspective de l'évaluation générât un stress durable et avait un impact sur les conditions de travail qu'elle pourrait être déclarée illicite.

B. Pratiques obligatoires

Au cours des dernières années, nombre de textes ont été adoptés, qui donnent à penser que l'évaluation des salariés quitte progressivement le champ de la simple faculté pour devenir obligation.

Au regard des objectifs poursuivis, rien ne permet d'exclure que l'auto-évaluation n'est pas appelée à y tenir une place de choix.

Tel est le cas des dispositifs relatifs à la formation professionnelle et au maintien de l'employabilité, qui nécessitent un bilan préalable des compétences du salarié.

27 - CA Versailles, 2 octobre 2012 n° 12-00276, 6^e ch., « Association CHSCT de la Sté Ge médical systems ».

Progressivement, de nouveaux entretiens d'évaluation individuelle s'imposent, distincts de celui que conduit l'employeur pour faire retour sur les résultats professionnels de l'année écoulée.

Classiquement, l'employeur est tenu d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail²⁸, essentiellement au moyen de la formation.

Cette obligation s'impose en particulier en cas de projet de licenciement économique.

L'employeur doit également veiller au maintien de l'employabilité des salariés, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

À cette fin, il les informe qu'ils peuvent bénéficier d'un conseil en évolution professionnelle mis en œuvre par les services publics.

Chacune de ces exigences constraint l'employeur à courir le risque d'une pratique d'évaluation non-conforme.

Mais l'abstention en la matière est tout aussi fatale.

Manque à ses obligations l'employeur qui ne prend pas l'initiative de la formation de ses salariés²⁹.

L'absence de formation du salarié pendant une longue période caractérise un manquement de l'employeur à son obligation même si l'intéressé n'a pas demandé à en bénéficier³⁰.

L'employeur qui manque à son obligation d'adaptation peut être condamné à réparer le préjudice subi par les salariés, distinct de celui résultant de la rupture du contrat de travail³¹.

Comment l'employeur peut-il déferer à son devoir de former ses salariés, sans le préalable d'une évaluation de leurs compétences et de leurs performances, donc de leur besoin de formation ?

La question s'aggrave depuis le 7 mars 2014, date à laquelle tous les employeurs doivent mettre en place l'entretien professionnel pour tous leurs salariés, et qui porte sur leurs perspectives d'évolution, notamment en termes de qualifications et d'emploi.

Cet entretien a lieu tous les 2 ans, il est distinct de l'entretien annuel d'évaluation et chaque salarié doit être informé de son droit à l'entretien professionnel lors de son embauche.

Tous les 6 ans, un état des lieux récapitule le parcours du salarié pour vérifier qu'il a bien bénéficié de tous les entretiens prévus, qu'il a suivi au moins une action de formation, acquis des éléments de certification par la formation ou une validation des acquis de l'expérience et progressé au plan salarial ou professionnel.

28 - Soc. 13 juillet 2010, pourvoi n° 08-44121; RJS 10/10 n° 717.

29 - Soc. 18 juin 2014, pourvoi n° 13-14916.

30 - Soc. 5 juin 2013, pourvoi n° 11-21255.

31 - Soc. 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-40.950.

En outre, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur doit organiser dans l'année suivant le 45^e anniversaire d'un salarié un entretien professionnel afin de l'informer notamment sur ses droits en matière d'accès au bilan d'étape professionnel, au bilan de compétences ou à une action de professionnalisation (C. trav., art. L. 6321-1).

De même, la salariée qui reprend son activité à l'issue d'un congé de maternité a droit à un entretien avec son employeur en vue de son orientation professionnelle (C. trav., art. L. 1225-27).

La Convention SYNTÉC, par exemple, comporte nombre de ces dispositions (Accord du 28 juin 2011 relatif à la formation professionnelle, art.2.2 ; Accord du 24 avril 2008 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 5 et art. 6 ; Accord du 23 octobre 2008 relatif à la formation professionnelle, art. 3.2.2 ; Accord du 27 décembre 2004 relatif à la formation professionnelle, art. 3.3.2 ...).

Là encore, l'employeur se trouve dans l'obligation de procéder à une évaluation des compétences professionnelles de ses salariés, afin de déterminer leurs besoins de formation, et de mesurer leurs perspectives d'évolution de carrière.

L'avenant à la Convention SYNTÉC, du 1er avril 2014 relatif aux forfaits jours est en ce sens, qui impose l'instauration de deux entretiens annuels obligatoires, et d'un entretien en cas de difficulté inhabituelle du salarié permettant un véritable suivi de la charge de travail du salarié respectant l'équilibre vie privée et vie professionnelle.

Peut-être l'accord national signé le 27 octobre 2014 par l'ensemble des partenaires sociaux relevant de la Convention SYNTÉC afférent à l'égalité hommes-femmes au travail aura-t-il sur le terrain de nouvelles implications en matière d'auto-évaluation.

Si l'objet particulier de ces entretiens nécessite qu'ils soient mis en œuvre en sus des entretiens annuels d'évaluation, l'auto-évaluation n'en pourra être absente sollicitant des salariés l'auto-analyse de leur besoins de formation.

Ces dispositifs créent une obligation ambiguë, imposant à l'employeur d'évaluer les besoins d'amélioration des compétences et d'identifier des leviers de progrès, sans porter sur les performances au travail proprement dites.

Dans la mesure où, précisément, la performance de terrain n'est pas l'objet premier de ces entretiens, l'auto-évaluation pourra s'y développer à moindre risque de stress pour le salarié.

L'employabilité et la préservation des compétences tout au long de la carrière pourront devenir le terrain privilégié d'épanouissement de l'auto-évaluation.

Il y a là matière à consulter le C.H.S.C.T.

C. Pratiques proscribes

Un système d'évaluation reposant sur un classement des salariés en fonction de quotas préétablis impératifs (*forced ranking*) est illicite³².

Le *benchmarking* en revanche, conçu comme outil de management basé sur la performance des salariés, n'est pas en lui-même créateur de souffrance au travail.

Toutefois, ses modalités d'application dans l'entreprise ne doivent pas causer aux salariés une souffrance, en les mettant en concurrence perpétuelle³³.

Autrement dit, il semble que le *benchmarking* outil licite d'évaluation des salariés, devient *forced ranking* outil illicite lorsqu'il conduit à mettre un place un classement reposant sur des quotas préétablis et obligatoires.

D'autres éléments tels que l'autonomie, le niveau de responsabilité, les formations suivies doivent donc être intégrés pour préserver la légitimité du dispositif d'évaluation. Mais devront demeurer exclus certains critères de mesure subjectifs et de type non-professionnels, comme bien évidemment l'appartenance syndicale, l'appartenance sexuelle, l'état de santé ... etc.

D'ores et déjà la voie semble particulièrement étroite, entre le risque d'une évaluation trop objective ne prenant en compte que les résultats, et le risque d'une évaluation trop subjective prenant en compte des facteurs de performance non-professionnels.

Derechef, il y a là matière à consulter le C.H.S.C.T.

II. Subjectivité mesurée

L'auto-évaluation des salariés ne saurait autoriser l'arbitraire, et doit donc mettre en œuvre des considérations objectives ... tout en conservant une dose de subjectivité sans laquelle elle ne serait pas personnelle, ni individualisée.

Entre ces deux paradigmes, la jurisprudence oscille (A), en quête de garanties (B).

Justifiant finalement que l'on évalue ... les procédés d'évaluation (C).

A. Une jurisprudence flottante

La jurisprudence oscille entre promotion nécessaire du mérite individuel et prévention des pratiques aggravant le stress au travail.

La plus grande prudence, dès lors reste de mise.

Des tendances se dessinent.

– Rejet de principe des références abstraites à la personnalité du salarié.

La Cour d'appel de Toulouse a considéré comme non-objectif le critère d'évaluation fondé sur l'appréciation du « courage » du salarié³⁴.

La numérologie, l'astrologie ou encore la morphopsychologie ne sauraient être retenues comme des critères d'évaluation des salariés.

Ces références ne sont pas conformes aux tendances actuelles de la jurisprudence et méconnaissent les articles L. 1222-2 et L. 1222-3 du Code du travail.

Elles ne seront pas acceptées par les C.H.S.C.T.

– Admission selective de références utiles et justifiées à la personnalité du salarié.

Le critère objectif par excellence est naturellement l'évaluation purement quantitative des résultats du salarié. Mais une telle approche peut s'avérer réductrice : un commercial atteignant, voire dépassant ses objectifs de vente doit-il bénéficier d'une notation maximale alors qu'il a des relations difficiles avec ses collègues de travail et néglige le travail en équipe ?

Confirmant un jugement rendu par le TGI de Versailles³⁵, la Cour d'appel de Versailles avait validé la mise en place par l'employeur d'un procédé d'auto-évaluation des salariés³⁶, faisant appel à des critères prenant en compte « *l'appréciation de l'imagination et de la clairvoyance du salarié* », en retenant :

« *En réalité, ces compétences, l'ouverture vers l'extérieur, la clairvoyance, l'imagination, la capacité à fédérer et l'expertise, dans la mesure où elles sont développées en relation avec le travail effectué, rentrent dans le cadre de l'évaluation professionnelle au sens strict du terme.*

De même, les énumérations faites sur trois colonnes, selon que le salarié doit se perfectionner, ou satisfait les attentes de façon régulière ou dépasse les attentes, (...), ne concernent que la manière dont le salarié remplit sa fonction.

Ainsi, les indications sur l'ouverture vers l'extérieur détaillent de manière très précise, les différents modes de positionnement et de réaction du salarié vis à vis du client, selon sa place dans l'entreprise.

Les indications données sur la clairvoyance décrivent l'aptitude à transmettre les informations importantes et à faire la part de ce qui doit être prioritaire et ce qui ne l'est pas dans la conduite de ses tâches.

34 - CA Toulouse 21 septembre 2011, RG n° 11-00604: RJS 12/11 n° 930.

35 - TGI Versailles, 28 octobre 2010, RG n° 10-270, « CHSCT GE Medical Systems c/ SCS GE Medical Systems ».

36 - CA Versailles 2 octobre 2012 n° 12-00276, 6^e ch., « Association CHSCT de la Sté Ge médical systems ». Il est d'ailleurs significatif d'observer que cet arrêt rendu par la Cour d'appel de VERSAILLES concerne une autre filiale du groupe General Electric, dont les pratiques qu'auto-évaluation ont été invalidées par le TGI Nanterre.

32 - Soc. 27 mars 2013, pourvoi n° 11-26.539: RJS 6/13 n° 425.

33 - C.A. LYON, 21 février 2014, RG n° 12/06988: FRS 7/14 inf. 7 p. 11.

Celles données sur l'imagination concernent l'aptitude soit à donner des idées nouvelles soit à appliquer des idées nouvelles.

Celles relatives à la capacité à fédérer visent l'aptitude à travailler en équipe, ou à animer et motiver une équipe.

Enfin, les observations sur l'expertise visent essentiellement les connaissances professionnelles et le souci de les actualiser et de les perfectionner.

Ce descriptif en lui-même ne peut sérieusement entraîner de critiques, l'ensemble des compétences répertoriées étant objectivement vérifiables et se situant dans la sphère de l'activité professionnelle ».

À plusieurs reprises, le TGI de Nanterre³⁷ a semblé prohiber en termes généraux le recours à l'auto-évaluation, et poser en conséquence une interdiction de principe.

En réalité, dans un jugement intervenu le 12 septembre 2013, les magistrats ont « seulement » constaté la non-conformité de la pratique d'auto-évaluation à l'article 36 de la convention collective applicable, et aux articles L. 1222-2 et L. 1222-3 du Code du travail.

Sans toutefois juger qu'en soi cette pratique porte atteinte à l'article L. 1121-1 du Code du travail, dont ils étaient pourtant saisis.

Il en résulte, *a contrario*, qu'un dispositif d'auto-évaluation des salariés ne constitue pas en soi une atteinte disproportionnée aux droits et libertés individuelles et collectives des salariés (art. L. 1121-1), dès lors qu'il repose sur des critères objectifs, professionnels et connus à l'avance des salariés (art. L. 1222-2 et art. L. 1222-3).

La Cour d'appel de Paris a récemment clarifié les débats, en jugeant que repose sur des critères transparents et objectifs le système d'évaluation qui porte sur la performance et les comportements professionnels, à la condition qu'il contienne des définitions ne portant pas sur la personnalité et les traits de caractère.

Les employeurs peuvent faire référence au comportement ... mais pas à la personnalité³⁸.

La Cour de cassation a approuvé un employeur d'avoir reproché à un salarié ses « difficultés à travailler en équipe », sa « susceptibilité excessive à l'égard de sa hiérarchie », de même que « son refus

37 - Le TGI de Nanterre a, de longue date montré son hostilité de principe aux mécanismes d'évaluation des salariés, dans un jugement rendu le 05 septembre 2008 (RG n° 08-5737: RJS 11/08 n° 1069), qui rappelait que les dispositifs d'évaluation des salariés doivent être pertinents au regard de la finalité poursuivie et reposer sur des critères objectifs et transparents. Il a confirmé cette lecture par un jugement plus récent du 12 septembre 2013 (RG n° 11/12781).

38 - CA Paris, Pôle 6, chambre 3, 11 mars 2014, RG n° 11/10207 « Il ne sera cependant pas retenu les appréciations antérieures sur les performances du salarié depuis son intégration chez PFIZER sinon pour remarquer que son auto-évaluation en 2009 a été corrigée - pour être majorée - par son manager, ce qui démontre l'attention portée à une évaluation objective ».

constant de se plier aux directives données et de s'intégrer dans les équipes de travail »³⁹.

– Nécessité d'un référentiel multiple, en fonction des niveaux et des métiers.

L'objet de l'évaluation est de permettre au salarié de comprendre en quoi son comportement est évalué. À cette fin, des livrets doivent être remis aux salariés évalués et en termes identiques aux évaluateurs, ce afin d'éviter tout risque ou grief d'arbitraire.

Des critères mettant en jeu la personnalité du salarié, qui restent subjectifs, peuvent être utilisés dans le cadre du processus d'évaluation, s'ils sont mesurables objectivement et en regard du contenu des tâches à accomplir.

Leur appréciation, et leur pondération dans le bilan de l'évaluation seront en effet différentes selon le niveau de responsabilité, et l'objet même des tâches, plus ou moins créatives et/ou managériales.

Dès lors, il importera de faire en sorte que le document d'évaluation ne soit pas un document standard, uniforme pour toutes les catégories de salariés, et/ou à défaut, que la pondération des différentes rubriques soit objectivement fonction de l'emploi considéré.

Enfin, compte tenu des objectifs nationaux et européens de lutte contre le stress au travail, il semblera opportun de retirer des documents d'évaluation les mentions conduisant ou susceptibles de conduire le salarié à reconnaître et/ou lister ses propres échecs et insuffisances⁴⁰.

Sur le terrain, les C.H.S.C.T combattent systématiquement ce type de demandes insérées dans les formulaires d'évaluation, même si elles permettent d'identifier avec le salarié des marges de progression.

En effet, ces demandes sont source de stress et l'employeur ne saurait conduire le salarié à se dévaloriser devant sa hiérarchie.

B. Des garanties permanentes

Les méthodes et techniques utilisées pour l'évaluation ou le recueil des informations doivent être portées préalablement à la connaissance des salariés⁴¹.

Il convient d'assurer que le salarié a le droit de consulter les résultats de son évaluation et d'en demander une copie⁴², et que ces résultats sont confidentiels à l'égard des tiers.

Utilement, l'employeur recommandera à ses salariés de ne communiquer que par écrit, sans enregistrement informatique ni recours au mail.

39 - Soc. 20 février 2008, pourvoi n° 06-40085.

40 - En ce que l'auto-évaluation peut se retourner contre le salarié, et même fonder son licenciement. En ce sens, v. CA Paris, Pôle 6, Chambre 5, 03 avril 2014, RG n° 13/05292.

41 - Soc. 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.368.

42 - Circ. D.R.T 10 du 15-3-1993; Communiqué Cnil du 11-5-2011.

De même, il convient d'observer que le jugement TGI Nanterre du 12 septembre 2013 a sanctionné la pratique du double niveau hiérarchique de lecture des formulaires d'auto-évaluation, comme l'un des éléments majeurs justifiant l'invalidation du processus.

Telle n'a pas été la lecture prise par la Cour d'appel de Versailles, mais dont l'arrêt sur ce point n'est pas aussi explicite.

Il semble donc opportun de veiller à assurer au salarié que son auto-évaluation ne sera remise qu'à son supérieur hiérarchique direct, et lue par lui seul, pour en respecter la confidentialité.

L'argument selon lequel une double lecture serait une meilleure garantie d'objectivité ne sera pas performant, car il laisserait entendre qu'un risque de partialité existe au niveau N+1.

Les fichiers informatisés constitués pour les besoins de l'auto-évaluation doivent être déclarés à CNIL.

Sauf évidemment lorsque ces données ne font pas l'objet d'un traitement automatisé.

La CNIL a confirmé cette analyse dans son communiqué du 11 mai 2011 relatif aux droits et obligations des employeurs en matière d'évaluation des salariés, en soulignant que les fichiers papier et manuels n'ont pas à être déclarés auprès d'elle.

En pratique, plus les effectifs de l'entreprise sont importants, plus la probabilité augmente que ces données fassent l'objet d'un traitement informatisé, nécessitant une déclaration préalable auprès de la CNIL.

Pour s'assurer de ce qui précède, et avant de mettre en œuvre ces dispositifs, l'employeur doit évidemment consulter les représentants du personnel.

De longue date, la Cour de cassation a rappelé que :

- le comité d'entreprise doit être consulté préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise de moyens ou techniques permettant le contrôle de l'activité des salariés ;
- cette consultation doit permettre au comité de donner son avis sur la pertinence et la proportionnalité des moyens utilisés et du but recherché.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté avant que l'employeur décide d'utiliser « *un outil de pilotage commercial* » comme moyen d'évaluation des salariés, et d'avoir ainsi caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de cette décision jusqu'à la consultation des représentants du personnel sur ce projet.

Si le C.E. est consulté, les questions soulevées par l'auto-évaluation des salariés concernent en premier lieu le C.H.S.C.T., dont la consultation

préalable à celle du C.E. contribue à la sécurisation des conditions de travail⁴³.

Le tribunal de grande instance de Rouen, statuant en la forme des référés, a estimé que « *les conditions de travail ne peuvent pas être appréhendées uniquement sur le plan matériel mais également sur le plan du ressenti et (...) un système d'évaluation destiné non seulement à évaluer l'employé mais aussi à lui faire prendre des engagements de rendement et d'efficacité avec une obligation de résultat est un changement important de ses conditions de travail ; (...) ce changement qui peut avoir des conséquences sur le déroulement de carrière et sur les affectations justifie pleinement la saisine du C.H.S.C.T.* »⁴⁴.

Le défaut de consultation constitue donc un trouble manifestement illicite justifiant la suspension du dispositif⁴⁵ et la destruction des évaluations déjà réalisées⁴⁶.

Le rapport Verkindt met en lumière cette possibilité de blocage des décisions d'entreprise, à l'initiative du CHSCT, dont il dénonce par ailleurs un effet d'instrumentalisation de l'instance « *mise au service d'objectifs qui n'ont qu'un rapport lointain avec la protection ou l'amélioration des conditions de travail* »⁴⁷.

À cet égard, la mise en place des principes d'auto-évaluation au niveau de la branche pourrait offrir aux entreprises la sécurité juridique qui, en la matière fait cruellement défaut, et aux salariés la garantie du respect de leurs droits.

Comme dans les autres domaines, cette pratique fournirait également réponse à la problématique des entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel, et constituerait un élément d'encouragement à l'application volontaire des conventions collectives de branche.

La crédibilité de l'action justifiée du C.H.S.C.T. passe donc par un recentrage sur des actions conformes à son essence. L'évaluation des pratiques d'auto-évaluation lui en donne l'occasion.

C. Quis custodiet ipsos custodes ?

Le C.H.S.C.T. est l'entité qui présente la compétence naturelle pour porter un regard sur le processus d'auto-évaluation mis en place, mais ce rôle n'est pas exclusif.

L'employeur, à ses risques et périls, conserve par ailleurs la faculté de passer outre l'avis du C.H.S.C.T.

43 - Consultation préalable du C.H.S.C.T., à dessein de fournir les éléments pertinents nécessaires à l'avis du C.E. Soc. 28 novembre 2007; pourvoi n° 06-21.964 : RJS 2/08 n° 135.

44 - TGI Rouen, 15 oct. 2009, RG n° 09/00502.

45 - Soc., 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45.741: RJS 6/08 n° 690.

46 - CA Rouen, 19 octobre 2010, RG n° 09-5096: RJS 3/11 n° 208.

47 - « *Le C.H.S.C.T. au milieu du gué* », P.-Y. Verkindt, rapport au Ministre du travail, 04 mars 2014, p. 27.

– Qui évalue l'évaluateur ?

L'évaluation du système d'évaluation procède nécessairement d'un tiers à l'employeur. De cette évaluation, l'employeur conserve toutefois l'initiative, qu'il partage avec les I.R.P. La jurisprudence montre que l'employeur est accueilli favorablement lorsqu'il prend les devants.

Dans son arrêt du 02 octobre 2012, la Cour d'appel de Versailles avait intégré dans ses motifs en faveur de l'employeur, le fait que, de bonne foi, il avait fait procéder à « l'évaluation de son système d'évaluation », en retenant que :

« Enfin, les documents produits démontrent que la société Gems a de bonne foi cherché à perfectionner le système d'évaluation mis en œuvre en 2009 ».

La bonne foi, qui semble cependant devoir être prouvée, est évidemment un argument décisif pour répliquer au grief d'arbitraire.

A l'inverse, le TGI de Nanterre dans son arrêt du 12 septembre 2013 avait largement pris en compte les avis négatifs de l'expert du C.H.S.C.T., sanctionnant l'employeur d'être passé outre.

Anciennement, le « Rapport NASSE et LEGERON » (2008) avait préconisé une extension du droit d'alerte sur la présence de risque graves liés à l'organisation et à l'intensification du travail ou à des pratiques managériales attentatoires à la personne. Nul ne doute que la pratique d'auto-évaluation pourrait fonder un tel argument. Cependant, les dispositions de la loi 2013-316 du 16 avril 2013 sur le « nouveau droit d'alerte » ne permettent pas de considérer actuellement l'émergence d'un rôle nouveau du CHSCT sur le terrain de la pratique de l'auto-évaluation. Lorsque l'employeur, spontanément ne fera pas évaluer par un cabinet indépendant son dispositif d'évaluation, le C.H.S.C.T. procèdera donc comme en d'autres matières, par recours à aux experts.

Sans encourager l'expertocratie, à juste titre redoutée par les spécialistes de la matière⁴⁸, le recours aux experts offre d'ailleurs une (chère) sécurité relative pour l'employeur, et pour les salariés.

Ce d'autant plus que les observateurs d'accordent à relever l'insuffisante formation des membres du C.H.S.C.T.⁴⁹.

En l'espèce toutefois, l'expert requis par le C.H.S.C.T. ne peut être que l'expert « risque grave » (C. trav. art.L. 4614-12 sous 1°) ou « projet important » (C.trav.art.L.4614-12 sous 2°) faute que la loi « de sécurisation professionnelle » du 14 juin 2013 ait créé un cas d'expertise nouveau correspondant aux risque psycho-sociaux.

L'usage du recours aux experts ne saurait par conséquent être immoderé.

– Quelle autorité pour l'évaluation de l'évaluateur ?

Se pose la question de l'autonomie de la direction en présence d'un avis négatif du C.H.S.C.T. ou du C.E.

Historiquement, la loi et la jurisprudence considèrent que les attributions du C.H.S.C.T. et du C.E. ne sont que consultatives, et qu'en toute hypothèse la décision finale appartient à l'employeur.

On en déduisait que l'employeur pouvait passer outre les avis négatifs reçus de ces deux instances.

Toutefois, d'une part, la capacité de blocage du processus décisionnel à l'initiative des instances consultatives est avérée, en cas de défaut de consultation, ou de consultation insuffisante, ou d'insuffisance des informations délivrées dans le cadre des consultations. D'autre part, la solution délivrée par le jugement TGI Nanterre du 12 septembre 2013 conduit à observer que les juges ont tenu pour illicite le dispositif qui leur était soumis, en grande partie au regard des avis négatifs émis par les instances consultatives.

Cette considération, si elle était maintenue, leur conférerait un pouvoir d'avis conforme. Elle est d'ailleurs dans l'air du temps, notamment depuis l'adoption de la loi « de sécurisation professionnelle » du 14 juin 2013. En contrepoint, il est également possible de considérer que la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 02 octobre 2012, n'avait pas fait grief à l'employeur d'avoir pris une décision unilatérale, passant outre les avis négatifs des instances consultatives. Et même passant outre certaines observations formulées par le cabinet d'expertise missionné à la demande du C.E.

Entre évaluation obligatoire et évaluation interdite, évaluation trop subjective et évaluation trop objective, la feuille de route de l'employeur emprunte un itinéraire miné. La protection des droits et intérêts du salarié n'en n'est pas augmentée, étant rappelé que les juridictions du fond accueillent le grief d'insuffisance professionnelle mis en évidence par les résultats de l'auto-évaluation⁵⁰, dont s'évince un risque réel de souffrance au travail. Dès lors, la prévention des risques psycho-sociaux résultant de la mise en œuvre des pratiques d'auto-évaluation justifie assurément le contrôle des I.R.P., au premier rang desquelles le C.H.S.C.T.

Pierre Mazière

48 - « Le C.H.S.C.T. au milieu du gué », P.-Y. Verkindt, rapport au Ministre du travail, 04 mars 2014, p. 106.

49 - « Le C.H.S.C.T. au milieu du gué », P.-Y. Verkindt, rapport au Ministre du travail, 04 mars 2014, p. 30.

50 - Encore en ce sens, v. Reims, Chambre sociale, 12 Février 2014 RG n° 12/02348 ; Paris, Pôle 6, chambre 5, 9 Janvier 2014, RG n° 11/12238.

Thomas Baudesson

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Charles-Henri Boeringer

Avocat à la Cour, Clifford Chance

Ana Zelcevic-Duhamel

Maitre de conférences à l'Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et
Santé, Inserm UMR S 1145

Gaëlle Merlier

Avocat à la Cour, Clifford Chance

L'abstention du malade n'est pas imputable au médecin

Note sous Crim., 23 septembre 2014
n° 13-85.592

L'arrêt rendu le 23 septembre 2014 par la chambre criminelle de la Cour de cassation témoigne de l'appréciation rigoureuse par les juridictions répressives des indices permettant de retenir la responsabilité pénale des auteurs des faits incriminés. L'établissement des éléments constitutifs d'un homicide involontaire suppose ainsi une analyse approfondie de l'ensemble des faits, y compris de l'attitude de la victime. La Cour rappelle par le présent arrêt que, selon les dispositions de l'article 121-3 du code pénal dans sa rédaction du 10 juillet 2000, les fautes, s'il en existe, doivent être en *relation de causalité certaine*, directe ou indirecte, suivant leur nature, avec le dommage.

En l'espèce, à la suite d'une crise d'asthme paixystique dont souffrait son compagnon, une personne avait contacté le SMUR ; une équipe composée d'un médecin urgentiste, d'une infirmière et d'un ambulancier s'était rendue au domicile de la victime neuf minutes après l'appel. Cette dernière, qui était par ailleurs un professionnel de santé et se savait atteinte de cette pathologie, souffrait déjà depuis plusieurs jours d'une crise d'asthme aigu, sans pour autant avoir consulté un médecin pendant toute cette période. L'équipe médicale avait jugé que la victime était intransportable, ce qui rendait impossible une hospitalisation immédiate. L'état de santé du malade s'étant rapidement dégradé, celui-ci était décédé à peine une heure après l'appel téléphonique. Sur plainte des parents et de la compagne de la victime, une information avait été ouverte contre personne non dénommée du chef d'homicide involontaire, ce qui a abouti à une ordonnance de non-lieu du 30 avril 2013 du juge d'instruction au tribunal de grande instance de Brive-la-Gaillarde,

confirmée par un arrêt du 11 juillet 2013 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Limoges. La chambre criminelle, par arrêt du 23 septembre 2014, a rejeté le pourvoi contre cette décision.

Plusieurs observations relatives aux comportements du médecin (I) et de la victime (II) peuvent être émises.

I. Le comportement du médecin – un comportement exempt de faute

Depuis la loi du 10 juillet 2000, la responsabilité pénale pour homicide ou blessures involontaires suppose, si l'auteur est une personne physique, une faute simple lorsque le lien de causalité est direct¹, et une faute caractérisée ou un manquement délibéré quand le lien de causalité est indirect².

Cependant, que le lien de causalité soit direct ou indirect, il doit dans tous les cas exister de manière certaine³.

Pour apprécier si le comportement d'un professionnel de santé peut revêtir un caractère fautif, il convient de se pencher d'abord sur la nature des devoirs qui lui incombent. Le médecin est ainsi tenu de prodiguer à ses patients des « soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science »⁴. De même, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue est garanti par les dispositions du code de la santé publique (art. L. 1110-5). Ces devoirs, d'après les hauts magistrats, n'ont pas été méconnus en l'espèce.

Il a été notamment reproché au médecin de ne pas avoir prodigué *immédiatement* les soins qui s'imposaient et de ne pas avoir pris la décision de faire transporter le malade à l'hôpital le plus proche. Le fait, cependant, de procéder à un entretien préalable afin de recueillir les informations relatives à l'état de santé du malade, tout comme son examen clinique, constituent des obligations dont le médecin

1 - Crim., 29 oct. 2002, Bull. crim. n° 196 ; 13 nov. 2002, Bull. crim. n° 203.

2 - Crim. 26 juin 2001, Dr. pénal 2001, comm. 124 ; Crim., 12 sept. 2006, Bull. crim. n° 219, JCP 2007.II.10006, note J. Faict et F. Mistretta, Dr. pénal 2007, comm. 4, obs. M. Véron ; Rev. sc. crim. 2007, p. 82, obs. Y. Mayaud ; 22 mai 2013, JDSAM, n° 3, 2013, p. 123, note Zelcevic-Duhamel.

3 - Crim., 7 janv. 1980, Bull. crim. n° 10 ; 2 mars 1994, Bull. crim. n° 85 ; 20 nov. 1996, 13 nov. 2002, Bull. crim. n° 203 ; 5 oct. 2004, Bull. crim. n° 230 ; 5 oct. 2004, Bull. crim. n° 251 ; 4 oct. 2005, Bull. crim. n° 251 ; 4 mars 2008, Bull. crim. n° 55 ; 23 oct. 2012, JDSAM, n° 1, 2013, p. 111, note Zelcevic-Duhamel.

4 - Cass. civ., 20 mai 1936, arrêt Mercier.

ne pouvait se dispenser avant de procéder aux premiers soins. Quant à la nécessité d'hospitalisation immédiate du patient souffrant d'une crise d'asthme aigu, laquelle, *en principe*, s'impose aux professionnels de santé, son application *dans les faits* peut se heurter à un certain nombre de difficultés, notamment à l'impossibilité de transporter le malade. Selon le rapport d'expertise, toute tentative de mobilisation, de changement de position et de transport avant l'intubation aurait précipité le décès du patient. De même, s'agissant de l'administration d'un bronchodilatateur, son utilisation sous forme d'aérosol en l'espèce n'était pas constitutive de faute. Lorsque, en effet, un médicament peut être administré de deux manières, par inhalation et sous forme injectable, le fait d'avoir privilégié l'un des deux modes d'utilisation relève de l'appréciation du médecin. Il résulte du rapport d'expertise que le fait d'avoir utilisé en l'espèce ce médicament en nébulisation n'a pas pu contribuer au décès du malade.

Depuis la loi du 13 mai 1996, c'est une appréciation *in concreto* qui permet de retenir la responsabilité pénale en matière d'infractions involontaires. Il convient, dès lors, aux termes de l'article 121-3 du code pénal, d'établir si l'auteur des faits a 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 il disposait. Selon les rapports d'expertise, les actes réalisés étaient conformes aux prescriptions. Aucun d'entre eux n'a pu contribuer de manière certaine, comme l'exige la jurisprudence⁵, à la survenance du décès. Des indices révélateurs d'une éventuelle faute caractérisée ayant permis la réalisation du dommage n'ont pas pu être retenus, ce qui justifie l'ordonnance du non-lieu et l'arrêt qui la confirme.

Il convient aussi de préciser que la responsabilité pénale est toujours personnelle⁶, même lorsqu'il s'agit d'une équipe médicale⁷. L'obligation de collaboration entre les professionnels de santé a récemment été réaffirmée par la jurisprudence⁸. Il a été établi, en l'espèce, que chaque intervenant avait joué son rôle et que les diligences effectuées par chacun étaient adaptées à la pathologie. Il n'a pas été, en revanche, démontré qu'une intervention de nature différente aurait permis d'éviter le décès du malade.

Si on a pu constater qu'aucun des membres de l'équipe médicale n'a pu commettre de fautes et qu'un lien de causalité certain n'a pas pu être établi entre les actes des professionnels de santé et le dommage survenu, il convient d'observer qu'il en est autrement s'agissant du comportement de la victime.

5 - Crim. 22 mars 2005, *Dr. pénal* 2005, comm. 103 ; 4 mars 2008, *Dr. pénal* 2008, comm. 82.

6 - Art. 121-1 du code pénal, Crim., 23 novembre 1994, *Bull. crim.*, n° 376.

7 - Ass. plén. 30 mai 1986, n° 85-91.432 ; Crim. 1^{er} avril 2008, *Dr. pénal*, comm. 93, obs. Véron.

8 - Civ. 1^{re}, 16 mai 2013, *Gaz. Pal.*, n° 191 à 192, p. 12, note Zelcevic-Duhamel ; JDSAM 2013, n° 2, p. 67, note M. Bacache.

II. Le comportement de la victime – un comportement ayant permis la survenance du décès

Le dommage en matière d'infractions involontaires peut résulter d'une pluralité de faits, dont les faits de la victime. Dans le système de l'équivalence des conditions, il n'est pas nécessaire que la faute du prévenu soit la cause exclusive du dommage pour retenir sa responsabilité⁹. Seule une faute de la victime présentant les caractères de la force majeure est susceptible d'exonérer le prévenu¹⁰. Il en est de même lorsque la faute de la victime a été la cause exclusive du dommage¹¹.

Dans le système actuel, résultant de la loi du 10 juillet 2000, il convient, en revanche, de rechercher, s'agissant de la faute simple, si l'acte du prévenu a été la cause directe du dommage ou bien, s'agissant de la faute caractérisée, si son comportement a contribué à la survenance des conséquences dommageables. La faute de la victime peut alors avoir un caractère exonératoire lorsqu'elle a été déterminante dans la réalisation du dommage ou bien lorsqu'elle y a contribué de manière significative.

Il a été établi en l'espèce que le malade, qui par ailleurs était aussi un professionnel de santé, s'était abstenu d'appeler préalablement les secours ou de consulter un médecin alors qu'il était contraint depuis plusieurs jours de dormir assis et avait pu constater l'insuffisance d'action de la Ventoline. Une prise de contact plus précoce avec un médecin, d'après le rapport d'expertise, aurait pu permettre une mise en œuvre en temps utile des traitements anti-inflammatoires et l'amplification du traitement bronchodilatateur. La crise d'asthme, ayant provoqué un arrêt respiratoire qui a été très rapidement suivi par un massage cardiaque ainsi que par l'usage d'un défibrillateur, était cependant engagée de façon irrémédiable. Si, d'après le rapport d'expertise, le décès a été directement provoqué par un arrêt cardiovasculaire, l'abstention de la victime a pu contribuer à la survenance du dommage. Il n'a pas été, en revanche, établi avec certitude qu'une intervention de nature différente de l'équipe médicale aurait permis d'éviter le décès.

Le lien de causalité, d'une manière générale, demeure, de tous les éléments constitutifs d'un homicide involontaire, celui qui est le plus difficile à prouver. Le seul lien de causalité que l'on a pu établir en l'espèce est celui entre l'attitude de la victime et son décès. Il convient, en conséquence, d'observer que toutes les diligences normales ayant été accomplies par l'équipe médicale, il n'existe pas d'indices graves et concordants, comme le requiert l'article 80-1 du code de procédure pénale, permettant la mise en examen du médecin et, éventuellement, des autres membres de l'équipe. Le fait de la victime, en l'occurrence, son abstention, avait contribué à la survenance du dommage, que l'intervention, trop tardive, des professionnels de santé n'a pas pu empêcher.

Ana Zelcevic-Duhamel

9 - Crim. 28 mars 1973, *Bull. crim.* 157.

10 - Crim. 25 oct. 1972, *Bull. crim.* 209.

11 - Crim. 12 mars 1991, *Dr. pénal* 1991, comm. 312 ; 16 mars 1994, *Dr. pénal* 1994, comm. 229.

Les conditions de la réparation du dommage de la partie civile seule appelante d'un jugement de relaxe¹²

Commentaire des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation des 5 février 2014 (pourvoi n° 12-80.154) et 11 mars 2014 (pourvoi n° 12-88.131)

Lorsque, sur le fondement des articles 2 et 497 du Code de Procédure Pénale (CPP), les juges du fond prononcent, en première instance, la relaxe du prévenu, la partie civile a la possibilité de faire appel de cette décision pour ce qui est de ses intérêts civils uniquement. Il s'agit alors, pour la Cour d'appel, de se livrer à un exercice périlleux : déclarer une personne civillement responsable alors même que sa responsabilité pénale a été écartée.

Deux arrêts du 5 février 2014 et du 11 mars 2014 viennent préciser les conditions dans lesquelles cette responsabilité civile peut être engagée.

Le premier arrêt concerne un dirigeant d'association poursuivi du chef d'abus de confiance et relaxé en première instance pour défaut d'élément intentionnel. La demande de dommages et intérêts formée par l'association est accueillie par la Cour d'appel au motif que le dirigeant pouvait se voir imputer des faits présentant « la matérialité du délit d'abus de confiance ». L'ancien dirigeant se pourvoit en cassation.

Les faits à l'origine de la seconde affaire sont plus macabres. Un professeur se suicide après avoir été placé en garde à vue à la suite d'une dénonciation pour violences d'un de ses élèves. Le collégien en question confesse alors avoir déposé plainte sous la pression d'une autre enseignante du même établissement, qui était également la compagne du professeur, dont elle se sépare. Cette dernière, informée du caractère mensonger de la plainte alors que son compagnon était en garde à vue, n'entreprend aucune démarche pour en informer les enquêteurs et celui-ci se donne la mort. Les parents du défunt se constituent alors partie civile et citent son ancienne compagne devant le Tribunal correctionnel pour abstention volontaire de témoigner en faveur d'un innocent, sur le fondement de l'article 434-11 du Code Pénal. Le Tribunal correctionnel prononce la relaxe de la prévenue et appel est formé sur les intérêts civils uniquement. La Cour d'appel d'Amiens fait droit à la demande en réparation, au motif que l'intimée a « commis le délit d'abstention volontaire de porter témoignage en faveur d'un innocent ». L'ancienne compagne du défunt se pourvoit à son tour en cassation.

Dans les deux affaires, la première ayant conduit à un arrêt de rejet et la deuxième à une cassation, la Cour de cassation décide que « *le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir la réparation de la part de la personne relaxée [doit résulter] de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite* ».

Ces deux arrêts opèrent un revirement de jurisprudence qui s'inscrit dans la droite ligne de plusieurs décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), dont une particulièrement, datant de 2012¹³, condamnant la France pour violation du principe de la présomption d'innocence protégé par l'article 6§2 de la Convention du même nom (1).

Pour autant, une majorité de la doctrine n'y voit qu'une « affaire de langage »¹⁴ ne mettant pas nos juridictions à l'abri d'une nouvelle condamnation européenne (2).

1. Les leçons tirées de la condamnation de la France dans l'arrêt Lagardère : les juges du fond sont désormais tenus de démontrer une faute civile

Dans sa décision *Lagardère c. France*, la CEDH est venue sanctionner une jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Jusqu'alors, cette dernière imposait aux Cours d'appel de réexaminer l'affaire et de rechercher si les faits dont elles étaient saisies constituaient une infraction pénale avant d'octroyer des dommages et intérêts à la partie civile appelante d'un jugement de relaxe¹⁵.

Cette démarche pouvait trouver à se justifier dans l'article 2 du CPP, qui prévoit que l'action civile répare le « *dommage causé par un crime, un délit ou une contravention* ». Il apparaît donc logique de vérifier s'il existait une infraction à l'origine du dommage.

Elle était pour autant vivement critiquée par une partie de la doctrine comme étant contraire aux principes de l'autorité de la chose jugée et de la présomption d'innocence. Et, de fait, il était dans certains cas délicat pour les cours d'appel de donner une qualification pénale à un fait sans aller jusqu'à déclarer la culpabilité de leur auteur¹⁶, alors même que le prévenu était absent des débats, ceux-ci ne portant que sur l'action civile.

Pour ces raisons, plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont été adressées à la Chambre criminelle qui a systématiquement refusé de les

13 - CEDH, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07.

14 - Action civile : réparation du dommage subi par la partie civile seule appelante d'un jugement de relaxe, C. Renaud-Duparc, AJ Pénal 2014, p. 422.

Selon H. Groutel, « *tout, finalement, se ramènerait à une question de rédaction de l'arrêt d'appel* », Resp. civ. et ass., n° 9, sept. 2014, comm. 260.

15 - Crim. 1^{er} juin 2010, n° 09-87.159; Crim. 18 janv. 2005, n° 04-84.078. Voir également : Crim. 19 avril 1992, n° 91-84.616.

16 - L'infraction, la faute et le droit à réparation, L. Saenko, Recueil Dalloz 2014, p. 807

12 - Remerciements à Éléonore Toupart pour sa contribution à la rédaction de cet article.

transmettre au Conseil Constitutionnel pour défaut de caractère sérieux¹⁷. Elle considérait notamment que "la relaxe prononcée par les premiers juges n'a(vait) pas acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard de la partie civile" et que cette dernière pouvait donc tout à fait "provoquer(r) une nouvelle discussion souveraine sur la cause de son dommage, à savoir l'infraction, dans le cadre d'une action devenue indépendante de l'action publique", et ce d'autant plus que les juges d'appel ne pouvaient déclarer le prévenu coupable ni prononcer une peine à son encontre¹⁸.

C'est dans ce contexte que la CEDH est intervenue, dans deux affaires impliquant la Norvège¹⁹ dans un premier temps. Elle a considéré que, sauf à violer l'article 6§2 de la Convention EDH, l'action visant la réparation du dommage causé par une infraction ne pouvait constituer une « accusation pénale ». Elle a en outre été plus loin en indiquant que la décision relative à l'indemnisation ne pouvait contenir une déclaration imputant une responsabilité pénale au prévenu.

Près de dix ans plus tard, la France était condamnée par cette même Cour, laquelle indiquait qu'elle « ne saurait admettre que les juridictions pénales appelées à juger l'action civile se prononcent pour la première fois sur la culpabilité pénale d'un prévenu décédé » (les juges du fonds avaient conclu à la culpabilité du prévenu décédé et condamné ses héritiers à réparer le dommage causé par l'infraction).

C'est à la suite de cette décision que la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé d'opérer le revirement de jurisprudence amorcé le 5 février 2014. Elle impose désormais aux juridictions d'appel de caractériser une "faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite".

Sa position est d'autant plus nette que, dans son arrêt du 5 février 2014, elle opère une substitution de motifs en précisant que "c'est à tort que, pour allouer des dommages et intérêts (...), l'arrêt retient que M. X... pouvait se voir imputer des faits présentant « la matérialité du délit d'abus de confiance », celui-ci ayant été définitivement relaxé de ce chef".

En d'autres termes, la réparation ne doit plus être fondée sur l'infraction mais sur la faute civile.

2. Un revirement dont la portée est atténuée par l'arrêt du 11 mars 2014

Si l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 5 février 2014 était très attendu, sa solution n'en n'a pas moins soulevé certaines interrogations. En exigeant simplement que les juges d'appel définis-

sent une faute civile distincte de la faute pénale, on pouvait légitimement s'interroger sur les contours de cette faute : irait-elle au-delà de la faute pénale ? Reviendrait-il désormais au juge pénal de qualifier une faute contractuelle, quasi-contractuelle, ou encore délictuelle²⁰ et ce, en dehors du champ de compétence qui est normalement le sien ?

Ces interrogations ont été balayées par l'arrêt du 11 mars 2014 : l'arrêt d'appel est cassé au motif que la cour d'appel a "retenu à l'encontre de l'intimé l'existence d'une faute civile découlant de faits qui n'entraient pas dans les prévisions de l'article 434-11 du Code pénal".

Ce texte, qui condamne l'abstention volontaire de témoigner en faveur d'un innocent, prévoit en effet que la personne dont l'innocence n'est pas révélée doit être "détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit". Or, en l'espèce, le professeur accusé à tort de violences par un de ses élèves n'avait été retenu qu'en garde à vue et non en détention provisoire²¹. Par application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du Code pénal, les agissements de sa collègue et compagne qui s'était abstenu de révéler son innocence ne pouvaient donc entrer dans le texte d'incrimination.

La position de la Cour de cassation est désormais clarifiée : il ne peut y avoir de faute civile que dans les limites du texte d'incrimination pénale.

C'est pourtant bien une faute civile que vont devoir qualifier les cours d'appel comme le confirment à la fois le visa de l'article 1382 du Code civil auquel est rendu l'arrêt du 11 mars 2014 et la reprise de l'attendu de principe de l'arrêt du 5 février 2014 selon lequel l'octroi de dommages et intérêts à la partie civile se fonde sur une faute civile du prévenu (et non sur une infraction) démontrée à partir et dans les limites des faits objets de la poursuite.

La difficulté à laquelle se heurtaient les cours d'appel est donc toujours présente.

Celles-ci vont désormais devoir vérifier si le prévenu est responsable d'une faute découlant de faits entrant dans le texte d'incrimination tout en prenant soin de ne pas procéder à une requalification pénale des faits.

Pour certains auteurs, l'innovation ne réside donc nullement dans un réel effort de dissociation des fautes civiles et pénales mais dans la confection "d'habits neufs d'une notion qui perdure, celle de l'infraction qui était poursuivie"²².

Somme toute, comme le souligne le professeur Jean Pradel, "les juges remplacent le mot « infraction »

17 - Crim. QPC, 26 sept. 2012, n° 12-84.796. Voir également : Crim. 18 mai 2011, n° 10-87-622 et n° 10-88.512; Crim. QPC, 28 juin 2011, n° 11-80.483; Crim. QPC, 16 juillet 2010, n° 10-81.6598.

18 - Rapport du Conseiller référendaire à la Cour de cassation Christine Moreau sur l'arrêt Crim., 5 février 2014, n° 12-80.154, RJDA 8-9/14.

19 - CEDH, 11 févr. 2003, Y. c/Norvège (n° 56568/00) et Ringvold c/Norvège (n° 34964/97).

20 - L'infraction, la faute et le droit à réparation, L. Saenko, Recueil Dalloz 2014, p. 807; Le diable est dans les détails, A. Maron et M. Haas, Dr. Pén. n°5, mai 2014, comm. 80.

21 - Ne pas confondre "garde à vue" et "détention provisoire", M. Véron, Dr. Pén. n° 5, mai 2014, comm. 69.

22 - Le diable est dans les détails, A. Maron et M. Haas, Dr. Pén. n° 5, mai 2014, comm. 80.

*par les mots « faute civile », expression moins blessante pour la réputation de la personne*²³.

La jurisprudence de la Cour de cassation a depuis été confirmée à plusieurs reprises²⁴.

Cet effort de langage sera-t-il considéré comme suffisant par les juges de Strasbourg²⁵ ?

Il constitue, en tout état de cause, une première étape qui doit être accueillie favorablement.

Gaëlle Merlier

23 - Comment la partie civile seule appelante d'un jugement de relaxe peut désormais obtenir réparation de son préjudice, Jean Pradel, note sous arrêt Crim., 11 mars 2014, n° 12-88.131, La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 9 Juin 2014, 653.

24 - Crim. 24 juin 2014, n° 13-84.478; Crim. 6 mai 2014, n° 12-87.162; Crim. 19 mars 2014, n° 12-83.188.

25 - Appel par la seule partie civile d'une décision de relaxe, S. Detraz, Recueil Dalloz 2014, p. 1673.

Assurance maladie obligatoire et complémentaire

Jean-Louis Carpentier

Maitre de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, directeur du Master « Ingénierie des ressources humaines »

Jean Lessi

Maitre des Requêtes, Conseil d'État

Agnès Martinel

Maitre des Requêtes en service extraordinaire, Conseil d'État

Denis Piveteau

Conseiller d'État

L'arrêt Dano, au-delà des polémiques

L'arrêt rendu le 11 novembre 2014 par la CJUE dans l'affaire Dano a fait couler beaucoup d'encre et suscité de nombreux commentaires journalistiques et politiques. Exemple éloquent de cette agitation médiatique, l'article du journal *Le Monde* du 14 novembre 2014 signé par les correspondants de Londres, Berlin, Madrid et Rome, titrait « *tourisme social : un arrêt très politique* ». Au-delà de la polémique, une analyse juridique s'impose.

L'arrêt de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 novembre 2014, dans l'affaire C-333/13, a pour origine une question préjudicielle introduite par le Sozialgericht Leipzig (Allemagne) dans un litige opposant le Jobcenter de Leipzig à Mme Elisabeta Dano et son fils Florin Dano, deux ressortissants roumains résidant en Allemagne. Mme Dano et son fils avaient sollicité de cet organisme le versement de prestations de l'assurance de base, une prestation de subsistance en ce qui concerne Mme Dano, et une allocation spéciale en ce qui concerne son fils, ainsi que la participation aux frais d'hébergement et de chauffage. Le Jobcenter de Leipzig ayant opposé un refus à l'octroi de ces prestations, Mme Dano et son fils ont exercé un recours contre cette décision devant le Sozialgericht de Leipzig qui, après avoir constaté que le droit allemand ne permettait pas d'accorder à ces deux ressortissants roumains un droit au versement de ces prestations, a eu des hésitations sur la question de savoir si le droit de l'Union, et notamment l'article 4 du règlement n° 883/2004, le principe général de non-discrimination résultant de l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et le droit de séjour général résultant de l'article 20 du TFUE s'opposaient à ces dispositions du droit interne allemand.

La Cour était ainsi saisie de trois questions préjudiciales. La première était celle de savoir si

l'article 4 du règlement n° 883/2004 devait être interprété en ce sens que son champ d'application comprend les « prestations spéciales à caractère non contributif » au sens des articles 3 paragraphe 3 et 70 de ce règlement. L'article 3 paragraphe 3 précise que le règlement s'applique aux prestations spéciales à caractère non contributif, alors que l'article 70 rend inapplicable à ces prestations certaines dispositions du règlement. L'enjeu de cette question était donc de savoir si l'article 4, posant le principe de non-discrimination s'appliquait à ce type de prestations. À cette question, la CJUE répond par l'affirmative. Elle a précisé, ainsi que l'avait souligné son avocat général Melchior Wathelet, que cette interprétation « correspond à l'intention du législateur de l'Union, ainsi que cela ressort du règlement n° 1247/92, qui a modifié le règlement n° 1408/71 pour y insérer des dispositions relatives aux prestations de ce type afin de tenir compte de la jurisprudence à cet égard. »

Cette réponse affirmative à la première question devait conduire la Cour à examiner les deux questions suivantes qui en découlaient. Ces deuxième et troisième questions pouvaient se synthétiser dans la problématique suivante : les articles 18 et 20 paragraphe 2 du TFUE et 24 paragraphe 2 de la directive 2004/38 ainsi que l'article 4 du règlement n° 883/2004 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle des ressortissants d'autres États membres, économiquement non actifs, sont exclus totalement ou partiellement du bénéfice de certaines prestations spéciales en espèces à caractère non contributif alors que ces prestations sont garanties aux ressortissants de l'État membre concerné qui se trouvent dans la même situation ?

Pour y répondre, la Cour rappelle, au préalable, que l'article 18 TFUE, qui interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité dans le domaine d'application des traités et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, s'applique à tout citoyen de l'Union au sens de l'article 20 du traité. Le paragraphe 2 de cet article 20 précise que les droits que confère cet article aux citoyens de l'Union s'exercent « *dans les conditions et limites définies par les traités et les mesures adoptées en application de ceux-ci* ». Or, la Cour constate que le principe de non-discrimination, consacré de manière générale par l'article 18 du TFUE, est précisé à l'article 24 de la directive n° 2004/38 à l'égard des citoyens de l'Union qui exercent leur liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États-membres mais également à l'article 4 du règlement n° 883/2004.

Ce principe rappelé, la Cour se livre à un examen de l'article 24 de la directive n° 2004/38 qui comporte, dans son paragraphe 2, une dérogation au principe de non-discrimination. Il résulte en effet de

cette disposition que l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période de recherche d'emploi, visée à l'article 14 sous b) de la directive, qui se prolonge au-delà de cette première période, ni tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut.

La Cour a considéré qu'un citoyen de l'Union, pour ce qui concerne l'accès à des prestations sociales non contributives, ne peut réclamer une égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil que si son séjour sur le territoire de cet État respecte les conditions de la directive n° 2004/38. Elle en a déduit que l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour d'un ressortissant d'un autre État membre. Dans le cas où la durée du séjour est supérieure à trois mois et inférieure à cinq ans, si la personne est économiquement inactive, il faut qu'elle dispose de ressources propres suffisantes, condition posée par la directive pour l'ouverture du droit au séjour.

Selon la Cour, la directive « cherche à empêcher que les citoyens de l'Union économiquement inactifs utilisent le système de protection sociale de l'État membre d'accueil pour financer des moyens d'existence. » Un État membre doit donc disposer de la possibilité de refuser l'octroi de telles prestations à des citoyens économiquement inactifs qui exercent leur liberté de circulation sans le seul but de bénéficier de l'aide sociale d'un État membre alors même qu'ils ne disposent pas des ressources suffisantes pour prétendre à un droit au séjour.

Or, en statuant ainsi, la Cour s'inscrit strictement dans la ligne de sa jurisprudence. Elle avait en effet déjà jugé, dans un arrêt Ziolkowski et Szeja (CJUE, C-424/10 et C-425/10), que pour les séjours allant jusqu'à trois mois, l'article 6 de la directive 2004/38 limite les conditions ou les formalités du droit à séjour à l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité et que l'article 14, paragraphe 1, de cette directive maintient ce droit tant que le citoyen de l'Union et les membres de sa famille ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Pour les séjours d'une durée supérieure à trois mois, elle a jugé, dans le même arrêt, que le droit au séjour est subordonné au respect des conditions prévues à l'article 7 de la directive, en l'occurrence être un travailleur salarié ou non salarié ou disposer de ressources suffisantes.

Dans la même logique, la CJUE avait précédemment admis que les États membres puissent avoir la possibilité de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État (CJUE C-209/03, Bidar et CJUE C-158/07 Förster). Elle avait adopté la même logique

en ce qui concerne les allocations d'attente versées aux jeunes à la recherche d'un premier emploi ou d'une allocation de recherche d'emploi. Elle a estimé que le législateur était légitime, dans ces hypothèses, à vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'allocations et le marché géographique du travail en cause (CJUE C 2004/172, Collins et CJUE 2009/344 Vatsouras et Koupatantze).

La portée de l'arrêt Dano doit donc être analysée au regard de cette jurisprudence antérieure. À cet égard, il convient de rappeler que la CJUE ne permet pas à un État membre de refuser une aide sociale à un ressortissant d'un État membre dans n'importe quelles conditions. Dans un arrêt Brey du 29 mai 2013 (CJUE, 29 mai 2013, C-140/12, Brey), elle a jugé que le droit de l'Union tel qu'il résulte des articles 7 paragraphe 1 sous b) et 8 paragraphe 4 et 24 paragraphe 1 et 2 de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un réglementation d'un État membre qui, même pour la période postérieure aux trois premiers mois de séjour, exclut en toute circonstance et de manière automatique l'octroi d'une prestation telle que le supplément compensatoire à un ressortissant d'un autre État membre économiquement non actif au motif que celui-ci, malgré le fait qu'une attestation d'enregistrement lui a été délivrée, ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'un séjour légal de plus de trois mois sur le territoire du premier État. Cette affaire concernait le droit autrichien qui subordonnait l'octroi de la prestation sociale à la régularité du séjour. La Cour a ainsi estimé qu'une telle exclusion automatique du bénéfice de la prestation sociale par une référence abstraite et générale était contraire à la directive qui interdit aux États membres de fixer le montant des ressources qu'il estime suffisantes et leur impose de tenir compte de la situation personnelle des intéressés.

C'est donc bien dans cette continuité jurisprudentielle – caractérisée notamment par un strict contrôle du respect du principe de non-discrimination prévu à l'article 4 du règlement n° 883/2004 – que s'inscrit l'arrêt du 11 novembre 2014. Par cette interprétation, la Cour donne une cohérence d'ensemble aux dispositions des traités, du règlement n° 883/2004 et de la directive n° 2004/38. Si certains ont pu reprocher à la Cour une interprétation large de la dérogation prévue par le paragraphe 2 de l'article 24 de la directive, cette analyse peut être contestée. En effet, la Cour a interprété la directive au regard de sa finalité. Selon elle, « admettre que des personnes qui ne bénéficient pas d'un droit de séjour en vertu de la directive 2004/38 puissent réclamer un droit à des prestations sociales dans les mêmes conditions que celles qui sont applicables pour les ressortissants nationaux irait à l'encontre d'un objectif de ladite directive, énoncé dans son considérant 10, qui vise à éviter que les citoyens de l'Union ressortissants d'autres États membres deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assurance sociale de l'État membre d'accueil. » On peut d'ailleurs observer que le considérant 10 fait référence au caractère déraisonnable de la charge pour le système d'assurance sociale de l'État membre

d'accueil, ce qui suppose un examen au cas par cas de la situation de chaque intéressé. Une exclusion générale et abstraite est en revanche constitutive d'une discrimination au sens de l'article 4 du règlement. Ainsi que le soulignait l'avocat général Nils Wahl dans ses conclusions dans l'affaire Brey, « *n'importe quelle charge ne peut pas justifier la perte du droit au séjour, mais uniquement celle qui entrave suffisamment le bon fonctionnement du système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil* ».

Par conséquent, la solution dégagée par la CJUE, qui s'inscrit dans une longue réflexion jurisprudentielle, est très nuancée et complexe. Elle permet aux États membres de bénéficier d'une marge de manœuvre dans la gestion de l'aide sociale accordée aux ressortissants des autres États membres. On notera au demeurant que l'arrêt ne remet pas en cause le dispositif de droit interne français qui concerne les prestations non contributives. Ainsi, pour le RSA, l'article L.262-6 du code de l'action sociale et des familles, qui prévoit que le ressortissant d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse doit remplir les conditions exigées pour bénéficier d'un droit de séjour et avoir résidé en France durant les trois mois précédent sa demande, et que n'a pas droit au RSA ce ressortissant entré en France pour y chercher un emploi et qui s'y maintient à ce titre, entre dans les prévisions de la directive 2004/38 telle qu'interprétée par la CJUE.

Une question demeure cependant en ce qui concerne la portée de l'arrêt. Toutes les prestations non contributives pourraient-elles être concernées ? On peut notamment se demander si la solution est susceptible d'être étendue à la Couverture Maladie Universelle (CMU) qui vise à garantir un accès aux soins. Notre droit interne réserve cette prestation aux étrangers en situation régulière au regard de la législation sur le séjour des étrangers en France. Une histoire à suivre, au-delà des polémiques.

Agnès Martinel

Peut-on supprimer leurs remboursements aux malades qui ne respectent pas leur traitement ?

Conseil d'État, 28 novembre 2014, Union nationale des associations de santé à domicile (UNASDOM) et autres, n° s 366931, 374202, 374353

Le « syndrome d'apnée obstructive du sommeil » (SAOS) se caractérise, pour les personnes qui en souffrent, par une insuffisante ventilation pendant la nuit, qui s'exprime dans la journée par de la somnolence, des céphalées, des troubles de vigilance et plusieurs autres désordres physiologiques dus à cette hypoxie inconsciente et nocturne.

Encore peu diagnostiquée par rapport au nombre de cas estimés – un peu moins de 600 000 patients sont traités pour SAOS, alors qu'il concerne sans doute entre 2 % et 5 % de la population – il s'agit d'une affection réellement invalidante, mais qui n'entre pas, en tant que telle, dans la liste des « affections de longue durée ». Cette liste ne retient en effet pour l'instant que l'insuffisance respiratoire chronique « grave » (l'ALD 14), qui ne concerne qu'une fraction des patients traités.

Une fois diagnostiquée, son traitement repose sur le port, pendant le sommeil, d'un masque raccordé à un appareil qui maintient en continu une légère pression d'air destinée à soulager l'effort respiratoire.

Ce dispositif, dit à « pression positive continue » (PPC), est pris en charge par l'assurance maladie après entente préalable du praticien conseil. L'appareil de PPC qui est installé au domicile du malade reste la propriété du prestataire de santé à domicile : il est loué par ce dernier pendant la durée de la prescription médicale, à un tarif hebdomadaire qui est aussi un prix limite de vente, et qui comporte l'ensemble des différents consommables (masques et raccords), pour un montant qui est aujourd'hui de 18 euros par semaine.

Pour les patients qui ne sont pas en ALD, ce « forfait hebdomadaire » est pris en charge, très classiquement, à 60 % par l'assurance maladie obligatoire. L'article 26 de la convention nationale du 7 août 2002 passée entre les caisses nationales d'assurance maladie et les prestataires délivrant ces dispositifs médicaux prévoit, sur la partie prise en charge par l'assurance maladie, un mécanisme de tiers payant.

Dès la première inscription des appareils à PPC sur la « liste des produits et prestations » de l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, il a été prévu le principe d'une observance minimale de la part du patient, fixée à l'époque à au moins trois heures par nuit.

La nouveauté introduite par l'arrêté attaqué – ou plutôt par les deux arrêtés successifs des 9 janvier

2013¹ et 22 octobre 2013², le second abrogeant le premier pour le reprendre et le compléter – consistait donc, non pas en l'introduction du principe d'une observance minimale, mais :

- à préciser et renforcer cette observance minimale (décrise comme devant comporter 84h par période de 28 jours, dont au moins 20 jours avec au moins trois heures par jour)
- à prévoir un dispositif de contrôle électronique de cette observance, livré avec l'appareil, dont les résultats peuvent ainsi être communiqués au prestataire et à l'assurance maladie (soit, c'était la nouveauté, de manière automatique par télétransmission, soit de manière manuelle par un relevé de la mémoire de l'appareil tous les six mois)
- et surtout, nouveauté fondamentale, à assortir ce contrôle d'un processus de diminution par étapes du remboursement en cas de non-observance, doublé d'une procédure d'avertissements adressés au patient par le prestataire de santé.

En simplifiant un peu un mécanisme dont la présentation était d'une lecture particulièrement ardue, le processus reposait sur le principe selon lequel, après chaque période de 28 jours ayant conduit au constat d'une observance insuffisante, le patient recevait une lettre du prestataire le mettant en alerte.

Par ailleurs, le niveau de prise en charge par l'assurance maladie décroissait en deux temps successifs. Après douze semaines consécutives d'observance insuffisante, le forfait était divisé par deux : ce premier effort portait donc sur le prestataire, qui était moins rémunéré, et donc incité à encourager son client à se servir de l'appareil. Puis, si l'utilisation restait insuffisante pendant les huit semaines suivantes (soit vingt semaines au total), la prise en charge était alors interrompue, et l'appareil repris par le prestataire. Cette ultime étape touchait donc le patient, qui ne pouvait conserver l'appareil qu'à la condition d'accepter d'en payer lui-même, intégralement, le prix de location.

C'est ce dispositif novateur que le Conseil d'État a censuré.

L'arrêt ici commenté procède en effet à l'annulation des deux arrêtés des 9 janvier et 22 octobre 2013 en tant qu'ils introduisent d'une part le nouveau calcul de l'observance minimale, d'autre part le mécanisme de contrôle de cette observance, et enfin la procédure de réduction par étapes, en cas d'observance insuffisante, du forfait hebdomadaire de prise en charge par l'assurance maladie.

Le motif de censure tient en l'absence de base légale suffisante. Les deux arrêtés sont intervenus, dit le Conseil d'État, dans des domaines qui excédaient les pouvoirs dont disposent les ministres signataires lorsqu'ils inscrivent un dispositif médical sur la liste des produits et prestations remboursables. Ils étaient donc entachés d'incompétence.

1 - JO du 16 janvier 2013.

2 - JO du 30 octobre 2013.

Il y a là un raisonnement des plus classiques, et un motif d'annulation assez courant pour les arrêtés ministériels. On sait que le Conseil d'État tient toujours fermement la ligne selon laquelle la Constitution ne reconnaît aux ministres aucun pouvoir réglementaire autre que celui d'organisation de leurs propres services³. L'incompétence ministérielle à prendre un arrêté réglementaire est donc la règle, et la compétence l'exception, qui, en dehors des dispositions de pure organisation interne des services ministériels, doit avoir été précisément et expressément prévue par un texte.

La lecture de cet arrêt, éclairée par les conclusions – contraires – du rapporteur public Alexandre Lallet⁴, montre toutefois que le Conseil d'État a adopté, en l'espèce, une position qui mérite le débat. La haute assemblée a privilégié une vision qu'on pourrait qualifier de « prudente », en choisissant d'une part une lecture extensive de la novation introduite par les deux arrêtés, et en retenant d'autre part, et cumulativement, une approche plutôt restrictive de ce qu'autorisait leur base légale.

Une lecture extensive de la portée de principe de la novation introduite par les arrêtés litigieux

Il y avait schématiquement trois manières d'envisager, et donc de qualifier juridiquement, le dispositif nouveau de contrôle d'observance et de régulation du remboursement décrit ci-dessus.

La première, défendue par certains des requérants, était d'y voir une intrusion inédite dans la vie privée des patients, par la diffusion d'informations susceptibles de renseigner des tiers sur leurs modes de vie.

Une telle lecture était manifestement excessive. La transmission d'informations, que ce soit au prestataire, au praticien (en cas d'interruption de la prise en charge et de reprise de l'appareil) ou à la caisse d'assurance maladie, n'excédait en rien, sur le fond, celle qui a déjà informellement lieu lors de n'importe quelle installation d'appareil à PPC. Elle restait dans le cadre de ce qu'autorisent les échanges couverts par le secret professionnel.

Deux autres lectures plus raisonnables pouvaient toutefois s'opposer.

La première, la plus large, est celle qu'a retenu le Conseil d'État : les arrêtés en litige subordonnent, dit l'arrêt, la prise en charge par l'assurance maladie « à l'observation effective par les patients de leur traitement ». C'est-à-dire que pour le Conseil d'État, on est là face à des conditions de remboursement soutenues par des considérations d'ordre comportemental, portant sur le point de savoir si le patient accepte ou non de se soigner, et de se soigner correctement.

Mais une autre vision du texte était, pensons-nous, alternativement possible, qui n'aurait vu dans

3 - Section, 23 mai 1969, Société « Distillerie Brabant et compagnie », p.264, concl. contraires N.Questiaux.

4 - L'auteur tient à remercier très spécialement le rapporteur public de lui avoir communiqué ses conclusions.

ces arrêts pas autre chose qu'une modalité – certes innovante – de la vérification très banale que le soin remboursé a bien eu lieu.

Car s'il est un principe sûr en matière de prestations en nature de l'assurance maladie, c'est que l'acte doit s'être produit ou le produit avoir été acheté pour pouvoir être remboursé. L'assurance maladie n'a pas vocation à rembourser un acte qui ne s'est pas effectivement réalisé.

Il est vrai que cette condition d'effectivité qui structure le remboursement d'une prestation en nature se mesure normalement, et exclusivement, à l'existence de « frais exposés » que l'assurance maladie a pour objet, dit l'article L.322-1 du code de la sécurité sociale, de « garantir ». Et qu'en l'espèce, le paiement effectif de l'appareil peut parfaitement avoir lieu – justifiant du coup sa prise en charge – sans la moindre utilisation effective. Un peu comme pour un médicament qu'on achèterait sans du tout le consommer, et qui n'en demeurerait pas moins parfaitement remboursable.

Mais c'est là qu'aurait pu intervenir la double considération que la condition n'était qu'une durée minimale uniforme, traduisant l'effectivité d'usage et non un véritable protocole de soins, et surtout que, l'appareil étant loué et sa facturation s'effectuant par périodes hebdomadaires, la seule sanction était, en cas de non-usage, de retirer l'appareil du domicile pour l'avenir, mais jamais de remettre en cause son remboursement pour le passé.

Dans ces conditions, il n'aurait pas été insurmontable, selon nous, de considérer que la vérification, de terme en terme, de l'utilisation effective de l'appareil n'introduisait pas autre chose que ce à quoi aurait conduit – alternativemement, et sans aucun problème de légalité – une obligation de ne le prescrire que pour des périodes extrêmement courtes, en exigeant de très fréquents renouvellements.

L'objection principale était sans doute que les arrêtés ne s'étaient pas contentés d'exiger une simple utilisation : ils avaient placé la barre plus haut, à 84 heures au moins par période de 28 jours. Mais là encore, il n'était pas impossible de répondre qu'une utilisation « effective » peut s'exprimer par un minimum qui n'est pas zéro⁵.

Les arrêtés, il est vrai, n'en auraient pas pour autant été légaux.

Car cette vision plus accommodante aurait permis de dire que le processus de transmission et de cessation progressive du remboursement en cas de non-usage n'introduisait aucun nouveau principe général de la sécurité sociale (au sens de l'article 34 de la Constitution) et qu'il pouvait donc être prévu par voie réglementaire. Mais on pouvait en revanche douter que ces mêmes arrêtés, dont l'article R.165-1 du code de la sécurité sociale dit qu'ils peuvent seulement préciser « *le cas échéant, les spécifications techniques, les seules indications thérapeutiques ou*

diagnostiques et les conditions particulières de prescription ou d'utilisation du produit ou de la prestation ouvrant droit à la prise en charge », aient pu aller jusqu'à fixer eux-mêmes le minimum d'heures correspondant à une utilisation effective, ou à prévoir les modalités de contrôle et le processus d'échanges conduisant à l'interruption du remboursement.

Bref, cette analyse – que n'a pas retenu le Conseil d'État – aurait conduit sans doute aussi à une annulation, mais pour une autre raison, évidemment plus facile à corriger pour le gouvernement : celle de l'absence du cadre réglementaire requis. Lequel n'aurait d'ailleurs pu être, compte tenu des termes de l'article L.165-1 du code de la sécurité sociale qui renvoie à un décret en Conseil d'État toutes ses conditions d'application, qu'un décret en Conseil d'État⁶.

Une lecture restrictive de la base légale offerte par l'article L.165-1 du code de la sécurité sociale.

Il y avait, à vrai dire, d'assez sérieux motifs tout de même de voir dans ce dispositif autre chose, et davantage, qu'un simple contrôle d'effectivité de la prestation.

Le communiqué rendu public, après l'annulation contentieuse, par la Fédération des prestataires de santé à domicile, dont certains membres s'étaient portés intervenants en défense et qui avait beaucoup contribué à l'élaboration de ces textes, en donne une indication. Cette décision, regrette ainsi le communiqué, fait disparaître un dispositif qui reposait sur le « respect d'une observance minimum, établie selon la recommandation de la Haute Autorité de Santé, après analyse de la littérature et d'avis d'experts ».

Il s'agissait donc bien – et le gouvernement ne s'en cachait pas – de contrôler davantage que la seule effectuation objective d'une prestation remboursée. Mais plutôt de se placer sur le terrain de la bonne pratique clinique, et de l'incitation financière du patient à la respecter.

La lecture ambitieuse de la portée du texte se défend donc sans peine, même s'il serait excessif d'y voir une totale nouveauté conceptuelle. Plusieurs exemples de remboursement conditionnel existent déjà, qui sont d'ailleurs, pour certains d'entre eux, bien connus des assurés sociaux et acceptés sans difficulté.

Le plus ancien, celui auquel tout le monde pense sans doute le plus spontanément, est extérieur à l'assurance maladie mais pas extérieur à la santé publique : il s'agit, en matière de prestations familiales, des conditions mises sur le versement de différents volets de la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE) : la prime à la naissance n'est versée qu'à la condition, prévue par l'article L.533-1 du

6 - Noter que cette lecture aurait aussi conduit à considérer, sans doute, que l'arrêté d'inscription initial, qui prévoyait déjà on l'a dit un minimum d'heure d'utilisation, mais sans procédure de contrôle ni modulation du remboursement, était légal. Alors que la réponse négative s'impose aujourd'hui, pour un arrêté qui est redevenu applicable du fait de l'annulation contentieuse des nouveaux arrêtés qui le remplacent.

code de la sécurité sociale, que l'examen prénatal dit « du troisième mois » ait bien eu lieu. Et après la naissance, le versement pendant trois ans de l'allocation de base suppose que les trois examens de santé obligatoire de l'enfant, à 8 jours, 9 mois et 24 mois, aient été effectivement réalisés⁷.

Autre exemple, dans le champ de l'assurance maladie : la modulation bien connue du taux de remboursement – mais là aussi expressément prévue par la loi, en l'espèce l'article L. 162-5-3 du code de la sécurité sociale⁸ – selon que l'assuré consulte un médecin vers lequel l'a, ou non, dirigé son médecin traitant. Là aussi, l'instrument du remboursement et la menace de sa possible modulation sont employés pour inciter à un certain comportement soignant, bien au-delà de la seule exigence d'effectivité du soin.

Un autre exemple enfin, que citait d'ailleurs le rapporteur public Alexandre Lallet, est la règle très ancienne, aujourd'hui codifiée à l'article L. 324-1 du code de la sécurité sociale mais qui remonte au décret du 20 mai 1955 qui a créé le régime des « affections de longue durée »⁹, selon laquelle la caisse doit en principe « faire procéder périodiquement à un examen spécial du bénéficiaire, conjointement par le médecin traitant et le médecin conseil de la sécurité social en vue de déterminer le traitement que l'intéressé doit suivre (...) », et que « la continuation du service des prestations est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire (...) de se soumettre aux traitements (...) prescrits d'un commun accord par le médecin traitant et le médecin-conseil de la sécurité sociale »¹⁰.

Il serait donc faux de croire que, jusqu'à ces décrets sur les appareils à PPC, l'assurance maladie, ou la protection sociale en général, étaient restées à l'écart de toute utilisation du remboursement comme incitatif à ce que l'assuré social adopte un certain comportement de soins.

Mais il est certain que le fait de créer de tels dispositifs suppose de définir de nouvelles « natures de conditions exigées pour l'attribution des prestations », et relève par conséquent, en vertu d'une jurispru-

7 - Ancienne et traditionnelle, cette seconde condition, post-natale, est tout à fait claire en doctrine administrative (cf par exemple la circulaire DSS/2B/2003/612 du 22 décembre 2003 relative à la prestation d'accueil du jeune enfant) mais paraît bien moins solidement fondée en droit. La combinaison des articles L.533-1 et D.532-2 du code de la sécurité sociale ne paraît pas, littéralement, autoriser en effet autre chose que des conditions portant sur la période prénatale.

8 - Dont les modalités d'application sont fixées à l'article R.322-1-1 du même code.

9 - Décret n°55-568 du 20 mai 1955 « tendant à la modification de l'ordonnance du 19 octobre 1945 ».

10 - Ces dispositions, qui servaient de fondement aux anciens « Protocoles Inter-régimes d'Examen Spécial » (PIRES) n'ont plus guère de cours, ayant été remplacées dans la pratique, depuis la loi 2004-810 du 13 août 2004, par le « protocole de soins » cosigné par le patient lui-même, et prévu par le même article. La base légale d'une modulation des prestations en fonction du respect ou non d'un protocole soignant n'en est pas moins demeurée en vigueur.

dence tout à fait constante¹¹, des principes fondamentaux de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution. En clair : ils ne peuvent être créés que par la loi.

Partant de là, la question se déplaçait vers celle de l'existence ou non d'une base légale suffisante : l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale qui dispose que le remboursement des dispositifs médicaux par l'assurance maladie « est subordonné à leur inscription sur une liste », et que cette inscription « peut être elle-même subordonnée au respect de (...) conditions particulières de prescription et d'utilisation » pouvait-il être regardé comme ayant permis de moduler le remboursement en fonction du comportement de l'assuré social dans sa façon de se soigner ?

Le doute était à nos yeux suffisamment permis pour qu'on comprenne que, dans un souci que les principes sur lesquels reposent les assurances sociales n'évoluent pas de manière subreptice, le Conseil d'État n'ait pas voulu que ce doute profite aux arrêtés attaqués.

Le doute était permis, d'abord, et même si le Conseil d'État n'a apparemment pas estimé nécessaire d'y faire référence¹², par ce qu'on pouvait savoir de l'intention du législateur – ou plutôt de son absence d'intention allant dans le sens d'une conditionalité – lorsqu'il avait, en 1999¹³, réécrit l'ensemble du chapitre consacré aux dispositifs médicaux et notamment cet article L. 165-1.

Il était permis, ensuite, par la comparaison que l'on peut faire avec les quelques exemples, cités plus haut, dans lesquels une telle modulation a été prévue par le législateur, et qui ont toujours fait l'objet d'une formulation dépourvue de toute ambiguïté.

Il était enfin, pensons-nous, d'autant plus permis que cette expression selon laquelle le remboursement par l'assurance maladie « peut être subordonnée au respect de conditions particulières de prescription et d'utilisation » est en facteur commun de plusieurs listes d'actes ou de produits remboursables, dont la liste majeure des actes des professionnels de santé en ville (article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale)¹⁴. L'interprétation à donner de ce texte touchant aux dispositifs médicaux avait donc, bien au-delà du champ de ces seuls dispositif, des effets de contagion considérables.

On comprend évidemment le possible dépit d'une profession – les prestataires de santé à domicile – qui s'était montrée particulièrement

11 - Voir notamment, sur cette question du partage loi/règlement en matière de principes fondamentaux de la sécurité sociale, la décision du Conseil constitutionnel 85-139L du 8 août 1985, qui a précédé la dernière codification du code de la sécurité sociale.

12 - Estimant ainsi implicitement que le texte ne présentait aucune obscurité d'interprétation.

13 - Loi n°99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000.

14 - On la trouve aussi dans la liste des actes thermaux (L.162-1-7-2), dans la « liste en sus » des dispositifs médicaux (L.165-11), etc.

collaborative et innovante. Le dispositif envisagé était, intellectuellement et technologiquement, pionnier. Il était tout à fait adapté à la régulation efficiente d'une dépense dont on peut anticiper, pour les raisons dites au début de cet article, une importante montée en charge. Il était enfin, semble-t-il, largement admis par les patients concernés, nonobstant ces recours engagés par certains de leurs représentants.

Mais on a déjà eu l'occasion de regretter dans cette chronique¹⁵ cette réalité tout de même préoccupante de notre construction juridique en matière d'assurance maladie : les formes d'organisation nouvelles, qui sont aujourd'hui absolument nécessaires dans le champ des soins primaires, sont enfermées dans une sorte d'injonction contradictoire. Elles ne peuvent, techniquement, naître que des relations partenariales entre l'assurance maladie et les représentants des professionnels soignants ; mais en même temps, faute qu'il existe un mécanisme analogue (par métaphore) aux extensions de conventions collectives en droit du travail, elles ne peuvent, juridiquement, que s'inscrire dans un cadre totalement préétabli par le législateur.

Le Parlement est donc, en droit, réputé précéder ce que, en fait, il ne peut que suivre. C'est un facteur inquiétant d'immobilisme ... ou d'annulation contentieuse. Et c'est une fois de plus ce qui se produit ici.

Denis Piveteau

15 - Voir cette même chronique dans le JDSAM 3/2014, où le point est évoqué de manière plus précise dans le cas des accords conventionnels avec les professionnels de santé libéraux.

Yvon Martinet

Avocat associé, ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, membre du Conseil de l'Ordre, Cabinet DS Avocats

Béatrice Parance

Professeur à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Directrice de l'axe Environnement Santé du Laboratoire de droit médical et de la santé (EA 1581)

Patricia Savin

Avocate associée, Docteur en droit, Cabinet DS Avocats

Gwladys Beauchet

Avocate, Cabinet DS Avocats

Pénibilité et faute inexcusable de l'employeur

Depuis 2013, le thème de la pénibilité est au cœur des réformes en matière de retraite et devient désormais un enjeu important pour les employeurs. La prise en compte de la pénibilité en tant que facteur de risque a été amorcée par le législateur dans le cadre de la réforme des retraites de 2003. Les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national étaient alors invitées « à engager une négociation interprofessionnelle sur la définition et la prise en compte de la pénibilité »¹.

Face à l'échec des négociations interprofessionnelles, le législateur a repris la main, à l'occasion de la réforme des retraites de 2010² pour préciser la notion de pénibilité³, définie comme résultant de « facteurs de risques professionnels [...] liés à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur la santé »⁴. Par cette même loi, ont été instaurés pour chaque salarié un dossier médical en santé au travail, établi par le médecin du travail⁵, et une fiche individuelle de prévention des exposi-

tions aux facteurs de pénibilité, élaborée par l'employeur⁶.

En vue d'une meilleure prise en compte des risques professionnels liés à la pénibilité, la loi du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites a créé un dispositif de compensation de la pénibilité : le compte personnel de prévention de la pénibilité (CPPP ou C3P), lequel sera alimenté par le contenu de la fiche de prévention des expositions. Les informations consignées dans la fiche individuelle d'exposition permettront de déterminer le nombre de points acquis par chaque salarié au titre du compte personnel de prévention de la pénibilité⁷. Ces points seront convertibles selon le choix du salarié (i) en périodes de formation professionnelle, (ii) en périodes à temps partiel compensées financièrement ou (iii) en majoration de durée d'assurance vieillesse permettant une retraite anticipée⁸.

L'une des innovations introduites par la loi du 20 janvier 2014 réside en ce que l'établissement de cette fiche est subordonnée au franchissement d'un seuil d'exposition à la pénibilité, apprécié après mise en œuvre des mesures de prévention (I). Cette nouveauté risque d'avoir, pour l'employeur, l'effet pervers d'alourdir sa responsabilité vis-à-vis des salariés victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, en facilitant la démonstration qu'il a commis une faute inexcusable (II).

I. L'établissement de la fiche de prévention des expositions est subordonné au franchissement d'un seuil d'exposition à la pénibilité

Les dispositions applicables à la fiche de prévention des expositions ont été modifiées en vue de la mise en œuvre du compte personnel de prévention de la pénibilité. Du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014 inclus, l'employeur était tenu, à l'égard de chaque salarié exposé à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels, de consigner dans une fiche individuelle diverses informations relatives à la prévention de la pénibilité⁹.

1 - Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites – Article 12.

2 - Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

3 - Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites – Article 60.

4 - Ancien article L. 4121-3-1 du Code du travail, devenu le nouvel article L. 4161-1 du Code du travail depuis le 1^{er} janvier 2015.

5 - Article L. 4624-2 du Code du travail.

6 - Ancien article L. 4121-3-1 du Code du travail, devenu le nouvel article L. 4161-1 du Code du travail depuis le 1^{er} janvier 2015.

7 - Article L. 4161-1 du Code du travail.

8 - Article L. 4162-4 du Code du travail.

9 - Article L. 4121-3-1 du Code du travail.

L'employeur consignait dans cette fiche :

- les conditions de pénibilité résultant des facteurs auxquelles le travailleur est exposé ;
- la période au cours de laquelle cette exposition est survenue ;
- les mesures de prévention mises en œuvre par l'employeur pour faire disparaître ou réduire l'exposition à ces facteurs durant cette période.

Jusqu'au 31 décembre 2014, l'employeur devait donc établir la fiche de prévention des expositions pour chaque salarié exposé à un facteur de risque professionnels, indépendamment de la durée et de l'intensité de cette exposition.

Sous l'égide de la loi du 20 janvier 2014, le contenu de la fiche d'exposition demeure inchangé mais l'établissement de la fiche individuelle d'exposition est désormais subordonné au franchissement d'un seuil précis d'exposition à la pénibilité.

À compter du 1^{er} janvier 2015, l'obligation pour l'employeur d'établir cette fiche sera déclenchée uniquement au-delà d'un certain seuil d'exposition précis¹⁰ pour les risques liés au travail de nuit, au travail en équipe successive alternantes, au travail répétitif et aux activités exercées en milieu hyperbare. Il en sera de même, à compter du 1^{er} janvier 2016, pour les risques liés aux manutentions manuelles de charges, aux postures pénibles, aux vibrations mécaniques, aux agents chimiques dangereux, aux températures extrêmes et au bruit.

Pour chacun des facteurs de risques professionnels visés au paragraphe précédent, ont été déterminés des seuils, fixés en fonction de l'action du travailleur ou de la situation où il se trouve, ou encore de l'intensité et de la durée minimale d'exposition¹¹. Et c'est uniquement lorsque ces seuils sont dépassés que l'employeur sera dans l'obligation d'établir la fiche de prévention des risques.

Certains seuils pourront aisément être évalués par les employeurs à l'aide de données quantitatives : ainsi, en cas de travail de nuit, l'employeur pourra facilement déterminer si le salarié a travaillé pendant au moins une heure entre 24 heures et 5 heures, et ce pendant au moins 120 nuits par an¹². En revanche, d'autres seuils semblent difficilement mesurables : par exemple, en matière de postures pénibles, comment déterminer si le salarié a une position du torse en torsion à 30 degrés et ce au moins 900 heures par an ? Certains seuils donneront lieu à des difficultés d'application et à un nouveau contentieux en cas de désaccord entre le

salarié et l'employeur sur le niveau d'exposition à un facteur de pénibilité¹³.

La loi du 20 janvier 2014 précitée introduit une seconde nouveauté : l'exposition du salarié doit être appréciée après application des mesures de protection collective et individuelle¹⁴. Par exemple, le niveau d'exposition au bruit sera évalué en tenant compte des protections auditives imposées au salarié. Il s'agit donc d'évaluer l'exposition résiduelle à laquelle est soumis le salarié et l'employeur n'aura aucune obligation d'établir la fiche de prévention des risques dans l'hypothèse où les mesures de prévention mises en place permettent de ne pas dépasser les seuils fixés réglementairement.

Cette réforme est certes favorable à la prévention des risques professionnels. En effet, tout employeur aura intérêt au développement de mesures de prévention permettant de ne pas dépasser les seuils fixés. Toutefois, il est à craindre que l'établissement d'une fiche de prévention des expositions soit désormais considéré comme un aveu d'échec de la politique de prévention des risques mise en place par l'employeur. Ces fiches de prévention des expositions devront donc être rédigées avec une grande précaution afin de ne pas acter de l'insuffisance des mesures collectives et/ou individuelles de préventions mises en œuvre au sein de l'entreprise.

En tout état de cause, ces nouvelles modalités d'établissement des fiches de prévention d'exposition auront un impact non négligeable dans les contentieux nécessitant une appréciation de la faute inexcusable de l'employeur.

II. L'établissement de la fiche de prévention des expositions facilite la démonstration la faute inexcusable de l'employeur

L'indemnisation des salariés victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle repose historiquement sur une responsabilité objective de l'employeur fondée sur le risque professionnel, permettant une réparation forfaitaire de ces derniers¹⁵. Une indemnisation complémentaire peut leur être accordée par le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), en cas de faute inexcusable de l'employeur¹⁶.

Selon une jurisprudence constante, la faute inexcusable de l'employeur est caractérisée dès lors que sont démontrées (i) la conscience que l'employeur

10 - Décret n° 2014-1159 du 9 octobre 2014 relatif à l'exposition des travailleurs à certains facteurs de risque professionnel au-delà de certains seuils de pénibilité et à sa traçabilité et Article L. 4161-1du Code du travail.

11 - Décret n° 2014-1159 du 9 octobre 2014 relatif à l'exposition des travailleurs à certains facteurs de risque professionnel au-delà de certains seuils de pénibilité et à sa traçabilité et Article D. 4161-2 du code du travail.

12 - Décret n° 2014-1159 du 9 octobre 2014 relatif à l'exposition des travailleurs à certains facteurs de risque professionnel au-delà de certains seuils de pénibilité et à sa traçabilité

13 - En cas de désaccord entre l'employeur et le salarié, ce dernier ne pourra saisir la Carsat ou la Cnavts qu'après avoir porté la contestation devant son employeur- Article L4162-14 du Code du travail-. Les différents relatifs aux décisions de la Carsat ou de la Cnavts relèvent ensuite de la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale –article L4162-13 du Code du travail.

14 - Nouvel article L. 4161-1 et D. 4161-3 du Code du travail.

15 - Article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale.

16 - Article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale.

avait ou aurait dû avoir des risques courus et (ii) l'absence de mesures nécessaires pour prévenir l'accident de travail ou la maladie professionnelle.

La conscience du danger par l'employeur est appréciée en fonction de la réglementation, des habitudes de la profession, des circonstances, de l'évidence du danger, etc. Il peut par exemple résulter de l'inscription d'une pathologie aux tableaux des maladies professionnelles ou encore de la réalisation d'analyses par l'employeur et ce, nonobstant les résultats de cette analyse faisant état d'un risque moindre.

En matière de pénibilité, la démonstration de la conscience du danger sera aisée du fait de l'existence même de seuils d'exposition. Quant aux mesures de prévention nécessaires, elles sont appréciées au regard du comportement de l'employeur face au danger. Ainsi, la faute inexcusable de l'employeur ne peut être retenue lorsque l'employeur a pris toutes les mesures nécessaires pour préserver le salarié du danger auquel il était exposé.

Or, comme précisé ci-dessus, du fait de ses nouvelles conditions d'établissement, l'existence même d'une fiche de prévention ne sera-t-elle pas désormais suffisante à la démonstration de l'absence de mesures de protection collectives et/ou individuelles nécessaires à la préservation de la santé et de la sécurité du salarié ?

En effet, la fiche de prévention des expositions permettrait d'acter la responsabilité de l'employeur dès lors que l'exposition mentionnée implique un dépassement des seuils réglementaires après application des mesures de prévention en vigueur dans l'entreprise.

Si ce raisonnement venait à être accueilli par les juges, l'employeur dont la faute inexcusable serait invoquée à la suite d'un accident ou d'une maladie causée par un risque professionnel lié à la pénibilité, ne pourrait s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une cause étrangère, non liée aux conditions de travail.

En définitive, une politique de prévention efficace devra nécessairement conduire à ne pas dépasser les seuils fixés pour chaque facteur de pénibilité et donc à ne pas établir de fiche de prévention aux expositions.

La fiche de prévention, présentée par le législateur comme un outil de prévention et d'alimentation du compte pénibilité, se révélera être en réalité un outil de preuve au bénéfice du salarié de l'insuffisance des mesures de prévention prises par l'employeur caractérisant donc sa faute inexcusable.

À cet égard, on pourrait imaginer que l'employeur tente d'invoquer la compensation accordée au salarié via le dispositif du compte pénibilité (formation professionnelle, temps partiel compensé, retraite anticipée) pour justifier le rejet de toute demande de réparation, fondée sur la reconnaissance de sa faute inexcusable. En effet, il pourrait être soutenu que le salarié qui a obtenu une compensation au titre du risque professionnel de pénibilité ne devrait pas pouvoir prétendre à une

indemnisation complémentaire sur le fondement de la faute inexcusable de l'employeur. Une telle argumentation serait probablement réfutée au motif que le dispositif de compensation, mis en place par la loi du 20 janvier 2014 n'a pas pour objet de réparer un préjudice mais de réduire l'exposition à un risque professionnel avéré.

Les employeurs, dans le cadre de leur politique de prévention des risques, pourraient en revanche proposer aux salariés, dont l'exposition au-dessus des seuils est avérée, d'utiliser les mesures de compensation prévues (formation professionnelle, temps partiel compensé ou retraite anticipée) en vue de réduire les expositions constatées. Par exemple, pour un salarié travaillant habituellement à une température inférieure ou égale à 5 degrés Celsius pendant au moins 900 heures par an, l'employeur pourrait proposer un temps partiel sur quelques périodes de l'année ou un aménagement de poste comprenant une alternance entre un poste exposé au risque et un poste non exposé, en vue de diminuer l'exposition du salarié concerné.

En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, lié à un facteur de pénibilité, la preuve d'une faute inexcusable de l'employeur sera, en tout état de cause, certainement facilitée en cas d'existence d'une fiche de prévention aux expositions. Le législateur a en effet ouvert la voie à ce qu'une présomption de faute inexcusable soit attachée à l'existence même de la fiche de prévention des expositions. À ce titre, il est donc regrettable que l'amendement n° 3018 porté par dix parlementaires et visant à faire inscrire dans la loi du 20 janvier 2014 que, « l'existence de la fiche individuelle ne constitue pas une présomption de manquement à l'obligation visée à l'article L. 4121-1 du code du travail ou de faute inexcusable de l'employeur » ait été rejeté¹⁷. Cette précision aurait été le gage d'une plus grande sécurité juridique pour les employeurs, premier acteur de la politique de prévention des risques professionnels.

Gwladys Beauchet, Yvon Martinet

17 - Amendement n° 3018 consultable via : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1400/AN/3018.asp>

Duncan Fairgrieve

British Institute of International and Comparative Law,
Londres; Université Paris Dauphine PSL; avocat au
barreau de Paris, Membre de l'Institut Droit et Santé

Classification of Synthetic Cannabis

Joined Cases D&G (C-358/13 and C-181/14)

Judgment was handed down on 10 July 2014 from the European Court of Justice in the joined cases of "D&G". The Court had considered the classification of substances that were not being consumed for a medical but recreational purpose. There had been lively argument from a large number of Member States and the Commission. Ultimately, the Court agreed with the UK's submissions that the substances in question (herbs mixed with synthetic cannabinoids) could not be regarded as medicinal products even if they "modify" physiological function as that word within the meaning of Article 1(2)(b) of Directive 2001/83/EC, requires a *beneficial* effect on human health, given the context of that Directive, and in particular the totality of Article 1(2) contained therein.

Background

The references came from Germany and concerned the interpretation of Article 1(2)(b) of Directive 2001/83 on the Community code relating to medicinal products for human use ('the Directive'). In Case C-358/13, the question arose after the Defendant in criminal proceedings was sentenced to a period of imprisonment for offences including the unauthorised marketing of medicinal products. He had been selling small bags of herbal mixtures which contained synthetic cannabinoids. The effects of consumption of this product, an example of a 'legal high', (given that it was used as a substitute for marijuana, but which was not caught by Germany's national counter-narcotics legislation) was not used for a health benefit but was consumed solely for its intoxication-inducing effects. Ill effects were possible in some consumers.

The referring Court asks whether Article 1(2)(b) of the Directive is to be interpreted as meaning that substances, or combinations of substances, within the meaning of the provisions which *modify*, but do not *restore or correct* human physiological functions are to be regarded as medicinal products *only* if they are of therapeutic benefit or at any rate bring about modification of bodily functions along positive lines.

Further, the Court asks whether substances which are consumed solely for their intoxication-inducing psychoactive effects, and in the process also have an effect which could at least pose a risk to health, fall under the definition of 'medicinal product' as set out in the Directive. In short, is legislation on medicinal products the appropriate instrument to use in order to combat the marketing of so called legal highs?

The facts in the joined case C-181/14 were similar and the question referred was identical. The Court of Justice therefore expedited the Case of G pursuant to Article 105 of the Rules of Procedure in order that it could be heard together with C-358/13, the case of D. A number of Member States and the Commission intervened. The Czech Republic, Germany, Finland, Norway, and the Commission submitted written observations and attended the hearing, Estonia, Italy, Hungary provided written observations alone. The UK and Spain attended the hearing but did not submit written observations at an earlier stage. The UK and the Commission alone argued that simply because a product *modified* a physiological function did not mean that it fell within the scope of the Directive.

Arguments

While more than one Member State conceded that not every substance that modified the human body was a medicine, relying on the case of Upjohn (C-112/89), where *significant* effect was required, as opposed to *any* effect, other Member States relied on different points. A number of Member States relied on Article 2(2) of the Directive, which sets out that "*in cases of doubt, where, taking into account all its characteristics, a product may fall within the definition of a "medicinal product" and within the definition of a product covered by other Community legislation, the provisions of this Directive shall apply.*" This provision is applied to many products that could be considered both as medicines and non-medicines making clear that the Directive takes precedence.

Arguments were myriad and different facets of a product and its assessment were selected for debate. Some advocates focused on the nature and characteristics of a product with the proposition put forward that potentially potent products should face restriction, if only to protect public health. Others distinguished the classification of products that fell within the definition of a 'medicinal product' as distinct from whether a product would have any therapeutic effect in actual fact. The suggestion here was that a significant biological effect produced by a substance was sufficient for classification as a medicinal product further to the Directive and therapeutic efficacy was a distinct test considered separately in assessing whether a Marketing Authorisation should be granted.

The UK agreed that the term “modify” was purposely more broad than either “correct” or “restore” in order to provide coverage for those products which provided some therapeutic benefit, such as slowing the progression of cancer, without providing a cure. Further, that many everyday products such as even relatively small amounts of coffee and alcohol significantly modify physiology without requiring classification as a medicinal product. The UK maintained that the Court’s previous rulings on the classification of medicinal products were correct, where a number of relevant criteria apply, including “*regard to a product’s pharmacological properties as they may be ascertained in the current state of scientific knowledge, to the way in which it is used, to the extent to which it is sold and to consumers’ familiarity with it*”¹.

Reasoning

The Court looked at the interaction between Article 1(2)(a) and 1(2)(b) of the Directive. It considered that those provisions must be viewed conjunctively, and could not be read in such a way as to conflict with each other. In ordinary language, the term “modify”, as used in Article 1(2)(b) is a neutral term. However, when read with Article 1(2)(a) and the remainder of Article 1(2)(b) it is clear that those provisions imply a beneficial effect on human health. Accordingly “modify” must be read in accordance with those considerations, and therefore be interpreted as encompassing substances which are capable of having a beneficial effect on the functioning of the human organism. The term “medicinal product” cannot cover substances which merely modify physiological functions without entailing beneficial effects.²

The Court also considered whether its conclusion was affected by the fact that contraceptives are designated as medicinal products under Article 4(4) of the Directive, given that they are not always used in the treatment of a medical condition. Their status was particularly cited by some Member States who argued in favour of synthetic cannabinoid products to be treated as medicinal products. The Court noted that contraceptive products are subject to a special regime under the Directive, rather than being comparable to medicinal products falling within the general regime of the Directive. In any event, Member States could not take into account, when determining the meaning of the elements of the general definitions of medicinal products in Article 1(2) of the Directive, certain characteristics which are particular to a category of products which enjoy special status under the Directive, such as contraceptives.

The Court considers that it is clear from the questions before it that the products it is considering are not used for medicinal purposes, but purely recreational purposes; accordingly rather than there being any risk : benefit analysis, where these products are harmful to human health but they do so

without at the same time being of any benefit. The fact that marketing of the products will not be subject to criminal law sanction given the Court’s views on whether they are medicinal products does not call into doubt that conclusion. The adequacy of other legislation when other legislative regimes do exist is a separate matter to that of the correct nature of classification of a product as a medicine.

In sum, the Court concluded that Article 1(2)(b) of Directive 2001/83/EC does not cover substances, such as those in the present case, which produce effects that *modify* physiological functions, but which do not have beneficial effects to human health, and rather are consumed solely to induce a state of intoxication. It did not matter that these products are harmful to health. This judgment is helpful in placing both limbs of the definition of a medicinal product under the Directive in context. It permits some read across the different limbs given the context in which a product exists and is considered.

Dr Chris Jones & Melissa Coutino
Medicines and Healthcare Products Regulatory Authority (MHRA), United Kingdom

1 - The case of *Upjohn* (C-112/89), para 23.

2 - Re D&G (para 38).

Clémence Danel
Clémence Ferreira
Justine Marzec
Jonathan Ros

Institut Droit et Santé, Sorbonne Paris Cité, Inserm
UMR S 1145

□ Vincent Fortier, Anne Marcellini et coll.
L'obésité en question. Analyse transdisciplinaire d'une épidémie
Les Études Hospitalières
Septembre 2014

Cet ouvrage, fruit d'une réflexion pluridisciplinaire, se propose d'apporter des éléments de réponses au sujet de l'obésité épidémique et notamment, sur sa dimension collective et sur sa propagation.

□ Rachel Lambert
Vincent - parce que je l'aime, je veux le laisser partir
Éditions Fayard
Septembre 2014

Cet ouvrage nous livre le témoignage de Rachel Lambert, épouse de Vincent, en état végétatif depuis plusieurs années après avoir été victime d'un accident de la route. Face à la volonté des médecins d'interrompre les traitements et celle des parents de contrer cet avis, Rachel Lambert explique pourquoi elle souhaite mettre fin à ces traitements.

□ Nicole Cano, Jean-Marc Henry, Valéry Ravix et coll.
Liberté et contrainte en psychiatrie : enjeux éthiques

Les Études Hospitalières
Octobre 2014

La thématique abordée dans cet ouvrage étant l'essence même de la psychiatrie, les auteurs se proposent d'apporter une réponse aux diverses questions posées telles que les formes actuelles de la contrainte ou encore ses conséquences en termes de liberté.

□ Christian Colbeaux

Loi et addiction. Quand l'addiction impose sa loi, quelle loi pour l'addiction ?

L'Harmattan
Octobre 2014

Partant de l'étymologie du mot addiction, associé à l'esclavage, l'auteur envisage les différents types d'addictions et propose une réflexion sur le rôle du législateur dans la lutte contre celles-ci.

□ Dominique Le Doujet

Pour une revalorisation du corps. Intimité, dignité et service à la personne

Presses EHESP
Octobre 2014

Face au nombre croissant de personnes âgées présentant des problèmes d'autonomie, de nouveaux services à la personne apparaissent. Cet ouvrage propose une réflexion à la fois éthique et philosophique visant à améliorer le soin au quotidien auprès des personnes âgées en mettant l'accent sur la revalorisation du corps.

□ Damien Le Guay

Le fin mot de la vie

Éditions du Cerf
Octobre 2014

Face à un débat constant qui se focalise sur la question de l'euthanasie, Damien Le Guay propose, dans cet ouvrage, d'appréhender la fin de vie sous un autre angle : celui de la parole. L'échange, la puissance des mots et des rencontres sont pour lui un moyen de laisser l'humanité s'exprimer face à la souffrance et à la mort.

□ Maurice Mimoun

La mort peut attendre

Albin Michel
Octobre 2014

La question de la fin de vie étant au cœur des débats, cet ouvrage nous livre le témoignage d'un médecin et son rôle de confident face à la mort.

BIBLIOGRAPHIE

Claire Morelle

Déficience intellectuelle et vie institutionnelle

L'Harmattan

Octobre 2014

Cet ouvrage a pour but de décrire le travail d'accompagnement auprès de personnes atteintes d'un handicap mental, qui exige un savoir-faire qui implique non seulement l'acquisition d'outils théoriques et pratiques mais également une formation personnelle. L'ouvrage offre un outil de réflexion susceptible de soutenir le quotidien des professionnels. Les familles y trouveront également des pistes pour rencontrer les multiples questions que pose le devenir de personnes fragilisées par une atteinte organique, un problème génétique ou encore, un trouble relationnel.

Isabelle Sauvegrain, Christophe Massain.

Soigner sans s'épuiser. Le défi des infirmières et des soignants

Éditions Lamarre

Octobre 2014

Cet ouvrage se propose d'aborder la thématique du stress chez les soignants sous toutes ses dimensions, socioprofessionnelles ou personnelles, et de proposer une gestion intelligente du stress au quotidien au moyen d'exemples pratiques.

Paul brasseur et coll.

Actualités en matière de bien-être au travail

Bruylant

Novembre 2014

Cet ouvrage est issu de la rédaction des actes d'une conférence, tenue en Belgique, à propos de l'évolution du bien-être au travail, depuis l'adoption en 1996 de la loi « bien-être ».

Cécile Castaing, Hélène Gaumont-Prat, Antoine Leca

Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Clément. Enseignement, hôpital, médecine

Les Études Hospitalières

Novembre 2014

Centré autour des thématiques chères à Jean-Marie Clément, à savoir l'hôpital public, le droit médical et le système sanitaire et social, cet ouvrage regroupe des auteurs de tous horizons, afin de lui rendre hommage.

Rémi Pellet

Droit financier public

PUF

Novembre 2014

Cet ouvrage reprend l'évolution historique des institutions publiques et compare la gestion publique française à d'autres modèles étrangers.

Gérald Quitaud

La mort dans l'âme. Le travail du Tré-Pas en Soins Palliatifs

L'Harmattan

Novembre 2014

Cet ouvrage propose une nouvelle approche de relation d'aide visant à recourir au processus du « Très-pas ». Le but est de repérer dans l'expérience trois pas distincts et associés.

Ellie Derros

Mesurer les coûts cachés de l'absentéisme à l'hôpital

Les Études Hospitalières

Décembre 2014

L'ouvrage ambitionne de présenter une approche originale pour l'évaluation des absences de type « maladie ». L'auteur s'interroge sur un paradoxe : c'est à l'hôpital que l'on compte en France le plus de personnels absents pour raisons de santé, et propose des solutions concrètes pour y remédier.

Patrice Marvanne

Le Lean à l'Hôpital. Améliorer la qualité des soins, freiner l'augmentation des coûts et développer les talents

Les Études Hospitalières

Décembre 2014

Le Lean est une pratique de management qui permet d'aborder sous un angle différent la stratégie et la gouvernance d'un établissement hospitalier, le but étant d'améliorer la qualité des soins, de freiner l'augmentation des coûts et de développer les talents. Cet ouvrage se propose ainsi d'expliquer le véritable sens de Lean à l'hôpital et de présenter les différents axes de ce management.

En droit étranger :

Afrique

Olivier Nkulu Kabamba

L'éthique médicale en Afrique. Conflits d'intérêts et conflits de valeurs dans les pratiques des médecins

L'Harmattan
Octobre 2014

Cet ouvrage se propose de mettre en évidence les conflits d'intérêts présents dans les pratiques des médecins en Afrique subsaharienne, causes de nombreux dysfonctionnements des soins de santé.

Philippe Auvergnon

Du droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique Subsaharienne

L'Harmattan
Novembre 2014

Construit en référence au modèle des colonisateurs, le droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique a connu, à la suite des indépendances, de nombreuses évolutions. Ce droit demeure néanmoins marqué par une logique de réparation plutôt que de prévention. Cet ouvrage rédigé par des juristes africains offre une analyse de la situation en Afrique.

Glombert Loko Mantuono

Gouvernance normative du régime général de la sécurité sociale en RDC. Bilan analytique de 1908 à 2013

L'Harmattan
Novembre 2014

L'auteur de l'ouvrage a développé la « Gouvernance Systémique Tryptique » (GST) pour lutter contre la pauvreté des prestataires sociaux en République Démocratique du Congo. Cette gouvernance s'articule autour de trois axes : normatif, managérial et la gouvernance de capacité de l'État Congolais.

Angleterre

Janice Berliner

Ethical dilemmas in genetics and genetic counseling. Principles through case scenarios

Oxford University Press
Novembre 2014

L'auteure, en prenant pour référence une famille tout au long de son ouvrage, présente les enjeux éthiques découlant de la génétique.

John Kemm

Health promotion. Ideology, Discipline, and Specialism

Oxford University Press
Novembre 2014

L'auteur expose dans cet ouvrage la complexité de la promotion de la santé en Angleterre sous un angle théorique et pratique. En plus des clefs de compréhension qu'il donne au lecteur, il émet également des propositions tendant à améliorer les dispositifs de promotion de la santé dans le système britannique.

États-Unis

Eric Cassell

The nature of clinical medicine. The return of clinician

Oxford University Press
Décembre 2014

Le patient est au cœur de cet ouvrage, exposant les différentes idées pouvant être soulevées dans le cadre de la recherche clinique. Plusieurs chapitres sont consacrés aux connaissances dont doivent disposer les cliniciens afin d'atteindre leurs objectifs. L'auteur s'interroge notamment sur les raisons qui poussent ces professionnels à faire de la recherche clinique. Pour ce faire, il illustre son développement de cas concrets.

David DeGrazia

Creation Ethics. Reproduction, Genetics, and Quality of Life

Oxford University Press
Décembre 2014

Cet ouvrage, à la portée très large, aborde l'ensemble des problématiques liées à la bioéthique, de l'avortement à la thérapie génique. A partir de ces questions, l'auteur esquisse une théorie de l'identité humaine.

Timothy W. Kirk, Bruce Jennings

Hospice ethics. Policy and practice in palliative care

Oxford University Press
Octobre 2014

Le vieillissement de la population pousse les pouvoirs publics américains à donner une place de plus en plus importante aux soins des personnes âgées dans le système de santé. L'auteur opère une présentation des questions éthiques rencontrées par les soignants et les aidants dans les maisons de retraites, et surtout dans le cadre des soins palliatifs.

BIBLIOGRAPHIE

Il émet des recommandations afin d'améliorer la relation soignant-patient, dans le respect des règles d'éthique.

Québec

Marie-Josée Drolet

De l'éthique à l'ergothérapie. La philosophie au service de la pratique ergothérapique (2^e édition)

Presses de l'Université du Québec

Octobre 2014

L'objectif de l'auteur est d'orienter les ergothérapeutes dans la pratique de leur art afin qu'ils soient en mesure de faire face aux problèmes éthiques pouvant être soulevés dans le cadre de leur exercice. Après un développement philosophique de la notion d'éthique, l'auteur propose une démarche pratique se décomposant en dix étapes.

JANVIER 2015

- ◆ « La santé dans un environnement à risque - connaissances, responsabilités et agentivité »

Les 8 et 9 janvier 2015

Organisé par UMR7219, Sphère, CNRS-Université Paris Diderot

Salle Valentin (454 A), Université Paris Diderot, bâtiment Condorcet, 4 rue Elsa Morante, 75013 Paris
Renseignements et inscriptions : <http://www.sphere.univ-paris-diderot.fr/spip.php?article1452>

- ◆ Colloque : « Violence dans les soins »

Les 9 et 10 janvier 2015

Organisé par l'université Paris Descartes et le COPES

Université Paris Descartes, Institut de Psychologie, 71 avenue Edouard Vaillant, 92774 Boulogne-Billancourt Cedex

Renseignements et inscriptions :

http://www.copes.fr/Presentation/Evenements/Violences_dans_les_soins

- ◆ Conférence : « Politique de secteur en France : à quel prix ? » dans le cadre du cycle de conférences sur les « enjeux économiques de la santé mentale : perspectives et recherches internationales»

Le 14 janvier 2015

Organisé par Fondation fondamental

Hôpital Albert Chenevier, Pôle de psychiatrie, 40 rue de Mesly, 94000 Créteil

Renseignements et inscriptions :

http://www.fondation-fondamental.org/page_dyn.php?mytabsmenu=5&lang=FR&page_id=MDAwMDAwMDM3MQ

- ◆ « Journée nationale : « Responsabilité sociétale des établissements de santé et médico-sociaux ».

Le 22 janvier 2015

Organisée par l'Agence Nationale d'Appui à la Performance (ANAP)

Salle Asiem, 6 rue Albert de Lapparent, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://asp.bdsp.ehesp.fr/Colloques/Scripts>Show.bs?bqRef=15504>

- ◆ Conférence : « La révolution des données de santé. Objets connectés, directive open data 2015, médecine personnalisée... témoignages croisés de tous les acteurs de la filière »

Le 28 janvier 2015

Organisé par Development Institute International (DII)

Hôtel napoléon, 40 avenue de Friedland, 75008 Paris

Renseignements et inscriptions :

http://medias.development-institute.com/Site_dii/conf/prog/2015/01/SRD1501-Donnees_de_Sante.pdf
<http://asp.bdsp.ehesp.fr/Colloques/Scripts>Show.bs?bqRef=15462>

- ◆ Colloque : « De la pratique à la recherche en éducation thérapeutique du patient : aspects méthodologiques »

Le 29 janvier 2015

Organisé par l'Institut de Recherche en Santé Publique

Espace Van Gogh, 62 Quai de la Rapée, 75012 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.polynome-even.fr/colloque-iresp-etp/?page=1>

◆ Journée sur les évaluations d'impact en santé - EIS

Le 29 janvier 2015

Organisé par l'INPES – Ecole des hautes études en santé (EHESP) – Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT)

Centre interdépartemental de gestion de la petite couronne de la région Ile-de-France
157, avenue Jean Lalive, 93000 Pantin

Renseignements et inscriptions : <http://asp.bdsp.ehesp.fr/Colloques/Scripts>Show.bs?bqRef=15534>

◆ Colloque « Recherche en psychiatrie et santé mentale : un enjeu majeur pour la qualité des soins »

Le 29 janvier 2015

Organisé par la Fédération hospitalière de France (FHF)

FIAP Jean Monnet, 30 Rue Cabanis, 75014 Paris

Renseignements et inscriptions :

<http://www.sphconseil.fr/component/content/article.html?id=299&Itemid=0>

◆ 12^{èmes} journées Droit de la santé et du médicamenteux

Les 29 et 30 janvier 2015

Organisé par la Direction Juridique & Conformité du Leem

Salons du pré-Catelan, Bois de Boulogne, Route de Suresnes, 75116 Paris

Renseignements et inscriptions : <http://ifis.asso.fr/formations/fiche/12JDSM>

◆ Colloque : « Injonction de soins - Information, secret professionnel et injonction de soins »

Le 30 janvier 2015

Organisé par le Centre de ressources régional sur les auteurs de violences sexuelles de Rennes (CRAVS Bretagne)

CHU de Rennes, hôpital Pontchaillou, 35000 Rennes

Renseignements et inscriptions : <http://asp.bdsp.ehesp.fr/Colloques/Scripts>Show.bs?bqRef=14827>

◆ Colloque : « Prévention du dopage et des conduites dopantes »

Le 30 janvier 2015

Organisé par l'Instance Régionale d'Education et de Promotion de la Santé (IREPS Rhône-Alpes) – DRJSCS, Réseau PREVDOP – Antenne Médicale de Prévention du Dopage – CHU de Lyon, Grenoble et Saint Etienne

ESPASCAF, 69 Bd Vivier Merle, 69000 Lyon

Renseignements et inscriptions :

<http://www.bdsp.ehesp.fr/content/uploads/Colloques/2014/11/15513/journee-dopage-30janvier2015.pdf>

FEVRIER 2015

◆ Colloque Tic santé 2015 : « Acteurs de santé, tous connectés : pour une culture numérique partagée »

Les 4 et 5 février 2015

Organisé par l'Association FORMATICsanté

Cap Conférences de la GMF, 136 rue Anatole France, 92300 Levallois Perret

Renseignements et inscriptions : <http://www.colloqueticsante.fr>

◆ Conférence : « La santé mentale, un enjeu sous-estimé en Europe: l'impact en termes de coûts économiques et sociaux » inscrit dans le cycle de conférences sur les « enjeux économiques de la santé mentale : perspectives et recherches internationales »

Le 11 février 2015

Organisé par la Fondation Fondamental

Hôpital Albert Chenevier, pôle psychiatrie, 40 rue de Mesly, 94000 Créteil

Renseignements et inscriptions :

http://www.fondation-fondamental.org/page_dyn.php?mytabsmenu=5&lang=FR&page_id=MDAwMDAwMDM3MQ

MARS 2015

- ◆ Conférence : « Schizophrénie: prenons-nous en compte tous les coûts? » inscrit dans le cycle de conférences sur les « enjeux économiques de la santé mentale : perspectives et recherches internationales »

Le 18 mars 2015

Organisé par la Fondation Fondamental

Hôpital Albert Chenevier, pôle psychiatrie, 40 rue de Mesly, 94000 Créteil

Renseignements et inscriptions :

http://www.fondation-fondamental.org/page_dyn.php?mytabsmenu=5&lang=FR&page_id=MDAwMDAwMDM3MQ

- ◆ 9e congrès de la médecine générale en France

Du 26 au 28 mars 2015

Organisé par le Collège de la médecine générale

Palais des Congrès, 2 Place de la Porte Maillot - 75017 PARIS

Renseignements et inscriptions :

<http://www.congresmg.fr/index.php/fr/inscription-hotel-transport/inscription>

AVRIL 2015

- ◆ Colloque : « les ARS, 5 ans après»

Le 1er avril 2015

Organisée par l'Institut Droit et Santé, la Chaire Santé de Sciences po, le secrétariat général du ministère de la Santé et le collège des DGARS.

Grand Amphithéâtre, 12 rue de l'école de médecine, 75006, Paris

Renseignements et inscriptions : <http://www.institutdroitsante.com/manifestations14.html>

- ◆ Conférence : « Au cœur des savoirs : Quel système de santé pour la France ? »

Le 2 avril 2015

Organisée par Ville de Vincennes

Auditorium Jean-Pierre Miquel, Cœur de ville, 98, rue de Fontenay, 94000 Vincennes

Renseignements et inscriptions : <https://www.vincennes.fr/Agenda/Culture-sports-loisirs/Culture/Culture-2015/Conference-Au-caeur-des-savoirs-Quel-systeme-de-sante-pour-la-France>

- ◆ Conférence : « Les bénéfices économiques de la recherche en santé mentale » inscrit dans le cycle de conférences sur les « enjeux économiques de la santé mentale : perspectives et recherches internationales »

Le 15 avril 2015

Organisé par la Fondation Fondamental

Hôpital Albert Chenevier, pôle psychiatrie, 40 rue de Mesly, 94000 Créteil

Renseignements et inscriptions :

http://www.fondation-fondamental.org/page_dyn.php?mytabsmenu=5&lang=FR&page_id=MDAwMDAwMDM3MQ

- ◆ Colloque : « International Forum on Quality & Safety in Healthcare »

Du 21 au 24 avril 2015

Organisé par Institute for Healthcare Improvement (IHI) et BMJ.

1 Western Gateway, Royal Victoria Dock, London E16 1XL

Renseignements et inscriptions : <http://internationalforum.bmj.com>

- ◆ Colloque : « Mental Health for all. Connecting people and sharing experience »

Du 28 à 30 avril 2015

Organisé par World Federation for Mental Health (WFMH) et French psychiatrist partners

Lille Grand Palais, 1 boulevard des Cités-Unies, 59777 Lille

Renseignements et inscriptions : <http://www.imhclille2015.com/index.php>



Direction éditoriale
Directeur de la publication : Jean Deichtmann
Président de



Thomson Reuters France SAS
Division TRANSACTIVE
6/8 boulevard Haussmann – F-75009 Paris
RCS : Paris 352 936 876
information@transactive.fr
www.transactive.fr

ISSN : 2269-9635

Rédaction
TRANSACTIVE
jdsam@transactive.fr

Conception graphique
Laurent Dejestret

Imprimeur
Imprimerie Jouve

Achevé d'imprimer
par l'imprimerie Jouve
en février 2015
Pour TRANSACTIVE
Dépôt légal : février 2015



Institut Droit et Santé

Université Paris Descartes
Inserm UMRS 1145

