

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

SOMMAIRE

Interview3

RENÉ AMALBERTI

Dossier thématique

Propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : note de synthèse des propositions & réactions

Dossier coordonné par

RÉMI PELLET

Présentation du dossier6

Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale7

RÉMI PELLET

Réactions34

VALÉRIE BLANCHET & JEAN TROTEL

FLORIAN ROUSSEL

JEAN CHRISTOPHE COUBRIS, PHILIPPE COURTOIS,
JULIE DUFAUT, DELPHINE HIRN & MARINE SUSPERREGUI

À propos des propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : pour la création de véritables « jurys sanitaires » 46

JEAN MARTY

Des expertises construites sur un dogme.48

CHARLES CATTEAU & CLAUDE RACINET

L'expertise médicale judiciaire : au cœur de la bienveillance54

DIDIER LEGEAIS & ISABELLE COMPARATO

Brèves observations sur certains commentaires de la note de synthèse58

RÉMI PELLET

Chroniques

1- Organisation sanitaire, politiques de santé 63

Quand la politique de prévention en santé implique les acteurs économiques.....63

LAURENCE WARIN

2- Droits des malades et bioéthique67

Quand le droit conforte et aménage la norme sociale relative à la division sexuée du travail entre l'homme-culture et la femme nature : les effets en matière de filiation de l'interdiction de la GPA.....67

MARIE MESNIL

3- Établissements de santé et médico-sociaux75

Les ordonnances médicales..... 75

JEAN MARTIN ANDARELLI

4- Produits de santé..... 83

Quelles perspectives pour les produits de santé connectés et l'intelligence artificielle en santé en France ?.....83

ADÈLE LUTUN

5- Assurances des activités de santé 87

Intervention prétorienne pour la condition de mauvaise foi s'agissant de la mise en œuvre de la déchéance conventionnelle de la garantie du contrat d'assurance terrestre87

DAVID NOGUÉRO

6- Responsabilité et indemnisation 99

L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé : contexte et focus sur l'engagement des responsabilités..... 99

LYDIA MORLET-HAÏDARA

7- Propriété intellectuelle et concurrence 108

Droit de la concurrence 108
CAROLINE CARREAU

8- Financement et fiscalité 116

La faillite des assurances des médecins libéraux
mise à la charge du fonds créé pour les protéger
des « trous de garantie » 116
RÉMI PELLET

9- Travail et risques professionnels 118

L'obligation de l'employeur de protéger la santé
des salariés selon le rapport Lecocq 118
STÉPHANE BRISSY

10- Droit pénal de la santé 121

Note sous Cass. crim., 25 septembre 2018,
n° 18-83.956, inédit 121
ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

11- Assurance maladie obligatoire et complémentaire 124

Une clarification discrète mais opportune du droit
des prélèvements sociaux 124
DIDIER TABUTEAU

12- Environnement et santé 126

L'interdiction du glyphosate : état de la question au
regard des enjeux environnementaux et sanitaires 126
JOANNA PELTZMAN

Nouvelles de l'étranger

La coopération internationale pour la consolidation
du droit à la santé : les stratégies de l'Union
des nations sud-américaines (Unasur) 131
FERNANDO AITH & ROBERTA DE FREITAS CAMPOS

Varia

Pour des agences régionales de santé et des conseils
régionaux travaillant davantage en synergie afin
d'améliorer partout l'état de santé de toute
la population 135
CÉDRIC ARCOS & PIERRE-HENRI BRÉCHAT

Rédaction 146

Interview de René Amalberti Médecin, général et professeur de physiologie

Interview réalisée par Rémi Pellet

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

Spécialiste de réputation internationale des grands systèmes dits « à risques », notamment des systèmes hospitaliers, le Professeur René Amalberti, qui a mené une carrière professionnelle brillante et originale (cf. encadré), a bien voulu répondre à nos questions sur les risques médicaux.

De l'Armée de l'Air aux risques médicaux : la carrière brillante et originale du Pr René Amalberti

- né en 1952, formation médicale à Marseille, internat en psychiatrie, thèse sur « les détresses sociales et leurs conséquences psychiatriques »

- intègre l'Armée de l'Air (1977) et passe le concours d'accès de recherche (1982) à l'Institut de médecine aérospatiale du service de santé des armées (IMASSA)

- intègre en 1982 le « laboratoire de psychopathologie et ergonomie de la vision » et suit une formation complète jusqu'au doctorat (1987-1992) en psychologie cognitive de l'Université Paris VIII

- est chargé en parallèle d'étudier les accidents aériens de l'Armée de l'Air et dans la Marine

- participe à la conception d'un système d'intelligence embarquée capable d'aider à la prise de décision des pilotes et entre en 1988 dans un consortium européen pour la mise en place d'un copilote électronique

- à partir de 1988, accompagne Airbus à la (trans) formation des pilotes sur les nouveaux avions automatisés de type Airbus 320, développe et met en place les formations sur le travail d'équipage à Air France, puis, en 1992, participe à la commission d'enquête sur l'accident du Mont Sainte-Odile (crash d'un A320, 87 morts)

- détaché en 1992 au Ministère des Transports et prend la direction en 1993 du domaine facteur humain dans l'aéronautique civile européenne

- en 1995 passe l'agrégation de médecine en physiologie

- en 1999, devient chef du département de recherche en sciences cognitives de l'IMASSA, puis directeur adjoint de l'IMASSA

- choisi par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) pour devenir l'un des trois co-rédacteurs du guide méthodologique d'accréditation sur la sécurité des établissements hospitaliers

- de 2002 à 2013, président de la branche Qualité et Sécurité du Programme National de Recherches sur les Transports terrestres (PREDIT III puis IV), membre de nombreuses commissions d'enquêtes sur les catastrophes aériennes, membre de nombreux conseils scientifiques d'agences en charge de la sécurité industrielle et environnementale (INERIS, IRSN, AFSE, INRETS)

- en 2002, participe à la rédaction de la loi sur les risques industriels suite à l'accident d'AZF

- en 2007, quitte l'IMASSA avec le rang de général, et devient conseiller Sécurité du patient auprès du président de la Haute autorité de santé (HAS) et directeur scientifique des risques médicaux du groupe MACSF (groupe d'assurance médicale)

- en 2012, devient directeur bénévole de la FONCSI, fondation publique pour une culture de sécurité industrielle (un poste qui continue)

- membre de l'académie nationale des technologies, depuis 2015

- auteur d'une centaine d'articles internationaux, auteur ou co-auteur d'une dizaine de livres sur l'erreur humaine et la sécurité des systèmes dont, *Navigating safety*, Springer 2012, et plus récemment avec le Pr Charles Vincent, *Safer Healthcare — Strategies for the Real World*, [librement téléchargeable](#).

1. Votre carrière est impressionnante mais aussi surprenante. Peut-on rapprocher les crashes d'avions et les accidents médicaux ?

Le dénominateur commun évident est celui de l'accident, de sa fréquence exceptionnelle dans un cas, journalière dans l'autre, du traitement de la gestion des risques dans les deux industries comparées. Il s'agit à la fois de comprendre les spécificités de chaque modèle de gestion des risques, et d'en apprécier ses avantages et limites de chacun, et ce qui est transposable à l'autre situation. En l'occurrence, l'aéronautique a une sécurité mille fois supérieure à la médecine, mais finalement peu de choses sont transposables facilement de l'un à l'autre, sinon quelques outils (check-list, travail en équipe, procédures), car il s'agit de deux industries très différentes. L'aviation est très réglée, supervisée,

standardisée et prudente avec l'option dominante du NO GO dès que les conditions ne sont plus remplies ; la médecine est toujours ouverte avec une priorité au soin, même en conditions instables avec des moyens et compétences variables, pour une médecine qui doit offrir un service pour une variété infinie de patients 24/24, 7/7 sur tout le territoire.

2. La sécurité des soins s'est-elle sensiblement améliorée ces dernières années, grâce aux mesures prises par les pouvoirs publics à la suite des grands crises sanitaires (sang contaminé, amiante, Médiator, etc.) ?

La réponse est plus complexe :

1. Oui, globalement la sécurité s'est même considérablement améliorée en 20 ans, sans doute de plus de facteur 10. Les crises ont été des stimulants aux progrès, mais globalement la sécurité est le résultat d'un trépied : la technique (qui s'est beaucoup améliorée), les façons de faire (les protocoles) qui sont mieux encadrés, connus et suivis grâce à une formation continue par les pairs mieux structurée et mieux tracée par les indicateurs, et enfin, grâce aussi aux efforts des politiques de la sécurité proprement dites : certification, accréditation, etc.

2. Et pourtant ce n'est pas très visible, car le périmètre de ce que l'on met dans la sécurité du patient s'agrandit au fil des connaissances. Et comme on ne raisonne pas sur une base fixe, ni sur un nombre de patients fixe (+20 % en 10 ans par l'effet du vieillissement), on est biaisé par les chiffres bruts qui semblent presque plus mauvais qu'avant.

3. Et dernier point, encore plus injuste, on connaît le paradigme « de la dernière victime ». Plus un système est sûr, plus la sensibilité au « dernier accident » est forte, et vécue comme une grande injustice. La sécurité est une variable sans limite haute, et plus on est en sûr, plus l'exigence de sécurité augmente, dans des conditions où les progrès sont évidemment de moins en moins faciles, de plus en plus chers, et préjudiciables sur les ressources humaines et le temps clinique.

3. Vous défendez une « perspective systémique du risque ». Pouvez-vous exprimer votre idée de façon synthétique ?

La réponse précédente fournit un très bel exemple systémique. La super sécurité a un coût humain, technique, et finit mécaniquement, dans un budget contraint, à ralentir l'exercice (par précautions accumulées) et à prélever des ressources compétitives aux soins des autres patients.

En bref, on ne peut pas faire de la sécurité maximale, en « bulle », séparée de tous les autres risques à gérer en parallèle dans l'entreprise ou le service rendu. La sécurité n'est qu'une dimension du risque aux côtés de la production

de soin, des finances, des ressources humaines disponibles, de la qualité, etc.

Et pire, l'efficacité repose sur l'équilibre entre ces différentes dimensions et la maîtrise des compromis qu'il faut actualiser en permanence. C'est cela qu'on appelle une logique systémique.

4. Pensez-vous que le développement de la responsabilité des soignants permet l'amélioration des soins ?

Evidemment, la sécurité est une affaire systémique, mais c'est aussi l'affaire de chacun, une éthique à respecter.

5. Certains pensent que la crainte du procès nourrit la médecine défensive qui se caractérise par la prescription d'actes inutiles à seule fin d'éviter de possibles plaintes et par l'évitement d'actes à forts risques d'échecs ou mauvais résultats (ce qui conduit à des refus de soins). Quelle est votre opinion sur le sujet ?

La littérature est très diserte sur le sujet, et confirme ce lien entre peur, médecine défensive, manque de pertinence (surcoût) et in-fine risques ajoutés pour le patient. Pas de doute sur ces liens.

6. Vous avez une expérience internationale qui vous permet sans doute de faire des comparaisons. Les systèmes étrangers de santé sont-ils plus sûrs que le nôtre ?

Je serai très prudent sur cette question. Objectivement, je ne le pense pas. Ce n'est sûrement pas le cas des USA, ou du Royaume Uni, ou l'Italie qui sont pires que nous, sans doute pour des raisons différentes.

Australie, Allemagne, Autriche, Hollande, Belgique, Suisse, Espagne sont sans doute équivalents.

Et si certains sont meilleurs, ce sont des niches, des petits pays, essentiellement nordiques qui peuvent nous faire la leçon, justement parce qu'ils sont à la fois petits, plus homogènes, plus à l'écoute réciproque, partageant parfaitement une culture d'alignement à la fois pour leur patients et leurs professionnels de santé.

7. La HAS est chargée d'organiser la procédure d'accréditation des médecins ou des équipes médicales exerçant certaines spécialités particulièrement exposées au risque professionnel. La HAS a fait le choix de travailler par l'intermédiaire d'organismes agréés pour chacune de ces spécialités. Quel bilan faites-vous de cette méthode de travail ?

Le bilan est contrasté : réussite réelle pour avoir mis autour de la table un système centré sur le risque médical, managé par les pairs. Réussite plus modeste sur l'amélioration réelle qu'il a apportée : on a acculturé nos collègues sur le risque, on a mis en place des nouvelles idées, certaines très bonnes, mais le dispositif souffre de ses défauts de naissance (un double objectif qui consistait à la fois à obtenir une subvention assurantielle, et gérer les risques), et de la difficulté à passer à la vitesse supérieure et à s'évaluer objectivement pour ce qu'il amène à la réduction / contrôle des risques.

Mais attention à ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain... je ne vois pas quel autre dispositif national aurait apporté autant, même si l'apport est limité. Le serpent de mer de la formation continue en France ne m'a guère convaincu comme dispositif alternatif réaliste, particulièrement en matière de gestion des risques.

8. Le dossier de ce numéro du JDSAM est consacré aux problèmes posés par le caractère perfectible des expertises médicales rendues à l'occasion de contentieux. Avez-vous eu à connaître ce sujet ?

J'ai travaillé 10 ans dans une assurance médicale, comme directeur scientifique. J'ai eu forcément une forte expérience des expertises, même si je n'étais pas directement en charge des dossiers.

Je dirai simplement que l'expertise est (1) nécessaire et incontournable, (2) humaine et fragile. Les collègues se plaignent souvent des assureurs et de la justice rendue, mais ils devraient souvent d'abord se plaindre des collègues inscrits auprès des tribunaux comme experts. Clairement on a un manque d'experts, et cela s'aggrave, couplé à une médecine qui évolue à toute vitesse, et à plus de demandes (par le fait des systèmes de compensation mis en place par l'État). Du coup, on a le risque permanent d'avoir une expertise décevante, faite par un expert qui soit ne dispose pas du temps utile (souvent long) pour rentrer proprement dans le sujet-, soit n'a plus toute la connaissance des normes du métier (cas de jeunes ou presque retraités).

Je vois trois voies de sortie possibles. L'une un peu révolutionnaire, qui créerait un bureau d'enquête indépendant comme c'est déjà le cas au NHS pour les cas importants en Angleterre sur le modèle de l'Aviation, une autre qui imposerait un passage temporaire - 3 ans par exemple- à tout professionnel pour exercer cette activité, en

tout cas à un niveau de base, et enfin une troisième voie qui consisterait peut-être à différencier les cas, et à réserver les meilleurs experts aux cas importants en les faisant travailler en binôme, bref en faire moins, mieux et sous doute en les rémunérant mieux...

Présentation du dossier

Le présent « dossier thématique » est composé de la première partie des actes du colloque que l'Institut Droit et Santé avait organisé le 12 octobre 2018 sur le thème des « expertises en responsabilité médicale ».

Cette conférence avait été préparée de façon originale au cours de deux réunions qui ont réuni plus de cinquante spécialistes du sujet et dont l'objectif était de faire émerger un accord général autour de quelques propositions de réforme. Une synthèse de ces débats préparatoires a été soumise au débat collectif mais celui-ci a révélé que l'objectif de consensus ne pouvait pas être atteint.

Comme nous nous y étions engagés, dans le but de contribuer à la poursuite de la réflexion en toute transparence et de façon réellement contradictoire, nous présentons aujourd'hui aux lecteurs le document de synthèse, les réactions qu'il a suscitées et nos propres commentaires. La version originelle de la synthèse a été seulement un peu modifiée afin d'insister sur le fait qu'elle ne saurait en aucun cas engager l'ensemble des personnes qui avaient participé aux débats non plus que les magistrats qui avaient bien voulu les présider.

La deuxième partie des actes du colloque sera publiée dans le « dossier thématique » du prochain numéro de la revue, au début de l'année 2019. Il comprendra notamment les textes de Monsieur Jean-Louis Gillet, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, et de Madame Domitille Duval-Arnould, conseillère à la première chambre civile de la Cour de cassation et spécialiste des questions de droit de la responsabilité médicale.

Rémi Pellet

Synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale

par

Rémi Pellet

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

Laboratoire de l'Université Paris Descartes, qui appartient à la Communauté Université Sorbonne Paris Cité, l'**Institut Droit et Santé (IDS) est la première et unique équipe juridique labellisée par l'Inserm** (UMR_S 1145). L'IDS conduit des recherches en partenariat avec les acteurs du monde de la santé, notamment sur les questions de responsabilité(s) des praticiens et établissements de santé.

Cette année, parce que de nombreux professionnels du monde de la santé ainsi que des représentants des patients se déclarent insatisfaits des conditions dans lesquelles ces procédures sont parfois effectuées, l'IDS a choisi d'organiser **une réflexion collective sur les expertises en responsabilité médicale** c'est-à-dire celles qui sont ordonnées pour la preuve de faits allégués contre un médecin ou un établissement de soins dont la responsabilité est recherchée, sur un terrain scientifique, comportemental ou organisationnel.

Pour l'occasion, **l'Institut a considéré qu'il était pertinent de s'associer à des organismes qui sont agréés par la Haute autorité de santé (HAS)** pour participer à la réalisation de sa mission d'accréditation des médecins et équipes médicales exerçant en établissements de santé privés et publics - cliniques et hôpitaux - (voir encadré).

Les organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS) pour l'accréditation des médecins et équipes médicales

L'article L 4135-1 du code de la santé publique (CSP) dispose que « les médecins ou les équipes médicales d'une même spécialité exerçant en établissements de santé peuvent demander à ce que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée » et ils doivent pour cela transmettre « à la Haute autorité de santé les informations nécessaires à l'analyse des événements médicaux indésirables »¹.

L'article L 1414-3-3 CSP précise que la HAS est chargée :

« 1° De recueillir auprès des médecins ou des équipes médicales qui demandent à être accrédités les déclarations

1 - Les « événements médicaux indésirables » (EMI) se distinguent des « événements indésirables graves (EIG) que les praticiens et établissements de santé doivent obligatoirement déclarer au directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) compétente, en application de l'article L. 1413-14 CSP.

des événements considérés comme porteurs de risques médicaux et de procéder à leur analyse ;

« 2° D'élaborer avec les professionnels et les organismes concernés, selon des méthodes scientifiquement reconnues, ou de valider des référentiels de qualité des soins et des pratiques professionnelles fondés sur des critères multiples ;

« 3° De diffuser ces référentiels et de favoriser leur utilisation par tous moyens appropriés ;

« 4° D'organiser la procédure d'accréditation des médecins ou des équipes médicales au regard des référentiels de qualité des soins et des pratiques professionnelles ;

« 5° De veiller, par tout moyen approprié, à la validation des méthodes et à la cohérence des initiatives relatives à l'amélioration de la qualité dans le domaine de la prise en charge des patients ».

Comme la loi l'a autorisé (art. L. 4135-1 CSP précité), la demande d'accréditation a été réservée par décret « aux médecins exerçant certaines spécialités particulièrement exposées au risque professionnel » : il s'agit, notamment, des gynécologues-obstétriciens, des anesthésistes-réanimateurs et des différentes catégories de chirurgiens (article D 4135-2 CSP).

L'article D 4135-4 CSP dispose que les praticiens ont le choix de déclarer des événements porteurs de risque soit par l'intermédiaire d'une instance créée au sein de l'établissement de santé où ils exercent, « soit directement auprès d'un organisme agréé selon des modalités définies par le collège de la Haute Autorité de santé. ». L'article D 4135-5 CSP a fixé la liste des missions que les organismes agréés par la Haute Autorité de santé doivent assurer, sachant que la HAS doit assurer le « contrôle du respect des obligations » des OA et que « le non-respect de ces obligations peut entraîner la suspension ou le retrait de l'agrément de l'organisme par la Haute Autorité de santé » (art. D 4135-6 CSP). L'article D 4135-5 CSP précité confie notamment aux OA la responsabilité « de recruter et de former les experts de chacune des spécialités mentionnées à l'article D 4135-2 CSP » précité. Le décret ne précise pas la qualité de ces experts mais il faut comprendre qu'il s'agit d'experts de l'analyse des risques, qui sont formés à partir des informations transmises aux OA.

En effet, comme cela est expliqué *infra*, **dans le sens des préconisations faites par l'Académie nationale de médecine il y a plusieurs années déjà, ces organismes agréés (OA) pourraient être appelés à jouer un rôle important à l'avenir dans l'amélioration des expertises médicales et des recommandations de bonnes pratiques** qui pourraient en être tirées ainsi que **pour la formation des experts** qui interviennent dans les procédures contentieuses ou dites de « conciliation ».

Pour l'organisation des journées de réflexion sur les expertises médicales, l'IDS a travaillé avec l'OA « Gynérissq », qui concerne les spécialités de gynécologie-obstétrique, de gynécologie médicale, de gynécologie-obstétrique et d'échographies. Des représentants d'autres OA ont participé aux débats, notamment ceux d'« Orthorisq », constituée pour les spécialités de chirurgie orthopédique et traumatologique et de chirurgie orthopédique infantile, et du CFAR, Collège Français d'Anesthésie Réanimation.

Deux réunions de travail se sont tenues les mardis 29 mai et 10 juillet derniers. La première journée fut consacrée à l'étude des étapes des procédures d'expertises, devant les juridictions et devant les instances administratives appelées « Commissions de conciliation et d'indemnisation » (CCI), instituées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins. La seconde journée d'étude a porté sur l'élaboration des « données scientifiques et médicales » auxquelles les experts se réfèrent lorsqu'ils sont appelés à se prononcer dans le cadre des procédures juridictionnelles et administratives.

Les réunions ont été présidées par de hauts magistrats : M. Jean-Louis Gillet, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, Mme Valérie Blanchet, présidente de la CCI de l'Île de France et M. Florian Roussel, maître des requêtes au Conseil d'État. **Plus de cinquante spécialistes ont participé aux échanges :** il s'agissait de médecins-experts, de représentants de patients et de compagnies d'assurance, d'avocats de patients et de médecins, de membres du conseil de l'Ordre des médecins, de compagnies d'experts et de sociétés savantes, d'universitaires juristes et médecins, etc. (voir liste en annexe).

L'Institut Droit et Santé et les OA partenaires sont profondément reconnaissants aux hauts magistrats d'avoir bien voulu arbitrer les débats qui ont porté sur les trois principales catégories d'expertises rendues en responsabilité médicale :

- les expertises produites devant les juridictions judiciaires, lorsqu'un médecin libéral est mis en cause par un patient devant le juge civil ou lorsqu'un praticien, libéral ou hospitalier, fait l'objet de poursuites devant les juridictions pénales pour des dommages causés lors de soins dispensés à des patients ;

- les expertises produites devant les juridictions administratives, lorsqu'un dommage est survenu à un patient soigné par un praticien exerçant au sein d'un établissement de santé public ;

- les expertises produites devant les CCI.

Les organisateurs de ces réunions, l'IDS et les OA partenaires, ont souhaité que les intervenants puissent choisir d'évoquer d'emblée et spontanément les questions qui leur paraissaient les plus importantes, compte tenu de leurs expériences professionnelles respectives, et les solutions qu'ils préconisaient, sans nécessairement faire référence aux publications existantes sur le sujet. La présente note vise d'abord à **restituer de la façon la plus objective possible des préconisations qui ont été présentées lors des débats ou qui peuvent en être déduites.**

D'autre part, il a paru intéressant de **rapprocher ces résultats des recommandations qui avaient été antérieurement formulées** par des institutions ou personnalités importantes, sachant que les pouvoirs publics n'ont pas encore donné suite à la plupart de ces propositions anciennes alors qu'elles peuvent conserver leur pertinence et qu'elles recoupent pour partie celles qui ont été exprimées dans les groupes IDS/OA.

Les sources suivantes ont été choisies pour leur pertinence par rapport au sujet :

1° Les mesures préconisées lors d'une conférence publique tenue à la Cour de cassation le 2 juin 2005, par M. Patrick Matet, alors conseiller à la cour d'appel de Paris et en charge du contrôle des experts. Les propositions de ce spécialiste de l'expertise avaient notamment pour but d'« introduire plus de contradictoire dans le système de l'expert unique »¹. Elles ont été reformulées dans l'ouvrage collectif publié en 2008 sous le titre *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*², dans le chapitre II intitulé « Incertitude et expertise » et rédigé par M. Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ).

2° Les « recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles » pour l'expertise judiciaire civile tirées de la Conférence de consensus de la Cour de cassation, dont les actes ont été publiés en 2007³. La Cour de cassation et la Conférence des premiers présidents de cour d'appel indiquent que les conclusions et recommandations présentées dans le document de synthèse avaient été rédigées par le jury d'une « **conférence de consensus** » qui s'était réunie en toute indépendance. La Cour de cassation a mis en ligne sur son site ces recommandations en précisant qu'elles « **sont proposées aux juges, sans valeur normative**, pour contribuer à une meilleure qualité de la justice ». La conférence de consensus ne s'était pas limitée au cas des expertises en responsabilité médicale mais, logiquement, bon nombre de ses recommandations s'y applique.

1 - Les propos de M. Patrick Matet ont été retranscrits in Rémi Pellet (dir.), *Responsabilité, assurance et expertises médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008). Propositions de réforme*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 92-93

2 - Éditions Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008

3 - [En ligne](#).

3° L'auteur de cette note de synthèse avait organisé en 2007 et 2008 à l'Université de Lille et à l'Assemblée nationale deux colloques dont les actes ont été publiés⁴ sous le titre **Responsabilité, assurance et expertises médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008)⁵. Propositions de réforme**. Comme son titre l'indique, cet ouvrage est composé de plusieurs contributions relatives aux expertises médicales, avec des propositions de réformes, plusieurs de ces idées paraissant toujours d'actualité. Certains contributeurs de 2008, comme le docteur Jean Marty et le Pr. Claude Racinet, ont participé aux réunions IDS/OA de cette année, dix ans après donc.

4° Avant que la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ne transfère ses droits et obligations au « Défenseur des droits », **le Médiateur de la République s'était saisi de la question de l'expertise médicale à laquelle il avait consacré en 2009 un long rapport assorti de nombreuses propositions⁶** qui seront également présentées pour la plupart.

5° En mai 2010, **une Commission de réflexion sur l'expertise**, présidée par deux magistrats judiciaires, avait été **mise en place par le garde des Sceaux** afin d'envisager des modifications de l'expertise en matière civile et pénale et pour améliorer tant l'accès à la justice que la qualité des décisions. **Le rapport déposé en mars 2011⁷** contient 38 préconisations qui ne visaient pas spécialement les expertises rendues en responsabilité médicale mais les concernent cependant.

6° **L'Académie nationale de médecine (ANM)** avait constitué en 2010 un groupe de travail sur le thème « *Compétence scientifique et technique de l'expert et qualité de l'expertise en responsabilité médicale* ». L'Académie a adopté le rapport en mai avec une mise à jour en octobre 2011⁸. Ce rapport faisait en particulier une proposition tout à fait novatrice, concernant la place qui pourrait être attribuée dans le processus d'évaluation de la qualité des expertises médicales aux organismes agréés (OA) par la HAS pour la certification des médecins et équipes médicales. On observera que certaines idées exprimées lors des journées IDS/OA convergent vers celles de l'ANM.

7° Dix ans après la promulgation de la loi du 4 mars 2002

précitée, **le Conseil d'État et la Cour de cassation** avaient choisi de « prolonger et de réunir leurs analyses sur les enjeux juridiques de la responsabilité médicale en organisant ensemble **un colloque ouvert au monde universitaire et à celui des médecins, praticiens hospitaliers et assureurs** ». Les actes de ce colloque⁹ comprennent la restitution des **propositions qui avaient été formulées au cours d'une table ronde consacrée au « rôle de l'expert médical »**. Plusieurs des contributeurs de ces colloques ont également participé aux débats IDS/OA de cette année.

8° **En 2017, la Cour des comptes a publié un rapport sur « L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux »**, étude qui portait le sous-titre suivant : « **une mise en œuvre dévoyée, une remise en ordre impérative** »¹⁰. La Haute juridiction financière tirait un bilan très sévère des conditions d'application de la loi du 4 mars 2002 et elle accompagnait ses reproches de recommandations de réforme qui concernent les expertises ordonnées par les CCI. Pour la bonne appréciation de ces critiques et propositions, il sera fait état des réponses des différentes institutions mises en cause, dont la Commission nationale des accidents médicaux, dite CNAMed, qui est notamment chargée d'établir la liste des experts en accidents médicaux.

Afin de comprendre l'évolution de la réflexion collective sur la question des expertises médicales, les propositions tirées des différentes sources seront présentées **dans l'ordre chronologique de leur publication**. Cependant, cette exposition sera organisée autour des **thèmes qui ont paru les plus importants**, à savoir, successivement : la formation des experts, le mode de sélection des experts, l'évaluation de la qualité des expertises, la définition de la mission de l'expert, la place du principe de contradiction dans l'expertise, la déontologie et la responsabilité des experts.

Toutes les personnes qui ont participé aux réunions de travail IDS/OA ont été rendues destinataires de cette note de synthèse afin qu'elles puissent **la commenter, la critiquer et la compléter** lors de la réunion du 12 octobre, qui s'est tenue à la Salle du Conseil de l'Université Paris Descartes, sous la présidence de M. Jean-Louis Gillet, Mme Valérie Blanchet et de M. Roussel, comme lors des journées de travail préparatoires. La séance a été ouverte par une intervention de Mme Domitille Duval-Arnould, qui est aujourd'hui conseillère à la première chambre civile de la Cour de cassation après avoir notamment exercé les fonctions de rapporteur au Conseil d'État sur les questions de santé.

Cette synthèse ne saurait engager les participants aux réunions IDS/OA. Et, pour éviter toute ambiguïté et une éventuelle déception des lecteurs, il convient de préciser également que **cette note ne reprend pas tous les arguments qui ont été échangés lors de ces réunions**.

4 - Éditions Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008

5 - La loi du 4 mars 2002 est dite « Kouchner », du nom du ministre qui en a pris l'initiative. Elle fut modifiée par la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, dite « About », du nom du président de la commission des affaires sociales du Sénat, qui avait assumé la paternité du texte alors que ses principales dispositions avaient été rédigées par le ministère des Finances en collaboration avec les représentants des assureurs. Sur les effets sérieusement néfastes de la combinaison de certaines dispositions des deux lois, voir not. Rémi Pellet, « Le fonds de garantie des dommages médicaux » in Nathalie Faussat, Lydia Morlet, Olivier Saumon (dir.), « Les droits des fonds d'indemnisation : regards croisés sur la solidarité nationale », *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie (JDSAM)*, 2016, n°1, pp. 31-34. Voir également l'article à paraître dans la rubrique « Financement » du prochain *JDSAM*.

6 - [En ligne](#).

7 - [En ligne](#).

8 - [En ligne](#).

9 - [En ligne](#) le dossier du participant.

10 - [En ligne](#).

Elle n'a pas non plus pour objet de résumer le droit des expertises en responsabilité médicale, ni d'exposer toutes les difficultés que ces règles peuvent faire naître¹¹.

Cette note est conçue pour **ouvrir le débat public sur des propositions nouvelles de réforme et sur des recommandations plus anciennes, complémentaires ou alternatives, mais qui paraissent toujours d'actualité** au regard des difficultés que les différents intervenants des réunions IDS/OA ont spontanément rapportées. **Chacun a été naturellement libre de faire le tri entre ces différentes idées**, de retenir certaines pour en écarter d'autres, **ou même d'en proposer d'autres**. Les prises de position publiques des représentants des institutions intéressées ont permis de dégager les principaux points de convergence qui pourraient être présentés ensuite aux pouvoirs publics.

Les représentants des différents intérêts et institutions (associations de patients, assureurs, experts, membres de sociétés savantes, magistrats, avocats, universitaires, membres des conseils de l'Ordre, etc.) ont eu la liberté de produire une contribution écrite **sur l'ensemble des propositions exposées dans la présente note**.

La communication de Mme Duval-Arnoud, ainsi que la présente synthèse et tous les textes auxquels elle a donné lieu de la part des personnes qui ont répondu à notre invitation à la commenter, seront publiés dans la présente revue en ligne de l'IDS, le *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie (JDSAM)* qui est largement diffusé auprès des praticiens et universitaires spécialistes de droit de la santé.

I. / La formation des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

La conférence de consensus ne s'était pas prononcée sur la façon dont les experts devraient être formés. Cela n'a rien d'étonnant car son propos concernait l'expertise judiciaire en général. En revanche, les recommandations insistent sur la nécessité d'**organiser un contrôle des juges sur la qualité de la formation des experts**, préconisation qui peut s'appliquer aux experts en responsabilité médicale :

« La conférence retient que le juge devrait disposer de toutes les informations nécessaires, notamment (...) :

- la mise à disposition d'une **sélection de rapports anonymisés** [rédigés par l'expert],

.....
11 - Pour une vue d'ensemble, il convient de se référer à la remarquable thèse de Me Amel Ghozia *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, LEH Édition, 2017. Me Ghozia a participé de façon très active aux deux réunions de travail IDS/OA mais sans que cette note ne l'engage personnellement d'une quelconque façon.

- son cursus professionnel hors expertise judiciaire, et notamment **sa formation permanente**,

- **l'adéquation de sa formation à l'expertise judiciaire**,

- **son aptitude à appliquer la méthodologie** de missions-types et de missions normalisées (...) ».

2./ Propositions du Médiateur (2008/2009)

Lors d'un des colloques organisés en 2008 sur le bilan des lois des 4 mars et 30 décembre 2002 (cf. supra), la représentante du Médiateur de la République, Mme Timsit, avait souligné que « l'absence de formation obligatoire pour se faire nommer expert est apparue problématique » et que « devraient notamment être **systématiquement vérifiées non seulement la compétence technique [des experts] au titre de la spécialité, mais également la compétence médico-légale en dommages corporels** ».

Dans son rapport de 2009, le Médiateur de la République avait ajouté deux propositions :

- « Pour être inscrit, l'expert devrait être **obligatoirement titulaire d'un diplôme de médecine légale ou de réparation juridique du dommage corporel ou d'autres diplômes équivalents** délivrés par de rares universités (par exemple, les universités de Paris 8 et de Montpellier 1 ont mis en place un diplôme interuniversitaire de droit de l'expertise médico-légale particulièrement complet).

- « **La Commission nationale de l'expertise** [dont le Médiateur proposait la création, cf. *infra*] aurait pour mission de **dresser la liste des diplômes admissibles et pourrait également contribuer à la formation initiale et continue des experts**, en partenariat avec les Compagnies d'experts qui proposent déjà de telles formations et l'École Nationale de la Magistrature ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise (2011)

Le groupe ayant établi le *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise* de 2011 considérait que « l'activité expertale n'étant pas une profession réglementée, **le ministère ne peut définir le contenu de la formation des experts ni agréer des organismes susceptibles de la dispenser** », mais la commission préconisait deux réformes :

1° Concernant la formation préalable, il recommandait « aux compagnies d'experts de proposer ou développer dans toutes les cours d'appel **une offre de formation préalable à l'inscription suivie de la délivrance d'une attestation** ».

2° Concernant la formation initiale, il considérait qu'il fallait :

- d'une part, « **imposer dans un délai de six mois suivant la prestation de serment une formation initiale qui serait organisée sous l'égide de l'École nationale de la magistrature (ENM)** en partenariat avec le Conseil national des compagnies d'experts de Justice (CNCEJ), les compagnies

et les unions régionales d'experts ».

- d'autre part, « harmoniser les modalités de formations par : **une association des cours d'appel aux plans de formation des experts** » et la « **création sous l'égide de l'ENM d'une formation des "formateurs"** permettant la diffusion d'une culture sur la procédure, l'expertise, l'environnement judiciaire et la comparution de l'expert à l'audience ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine (ANM, 2011)

Le rapport de l'ANM considérait que « l'expert médecin, dans une affaire en responsabilité médicale, doit être **de formation et expérience scientifique et/ou technique au moins égales à celles de ses pairs dans la spécialité concernée par l'avis demandé** ». D'autre part, l'Académie préconisait de créer :

- « **une réserve de techniciens associés (sapiteurs) ou de co-experts "pointus" nommés hors liste dans des affaires d'une difficulté particulière** » dans l'ensemble des praticiens accrédités par les organismes agréés pour l'accréditation ;

- **un mécanisme spécifique d'accréditation des experts en responsabilité médicale** », avec les étapes suivantes : l'HAS agréée un organisme chargé d'accréditer l'expert ou l'organisme expertal (collège d'experts) ; l'organisme agréé (OA-Accréditation) audite et accrédite l'organisme expertal (expert ou collège d'experts) ; l'organisme expertal livre le produit de l'expertise (le rapport) ; le client (c'est-à-dire le donneur d'ordre - le juge) reçoit en confiance un rapport en conformité avec les exigences de la norme NF X50-110 ».

Le rapport insistait sur cette proposition qu'il précisait ainsi : « Une procédure d'accréditation authentique d'experts devrait être mise en place **sous le contrôle de l'HAS et avec le concours des organismes agréés pour l'accréditation dans les différentes spécialités médicales dites "à risques"**. Conçue dans l'esprit de la norme AFNOR NF X50-110 qui certifie la maîtrise de la conduite de l'expertise et renforce la confiance dans l'expertise, cette procédure d'accréditation expertale normalisée créerait de **courtes listes d'experts accrédités utilisables de façon sélective par le juge dans chaque spécialité. Il conviendrait que cette accréditation soit étendue à l'ensemble des experts médecins en responsabilité médicale**. Ces "experts accrédités" pourraient, sous certaines conditions, avoir accès au portail d'informations créé par l'accréditation des médecins et équipes médicales : pré-requis de la spécialité et base de recueil et de traitement des informations anonymisées sur les événements porteurs de risques (base REX) ».

Concernant la norme NF X50-110 à laquelle se référerait l'ANM, il convient de rappeler que le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 « relatif à la normalisation » définit celle-ci comme « une activité d'intérêt général qui a pour objet de

fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable ». L'article 2 du même décret dispose que « **La normalisation et sa promotion sont assurées par l'Association française de normalisation [AFNOR]** et les organismes agréés par le ministre chargé de l'industrie comme bureaux de normalisation sectoriels afin d'organiser ou de participer à l'élaboration de normes françaises, européennes ou internationales de cette façon ».

La norme AFNOR NF X 50-110 « Qualité en expertise, Prescriptions générales de compétence pour une expertise » a été homologuée par décision du directeur général de l'AFNOR le 20 avril 2003 pour prendre effet le 20 mai 2003. Comme le soulignait un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) de 2001 sur *Les saisines et le lancement de l'expertise sanitaire*¹², « **la norme AFNOR NF-X 50-110 est devenue la référence sur la qualité en expertise** », sachant qu'un document complémentaire, le fascicule de documentation FD X 50-046, « *Recommandations pour l'application de la norme NF X 50-110, Prescriptions générales de compétence pour une expertise* », fournit aux organismes, ainsi qu'aux commanditaires, des recommandations pour faciliter l'application opérationnelle de la phase de saisine et aboutir au « contrat d'expertise ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention au colloque organisé par les deux Hautes juridictions, Mme Sylvia Mille, alors présidente de chambre à la cour administrative d'appel de Paris, avait elle aussi souligné que « **l'État ne peut imposer une formation, en définir le contenu ni agréer des organismes de formation** dès lors qu'il ne s'agit pas [s'agissant de la fonction d'expert] d'une profession réglementée » mais la magistrate avait proposé :

- de « **mettre en place une formation commune (juge judiciaire, juge administratif et CNAMed)** plus adaptée à la complexification de la fonction d'expert de justice »

- que l'État recommande « aux compagnies d'experts de proposer ou développer une offre de formation commune préalable à l'inscription à la fois **en compagnonnage avec un bon expert et sous forme de cours, suivie d'une période probatoire, pendant laquelle ils feront une expertise qui sera elle-même évaluée** », sachant « que c'est sur la base de cette évaluation qu'ils seront inscrits (cf. les chartes régionales conclues entre les compagnies d'experts, les juridictions judiciaires et les avocats) »

12 - [En ligne](#)

- dans les tribunaux administratifs, d'envisager « **d'organiser périodiquement des réunions de travail entre experts et magistrats** traitant le contentieux de la responsabilité hospitalière ».

Au cours du même colloque, le Dr Philippe Billet, expert judiciaire, avait également considéré « **que le compagnonnage ou la nomination d'un collège expertal ou encore une période probatoire pour les experts** serait une très bonne chose (...). Il serait tout à fait raisonnable de prévoir que, pendant deux ans, un expert candidat puisse assister à des expertises ou alors s'il est nommé expert, il le fasse en collège avec des experts chevronnés ».

6./ Propositions de la Cour des comptes sur la formation des experts par la CNAMed (2017)

Comme Me Amel Ghozia l'a bien relevé dans sa thèse précitée, il existe un paradoxe : alors que l'État ne serait pas en mesure d'imposer une formation aux experts inscrits sur les listes des juridictions (voir les observations ci-dessus), l'article L 1142-10 CSP dispose que la CNAMed est non seulement chargée « de prononcer l'inscription des experts sur une liste nationale des experts en accidents médicaux **après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances** » mais elle est également tenue de « **contribuer à la formation de ces experts en matière de responsabilité médicale** ».

La Cour des comptes ne s'est pas prononcée sur la qualité des formations que la CNAMed est censée dispenser aux candidats à l'expertise. Elle a seulement observé que « **la CNAMed n'a pas réussi à établir une liste suffisante d'experts médicaux.** Le nombre d'inscrits a été ramené de 247 médecins en 2011 à 200 en 2015, ce qui a conduit à entériner la pratique des présidents de CCI, en principe exceptionnelle, mais devenue courante, de confier des expertises à des médecins non inscrits, **dont elle n'a pas assuré la formation** ».

La Cour des comptes a également constaté que l'ONIAM s'était doté d'un service médical, alors que le législateur n'a confié à l'Office « **aucune attribution d'ordre médical** ». De surcroît, **aucun des praticiens choisis par l'ONIAM pour son service médical** (un médecin généraliste, deux internes des hôpitaux et depuis peu d'un chirurgien à mi-temps), « **n'est agréé par la CNAMed** », ce qui est d'autant plus piquant que l'ONIAM s'est reconnu le droit de remettre en cause les avis des CCI sur la base d'expertises médicales que l'Office juge critiquables.

7./ Constats et propositions tirés des réunions IDS/OA de 2018

1° Aujourd'hui, pour obtenir leur inscription sur une liste d'experts de Cour d'appel, les médecins doivent avoir obtenu un diplôme de réparation juridique du préjudice corporel, diplôme d'université (DU) de 3^e cycle, délivré pratiquement par toutes les facultés de médecine. Quant à leur formation continue, elle est devenue obligatoire depuis la loi 2004-130

du 11 février 2014¹³, et elle est essentiellement organisée par les « Compagnies d'experts » regroupant, sur la base du volontariat, les experts d'une même Cour d'appel. Or, lors des débats, **le caractère trop souvent superficiel et inintéressant de cette formation continue a été critiqué car elle ne porte que sur le droit des procédures expertales, nullement sur leur dimension proprement scientifique.**

2° Jusqu'à présent, la CNAMed a publié des recommandations ou propositions tendant notamment « à l'harmonisation des missions d'expertise afin d'en renforcer la qualité et de garantir le traitement égalitaire des victimes ; l'élaboration d'un livret de l'expert lui rappelant son rôle, les procédures à suivre et, en particulier le caractère contradictoire de l'expertise ; [...] au respect de la collégialité de l'expertise, à savoir présence de deux médecins, l'un nommé au titre de ses compétences en matière de dommage corporel et l'autre en raison du domaine concerné, ou un seul médecin s'il possède les deux compétences »¹⁴.

Aucun décret n'est venu préciser les conditions dans lesquelles la CNAMed exerce sa mission d'enseignement. Il ressort cependant des rapports publiés par la CNAMed jusqu'en 2013¹⁵ que la Commission nationale organise **des séances de formation d'un peu moins de trente heures** sur le droit des expertises médicales.

Il est certainement possible de faire mieux. Les réunions de travail organisées par l'IDS et les OA de 2018 ont été l'occasion d'évoquer **une proposition qui va dans le même sens que celles de l'ANM** : il s'agirait de faire intervenir officiellement les organismes agréés par la HAS ainsi que les sociétés savantes dans le processus de certification de la formation des experts en responsabilité médicale.

Pour les experts inscrits sur une liste d'experts des juridictions et/ou des CCI et spécialistes des disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 du code de la santé publique (CSP), il conviendrait de rendre obligatoire leur

.....

13 - Article 10 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires modifié par le décret n°2007-1119 du 19 juillet 2007 : « Les demandes de réinscription pour une durée de cinq ans sont envoyées avant le 1^{er} mars de chaque année au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat exerce son activité professionnelle ou possède sa résidence ou, pour les demandes d'inscription dans la rubrique traduction, au procureur de la République près le tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel.

La demande est assortie de tous documents permettant d'évaluer :
 1° L'expérience acquise par le candidat, tant dans sa spécialité que dans la pratique de la fonction d'expert depuis sa dernière inscription ;
 2° La connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien ainsi **que les formations qu'il a suivies dans ces domaines** ».

14 - Voir la réponse du président de la CNAMed au rapport de la Cour des comptes

15 - Pour une raison inconnue de nous, il n'y a pas de rapport mis en ligne pour les années ultérieures

participation à des séances de formation au sein des organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS), pour être formés et pour former les médecins adhérents. À cette fin, les OA seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise (anonymisés) en lien avec leur spécialité, afin de les exploiter scientifiquement pour « former des formateurs » ou dispenser directement des formations aux candidats à l'inscription sur les différentes listes d'experts médicaux (Proposition n° 1)

II. / Le mode de sélection des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

La conférence de consensus a émis deux recommandations particulières sur les modalités de choix des experts, en considérant :

- qu' « **il n'est pas de bonne pratique de choisir l'expert hors liste**. Un tel choix doit être justifié par des raisons particulières et nécessite de la part de l'expert ainsi désigné le respect des contraintes inhérentes à l'expertise. **Il est de bonne pratique de lui faire prêter serment** » ;

- qu' « **il est de bonne pratique que le juge prenne en considération, dans la désignation de l'expert, la proposition conjointe des parties**, ou celle d'une ou plusieurs d'entre elles dès lors qu'aucune ne s'y oppose, étant observé qu'il demeure toujours libre de son choix ».

La conférence de consensus a souligné les différences du système français et de certains systèmes étrangers :

- **en Grande-Bretagne**, « La partie souhaitant appuyer sa démonstration sur une expertise devra y être autorisée, en définissant son domaine et en identifiant le technicien approprié quand c'est possible. **Ce technicien n'est soumis à aucune sélection de l'autorité judiciaire** ; il ne devra sa capacité à retenir l'attention des parties requérantes qu'à sa compétence et à sa réputation ».

- « **Aux États-Unis d'Amérique**, la logique de "l'expert witness" a conduit la jurisprudence à exiger, **à l'occasion de chaque procès et avant l'examen au fond, le contrôle et la validation de la compétence de l'expert** »

- « **L'Allemagne** a adopté une solution similaire à celle de la France par la tenue de listes d'aptitude, avec **une différence notable**, puisque **le contrôle des aptitudes s'effectue par l'intermédiaire des professionnels eux-mêmes**, après agrément des institutions ou organisations qui en sont chargées » : **on peut rapprocher cette pratique de la proposition évoquée lors des réunions IDS/OA, cf. infra III./**

2./ Recommandations du Médiateur (2009)

En 2008, la représentante du Médiateur de la République au colloque organisé à l'assemblée nationale, Mme Timsit, avait considéré que « la légitimité d'une expertise par un praticien ne pratiquant plus depuis de nombreuses années peut être questionnée, notamment lorsque se trouve discutée une technique médicale nouvelle. Or le droit actuel permet la désignation comme expert d'un professionnel ayant cessé son activité ».

Dans son rapport *Proposition de réforme de l'expertise médicale judiciaire de 2009*, le Médiateur de la République avait préconisé deux réformes :

- « **Améliorer les conditions d'élaboration et de diffusion de la liste nationale des experts judiciaires notamment en matière médicale** » en créant notamment **une « Commission nationale de l'expertise** chargée de l'établissement et du suivi de cette liste et qui présenterait l'intérêt d'associer des magistrats, des membres des compagnies nationales et régionales d'experts, des représentants des Ordres et organismes professionnels (syndicats de médecins représentatifs, sociétés savantes des différentes disciplines) concernés ainsi que des associations de malades et de défense des victimes » ;

- « **L'amélioration de la diffusion de la liste nationale des experts judiciaires** auprès des juridictions de première instance et des Cours d'appel », **par « la création d'un outil informatique national** rendant accessible à toute personne ou instance intéressée **un "fichier des experts" complet, précis et actualisé** apparaît indispensable ».

- « Parmi les conditions pour permettre l'inscription ou la réinscription sur une liste, **exiger que le candidat exerce toujours l'activité médicale au titre de laquelle il revendique sa qualité d'expert** »

D'autre part, concernant **la désignation de l'expert par le juge**, le Médiateur avait proposé de :

- « **Donner un effet plus contraignant aux listes d'experts** en posant le principe de la désignation de l'expert judiciaire à partir des listes, **le choix hors liste restant possible mais devant être motivé par le juge et justifié par des circonstances particulières** (par exemple l'expertise concerne un domaine très spécialisé non couvert par les listes ou encore il n'y a pas d'expert agréé disponible dans la discipline en cause) »

- « **Associer les parties à l'instance au choix de l'expert et à la définition de sa mission** », sachant notamment « que la **désignation consensuelle de l'expert** est d'ores et déjà préconisée et pratiquée dans certaines juridictions » et qu'il serait souhaitable d'étendre aux expertises judiciaires civiles la possibilité ouverte aux parties dans la procédure pénale (article 161-1 du CPP) de demander au juge d'instruction, « **d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes** mentionnées à l'article 157 [CPP] », c'est-à-dire la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des

listes dressées par les cours d'appel.

- « **Favoriser la collégialité de l'expertise dans les cas complexes** [...] »

3. / Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

La commission proposait **la motivation des décisions de refus d'inscription. Ce principe a été imposé par la Cour de justice de l'Union européenne** avant d'être consacré par le législateur. Ainsi, l'arrêt CJUE, 17 mars 2011, *Josep Peñarroja Fa*, aff. Jtes C-372/09 et C-373/09 a **rendu obligatoire la motivation d'une décision de refus d'inscription d'un expert** et la **loi n° 2012-409 du 27 mars 2012** a alors revu la rédaction de l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 qui mentionne désormais que « La décision de refus d'inscription ou de réinscription sur l'une des listes prévues au I est motivée », sachant que la Cour de cassation sanctionne le défaut de motivation (Cass. 2^e civ, 6 juin 2013, 12-60.585 et 13-60.024) mais aussi « l'erreur manifeste d'appréciation » (Cass, 2^e civ, 7 juin 2012, 12-60.073) des assemblées générales de Cour d'appel.

La commission préconisait également d' « envisager soit l'abrogation de l'article R.122-25-1 du code de justice administrative, soit **l'établissement d'une liste nationale des experts commune au Conseil d'État et à la Cour de cassation** ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Le rapport précité de l'ANM préconisait deux réformes, dans les termes suivants :

1° « **Lors de l'instruction du dossier d'un candidat à l'inscription sur une liste d'expert, la pratique de l'entretien avec un ou deux membres rapporteurs de la compagnie d'experts ou de la commission de la CNAMed, choisis dans la même spécialité, doit être étendue** ».

2° « **La nomenclature des rubriques expertales doit être revue** avec plus de précision et faire mention des sur-spécialités. **Une véritable banque de données informatisées** et régulièrement contrôlées serait mise à la disposition du juge qui choisit et missionne l'expert ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille avait préconisé de « **mettre en place un recrutement sinon commun (par regroupement des listes judiciaires et administratives quand elles existent) du moins harmonisé d'un ordre à l'autre**, plus sélectif et fondé sur des critères objectifs, transparents et communs, tels que ceux définis par la CJUE dans son arrêt *Peñarroja Fa* : les compétences techniques, l'intérêt pour la collaboration au service public de la justice, les besoins des juridictions. **Ce recrutement pourrait d'ailleurs être commun aux CRCI**

[devenues depuis CCI]... », sachant que, « quel que soit l'ordre juridictionnel, la prestation de l'expert qui, comme l'a rappelé la CJUE, n'exerce pas une profession réglementée, est soumise aux mêmes exigences, qu'il soit judiciaire, administratif ou CRCI ».

6. / Propositions de la Cour des comptes sur les experts choisis par les CCI (2017)

Dans le corps de son rapport précité, la Cour des comptes a relevé qu' « une ordonnance du 15 juillet 2016 facilite « désormais l'inscription des experts médicaux sur la liste nationale en supprimant la condition préalable d'inscription sur la liste des experts judiciaires » mais, selon la Haute juridiction financière, « cette mesure ne paraît pas de nature à régler toutes les difficultés rencontrées par la CNAMed pour solliciter des candidatures ».

La Cour a proposé de « **constituer un vivier suffisant d'experts** » sachant qu' « au-delà de la question de la qualité de l'expertise, **la rareté des experts, notamment dans des spécialités pointues, pèse sur les délais d'instruction des CCI** ». La Cour a ainsi souligné qu' « en plein contentieux¹⁶, et sans tenir compte des délais de recours, les délais des tribunaux de grande instance et des tribunaux administratifs ne dépassent pas deux ans, alors que les procédures de l'ONIAM ont une durée moyenne de 2 ans 9 mois. Cet indicateur, essentiel, n'est pourtant pas suivi par l'Office. La comparaison serait encore plus défavorable à l'ONIAM si on incluait dans les délais des procédures juridictionnelles ceux portant sur les référés¹⁷ qui aboutissent, dans plus de 60 % des cas, à mettre fin au litige par un accord entre les parties ».

La Cour des comptes a alors proposé deux réformes alternatives :

- « **la liberté de recrutement par les présidents de CCI** ». Dans cette hypothèse, « **les présidents de CCI pourraient faire appel à des médecins non inscrits, en motivant le recours à un médecin hors liste**. La première mission qui leur serait confiée ouvrirait une période probatoire d'un ou deux ans, au terme de laquelle toute nouvelle mission serait conditionnée à l'agrément de la CNAMed » ;

- « **la suppression de la liste de la CNAMed** ». Dans cette hypothèse, serait retenue « **la liste des experts judiciaires en revalorisant progressivement les tarifs des expertises par référence à ceux appliqués par les juridictions administratives**, par redéploiement au sein du budget de l'ONIAM. La CNAMed se recentrerait alors sur

16 - « Statistiques fournies sur la période 2011 à 2015 par le Conseil d'État pour les juridictions administratives et sur les années 2013 à 2015 par la direction des affaires civiles et du Sceau pour les juridictions judiciaires ».

17 - « Les référés expertise (ou référés instruction) permettent au juge d'obtenir une mesure d'instruction ou une expertise plus riche que le simple constat de faits matériels, en vue de la solution du litige. Ils représentent respectivement 73 % du total des décisions des tribunaux de grande instance, prises en moyenne en moins de deux mois, et 56 % de celles des tribunaux administratifs, traitées en moins de quatre mois ».

la formation des experts et la vérification de la qualité des expertises. Elle devrait aussi s'assurer de la prévention des conflits d'intérêts dont les règles seraient à aligner sur celles de l'expertise sanitaire. Il convient en effet de **généraliser la publication des déclarations d'intérêts et de faire vérifier systématiquement par les présidents de CCI l'absence de liens d'intérêts avec l'une des parties ou avec l'ONIAM** ».

Dans la liste des propositions qui concluent le rapport, la Cour des comptes n'a retenu que la 2^{ème} solution, celle consistant à « **supprimer la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires et en veillant à l'attractivité de leur exercice auprès des CCI et en organisant leur formation continue** ».

Dans sa **réponse au rapport de la Cour des comptes**, le Premier ministre avait considéré qu'« en tout état de cause, **la suppression de la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires n'aurait pas de sens**, dans la mesure où **le législateur vient de permettre à la CNAMed de porter sur la liste nationale des experts non-inscrits sur la liste des experts judiciaires** et de faciliter l'obtention de l'agrément en promouvant la prise en compte des acquis de l'expérience au travers d'une inscription probatoire ».

Le Premier ministre faisait référence à **l'ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016** citée par la Cour des comptes, texte qui a modifié l'article L1142-11 CSP, lequel est désormais ainsi rédigé :

« I. - Les experts peuvent demander à être inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux s'ils justifient d'une qualification comportant une évaluation des connaissances et des pratiques professionnelles.

Cette inscription vaut pour cinq ans et peut être renouvelée. Le renouvellement est subordonné à une nouvelle évaluation des connaissances et des pratiques professionnelles.

Il peut toutefois être préalablement procédé à une inscription probatoire pour une durée limitée [...] ».

D'autre part, l'article R 1142-31-1 CSP, tel qu'il résulte de l'article 1 du décret n° 2017-1288 du 21 août 2017, dispose :

« I.-Les candidats qui n'ont jamais réalisé d'expertises ou dont les expertises produites à l'occasion de la demande d'inscription sur la liste mentionnée à l'article L 1142-11 **ne permettent pas de considérer qu'ils disposent des connaissances suffisantes en matière de techniques de l'expertise** en responsabilité médicale, **peuvent être inscrits à titre probatoire pour une durée maximale de deux ans**.

Pendant cette période, le candidat est affecté auprès d'une commission de conciliation et d'indemnisation [CCI]. Il ne peut être désigné seul pour procéder à une expertise. Il ne peut intervenir qu'auprès d'un ou plusieurs experts inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et désignés par le président de la commission de conciliation et

d'indemnisation concernée.

La commission nationale des accidents médicaux [CNAMed] précise, dans le cadre des recommandations mentionnées au deuxième alinéa de l'article L 1142-10 [recommandations sur la conduite des expertises], les conditions dans lesquelles est organisée la période probatoire.

Il.-A l'issue de la période probatoire, et en vue de son inscription sur la liste mentionnée à l'article L. 1142-11 pour une période de 5 ans, la commission nationale des accidents médicaux [CNAMed] examine le dossier du candidat, **au regard notamment des rapports d'expertise réalisés au cours de cette période**, pour évaluer ses connaissances et pratiques professionnelles ».

Le Président de la CNAMed a répondu aux observations de la Cour des comptes en jugeant que :

- « la première hypothèse évoquée par la Cour [les présidents de CCI pouvant faire appel à des médecins non inscrits] permettrait raisonnablement de parvenir, à distance de 2 ou 3 ans, à l'élaboration d'une liste "CNAMed" plus étoffée, dans le respect des critères qualitatifs sus rappelés. Le niveau des résultats obtenus sera également tributaire de l'investissement personnel des présidents de CCI en direction des experts "hors liste" actuellement désignés ».

- « La seconde solution, privilégiée par la Cour [retenir la liste des experts judiciaires en revalorisant progressivement les tarifs], formalisée à la recommandation n° 2 [suppression de la liste nationale d'experts médicaux en l'alignant sur celle des experts judiciaires], dont la simplicité et la nouveauté sont incontestables, nécessite[rait] des moyens humains et budgétaires, particulièrement pour assurer la formation continue des experts et la mise en place d'un dispositif de concertation et de dialogue entre les cours d'appel et la CNAMed ».

Quant aux **présidents de Commissions d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)**, ils ont pris une position très ferme : « Au vu de la très grande difficulté à trouver des experts spécialisés en réparation du préjudice médical, [ces présidents] redisent **leur attachement fort au maintien des pratiques et textes actuels qui leur permettent de s'adresser à des experts hors listes**. Tant que la liste de la Cnamed ne sera pas substantiellement étoffée et qu'un dispositif d'agrément *a posteriori* des désignations faites par les présidents de CCI ne sera pas efficacement établi, **il est in-envisageable de limiter le recours à ces viviers extérieurs**. Le dispositif actuel cesserait en effet de fonctionner à brève échéance ».

Enfin, les co-présidents du Collectif interassociatif sur la santé (CISS) et de la présidente de la Fédération des AVIAM (association d'aide aux victimes d'accidents médicaux), considèrent que :

- « **la seule inscription sur la liste des experts judiciaires est (...) insuffisante pour garantir la qualité des expertises en matière d'accidents médicaux** » et

« c'est pourquoi » ils soutiennent la première hypothèse » du rapport « qui suit la pratique qui vient d'être adoptée par la CNAMed et les présidents de CCI **en combinant l'initiative des présidents de CCI dans le choix des experts, une période probatoire puis "l'agrément" par la CNAMed** ».

- Le CISS et les AVIAM ajoutent qu'ils souhaitent « attendre une évaluation de cette nouvelle pratique de recrutement des experts avant d'envisager une refonte de la liste nationale des experts, qu'elle soit judiciaire, administrative ou CNAMed au profit d'une liste unique ». Enfin, « à titre annexe », les présidents déclarent souhaiter **« que l'ensemble des médecins intervenant dans le dispositif, indemnisation et fonds, justifient d'une formation en réparation du dommage corporel »**.

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA (2018)

1° Certains intervenants ont exprimé la nécessité **d'exclure des listes d'experts les médecins qui n'ont plus d'activité de praticien**. À l'appui de ce point de vue, on peut citer l'article R 1142-30-1 CSP relatif aux conditions d'inscription sur la liste des « experts CNAMed » au nombre desquelles figurent celles d'« avoir exercé son activité pendant une durée de dix années consécutives au moins dans le ou les domaines de compétence à raison desquels elle demande son inscription » et de **« ne pas avoir cessé d'exercer cette activité depuis plus de deux ans avant la date de la demande d'inscription »**. Mais, au cours des débats, certains intervenants ont considéré que des retraités pouvaient rester informés des évolutions de l'art médical et avaient l'avantage de disposer du temps nécessaire pour effectuer des recherches. D'ailleurs, dans l'affaire dite Hayum qui a été évoquée lors de la 2^{ème} journée (cf. *infra*), c'est le rapport d'un expert médecin-retraité qui a conduit à la remise en cause des expertises rendues par des praticiens en activité agréés par la Cour de Cassation, alors que la candidature dudit retraité auprès de la Haute juridiction judiciaire avait été refusée à deux reprises. **Il n'y avait donc pas de consensus sur le sujet au sein du groupe de travail IDS/OA sur la question du recours exclusif ou non à des praticiens en activité**.

Pendant, **Me Amel Ghozia a préconisé d'associer, dans les cas complexes, le médecin-expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un médecin-expert praticien de la discipline, tous deux étant co-signataires du rapport d'expertise. Cette idée nous semble devoir être reprise (Proposition n° 2)**

2° Pour l'heure, l'article R 122-25-1 CJA dispose toujours qu'« il peut être établi, chaque année, pour l'information des juges, un tableau national des experts près le Conseil d'État dressé par le président de la section du contentieux, après consultation des présidents de cour administrative

d'appel ». **Il n'est donc toujours pas question d'une liste commune aux deux ordres juridictionnels et à la CNAMed**, contrairement aux propositions formulées dans plusieurs rapports.

3° Lors des débats, certains experts aujourd'hui inscrits sur la liste CNAMed ont regretté avoir subi des refus d'inscription par des cours d'appel, sans que ces décisions aient été motivées. Cette pratique est contraire à l'état actuel du droit qui ouvre des voies de recours contre les refus non ou insuffisamment motivés (cf. *supra*) et il n'y a donc pas lieu de faire des préconisations particulières de réforme des textes mais **d'inviter les organisations professionnelles à rappeler aux candidats à l'expertise qu'ils ont le droit de savoir pour quelles raisons ils ne sont pas retenus**.

4° Les débats ont été l'occasion d'évoquer la situation **d'experts qui ont été inscrits sur la liste CNAMed alors que leur inscription sur une liste judiciaire leur avait été refusée peu de temps auparavant**. Évidemment, ces discordances font douter du bien-fondé de l'une ou l'autre de ces décisions (refus/acceptation), alors surtout que les exigences posées pour l'inscription sur la liste CNAMed sont théoriquement plus grandes que pour l'inscription sur une liste judiciaire. La situation paraît d'autant plus mal contrôlée que lors des débats a été confirmé le fait que les CCI recourent fréquemment à des experts qui ne sont sur aucune liste. Ainsi, **le dispositif d'expertise propre au « système CCI-CNAMed-ONIAM » apparaît à la fois théoriquement plus rigoureux** (inscription sur une liste CNAMed sous condition d'une formation spécifique) **et en pratique plus laxiste** (absence réelle de formation des experts inscrits sur la liste CNAMed ; fréquence du recours aux experts hors-liste) **que le dispositif appliqué par les juridictions judiciaires et administratives**.

5° Pour rendre la situation plus cohérente, lors des débats a été évoquée une **proposition comparable à celle qui avait été faite en 2007** par un groupe de praticiens qui militaient pour « L'évaluation des pratiques professionnelles du médecin expert judiciaire »¹⁸. Concernant la sélection des experts, ces spécialistes préconisaient la **« Création d'une liste d'experts validés par la profession »**, avec les arguments suivants :

« Il serait utile, et rapidement réalisable, d'envisager (sous l'égide d'une structure professionnelle qui pourrait être pour l'obstétrique une Commission mixte du Collège national des gynécologues accoucheurs - CNGOF - et du Syndicat national des gynécologues accoucheurs -SYNGOF) des séminaires d'actualisation des données scientifiques destinés non seulement aux candidats-experts mais aussi aux experts titulaires (à partir de dossiers d'expertise anonymisés). Ces séminaires validés par une évaluation autoriseraient **à décerner le label des professionnels de la discipline**, lequel label serait renouvelable selon une périodicité à

18 - C. Racinet, C. Catteau, H. Fabre, F. Martinon, « L'évaluation des pratiques professionnelles du médecin expert judiciaire », *La revue du praticien en gynécologie obstétrique*, mars 2007, n°111, p. 1-3, [en ligne](#).

définir. **L'encadrement méthodologique et la validation des acquis de ces séminaires pourraient être confiés à la Haute autorité de santé (HAS).** Cette proposition aboutira à l'élaboration d'une liste spécifique d'experts spécialisés dans un domaine médical, qui sera renouvelée régulièrement.

« Il serait heureux que cette liste soit élaborée dans le cadre d'une parfaite concertation entre : les sociétés savantes des différentes spécialités, les conseils de l'Ordre régionaux, les Compagnies nationales et régionales de médecins experts, les Commissions associant des représentants des juridictions et des experts prévues par l'article 2 de la loi 11 février 2004 intégrée dans la loi du 29 juin 1971.

« En dernier ressort et conformément à ses nouvelles compétences, il appartiendra au **Conseil régional de l'Ordre des médecins**, qui va prendre en charge le contrôle de la formation et de l'évaluation des pratiques professionnelles des praticiens en général, de **dresser *in fine* la liste des experts reconnus** c'est-à-dire offrant une garantie de qualité pour les demandeurs d'expertises médicales. Cette liste, qui serait la seule à offrir une réelle garantie de qualité en raison de sa validation par des scientifiques et non pas uniquement par des juristes ou des Experts, devrait être communiquée à l'ensemble des Présidents de Cours d'Appel, au Président de la Cour de Cassation, de même qu'à la CNAM, de manière que soient, le cas échéant, intégrés dans la liste des Experts judiciaires ainsi que dans la liste des Experts CRCI les Experts spécialisés en responsabilité (obstétricale et périnatale pour notre exemple) ».

Cette proposition s'apparentait au dispositif applicable en Allemagne (cf. *supra*), mais elle n'a pas été précisée ni soutenue de façon très claire lors des débats IDS/OA, peut-être parce qu'elle est suspecte de donner un rôle trop important aux « corporations », ce qui serait contraire à notre tradition nationale.

6° En revanche, au sein des groupes de travail semblait faire consensus le fait que **la seule inscription sur la liste des experts judiciaires et/ou de la liste des experts CNAMed est insuffisante pour garantir la qualité des expertises, concernant en particulier les disciplines médicales et chirurgicales à risques aggravés.**

De ce constat consensuel peut être tirée la proposition suivante : **pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de conditionner l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts des juridictions et/ou de la CNAMed à l'examen préalable des candidatures par des institutions compétentes dans la spécialité concernée : compagnies d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante. Les appréciations portées par ces instances devraient être motivées par des éléments objectifs tenant à la formation du candidat, à sa pratique dans la spécialité, à la qualité des**

expertises qu'il a déjà rendues (Proposition n° 3)

Une autre proposition peut être tirée des débats :

Dans un but de transparence, il s'agirait de **rendre accessibles aux parties intéressées les avis exprimés par les institutions préalablement consultées - compagnie d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante - sur les dossiers de candidature de l'expert pour son inscription ou réinscription sur les listes d'experts des juridictions et/ou des CCI. (Proposition n° 4)**

III. / L'évaluation de la qualité des expertises en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Pour la conférence de consensus il apparaissait « nécessaire d'organiser un **service des expertises** dans chaque juridiction » notamment pour « **assurer le suivi de toutes les expertises**, sauf quand le juge s'en est réservé expressément le contrôle dans sa décision ». Ce service serait « distinct du service de la cour d'appel mais coordonné avec lui, comportant au moins un juge et un greffier dédiés à cette fonction, même à temps partiel ».

La conférence de consensus a souligné que « **l'expertise en effet n'est pas que judiciaire, elle est aussi une "démarche fréquemment utilisée pour élaborer des avis, des interprétations, des recommandations** en vue de prévenir, d'innover, de construire et d'expliquer l'origine des événements ou des catastrophes, d'établir des responsabilités, d'éclairer la résolution des conflits, d'évaluer des dommages, des objets ou des services de toute nature" comme le définit la norme X50-110¹⁹ et peut donc bénéficier de partage d'expérience ou de moyens avec les autres parties prenantes à l'expertise en général ». **Cette considération est importante et a été reprise par l'Académie nationale de médecine** (v. *supra*). Elle a également fait consensus lors des débats IDS/OA (v. *infra*).

2./ Proposition exprimée lors des colloques de 2008

Dans la synthèse des propositions de réforme qui avaient été formulées au cours des deux colloques dont l'ouvrage rendait compte, figurait l'idée selon laquelle « L'ONIAM et des scientifiques indépendants devraient être en mesure de **colliger toutes les expertises médicales afin d'en apprécier la qualité et d'en tirer des "recommandations**

19 - Sur cette norme, cf. *supra*

de bonnes pratiques” utiles à l’ensemble des praticiens. Selon nous, la création et l’alimentation régulière de cette **banque nationale informatisée des expertises médicales** devraient se faire, après avis de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), **sous le contrôle de la HAS** qui, depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, coordonne la mise en oeuvre des trois dispositifs d’évaluation et d’amélioration de la qualité des pratiques et des soins, en établissements de santé et en médecine de ville : la certification des établissements de santé, l’accréditation des médecins et des équipes médicales et l’évaluation des pratiques professionnelles ».

3./ Propositions du Médiateur (2009)

Si le contrôle des expertises est prévu par l’article 23 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, pour le Médiateur ce contrôle apparaissait « insuffisant dans le sens où **il n’existe pas de dispositif permettant une évaluation objective de la pertinence du raisonnement, des arguments et des conclusions déployés dans le rapport d’expertise** » et le Médiateur de « mentionner en outre **la faiblesse des moyens dévolus au juge spécialement chargé de contrôler les expertises au sein de chaque tribunal** ».

Sur la base de cette critique, le Médiateur faisait deux propositions de réforme :

- « **Mettre en place un véritable service judiciaire de contrôle des expertises au sein de chaque tribunal.** Celui-ci devrait être composé d’un ou de plusieurs magistrats et de greffiers dédiés à cette fonction, auxquels pourraient être ponctuellement adjoints des conseillers techniques suivant le domaine médical concerné ».

- « **Permettre l’évaluation du rapport d’expertise final par le service judiciaire de contrôle des expertises à la demande des parties.** En cas de contestation sur un aspect susceptible d’altérer substantiellement les conclusions d’un rapport d’expertise, portant sur le respect des procédures, des délais ou sur le raisonnement scientifique du technicien commis expert, les parties pourraient, dans un délai défini suivant le dépôt du rapport, saisir le service du contrôle des expertises pour une enquête immédiate. Le juge chargé de ce contrôle convoquerait la ou les parties demandeuses ainsi que l’expert pour recueillir leur information et rendrait un avis communiqué au juge du fond ».

4./ Propositions de la commission de réflexion sur l’expertise judiciaire (2011)

Cette commission constatait que « **l’inexistence dans le système actuel de tout dispositif d’évaluation du contenu des opérations expertales** rend moins efficiente la procédure de réinscription des experts » sachant que « si les parties ont la possibilité tant dans le cadre d’une instance civile que dans le déroulement d’une information pénale de contester de manière contradictoire les travaux de l’expert,

le juge ne dispose toutefois pas d’un outil lui permettant d’apprécier et d’évaluer la qualité des expertises ».

Pour pallier cette carence, la Commission préconisait de « **rendre obligatoire l’établissement contradictoire de fiches d’évaluation des expertises par les juridictions du fond**, limitées à la pertinence, la clarté, les respects des délais, la précision des réponses apportées et communiquées à la cour d’appel préalablement à la réunion de la commission de réinscription ».

D’autre part, pour contrôler la bonne exécution « formelle », « procédurale », des expertises il était également proposé de :

- « développer le **suivi des expertises au travers des logiciens métiers**, notamment par une formation améliorée des magistrats et fonctionnaires sur les possibilités offertes par les chaînes civiles et pénales et par une meilleure organisation des services des parquets et des greffes correctionnels ».

- « rendre obligatoire la désignation dans chaque tribunal de grande instance et cour d’appel **d’un magistrat chargé du contrôle des expertises civiles sur intérêts civils** et créer autour de lui **un service centralisé et structuré du suivi et contrôle des expertises** ».

5. / Propositions de l’Académie nationale de médecine (2011)

Le rapport précité insistait sur le fait que le souci premier des membres du groupe de travail avait été d’élaborer des « recommandations ou des voies de recherche pour **améliorer les modes d’évaluation des experts et la qualité scientifique et technique des expertises** ».

Pour l’ANM, cette évaluation devait passer principalement par **l’instauration du système d’accréditation faisant intervenir les OA, tel que décrit supra**, même si l’Académie ajoutait que « la pratique des fiches d’évaluation de la qualité de l’expertise par les juridictions du fond pourrait être développée ».

L’ANM insistait sur le principe suivant : « **l’expert doit recevoir, automatiquement et non seulement sur sa demande, une copie des décisions de justice ou des avis des CRCI [CCI] rendus au vu de son rapport** (art. 284-1 du code de procédure civile), pour un retour instructif sur la qualité du travail qu’il a fourni (retour d’expérience) ».

6./ La recommandation de la Cour des comptes sur l’évaluation de la qualité des expertises par la CNAMed (2017)

Concernant la qualité des expertises rendues par les CCI, les textes confient à la CNAMed la mission d’**évaluer les conditions de réalisation des expertises** diligentées par les commissions et de **formuler des recommandations sur la conduite de telles expertises médicales** (art. R1142-38 CSP), mais il s’agit d’un travail général qui ne consiste pas

en une exploitation du contenu des expertises dans un but scientifique d'amélioration des pratiques médicales.

La Cour des comptes a critiqué le travail de la CNAMed concernant le suivi de la qualité des expertises médicales : « Concentrant ses efforts sur l'établissement de la liste nationale d'experts médicaux sans pour autant réussir à infléchir une tendance défavorable, la CNAMed ne s'acquitte pas de l'obligation d'évaluation de l'ensemble du dispositif que lui confie la loi, sinon par la collecte de données purement quantitatives. Les quelques recommandations émises dans chaque rapport annuel ou l'élaboration ancienne d'un guide de l'expert **n'ont que peu contribué à l'amélioration de la conduite des expertises** et à l'harmonisation des pratiques des CCI ».

De ce constat sévère, la Cour des comptes n'a tiré qu'**une recommandation générale** : celle de « restaurer la logique institutionnelle initiale du dispositif d'indemnisation amiable **en recourant à la loi [...] pour confier à la CNAMed un triple rôle de garant de la qualité de l'expertise**, d'harmonisation de la jurisprudence des CCI et d'instance d'appel des avis de ces dernières ».

On observera que **la Cour n'a pas précisé la réforme législative qu'il serait souhaitable d'adopter pour que la Commission nationale puisse garantir véritablement la qualité des expertises...**

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

1° L'évaluation de la qualité des expertises a été le principal thème des discussions des groupes de travail. Les débats ont confirmé spontanément les défauts du système actuel, tels que le Médiateur les critiquait déjà dans son rapport précité. Ces défauts persistent apparemment, aussi bien dans les procédures CCI que dans les procédures juridictionnelles.

Les débats ont permis de souligner qu'aucun texte n'organise un mécanisme qui permettrait d'évaluer la qualité des expertises médicales rendues lors des procédures juridictionnelles. Les contradictions qui peuvent apparaître entre les expertises rendues au cours d'une même affaire ne sont pas systématiquement étudiées pour en tirer des conclusions utiles. La communauté des experts n'en est pas systématiquement informée et ces affaires ne permettent donc pas de prévenir la récurrence des contradictions d'expertise.

Concernant les expertises rendues par les CCI, le droit a récemment évolué puisque l'article L 1142-30 CSP, issu de l'article 2 de l'**ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016**, dispose désormais qu'« **en vue d'étudier dans le cadre de leurs missions les risques liés aux soins**, les autorités, établissements et organismes figurant sur une liste fixée par décret **ont accès, à leur demande, aux dossiers des expertises médicales** diligentées par les commissions de conciliation et d'indemnisation [CCI] ou par l'Office national

d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales [ONIAM] », sachant que « les conditions d'utilisation des données issues de ces dossiers garantissant la préservation de la confidentialité de ces données à l'égard des tiers sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

Ce texte représente un progrès important pour deux raisons :

- il reconnaît explicitement la nécessité d'exploiter les expertises médicales dans le but d'étudier les risques liés aux soins ;

- il prévoit d'ouvrir le droit à transmission des expertises au profit non pas d'un seul organisme mais d'un ensemble d'« autorités, établissements et organismes figurant sur une liste fixée par décret », ce qui est une façon de reconnaître la nécessité de permettre des investigations multiples.

La portée du texte reste cependant réduite, pour trois raisons :

- d'une part, il se limite aux seules expertises diligentées par les CCI et l'ONIAM, excluant ainsi les expertises réalisées au cours des procédures juridictionnelles, civiles, pénales et administratives, alors que les juges sont souvent saisis des affaires les plus graves ;

- d'autre part, la transmission des dossiers doit être demandée par les organismes habilités : elle n'est ni spontanée, ni systématique ;

- enfin, à notre connaissance, aucun décret n'a encore fixé la liste des organismes autorisés à accéder aux expertises.

Au cours des réunions de travail IDS/OA, **concernant les disciplines dites « à risques aggravés »**, a semblé faire consensus **le principe d'une exploitation systématique des expertises, dans le but d'améliorer leur qualité et de les utiliser à des fins de prévention des risques.**

Il a été dit que les OA semblaient bien indiqués pour réaliser ce travail mais à la condition que leur statut évolue afin de garantir qu'ils travaillent bien dans l'intérêt général et non pas dans le but de la défense des praticiens (cf. *infra*). D'autre part, il serait logique que les OA renforcent leur partenariat avec les sociétés savantes.

De ces considérations peut être déduite la proposition suivante : **pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés, qui auraient la charge de les anonymiser avant de les exploiter scientifiquement, en partenariat avec les sociétés savantes, dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins. Cette proposition va dans le sens de celle qui avait été formulée par l'Académie nationale de médecine (cf. *supra*) mais elle suppose que**

le statut des OA évolue pour qu'ils ne se présentent plus comme des instances de défense des médecins (cf. *infra*). (Proposition n° 5)

2° M. Cédric Grouchka, membre du collège de la Haute autorité de santé, a participé à la deuxième réunion de travail IDS/OA, celle du 10 juillet. À cette occasion, il a rappelé ce qu'il avait écrit dans son mémoire universitaire récent sur « *Le droit et les recommandations de bonne pratique médicale* » qui insiste justement sur le fait que l'élaboration de telles recommandations « doit être irréprochable, d'une part dans la rigueur scientifique des méthodes utilisées, notamment pour les synthèses bibliographiques initiales, et d'autre part, dans la vigilance et l'intransigeance à faire preuve dans la prévention et la gestion des conflits d'intérêts ».

Le docteur Grouchka a rappelé la nécessité de « **s'interroger sur la légitimité de mettre sur un pied d'égalité une recommandation d'une société savante et une recommandation de la HAS** » comme l'avait fait une Cour d'appel (CA de Reims, 6 janvier 2015, n° 13-0122) « qui se bornait à constater l'absence de consensus scientifique ». La HAS a conçu des procédures très rigoureuses pour l'élaboration de ses recommandations mais **la Haute autorité ne se prononce pas sur les méthodes de travail, l'objectivité et l'impartialité des sociétés savantes, non plus que sur celles des compagnies d'experts.**

En revanche la HAS a la charge d'agréer les OA (cf. *supra*), ce qui signifie qu'elle doit apprécier la rigueur des méthodes de ces organismes. Les débats ont été l'occasion d'insister sur **le rôle que les organismes agréés par la HAS pourraient jouer dans l'élaboration des « règles de l'art » médical pour certaines spécialités.**

Le pouvoir réglementaire a donné une forte légitimité aux OA en leur confiant la mission de participer à « l'élaboration des référentiels de qualité des soins, des pratiques professionnelles ou de gestion des risques », « de proposer aux médecins et aux équipes médicales des recommandations individuelles et générales de gestion des risques » et « d'évaluer la mise en oeuvre de ces recommandations par les médecins ». **Il est donc permis de considérer que les référentiels conçus par les OA et leurs recommandations pourraient faire partie des « données acquises de la science »** auxquelles les médecins concernés doivent se conformer et à partir desquelles les experts désignés par les juridictions et les CRCI doivent se référer pour apprécier la conduite des praticiens mis en cause.

Cependant, les OA devraient évoluer. En effet, pour l'heure, certaines se présentent comme des organismes oeuvrant en défense des médecins. **Cette présentation n'est pas conforme aux textes (cf. encadré *supra*) et n'est pas de nature à garantir l'objectivité des appréciations que ces OA pourraient porter sur les expertises médicales** qu'ils seraient chargés d'analyser pour en tirer des recommandations de bonne pratique.

Pour lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA, du fait de leur présentation maladroite, il conviendrait de renforcer leurs liens avec la HAS, les associations de patients et les sociétés savantes afin que les recommandations de ces organismes puissent être adoptées dans des conditions de parfaite objectivité pour être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ». (Proposition n° 6)

Pour rendre plus précise cette recommandation générale, on peut prendre en compte la « décision n° 2015.0003/DC/MSP du 7 janvier 2015 du collège de la Haute Autorité de santé adoptant le cahier des charges des organismes agréés pour l'accréditation des médecins et des équipes médicales ». Dans cette décision, le collège de la HAS a institué une « **commission risque interspécialité** » dite **CRIS** qui doit être « présidée par la HAS », être « composée de un à deux représentants de chacun des OA » et doit se réunir « au minimum une fois par an à la HAS ». Cette Commission « a pour missions de : • décliner les orientations nationales en termes de sécurité du patient ou de gestion des risques dans le cadre de l'accréditation ; • définir les programmes de risque interspécialités ; • donner un avis sur le programme de travail des enseignements interspécialités proposés ; • favoriser l'harmonisation des pratiques de gestion entre les OA ; • donner un avis sur les orientations de l'accréditation ».

Dans le sens de la proposition précédente, on pourrait envisager que **la composition de la CRIS soit modifiée pour être élargie afin qu'y siègent des représentants des patients. Ainsi, le fonctionnement des OA serait rendu plus transparent. (Proposition n° 7)**

IV. / La définition de la mission de l'expert en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Sur le sujet, les recommandations de la conférence de consensus sont très nombreuses. Il peut être intéressant de les comparer avec les pratiques en vigueur concernant les expertises en responsabilité médicale.

Ainsi, pour le jury de la conférence, « **il est de bonne pratique que le juge :**

- **invite les parties** à définir de manière claire et précise la mission dont elles demandent l'exécution ;

- **vérifie que le projet de mission est conforme** aux textes applicables à l'espèce, relève du domaine de la compétence technique de l'expert et s'assure qu'il dispose des moyens pour l'exécuter ;

- **recoure, dans les cas les plus complexes, aux dispositions de l'article 266 NCPC.**

« Il est de bonne pratique pour le juge :

- **d'inciter, sous son contrôle, à une concertation, parfois évoquée par le terme impropre de "contractualisation",** entre les parties ou entre l'expert et les parties afin de les laisser s'entendre sur l'organisation des opérations d'expertise. **Le juge ne saurait être lié par cet accord** qu'il pourrait cependant avaliser tout en gardant la possibilité de le modifier ultérieurement ».

« Il est de bonne pratique :

- **d'établir un contact préalable avec l'expert,** portant sur des questions générales et non pas sur l'espèce. Ce contact peut être téléphonique ou par voie électronique. Dans les cas complexes, il doit être organisé contradictoirement au début de l'instruction ».

- **que dans les cas d'urgence et dans les schémas simplifiés, le contrôle de l'adéquation de la compétence de l'expert pressenti avec la mission soit fait par référence à la proposition des parties ou par l'appartenance de l'expert à une liste dans la rubrique adéquate, telle qu'elle est tenue par le service des expertises.** À la demande du juge, le service des expertises peut fournir quelques noms sous forme d'une « courte liste ». Dans les autres cas, ce contrôle d'adéquation s'effectue soit *a priori* en fonction des références de nomenclature et de spécialité figurant sur la liste des experts, et éventuellement après un appel téléphonique à l'expert, soit *a posteriori* par l'expert lui-même qui, en acceptant la mission, a vérifié que sa compétence était bien en adéquation avec le litige ».

- **dans les cas les plus complexes, de désigner un collège d'experts** et de charger l'un d'eux d'en assurer la coordination ou la présidence.

- **que le juge désigne le coordonnateur ou le président du collège,** chargé des tâches administratives et de la répartition des travaux techniques au sein de l'expertise.

- **de recommander à l'expert d'en référer au juge lorsque l'intervention d'un sapiteur, choisi dans les conditions prévues par le NCPC, est susceptible de présenter des difficultés** ».

« Il est de bonne pratique :

- de **recourir aux missions-types** dans les cas simples et répétitifs, ainsi que dans certains cas complexes. Les juges et les parties devraient s'y référer le plus souvent possible et ne choisir une mission spécifique que par défaut ou dans les autres cas complexes ».

- **que le juge organise une concertation entre les parties pour définir les contours de la mission.**

- quand bien même le juge aurait fait application des dispositions de l'article 455 NCPC en ne visant que les écritures des parties, **que dans tous les cas, le dispositif détaille la mission confiée à l'expert** ou indique comment ses contours seront définitivement arrêtés ».

« Il est de bonne pratique que le juge :

- **demande à l'expert de préciser contradictoirement la méthodologie,** le coût et le calendrier prévisible de ses opérations ;

- **rappelle** dans sa décision les termes de l'article 279, alinéa 1^{er}, NCPC affirmant **le principe selon lequel "en cas de difficultés ou de nécessité d'une extension de la mission, l'expert doit en référer au juge" »**

« Il est de bonne pratique **de ne pas imposer une méthodologie à l'expert sauf le cas de missions-types** ou normalisées qui contiendraient leur propre méthodologie ;

mais il est de bonne pratique **que la décision du juge indique comment et quand la méthodologie que devra employer l'expert sera précisée et arrêtée** ».

2./ Propositions du Médiateur

Concernant les conditions dans lesquelles les missions des experts sont définies, le Médiateur avait proposé de « **Mettre à la disposition du magistrat une assistance technique médicale.** Le rôle conféré à ces conseillers techniques (qui devraient être agréés par l'administration judiciaire) au service des juges et intervenant à leur demande ne devrait pas être confondu avec celui des experts. Leur mission s'exercerait tout d'abord en amont, afin d'**éclairer les magistrats sur les conditions de réalisation de la mission d'expertise envisagée par le juge,** s'agissant des intervenants nécessaires, du délai et du coût prévisibles de celle-ci, **des compétences et qualités requises du ou des experts appropriés et des questions à poser à l'expert.** Ces conseillers pourraient être également sollicités par le service chargé du contrôle *a posteriori* des expertises ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

Le groupe auteur du rapport constatait que « **L'imprécision de la mission peut être source de difficultés** que devra trancher le juge chargé du suivi de la mesure, entraînant ainsi un allongement des délais. L'obligation faite au demandeur de proposer une mission précise relève de bonnes pratiques qui devraient figurer dans les chartes évoquées ci-dessus. L'utilité du débat contradictoire relatif à la définition de la mission n'exclut pas cependant l'élaboration de missions-types, déjà largement utilisées, notamment en matière d'évaluation du préjudice corporel ».

Le rapport formulait deux préconisations :

- « Développer en tant que bonne pratique en matière civile **la communication par le demandeur à la mesure d'instruction d'un projet de mission pour favoriser la discussion contradictoire sur la définition de la mission de l'expert** » ;

- « Élaborer en matière civile et pénale **des missions type** dans le cadre d'un processus centralisé de mise à disposition et de mise à jour sur le site intranet justice, et sur le site de la Cour de cassation ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Concernant l'adéquation de la compétence de l'expert pressenti avec la mission, l'ANM a préconisé « **l'auto-évaluation des experts listés** », selon les principes suivants : « L'établissement de listes fiables et l'adéquation de l'expert missionné ne peuvent être obtenus sans le concours d'experts d'une honnêteté intellectuelle et morale irréprochable. **Lors du dépôt de sa candidature, l'expert doit cibler dans les rubriques la spécialité de sa compétence et préciser sa ou ses sur-spécialités. Lors de la réception d'une mission il est le mieux placé pour évaluer sa compétence dans l'affaire en cause** ». Cependant, l'ANM ajoute que « **l'expert "multi-cartes", omniscient pluri-spécialiste doit disparaître** ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2012)

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille avait déclaré qu'il lui paraissait « indispensable **que les deux ordres juridictionnels élaborent des missions-types d'expertise commune**, adaptée à l'évolution de la jurisprudence et "au cas d'espèce" (spécialisées, par exemple sur l'infection nosocomiale, ou générales et couvrant le champ de la faute : faute entraînant une indemnisation totale, faute entraînant une simple perte de chance comme le défaut d'information et la faute de diagnostic, mais aussi le champ de l'aléa thérapeutique, dit aussi "accident médical non fautif") ». Selon Mme Mille, « doter l'expert d'une telle feuille de route dès la première expertise permettrait à celle-ci d'épuiser le débat factuel et d'**éviter "l'expertise-shopping"** » c'est-à-dire « **la tendance récente des victimes à cumuler les expertises au motif que la première est incomplète ou insuffisante** ».

Au cours du même colloque, le Dr Philippe Biclet, expert judiciaire, avait préconisé :

- **que les juges inscrivent dans la mission de l'expert l'obligation pour lui de chercher à « connaître, d'une part, si le praticien [mis en cause] a une expérience réelle de la technique qu'il a utilisée**, combien de fois il l'a pratiquée, s'il peut en apporter les preuves, d'autre part s'il peut aussi **donner des informations sur sa propre sinistralité**, voire même, produire une attestation de la compagnie d'assurance »

- « **que l'expert puisse annoncer que pour une petite partie de l'expertise, il a besoin du sapitage**, de quelqu'un de la même discipline mais qui effectue une technique très particulière, de telle sorte que l'intervention de ce sapiteur serait très encadrée ».

6. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

Les débats ont été l'occasion de souligner **les problèmes soulevés par le choix d'un expert unique, dans les**

affaires complexes.

1° Selon plusieurs intervenants, les problèmes les plus graves ne résultent pas de l'incompétence complète de l'expert par rapport au cas dont il est saisi mais du **caractère incomplet de la qualification du médecin qui a accepté la mission**. Concernant les affaires d'obstétrique en particulier, les débats ont été l'occasion de souligner qu'il était fait trop rarement **appel aux généticiens pour tenter d'expliquer des pathologies dont les effets sont parfois imputés à des dommages commis par l'accoucheur**, alors que celui-ci n'est pour rien dans la survenance de ces troubles.

Certains intervenants ont observé qu'il était assez fréquent que des relations de confiance se nouent entre juge et expert, au risque parfois qu'un même expert soit systématiquement désigné, **moins pour sa qualité scientifique que pour sa disponibilité, sa courtoisie et son respect des délais**. Cette pratique serait plus particulière aux petites villes où le vivier d'experts est limité.

2° Certes, devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif²⁰, **les experts peuvent recourir à des sapiteurs mais cette pratique n'est pas totalement satisfaisante**, pour plusieurs raisons que la conférence de consensus de 2007 avait bien mises en exergue²¹ et qui ont été évoquées lors des débats IDS/OA :

1° En matière civile, « c'est l'expert - et non le juge - qui, sous sa responsabilité, procède à la désignation du sapiteur de son choix, qui en assume le contrôle et prévoit les honoraires de celui-ci et les lui règle directement ». Or, l'expert peut ne pas vouloir choisir un sapiteur car ce serait une sorte d'**aveux d'incompétence**. Ou bien un sapiteur n'est pas désigné parce que **l'expert ne sait pas que cela serait utile à la compréhension du dossier** (ex. hypothèse évoquée *supra* de l'ignorance des facteurs génétiques qui pourraient expliquer des symptômes imputés à une mal-pratique obstétricale).

2° « Le choix par l'expert de son propre technicien (le sapiteur) dans une spécialité distincte de la sienne comporte le risque d'un choix ne présentant pas toutes les garanties requises en termes d'impartialité et d'indépendance, voire de compétence ». Il a été dit lors des débats que l'expert pouvait choisir un sapiteur selon **des critères qui privilégient les liens personnels, aux dépens des exigences scientifiques**.

20 - L'article R 621-2 du Code des juridictions administratives dispose qu'« **Il n'est commis qu'un seul expert à moins que la juridiction n'estime nécessaire d'en désigner plusieurs**. Le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel, selon le cas, ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux choisit les experts parmi les personnes figurant sur l'un des tableaux établis en application de l'article R. 221-9. Il peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix. Il fixe également le délai dans lequel l'expert sera tenu de déposer son rapport au greffe. / **Lorsqu'il apparaît à un expert qu'il est nécessaire de faire appel au concours d'un ou plusieurs sapiteurs pour l'éclairer sur un point particulier, il doit préalablement solliciter l'autorisation** du président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'Etat, du président de la section du contentieux. La décision est insusceptible de recours ».

21 - Les phrases entre guillemets sont tirées du texte présentant les recommandations de bonnes pratiques.

Plutôt que de désigner un seul expert, en comptant sur l'appel éventuel à un sapiteur, il serait bien préférable, « dans les cas les plus complexes, de désigner un collègue d'experts et de charger l'un d'eux d'en assurer la coordination ou la présidence ». Cependant, **dans les affaires pénales, le fait que les expertises soient payées par l'État, c'est-à-dire imputées au budget de la juridiction concernée, peut conduire les juges à préférer le choix d'un expert unique, complété éventuellement par un sapiteur.**

La solution du problème n'est évidemment pas simple. La position de l'ANM sur le sujet paraît un peu vague. Si l'expert est « **le mieux placé pour évaluer sa compétence dans l'affaire en cause** », on voit mal ce qui empêcherait que perdure la catégorie de « l'expert "multi-cartes", omniscient pluri-spécialiste » que l'ANM souhaite voir disparaître. C'était également le souhait des personnes qui ont participé aux réunions IDS/OA.

Des débats IDS/OA peut être tirée l'idée selon laquelle **les experts qui acceptent une mission devraient se justifier en indiquant précisément en quoi ils sont spécialement compétents concernant les cas complexes qu'ils auront à traiter, au regard de la mission que le magistrat ou la CCI aurait définie. Les experts pourraient être tenus ensuite de répondre aux arguments des parties qui mettent en doute sa compétence sur des aspects particuliers de l'affaire. Il y aurait ainsi un débat sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission, le juge ou le président de la CCI prenant la décision finale au terme des échanges contradictoires. (Proposition n° 8)**

3° D'autre part, lors de la réunion de juillet, reprenant les termes d'un article qu'il avait publié avec d'autres spécialistes²² dont le Pr. Jacques Hureau, bien connu pour ses publications sur les expertises médicales²³, le Pr. Claude Racinet a plaidé en faveur du concept d'une « **expertise médicale fondée sur les faits** », *Evidence-based medical expertise*, définie à partir du principe de la « médecine fondée sur les faits », *Evidence-based medicine*, d'origine américaine. L'article juge « maintenant indispensable, pour pouvoir répondre à la notion de soins en accord avec les données actuelles de la science, de se prémunir d'éventuelles contestations **en introduisant dans les rapports d'expertise une démarche fondée sur les faits avec** :

- la notion de recherche bibliographique (avec mention des sites et articles consultés) ;

22 - Claude Racinet, Jean-Luc Mas et Jacques Hureau, « L'expertise médicale fondée sur les faits. Evidence-Bases medical expertise », *Médecine & Droit*, 2013, en ligne

23 - V. not. l'ouvrage bien connu, J. Hureau et D. Poitout, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel*, Masson, 3^e éd. 2010

- **la notion de "niveau de preuve" (NP)** dans les réponses avancées aux questions posées et la référence aux recommandations existantes pour telle ou telle prise en charge ;

- mais aussi la prise en compte des valeurs et préférences du patient (qui peut refuser certains soins) ».

La notion de niveau de preuve « repose sur des scores permettant de hiérarchiser la qualité de l'information scientifique disponible. Cette hiérarchisation tient compte de la méthodologie utilisée dans les sources de l'information ».

Le système de niveau de preuve et de gradation des recommandations de bonne pratique avait été développé par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (Anaes) qui a publié en 2000 un *Guide d'analyse de la littérature et gradation des recommandations*.

En 2004, l'Académie nationale de médecine (ANM) a publié une synthèse faite par le Pr Jean-Baptiste Paolaggi au nom d'un groupe de travail sur la « **Place des nouvelles méthodes basées sur l'apport de "preuves" dans la prise en charge des patients** »²⁴. Cette étude soulignait l'intérêt de *Evidence Based Medicine*, communément traduite par « médecine fondée sur les preuves », mais en préconisant que le terme « preuves » soit « remplacé par un terme moins ambigu qui serait les **"meilleures données acquises de la science"**, le code de déontologie utilisant déjà la dénomination "données acquises de la science" ».

Le système élaboré par l'Anaes **est désormais utilisé par la HAS** qui a étudié les différentes techniques scientifiques de classification des recommandations²⁵. Par exemple, dans le guide précité, « les recommandations proposées sont classées en grade A, B ou C, selon les modalités suivantes :

- une recommandation de grade A est fondée sur une preuve scientifique établie par des études de fort niveau de preuve : par exemple, essais comparatifs randomisés de forte puissance et sans biais majeur, méta-analyse d'essais contrôlés randomisés, analyse de décision fondée sur des études bien menées ;

- une recommandation de grade B est fondée sur une présomption scientifique fournie par des études de niveau intermédiaire de preuve : par exemple, essais comparatifs randomisés de faible puissance, études comparatives non randomisées bien menées, études de cohortes ;

- une recommandation de grade C est fondée sur des études de moindre niveau de preuve : par exemple, études cas-témoin, séries de cas.

- En l'absence de précision, les recommandations proposées ne correspondent qu'à un accord d'experts.

- L'existence d'une évidence scientifique forte entraîne systématiquement une recommandation de grade A quel

24 - [En ligne](#).

25 - V. le rapport en ligne HAS, *Niveau de preuve et gradation des recommandations de bonne pratique*, avril 2013, [en ligne](#).

que soit le degré d'accord d'experts.

• En l'absence d'étude de fort niveau de preuve et d'accord d'experts, les alternatives seront exposées sans formulation de recommandations en faveur de l'une ou de l'autre ».

Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'il n'y a pas de raison que les expertises médicales ne reprennent pas cette démarche qui s'impose désormais dans les expertises sanitaires. En conséquence, il est proposé que les missions d'expertise ordonnées par les magistrats et les CCI fassent obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations, en référence à la méthodologie utilisée par la HAS. (Proposition n° 9)

L'application de cette méthode permettrait d'éviter que la notoriété des experts ne l'emporte sur la rigueur de leur argumentation.

V. / La place du principe de contradiction dans l'expertise en responsabilité médicale

Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93, bien que le juge ne soit pas juridiquement lié par les conclusions des expertises, celles-ci **sont « susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits »**. Et la Cour a rappelé que « l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 [art. 6-1 de la Convention EDH] est le caractère contradictoire de celle-ci ». Le rapport de la Cour de cassation de 2012 en concluait justement que **« le champ du contradictoire doit s'étendre, avec toute sa rigueur, à l'expertise »**²⁶. Plusieurs propositions ont été faites ces dernières années afin de rendre plus rigoureuse l'application du principe dans les procédures d'expertise.

1./ Proposition du groupe de travail « Incertitude et expertise » (2005)

Au cours de la conférence publique tenue à la Cour de cassation le 2 juin 2005, M. Patrick Matet, alors conseiller à la cour d'appel de Paris et en charge du contrôle des experts, avait fait plusieurs propositions qui avaient pour but d'« introduire plus de contradictoire dans le système de l'expert unique ». Ce spécialiste de l'expertise préconisait les mesures suivantes :

- « **Engager un débat entre les parties sur le choix de l'expert** » afin de s'assurer, sous le contrôle du juge ou

du président de la CCI que les compétences techniques, processuelles et même la déontologie de l'expert sont en adéquation avec la mission pour laquelle il pourrait recevoir mission. Afin que ce débat soit serein, il paraîtrait préférable qu'il ait lieu au moment de la désignation de l'expert et non pas après la remise du rapport d'expertise.

- « **Laisser aux parties la faculté de choisir le nom d'un expert** », comme le permet la common law ;

- « **Mettre les experts à l'épreuve du hot tub** ». Concernant les procédures CCI, l'article R1142-16 CSP prévoit que « La commission peut entendre le ou les experts qu'elle a désignés », mais **cette faculté d'audition est rarement utilisée** et, quand elle l'est, **elle ne s'organise pas selon une procédure véritablement contradictoire** au cours de laquelle les parties peuvent interroger l'expert. Aussi M. P. Matet considérait-il qu'il fallait aller plus loin : **« il faut que les parties, tant au civil qu'au pénal, participent plus activement au débat technique**, et y soient associées plus étroitement, afin qu'elles n'aient pas le sentiment que leurs arguments ont été escamotés. En effet, si la discussion technique ne s'instaure pas durant les opérations d'expertise, elle sera différée et aura lieu devant le juge. Mais cette discussion sera théorique, car il s'agira d'une exploitation critique du rapport, d'une sorte d'exégèse sans relation avec la vérité scientifique et technique. Pour renforcer cette discussion technique, il est nécessaire que l'expert soit présent à toutes les étapes de la procédure. Or, **dès que l'expert a déposé son rapport, ni les parties ni le juge n'ont plus de contacts avec lui**. Puisque le rapport de l'expert judiciaire constitue un élément de preuve apporté par un auxiliaire du juge, il n'est pas logique que cet expert disparaisse sitôt son rapport remis et que, lorsque le juge se pose des questions ou que les parties critiquent l'avis du technicien, il n'en soit pas référé au principal intéressé pour qu'il éclaire ses conclusions ou lève une zone d'ombre. **Seule la cour d'assises procède systématiquement à l'audition de l'expert** ». Pour corriger cette situation M. Matet en concluait qu'il serait possible de s'inspirer de la procédure australienne dite du *hot tub* : « cette technique impose à l'expert de remettre un rapport écrit, puis les avocats, **dans une audience uniquement consacrée à l'audition de l'expert, lui posent des questions selon le principe classique de la cross-examination, c'est-à-dire qu'il est interrogé et contre-interrogé** ».

Dans la synthèse publiée par M. Antoine Garapon (cf. *supra*), les observations complémentaires suivantes étaient faites :

- « **la contractualisation de l'expertise** permettrait de focaliser le litige sur les points essentiels, à condition de la réserver, soit à l'accord des parties, soit à des matières particulières, évaluation du préjudice corporel, dégâts matériels, estimation immobilière ou mobilière [...]. Le juge du contrôle de l'expertise deviendrait alors le juge d'appui chargé de réguler la mesure en répondant aux demandes des parties, sans avoir à surveiller **le déroulement des opérations qui s'opéreraient selon les dispositions**

26 - Rappelé dans le chapitre sur l'expertise de l'étude sur le thème de « La preuve » dans le Rapport 2012 de la Cour de cassation, [en ligne](#).

arrêtées par les parties » ;

- « Dans notre système, le juge ne possédant pas avant la commission de l'expert une claire vision des questions de fait sur lesquelles il souhaite être éclairé, en est réduit, bien souvent, à s'en remettre à une mission dont les termes ont été définis *in abstracto* ou à reprendre les allégations du demandeur. [...] **il serait utile que le juge provoque un débat sur la définition de la mission et sur la personne du technicien** » ;

- « pour encourager le débat, **l'expert doit jouer la transparence dans l'organisation de ses opérations** » et il obtient « plus aisément la participation des parties lorsqu'il les informe de l'état d'avancement des opérations : en effet, l'une des parties peut avoir intérêt à porter assistance à l'expert au lieu de rester passive et obliger l'autre à réagir. Le juge est saisi de toutes les difficultés de mise en oeuvre des opérations ».

- « l'expert doit être armé pour rationaliser la discussion et éviter que les dires des parties n'entravent le dépôt de son rapport : ainsi, il conviendrait de le doter du pouvoir de clôturer la phase technique de ses opérations à partir de laquelle, à condition que le dépôt du rapport intervienne dans un délai raisonnable, les parties ne pourraient plus déposer d'observations ».

- à l'appui de la proposition de transposition de la procédure dite de Hot tub (cf. supra), il faut retenir l'arrêt **CEDH, 12 juin 2003, Van Kück c/ Allemagne, n° 35968/97**²⁷ : dans cette affaire, la Cour avait jugé que « la procédure litigieuse n'avait pas satisfait aux exigences d'un procès équitable dès lors qu'en "*raison de la particularité de l'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au docteur H. [l'expert], ou à tout autre expert en médecine, des explications orales ou des écritures complémentaires*"²⁸ ».

2./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Sur le sujet, la conférence de consensus a considéré qu'« il est de bonne pratique **que le juge accorde une attention particulière aux procès dans lesquels des parties ne sont pas assistées par des techniciens en veillant particulièrement au respect du principe du contradictoire à leur égard** ». Dans le domaine médical, depuis l'instauration des CCI, on peut considérer que le droit à l'assistance d'un expert est mieux garanti qu'il ne l'était antérieurement. C'était d'ailleurs un des principaux buts de la loi du 4 mars 2002, la procédure devant les CCI étant entièrement gratuite, les frais d'expertise étant pris en charge par l'ONIAM.

3./ Propositions du Médiateur (2009)

Considérant que le principe du contradictoire est « insuffisamment mis en oeuvre concernant les expertises », alors qu'il « est un pilier du droit français, mais aussi international et européen, et se trouve au cœur de la procédure judiciaire », le Médiateur faisait à ce sujet trois propositions de réforme :

- « **Rendre obligatoire l'établissement d'un rapport d'étape soumis aux observations des parties et discuté de manière contradictoire avant l'expertise finale.** Selon l'article 276 du NCPC, "L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. (...) L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées." Si ces dispositions visent à respecter le principe du contradictoire, **il est regretté que cet échange entre les parties et l'expert ne s'effectue généralement qu'au stade ultime du processus d'expertise et par voie écrite** ; il s'avère donc peu susceptible d'exercer une influence sur le rapport définitif de l'expert ».

- « **Rendre davantage effective la possibilité pour le demandeur de disposer de conseils durant les opérations d'expertise (avocat, médecin-conseil de victime...)** », **avec constitution d'une « liste nationale de médecins-conseils de victimes** permettant à ces dernières d'avoir recours à un médecin bénéficiant de compétences et d'une formation adaptées à cette mission ».

- « **Renforcer le droit d'accès de l'expert à toutes les informations nécessaires à sa mission et sanctionner plus efficacement la non communication** par un établissement ou un professionnel de santé des informations médicales demandées ».

4./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise de 2011

Le groupe ayant établi la *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise* de 2011 avait choisi de « Recommander l'élaboration de **rapports d'étape et documents de synthèse** notamment dans les conventions dressées entre les experts – les avocats et les juridictions avec la fixation de délais impartis aux parties pour formuler leurs observations **afin de développer le principe du contradictoire** sans nuire aux exigences de célérité ».

5. / Propositions de l'Académie nationale de médecine

Sur ce point, le rapport de l'ANM s'est contenté de rappeler que « le respect du principe de la contradiction par l'expert **est l'un des facteurs de contrôle de sa compétence et de la validité de l'expertise**. Outre l'expert, il revient au juge et aux parties d'y veiller ».

27 - [En ligne.](#)
28 - [En ligne.](#)

6. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation

Dans son intervention précitée, Mme la présidente Sylvia Mille considérait que, « dès sa saisine, **le juge des référés devrait être informé par le requérant, sinon par le défendeur, de l'existence ou non d'une autre expertise** (par ex. une expertise CRCI) », de sorte que « si une première expertise contradictoire existe et si la nouvelle demande a, non pour objet de compléter ou d'étendre celle-ci, mais de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou les conclusions de son rapport, cette demande devrait être rejetée comme relevant de la seule compétence du juge du fond du litige, à qui il est loisible, s'il l'estime nécessaire, d'ordonner une mesure d'instruction supplémentaire ».

7. / Propositions exprimées lors des réunions IDS/OA de 2018

1° Les débats IDS/OA ont été l'occasion de rappeler que les parties pouvaient critiquer par écrit le rapport d'expertise et obliger ainsi l'expert à y répondre. D'autre part, l'article 283 du code de procédure civile (CPP) dispose que « Si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées ».

Par rapport à la proposition de M. Matet, reprise dans la contribution de M. Garapon, **on peut donc conclure qu'il ne manque, dans la pratique française actuelle, que l'habitude de procéder à une interrogation orale de l'expert après dépôt de son rapport, procédure que le droit autorise et qui pourrait s'apparenter à la technique anglo-saxonne du *Hot tub*. Il est donc proposé de rendre plus fréquente cette pratique (Proposition n° 10)**

2° Les débats ont été également l'occasion de constater que l'application du principe du contradictoire a un peu évolué et favorablement ces dernières années, devant toutes les juridictions.

En matière pénale, les opérations d'expertises ne sont pas contradictoires mais, inspiré des conclusions des commissions créées après l'affaire dite « d'Outreau » et des décisions de la CEDH, **le législateur a instauré des éléments de contradictoire dès la phase de l'instruction en matière d'expertise** : ainsi la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a introduit un nouvel article 161-1 dans le code de procédure pénale (CPP), qui a été ensuite modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Cet article dispose désormais que « la décision ordonnant une expertise est adressée sans délai au procureur de la République et aux parties, **qui disposent d'un délai de dix jours pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'ajouter à l'expert ou aux experts**

déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157 [c'est-à-dire la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou une des listes dressées par les cours d'appel] Si le juge ne fait pas droit, dans un délai de dix jours à compter de leur réception, aux demandes prévues au premier alinéa, il rend une ordonnance motivée. Cette ordonnance ou l'absence d'ordonnance peut être contestée dans un délai de dix jours devant le président de la chambre de l'instruction. Ce dernier statue par décision motivée qui n'est pas susceptible de recours ». Mais ces dispositions ne sont pas applicables :

- « lorsque les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence et ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours prévu au premier alinéa ou lorsque la communication prévue au premier alinéa risque d'entraver l'accomplissement des investigations »

- « aux catégories d'expertises dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen et dont la liste est fixée par décret ».

Concernant les procédures mises en oeuvre par le juge administratif, l'article R 621-8-1 du Code des juridictions administratives (CJA) dispose que :

« Pendant le déroulement des opérations d'expertise, le président de la juridiction peut organiser une ou plusieurs séances en vue de veiller au bon déroulement de ces opérations. A cette séance, peuvent notamment être examinées, à l'exclusion de tout point touchant au fond de l'expertise, les questions liées aux délais d'exécution, aux communications de pièces, au versement d'allocations provisionnelles ou, en matière de référés, à l'étendue de l'expertise.

« Les parties et l'expert sont convoqués à la séance mentionnée à l'alinéa précédent, dans les conditions fixées à l'article R 711-2. Il est dressé un relevé des conclusions auxquelles ont conduit les débats. Ce relevé est communiqué aux parties et à l'expert, et versé au dossier. La décision d'organiser une telle séance, ou de refus de l'organiser, n'est pas susceptible de recours ».

D'autre part, l'article R 621-10 CJA prévoit que « **La juridiction peut décider que le ou les experts se présenteront devant la formation de jugement ou l'un de ses membres, les parties dûment convoquées,** pour fournir toutes explications complémentaires utiles et notamment se prononcer sur les observations recueillies en application de l'article R. 621-9 » du CJA.

Concernant les procédures mises en oeuvre par les juridictions judiciaires civiles, **le code de procédure civile (articles 282 et s. CPC) ne prévoit toujours pas le dépôt par l'expert d'un pré-rapport.** Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'**un tel dépôt est devenu une pratique courante mais qu'elle n'est pas systématique.**

On peut donc proposer que cette pratique soit consacrée dans les textes afin qu'elle soit véritablement effective dans les procédures qui le nécessitent. (Proposition n° 11)

3° Au cours des débats IDS/OA, une hypothèse a été débattue longuement car elle présente un caractère véritablement novateur par rapport aux propositions émises jusqu'alors dans les différents rapports publics. Elle est **inspirée par la pratique des publications universitaires.**

Ainsi, comme chacun sait, avant qu'un article ne soit publié dans une revue scientifique, il est donné à lire à des spécialistes qui ne connaissent pas l'auteur du texte, lequel ignore lui l'identité de ceux qui vont porter une appréciation sur son travail. Le comité éditorial de la revue décide ensuite de publier ou non l'article en fonction des appréciations qu'il a suscitées et des réponses de son auteur si des remarques critiques négatives ont été portées sur son travail.

Il serait possible de s'inspirer de ce mécanisme dans les affaires complexes, concernant des spécialités médicales à risques aggravés. **Ainsi, serait ouverte aux parties la possibilité de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert.** Bien entendu, le dossier serait anonymisé, l'identité de l'expert étant en particulier dissimulée. L'OA devrait vérifier la rigueur du raisonnement scientifique et en particulier le bien-fondé des données sur lesquelles l'expert s'appuie (« données acquises de la science » ; le bien-fondé des références scientifiques en relation avec l'affaire, etc.). **Cette possibilité aurait sans doute un effet préventif** : la qualité des expertises serait certainement et « spontanément » améliorée si les experts savaient que leurs travaux peuvent faire l'objet d'une lecture critique par un organisme spécialisé. **Ce mécanisme apparaît particulièrement justifié quand l'expert a été choisi hors liste, pratique devenue fréquente dans les CCI. (Proposition n° 12)**

À titre d'exemple, concernant l'obstétrique, **lors des débats plusieurs intervenants ont montré la difficulté d'interpréter un « rythme cardiaque fœtal (RCF) ».** Cette question avait été abordée dans un numéro récent du *JDSAM* dans lequel le constat suivant était fait : « les études conduites par les obstétriciens montrent que "l'interprétation des tracés de l'ERCF n'est pas simple. Cette technique s'est diffusée entre 1970 et 1980, sans consensus sur les critères de lecture et d'interprétation, ce qui explique que les "lecteurs-experts" ne soient totalement d'accord entre eux que dans 20 à 30 % des cas"²⁹. Cette incertitude a de graves

conséquences sur le plan judiciaire, comme le souligne un obstétricien qui travaille avec un des principaux assureurs de la responsabilité civile professionnelle médicale : « en pratique, l'analyse rétrospective d'un dossier par un expert devant les tribunaux n'est pas ou très peu reproductible et reste un avis qui, s'il est informatif, est malheureusement trop subjectif pour permettre une décision impartiale³⁰ ». ³¹

Pour prévenir ce type d'aléa, un OA pourrait être saisi par le juge ou la CCI à la demande d'une des parties afin de demander si l'interprétation du RCF qui est faite par l'expert est rigoureuse. L'avis de cette instance ne lierait pas le juge mais l'éclairerait sur la qualité de l'expertise.

Bien entendu, **le caractère contradictoire de la procédure devrait être garanti. Comme l'a écrit M. le Président Gillet,** « ce serait une belle et salubre manifestation du principe de contradiction que de voir une partie **soliciter du juge contrôleur de l'expertise qu'il enjoigne à l'expert de transmettre son rapport ou projet de rapport à une instance chargée de sa relecture.** Et ce juge statuerait après débat contradictoire devant lui. Et si quelqu'un veut contester le résultat de la relecture, il le fera valoir devant le juge du fond. Car celui qui tranche le litige est bien sûr le juge ».

4° **Les débats ont été également l'occasion de souligner le défaut de préparation des praticiens aux exigences du contradictoire pendant l'expertise médicale.** Bien souvent, les médecins libéraux mis en cause par des patients ne sont pas préparés à affronter ces situations auxquelles ils répondent de façon inappropriée, en paraissant même parfois, par maladresse, méconnaître la souffrance du patient. Les avocats des victimes se plaignent parfois du manque d'empathie de certains praticiens des hôpitaux publics qui rechignent à s'expliquer car ils savent que leur responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de « faute détachable du service », très rarement caractérisée. Or, il a été observé qu'il est fréquent que le comportement du praticien influe sur la décision du patient d'entamer une procédure ou non.

Lors des débats IDS/OA, les assureurs ont insisté sur l'effort qu'ils font pour offrir à leurs clients médecins une formation théorique et pratique, pour répondre aux exigences légitimes des patients. **Cependant, il paraît souhaitable que les praticiens soient préparés au cours de leurs études à devoir s'expliquer à l'occasion d'une expertise médicale. Des enseignements spécifiques et obligatoires devraient être généralisés à cet effet au sein des facultés de médecine. Ils seraient dispensés par des juristes, des psychologues et des experts habitués des procédures. (Proposition n° 13)**

30 - Xavier Carcopino, « valuation des experts en obstétrique français devant les tribunaux : ce que tout obstétricien devrait savoir », *Gynéco-online*, 16 févr. 2016.

31 - Sur le sujet, voir le dossier du numéro 19-2018 du *JDSAM*, revue de l'IDS [en ligne](#).

29 - Sabiani L, Le Du R, Loundou A, d'Ercole C, Bretelle F, Boubli L, Carcopino X. « Intra and interobserver agreement among obstetric experts in court regarding the review of abnormal fetal heart rate tracings and obstetrical management », *Am J Obstet Gynecol* 2015;213:856.e1-8

VI. / Déontologie et responsabilité des experts en responsabilité médicale

1./ Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles sur l'expertise judiciaire (2007)

Pour la conférence de consensus :

- « Il est de bonne pratique de **faire souscrire à l'expert, dans tous les cas, une déclaration d'indépendance**, sous la forme d'une attestation pré-rédigée qui lui sera envoyée par le greffe avec l'avis de désignation. L'expert indiquera, ou bien qu'il renonce à la mission qui lui est proposée, ou bien qu'il l'accepte. En cas d'acceptation, l'expert déclarera, soit purement et simplement qu'il est indépendant, soit qu'il est indépendant mais que dans un souci de transparence, il souhaite porter à la connaissance du juge et des parties des éléments d'information qu'il estime ne pas remettre en cause son indépendance » ;

- « **Il est de bonne pratique que le juge agisse avec réserve à l'égard des experts** » ;

Concernant « la désignation d'un expert hors liste », il était écrit qu' « elle impose des précautions particulières : il est nécessaire qu'il ait conscience qu'il devra respecter une "déontologie" et les règles de procédure civile visées sous les articles 233 à 248 et 273 à 285 NCPC. Il devra également pouvoir justifier d'une garantie d'assurance suffisante couvrant une éventuelle mise en cause de sa responsabilité civile résultant de la mission. **Dans le silence des textes, la nécessité d'une prestation de serment est controversée en jurisprudence. Le jury [de la conférence de consensus] recommande au juge de leur faire prêter serment.** L'expert nommé hors liste sera pour le reste soumis aux obligations communes à tous les experts et en particulier à la pratique de la déclaration d'indépendance ».

2./ Propositions du Médiateur (2009)

Sur le sujet, les recommandations du Médiateur étaient au nombre de trois :

- « **Exiger de l'expert qu'il déclare préalablement à chaque désignation l'absence de tout conflit d'intérêts et qu'il confirme sa compétence dans le domaine médical concerné par la mission** » ;

- « **Prévoir des règles de délocalisation (conduisant à faire appel à un expert en dehors de la juridiction de jugement) à la demande motivée d'une des parties** » ;

- « **Instaurer une incompatibilité légale entre les fonctions de médecin-expert judiciaire et de médecin-conseil d'une société d'assurance.** Il faut garder à l'esprit que les médecins-conseils sont dépendants de celui qui leurs confie une mission, et qui est également celui qui règle leurs honoraires. Les médecins-conseils de sociétés d'assurance doivent respecter les normes qui leur sont demandées et paraissent soumis à un contrôle particulièrement étroit qui

les rend peu susceptibles d'être perçus comme un expert impartial ».

3./ Propositions de la commission de réflexion sur l'expertise (2011)

Plutôt que de proposer de créer un code de déontologie destiné aux experts de justice, comme le souhaitait le Conseil national des compagnies d'experts de justice, ce qui soulèverait « de nombreuses difficultés liées d'une part à la légitimité de son auteur et d'autre part à la portée et à la sanction des obligations qu'il contient », alors surtout « que les experts judiciaires n'exercent pas une profession réglementée », la Commission préconisait de « **regrouper dans les textes applicables aux experts judiciaires les principales obligations déontologiques attachées à l'exercice de leur mission** », soit donc d'« insérer l'ensemble des principes déontologiques des experts sous l'article 22 du décret du 23 décembre 2004 ».

D'autre part, la commission recommandait « **de faire souscrire à tout expert désigné en justice une "déclaration d'acceptation de sa mission et d'indépendance"** », cette déclaration pouvant « être utilement complétée par une information donnée au juge et aux parties sur les délais et les coûts prévisibles de la mission confiée ainsi que sur la couverture d'assurance dont l'expert bénéficie ou non dans le cadre de son activité ».

4. / Propositions de l'Académie nationale de médecine (2011)

Le rapport de l'ANM s'est contenté de rappeler que « **l'indépendance de l'expert doit faire l'objet d'un contrôle** et peut donner lieu soit à une déclaration orale de principe devant les parties au cours de la réunion expertale (avec mention dans le rapport), soit plus rarement à une "déclaration publique d'intérêt" si la position personnelle de l'expert est susceptible d'ouvrir un conflit d'intérêts intellectuel ou financier suscitant un procès d'intention soldé par une récusation. De plus **tout manquement pourrait être sanctionné**, en application extensive de la loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé adoptée par l'Assemblée Nationale le 4 octobre 2011 et transmise au Sénat. En outre l'expert doit savoir se déporter selon les mêmes critères que le juge (art. 234 du code de procédure civile). Il doit être impartial, c'est-à-dire en dehors des parties ».

5. / Propositions exprimées lors du colloque Conseil d'État / Cour de cassation (2011)

Au cours de ce colloque, le Dr Philippe Biclet, avait préconisé, concernant les experts qui connaissent leurs confrères « objets de la procédure », qu'ils fassent preuve « avant tout d'une transparence totale » au moment de la réunion d'expertise, « **en exposant d'une manière extrêmement claire les conditions dans lesquelles ils**

ont connu les confrères défenseurs, de telle sorte qu'il n'y ait pas, après remise du rapport, ou au moment d'un dire, l'expression d'une critique qui serait tout à fait fondée si une des parties s'avérait surprise d'**une relation même tout à fait épisodique** entre l'expert et le défendeur ».

6./ Proposition de la Cour des comptes dans son rapport sur l'ONIAM/CNAMed (2017)

Pour la Cour des comptes, la CNAMed « devrait aussi s'assurer de la prévention des conflits d'intérêts dont les règles seraient à aligner sur celles de l'expertise sanitaire. Il convient en effet de **généraliser la publication des déclarations d'intérêts et de faire vérifier systématiquement par les présidents de CCI l'absence de liens d'intérêts avec l'une des parties ou avec l'ONIAM** ».

Les présidents des CCI ont réagi très vivement à cette recommandation de la Cour des comptes : pour eux, il n'est « **pas envisageable de confier aux présidents de CCI la vérification de l'absence de liens d'intérêts entre les experts et les parties**. En ce domaine, le système actuel est déclaratif. Les présidents de CCI n'ont ni les moyens ni le temps de procéder à de pareilles vérifications. Tout au plus peuvent-ils continuer, ainsi qu'ils le font déjà, à prévenir des conflits d'intérêts dont ils auraient connaissance en dessaisissant des experts si de telles incompatibilités viennent à leur être signalées ».

7. / Propositions tirées des réunions IDS/OA de 2018

1° Les débats ont été l'occasion de constater que les textes n'imposent toujours pas aux experts qui acceptent une mission de déposer à cette occasion une déclaration d'indépendance. Il s'agit d'une pratique mais elle n'est pas systématique. La conférence de consensus précitée la préconisait.

Cette déclaration d'indépendance paraît s'imposer concernant particulièrement les experts qui sont choisis hors liste, comme c'est le cas fréquemment dans les procédures CCI. Une prestation de serment ne semble pas suffisante car elle est trop générale. Pour cette raison au moins, les pouvoirs publics devraient rendre obligatoire le dépôt par l'expert d'une déclaration d'indépendance qui porterait très précisément sur son indépendance dans l'affaire particulière pour laquelle il accepte la mission. (Proposition n° 14)

2° Lors des débats, la question a été posée des conditions de prise en compte par les juges des expertises rendues par des praticiens qui travaillent occasionnellement pour le compte d'assureurs.

Une affaire récente permet d'illustrer le sujet. Ainsi, dans

l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, 1^{ère} ch. civ. 31 janvier 2017, n° 15/03882, les juges s'étaient prononcés en ces termes : « S'agissant du document émanant du professeur R. intitulé de façon non neutre "rapport critique sur les pièces du dossier médical et de l'expertise judiciaire fournis par le docteur J.", étant d'ailleurs observé qu'il ne s'agit pas d'une expertise, il est tout d'abord observé qu'il **se fonde sur les recommandations du Collège national des Gynécologues-Obstétriciens français - CNGOF- (auquel il participe) de décembre 2007 postérieures à l'accouchement** ; la critique du rapport d'expertise de la CRCI en ce qu'aurait été omis l'aspect pédiatrique est infondée puisque l'un des deux experts était un pédiatre ; en tout état de cause, il ressort des pièces produites par les consorts S que **le professeur R est lié via le groupe A. (association visant à défendre des médecins mis en cause dans des procédures) dont il est le médecin conseil au cabinet d'assurances B.**, assureur du docteur J., qui a refusé de reconnaître la responsabilité de celui-ci et de formuler une proposition d'indemnisation, de sorte que **son impartialité est, en dépit de sa qualité d'expert judiciaire, à tout le moins sujette à caution** ; le docteur R. est également lié au groupe Gynerisq évoqué ci dessous, avec lequel travaille également le cabinet B. qui le finance ».

Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation dans son arrêt Cass. civ. 1, 5 avril 2018, 17-15.620, publié au bulletin, en ces termes :

« Attendu que, pour rejeter la demande d'expertise judiciaire et condamner, sur le fondement du rapport d'expertise amiable, le praticien à indemniser les consorts X... et Y... ainsi que la caisse, au titre d'une perte de chance, subie par l'enfant à hauteur de 70 %, de ne présenter aucune séquelle ou de conserver des séquelles moindres, l'arrêt écarte les avis médicaux produits par le praticien, en retenant qu'ils se réfèrent à des recommandations du collège national des gynécologues et obstétriciens français édictées en décembre 2007, soit trois mois après la naissance de l'enfant, qui ne sont pas pertinentes, dès lors que les données acquises de la science doivent s'apprécier à la date de l'événement examiné ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'un professionnel de santé est fondé à invoquer le fait qu'il a prodigué des soins qui sont conformes à des recommandations émises postérieurement et qu'il incombe, alors, à des médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces recommandations, si les soins litigieux peuvent être considérés comme appropriés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 31 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; 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 Toulouse »

Cet arrêt de la Cour de cassation a été commenté par la

doctrine qui a concentré son attention sur le fait que la Haute juridiction judiciaire autorisait « l'invocation de données scientifiques postérieures au fait dommageable afin d'établir qu'aucune faute n'a été commise »³². Il s'agit certes d'une prise de position très importante de l'autorité judiciaire.

Cependant, la censure de la Cour de cassation a occulté en quelque sorte le fait que l'arrêt de la Cour d'appel mettait en cause l'impartialité d'un expert choisi par la défense au motif que ce dernier, bien qu'il fût professeur honoraire des universités et expert judiciaire, était lié :

- indirectement, *via* une association de défense des médecins, à l'assureur du médecin mis en cause, lequel assureur avait refusé de reconnaître la responsabilité de son client et de formuler une proposition d'indemnisation ;

- à un organisme agréé (OA) par la HAS, Gynérisq en l'espèce, qui aurait été financé par le cabinet d'assurance du praticien mis en cause.

L'arrêt est surprenant à bien des égards car **l'expert dont l'impartialité est mise en cause n'était pas l'expert judiciaire mais le médecin conseil du défendeur dont la « partialité » était donc « objective »**. Autrement dit, la Cour d'appel était mal venue de chercher à discréditer pour « impartialité » un expert choisi par une partie pour se défendre.

Au cours des débats IDS/OA, les avocats de patients ont indiqué qu'ils se trouvaient souvent confrontés à des expertises rendues par des praticiens qui travaillent occasionnellement avec des assureurs, ce qui serait de nature à faire douter de l'objectivité de ces expertises.

Pourtant, dans son arrêt Cass. civ. 2, 22 mai 2008, 08-10.314, publié au bulletin, **la Cour de cassation a jugé que « le fait qu'un expert ait réalisé des missions d'expertise pour des sociétés d'assurance ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise**, au sens de l'article 2 6° du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires ».

D'autre part, la caractérisation d'un lien d'intérêt entre un médecin mis en cause et l'expert qu'il a sollicité ne doit pas conduire le juge à écarter par principe l'expertise produite en défense. Autrement dit, **les arguments scientifiquement fondés ne doivent pas être récusés au seul motif qu'ils sont énoncés par un expert lié au praticien mis en cause**.

S'il n'est pas douteux qu'il faut exiger des experts sollicités par les parties une complète « transparence » sur leurs liens d'intérêt, comme pour les experts désignés par les juges ou les présidents de CCI, le risque existe que le vivier des experts compétents ne s'assèche si les juridictions et les CCI refusaient d'examiner

des arguments scientifiques uniquement parce qu'ils sont avancés par des médecins qui ont accepté d'effectuer des expertises pour des compagnies d'assurance. Pour reprendre la fameuse formule de Peguy sur « le Kantisme qui a les mains pures mais n'a pas de mains », le risque existe que les juridictions n'admettent plus que « **des chirurgiens aux mains pures** », excellents professeurs peut-être, mais qui seraient en réalité incompetents pour juger de la qualité d'opérations qu'ils n'auraient jamais réalisées eux-mêmes et dont ils méconnaîtraient les difficultés propres.

Il est donc proposé de rappeler que **le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre ni même examiner les arguments qu'il fait valoir. (Proposition n° 15)**

3° Les débats ont été également l'occasion d'évoquer des risques d'instrumentalisation des sociétés savantes.

Ainsi, un praticien peut se targuer auprès de la HAS ou des autorités chargées de l'inscrire comme expert (CNAMed ou cours d'appel) de réaliser régulièrement des communications devant une société savante, ce qui le légitime scientifiquement, puisqu'il paraît jouir alors d'une réelle notoriété, mais il ne fera pas état du fait qu'il y défend une « doctrine » qui ne fait pas consensus et qui peut même être critiquée par la majorité de ses pairs. L'exemple a été donné des débats qui existent dans les affaires de bébés secoués, concernant l'interprétation des signes cliniques qui permettent ou non de caractériser la répétition des violences : certains experts jouissent d'une autorité qui paraît incontestable aux yeux des magistrats alors que la majorité des autres experts contestent le parti-pris de leurs confrères qui refusent d'admettre que des signes cliniques peuvent traduire une évolution spontanée du cerveau après un secouement, sans qu'il y ait eu répétition des violences. Dans ces affaires, si le juge est finalement convaincu de l'évidence de la répétition des coups, alors qu'elle n'est qu'une hypothèse improbable, la sanction pénale sera bien plus sévère que dans l'hypothèse inverse.

Cet exemple montre que **les sociétés savantes et la HAS devraient insister sur les difficultés qu'elles rencontrent parfois pour définir les « données acquises de la science » et sur la nécessité pour les experts et les juges de tenir compte de la diversité des « doctrines » qui peuvent exister sur certaines questions médicales importantes**.

Il semble important de remettre en cause l'idée que **l'irénisme prévaudrait toujours entre spécialistes d'une même discipline**. Comme dans la doctrine juridique, et c'est normal, sur certains sujets importants il existe des « conflits d'Écoles » dans le domaine médical et il peut arriver que les expertises réalisées à la demande d'un juge ou d'une CCI soient, pour les tenants de telle ou telle thèse, l'occasion de la faire valider sans faire état des débats qu'elle suscite.

32 - Lydia Morlet-Haïdara, « L'appréciation des données acquises de la science au regard de recommandations émises postérieurement à l'acte dommageable », *JDSAM*, juillet 2018, pp. 66-69, [en ligne](#).

Certes, la Cour de cassation sanctionne le défaut d'impartialité d'un expert (v. par ex. Cass. civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-22.932) mais il s'agit d'hypothèses où le point de vue d'une des parties a été favorisé. Il est des cas différents où **l'expert privilégie une opinion scientifique mais sans intention de favoriser ou de pénaliser une partie, simplement parce qu'il se refuse à envisager une opinion contraire.**

Certes, selon la doctrine juridique, « l'information transmise par l'expert doit également comprendre les opinions auxquels l'expert n'adhère pas. Par conséquent, l'expert-médecin qui s'abstiendrait de mentionner certaines opinions scientifiques ou qui n'indiquerait pas clairement l'incertitude qui affecte ses propres conclusions violerait l'obligation d'information dont il est tenu à l'égard du décideur et engagerait donc sa responsabilité civile à l'égard des personnes lésées par cette carence »³³. Mais ce principe reste parfaitement théorique concernant les expertises rendues à l'occasion d'un contentieux entre un patient et le praticien qui l'a soigné.

Et, parfois, l'omission des opinions scientifiques contraires à celles de l'expert ne résulte pas d'une intention de sa part mais de **son ignorance de l'existence d'hypothèses explicatives alternatives** qui n'apparaissent alors que tardivement dans le procès...

4° Les débats IDS/OA ont été l'occasion d'évoquer la responsabilité des experts dont l'incompétence se révèle tardivement.

Ainsi, lors des débats IDS/OA a été rappelée « l'affaire Hayum », dont la Presse a rendu compte³⁴, concernant un obstétricien qui avait été condamné pénalement et civilement sur la base de **quatre expertises** non documentées mais qui émanaient d'experts près la Cour de cassation, lesquels avaient estimé que la pathologie cérébrale dont souffrait l'enfant résultait d'un retard de césarienne alors qu'une expertise ultérieure a démontré qu'il s'agissait d'une anomalie congénitale, hypothèse que les experts près la Haute juridiction judiciaire n'avaient pas du tout envisagée.

De la mésaventure de son client, l'avocat du Dr Hayum, Me Jérémie Balzarini, avait tiré la leçon selon laquelle « **lorsqu'un expert éminent donne, au début d'une affaire, un avis, les autres n'osent jamais le contredire** ». Ce point de vue a été partagé par des avocats qui participaient aux débats IDS/OA.

Un représentant du Conseil de l'Ordre des médecins a rappelé qu'il était possible de sanctionner disciplinairement les experts fautifs.

En effet, en application du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, un expert inscrit qui « a contrevenu aux lois et règlements relatifs à sa profession ou **à sa mission d'expert, ou manqué à la probité ou à l'honneur**, même pour des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées » **peut faire l'objet de poursuites** par le procureur général près la cour d'appel ou le procureur général près la Cour de cassation, devant l'autorité ayant procédé à l'inscription statuant en formation disciplinaire. **La sanction consistera en une radiation de la liste des experts**, sachant que « la radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste dressée par une cour d'appel » et que « la radiation d'un expert d'une liste dressée par une cour d'appel emporte de plein droit sa radiation de la liste nationale » (article 30 du décret). Mais la sanction n'entraînera pas la suspension du droit à exercer la médecine.

D'autre part, la suspension d'un expert médecin pourrait être obtenue sur la base du **décret n° 2014-545 du 26 mai 2014 « relatif aux procédures de contrôle de l'insuffisance professionnelle** et aux règles de suspension temporaire des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des infirmiers, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues ». Les dispositions de ce décret ont été codifiées aux articles R 4124-3-5 et s CSP. Ainsi, « **en cas d'insuffisance professionnelle rendant dangereux l'exercice de la profession** », un conseil régional ou interrégional, saisi par le directeur général de l'agence régionale de santé ou par une délibération du conseil départemental ou du conseil national, peut prononcer la suspension temporaire, totale ou partielle, du droit d'exercer d'un praticien, pour une période déterminée, qui peut, s'il y a lieu, être renouvelée. Cependant, comme Me Ghazia l'a souligné dans sa thèse précitée, « il appert que la jurisprudence ne retient en pratique » à l'encontre de l'expert « que des fautes caractérisées ou grossières ».

D'autre part et surtout, **la crainte des poursuites pourrait conduire à une crise des vocations expertales**, comme c'est déjà le cas dans les spécialités médicales à risques aggravés, telles que l'obstétrique.

Aussi, plutôt que d'envisager une politique répressive plus sévère, sans doute vaudrait-il mieux appliquer les réformes envisagées au cours des débats IDS/OA, afin de :

- privilégier le contrôle de la qualité des expertises au cours des procédures juridictionnelles et CCI ;
- et d'exploiter systématiquement les expertises médicales pour en tirer des recommandations de bonne pratique, de nature à réduire les risques.

33 - Amel Ghazia, *op. cit.* p. 458

34 - Sandrine Blanchard, « Un médecin est lavé d'une faute après vingt ans de procédure. Un obstétricien avait été condamné pour avoir tardé à pratiquer une césarienne, en 1984, ce qui était supposé avoir provoqué un handicap. En 2005, une cause congénitale est retenue », *Le Monde*, 13 mars 2006, [en ligne](#) ; *La Dépêche*, « Le gynéco blanchi 16 ans après », [en ligne](#).

Liste des participants de la réunion du 29 mai 2018

Docteur Pierre Assié Médecin, Expert près la Cour d'Appel de Montpellier ; Madame Valérie Blanchet, Magistrate, Présidente de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation de l'Île de France ; Madame Perrine Bouvy, Directrice Défense et Indemnisation - Cabinet Branchet ; Docteur Patrick Fournet, Gynécologue-obstétricien, Expert près la cour d'appel de Rouen. Expert inscrit sur la liste des experts en accidents médicaux près la CNAMed. Président de la Commission Expertise-Information du CNGOF ; Maître Amel Ghozia, avocate au barreau de Paris, docteur en droit privé, chercheur associé à l'Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes) et à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politique de la santé (Université de Montréal). ; Monsieur Jean-Louis Gillet, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation ; Docteur Xavier Gouyou-Beauchamp, Chirurgien orthopédiste libéral, Secrétaire général de l'Union des chirurgiens de France et du BLOC ; Maître Georges Lacoeyllhe, Avocat au barreau de Paris ; Madame Marianick Lambert, Administratrice de France Asso Santé - Avocat honoraire - Membre de la CCI d'Île de France, de la CNAMed et du COR de l'ONIAM Docteur Jean-Pierre Laplace, Gynécologue obstétricien en établissement privé. Président de Gynerisq ; Madame Béatrice Le Nir, Juriste, Coordinatrice Gynerisq ; Docteur Gérard Lonlas, Gynécologue obstétricien, Expert judiciaire près la Cour d'appel d'Orléans et la Cour administrative d'appel de Nantes. Président de la Compagnie des experts judiciaires près la Cour d'appel d'Orléans et le Tribunal administratif ; docteur Jean Marty, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq. Ancien Président du SYNGOF ; Madame Sandrine Mauchamp Juriste, Direction juridique SHAM ; Madame Lydia Morlet, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes - Vice-Doyen de la Faculté de droit - Membre de l'Institut Droit et Santé ; Docteur Gérard Nitenberg, Ancien Chef du Département d'Anesthésie-Réanimation et Pathologie Infectieuse de l'Institut Gustave Roussy - Ancien Directeur Médical Exécutif de l'Institut Gustave Roussy ; M. Rémi Pellet, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris - Institut Droit et Santé, Inserm UMRS 1145 ; Maître Grégory Pilliard, Avocat à la Cour (Toulon) ; docteur Alain Proust, Gynécologue-Obstétricien. Secrétaire de Gynerisq. Membre du Comité National d'Etudes de la Mortalité Maternelle. Maternité des Vallées-Hôpital Privé d'Antony ; Maître Soledad Ricouard, Avocat à la Cour ; Monsieur Florian Roussel, Maître des requêtes au Conseil d'État ; Monsieur Simon Taylor, Maître de conférences HDR - Université Paris Diderot - Institut Droit et Santé ; docteur Jean Tourres, Gestionnaire de l'organisme agréé d'accréditation CFAR (Collège Français d'Anesthésie Réanimation), co responsable de la commission accréditation du CFAR et Expert accréditation HAS/CFAR

Liste des participants à la réunion du 10 juillet

Madame Linda Aouar, Conseillère Affaires Juridiques et Contentieux, Direction Générale, APF France handicap. Membre titulaire de la CNAMed ; docteur Guy Bercau, Médecin expert ; Maître Claudine Bernfeld, Avocat à la Cour, Barreau de Paris. Spécialiste de droit du dommage corporel. Présidente de l'ANADAVI. Association nationale d'avocats de victimes de dommages corporels ; Maître Frédéric Bibal, Avocat à la Cour. Spécialiste de droit du dommage corporel. Membre de l'association nationale des avocats de victimes ; Madame Valérie Blanchet, Magistrate, Présidente de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation de l'Île de France ; Professeur Léon Boubli, Chef de pôle en obstétrique du cabinet Branchet ; Maître Amélie Chiffert, Avocat Associé à Paris ; Madame Isabelle Comparato, Juriste en médico-légale. Cabinet Medirisq ; Professeur Henry Coudane, PU-PH, Professeur de médecine légale et droit de la Santé. Chirurgien des Hôpitaux. Expert agréé par la Cour de Cassation ; Dr Denis de Valmont, Médecin conseil, Responsable du Marché des Professionnels de Santé - SHAM ; Docteur Jean-Marc Dumeix, Secrétaire général du CFAR. En charge de l'accréditation en équipe ; Docteur Thierry Faillot, Neurochirurgien ; Docteur Serge Favrin, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq ; Professeur Benoit Funalot, Généticien ; Maître Amel Ghozia, Avocate au barreau de Paris, docteur en droit privé, chercheur associé à l'Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes) et à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politique de la santé (Université de Montréal) ; Monsieur Jean-Louis Gillet, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation ; Docteur Cédric GROUCHKA

Membre du Collège de la Haute Autorité de Santé (HAS). Président de la Commission des Stratégies de Prise en Charge ; Docteur Philippe Hubinois, Chirurgien viscéral. Expert près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation, expert près les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles, inscrit sur liste de la CNAMed. Membre titulaire de la CNAMed ; Madame Marianick Lambert, Administratrice de France Asso Santé - Avocat honoraire - Membre de la CCI d'Île de France, de la CNAMed et du COR de l'ONIAM ; Madame Béatrice Le Nir, Juriste, Coordinatrice Gynerisq ; Docteur Didier Legeais, Vice-Président du Syndicat des Médecins de l'Isère. Président du Syndicat National des Chirurgiens Urologues Français. Membre du CA de l'Association Française d'Urologie. Membre associé de l'Académie de chirurgie. Vice-Président du Conseil Départementale de l'Ordre de l'Isère. Elu URPS Rhône-Alpes. Membre de la Commission Paritaire Locale. Ancien Président de l'ISNIH, INSCCA. Ancien VP de l'Union des Chirurgiens de France. DG du cabinet Médirisq. Directeur médical de la compagnie Panacéa ; Madame Marie Legrand, Ingénieur hospitalier chargé de la qualité et de la gestion des risques au sein de trois établissements (un centre hospitalier et 2 Ehpad) ; Docteur Jean-Jacques Lehot, Expert anesthésiste ; Monsieur Sébastien Leloup, Directeur Général de l'ONIAM ; Professeur André Lienhart, Vice-président de la CNAMed ;

Docteur Jean Marty, Gynécologue obstétricien, Expert Gynerisq, Ancien Président du SYNGOF ; M. Bertrand Millat, Professeur émérite Montpellier I. Président délégué de la Fédération de Chirurgie Viscérale et Digestive. Président du Conseil Scientifique de la CNAM ; Docteur Etienne Mireau, Neurochirurgien-Médecin Légiste - Expert près la cour d'appel de Versailles - Hôpital Foch- Suresnes ; Professeur Israël Nisand, Gynécologue Obstétricien. Président CNGOF ; M. Rémi Pellet, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris - Institut Droit et Santé, Inserm UMRS 1145 ; Docteur Emmanuelle Pianta D'Ingrado, Médecin conseil au siège de Sham, ancienne chirurgienne viscérale ; Professeur Claude Racinet, Expert honoraire près la Cour d'Appel de Grenoble ; Monsieur Florian Roussel, Maître des requêtes au Conseil d'État ; Monsieur Simon Taylor, Maître de conférences HDR - Université Paris Diderot - Institut Droit et Santé ; Docteur Jean Thévenot ; Président De l'Ordre des Médecins 31 - Président du PASS (Programme Aide Solidarité Soignants).

Réactions

Valérie Blanchet

Magistrat, présidente de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation pour l'Île de France

Jean Trotel

Président de la CNAMED, premier président honoraire de la Cour d'appel de LYON

Paris, le 4 octobre 2018

Monsieur le Professeur,

La Commission Nationale des Accidents Médicaux représentée par le Professeur Alain LIENHART, son vice-président, et par le docteur Philippe HUBINOIS, ainsi que la Commission de Conciliation et d'Indemnisation pour l'Île de France représentée par sa présidente ont participé avec grand intérêt aux réunions de travail des 29 mai 2018 et 10 juillet 2018 ayant précédé le colloque du 12 octobre 2018, qui est l'occasion, pour chacun d'entre nous, d'exprimer son point de vue sur votre synthèse relative aux propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale, dont vous êtes l'auteur, et qui, comme vous l'indiquez « *ne saurait engager les participants* ».

Nous souhaiterions apporter notre contribution et vous faire part de nos observations à la suite de sa diffusion.

I - Sur la formation des experts en responsabilité médicale

Vous rappelez que pour être inscrit sur une liste d'experts de cour d'appel, le médecin doit avoir obtenu un diplôme de réparation juridique du préjudice corporel et justifier d'une formation continue organisée par les compagnies d'experts. Vous la critiquez au motif qu'elle serait « *inintéressante et ne portant que sur le droit des procédures expertales et non sur une dimension scientifique* ».

Dans la **proposition n° 1**, vous suggérez « *pour les disciplines médicales à risques aggravés listés à l'article D4135-2 du CSP, de rendre obligatoire leur participation à des séances de formation au sein des organismes agréés par la HAS... Les organismes agréés seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise en lien avec leur spécialité afin de les exploiter scientifiquement pour former des formateurs ou dispenser directement des formations aux candidats à l'inscription sur les différentes listes d'experts médicaux* ».

Vous proposez de faire intervenir les organismes agréés par la HAS et les sociétés savantes dans le processus de certification de la formation des experts en responsabilité médicale au lieu et place de la CNAMED qui serait défaillante dans sa mission de former les experts.

La formation initiale et continue des experts est assurée actuellement par les compagnies des experts qui font intervenir des praticiens, des magistrats, des experts, des avocats...

Contrairement à ce que sous-entend votre proposition, le savoir technique ou scientifique n'est pas suffisant pour être un bon expert. Selon la formule du Président Pierre DRAI, l'expert est en effet un « *amicus curiae* », il est l'homme de l'art, riche de ses compétences et de ses savoirs. Mais il est aussi celui en qui le juge place sa confiance et il lui emprunte les exigences déontologiques d'indépendance et d'impartialité.

La formation à l'expertise ne peut se limiter à un aspect scientifique ou technique. L'expert doit en effet recevoir une formation sur ses obligations déontologiques et sur les règles de procédure relatives au principe du contradictoire, à l'indépendance, à la neutralité, à l'impartialité dans sa dimension subjective et objective. L'indépendance, la neutralité et l'impartialité sont des exigences qui sont traitées dans les chartes de déontologie élaborées par les compagnies des experts parce qu'elles sont les composantes essentielles du procès telles qu'imposées par les dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et participent de la qualité de l'expertise.

Votre proposition de confier à des sociétés savantes ou agréées par la HAS une mission de formation portant essentiellement sur la dimension scientifique n'apparaît donc pas satisfaisante.

La CNAMED ne dispose d'aucun moyen budgétaire pour assurer elle-même la formation des experts inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et sa mission, délimitée par le législateur à l'article L1142-10 du CSP, consiste à « *contribuer* » à cette formation. Son objectif est de repérer des organismes ou des structures universitaires qualifiées présentant des garanties d'indépendance pour contractualiser avec eux la mise en œuvre d'une formation de haut niveau adaptée aux besoins des experts.

S'agissant par ailleurs de la communication des rapports anonymisés, à but scientifique, elle se heurte à l'article 247 du CPC et votre référence à l'affaire « *Hayum* » du nom du praticien mis en cause, montre qu'il est très difficile de sauvegarder le secret médical qui doit protéger l'ensemble des parties.

La transmission systématique des rapports d'expertise conférerait à des OA un droit de regard, un pouvoir d'appréciation et de contrôle des rapports. Cette proposition

est particulièrement inquiétante surtout si elle est rapprochée de la proposition n° 3 qui consisterait à conférer aux OA le pouvoir de présélectionner les candidatures des experts pour leur inscription sur les listes des juridictions et de la CNAMED.

II – Le mode de sélection des experts

Dans la **proposition n° 2**, vous suggérez d'associer dans les cas complexes le médecin expert qui ne pratique plus la spécialité médicale, à un médecin expert praticien de la discipline, tous deux étant co-signataires du rapport d'expertise.

Cette proposition a son intérêt.

Vous n'avez pas repris dans votre synthèse les échanges sur les conditions d'âge pour figurer sur les listes d'experts judiciaires et CNAMED. Lors des débats, il a été relevé que la condition d'âge pour être inscrit sur une liste d'experts judiciaires était de 70 ans alors que pour être inscrit sur la liste de la CNAMED il convenait de ne pas avoir cessé son activité depuis plus de deux ans avant la date de la demande d'inscription. Votre synthèse pourrait utilement préconiser un alignement de la condition d'âge à 70 ans pour l'ensemble des listes d'experts.

Vous indiquez que le dispositif propre au système CCI/CNAMED est « *théoriquement plus rigoureux, mais en pratique plus laxiste* » que celui appliqué par les juridictions judiciaires ou administratives, puisqu'en réalité les CCI font appel à des experts CNAMED non formés et aux experts hors liste.

Cette affirmation est contredite par les chiffres tirés du bilan d'activité de l'ONIAM. En 2017, les CCI ont ordonné 3.718 expertises dont 53 % en collégialité. Sur la totalité des experts auxquels les CCI ont eu recours, 25 % d'entre eux sont hors liste et cette pratique est autorisée par l'article L1142-12 du CSP. Dans 75 % des cas, l'expertise est confiée à un ou plusieurs experts inscrits sur la liste élaborée par la CNAMED, par une Cour d'appel ou encore par la Cour de cassation. La désignation d'un expert non inscrit répond souvent à la nécessité de disposer d'un avis dans une spécialité très pointue et il intervient, dans la majorité des cas, en collégialité avec un expert inscrit sur une liste. Il s'ensuit que le recours à un seul expert hors liste reste « *exceptionnel* », au sens de l'article L1142-12 du CSP.

Dans la **proposition n° 3**, vous proposez « *pour les spécialités médicales à risques aggravés... de conditionner l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts des juridictions et ou de la CNAMED à l'examen préalable des candidatures par les institutions compétentes dans la spécialité : compagnies d'experts, organisme agréé par la HAS, société savante* ».

Cette proposition reviendrait, pour les experts inscrits sur la liste de la Cour d'appel, à retirer au procureur de la république son pouvoir d'instruction des demandes initiales et de renouvellement, et à l'assemblée générale

des magistrats de la Cour, son pouvoir de les apprécier. Pour les experts inscrits sur la liste de la CNAMED, instance collégiale et indépendante placée auprès du Garde des Sceaux et du Ministre de la Santé, composée de praticiens et d'experts de haut niveau, présidée par un magistrat honoraire, cette proposition lui retirerait le pouvoir qui lui a été reconnu par la loi du 4 mars 2002 de dresser la liste des experts spécialisés en matière d'accidents médicaux, d'infections nosocomiales et d'affections iatrogènes. Les OA ou associations professionnelles n'interviendraient pas pour émettre un avis sur la candidature, mais assureraient ainsi un premier filtrage des candidatures, une sélection des candidats selon des critères non définis.

Une telle proposition méconnaît totalement ce qui fait la valeur de l'engagement de ceux qui demandent à être inscrits sur une liste d'experts judiciaires ou sur la liste de la CNAMED : leur indépendance, qui est un des critères d'appréciation de la demande d'inscription.

Dans le système actuel, l'assemblée générale de la Cour d'appel, comme la CNAMED veillent aux diplômes universitaires, aux expériences professionnelles, à la connaissance de la technique de l'expertise, à la réputation professionnelle en interrogeant l'Ordre, vérifient l'adhésion à des associations professionnelles, se fondent sur les diplômes professionnels obtenus, les publications, les prix, les cours et expériences d'enseignement... Ces éléments constituent des garanties d'une reconnaissance publique de compétence et de moralité qui sont appréciés par des instances indépendantes et dont la composition garantit à la fois la compétence et l'intégrité.

L'article 6- 3° du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires prévoit déjà que le demandeur peut apporter la justification de sa compétence dans sa spécialité et l'avis de la compagnie d'expert ou de la société savante à laquelle il appartient peut déjà utilement être produit. Il convient également de préciser que les Cours d'appel sollicitent les avis des juridictions et que leurs représentants participent avec voix consultative à l'examen des demandes d'inscription et de renouvellement. Les présidents des CCI sont également consultés par la CNAMED sur les demandes de renouvellement d'inscription.

En tout état de cause, une telle proposition apparaît à contre-courant des réflexions actuelles qui ont conduit à l'élaboration en 2015 d'un Guide des Bonnes Pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne, l'Institut Européen de l'expertise ayant considéré que dans le cadre de l'inscription ou du renouvellement de l'inscription, il appartenait à l'expert de prouver qu'il satisfait à des critères qui doivent être vérifiés par une autorité judiciaire, ou indépendante ou encore par un ordre professionnel.

Dans la **proposition n° 4**, vous suggérez que les avis exprimés par les institutions préalablement consultées soient accessibles aux parties intéressées. Nous avons donné notre avis sur le mérite d'une telle proposition.

Dans vos développements, vous semblez relever une

contradiction entre le fait que des experts n'auraient pas été inscrits sur une liste de Cour d'appel mais l'auraient été sur la liste de la CNAMED. Une telle contradiction n'est qu'apparente. L'inscription sur la liste de la Cour d'appel est faite « *en tenant compte des besoins des juridictions de son ressort dans la spécialité sollicitée* » de sorte que loin de traduire une différence d'appréciation sur ses mérites selon les instances, un expert peut se voir refuser son inscription par la Cour parce que le nombre d'experts dans sa spécialité est suffisant pour répondre aux besoins de la Cour, mais être inscrit sur la liste nationale de la CNAMED.

III – L'évaluation de la qualité des expertises

Dans la **proposition n° 5**, vous suggèrerez de rendre obligatoire pour les disciplines médicales à risques aggravés la transmission des expertises aux organismes agréés par la HAS. Ils se chargeraient de les anonymiser et les exploiteraient ensuite scientifiquement dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins, à condition que le statut de ces organismes évoluent et ne se présentent plus comme « *des instances de défense des médecins* ».

Il n'est pas possible en l'état actuel de la législation que des rapports d'expertise soient communiqués de manière non anonymisée à des organismes agréés par la HAS qui sont, de votre propre aveu, « *des instances de défense des médecins* ». Une telle pratique créerait un risque de pression vis-à-vis des experts alors que le système doit au contraire protéger et garantir leur neutralité et les préserver de toute pression ou influence de quelque nature que ce soit.

Les garanties actuelles sous la forme du serment dans le rapport remis à la CCI sont renforcées par l'exigence du dépôt de la déclaration d'intérêt remise à l'ONIAM dans le cadre de la convention qui lie cet établissement public aux experts.

Dans la **proposition n° 6**, vous suggérez pour « *lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA du fait de leur présentation maladroite, de renforcer leurs liens avec la HAS, les associations de patients et les sociétés savantes afin que les recommandations de ces organismes puissent être adoptées dans des conditions de parfaite objectivité pour être qualifiées sans réserve de données acquises de la science* ».

Les recommandations des OA ont une autorité relative, appréciée à l'aune de leur statut, que chacun peut consulter.

Par exemple, il ressort des statuts de GYNERISQ et de son site internet que cet OA « *mobilise aussi ses moyens pour défendre notre communauté professionnelle dans le domaine de la responsabilité, collectivement et individuellement...*

- ... *constitution d'un fonds de références d'articles qui sont accessibles par le moteur de recherche du site.*

- *nous poursuivons le lobbying et l'accompagnement en faveur des confrères injustement menacés de ruine pour des sinistres graves déclarés entre 2002, année du coup de force des*

assureurs, et 2012 année où nous avons obtenu le FAPDS.

- *A la demande des accrédités, GYNERISQ produit des avis collégiaux sur les aspects médicaux des expertises judiciaires qui vous accablent. Lorsque GYNERISQ a pu démontrer que ces expertises ne se fondaient pas sur les données médicales en vigueur, les avis utilisés par les défenseurs ont souvent aidé à rétablir les situations judiciaires ».*

Il s'évince de cette présentation que cet OA poursuit une mission de défense de ses membres faisant l'objet de procédures et qu'il agit ainsi en qualité d'expert de partie ou de médecin conseil.

Cette activité, qui ne fait pas l'objet d'une « *présentation maladroite* », mais au contraire assumée, est utile à la défense de ses membres mais n'est pas comparable avec celle de l'expert judiciaire qui doit, pour sa part, présenter des qualités attendues de loyauté envers le juge et toutes les parties. L'expert judiciaire n'est le conseil d'aucune des parties et son indépendance, son impartialité et sa neutralité constituent des obligations essentielles et garantissent les conditions du procès équitable.

Par ailleurs, les OA sont investis dans une démarche qui vise à améliorer la qualité de soins proposés et participent au développement d'une culture de sécurité.

Cette dimension est étrangère à la finalité première de l'expertise médicale judiciaire ou en CCI qui vise à rechercher l'existence éventuelle d'un manquement aux règles de l'art ou aux bonnes pratiques, un défaut d'organisation ou un dysfonctionnement dans le service, et à déterminer les préjudices strictement en lien avec ces manquements. L'expertise judiciaire ou en CCI a pour finalité d'éclairer le juge ou la CCI sur une question de fait qui requiert la lumière d'un technicien dans le cadre d'une action en responsabilité pouvant conduire à une indemnisation.

Elle ne s'inscrit pas dans la même temporalité que l'analyse d'un risque qui se serait réalisé : l'expertise est en effet souvent sollicitée des mois voire des années après un accident médical allégué, alors que l'analyse d'un événement indésirable grave nécessite une analyse immédiate suivie le cas échéant de mesures pour éviter qu'il ne se reproduise.

La **proposition n° 7** relative à la composition de la CRIS n'appelle pas d'observations particulières.

IV- La définition de la mission de l'expert

Dans la **proposition n° 8**, vous suggérez que les experts devraient se justifier lorsqu'ils acceptent une mission et ils pourraient être tenus de répondre aux arguments des parties qui mettent en doute sa compétence sur des aspects particuliers de l'affaire. Il y aurait ainsi un débat sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission, le juge ou le président de CCI prenant sa décision finale au terme des échanges contradictoires.

L'obligation de justifier de sa compétence pour un expert

inscrit et désigné dans sa spécialité n'est pas justifiée, son inscription faisant présumer sa compétence dans son domaine. Cela dit, il est fréquent que les juges tiennent compte des suggestions des parties dans le choix des experts. En CCI, comme devant le juge des référés, les experts pressentis se voient généralement présenter les circonstances globales de l'affaire et sont libres d'accepter ou non la mesure en fonction des faits, des parties mises en cause et de leur disponibilité.

Ensuite, en CCI, comme devant les juridictions, les parties peuvent toujours demander en application de l'article 234 du code de procédure civile la récusation de l'expert pour manque d'indépendance, pour un défaut d'impartialité ou pour manque de compétence dans le domaine dont la connaissance serait nécessaire à la mesure. Cette dernière exigence est à rapprocher de l'article 70 du Code de Déontologie qui dispose que « *le médecin ...ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* ».

Dans la **proposition n° 9**, vous suggérez qu'il soit fait obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations en référence à la méthodologie utilisée par la HAS.

Il arrive dans de nombreux cas qu'aucune recommandation ne soit en vigueur au moment des faits donnant lieu à réclamation, il n'est donc pas possible de systématiser cette proposition. Mais il est indispensable que l'expert motive son avis. Il est essentiel qu'il cite la littérature scientifique sur laquelle il le fonde et en présence de plusieurs avis possibles, ou d'opinions contraires, il doit y répondre et les évaluer.

Dans la **proposition n° 10**, il est proposé de rendre plus fréquent le recours à l'interrogation orale de l'expert après le dépôt de son rapport. Cette possibilité est prévue par les articles 245 du CPC et R1142-16 du CSP pour les CCI. Elle mérite d'être davantage utilisée.

Dans la **proposition n° 11**, vous suggérez que la loi rende obligatoire le dépôt d'un pré-rapport.

Devant les juridictions civiles, les missions prévoient, en grande majorité, le dépôt d'un pré-rapport. Devant la CCI - commission administrative chargée de rendre des avis destinés à faciliter le règlement amiable du litige- le pré-rapport n'est pas utilisé, à quelques exceptions près, pour des motifs tenant essentiellement au court délai de 6 mois qui lui est imparti pour rendre un avis.

La pratique consistant pour les experts à offrir aux parties la possibilité de leur faire part de leurs observations dans un court délai avant la rédaction du rapport afin qu'ils y répondent dans le corps de leur rapport doit être encouragée. En outre, après le dépôt du rapport, la séance de la commission est un moment où chaque partie peut s'exprimer sur la qualité des conclusions du rapport et si les contestations élevées par une ou les parties lui paraissent suffisamment sérieuses et motivées, elles peuvent justifier

une contre-expertise.

Dans la **proposition n° 12**, vous évoquez la possibilité qui serait offerte aux parties de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert... ce mécanisme serait particulièrement justifié quand l'expert choisi est hors liste, pratique devenue « *fréquente* » dans les CCI.

Il s'évince des statuts mêmes des OA qu'ils ne sont pas des instances présentant des garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité puisqu'ils ont notamment pour objet d'assurer la défense de leurs membres et il n'est dès lors absolument pas envisageable de lui confier la « révision ou la relecture » d'un rapport.

Un tel projet ne saurait se justifier au motif que les CCI auraient recours à des experts hors liste... En effet, les statistiques démontrent que ce recours reste exceptionnel et que les experts choisis hors liste interviennent la plupart du temps en collégialité avec d'autres experts inscrits. En outre, ils déclarent sur l'honneur n'avoir aucun lien direct ou indirect avec les parties et de nature à porter atteinte à l'objectivité dont ils doivent faire preuve dans le cadre de leur mission et ils remplissent une déclaration d'intérêts.

Par ailleurs, les opérations d'expertise ordonnées par le juge ou la CCI se déroulent au contradictoire des autres parties et chacun peut s'exprimer et faire valoir son point de vue. L'article 276 du CPC, applicable aux instances judiciaires et aux CCI, précise déjà que l'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties et lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Le temps de l'audience ou de la séance de la Commission constituent un autre moment où chacun peut s'exprimer et critiquer le rapport. Il n'est pas possible compte tenu précisément du statut des OA qu'ils puissent apprécier la qualité de la méthodologie ou de la motivation retenue par l'expert désigné par une juridiction ou par une CCI alors que cette mesure est précisément confiée à un auxiliaire de justice dont le mode de désignation tend à s'assurer de ses qualités professionnelles, déontologiques et éthiques.

En cours de mesure et après le dépôt du rapport, il appartient au juge ou à la CCI qui a ordonné la mesure, et à eux seuls, de contrôler la manière dont se déroulent ou se sont déroulées les opérations d'expertise. Ce pouvoir de contrôle a pour pendant nécessaire le pouvoir de sanction qui est dévolu à la Cour d'appel et à la CNAMED.

Il n'est donc ni souhaitable, ni envisageable de confier aux OA la charge de réaliser une lecture critique des rapports dans lesquels les experts expriment leur avis, donnent les réponses qui leur semblent s'imposer en l'état de leur art aux questions techniques que leur pose le juge ou le président de la CCI.

Il convient de rappeler qu'en application de l'article 256 du CPC, le juge peut toujours charger une personne qu'il commet de lui fournir une consultation sur une question purement technique, à tout moment. Il lui est donc loisible d'entendre le point de vue d'un autre expert sur une question

technique particulière.

La **proposition n° 13** relative à la formation des praticiens à l'expertise médicale est tout à fait justifiée.

IV- Déontologie et responsabilité des experts

La **proposition n° 14** vise à rendre obligatoire le dépôt par l'expert d'une déclaration d'indépendance qui porterait très précisément sur son indépendance dans l'affaire particulière dans laquelle il accepte la mission.

Cette déclaration existe déjà et est faite à titre liminaire dans les rapports d'expertise en CCI. Par ailleurs, les experts désignés par les CCI établissent une déclaration d'intérêt.

La **proposition n° 15** consiste à rappeler que le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre, ni même examiner les arguments qu'il fait valoir.

On voit mal tout d'abord sous quelle forme pourrait être envisagé un tel rappel. Quoi qu'il en soit, le médecin conseil d'une partie est le conseil de son client, il est sinon partial du moins partisan parce que précisément il est le conseil de son client. Il prend nécessairement parti dans le procès. C'est ce qui le différencie de l'expert judiciaire qui émet un avis qui ne doit pas être pollué par un doute sur son objectivité ou sur une influence favorisant tel ou tel des intérêts en présence.

Dans le Juste, Paul Ricoeur considère que les institutions doivent réussir à établir un juste partage entre chaque membre de la société et réussir à coordonner deux aspects : d'une part, lorsqu'elles séparent en rendant à chacun sa part et en établissant que la part de l'un n'est pas la part de l'autre ; d'autre part, lorsque, tout en partageant, elles contribuent à reconnaître la part de chacun.

Il nous semble que le rôle de l'expert est de prendre parti par les réponses qui lui semblent s'imposer en l'état de son art en les motivant, qu'un rapport d'expertise répond à ses objectifs lorsque l'expert a fait preuve d'indépendance, d'impartialité et de neutralité et que chaque partie trouve « *sa part* » dans les réponses qu'il apporte.

Il y aura toujours des expertises dont la qualité sera jugée insatisfaisante, mais le discours qui consisterait à déprécier par principe la qualité des expertises judiciaires et des CCI est absolument injuste et ne correspond pas à la réalité rencontrée par ceux qui, au quotidien, traitent du contentieux de la responsabilité médicale.

La difficulté à recruter des experts existe et doit sans doute être recherchée dans la charge de travail qui pèse sur les professionnels de santé qui hésitent à s'engager, mais aussi dans le fait qu'ils ont conscience que l'art de l'expertise est exigeant, rigoureux et qu'il faut aussi savoir faire preuve de courage dans ses avis. Elle est aussi liée au fait que la rémunération versée est sans commune mesure avec les rétributions offertes par les compagnies d'assurance aux experts de partie, qui trouvent donc un avantage financier à

choisir d'intervenir plutôt comme médecin conseil.

Comme l'a déjà indiqué le Professeur LIENHART, ce colloque devrait être l'occasion pour les membres des sociétés savantes de s'engager dans l'expertise judiciaire et de CCI, tant il est vrai que les bons rapports font les bons jugements et avis. Les experts judiciaires et de CCI y trouvent pour la plupart une grande satisfaction qui dépasse les intérêts matériels, celle de participer à la manifestation de la vérité et à l'œuvre de justice.

Valérie Blanchet & Jean Trotel

Florian Roussel

Maître des requêtes au Conseil d'État

Monsieur le Professeur,

Je tiens à vous remercier pour l'organisation de ces journées d'échanges très riches, qui auront permis de confronter différents points de vue sur l'expertise médicale.

A défaut de parvenir à un consensus, ou même à une adhésion suffisamment large, sur la plupart des propositions formulées dans la « note de synthèse », ce colloque aura du moins été l'occasion de mener une réflexion très stimulante sur la façon dont se déroulent aujourd'hui les expertises médicales et sur les différentes pistes susceptibles d'en améliorer la qualité.

Je ne peux cependant qu'émettre les plus vives réserves avec la plupart des propositions formulées dans cette note, pour des raisons à la fois de droit et d'opportunité.

1. La formation des experts

Les compagnies d'experts animent déjà un grand nombre de formations initiales et continues, destinées à permettre aux experts de mieux appréhender les règles qui encadrent l'organisation de l'expertise ou encore les relations avec les CCI et les juridictions ainsi que les exigences relatives à la présentation formelle de leurs rapports. Ces formations paraissent adaptées, tant en volume horaire qu'en qualité.

Les organismes agréés (OA) mentionnés à l'article D. 4135-4 du CSP, qui ne sont pas impliqués dans l'expertise judiciaire, ne semblent pas les mieux placés pour assurer des formations sur ce thème, que ce soit en complément ou en lieu et place de celles existantes. Ils ne pourraient transmettre à l'expert que des connaissances médicales que l'homme de l'art est supposé déjà maîtriser, de par sa formation universitaire et son expérience professionnelle.

Par ailleurs, il ne saurait, en tout état de cause, être envisagé, comme proposé dans la note de synthèse, que ces organismes soient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise en lien avec leur spécialité. Outre qu'on conçoit difficilement en quoi une telle communication pourrait être nécessaire à la formation des nouveaux experts, elle impliquerait la transmission aux OA d'une masse très importante de données confidentielles – le cas échéant protégées par le secret judiciaire – et leur conférerait un droit de regard sur l'action des experts.

2. Le mode de sélection des experts

2.1. Il me semble là encore impossible et inopportun de conférer aux OA un droit de regard, ou a fortiori un pouvoir de décision sur l'inscription et la réinscription des experts :

- sur le plan juridique, ce serait confier à des organismes privés une mission de service public qui paraît par nature relèver de la compétence des juridictions (pour les experts judiciaires) ou de la CNAMED (pour les CCI). Rappelons que devant la juridiction administrative, le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 a institué, sur le modèle des dispositions du code de procédure civile, une procédure d'inscription sur le tableau des experts et prévoit en particulier la possibilité pour les présidents de juridiction de refuser de réinscrire les experts ou même de les radier s'ils méconnaissent leurs obligations (art R. 221-9 et s du CJA) ;

- l'agrément donné aux OA par la HAS n'a pas été conçu en vue de l'exercice de telles missions et il ne semble pas qu'ils soient les plus aptes à exercer un tel contrôle ;

- un tel processus de sélection et de contrôle pourrait, en outre, mettre en cause l'objectivité et l'impartialité des experts, qui doivent être indépendants de toute pression (réelle ou ressentie comme telle) de la part de certains de leurs pairs.

Il importe ainsi que chacun reste dans le rôle qui lui a été imparti par le législateur et le pouvoir réglementaire : la HAS et les sociétés savantes identifient les bonnes pratiques médicales, les OA s'assurent qu'elles sont respectées par les professionnels et la CNAMED et les juridictions désignent les experts et contrôlent le respect par ceux-ci de leurs obligations déontologiques.

2.2. La proposition visant à associer, dans les cas complexes, le médecin expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un médecin-expert praticien de la discipline n'appelle bien sûr pas les mêmes réserves de principe. Sans vouloir nier totalement les difficultés susceptibles d'être ponctuellement rencontrées avec des experts très âgés, il convient toutefois de souligner que les experts qui ne pratiquent plus n'en disposent pas moins souvent d'une solide expérience tant dans leur domaine de compétence qu'en matière d'expertise.

Il leur appartient certes de continuer à se tenir informés de l'évolution de leur spécialité mais on ne saurait présumer qu'ils ne le font pas. S'agissant de faits qui remontent souvent à plusieurs années, il importe avant tout que l'expert puisse expliciter les données acquises de la science de l'époque - même si évidemment tout éclairage sur les évolutions postérieures peut être utile.

3. L'évaluation de la qualité des expertises

3.1. Ainsi qu'il a été dit, la proposition tendant à rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés me semble impraticable et inopportune, pour des raisons liées à la confidentialité des rapports d'expertise et à la préservation de l'indépendance de l'expert.

3.2. Je suis également extrêmement réservé à l'égard de la proposition qui tend à ce que les recommandations des OA puissent être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ».

S'il est bien sûr loisible aux parties de se prévaloir de la position de tels organismes dans le cadre du débat contradictoire et aux juges ainsi qu'aux CCI d'en tenir compte, de telles « recommandations » ne peuvent par construction avoir la même autorité juridique que celles de la HAS et des sociétés savantes, auxquelles incombe cette définition des « données acquises de la science », ainsi que l'ont souligné le Pr Lienhart et le Dr Nitenberg.

Les échanges au cours des journées de travail ont par ailleurs révélé, comme l'ont rappelé Valérie Blanchet et Jean Trotel dans leur note de ce jour, que les OA ne justifiaient pas nécessairement de l'indépendance nécessaire à cette fin.

On imagine difficilement qu'un tel organisme puisse, sans collusion d'intérêt, s'ériger en défenseur des professionnels de santé face aux mises en cause judiciaires et participer régulièrement à leur défense devant les juridictions tout en formant et sélectionnant les experts et en contribuant à l'élaboration des données acquises de la science.

A cet égard, un simple changement statutaire ne pourrait suffire à dissiper les doutes légitimes du public, les accusations de parti pris contre les personnes concernées pouvant demeurer prégnantes au vu de leurs prises de position passées.

4. La définition de la mission des experts

4.1. La proposition tendant à ce qu'il soit fait obligation aux experts d'avoir à justifier de leur compétence ne paraît pas justifiée, leur inscription sur la liste au titre de la spécialité considérée les rendant a priori compétents.

Bien évidemment, il leur appartient, le cas échéant, d'indiquer au juge qu'ils ne se sentent pas en mesure d'assurer l'expertise mais on ne saurait les obliger à évoquer leurs précédentes missions.

4.2. La proposition tendant à ce que les missions d'expertise ordonnées par les magistrats et les CCI fassent obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuve de leurs affirmations, en référence à la méthodologie utilisée par la HAS paraît quant à elle intéressante mais difficile à mettre en œuvre.

Il est certes important que l'expert précise autant que possible dans son rapport son degré de certitude sur les questions médicales, en énonçant si possible sa position

par des références pertinentes. Cependant, il ne lui est pas toujours possible d'indiquer des « degrés de preuve » et il appartient au juge et lui seul d'apprécier si la position privilégiée par l'expert est suffisamment probante.

L'idée d'une référence exigée aux « meilleurs données acquises de la science » ne paraît, à cet égard, pas pertinente, le juge devant souverainement apprécier si les éléments présentés devant lui apparaissent ou non suffisamment probants.

5. La place du principe de contradiction dans l'expertise

5.1. La proposition de mettre en œuvre plus régulièrement la technique du « hot tub », qui conduit le juge à procéder à une interrogation orale de l'expert après dépôt de son rapport me semble particulièrement bienvenue.

Cette procédure existe certes en droit civil comme en contentieux administratif (art. R 621-10 du CJA) mais elle est encore trop méconnue et insuffisamment pratiquée.

5.2. De même, la proposition consistant à généraliser la pratique du pré-rapport paraît tout à fait opportune tant devant la juridiction administrative que judiciaire, afin de faire en sorte que tous les arguments techniques soient échangés devant l'expert, avant de l'être ensuite, le cas échéant, devant la CCI ou le juge.

5.3. En revanche, pour les raisons déjà exposées, la proposition tendant à ce que le juge saisisse un OA afin de lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert ne peut raisonnablement être soutenue.

Outre les difficultés liées au statut actuel des OA, il paraît difficilement envisageable de soumettre le rapport de l'expert à la supervision d'un organisme quelconque.

On peut en outre regretter que la proposition, telle qu'elle est formulée, sous-entende que les experts ne feraient pas actuellement tout leur possible pour remettre des expertises de qualité et objectives et que la menace d'une relecture par leurs pairs serait de nature à les inciter à travailler de façon plus rigoureuse. Rien ne me semble justifier une telle mise en cause.

Rappelons par ailleurs que si le juge a un doute sur les conclusions de l'expert, et en particulier sur les données acquises de la science, il lui est loisible d'ordonner une nouvelle expertise, voire même de solliciter un avis technique à un professionnel indépendant (art. R. 625-2 du CJA, s'agissant de la juridiction administrative).

6. Questions relatives à la déontologie et à la responsabilité des experts

6.1. On peine à concevoir l'intérêt de la proposition tendant à la remise par l'expert d'une déclaration d'indépendance au regard des exigences réglementaires

actuelles, et en particulier de l'obligation pour l'expert de remplir une déclaration d'intérêts et de s'engager à ne pas effectuer d'activité incompatible avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice de ses missions (art. R 221-13 du CJA, s'agissant de la juridiction administrative).

6.2. Il semble encore plus contestable de rappeler (au demeurant sous quelle forme ?) « que le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre ni même examiner les arguments qu'il fait valoir ».

La jurisprudence administrative et judiciaire ménage en effet un équilibre qui paraît satisfaisant entre le respect de l'exigence d'impartialité et les considérations pratiques de bonne administration de la justice, qui impliquent de ne pas se priver inutilement d'experts compétents par des exigences trop formalistes.

Ainsi, la circonstance qu'un expert ait travaillé ponctuellement plusieurs années auparavant pour une compagnie d'assurance ne justifie pas à elle seule sa récusation. En revanche, s'il travaille régulièrement pour l'assureur ou intervient fréquemment à l'appui des professionnels de santé mis en cause (ou s'il le faisait dans une période récente), l'exigence d'impartialité n'est manifestement pas satisfaite.

Il en est de même s'il a déjà pris publiquement position sur la question médicale en litige ou s'il est impliqué (ou l'a été par le passé) dans une association ayant pour objet la défense de ses confrères mis en cause.

En complément de ces réactions aux différentes propositions, je souhaite attirer votre attention sur deux passages du rapport qui me semblent problématiques :

- en page 19, je ne crois pas que le principe d'une « exploitation systématique des expertises » - expression assez ambiguë - ait fait consensus. Les échanges ultérieurs ont d'ailleurs montré les difficultés et les dangers d'une telle exploitation ;

- en page 29 la critique de l'arrêt de la CA Bordeaux mettant en cause l'impartialité de Gynerisq ne me semble pas relever du rapport de synthèse, d'autant qu'elle ne débouche logiquement sur aucune proposition concrète - il me semble que le rapport n'a pas à prendre parti sur son bien-fondé et à soutenir Gynerisq dans ce débat devant la juridiction judiciaire (en tant que juge administratif, je me garderai naturellement de toute prise de position dans cette controverse...).

Florian Roussel

Jean Christophe Coubris

Avocat associé, SELARL Coubris, Courtois & Associés

Philippe Courtois

Avocat associé, SELARL Coubris, Courtois & Associés

Julie Dufaut

Avocate associée, SELARL Coubris, Courtois & Associés

Delphine Hirn

Avocate associée, SELARL Coubris, Courtois & Associés

Marine Susperregui

Avocate associée, SELARL Coubris, Courtois & Associés

Cher Docteur, Monsieur le Professeur, Chers confrères,
Mesdames, Messieurs,

Nous avons pris connaissance avec beaucoup d'intérêt de la synthèse sur les propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale que le Dr FOURNET a bien voulu nous transmettre.

Nous nous permettons de prendre part à ce débat passionnant initié par l'IDS concernant les pistes de réflexion visant à l'amélioration de la qualité des expertises médicales.

Notre cabinet, la SELARL COUBRIS COURTOIS & Associés, représente exclusivement les victimes et assiste systématiquement ses clients à l'occasion d'expertises visant à engager la responsabilité médicale des praticiens mis en cause, notamment dans des disciplines médicales à risques aggravés.

Certaines propositions retracées dans la synthèse transmise suscitent chez les représentants des demandeurs aux expertises une certaine inquiétude.

1. La formation des experts

Proposition n° 1 : pour les experts inscrits sur une liste d'experts des juridictions et/ou des CCI et spécialistes des disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 du code de la santé publique, il conviendrait de rendre obligatoire leur participation à des séances de formation au sein des organismes agréés (OA) par la Haute Autorité de Santé (HAS) pour être formés et pour former les médecins adhérents.

A cette fin, les OA seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise (anonymisés) en lien avec leur spécialité, afin de les exploiter scientifiquement pour « former les formateurs » ou dispenser directement des formations aux candidats à l'inscription sur les différentes listes d'experts médicaux.

Sur ce point, notre constat est le suivant : les experts médecins sont pour la plupart parfaitement formés techniquement et scientifiquement. En revanche, les lacunes sont parfois importantes concernant le respect des obligations déontologiques, notamment dans le cadre des procédures CCI mais également concernant l'aspect médico-légal de leur mission (absence de maîtrise de la nomenclature Dintilhac, de la notion d'accident médical non fautif avec ses conséquences, de la notion de perte de chance et l'imputabilité).

Notre première inquiétude porte sur le risque de confier l'ensemble de la formation des experts médicaux aux OA, notamment dans les spécialités à risques aggravés.

Aujourd'hui, en matière de gynécologie-obstétrique, GYNERISQ ne présente aucunement les garanties d'indépendance lui permettant d'assurer la formation des experts en la matière. GYNERISQ se présente elle-même comme une structure de défense des gynécologues obstétriciens. En pratique, nous retrouvons régulièrement ses médecins conseils aux opérations d'expertise. Cet OA est d'ailleurs financé en partie par le cabinet Branchet, l'un des grands assureurs de la RC médicale.

De même, la proposition de transmettre sous couvert d'anonymat les rapports d'expertise aux OA pose une difficulté. En l'état rien ne permet de garantir que ces rapports seront utilisés à seule fin de formation par ces OA.

Enfin, nous rejoignons Madame BLANCHET et sommes très inquiets de l'utilisation qui pourrait être faite de cette base de données pour « noter » les experts, et les sélectionner en fonction de critères sans rapport avec leur compétence technique. Ainsi, la proposition n° 3 consistant à laisser le pouvoir aux OA de filtrer les candidatures pour les inscriptions ou réinscriptions apparaît très dangereuse.

2. Le mode de sélection des experts

Dans les affaires complexes, la collégialité doit être de règle et l'affaire doit être systématiquement délocalisée.

Concernant la limite d'âge des experts, certains experts bien qu'âgés disposent de réelles compétences et de domaines de spécialité dans lesquels ils ne peuvent être égalés. Au demeurant, ces experts disposent alors de plus de temps pour se former, et se documenter.

La problématique à laquelle nous sommes de plus en plus

fréquemment confrontés est celle de ne pas avoir d'expert judiciaire ou CNAMED spécialiste du domaine dans lequel la RC médicale est envisagée.

Ecarter les experts pour une question d'âge prive les parties d'experts compétents dont les missions sont prises en charge finalement par des experts n'ayant aucune compétence dans le domaine en question.

Ainsi, la **proposition n° 2** visant à associer un expert qui n'est plus en exercice à un expert pratiquant l'activité pourrait être une idée à exploiter.

Par ailleurs, afin de bénéficier d'expertise de qualité, il serait peut-être opportun de désigner des experts exerçant au sein de grands pôles de spécialité dans les spécialités à risques aggravés (Paris, Lille, Lyon, Toulouse, Bordeaux...).

Concernant la **proposition n° 3**, nous rejoignons la position de Madame BLANCHET et exprimons nos plus profondes inquiétudes si elle venait à être mise en œuvre. Il en va de l'indépendance des experts, et de la sérénité de la justice.

La **proposition n° 4** n'appelle pas de commentaire de notre part.

Les représentants de victimes que nous sommes souhaiteraient une plus grande transparence des experts avec une obligation déclarative accessible à tous pour faire état de leur part d'activité judiciaire, leur part d'activité pour le compte des compagnies d'assurance en qualité de médecins conseils et leur part d'activité pour les victimes.

3. Evaluation de la qualité des expertises

Proposition n° 5 : pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles que listées à l'article D 4135-2 du CSP, il conviendrait de rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés, qui auraient la charge de les anonymiser avant de les exploiter scientifiquement, en partenariat avec les sociétés savantes, dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins. Cette proposition va dans le sens de celle qui avait été formulée par l'Académie nationale de médecine mais elle suppose que le statut des OA évolue pour qui ne se présentent plus comme des instances de défense des médecins.

Les OA ne peuvent recevoir des rapports non anonymisés. Il s'agirait d'une violation du secret médical. Par ailleurs, cette proposition est sans rapport avec l'amélioration de la qualité de l'expertise.

Si le but est réellement d'améliorer la prévention des risques liés aux soins, il existe d'ores et déjà des mécanismes en amont de toute expertise et totalement indépendants d'une telle démarche.

Ainsi, les établissements de soins établissent une revue de

morbimortalité anonymisée. Il s'agit d'une analyse collective, rétrospective et systémique de cas marqués par la survenue d'un décès, d'une complication, ou d'un évènement qui aurait pu causer un dommage au patient, et qui a pour objectif la mise en œuvre et le suivi d'actions pour améliorer la prise en charge des patients et la sécurité des soins.

L'analyse systémique, menée lors de la RMM, est une analyse globale de la situation, prenant en compte tous les éléments (organisationnels, techniques et humains) en interaction ayant contribué à la prise en charge d'un patient. De ce fait, elle permet de dépasser la seule réflexion centrée sur un ou des individus. A l'issue de cette analyse, des enseignements sur les forces et les vulnérabilités existantes peuvent être tirés afin de mener des actions d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins.

Il s'agit de décrire les faits et d'analyser des situations s'étant produites, pour apprendre et comprendre afin d'agir ensemble pour renforcer la qualité et la sécurité des soins, sans porter de jugement sur les personnes, ni rechercher un coupable ou un responsable.

Il serait d'ailleurs opportun pour la qualité de l'expertise que l'établissement mis en cause fournisse systématiquement cet élément dans les affaires concernées.

Proposition n° 6 : pour lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA, du fait de leur présentation maladroite, il conviendrait de renforcer leurs liens avec la HAS, les associations de patients et les sociétés savantes afin que les recommandations de ces organismes puissent être adoptées dans les conditions de parfaite objectivité pour être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ».

En premier lieu, le caractère partial de certains OA n'est pas une question de présentation maladroite, c'est une réalité à laquelle les victimes sont confrontées régulièrement, tout comme les experts.

C'est d'ailleurs ce qu'a souligné la Cour d'appel de Bordeaux dans l'arrêt de 21 décembre 2017 qui a été repris dans la synthèse et dont l'analyse ne nous paraît pas du tout pertinente puisque la problématique n'était absolument pas la critique de la partialité d'un expert judiciaire. Nous rejoignons donc Monsieur le Maître des requêtes et estimons que ces commentaires n'ont pas à figurer dans une synthèse destinée à améliorer l'expertise, ce d'autant que l'affaire est toujours en cours et nous estimons dès lors que nous représentons la victime que les débats doivent se passer dans la sérénité sans intervention et pression extérieure.

En tout état de cause, il est certain que les OA tel GYNERISQ ne peuvent prendre en main la formation, la sélection des experts, la sélection de recommandations applicables alors qu'ils assurent parallèlement la défense des médecins mis en cause. Le processus de l'expertise serait tronqué.

Proposition n° 7 : pas d'observation.

4. La définition de la mission de l'expert

Proposition n° 8 : les experts qui acceptent une mission devraient se justifier en indiquant précisément en quoi ils sont spécialement compétents concernant les cas complexes qu'ils auront traité, au regard de la mission que le magistrat ou la CCI aurait définie. Les experts pourraient être tenus ensuite de répondre aux arguments des parties qui mettent en doute sa compétence sur des aspects particuliers de l'affaire. Il y aurait ainsi un débat sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission, le juge ou le président de la CCI prenant la décision finale au terme d'échanges contradictoires.

En général, un expert non compétent dans le domaine n'acceptera pas sa mission, et ne sera d'ailleurs pas missionné. L'intérêt de se justifier est une perte de temps inutile.

Cette proposition n'a rien d'innovante. Un mécanisme de récusation existe d'ores et déjà que ce soit en judiciaire ou en administratif avec une possibilité pour l'expert de s'expliquer dans le respect du principe du contradictoire. Par ailleurs, il existe la possibilité au cours des opérations d'expertise de faire part de toute difficulté à cet égard au juge chargé du contrôle de l'expertise devant le TGI et au Président du TA.

De même en CCI, toute difficulté de ce type peut être relayée, et il n'existe à l'heure actuelle pas de réelle difficulté sur ce plan.

Proposition n° 9 : il est proposé que les missions d'expertise fassent obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations, en référence à la méthodologie utilisée par la HAS.

Rappelons que l'intérêt de l'expertise et du rapport d'expertise est de le rendre accessible aux néophytes que sont le demandeur, le juge et l'avocat.

En premier lieu, il serait opportun que chaque expert motive son raisonnement et ne se contente pas d'affirmations. Par ailleurs, il lui faut citer et annexer les références bibliographiques utilisées. Lorsque les références aux recommandations existent, il peut bien entendu en faire état.

Pour autant, dans bien des cas, aucune recommandation n'existe pour servir de guide line. Dans ces conditions, cette obligation ne peut avoir de sens.

Proposition n° 10 : interrogation orale de l'expert postérieurement au dépôt du rapport d'expertise

La CCI procède à cette interrogation par écrit lorsqu'elle estime que le rapport est incomplet.

Les juridictions y font rarement appel, et cette possibilité mériterait effectivement d'être plus utilisée. Cependant, il faut rappeler que devant les juridictions judiciaires, les

missions d'expertise comprennent dans la majorité des cas la possibilité d'établir un pré-rapport. Devant les juridictions administratives, le Président adresse le rapport définitif aux parties et les invite à présenter des observations ce qui lui permet le cas échéant de réinterroger l'expert.

Proposition n° 11 : l'établissement systématique d'un pré-rapport

Cette proposition est une excellente idée. Si cette pratique est déjà très répandue en matière judiciaire comme évoquée précédemment, elle ne fait pas partie des habitudes devant la CCI alors qu'elle permettrait le respect du principe du contradictoire jusqu'au bout. En effet, certains experts refusent le débat sur les préjudices et posent une évaluation que les parties n'ont pas toujours été en mesure de discuter. Par ailleurs, dans les affaires complexes, un pré-rapport est toujours utile et permet d'éviter notamment à la CCI de revenir vers l'expert allongeant de fait les délais de procédure.

Proposition n° 12 : serait ouvert aux parties la possibilité de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert.

Cette proposition viendrait à priver le juge ou la CCI de son pouvoir d'appréciation. Ceci reviendrait à placer l'OA en position d'arbitre alors même qu'il est susceptible de représenter les intérêts du défendeur. Quid de l'impartialité et de la neutralité !!!

Proposition n° 13 : pas de commentaire particulier

Proposition n° 14 : sur la déclaration d'indépendance

Elle existe et ne règle que partiellement le problème qui est celui de conjuguer impartialité et confraternité.

Proposition n° 15 : doute sur la partialité de l'expert

Cette proposition n'a, à notre sens, pas d'intérêt.

En dernier lieu, un point ne semble pas avoir donné lieu à débat alors qu'il pose des difficultés lors des opérations d'expertise. Il s'agit de l'examen clinique. En effet, les médecins mis en cause sont systématiquement assistés d'un ou plusieurs médecins conseils, alors que les victimes se présentent souvent seules ou avec un avocat (faute de moyens financiers pour s'adjoindre les services d'un médecin conseil).

Sous prétexte de secret médical, cet examen clinique se déroule souvent hors de la présence de l'avocat malgré la demande expresse de la victime. Cette dernière se retrouve alors seule en présence de l'expert et des médecins conseils du médecin mis en cause, sans aucune assistance (y compris

morale) lors de cette phase.

Ceci pose un problème de respect du contradictoire qui mériterait d'être abordé. La victime est alors en position de faiblesse et la discussion technique que devrait avoir lieu au contradictoire s'engage parfois à cette occasion sans qu'elle ne soit en mesure d'y répondre utilement ou de faire valoir ses arguments.

Il serait dès lors nécessaire d'établir un protocole concernant l'examen clinique que tous les experts seraient tenus de respecter. Le Conseil national de l'ordre des médecins avait rappelé dès 2011 que lorsque la victime le demande elle peut être assistée lors de l'examen clinique de toute personne de son choix, y compris son avocat.

Il serait heureux que les pratiques des experts soient harmonisées sur ce point et ce, dans un souci de respect du contradictoire et de qualité de l'expertise.

Une proposition mériterait d'être présentée pour uniformiser la phase « examen clinique »

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre contribution.

Veillez agréer, Cher Docteur, Monsieur le Professeur, Chers Confrères, Mesdames et Messieurs, l'expression de nos salutations distinguées.

**Jean Christophe Coubris, Philippe Courtois,
Julie Dufaut, Delphine Hirn & Marine Susperregui**

Dr. Jean Marty

Gynécologue-obstétricien, Membre du conseil d'administration et du bureau de Gynerisq

À propos des propositions de réforme des expertises en responsabilité médicale : pour la création de véritables « jurys sanitaires »

L'association à but non lucratif Gynerisq, organisme agréé par la Haute autorité de santé (HAS) pour l'accréditation des gynécologues-obstétriciens, est heureuse d'avoir contribué à l'organisation des travaux conduits par l'Institut Droit et Santé (IDS) sur la réforme des expertises en responsabilité médicale.

Comme membre de la direction de Gynerisq, j'approuve les propositions qui ont été tirées des deux réunions préparatoires de mai et juillet dernier et résumées dans la note de synthèse du Pr Rémi Pellet. Cependant, il me semble que certaines de ces idées devraient être développées et précisées avant d'être mises en œuvre, pour que les pratiques d'expertises soient véritablement améliorées.

Les débats ont été l'occasion de confirmer le fait que les experts saisis par les juridictions ou les commissions de conciliation et d'indemnisation (CCI) sont fréquemment confrontés à des affaires qui concernent des domaines médicaux « hyper-spécialisés ». De ce fait, **même lorsqu'elle est en adéquation avec celle des praticiens mis en cause, la qualification des experts n'est pas suffisante pour qu'ils puissent établir scientifiquement les causes réelles des dommages médicaux qui ont conduit à l'ouverture d'une procédure contentieuse ou de conciliation.**

Ce hiatus explique la plupart des désaccords que Gynerisq a l'occasion de constater, depuis sa création, entre les expertises dont elle est saisie et l'avis que rendent ses propres experts sur les mêmes affaires. Les différences portent sur des points techniques, très précis, qui impliquent de maîtriser des qualifications complémentaires appelées dans notre jargon « sous-spécialisations », malgré le caractère ambigu du terme, qu'aucun expert ne peut se targuer de posséder toutes.

Les spécialités médicales et chirurgicales connaissent un processus de fractionnement : dans le domaine qui est celui de Gynerisq, il y a certes la spécialité des gynécologues-obstétriciens telle qu'elle est définie par le Conseil de l'ordre

mais, en réalité, il existe désormais des chirurgiens du cancer du sein, des chirurgiens des cancers pelviens, des chirurgiens de la statique pelvienne, des spécialistes de la PMA, etc.

Ce n'est pas créer un oxymore artificiel que de dire des experts judiciaires qu'ils sont « des généralistes de leur spécialité ». Même s'ils peuvent prétendre connaître sur le plan théorique certains domaines « pointus », ils ne peuvent en avoir une connaissance pratique exhaustive, faute pour eux d'avoir été confrontés dans leur carrière à toutes les difficultés qui donnent lieu à des dommages. De ce fait, ces experts ne peuvent répondre avec fiabilité à la question essentielle qui leur est posée : « les soins dispensés au patient ont-ils été conformes ou non aux données acquises de la science ? ».

Pour répondre à cette atomisation des compétences, la réglementation exige des praticiens qu'ils mettent au point des protocoles de soins par lesquels ils s'approprient les recommandations de pratiques cliniques. Dans ces domaines pointus du cancer, de la stérilité, du diagnostic anténatal, notamment, la réglementation exige des soignants qu'ils examinent en réunion les cas les uns après les autres. Ce **principe d'un examen collectif des cas complexes** vaut également pour les expertises sanitaires créées pour élaborer les recommandations de bonne pratique. **Pourquoi ce principe ne devrait-il pas être respecté au cours des expertises diligentées par les juridictions et les CCI ?**

Dans le domaine de l'obstétrique, comme cela a été rappelé lors de la préparation de ce colloque, l'interprétation des anomalies d'un même tracé du rythme cardiaque fœtal n'est pas reproductible régulièrement. Pourtant c'est un motif très fréquent de condamnation pour retard de césarienne. La vérification de l'existence d'un « accord d'experts » serait indispensable dans ce domaine.

Comme l'a souligné l'Académie nationale de médecine (ANM), les organismes d'accréditation de médecins concentrent les compétences qui manquent en expertise médicale. L'ANM a proposé de mobiliser les OA pour améliorer la pratique expertale. Mais ces organismes, bien qu'ils soient agréés par la HAS, ne font pas l'unanimité parce qu'ils sont composés exclusivement de médecins, lesquels sont alors suspects d'être placés en conflit d'intérêts.

Pour résoudre ce problème, il conviendrait d'explorer la proposition qui est certes indiquée dans la note de synthèse mais de façon trop cursive, à savoir l'utilisation de **la « commission risque interspécialité », CRIS, qui a été créée en 2015 par la HAS et a déjà la pratique régulière de la formation des groupes d'experts associés à des usagers pour l'élaboration des recommandations.**

La composition de cette commission devrait être statutairement élargie aux représentants des patients, comme cela est proposé, mais sa compétence devrait être également étendue à la **relecture des expertises**, selon le

schéma suivant :

- la HAS fixerait les règles d'anonymisation des expertises médicales et les méthodes de travail pour l'adoption d'accords d'experts (par ex. vote et définition d'une majorité de 80 % des suffrages, c'est-à-dire de 4 voix dans un groupe de 5) ;

- pour relecture des expertises anonymisées, la CRIS saisirait une OA en lui adjoignant des compétences d'autres origines, afin de prévenir les risques de conflit d'intérêts, ce « jury sanitaire » devant être composés de cinq spécialistes au total ;

- la relecture se focaliserait sur les seuls points cruciaux mais uniquement médicaux du dossier ;

- le travail de ces jurys sanitaires de 5 membres devrait correspondre à un coût de 2000€ environ qui seraient mis à la charge de la partie qui ferait appel au jury : ce chiffre est bien inférieur au montant total des honoraires d'un collègue d'experts.

On peut attendre d'une telle réforme des évolutions très favorables :

- les experts qui sont inscrits sur les listes fixées par les juridictions et la Cnamed sauraient qu'ils peuvent faire appel à ces « jurys sanitaires », **ce qui devrait rassurer ces experts** quand leurs scrupules pourraient les retenir d'accepter d'être désignés dans certaines affaires complexes ;

- **seraient évités les risques de dérive liées à la « tunnelisation d'un expert »**, c'est-à-dire le fait qu'il ne suit qu'une seule hypothèse, l'approfondissement de ses investigations l'empêchant de se souvenir ou de prendre conscience de la possibilité d'une hypothèse alternative. Ce risque est connu de longue date et conduit depuis longtemps à préconiser un collège d'experts mais les contraintes financières conduisent fréquemment à renoncer à cette pratique, autant et plus que l'assèchement du vivier des experts. **Cette contrainte serait levée grâce à la création des « jurys sanitaires » créés par la CRIS.**

Jean Marty

Charles Catteau

Premier Président honoraire de la Cour d'Appel de Grenoble

Claude Racinet

Professeur émérite de Gynécologie-Obstétrique-Université Grenoble-Alpes, Expert honoraire de la Cour d'Appel de Grenoble

négligence estimée coupable s'est trouvée dans une situation l'accablant au risque de faillite personnelle voire familiale en cas de condamnation probable au vu des conclusions expertales. Cette situation l'a amené à solliciter son syndicat professionnel, qui a initié une nouvelle analyse expertale, lequel avis a démontré les erreurs des expertises judiciaires antérieures et a relancé la procédure dans une direction finalement favorable à la cause du défendeur. Ce revirement spectaculaire a fait l'objet d'une médiatisation (Le Monde, 26 mars 2006) soulignant la fragilité de certaines expertises.

1) Les faits

Une patiente deuxième geste (1^{er} accouchement normal en 1974) est hospitalisée avant terme à 36 semaines d'aménorrhée (SA) le 14/08/1984 à 23h à la Maternité de Castres pour métrorragies peu abondantes avec contractions utérines (CU) peu intenses. Le fœtus est en position transversale et le placenta est en situation basse (dite praevia) et recouvrant le col utérin, comme l'avait démontré l'échographie de fin de grossesse. Cette localisation placentaire implique un risque d'hémorragie massive lors de l'entrée en travail et donc l'indication d'une césarienne avant ou au plus tard au début du déclenchement du travail. L'enregistrement du rythme cardiaque fœtal (ERCF) faite à l'entrée de la patiente s'avère difficile à capter du fait de mouvements fœtaux désordonnés : sur 40 minutes il montre un ERCF de type « saltatoire » (variations amples et irrégulières) avec un rythme de base variant de 100 à 140 battements par minute (bpm), dont 15 minutes à 90 bpm. La tension artérielle (TA) maternelle est légèrement élevée à 16/9.

La sage-femme téléphone à l'obstétricien de garde à son domicile pour l'informer de cette entrée. Elle ne paraît pas spécialement inquiète, rend compte de son examen, rappelle la décision de césarienne prophylactique à l'approche du terme (c'est-à-dire après 39 SA si possible) mais ne sollicite pas sa venue immédiate sur place. Le médecin, prenant en compte un âge gestationnel qui implique une prématurité (définie par un terme <37 SA) prescrit une perfusion de Béta-mimétiques pour calmer les CU et des examens biologiques à la recherche d'une anémie maternelle et demande d'être averti en cas de survenue d'anomalie clinique et/ou biologique.

Les CU s'arrêtent totalement de même que les saignements, la biologie ne révèle pas d'anémie et la patiente s'endort.

Le lendemain, les CU et les saignements reprennent vers 9h et l'obstétricien appelé à nouveau décide une césarienne immédiate. Celle-ci est réalisée sous anesthésie générale. L'ERCF, réenregistré à partir de 8h jusqu'à l'entrée au bloc opératoire, ne révèle pas d'anomalie. Extraction de l'enfant S... de sexe féminin 10 minutes après l'induction anesthésique,

Préambule

La démarche pour la qualité de l'expertise est absolument **fondamentale** et domine – sans la gommer certes – celle de la qualité propre de l'expert, dont l'évaluation est d'ailleurs parfois soumise à des aléas extra-judiciaires.

Pour être plus clair, il nous paraît utile de développer un exemple très concret quasi caricatural d'erreurs expertales à répétition dans une même procédure.

Des experts de grande notoriété, offrant toutes les garanties officielles de compétence et d'indépendance, peuvent livrer des expertises médiocres car scientifiquement inacceptables, alors que des experts sans notoriété particulière affichée peuvent délivrer contradictoirement des expertises qualitativement et scientifiquement argumentées.

En définitive, l'application de la méthodologie simple décrite dans le livre référencé, rend l'expertise difficilement critiquable et prévient en quelque sorte les discussions sans fin entre parties et les prolongations indues de la procédure.

Extrait du livre de Claude RACINET et Charles CATTEAU intitulé « Plaidoyer pour une évolution des méthodes de l'expertise médicale » (parution début 2019)

Des expertises construites sur un dogme.

Un exemple dramatique d'erreurs expertales cumulées

Nous présentons un exemple caricatural d'expertises judiciaires multiples et non valides sur le fond, particulièrement éclairantes sur les dérives possibles de l'expertise médicale. Du fait d'un défaut d'assurance suffisante, le médecin accusé de

dans un liquide clair abondant. Elle crie aussitôt mais se déprime rapidement (score d'Apgar à 0 à 1min, 3 à 5min, 5 à 15 min et 8 à 20min).

Le poids est de 3100 g, la taille est de 49 cm et le périmètre céphalique est à 36 cm (ce qui est excessif à l'évidence).

L'enfant est parfaitement réactive à 30 minutes de vie, autonome du point de vue respiratoire et son pH (mesure de l'acidité du sang dans une artère du cordon) est à 7,27 (valeur normale peu après la naissance). Il n'y a pas de signes cliniques ou biologiques de défaillance multi-viscérale (rein, foie, cœur), mais il apparaît rapidement un état de mal convulsif bien contrôlé par le traitement anticonvulsivant.

Un scanner est réalisé au 13^{ème} jour au CHU voisin et montre « *un hématome cérébral gauche en voie de résorption* » diagnostic évoqué sur la notion d'une hyperdensité hémisphérique (ce diagnostic a été effectué par l'Interne du Service de Radiologie qui est le seul signataire du compte-rendu).

L'évolution neurologique se fait vers la persistance de crises convulsives, un retard psychique important va se développer de même qu'une hémiparésie droite associée à une croissance asymétrique aux dépens des membres droits.

Après plusieurs avis médicaux les y incitant, les parents portent plainte contre X... en 1987 devant le Tribunal de Grande Instance de Castres pour défaut ou plutôt retard de prise en charge obstétricale estimée responsable de l'état neurologique de leur fille, état connu sous le nom d'infirmité motrice d'origine cérébrale, plus récemment dénommée paralysie cérébrale ou PC.

2) Les étapes de la procédure

2-1 Les parents de l'enfant handicapé portent plainte auprès du Procureur de la République de Castres qui ordonne une instruction.

Le praticien qui a réalisé la césarienne est mis en examen à la suite de deux expertises :

- Une 1^{ère} expertise est réalisée en juin 1987 par un collège obstétrico-pédiatrique d'experts nationaux auprès de la CC et conclue à la responsabilité totale du praticien qui aurait dû d'emblée pratiquer une césarienne au vu des éléments du dossier.

- Une 2^{ème} expertise est décidée à la suite des critiques formulées par les conseils du défendeur. Elle est réalisée en juillet 1988 par un nouveau collège obstétrico-pédiatrico-anesthésiologique formé d'experts de la CC, qui confirme les conclusions du 1^{er} collège d'experts à savoir que l'état de l'enfant résulte d'une hypoxie par anémie secondaire aux hémorragies maternelles (et fœtales !) du placenta praevia. Les conclusions du rapport sont accablantes : « *l'enfant S... présente d'importantes séquelles d'anoxie, cette anoxie est en rapport direct et certain avec le retard à la réalisation d'une césarienne chez sa mère* ».

2-2 Jugement du Tribunal de Grande Instance de Castres du 28/03/1990 : il déclare le praticien coupable du délit de non assistance à personne en danger pour avoir différé l'exécution d'une césarienne et le condamne à 4 mois de prison avec sursis et 10000 francs d'amende (condamnation qui bénéficiera de la loi d'amnistie). Mais pour la réparation du préjudice, il se déclare incompétent car la faute étant estimée non détachable du service, elle relève donc de la seule juridiction administrative.

Les parties civiles ont fait appel de cette décision devant la Cour d'Appel de Toulouse

2-3 La Cour d'Appel de Toulouse le 15/10/1990 statuant sur les intérêts civils a confirmé que la faute n'était pas détachable du service car commise dans l'accomplissement de la mission de service public et insiste sur la mauvaise organisation du service hospitalier de Castres avec carence en médecins et nombre de gardes trop élevé par praticien eu égard à cette carence.

2-4 La Cour de Cassation en date du 02/04/1992 casse l'arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse en toutes ses dispositions et renvoie les parties devant la Cour d'Appel de Montpellier.

2-5 La Cour d'Appel de Montpellier en date du 21/01/1993 juge la faute détachable du service et donc ne retient pas la responsabilité de l'Hôpital de Castres et confie deux expertises à un expert de la Cour de Cassation.

Une première expertise en 1993 confirme en tous points les conclusions de l'expertise collégiale de juillet 1988, à savoir l'imputabilité au médecin d'un retard de césarienne ayant entraîné une « souffrance » fœtale aiguë par anémie liée au placenta praevia, expliquant les troubles neurologiques de l'enfant.

Une 2^{ème} expertise en juillet 2001, prévue lorsque S... aura atteint l'âge de 18 ans, ne tient pas compte d'une IRM cérébrale (figure 1) faite entretemps (en 1997 à Singapour) dont le compte-rendu faisait état d'une malformation cérébrale qualifiée d'hémimégalencéphalie gauche, et dont les parents avaient été dûment informés. Il fixe une IPP à 90 % avec octroi d'une tierce personne.



2-6 Devant l'importance des montants prévisibles des indemnités (de l'ordre de 7 M€) et la carence de l'assureur, qui invoque un plafond de garantie très inférieur à cette somme et refuse de poursuivre la défense de son assuré, le praticien sollicite son syndicat professionnel pour l'aider à trouver une solution pour faire face à cette carence assurantielle, car en fait personne (ni même le défendeur !) ne remet en cause la responsabilité du médecin. Ce syndicat s'adresse à un expert de la Cour d'Appel de Grenoble qui, après étude de toutes les pièces du dossier, conclut à l'absence d'anoxie perpartum et confirme l'existence d'une hémimégalencéphalie, malformation cérébrale unilatérale qui explique les troubles de S... et qui innocente totalement l'obstétricien impliqué.

2-7 La Cour d'Appel de Montpellier au vu du rapport de l'expert sollicité par le syndicat, nomme un nouveau collègue expertal avec mission de confirmer ou non les conclusions de l'expert du syndicat.

Ce collègue expertal affirme de façon formelle que « *les symptômes de S... ne sont pas la conséquence d'une anoxo-ischémie aiguë secondaire à une souffrance fœtale aiguë ; ils sont en relation directe et certaine avec l'anomalie congénitale dont elle est atteinte. S... souffre d'une hémimégalencéphalie qui n'a aucun rapport avec les conditions de sa naissance. La pratique d'une césarienne le 14/08/1984 au soir n'aurait rien changé à l'état de santé de S...* ».

2-8 La famille de S... renonce aux poursuites civiles. De ce fait, l'action civile s'est éteinte.

3) Discussion médicale

1) L'indication de césarienne était certes formelle dans ce cas de placenta praevia recouvrant. Mais le moment de sa réalisation devait, si possible, ne se faire qu'une fois la maturité supposée acquise soit après 37 SA selon les recommandations d'une mise à jour faite en 1984 dans l'Encyclopédie médico-chirurgicale.

Ce terme n'étant pas encore atteint et l'état maternel ainsi que l'état fœtal n'étant pas inquiétants, l'obstétricien a décidé de surseoir temporairement à la césarienne dans le but d'attendre une période de maturité confirmée pour éviter d'éventuelles complications liées à la prématurité.

Les praticiens s'est donc bien conformés aux recommandations pour la pratique clinique en usage à l'époque des faits, mais ces recommandations ont été occultées par les différents experts qui ont tous considéré qu'il y avait eu une SFA sévère avec retard à la césarienne, laquelle en fait ne s'imposait pas dans l'immédiat.

2) En 1987, le premier collègue expertal a cumulé les erreurs d'interprétation des faits.

Trois erreurs sont relevées dans leur rapport :

- estimation incorrecte du terme, qui fait considérer aux experts que la grossesse était à terme et aurait justifié une attitude plus interventionniste dès l'admission,

- erreur sur les contrindications des bêtamimétiques (interdiction de ceux-ci pour les experts en cas de praevia, en fait infirmée par la littérature de 1984),

- surtout les signes cliniques d'appel (périmètre crânien anormalement élevé, asymétrie de croissance des membres,...) sont bien constatés et bien qu'ils évoquent une pathologie cérébrale unilatérale plutôt malformative que d'origine vasculaire, ces derniers diagnostics ne sont même pas évoqués car « *les circonstances de la naissance obligent à établir une relation directe de cause à effet avec l'état neurologique de S...* ».

Pour ces experts, il y a une asphyxie manifeste aggravée par un retard de césarienne : il s'agit d'une magnifique construction ne reposant sur aucun fait !

Certes, ils ne pouvaient connaître la 1^{ère} publication qui attirait l'attention sur la rareté des relations entre asphyxie fœtale perpartum et PC et sur les critères permettant de valider cette relation causale (ACOG, 1992), dont on a pu ultérieurement démontrer qu'ils étaient absents : il n'aurait pas été acceptable de leur reprocher cette méconnaissance.

Mais le scanner effectué à J13, bien que son interprétation soit critiquable, était déjà très évocateur d'une anomalie cérébrale unilatérale du côté gauche qui s'est effectivement traduite par des troubles moteurs et dystrophiques controlatéraux à droite (du fait du croisement des voies motrices).

Ce qui est flagrant dans cette expertise, c'est la force d'une culture obstétrico-pédiatrique privilégiant a priori la responsabilité d'une asphyxie fœtale à l'origine de séquelles neurologiques, et ceci contre l'évidence de données factuelles ne permettant pas de soutenir cette hypothèse, asphyxie défendue par tous les experts qui vont intervenir !

3) Le 2^{ème} collègue ne remet pas en cause l'analyse du 1^{er} collègue mais ajoute une nouvelle couche à leur expertise à charge en pointant une soi-disant cause anémique (contredite formellement par la numération sanguine du nouveau-né qui est normale) comme expliquant certainement la pathologie de l'enfant. Mais leur interprétation, outre l'absence de donnée factuelle l'autorisant, est totalement erronée, car elle attribue une origine asphyxique à une lésion unilatérale du cerveau, alors que l'hypoxie systémique est un mécanisme non localisé portant son effet sur toutes les aires cérébrales (en général lésions cérébrales bilatérales et symétriques).

De plus il ne présentait pas d'acidose métabolique, paramètre biologique indispensable pour confirmer une asphyxie aiguë de l'enfant, mais ce paramètre n'a été souligné comme marqueur d'asphyxie que dans la littérature de 1999 par le rapport McLennan.

4) L'expert neurologue sollicité en 1993 pour établir le bilan des troubles neurologiques ne procède pas à une analyse critique des rapports précédents et réitère les mêmes conclusions que celles exprimées par les deux collègues experts précédents.

Mais surtout il persiste en 2001 à renouveler les mêmes

conclusions accablantes pour le défendeur, bien qu'il dispose dans son dossier d'une IRM faite en 1997 (élément factuel nouveau) qui démontre à l'évidence une malformation cérébrale, mais qu'il n'a en fait pas examinée...

5) Mais il a fallu attendre l'intervention d'un expert obstétricien « privé » pour redresser ces erreurs expertales et que la Cour d'Appel, pas très convaincue par ce nouvel avis « *émanant d'un certain Pr X...* », demande une nouvelle expertise en posant des questions très orientées vers la confirmation ou non de la malformation cérébrale évoquée dans cette expertise privée.

6) L'expert judiciaire neuro-radiologue a confirmé en 2005 l'avis de cet expert privé et surtout a précisé que le diagnostic de la lésion cérébrale pouvait être certainement et correctement fait à l'époque des faits (soit en 1984) : cet examen aurait dû être analysé correctement par les experts pédiatres antérieurs, ce qui n'a pas été le cas.

Il précise de plus que la recherche et l'analyse de la séméiologie neurologique ont été complètement ignorées, et si elles avaient été prises en considération, elles auraient dû conduire à une demande d'IRM, déjà accessible à cette époque. Le diagnostic aurait été fait très facilement en constatant une hémimégalencéphalie évidente, et l'affaire aurait été close sans grand dommage pour le praticien, dont la responsabilité ne pouvait à l'évidence être retenue, cette malformation cérébrale étant d'origine génétique et constituée dès le début de la grossesse.

Rappelons aussi que l'enfant n'avait aucune anémie et qu'on ne pouvait donc avancer le diagnostic d'hypoxie par hémorragie fœtale.

7) Il est de fait que le praticien ne s'est pas dérangé pour venir examiner la patiente suite à l'appel de la sage-femme. Ce déplacement, non exigé par la sage-femme, ne s'imposait pas sur le strict plan médical (le diagnostic était connu, l'indication opératoire devenait formelle dès que la maturité fœtale était atteinte soit après 37 SA, dans l'attente de celle-ci l'indication de tocolyse était clairement conseillée si l'état hémodynamique de la mère le permettait, ce qui était le cas). L'examen du médecin n'aurait rien amené de plus que celui de la sage-femme. Mais il a été jugé gravement fautif en fonction des rapports d'expertise qui expliquaient que les complications neurologiques auraient été évitées si la césarienne avait été pratiquée dès l'entrée de la patiente..

8) Il est assez étonnant de constater que l'expert judiciaire sollicité en 1993 puis en 2001 était Professeur de Médecine légale et Neurologue des Hôpitaux : cette double compétence aurait dû mettre à l'abri des errements constatés dans le diagnostic d'une malformation cérébrale, qui plus est dans le cadre d'une expertise judiciaire aux enjeux redoutables tant pour la famille plaignante que pour le médecin accusé.

Ceci souligne le fait que cet expert estimé hautement compétent puisqu'inscrit sur la liste très sélective des experts nationaux de la CC, par ailleurs spécialisé dans la discipline médicale (Neurologie) impliquée dans ce cas de malformation cérébrale, a fourni un rapport d'expertise

totalement erroné et reproduisant strictement les mêmes erreurs que celles fournies par les précédents collèges d'experts.

9) Force est de constater la mauvaise foi des parents qui, connaissant parfaitement le diagnostic de la malformation dès 1997, n'ont pas spontanément fourni les clichés d'IRM à l'expert (mais ont oublié de conserver par devers eux le compte-rendu de cet examen, lequel n'a pas échappé à l'expert privé).

Et en définitive, constatant que leur démarche était vouée à l'échec, ils ont retiré leur plainte, non sans avoir au préalable reçu des indemnités provisionnelles de l'ordre de 80000 €.

10) Il aurait été juste que le praticien puisse porter plainte sinon contre les parents (pour procédure abusive ?) du moins contre les experts qui, à la suite d'expertises scientifiquement indéfendables, ont créé de toute pièce une pathologie inexistante (l'anoxie perpartum) et ont complètement négligé la cause véritable qui était une malformation cérébrale. Les dommages professionnels, psychologiques et économiques qu'a subis le praticien sont reliés de façon directe et certaine à cette accumulation d'expertises bâclées et erronées, émanant d'experts nationaux de la Cour de Cassation et ayant pour la majorité de hautes responsabilités hospitalo-universitaires. Ces expertises ont amené les magistrats à prendre des décisions sur des bases scientifiquement non fondées avant que la vérité ne soit rétablie grâce au refus d'un assureur en cours de procédure de continuer à assurer la défense de son assuré, sinon celui-ci n'aurait jamais appelé son syndicat pour essayer de trouver une solution à sa non couverture assurantielle... et nous n'aurions pas été amenés à commenter ce dossier !!

11) Ce premier cas remonte à une époque où les données de la science médicale n'étaient pas encore quantifiées en NP selon la méthodologie exposée dans le chapitre 3 du livre référencé en début d'article. Il n'en demeure pas moins que les faits indiscutables (asymétrie des signes cliniques neurologiques à type d'hémiplégie droite, lésion cérébrale sur l'hémisphère gauche très hypertrophié évoquant une malformation cérébrale, absence d'anémie néonatale) étaient des données factuelles donc probantes permettant d'écarter l'hypothèse d'une souffrance fœtale par anémie. Il y a eu indiscutablement une faute professionnelle majeure des six experts nationaux, qui pour certains.... ont continué à être missionnés par la Justice !

4) Commentaires du magistrat

S'il avait fallu une justification concrète de la recherche initiée sur la crédibilité de l'expertise médicale, l'exemple ci-dessus l'aurait constituée parfaitement mais nous verrons plus tard que la nécessité de la recherche dépasse largement ce cas concret qui n'en est pas moins typique.

Ce mauvais roman donne une grande leçon de relativité des choses humaines, relativité du ou des temps, relativité

des jugements scientifiques, relativité des jugements des tribunaux et même avant ou après eux des procédures.

Relativité dans le temps ou des temps : si on les étudie à froid et les décortique 30 ans après il aura suffi d'un épisode de 10 heures entre l'hospitalisation de la mère à 23 heures et son accouchement avec extraction de l'enfant S. à 9 heures pour nouer le drame que vont vivre les parents entraînés dans une fausse explication et un combat sur une fausse voie pendant 13 ans, de 1984 à 1997, année où la cause de leur épreuve sera enfin établie avec le diagnostic d'hémimégalencéphalie ; il aura suffi d'un épisode de 10 heures pour casser la situation du médecin accoucheur Y. qui a subi condamnations pénales et civiles, destruction de son état professionnel et social, pendant 21 ans séparant l'acte médical de la nette mise hors de cause du praticien par le dernier expert, un bref espace de temps pour de bien longues et dures souffrances des uns et de l'autre.

Pour prendre conscience de la relativité des jugements scientifiques il suffit d'examiner les seules conclusions principales des experts successifs. L'expertise selon l'article 232 du code de procédure civile a pour objet d'éclairer le juge sur une question de fait qui requiert les « lumières » d'un technicien. Quand les lumières aboutissent à des contrastes tels que ceux qu'on va relever et qu'on relèvera le plus souvent, hélas a posteriori, le juge sera plus ébloui qu'éclairé et la justice telle la Thémis de la mythologie grecque errera les yeux bandés.

Dans notre exemple le kaléidoscope est le suivant :

- première expertise de 1987 : les circonstances de la naissance obligent à établir une relation directe de cause à effet avec l'état neurologique de S.

- deuxième expertise de juillet 1988 : l'anoxie est en rapport direct et certain avec le retard à la réalisation d'une césarienne.

- expertise de 1993 : est imputable le retard de césarienne ayant entraîné une souffrance fœtale aigüe par anémie liée à un placenta praevia expliquant les troubles neurologiques de l'enfant.

- dernier collège : les symptômes de l'enfant S. ne sont pas la conséquence d'une anoxo-ischémie aigüe secondaire à une souffrance fœtale aigüe ; ils sont en relation directe avec une anomalie congénitale. S. souffre d'une hémimégalencéphalie qui n'a aucun rapport avec les conditions de sa naissance. La pratique d'une césarienne le 14 août 1984 au soir n'aurait rien changé à l'état de santé de S.

A posteriori (toujours) la faiblesse des conclusions résulte de leur contradiction dans les termes mêmes : la première expertise se fonde sur les « circonstances » de la naissance pour dire leur causalité dans l'état neurologique de l'enfant ; la dernière écarte cette causalité en disant que l'état de l'enfant n'a aucun rapport avec les « conditions » de sa naissance. De même la seconde expertise se fonde sur une anoxie provoquée par le retard de césarienne, la troisième sur l'anémie avec souffrance fœtale due à ce retard alors

que la dernière met en doute anoxie et souffrance fœtale. Ces contradictions auraient-elles pu être évitées par des analyses plus rigoureuses, plus attachées aux données de fait qu'à des interprétations de données ? On est en droit de poser la question d'une exigence plus grande du bien-fondé scientifique des affirmations et de chercher une voie qui renforce la crédibilité de l'expertise ; le juge en attendant une évolution n'a que son esprit critique et son sens de la logique pour apprécier, comme il en a la mission, les conclusions de l'expert : l'arme est mince au regard de la science de qui conclut mais elle n'en a pas moins toute sa valeur (on y reviendra par la suite).

Il n'y a pas que le jugement scientifique qui puisse être relatif : le cas d'espèce souligne aussi la relativité de la justice, de ses jugements, de la procédure.

L'arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1992 rédigé de façon précise et concise (*l'imperatoria brevitatis*) relate les faits d'une manière qui a posteriori apparaît trop sélective : Mme X a été admise à la maternité d'un hôpital public à la suite d'hémorragie ; la sage-femme qui l'a examinée a constaté l'existence d'un placenta praevia recouvrant et la position transversale du fœtus, une hémorragie abondante et des contractions anarchiques, a téléphoné au Dr Y. de garde à domicile qui ne s'est pas déplacé et a prescrit un traitement destiné à différer l'accouchement alors qu'une césarienne aurait dû être pratiquée immédiatement ; l'enfant a subi une souffrance fœtale aigüe pendant les heures précédant l'accouchement...on comprend que cette relation des faits se base sur les expertises de 1987 et 1988 : la durée de l'aménorrhée (36 semaines) n'est pas précisée alors que la prématurité est impliquée par une durée inférieure à 37 semaines, n'est pas précisé que les saignements et contractions ont cessé et que leur reprise à 9 heures a entraîné la césarienne immédiate, tous éléments de fait qui rendent douteuses les affirmations de nécessité de césarienne à 23 heures et de souffrance fœtale aigüe pendant les heures précédant l'accouchement.

Surtout cet arrêt rappelle l'analyse de la cour d'appel de T... dont l'arrêt a été frappé de pourvoi par le père. Pour dire qu'il n'y avait pas eu faute détachable du service du médecin accoucheur la cour d'appel avait dit qu'une erreur avait pu avoir été commise sur le terme de la grossesse, que la responsabilité du prévenu n'excluait pas celle d'autres praticiens exerçant à la maternité, que le service auquel appartenait Y. était surchargé, que lui-même avait assumé un nombre de gardes supérieur à celui légalement exigible et que devait en être déduit que la faute commise revêtait le caractère de faute de service. Le pourvoi ajoute que la cour a dit que le Dr Y. au premier appel n'a pas été prévenu que la grossesse était arrivée à terme, que la sage-femme aurait dû remarquer la souffrance fœtale à 0h15 et rappeler le Dr Y. On voit ainsi que la thèse de la cour de T...ne manquait pas d'arguments et que sa décision n'était pas arbitraire.

La Cour de cassation n'a pas examiné le bien-fondé de cette thèse, et n'avait pas à le faire puisqu'elle était saisie de violations de la loi et qu'il suffisait qu'il en eût une pour

entraîner la cassation. Elle a seulement appliqué la règle de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : à partir du moment où le Dr Y. avait été définitivement condamné pour non-assistance à personne en danger -par le tribunal correctionnel de C... le 28 mars 1990- la cour d'appel devait le dire coupable d'un manquement inexcusable à ses obligations d'ordre professionnel et déontologique donc d'une faute détachable de la fonction. Il n'y a là aucune appréciation de fond mais application d'une règle générale fondée sur la paix publique qui exige que des décisions de justice ne se contredisent pas et qu'on considère que la chose jugée définitivement soit considérée comme la vérité (« res judicata pro veritate habetur ») même si au fond la question était bel et bien discutable. Vérité relative avec un cours procédural relatif...

Que se serait-il passé si le Dr Y. avait fait appel de sa condamnation pénale ? Et si la cour l'avait relaxé ? La question de la faute de service était tout à fait discutable sinon plausible. Or le délit de non-assistance à personne en danger était loin d'être constitué. Il est possible que l'image de l'enfant handicapé ait été imprimée en filigrane dans l'esprit des juges en ayant délibéré (il y a une autre interprétation possible des yeux bandés de Thémis qui consiste à la voir décider hors de toute vue émotionnelle). Or en 1990 existait de la jurisprudence relative à l'article 63 al 2 du code pénal, alors applicable, qui exigeait pour que le délit soit constitué que la personne en état de porter secours ait constaté l'existence d'un péril imminent et constant rendant son intervention nécessaire et d'autre part qu'elle se soit volontairement refusée à intervenir (Cass Crim 25.6.1964 D64-594), relaxant une infirmière pour erreur d'appréciation (même arrêt), de la jurisprudence relaxant un médecin du même chef pour erreur de diagnostic (Cass Crim 26.11.69 Bull crim 317) , arrêts rappelant que l'article 63 répare un manquement au devoir d'humanité et ne sanctionne pas le professionnel du service de santé qui à la suite d'un diagnostic erroné n'avait pas donné à son malade les soins requis par son état de santé réel. Des arrêts ultérieurs relaxeront un médecin des urgences qui n'a pas su diagnostiquer une grossesse extra-utérine (Paris 18.2.2000) ou un médecin qui informé par téléphone des tremblements et palpitations d'un patient qui prescrit un traitement et demande à être rappelé si la situation ne s'améliore pas (Limoges 7.5.1997 RSC1997-838), situation étrangement parente de celle du Dr Y. Avait-il été informé valablement du danger ? Avait-il volontairement refusé d'intervenir ?

La relativité à multiples facettes des solutions apportées rend légitime toute recherche méthodologique visant à réduire autant que possible cette relativité.

Charles Catteau & Claude Racinet

Dr Didier Legeais

Chirurgien Urologue, membre Associé de l'Académie de Chirurgie, Vice-président du Conseil départemental des médecins de l'Isère, président du Syndicat National des Chirurgiens Urologues Français, membre du Conseil d'Administration de l'association Française d'Urologie et de l'organisme agréé Urorisq.

Mme Isabelle Comparato

Juriste en médico-légale.

L'expertise médicale judiciaire : au cœur de la bienveillance

A. La pierre angulaire de la responsabilité médicale

L'enjeu des expertises médicales judiciaires va bien au-delà de la simple recherche indemnitaire. Il se joue au cœur de cette recherche de vérité des enjeux individuels et collectifs qu'il serait dommage de méconnaître.

L'expertise est avant tout une enquête médicale avec, sous le regard des parties la reconstitution d'une histoire pas à pas, où la réalité des faits médicaux est construite au fil de la découverte des indices laissés par les soignants. Ce travail passionnant de reconstitution est la pierre angulaire de la Vérité indispensable à tous pour assoir ou non la compréhension, l'indemnisation éventuelle mais aussi l'acceptation et parfois la rédemption.

Ceux qui participent aux expertises, ressentent bien, qu'au delà des enjeux professionnels des uns et des enjeux financiers des autres, il y a surtout des enjeux humains importants entre celui qui souffre et celui qui peut être responsable de cette souffrance.

Banaliser cet instant serait nier l'inquiétude et l'angoisse légitimes des parties.

B. Les enjeux individuels

L'expertise est une étape importante dans la reconstruction de celui qui est victime d'un accident médical fautif ou non fautif comme elle est importante pour celui qui a agi.

Enjeu affectif, personnel et financier, l'expertise médicale est la première étape de la reconstruction narcissique des parties.

Il n'y a que souffrance autour de l'Expert, et ce dernier avec calme, raison et bienveillance doit ouvrir le chemin de

la Vérité.

Suivront rapports, mémoires et conclusions, avis et jugements pour permettre enfin à chacun de reprendre une vie qui sera à jamais différente.

Personne ne ressort d'une expertise médicale dans l'indifférence.

L'Expert ou le collège d'Expert doivent appréhender ces sensibilités pour réussir cette étape de rencontre, de discussion, d'explication et d'acceptation, dans le cas contraire le reste de la procédure sera entaché de colère et parfois d'orgueil qui compliqueront le processus.

C. Les enjeux collectifs

L'objectif premier de notre organisation de soins est l'accès à des soins de qualité pour permettre à chacun de naître, de vivre, de guérir et de mourir dans la dignité, la sérénité et la bienveillance.

A travers la réalité médico-légale des expertises, nous avons un prisme qui nous éclaire sur la qualité des soins en général et surtout individuellement.

Avant même que des publications scientifiques fassent état des complications de telle ou telle prise en charge. Les conclusions d'expertises décrivent des accidents fautifs ou non qui permettent de connaître à un moment donné l'état de l'art médical.

Les accidents liés à la vaccination, à certains médicaments, au robot chirurgical, à des prothèses chirurgicales, à l'implant contraceptif, aux implants obstructifs des trompes, à des prothèses articulaires avec conflit métal-métal, sont des exemples où les Experts ont constaté, avant les sociétés savantes et les publications scientifiques, qu'il y avait des accidents et des complications jusqu'alors méconnus.

Il faudrait donc organiser et structurer la récupération de ces informations vers les sociétés savantes et les organismes agréés de gestion des risques pour leur permettre d'appréhender les éventuels dangers de telles ou telles techniques et publier rapidement des recommandations permettant d'agir efficacement sur les pratiques pour les faire évoluer. L'amélioration des pratiques sous l'autorité des Organismes Agréés doit tenir compte des retours des expertises médico-légales qui apportent une vérité professionnelle sans détour et sans prisme.

D. Traquer la déviance individuelle dans l'intérêt de tous

Tout système d'organisation humain doit tendre vers l'amélioration dans le respect de ce qui est juste et bienveillant, pour la collectivité comme pour les individus.

L'expertise est un lieu de « pré-justice » où sont mis à nu et analysés les comportements.

L'Expert doit rechercher la vérité pour guider la Justice. Il n'en reste pas moins que les uns et les autres ne sont pas des intelligences artificielles. On retrouve au cœur de l'expertise toute la comédie humaine et ses déviants qu'il faut faire disparaître au fil du temps.

La recherche de la vérité ne peut transiger avec l'incompétence de certains Experts, l'indemnisation des accidents fautifs ne peut tolérer que les responsables soient protégés indéfiniment par la mutualisation du risque.

Déviants Experts, déviants médecins ou déviants-patients doivent, au fil de l'eau judiciaire, disparaître dans l'intérêt de tous.

Au niveau des experts :

Sont déviants les Experts qui rendent des avis dans des domaines où ils n'ont aucune compétence...

Sont déviants les Experts qui ne se fondent que sur leur savoir sans entendre les arguments de l'évidence base médecine,

Sont déviants les Experts orgueilleux qui imposent leur avis sans même écouter, apprendre, raisonner...

Sont déviants les Experts systématiquement pro-patient ou pro-médecin ou pro-hôpital ou pro-libéral ou pro-quelques chose qui dénaturent le sens profond de l'expertise avec des a priori tellement forts qu'il ne peut sortir aucune Justice de tels comportements.

Au niveau des praticiens :

L'enjeu est ici de taille, tant l'impact des médecins exerçants déviants est important sur les équilibres médico-légaux.

Ils ont des mauvaises pratiques qui mènent inexorablement à des accidents médicaux et à des expertises médico-légales et pourtant les interdictions d'exercer sont exceptionnelles car les patients et leurs conseils vont naturellement en procédures indemnitaires (CCI, Civile) plutôt qu'en procédure de sanction (disciplinaire et pénale).

Ils représentent 0,001 % des praticiens exerçants, soit moins de 100 praticiens sur 210 000 exerçants en France.

Ils finiront par arriver devant une juridiction autoritaire mais souvent après des années d'exercice dangereux parsemées d'expertises médico-légales à charge.

Demander d'un côté aux organismes agréés d'analyser des déclarations spontanées d'ÉIAS (événements indésirables associés aux soins) dont certains sont inventés, et imposer la déclaration non anonyme d'ÉIGS (événements indésirables graves associés aux soins) à l'ARS, alors que dans le même temps personne ne traite, ni n'analyse les milliers d'expertises médico-légales qui ont lieu chaque année en France est un non sens.

Au niveau des patients et avocats :

Certains patients ou avocats sont procéduriers et caractériels, voire psychiatriques, par leurs revendications excessives ils perturbent le bon fonctionnement de l'expertise et de la Justice. Leurs droits doivent être respectés mais leurs excès doivent être contrôlés.

E. Commentaires et analyses des propositions retenues

Proposition 1

Pour les experts inscrits sur une liste d'experts des juridictions et/ou des CCI et spécialistes des disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 du code de la santé publique (CSP), il conviendrait de rendre obligatoire leur participation à des séances de formation au sein des organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS), pour être formés et pour former les médecins adhérents. À cette occasion, les OA seraient rendus destinataires de tous les rapports d'expertise (anonymisés) en lien avec leur spécialité, afin de les exploiter scientifiquement pour « former des formateurs » ou dispenser directement des formations aux candidats à l'inscription sur les différentes listes d'experts médicaux.

Note : nous proposons de rajouter : L'OA pourrait avoir un avis consultatif pour l'agrément des experts. Il pourrait être sollicité par une juridiction pour donner un avis professionnel sur un rapport d'expertise anonymisé. De même il pourrait être sollicité par ses membres pour signaler un expert-déviant et saisir alors le CDOM du département de l'expert. Les juridictions ou les parties peuvent signaler les praticiens déviants à l'OA qui peut saisir le CDOM pour le signaler ou l'OA peut porter plainte contre le confrère pour pratique non conforme.

Proposition 2

Me Amel Ghozia a préconisé d'associer, dans les cas complexes, le médecin-expert qui ne pratique plus la spécialité médicale à un médecin-expert praticien de la discipline, tous deux étant co-signataires du rapport d'expertise. Cette idée nous semble devoir être reprise.

Note : Nous proposons de rajouter : il faut préciser que cette liberté doit être soit imposée par la juridiction à la demande des parties, soit au libre choix de l'expert. Cette demande doit être portée auprès du juge des expertises.

Proposition 3

Pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de conditionner l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts des juridictions et/ou de la CNAMed à l'examen préalable des candidatures par des institutions compétentes dans la spécialité concernée : compagnies d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante. Les appréciations portées par ces instances devraient être motivées par des éléments objectifs tenant à la formation du candidat, à sa pratique dans la spécialité, à la qualité des expertises qu'il a déjà rendues.

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'OA pourrait avoir un avis consultatif pour l'agrément des experts. Il pourrait être sollicité par une juridiction pour donner un avis professionnel sur un rapport d'expertise anonymisé. De même il pourrait être sollicité par ses membres pour signaler un expert-déviant. et saisir alors le CDOM du département de l'expert. Les juridictions ou les parties peuvent signaler les praticiens déviants à l'OA qui peut saisir le CDOM pour le signaler ou l'OA peut porter plainte contre le confrère pour pratique non conforme.

Proposition 4

Dans un but de transparence, il s'agirait de rendre accessibles aux parties intéressées les avis exprimés par les institutions préalablement consultées - compagnie d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante - sur les dossiers de candidature de l'expert pour son inscription ou réinscription sur les listes d'experts des juridictions et/ou des CCI.

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'OA pourrait être sollicité par une juridiction pour donner un avis professionnel sur un rapport d'expertise anonymisé.

Proposition 5

Pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, il conviendrait de rendre obligatoire la transmission des expertises aux OA concernés, qui auraient la charge de les anonymiser avant de les exploiter scientifiquement, en partenariat avec les sociétés savantes, dans le but d'améliorer la prévention des risques liés aux soins. Cette proposition va dans le sens de celle qui avait été formulée par l'Académie nationale de médecine (cf. supra) mais elle suppose que le statut des OA évolue pour qu'ils ne se présentent plus comme des instances de défense des médecins (cf. infra).

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'OA pourrait éditer chaque année un bilan de la sinistralité basée sur la réalité des mises en cause et non sur des déclarations souvent inexactes.

Si l'OA reste installé dans une vocation de défense de ses adhérents. Il conviendrait alors de le remplacer par le Conseil National Professionnel dont la défense est la profession.

Proposition 6

Pour lever le soupçon de partialité qui peut peser aujourd'hui sur les OA, du fait de leur présentation maladroite, il conviendrait de renforcer leurs liens avec la HAS, les associations de patients et les sociétés savantes afin que les recommandations de ces organismes puissent être adoptées dans des conditions de parfaite objectivité pour être qualifiées sans réserve de « données acquises de la science ».

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'OA peut être mise sous contrôle du Conseil National Professionnel. Le CNP peut être saisi par les instances, la HAS.....

Proposition 7

La composition de la CRIS soit modifiée pour être élargie afin qu'y siègent des représentants des patients. Ainsi, le fonctionnement des OA serait rendu plus transparent.

Proposition 8

Des débats IDS/OA peut être tirée l'idée selon laquelle les experts qui acceptent une mission devraient se justifier en indiquant précisément en quoi ils sont spécialement compétents concernant les cas complexes qu'ils auront à traiter, au regard de la mission que le magistrat ou la CCI aurait définie. Les experts pourraient être tenus ensuite de répondre aux arguments des parties qui mettent en doute sa compétence sur des aspects particuliers de l'affaire. Il y aurait ainsi un débat sur la qualification de l'expert avant qu'il n'entame sa mission, le juge ou le président de la CCI prenant la décision finale au terme des échanges contradictoires.

Note : **Nous proposons de rajouter** : les magistrats peuvent prendre un avis auprès des OA, CNP et de l'HAS.

Proposition 9

Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'il n'y a pas de raison que les expertises médicales ne reprennent pas cette démarche qui s'impose désormais dans les expertises sanitaires. En conséquence, il est proposé que les missions d'expertise ordonnées par les magistrats et les CCI fassent obligation aux experts d'indiquer le niveau de preuves de leurs affirmations, en référence à la méthodologie utilisée par la HAS.

Note : Excellente proposition.

Proposition 10

Par rapport à la proposition de M. Matet, reprise dans la contribution de M. Garapon, on peut donc conclure qu'il ne manque, dans la pratique française actuelle, que l'habitude de procéder à une interrogation orale de l'expert après dépôt de son rapport, procédure que le droit autorise et qui pourrait s'apparenter à la technique anglo-saxonne du Hot tub. Il est donc proposé de rendre plus fréquente cette pratique.

Proposition 11

Concernant les procédures mises en œuvre par les juridictions judiciaires civiles, le code de procédure civile (articles 282 et s. CPC) ne prévoit toujours pas le dépôt par l'expert d'un pré-rapport. Des débats IDS/OA, on peut tirer la conclusion qu'un tel dépôt est devenu une pratique courante mais qu'elle n'est pas systématique. On peut donc proposer que cette pratique soit consacrée dans les textes afin qu'elle soit véritablement effective dans les procédures qui le nécessitent.

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'expert doit laisser un délai minimum de 1 mois pour que les parties aient le temps de rédiger des dires.

Nous proposons que les experts qui n'ont pas rendu leur rapport plus de 3 mois après la date limite soit exclus des listes d'experts sauf cas de force majeure.

Proposition 12

Il serait possible de s'inspirer de ce mécanisme dans les affaires complexes, concernant des spécialités médicales à risques aggravés. Ainsi, serait ouverte aux parties la possibilité de demander au juge ou à la CCI de saisir un OA pour lui demander d'apprécier la qualité de la méthodologie suivie par l'expert. Bien entendu, le dossier serait anonymisé, l'identité de l'expert étant en particulier dissimulée. L'OA devrait vérifier la rigueur du raisonnement scientifique et en particulier le bien-fondé des données sur lesquelles l'expert s'appuie (« données acquises de la science » ; le bien-fondé des références scientifiques en relation avec l'affaire, etc.). Cette possibilité aurait sans doute un effet préventif : la qualité des expertises serait certainement et « spontanément » améliorée si les experts savaient que leurs travaux peuvent faire l'objet d'une lecture critique par un organisme spécialisé. Ce mécanisme apparaît particulièrement justifié quand l'expert a été choisi hors liste, pratique devenue fréquente dans les CCI.

Note : Excellent. Mais il nous semble que cette saisie devrait pouvoir aussi être faite pour les CNP et les sociétés savantes.

Proposition 13

Cependant, il paraît souhaitable que les praticiens soient préparés au cours de leurs études à devoir s'expliquer à l'occasion d'une expertise médicale. Des enseignements spécifiques et obligatoires devraient être généralisés à cet effet au sein des facultés de médecine. Ils seraient dispensés par des juristes, des psychologues et des experts habitués des procédures.

Note : **Nous proposons de rajouter** : L'enseignement des obligations déontologiques et légales doit être structuré et généralisé en début et fin de cursus.

Proposition 14

Cette déclaration d'indépendance paraît s'imposer concernant particulièrement les experts qui sont choisis hors liste, comme c'est le cas fréquemment dans les procédures CCI. Une prestation de serment ne semble pas suffisante, car elle est trop générale. Pour cette raison au moins, les pouvoirs publics devraient rendre obligatoire le dépôt par l'expert d'une déclaration d'indépendance qui porterait très précisément sur son indépendance dans l'affaire particulière pour laquelle il accepte la mission.

Note : **Nous proposons de rajouter** : Les médecins experts doivent déclarer en début de rapport leurs éventuels conflits d'intérêts en particulier leur fonction d'assistant conseil pour des compagnie d'assurance ou des associations de patients. En début de rapport ils précisent leurs fonctions ordinaires, syndicales....

Proposition 15

Il est donc proposé de rappeler que le doute sur l'impartialité d'un expert ne devrait pas être considéré comme un argument suffisant pour ne pas répondre ni même examiner les arguments qu'il fait valoir.

Note : **Nous proposons de rajouter une proposition 16**
Le Bureau central de tarification doit se faire communiquer l'ensemble des rapports d'expertise d'un praticien. Anonymisés pour l'identité patient, ils sont présentés à l'OA ou le CNP qui soutient ou non la demande du praticien. S'ils s'opposent à la souscription d'un contrat RCP pour le praticien, le BCT saisit le conseil national de l'ordre pour instruction dans le cadre d'une procédure spéciale pour insuffisance professionnelle et mise en danger d'autrui.

Didier Legeais & Isabelle Comparato

Rémi Pellet

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

Brèves observations sur certains commentaires de la note de synthèse

Faute de consensus général dans les débats préparatoires au colloque, j'ai essayé de dégager les idées qui avaient l'assentiment d'une partie au moins des participants. Pour souligner leur nouveauté ou, au contraire, le fait qu'elles s'inscrivaient dans la logique de travaux antérieurs, j'ai rapproché ces propositions de celles qui avaient été formulées dans des rapports publiés au cours de la décennie passée.

Même si j'ai essayé d'être objectif, en m'efforçant d'être plus « greffier des débats » que « doctrinaire », je me suis forgé certaines convictions au cours des deux journées de travail et elles ont pu transparaître dans la note de synthèse que j'ai rédigée. Je comprends donc parfaitement que ce texte ne pouvait pas faire consensus et qu'il ait pu susciter des réserves et même de fortes oppositions.

Cependant, il me semble que certaines de ces objections ne sont pas fondées et que plusieurs propositions de réforme résistent donc aux critiques qui leur ont été adressées. Pour aller à l'essentiel, plutôt que de reprendre tous les éléments en débat, je me concentrerai sur ceux qui me paraissent les plus importants.

1- Critiquer n'est pas « déprécier par principe »

Dans leurs commentaires, les responsables de la CNAMed ont fait la remarque suivante : *« Il y aura toujours des expertises dont la qualité sera jugée insatisfaisante, mais le discours qui consisterait à déprécier par principe la qualité des expertises judiciaires et des CCI est absolument injuste et ne correspond pas à la réalité rencontrée par ceux qui, au quotidien, traitent du contentieux de la responsabilité médicale ».*

Bien entendu, contrairement à ce qui est suggéré, au cours des débats personne n'a eu l'intention de « déprécier par principe la qualité des expertises », ce qui aurait été absurde.

Même si la CNAMed a été très sévèrement critiquée dans un rapport récent de la Cour des comptes, j'ai tenu à mentionner dans la note de synthèse les réponses du président de la Commission nationale et des présidents des CCI.

Il me semble malvenu de faire un procès d'intention à ceux qui, comme moi, s'interrogent sur la qualité des expertises rendues par les CCI, aussi bien d'ailleurs que sur celles qui sont produites devant les juridictions. D'autre part, il est permis d'être moins fataliste que la Commission nationale qui semble s'accommoder un peu facilement qu'il puisse exister longtemps encore de mauvaises expertises. Et, enfin, je regrette que la CNAMed minimise toutes les critiques qui sont adressées au système actuel et ne propose ni ne soutienne aucune réforme importante alors que certaines corrections sont demandées de longue date par des institutions importantes, comme le rapport de synthèse l'a montré.

2- Pourquoi refuser par principe de connecter les « expertises sanitaires » et les « expertises médicales » ?

Pour y voir clair, il me semble important de rappeler qu'il existe aujourd'hui deux systèmes d'expertises qui co-existent sans être « connectés » :

- le premier est celui que l'on peut appeler celui des « expertises sanitaires » au centre duquel se trouve la Haute autorité de santé (HAS), celle-là même qui, d'une part, publie des recommandations de bonnes pratiques, mais qui, d'autre part, et c'est moins connu, agrée des organismes spécialisés (OA) qui ont la charge d'accréditer les médecins et équipes médicales des disciplines à risques aggravés : chirurgie, obstétrique, anesthésie.

- le second système est celui des « expertises médicales » qui est en fait composé de quatre ensembles : les experts judiciaires, les experts choisis par les juridictions administratives, les experts de la CNAMed et les experts hors liste...

Dans leurs commentaires respectifs, la CNAMed et M. Roussel souhaitent que les deux systèmes co-existent sans se rejoindre au motif qu'ils n'auraient pas les mêmes objectifs. La CNAMed considère que *« les OA sont investis dans une démarche qui vise à améliorer la qualité de soins proposés et participent au développement d'une culture de sécurité »* et que *« cette dimension est étrangère à la finalité première de l'expertise médicale judiciaire ou en CCI »*, sachant que ce type d'expertise *« ne s'inscrit pas dans la même temporalité que l'analyse d'un risque qui se serait réalisé »*. Pareillement, pour

M. Roussel, « *il importe ainsi que chacun reste dans le rôle qui lui a été imparti par le législateur et le pouvoir réglementaire* ».

Or, l'objectif des propositions est précisément d'**aboutir à ce que les expertises « médicales » et les expertises « sanitaires » s'enrichissent réciproquement**. Pourquoi ne pas se servir du résultat des expertises juridictionnelles/CCI pour élaborer des recommandations de bonne pratique ? La sécurité du transport aérien augmente grâce à l'exploitation systématique des expertises qui sont diligentées à l'occasion des accidents : pourquoi en serait-il différemment dans le domaine médical ? Les commentaires en réponse à la note de synthèse évitent malheureusement de répondre à ces questions.

3- Il faut reconnaître la persistance de risques d'erreurs majeures

La CNAMed propose seulement de perfectionner un peu le système des expertises médicales, en attribuant plus de moyens financiers à la CNAMed et/ou aux experts. Or, il me semble que le système des expertises médicales, même un peu perfectionné, ne pourra pas s'améliorer notablement s'il reste fondé sur les bases actuelles. **Aujourd'hui, rien n'empêcherait la répétition de l'affaire « Hayum ».**

Dans son commentaire, la CNAMed a écrit : « *votre référence à l'affaire "Hayum" du nom du praticien mis en cause, montre qu'il est très difficile de sauvegarder le secret médical qui doit protéger l'ensemble des parties* ». Or, bien évidemment, ce n'est pas moi, comme cela est sous-entendu, mais le docteur Hayum lui-même qui a volontairement médiatisé son affaire parce qu'elle est **un exemple d'un dysfonctionnement gravissime du système d'expertise judiciaire**.

Pour mémoire, dans cette affaire plusieurs experts près de la Cour de cassation s'étaient fourvoyés et leurs erreurs avaient failli entraîner la faillite d'un obstétricien. Le professeur Racinet et le magistrat honoraire M. Catteau ont fait une remarquable analyse de cette affaire dans le document qui fait partie du présent dossier. Or, **personne ne peut dire aujourd'hui qu'une telle affaire ne pourrait pas se reproduire, parce que rien n'a été fait pour qu'il en soit autrement**.

Aujourd'hui, dans certains domaines, les incertitudes sont majeures : par exemple, comme le rappelle le rapport de synthèse, en obstétrique, concernant la lecture du rythme cardiaque foetal « les lecteurs-experts ne sont totalement d'accord entre eux que dans 20 à 30 % des cas » ce qui veut dire **qu'ils sont en désaccord entre eux dans 60 à 70 % des cas !** Or, dans les contentieux qui mettent en cause des obstétriciens, il est avéré que l'interprétation du RCF par les experts des juridictions/CCI joue un rôle souvent décisif dans la détermination des responsabilités.

4- La CNAMed minimise le recours des CCI à des experts hors liste

Comme le rapport de synthèse l'a souligné, la conférence de consensus judiciaire considérait qu'« il n'est pas de bonne pratique de choisir des experts hors liste ». Concernant le système CNAMed, la loi n'autorise les désignations d'experts hors liste qu'« à titre exceptionnel » (l'article L 1142-12 du CSP.).

La **Cour des comptes**, dans son rapport de 2017, d'une particulière sévérité, constatait que **la pratique des présidents de CCI de « confier des expertises à des médecins non inscrits, dont elle n'a pas assuré la formation » est « devenue courante »**. Sur cette base, j'ai écrit dans la note de synthèse que le choix d'experts hors liste est une pratique devenue « fréquente » dans les CCI.

La CNAMed répond qu'en 2017, « *Sur la totalité des experts auxquels les CCI ont eu recours, 25 % d'entre eux sont hors liste et cette pratique est autorisée par l'article L 1142-12 du CSP* ». **Devant les CCI, un expert sur quatre est donc choisi hors liste**. Ce n'est pas ce qu'on peut appeler sérieusement une pratique « exceptionnelle ».

La CNAMed soutient que l'expert hors liste « *intervient, dans la majorité des cas, en collégialité avec un expert inscrit sur une liste* » mais il faut se contenter de cette affirmation qui n'est étayée par aucun chiffre. Le commentaire de la CNAMed est d'autant plus surprenant que **les présidents de CCI**, comme je l'ai souligné dans mon rapport, insistent sur le fait que **sans le recours à des experts hors liste « le dispositif actuel cesserait en effet de fonctionner à brève échéance »**. Les présidents de CCI n'auraient pu écrire cela si la désignation d'experts hors liste restait véritablement « exceptionnelle ».

5- La formation scientifique « de haut niveau » des experts n'est pas réellement assurée

La loi du 4 mars 2002 disposait que la Commission était « chargée d'assurer » cette formation. Comme la CNAMed n'y parvenait pas, l'article 112 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a réduit l'obligation de la CNAMed qui n'est plus chargée que de « contribuer à » cette formation. Mais la Commission reconnaît qu'elle « *ne dispose d'aucun moyen budgétaire pour assurer elle-même la formation des experts inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et sa mission* ». Que fait alors la CNAMed ?

Selon elle, « *son objectif est de repérer des organismes ou des structures universitaires qualifiées présentant des garanties d'indépendance pour contractualiser avec eux la mise en œuvre d'une formation de haut niveau adaptée aux besoins des experts* ».

Cependant, **la Cnamed ne publie rien sur le sujet, son dernier rapport public étant de 2013**. Tout ce que l'on sait c'est, comme je l'ai écrit dans ma synthèse, qu'elle « organise **des séances de formation d'un peu moins de**

trente heures sur le droit des expertises médicales ». Et, à ma connaissance, **il s'agit de formations juridico-éthiques**, dont les intéressés disent qu'elles n'ont qu'un intérêt « relatif » (pour être aimable) et certainement pas « scientifique ».

La CNAMed ne propose aucune réforme importante, sinon, implicitement, de lui accorder un budget de formation mais **elle n'indique pas quel usage scientifique elle en ferait**.

Concernant la formation continue des experts, M. Roussel considère pour sa part que « *les compagnies d'experts animent déjà un grand nombre de formations initiales et continues* » et que « *ces formations paraissent adaptées, tant en volume horaire qu'en qualité* ». Mais qu'est-ce qui l'atteste ? **Comment en pratique l'obligation de formation continue est-elle satisfaite ?** Est-ce qu'on peut répondre à une telle obligation en obtenant une simple attestation de présence à des colloques, comme c'est le cas pour la formation continue des avocats ?

Venir écouter des spécialistes d'un sujet complexe, c'est s'informer, pas se « former ». Dans le domaine médical, un véritable stage de formation passe par la vérification de l'acquisition des connaissances par les stagiaires et de leur capacité à appliquer leur savoir technique. Or, **les colloques organisés par les sociétés savantes ne sont pas organisés dans cette perspective.**

6- Il faut évaluer la qualité des expertises plus et mieux encore que la moralité des experts

Au risque de surprendre et même de choquer, il me semble que cette opposition est stérile et trompeuse. Pour devenir experts judiciaires ou de CCI, il y a **autant de motifs purs et impurs** que pour devenir experts de compagnies d'assurance, que pour devenir magistrat, que pour devenir avocats de médecins ou de patients, que pour devenir professeur d'université...

Il n'y a pas que l'argent qui corrompt : le goût du pouvoir, de la reconnaissance qu'on n'a pas pu obtenir ailleurs, le désir de notoriété, celui de régler des comptes... peuvent conduire aussi à la partialité. Cela vaut pour les professeurs d'université, dont je fais partie, comme pour les médecins-experts.

Ce qui importe ce n'est pas tant la « qualité » juridico-éthique des experts que la qualité des expertises qu'ils rendent. C'est pourquoi il est permis de condamner le raisonnement suivi par certaines juridictions qui refusent de prendre en compte des expertises « privées » au seul motif qu'elles sont rédigées par des médecins rémunérés par des assurances.

Dans l'idéal, il faudrait que les juridictions/CCI puissent lire les expertises en ignorant l'identité de leurs auteurs dès lors que leur qualité de spécialistes du sujet aurait été préalablement établie. C'est ainsi que procèdent les

revues scientifiques lorsqu'elles confient les articles qu'elles envisagent de publier à des lecteurs qui ignorent tout des auteurs des textes. Cette méthode ne permet pas d'éliminer complètement les erreurs mais elle contribue certainement à les limiter.

Le système actuel des expertises médicales ne permet pas d'évaluer scientifiquement leur qualité. Dans son commentaire, la CNAMed confirme qu'elle et les assemblées générales des cours d'appel ne s'appuient pas sur un bilan scientifique précis des expertises rendues par les candidats à une réinscription ou, pour les candidats à une première inscription, sur leur réussite à des épreuves de sélection conçues à partir de cas concrets d'expertise.

On peut donc faire mieux en la matière. Sur le sujet, la proposition de réforme qui a été avancée dans les réunions préparatoires à ce colloque part de celle qui avait été avancée par l'Académie nationale de médecine.

7- Ne pas déformer les propositions qui s'inspirent de celles de l'Académie nationale de médecine

L'ANM avait proposé de « connecter » les systèmes des expertises médicales et des expertises médicales, en opérant deux réformes essentielles :

- d'une part, en appliquant les principes de la « médecine basée sur des preuves », à savoir faire obligation aux experts en responsabilité médicale d'**indiquer le niveau de preuve de leurs arguments selon les classements élaborés par la HAS, pour les disciplines à risque aggravés ;**

- d'autre part, **en étendant la mission des OA par la HAS à la certification des experts en responsabilité médicale.**

Les propositions évoquées lors des débats IDS/OA ne faisaient que prolonger cette logique. Dans ce schéma, concernant les spécialités à risque aggravés, les organismes agréés (OA) par la Haute autorité de santé (HAS) exploiteraient les expertises :

- afin d'en tirer des recommandations de bonnes pratiques,

- de s'en servir pour former les experts dans le but de les certifier,

- pour apprécier la qualité des expertises, à la demande des parties.

En particulier, il a été proposé que les OA soient rendus destinataires des rapports d'expertise anonymisés afin de servir à la formation des experts. La CNAMed a objecté que « *la communication des rapports anonymisés, à but scientifique, [...] se heurte à l'article 247 du CPC* ». Mais la CNAMed ne cite par l'article qu'elle oppose. Or, **l'article 247 du code de procédure civile dispose** que « *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée* ».

Donc, contrairement à ce que soutient la CNAMed la loi autorise donc d'ores et déjà les juges et les parties intéressées à communiquer des expertises à des OA. Au demeurant, cette communication ne serait-elle pas autorisée comme elle l'est, rien n'interdirait de la proposer au législateur.

On remarquera de surcroît qu'il a été proposé de transmettre des rapports « anonymisés », cette anonymisation visant précisément à éviter de porter atteinte à « l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ».

Lors des débats avait été également proposé « pour les disciplines médicales à risques aggravés, telles qu'elles sont listées à l'article D 4135-2 CSP, [...] de conditionner l'inscription ou la réinscription sur une liste d'experts des juridictions et/ou de la CNAMed à l'examen préalable des candidatures par des institutions compétentes dans la spécialité concernée : compagnies d'expert, organisme agréé (OA) par la HAS, société savante ».

Selon la CNAMed cette proposition porterait atteinte aux prérogatives qu'elle tire de la loi de 2002 « de dresser la liste des experts spécialisés en matière d'accidents médicaux, d'infections nosocomiales et d'affections iatrogènes » et elle reviendrait, « pour les experts inscrits sur la liste de la Cour d'appel, à retirer au procureur de la république son pouvoir d'instruction des demandes initiales et de renouvellement, et à l'assemblée générale des magistrats de la Cour, son pouvoir de les apprécier ». La CNAMed considère au surplus qu'il ne faudrait pas suivre la proposition parce que « les OA ou associations professionnelles n'interviendraient pas pour émettre un avis sur la candidature, mais assureraient ainsi un premier filtrage des candidatures, une sélection des candidats selon des critères non définis ».

Cette interprétation est clairement abusive car il n'a été proposé que d'imposer une procédure d'avis préalable sur les candidatures, les autorités judiciaires et la CNAMed demeurant libres de tenir compte ou non de ces avis.

Aucun pouvoir ne serait donc retiré aux procureurs de la république, aux assemblées générales des magistrats de Cours d'appel non plus qu'à la CNAMed. Il n'y aurait donc aucun filtrage mais simplement **un avis rendu sur la base de critères scientifiques définis à partir de l'exploitation des expertises** que les OA se verraient transmettre à des fins d'exploitation systématique.

La CNAMed considère de surcroît que la proposition tendant à faire mettre en place un mécanisme d'évaluation des expertises par un ensemble HAS-OA serait contraire au principe selon lequel il devrait appartenir « à l'expert de prouver qu'il satisfait à des critères qui doivent être vérifiés par une autorité judiciaire, ou indépendante ou encore par un ordre professionnel ». Or, en réalité, dans le système proposé, **l'expert pourrait prouver ses compétences en s'appuyant sur l'avis rendu par l'OA dont l'avis aurait été sollicité.**

Il est donc permis de trouver particulièrement mal fondée l'opposition de la CNAMed aux principales propositions tirées des débats préparatoires à ce colloque.

8- Apprécier objectivement les organismes agréés par la HAS et le mode actuel de sélection des experts

Comme nous l'avons rappelé, l'Académie nationale de médecine (ANM) a été la première à proposer de faire jouer un rôle aux organismes agréés par la HAS pour la certification des experts, comme ils contribuent aujourd'hui pour le compte de la HAS au processus d'accréditation des médecins et équipes médicales exerçant des spécialités « à risques aggravés » dans les établissements publics et privés de santé.

En pratique, les OA sont aujourd'hui sollicités par des praticiens qui cherchent un avis sur des expertises qui les mettent en cause. C'est pour cela que certains de ces organismes agréés se présentent comme des instances de défense de leurs confrères.

Bien entendu, et **le rapport de synthèse insiste sur ce point**, pour que les OA puissent être éventuellement saisis par les juridictions ou des CCI, il faudrait que leur « positionnement » soit clarifié et que leur statut soit modifié afin d'assurer une complète transparence sur leur fonctionnement, par l'introduction de représentants de patients, par exemple. **La CNAMed feint d'ignorer que la note de synthèse insiste sur la nécessaire transformation des OA** afin qu'ils cessent de se présenter comme des organismes de défense des praticiens.

D'autre part, **la CNAMed et M. Roussel défendent une position paradoxale et en fait intenable.** Ils considèrent en substance que les OA sont trop « corporatistes » pour pouvoir jouer un rôle à l'avenir dans l'analyse des expertises médicales et ils se disent en revanche satisfaits du mode actuel de sélection des experts. Or, quand elles procèdent à la sélection des experts, les juridictions et les CCI s'appuient sur l'avis des sociétés savantes et du conseil de l'Ordre des médecins. **En quoi ces instances sont-elles moins « corporatistes » que les OA ?** Concernant les conflits d'intérêts, il n'est pas rare que des sociétés savantes soient mises en cause au motif qu'elles entretiennent des liens trop étroits avec certaines entreprises privées¹.

Le conseil de l'Ordre et les sociétés savantes vérifient-ils réellement la qualité du travail des médecins candidats aux fonctions d'expert ? Les débats préparatoires au colloque conduisent à répondre par la négative à cette question capitale.

Qu'est-ce qui ferait obstacle à ce que l'avis des OA-HAS s'ajoute à celui du conseil de l'Ordre et des sociétés savantes pour la sélection des experts ? À tout prendre, vaut-il mieux un avis d'instances comme les sociétés savantes

1 - On peut ainsi lire que « Les sociétés savantes d'où sortent les experts recrutés pour élaborer des recommandations savent leurs financements dépendants des aides accordées par l'industrie » : Formindep : « Recommandations sur la prise en charge des dyslipidémies : farcies d'intérêts et fortement biaisées », [en ligne](#).

dont aucune autorité publique n'évalue les méthodes de travail ou bien l'avis d'organismes soumis au contrôle de la HAS ?

S'il n'y a pas de consensus sur les OA déjà créés, on peut parfaitement en concevoir d'autres ou recourir à la CRIS, comme le docteur Jean Marty le préconise dans sa contribution aux débats. L'essentiel est de ne pas renoncer à créer un lien entre le système des expertises sanitaires et celui des expertises médicales pour établir un « cercle vertueux » dans le traitement des risques.

Dit autrement, **il faut exploiter scientifiquement cette « mine d'informations » que représentent les expertises produites devant les juridictions et les CCI** afin d'élaborer des recommandations de bonnes pratiques, d'améliorer la formation des experts et d'évaluer la qualité de leur travail.

J'ai bien conscience que mes observations ont pu heurter des sensibilités ou des intérêts. Aussi, pour conclure en prévenant certaines polémiques inutiles, vais-je me permettre de citer une note de bas de page d'un article que j'ai publié en 2017 dans les actes d'un précédent colloque :

« Le propos paraîtra sans doute exagéré à certains. Nous ne verrions que des avantages à ce que la contradiction nous soit apportée mais nous attendons une critique précisément argumentée. Chaque fois qu'une politique ou une institution est très sévèrement mise en cause, il se trouve de fins esprits pour refuser le débat au motif que "tout ce qui est excessif est insignifiant" : ces malins feraient bien pourtant de se souvenir que l'auteur de la maxime, Talleyrand, était notoirement corrompu et que son modérantisme de principe servait à justifier ses compromissions »².

Rémi Pellet

2 - « Établissements de santé et restes à charge » in Actes du colloque de l'AFDS, Santé et restes à charge, Dalloz, 2017, pp. 45-62, [en ligne](#).

Laurence Warin

Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP.

Quand la politique de prévention en santé implique les acteurs économiques

Le Nutri-Score est apparu depuis quelques mois sur les emballages des produits alimentaires transformés, dans le but d'aider les consommateurs à faire des choix plus sains pour leur alimentation. Ce système d'étiquetage nutritionnel reposant sur le volontariat pour les industriels soulève la question de l'arbitrage entre les impératifs de prévention en santé et la marge de manœuvre laissée aux différents acteurs concernés.

L'État dispose de nombreux outils politiques et législatifs, plus ou moins contraignants, directs ou indirects, pour l'élaboration de la politique de santé. L'évolution actuelle de son positionnement doit tenir compte de plusieurs éléments. Premièrement, les différentes lois de santé adoptées depuis vingt ans, ainsi que la création de la Stratégie nationale de santé ont contribué à réaffirmer le rôle de l'État dans la gouvernance du système de santé¹. On constate un réel besoin d'intervention de la puissance publique, fondé sur la protection contre le risque².

Deuxièmement, la place de l'argument juridique dans le débat politique prend de l'ampleur et le droit s'affirme aujourd'hui comme « dispositif d'encadrement des phénomènes politiques », du fait d'une demande croissante de régulation juridique³. Or, l'état du droit aujourd'hui est caractérisé par un pluralisme en pleine évolution, notamment en raison de l'émergence des règles de droit souple et d'une aspiration à davantage de co-construction des normes et à moins de contrainte.

Enfin, à côté de la transformation du droit, le politique et le législateur doivent faire face à un contexte de maladies chroniques liées au mode de vie, notamment l'obésité

et le diabète, de sorte que la nécessité de prendre des mesures préventives face à ces fléaux devient de plus en plus patente. Différentes approches, axées notamment sur les environnements de vie, sont possibles. Quant aux comportements individuels, ils sont la cible de propositions d'orientations, de régulations et même d'interdictions.

Par ailleurs, la place de l'État dans les problématiques de santé est partagée avec d'autres parties prenantes qui souhaitent affirmer leur voix, notamment les citoyens, les associations de défense d'intérêts particuliers, mais aussi l'industrie.

Ces constats mènent à des questions qui touchent à la façon dont l'État intervient en matière de prévention en santé. Dans quelle mesure peut-il utiliser la contrainte pour atteindre ses objectifs, et vers qui celle-ci peut-elle être dirigée ? Quelles formes d'interventions la puissance publique utilise-t-elle pour orienter les comportements individuels vers des modèles favorables à la santé ? L'individu est-il réellement le seul destinataire des interventions en santé publique ?

Si les politiques de prévention en matière de santé peuvent être contraignantes envers la population (I), le législateur et le politique passent parfois par une autre catégorie d'acteurs, à savoir les opérateurs économiques, pour imposer les mesures nécessaires (II). Le destinataire des régulations à des fins de prévention en santé publique n'est donc pas toujours celui que l'on croit.

I) L'atteinte aux libertés individuelles au nom de la prévention en santé publique

La protection de la santé de la population exige parfois des mesures contraignantes, c'est-à-dire principalement des obligations et des interdictions. Or, si le citoyen est la cible évidente des mesures de protection de la santé publique, les politiques et lois adoptées dans ce but ne font pas nécessairement peser la contrainte sur lui. En effet, les dispositions qui s'imposent à la population par la force publique correspondent souvent à des atteintes aux libertés individuelles et restent à ce titre exceptionnelles. Ces atteintes doivent être adaptées et proportionnées aux risques qu'elles visent à contrôler⁴.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 réaffirme les droits et libertés de l'Homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789, parmi lesquels la liberté. Ce dernier texte énonce également que « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à

1 - Trépreau M, La Stratégie nationale de santé : un instrument disruptif de mise en œuvre de la politique de santé ?, RDSS 2018, p.389
2 - Pontier J-M., La puissance publique et la prévention des risques, AJDA 2003, p.1752
3 - Chevallier J., Science du droit et science du politique, de l'opposition à la complémentarité, Droit et politique 1993, p.251-261

4 - Tabuteau D., Les interdictions de santé publique, Les Tribunes de la santé 2007/4, n° 17, p. 21-38.

la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

L'articulation entre les intérêts individuels et collectifs est une partie intégrante de l'élaboration de la politique de santé. La pondération dans le degré d'intervention et de contrainte semble d'autant plus ardue à assurer que l'on constate de nos jours dans la population à la fois une attente de protection étatique face aux risques ainsi qu'une large marge d'action pour pouvoir prendre les risques choisis pour soi-même, comme le fait de fumer ou de conduire⁵.

L'une des mesures de prévention revêtant une forme coercitive et ayant eu l'impact le plus visible est le port obligatoire de la ceinture de sécurité pour les automobilistes, qui fut introduit progressivement à partir des années 1970⁶. Dans ce cas de figure, si la contrainte repose sur l'individu, l'effet recherché est en fait double puisqu'il s'agit de protéger la sécurité individuelle et de réduire les coûts engendrés pour la société par les accidents⁷.

L'encadrement de la consommation de tabac présente un nombre particulièrement élevé d'interdictions dirigées vers les fumeurs eux-mêmes. Ainsi, la loi Veil du 9 juillet 1976, la loi Évin du 10 janvier 1991, le décret Bertrand du 15 novembre 2006 et plus récemment la loi Touraine du 26 janvier 2016 et l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 ont contribué à restreindre considérablement les possibilités de fumer dans les lieux publics, et notamment dans les établissements scolaires et les transports collectifs⁸. Sortant de la logique des espaces à usage collectif, le législateur en 2016 est allé jusqu'à interdire à tous les occupants de véhicules de fumer en présence d'un mineur⁹, mesure qui interpelle par son caractère intrusif et par la difficulté à en contrôler l'application. Par ailleurs, l'interdiction de fumer est désormais étendue au vapotage, proscrit des établissements scolaires et des établissements destinés à l'accueil, à la formation et à l'hébergement des mineurs, des moyens de transport collectif fermés et des lieux de travail fermés et couverts à usage collectif¹⁰.

Un autre grand chapitre de la politique de prévention en santé concerné par les mesures contraignantes est celui de la vaccination obligatoire. L'article L3111-2 du Code de la santé publique énonce les onze vaccinations rendues obligatoires depuis loi du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018. Selon la Ministre de la solidarité et de la santé Agnès Buzyn, l'objectif de cette réforme n'était

pas de sanctionner, mais de restaurer la confiance en la vaccination, en l'occurrence au moyen de la contrainte¹¹. Cette méthode ambiguë illustre l'hésitation du politique entre mesures contraignantes et mesures plus souples pour certaines questions épineuses de santé publique.

L'interdiction de produire, de fabriquer, de transporter, de détenir ou d'utiliser du cannabis¹² est appliquée et punie mais sa suppression est actuellement évoquée dans certains débats politiques et sociaux.

Le périmètre des mesures contraignantes dirigées directement vers les citoyens dans le but de prévenir les risques sur la santé reste bien délimité. Certains sont d'avis qu'il faudrait étendre ces interdictions à d'autres domaines afin de mieux protéger la santé¹³.

Mais la tendance est à l'utilisation parcimonieuse de ces types de mesures. En effet, en matière de prévention des conduites jugées « à risques », les pouvoirs publics tendent à utiliser l'information et la persuasion davantage que la coercition¹⁴. S'agissant de la vaccination, l'article L3116-4 a été abrogé par la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017. Il punissait d'une peine d'emprisonnement et d'une amende les personnes refusant de se soumettre ou de soumettre aux obligations vaccinales ceux sur lesquels était exercée l'autorité parentale ou celles ayant la volonté d'en entraver l'exécution. Désormais, la poursuite des titulaires de l'autorité parentale qui n'ont pas procédé à une vaccination obligatoire pour leur enfant doit se faire sur le fondement de l'article 227-17 du code pénal, qui englobe des cas plus généraux.

Dans un contexte où le lien entre santé et alimentation est de plus en plus reconnu, il n'y a pas pour autant d'injonction adressée aux individus vis-à-vis de leur consommation alimentaire. Sur ce plan, le législateur a choisi, dans la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, un système d'information nutritionnelle à apposer sur les aliments par les industriels. Ainsi, le consommateur reste libre de faire des choix éclairés pour son alimentation. De même, il n'y a pas d'interdiction de pratiquer un sport dangereux ou de se livrer à des pratiques sexuelles à risque.

5 - Blanc Y., L'État survivra-t-il à la prolifération des normes ? *AJ Collectivités Territoriales* 2014, p.313

6 - La première obligation a été introduite par l'arrêté du 28 juin 1973 sur les conditions du port de la ceinture de sécurité équipant les véhicules automobiles. L'article actuellement en vigueur est le R412-1 du Code de la route.

7 - Deguegue M., L'obligation de mener une vie saine ?, *Revue générale de droit médical* 2003, n°11

8 - Article L3512-8 du Code de la santé publique

9 - Article L3512-9 du Code de la santé publique

10 - Article L3513-6 du Code de la santé publique

11 - Les discours dans l'actualité, Interview de Mme Agnès Buzyn, ministre des solidarités et de la santé à France-Inter le 15 septembre 2017, sur la vaccination obligatoire des enfants et les dangers d'épidémie, consulté le 03/10/18 : <http://discours.vie-publique.fr/notices/173001731.html> et Refus de vaccination : les sanctions seront-elles alourdies ? *Le Monde*, 31/10/2017, consulté le 17/09/2018 : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/10/31/refus-de-vaccination-les-sanctions-seront-elles-alourdies_5208215_4355770.html.

12 - Article R5132-86 du Code de la santé publique

13 - Viard C, Protéger la santé grâce à l'interdiction, *Droit et cultures* 2009, 57, 2009-1

14 - Boubal C, Interdire la publicité en prévention : approche sociologique d'une mesure symbolique et praticable, *Les Tribunes de la santé* 2014/4, n° 45, p. 51-56.

II) Entre mesures incitatives et contraignantes, les opérateurs économiques destinataires de mesures de santé publique

Les interdictions mises en place dans un but de protection de la santé publique ont souvent un impact économique¹⁵. Ces conséquences sont prises en compte dans l'élaboration des politiques de santé afin qu'une conciliation soit assurée en faveur des secteurs d'activité impactés. Plutôt que d'imposer des mesures contraignantes, les politiques semblent privilégier une logique de responsabilisation des acteurs économiques en faisant appel à leur éthique d'entreprise¹⁶.

Ce phénomène s'inscrit en cohérence avec la tendance actuelle plus générale qui caractérise le droit et la politique. En effet, certains ont constaté un déclin de l'autorité politique traditionnelle, qui pousse les titulaires du pouvoir à chercher davantage l'adhésion plutôt qu'imposer leur autorité¹⁷. Ils orientent ainsi les choix de gouvernance vers des mécanismes de normalisation douce, où l'idée est de convaincre plutôt que de contraindre¹⁸.

La mise en place récente du Nutri-Score illustre cette dynamique. Ce logo d'information nutritionnelle à cinq couleurs, inscrit dans la législation depuis la loi de modernisation de notre système de santé en 2016, est au cœur d'une démarche volontaire pour les fabricants et les distributeurs, qui sont libres d'utiliser ou non cette forme de présentation complémentaire recommandée, dans le respect du champ d'application de la déclaration nutritionnelle obligatoire prévue par le règlement (UE) n° 1169/2011¹⁹. Le Nutri-Score n'est donc pas obligatoire pour le secteur agroalimentaire. En revanche, si un exploitant décide d'utiliser ce logo sur une ou plusieurs de ses marques, il a obligation de l'utiliser sur l'ensemble des catégories de produits qu'il met sur le marché sous ses marques inscrites au dispositif²⁰.

Cependant, les limites des mesures basées sur le volontariat sont vite atteintes, comme l'a souligné le Haut Conseil de la santé publique dans un rapport de 2017. Consacré à la politique nutritionnelle de santé publique en France, ce rapport préconise des mesures plus contraignantes telles que la mise en place d'une « taxe d'accise dépendant du profil nutritionnel des produits pour les produits préemballés relevant du champ d'application du règlement européen INCO, et inclus dans la catégorie

.....

15 - Viard C, Protéger la santé grâce à l'interdiction, Droit et cultures 2009, 57, 2009-1
 16 - *Ibid*
 17 - Commaille J., Code civil et nouveaux codes sociaux, in Le Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire 2004, Dalloz, Paris, pp.59-76
 18 - Bergeron H., Castel P., Normalité, normalisation et normation, in Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonnes pratiques (2^{ème} partie), Dir. Laude, Tabuteau, Journal de droit de la santé et de l'Assurance maladie 2015, n°4
 19 - Article R3232-7 du Code de la santé publique
 20 - Santé publique France - Règlement d'usage du Logo « Nutri-Score », Version 16 du 1^{er} juin 2018 approuvée par Santé publique France

Nutri-Score D et E » et de définir par voie réglementaire des standards de composition nutritionnelle, c'est-à-dire des niveaux maximum, par catégories ou familles d'aliments²¹. On pourrait ainsi imaginer d'encadrer davantage les produits aux scores nutritionnels les moins bons.

Dans certains cas, l'autorité publique se résout à imposer des règles coercitives pour orienter les comportements en faveur de la protection de la santé. Ces mesures contraignantes, et en particulier les interdictions, puisent leur légitimité dans la preuve de la nocivité de l'objet de la régulation²² ou de l'existence d'un risque²³. On en voit un exemple dans la politique de lutte contre l'obésité. La vente et la mise à disposition de boissons sucrées et de produits considérés comme trop salés, trop gras ou trop sucrés font l'objet de plusieurs mesures restrictives. La loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, dans son article 30, énonce que « Les distributeurs automatiques de boissons et de produits alimentaires payants et accessibles aux élèves sont interdits dans les établissements scolaires à compter du 1^{er} septembre 2005 ». Ici, l'interdiction s'adresse aux fournisseurs de distributeurs automatiques de boissons et aux établissements scolaires ; la cible finale de cette mesure de lutte contre l'obésité des jeunes en reçoit le bénéfice par ricochet, sans subir une interdiction directement.

Par ailleurs, la loi de modernisation de notre système de santé adoptée en janvier 2016 prévoit dans l'article L3232-9 du Code de la santé publique l'interdiction de la mise à disposition, en accès libre, sous forme d'offre à volonté gratuite ou pour un prix forfaitaire, de boissons avec ajout de sucres ou d'édulcorants de synthèse, dans tous les lieux de restauration ouverts au public, les établissements scolaires et les établissements destinés à l'accueil, à la formation et à l'hébergement des mineurs. On notera ici que la mesure cible à la fois un public considéré comme vulnérable, à savoir les mineurs, ce qui justifie plus facilement l'emploi de la contrainte, et à la fois la population générale.

La France ira-t-elle sur la voie de l'Angleterre, qui envisage d'interdire la vente de boissons énergisantes aux enfants ? Le département de la santé anglais (*Department of Health and Social care*) étudie actuellement la possibilité d'interdire complètement les boissons énergisantes aux enfants de moins de 18 ou 16 ans : le débat politique et la consultation publique en cours se basent sur des données scientifiques montrant un lien entre la consommation régulière de ces boissons par les enfants et des maux de têtes, des troubles du sommeil, de la susceptibilité et de la fatigue, ainsi que

.....

21 - HCSP. Pour une Politique nutritionnelle de santé publique en France. PNNS 2017-2021. 2017. Rapport en ligne : <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=632>
 22 - Viard C, Protéger la santé grâce à l'interdiction, Droit et cultures 2009, 57, 2009-1
 23 - Pontier J-M., La puissance publique et la prévention des risques, AJDA 2003, p.1752

du surpoids et des problèmes dentaires²⁴. Tout comme la législation française restreignant l'accès aux boissons sucrées à volonté, la politique anti-obésité anglaise combine des mesures ciblées sur une tranche de la population plus vulnérable, à savoir les jeunes, et des mesures qui agiront sur l'environnement alimentaire plus général affectant ainsi toutes les classes d'âge sans distinction.

Le tabagisme est l'un des trois principaux facteurs de risque majeurs pour les maladies non transmissibles dans les pays de l'OCDE²⁵. La lutte contre le tabagisme est un combat récurrent en santé publique. En France, la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou de ses produits est interdite sauf dans les enseignes dédiées²⁶. Comme le rappelle la Cour de Cassation dans un arrêt du 18 mai 2016, « la protection de la santé publique autorise que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression sous réserve qu'elles soient nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi »²⁷. La vente de produits du tabac est interdite en distributeurs automatiques²⁸ et la vente de produits du tabac et des produits de vapotage aux mineurs de moins de dix-huit ans est interdite²⁹.

Depuis la loi du 26 janvier 2016 sur la modernisation de notre système de santé, les paquets de cigarettes doivent afficher un aspect neutre³⁰. A cet égard, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 janvier 2016, a admis que l'objectif de santé publique peut limiter les libertés fondamentales³¹ et notamment les libertés économiques, comme c'est le cas pour le paquet de cigarette neutre qui porte atteinte au droit de propriété intellectuelle.

A côté des interdictions, d'autres mesures, en particulier les obligations, peuvent contraindre les opérateurs économiques à conformer leurs actions aux objectifs de prévention en santé publique. En matière de marketing alimentaire, le Code de la santé publique³² oblige les annonceurs à afficher une information à caractère sanitaire dans les messages publicitaires en faveur de boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés.

Conclusion

Les mesures de prévention en santé publique impliquent plusieurs catégories d'acteurs : un triptyque se distingue, composé des acteurs étatiques, traditionnellement responsables de la protection de la santé ; des citoyens, qui sont la cible des mesures de protection de la santé ; et des opérateurs économiques, porteurs de forts intérêts, capables d'une influence conséquente sur l'environnement de vie de la population et donc sur sa santé. Les acteurs privés sont parfois les destinataires intermédiaires de mesures à terme destinées à la protection de la santé. Les opérateurs économiques agissent comme réceptacle de certaines dispositions de prévention sanitaire qui font d'eux, malgré eux, des parties prenantes en santé publique.

Afin de mener sa politique de prévention en santé, l'État doit arbitrer entre les libertés individuelles, la nécessité de protection collective et les intérêts économiques, et entre les solutions faisant appel à la contrainte et celles recourant plutôt à l'incitation et la persuasion.

Dans ce contexte, la prévention en santé se caractérise par la persistance du recours traditionnel à la force publique, qui coexiste avec les nouvelles formes d'intervention.

Laurence Warin

24 - Department of Health and Social Care, Equality Assessment, Childhood obesity: a plan for action - Chapter 2, Septembre 2018, page web : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/744067/COP2_Equality_Assessment.pdf, consulté le 28/09/2018

25 - OCDE (2017), Panorama de la santé 2017 : Les indicateurs de l'OCDE, Éditions OCDE, Paris.

http://dx.doi.org/10.1787/health_glance-2017-fr

26 - Article L3512-4 du Code de la santé publique

27 - Crim. 18 mai 2016, n° 15-80.922

28 - Article L3512-11 du Code de la santé publique

29 - Articles L3512-12 et L3513-5 du Code de la santé publique

30 - Article R3512-17 et suivants du Code de la santé publique

31 - Bioy X., L'objectif de protection de la santé publique sort renforcé de l'examen constitutionnel de la « loi Touraine », AJDA 2016, n°126

32 - Article L2133-1

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Quand le droit conforte et aménage la norme sociale relative à la division sexuée du travail entre l'homme-culture et la femme nature : les effets en matière de filiation de l'interdiction de la GPA

L'étude de l'actualité éthique et juridique de ces derniers mois au sujet des techniques reproductives permet de mettre en exergue de quelle manière le droit conforte certaines normes sociales¹.

Dans un premier article, nous avons montré que sous un critère apparemment neutre -celui d'être en âge de procréer- et des considérations prenant appui sur des données médicales -les risques liés aux grossesses tardives- s'expriment en fait des règles de conduite qui existent au sein de la société et qui traduisent ses idéaux et valeurs dominantes². Il apparaît plus spécifiquement que la condition d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA) tenant à « être en âge de procréer » autant que l'interdiction de l'autoconservation ovocytaire confortent la norme sociale relative au bon âge de la maternité³.

De la même manière, nous avons mis en lumière, dans un

deuxième article, que l'encadrement actuel des techniques de procréation médicalement assistée promeut une certaine définition de la famille, fondée sur la conjugalité hétérosexuelle⁴. L'ouverture timide de la PMA aux femmes seules et en couple lesbien en faveur de laquelle se prononce le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) dans son [avis n° 126](#) modifierait les conditions actuelles d'accès aux techniques qui tiennent à l'altérité sexuelle et à la conjugalité. Il ne s'agit toutefois pas d'une remise en cause du paradigme sur lequel repose le cadre actuel : les techniques de PMA sont toujours présentées comme répondant à des infertilités pathologiques des couples hétérosexuels, ce qui justifie leur prise en charge médicale ainsi que leur remboursement par l'assurance maladie. Cela explique également que les propositions faites pour établir la filiation des enfants nés d'un projet parental porté par un couple de femmes soient différentes de ce qui existe aujourd'hui pour les couples hétérosexuels -à savoir le recours aux règles d'établissement de la filiation du droit commun prévu au titre VII du Code civil.

Cette singularisation des projets parentaux réalisés en ayant recours à un don de gamètes s'inscrit d'ailleurs dans la continuité du droit positif qui relègue les projets parentaux -jugés illégitimes- aux confins du droit de la filiation en obligeant le second parent à avoir recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint. Les projets parentaux concernés sont autant ceux réalisés par des couples de femmes qui ont recours à un donneur de sperme que les projets parentaux réalisés par gestation pour autrui (GPA) à l'étranger. L'interdiction de la pratique de la gestation pour autrui a en effet d'abord conduit à un refus systématique de reconnaître en droit français la filiation des enfants nés par ce biais, y compris lorsque cela est légal à l'étranger. À la suite de plusieurs condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la position de la Cour de cassation a ensuite évolué concernant la filiation du géniteur. Les deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 octobre 2018 interviennent dans le cadre de la procédure de réexamen en matière civile à la suite d'une condamnation de la CEDH. Ils sont importants en ce qu'ils permettent de faire un point sur l'état du droit positif avant une éventuelle évolution dans le cadre de la révision des lois de bioéthique⁵. Le premier arrêt de la Cour de cassation rejette le pourvoi du procureur général de Rennes qui contestait la transcription sur les registres d'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA en Inde et qui désigne le géniteur comme son père et la

1 - Dans la continuité de notre thèse de doctorat intitulée « Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental », soutenue le 11 décembre 2015 à l'Université Paris Descartes et publiée en 2018, cet article constitue le troisième volet d'une étude de l'actualité éthique et juridique de ces derniers mois en matière de techniques reproductives. Il s'agit plus particulièrement de mettre en exergue de quelle manière le droit conforte certaines normes sociales, relatives au bon âge pour être mère (partie 1), à la conjugalité hétérosexuelle (partie 2) ou encore à la naturalisation de la maternité (partie 3).

Marie MESNIL, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Collection Neuchâteloise : monographies et thèses, 2018.

2 - Marie MESNIL, « Quand le droit conforte la norme sociale relative au bon âge de la maternité : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives », *JDSAM*, 2018, n°18, pp. 45-50.

3 - *Ibidem*.

4 - Marie MESNIL, « Quand le droit conforte la norme sociale relative à la conjugalité hétérosexuelle : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives », *JDSAM*, 2018, n°19, pp. 29-36.

5 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n°12-30138 et n°10-19053.

femme qui l'a porté et mis au monde comme sa mère⁶. En revanche, dans le second arrêt, l'acte de naissance désigne les parents d'intention. C'est pourquoi l'Assemblée plénière décide d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme afin de « savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention »⁷.

Les contentieux relatifs à la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger mettent en lumière l'importance accordée aux fondements biologiques de la parenté en fonction du sexe du parent : d'un côté, il existe un attachement profond et de principe au fondement gestationnel de la maternité tandis que de l'autre, l'importance du fondement génétique à la paternité apparaît plus circonstanciel. L'analyse du droit commun de la filiation corrobore cette distinction entre d'un côté la femme, pour qui la maternité relève de sa nature et de l'autre, l'homme, pour qui la paternité est d'abord une fonction sociale avant de reposer, dans des hypothèses précises et limitées, sur un fondement génétique. Cette distinction conforte une norme sociale structurante, désignée comme la division sexuée du travail : il s'agit d'une répartition des tâches selon le sexe des personnes qui « a pour caractéristiques l'assignation prioritaire des hommes à la sphère productive et des femmes à la sphère reproductive ainsi que, simultanément, la captation par les hommes des fonctions à forte valeur sociale ajoutée (politiques, religieuses, militaires, etc.) »⁸.

À partir de l'analyse des arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 octobre 2018, il s'agit de montrer de quelles manières l'interdiction actuelle de la gestation pour autrui révèle les fondements de la parenté. Il apparaît en effet que les fondements de la parenté sont sexospécifiques : il existe un très fort attachement au fondement gestationnel de la maternité qui explique autant qu'il justifie l'interdiction de la pratique de la gestation pour autrui tandis que la paternité est, selon le droit commun, davantage pensée comme une fonction sociale qu'un lien génétique, ce dernier n'étant utilisé en tant normal qu'en cas de contentieux. Il apparaît toutefois que, sous l'impulsion de la CEDH, la Cour de cassation a dû faire évoluer sa jurisprudence : la filiation paternelle est reconnue à l'égard du géniteur tandis que le second parent peut adopter l'enfant de son conjoint (I). La question de la maternité d'intention n'est toutefois pas entièrement résolue et c'est pourquoi une demande d'avis consultatif a été adressée à la Cour européenne des droits de l'homme (II).

6 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n°12-30138.

7 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n°10-19053.

8 - Danièle KERGOAT, « Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe », pp. 35-44, in Hélène HIRATA, Françoise LABORIE, Hélène LE DOARE et Danièle SENOTIER (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2^e éd., 2004, spéc. p. 36.

I. Les conséquences sexo-différenciées de l'interdiction de la GPA en matière de filiation

L'interdiction de la gestation pour autrui est fondée sur le fondement gestationnel de la maternité autant qu'elle met en exergue l'importance de celui-ci en droit français : en absence de grossesse, il est impossible d'établir un lien de filiation maternel (A). L'efficacité de l'interdiction de la GPA a pendant longtemps reposé sur l'absence de reconnaissance de la filiation des enfants nés par ce biais avant que plusieurs condamnations de la France par la CEDH conduisent à une reconnaissance de la filiation entre le géniteur et l'enfant, au nom du fondement génétique à la paternité (B).

A. Fondement et portée de l'interdiction de la GPA : l'attachement au fondement gestationnel de la maternité

Depuis l'adoption des lois de bioéthique en 1994, l'interdiction des pratiques de gestation pour autrui est fondée sur l'ordre public, conformément aux [articles 16-7 et 16-9 du Code civil](#)⁹. L'interdiction prétorienne des pratiques de gestation pour autrui était plus explicite dans la mesure où elle reposait autant sur le « principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu[e sur] celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »¹⁰. Ces principes -opportunément utilisés par la Cour de cassation¹¹- ont le mérite d'être plus explicites quant aux problématiques sous-jacentes : les pratiques de gestation pour autrui posent difficultés en ce qu'elles impliquent nécessairement la mise à disposition d'un corps féminin pendant la période de la gestation sans pour autant que cela ne se traduise par l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la femme. Ces deux dimensions sont étroitement imbriquées : l'attachement au fondement gestationnel de la maternité concerne autant le processus biologique de l'expérience d'une grossesse vécue par une femme pour une autre personne ou un couple que les conséquences juridiques en termes de filiation, établie à l'égard des parents d'intention plutôt que de la femme qui a porté l'enfant¹². L'attachement à la grossesse comme événement générateur du lien de filiation maternel, autrement dit de la maternité, est

9 - Cette interdiction relève de dispositions législatives et ne semble pas nécessairement faire l'objet d'un relai constitutionnel. En ce sens, le Conseil d'État estime que « en l'état de la jurisprudence, rien ne permet toutefois d'affirmer que la légalisation de la GPA serait inconstitutionnelle, alors même qu'elle heurte la substance même du modèle bioéthique français tel qu'il existe aujourd'hui », voir Conseil d'État, [Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?](#), Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 79.

10 - Ass. Plén., 31 mai 1991, n°90-20105.

11 - Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.*, 1992, p. 489.

12 - En ce sens, le Conseil d'État parle d'une quadruple atteinte « aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, portant à la fois sur le corps et sur l'état de la mère porteuse et de l'enfant », voir Conseil d'État, [Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?](#), Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 79.

relativement ancien puisqu'il s'exprime à travers l'adage latin *mater semper certa est* qui a été notamment remis au goût du jour pour appuyer l'opposition à la GPA¹³. Les règles d'établissement de la filiation maternelle de droit commun reprennent implicitement ce fondement. Au premier abord, le titre VII du code civil permet d'établir la filiation maternelle selon les mêmes modes que pour la filiation paternelle, à savoir par effet de la loi, par reconnaissance ou par possession d'état. Néanmoins, le lien de filiation maternel est en pratique presque systématiquement établi par effet de la loi, conformément à l'article 311-25 du Code civil, « par la désignation de [la mère] dans l'acte de naissance de l'enfant ». Autrement dit, l'accouchement est le fait générateur de la maternité et il est impossible pour les femmes de devenir mère en dehors de la gestation -ou de l'adoption. Le droit commun de la filiation autant que l'interdiction de la GPA confortent ainsi la norme sociale selon laquelle les femmes sont mères par nature : pour le dire autrement, il serait dans la nature des femmes d'être mères et la maternité est nécessairement un processus biologique, gestationnel, naturel. C'est d'ailleurs dans ce contexte que l'accouchement sous X a pu être présenté par Marcela Iacub comme « symbole et limite de la loi du ventre »¹⁴ en ce qu'il s'agit de nier l'accouchement, par le biais d'une fiction juridique, pour permettre à la femme d'échapper au lien de filiation maternel. En effet, en dehors de cette procédure d'accouchement secret, l'accouchement fait nécessairement la maternité et inversement, il est impossible d'établir sa filiation selon les règles de droit commun en absence de fondement gestationnel.

L'opposition à la pratique de la GPA repose sur -autant qu'elle le conforte- le fondement gestationnel de la maternité¹⁵. L'interdiction d'ordre public de ces pratiques a

dans un premier temps conduit les juridictions nationales à refuser que le recours à l'étranger à la GPA produise des effets en France : en 2013, la Cour de cassation estimait ainsi qu'« en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »¹⁶.

Cette position inflexible de la Cour de cassation a été jugée contraire à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée par plusieurs d'arrêts rendus par la CEDH¹⁷. Les premières condamnations sont intervenues le 26 juin 2014 et concernent justement l'affaire qui a donné lieu à une demande d'avis à la CEDH, le 5 octobre 2018. Les arrêts du 5 octobre 2018 font en effet suite à la procédure de réexamen en matière civile introduite par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle¹⁸. Ils sont également l'occasion pour la Cour de cassation de confirmer l'évolution de sa jurisprudence et de s'assurer que l'interprétation qu'elle a faite des arrêts de la CEDH ne donnera pas lieu à une condamnation.

B. Efficacité limitée par la CEDH de l'interdiction de la GPA : la reconnaissance de la filiation à l'égard du géniteur

À la suite des arrêts Mennesson et Labassée de 2014, la Cour de cassation fait évoluer sa jurisprudence en se fondant sur une lecture minimaliste de ceux-ci¹⁹. Ce cheminement prétorien ainsi que ce parti-pris interprétatif sont d'ailleurs repris dans la demande d'avis du 5 octobre 2018.

Il est ainsi rappelé par la Cour de cassation que dans les arrêts Mennesson et Labassée, la CEDH distingue nettement la situation des parents et celle des enfants : en effet, la CEDH considère qu'un juste équilibre a été ménagé entre le droit au respect de la vie privée et familiale des parents et les intérêts de l'État à interdire la pratique de la GPA. En revanche, concernant le respect de la vie privée des enfants qui « implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation », celui-ci a été « significativement affecté »²⁰. Pour arriver à cette conclusion, il est rappelé par la Cour de Cassation que la CEDH estime qu'en absence de consensus en Europe sur

13 - Voir en ce sens CCNE, *AVIS sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017, p. 76 : « En séparant l'enfant de celle qui l'a porté, cette technique introduit une rupture qui interroge le sens même de la maternité, étant rappelé qu'en droit de la filiation, jusque là, la mère est toujours certaine car c'est elle qui accouche (*mater semper certa est*) ». Pour une analyse critique de l'usage de cet adage, voir not. Marcela IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, par exemple p. 14 : il suffit « d'ouvrir le Code civil de 1804 (...) pour y constater que les enfants ne naissent pas nécessairement du corps de leur mère ni de leur père, mais en l'occurrence, de leur mariage. Ce faisant, ceci remplissait de fierté les juristes, car ils avaient l'impression que, de cette façon, on dominait les caprices impitoyables de la nature, ces règles laissant la possibilité à des femmes qui n'avaient pas accouché de devenir mères, à condition qu'elles fussent mariées. Ce n'est qu'assez récemment, à partir des années 1970, que ces possibilités d'être mère d'un enfant sans en avoir accouché furent bannies et que les auteurs de ces « fraudes » furent punis de manière de plus en plus systématique, au point que cette répression prit des allures de véritable persécution. La définition de la maternité par l'accouchement en droit français est en fait non seulement aussi arbitraire que n'importe quelle convention, mais encore incroyablement jeune ».

14 - Marcela IACUB, « Pour X. L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, 4/ 2003, n°12, pp. 55-76.

15 - En ce sens, CCNE, *AVIS sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017, p. 29 « De toutes les procédures d'AMP, la GPA est la seule qui sépare l'enfant de la femme qui l'a porté, et la seule susceptible également de dissocier totalement une transmission biologique (génétique via les gamètes, épigénétique via la grossesse) et sociale (l'accueil parental de l'enfant à la naissance), les parents d'intention pouvant ne participer à aucune étape de la procréation et de la gestation ».

16 - Cass., Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138.

17 - CEDH, 26 juin 2014, Labassée c. France, n° 65941/11 et Mennesson c. France, n° 65192/11 puis CEDH, Foulon et Bouvet c. France, 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14.

18 - *Articles L. 452-1 à L. 452-6 du Code de l'organisation judiciaire*.

19 - Voir not. Marie Mesnil, « La gestation pour autrui et les fondements de la parenté : gestation, gènes et intention », *JDSAM*, n°14, sept. 2016, pp. 41-49.

20 - CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, §99.

la gestation pour autrui, les États disposent certes d'une ample marge d'appréciation mais que celle-ci n'échappe pas pour autant à tout contrôle. La CEDH met alors en exergue les difficultés rencontrées en France par les enfants nés par GPA à l'étranger : ils se trouvent dans une « situation d'incertitude juridique » concernant leur filiation en France et la reconnaissance de leur nationalité française et cela porte notamment atteinte à leurs droits de succession. Après avoir rappelé ces éléments, la Cour de cassation reprend la conclusion de la CEDH, à savoir que le droit au respect à la vie privée de ces enfants se trouve significativement affecté et que cela pose une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant²¹. Elle insiste alors sur le fait que la Cour de Strasbourg a ajouté que « cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant »²² et qu'elle en a déduit « qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation »²³. La construction de la décision de la CEDH ainsi que les formulations retenues ne sont pas claires. La difficulté tient à ce que la CEDH conclut dans un premier temps à l'atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants nés par GPA à l'étranger (§99) avant d'insister que cela est d'autant plus grave lorsque l'un des parents d'intention est en outre le géniteur de l'enfant (§100) : cela signifie-t-il que la filiation ne doit être reconnue qu'à l'égard de ce dernier ? C'est en tout cas cette interprétation minimaliste de la jurisprudence Mennesson que la Cour de cassation a retenue. Elle souligne d'ailleurs qu'elle était « soutenue par la majeure partie de la doctrine universitaire française »²⁴.

Sur le fondement de cette analyse des arrêts Mennesson et Labassée, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence dans deux arrêts du 3 juillet 2015 : au visa « de l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », elle estime que « l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »²⁵. En l'espèce, les deux affaires concernaient des enfants nés par GPA en Russie et dont les actes de naissance désignaient le géniteur comme père et la femme qui a porté l'enfant comme mère, contrairement aux

affaires Mennesson et Labassée dans lesquelles les actes de naissance désignent la mère d'intention comme mère légale.

La Cour de cassation a ainsi modifié sa jurisprudence en reconnaissant uniquement la filiation des enfants nés par GPA lorsque l'acte de naissance désigne le géniteur et la gestatrice comme parents. Autrement dit, la pratique de la GPA ne doit pas conduire à une remise en cause des fondements biologiques de la parenté : s'il est bien établi en droit français que la maternité est nécessairement gestationnelle, il peut toutefois paraître surprenant que le fondement génétique de la paternité prenne une telle place. Cela appelle plusieurs commentaires, au regard des règles d'établissement de la paternité en droit français d'abord et au regard de la jurisprudence de la CEDH ensuite.

D'une manière générale, la valorisation du fondement biologique de la paternité est récente et n'a été permise que depuis que les progrès scientifiques rendent possible la vérification de la compatibilité d'abord sanguine puis génétique entre le géniteur et l'enfant. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'il est aujourd'hui possible de s'assurer que le père est bien le géniteur de l'enfant avec lequel il établit sa filiation que cela est mis en œuvre systématiquement lors de l'établissement de la filiation en droit français. Cela est même le contraire : le titre VII du Code civil permet au père d'établir sa filiation par présomption de paternité lorsqu'il est marié avec la femme qui a accouché de l'enfant, par reconnaissance ou par possession d'état. Aucun de ces modes d'établissement de la filiation ne nécessite l'existence d'un fondement biologique à la paternité et l'action en contestation de paternité se prescrit par 5 ans lorsque le père dispose d'un titre et de la possession d'état à l'égard de l'enfant²⁶. Outre le mécanisme de prescription relativement court qui vise à préserver la structure familiale, les hommes sont également protégés par le droit pénal : les reconnaissances mensongères de paternité ne font en effet pas l'objet de poursuites pénales. En revanche, ils engagent leur responsabilité civile dans la perspective où ils n'assureraient pas les engagements résultant de cette reconnaissance. Les règles d'établissement de la filiation paternelle visent ainsi à s'assurer que la place du père soit occupée par un homme qui « assume ses responsabilités » en particulier celle de pourvoir aux besoins matériels de l'enfant. Le fondement biologique n'est utilisé qu'à titre subsidiaire lorsqu'aucun homme ne se porte volontaire pour occuper cette place : le géniteur peut alors être recherché -et l'expertise biologique est de droit- afin d'être un pourvoyeur de subsides ou judiciairement déclaré père de l'enfant. Il apparaît alors que c'est bien la fonction sociale de soutien

21 - Ibidem.

22 - CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, §100.

23 - Ibidem.

24 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19053, §4.

25 - Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21323 et 15-50002.

26 - Voir en ce sens l'analyse de Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », pp. 49-66 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), La loi et le genre. Études critiques de droit français, CNRS Éd., 2014.

financier qui est recherchée²⁷ et que la « vérité biologique » n'est qu'un moyen, subsidiaire, d'y parvenir.

Au regard de cette analyse du droit commun de la filiation dans laquelle le père ne se confond avec le géniteur que lorsqu'il s'agit d'établir la filiation de manière contentieuse, l'interprétation qui en a été faite par la Cour de cassation de la jurisprudence Mennesson peut être perçue comme une revalorisation excessive du fondement génétique de la paternité. Toutefois, cette mise en exergue de la place du géniteur dans l'arrêt Mennesson semble plutôt cohérente avec la jurisprudence de la CEDH qui attache une grande importance au droit de connaître ses origines aussi bien du côté maternel²⁸ que paternel²⁹. Par ailleurs, il pourrait être avancé que le fondement génétique de la paternité est utilisé comme refuge lorsqu'il y a eu recours à la GPA qui est une pratique qui ne permet justement plus de s'assurer de la certitude de la maternité : le lien biologique à l'égard du géniteur prend alors le relais pour permettre un rattachement biologique de l'enfant à ses parents d'intention. Pour le dire autrement, la valorisation du lien biologique entre le géniteur et l'enfant né d'une GPA serait un usage circonstanciel du fondement génétique de la paternité afin de s'assurer de la force du lien entre l'enfant et ses parents lorsque la gestatrice n'est pas reconnue comme mère de celui-ci.

D'un côté, la GPA révèle l'attachement du droit français à un système de filiation dans lequel la femme est mère par nature et l'homme remplit une fonction sociale et de l'autre, cela renforce paradoxalement l'importance du fondement génétique à la paternité en cas de GPA. En effet, l'attachement initial au fondement gestationnel de la maternité justifie l'interdiction de la pratique de la GPA mais conduit *in fine* à une revalorisation du lien biologique à l'égard du géniteur, à contre-courant du droit commun de la filiation pour lequel le père assure avant tout une fonction sociale de soutien financier.

II. L'importance de la réalité biologique en cas de recours à la GPA

Si la question de la filiation paternelle a été résolue à la suite des arrêts Mennesson et Labassée, il restait alors à déterminer le sort du second parent. Dans ses arrêts rendus le 5 octobre 2018, la Cour de cassation consolide sa jurisprudence selon laquelle seul l'acte de naissance fidèle à

la réalité biologique peut être transcrit et que pour le second parent, le recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint s'impose (A). Par ailleurs, la Cour de cassation pose à la CEDH la question de l'adéquation de sa position jurisprudentielle avec la Convention européenne notamment en matière d'établissement de la filiation « maternelle ». Cela pourrait ouvrir de nouvelles perspectives dans l'éventualité de la révision des lois de bioéthique (B).

A. En absence d'accouchement, une filiation maternelle nécessairement adoptive

En l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, la réalité au sens de l'article 47 du Code civil est celle de l'accouchement et la transcription ne peut être que partielle si la mère d'intention est désignée comme mère légale dans l'acte de naissance. Elle dispose toutefois de la possibilité d'avoir recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint.

Dans les arrêts du 5 octobre 2018, la Cour de cassation revient sur ces évolutions jurisprudentielles. En l'espèce, dans la première affaire jugée le 5 octobre 2018, des jumeaux sont nés en Inde et leur acte de naissance indique le géniteur et la gestatrice en qualité de parents³⁰. L'homme demande par la suite la transcription des actes de naissance sur le registre consulaire et au service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères. Le Tribunal de grande instance accueille sa demande le 17 mars 2011 mais le ministère public fait appel du jugement. La Cour d'appel de Rennes, le 21 février 2012 ordonne la transcription sur les registres d'état civil d'actes de naissance de ces deux enfants nés à l'étranger d'un contrat de gestation pour autrui. Le procureur général de Rennes se pourvoit en cassation et fait valoir que l'interdiction de la gestation est d'ordre public et qu'elle fait par conséquent obstacle à la transcription des actes de naissances qui sont eux-mêmes contraires à l'ordre public français, quand bien même ils seraient conformes à l'article 47 du code civil. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation reprend la jurisprudence dégagée en 2015 selon laquelle « il résulte de l'article 47 du code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, interprétés à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger et que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »³¹. Elle ajoute qu'en l'espèce, la régularité

27 - Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », pp. 49-66 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), La loi et le genre. Études critiques de droit français, CNRS Éd., 2014, spéc. p. 65 : les auteurs y décrivent « les fonctions sociales implicitement différentes attribuées aux pères et aux mères », à savoir d'un côté « la maternité [qui] renvoie à une essence » et de l'autre, « la paternité [qui] semble moins liée à une essence qu'à une fonction : entretenir l'enfant ».

28 - Voir en ce sens not. CEDH, gde ch., Odièvre c. France, 13 février 2003, requête n° 42326/98 qui valide le dispositif français en matière d'accouchement sous X qui permet depuis une [loi du 22 janvier 2002](#) de connaître ses origines biologiques.

29 - Voir en ce sens not. CEDH, Pascaud c. France, 16 juin 2011, requête n° 19535/08.

30 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 12-30138.

31 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 12-30138.

formelle de l'acte de l'état civil et la conformité à la réalité de ses énonciations n'étaient pas contestées ; aussi, la Cour d'appel en a exactement déduit qu'il y avait lieu d'ordonner leur transcription sur les registres consulaires et du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères. Ce premier arrêt du 5 octobre 2018 n'apporte aucun élément supplémentaire par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a fait suite aux arrêts Mennesson et Labassée ; il est toutefois important en ce qu'il permet aux requérants à l'origine de la condamnation de la France par la CEDH en 2016 de bénéficier de ces évolutions par le biais de la procédure de réexamen en matière civile³².

La réalité au sens de l'article 47 du Code civil est la réalité biologique : il faut que l'acte de naissance de l'enfant né par GPA désigne le géniteur comme le père de l'enfant et la gestatrice comme la mère de celui-ci. Dans ce cas, la transcription de l'acte de naissance peut être ordonnée. En revanche, lorsque l'acte de naissance désigne la mère d'intention en tant que mère légale, comme dans l'affaire Mennesson, la Cour de cassation ne permet qu'une transcription partielle de l'acte de naissance mais accepte toutefois l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique. À l'occasion de plusieurs affaires jugées le 5 juillet 2017, la Cour de cassation précise ainsi « que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de [l'article 47 du Code civil], est la réalité de l'accouchement »³³. Dans cet arrêt du 5 juillet 2017, la première chambre civile de la Cour de cassation procède alors à un contrôle de conventionalité de sa propre position : elle estime que « le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil »³⁴. En ce sens, le « refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi » : après avoir souligné que les enfants bénéficiaient de certificats de nationalité française, elle met en exergue le fait que « le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père »³⁵. Ce revirement jurisprudentiel qui permet d'établir un lien de filiation adoptif entre la mère d'intention et l'enfant né par GPA est mis en avant par la Cour de cassation dans

le second arrêt rendu le 5 octobre 2018³⁶. Dans l'arrêt du 5 octobre 2018, il est ensuite expliqué que « la loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint » et la première chambre civile expose les conditions spécifiques qui s'appliquent en matière d'adoption de l'enfant du conjoint : les conditions tenant à l'âge de l'adoptant et la remise de l'enfant de moins de deux ans ne s'appliquent pas tandis que la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté est réduite à 10 ans au lieu de 15 ans. Le consentement du conjoint est nécessaire ainsi que celui de l'enfant s'il a plus de 13 ans. Si les conditions de la loi sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, l'adoption est prononcée par une juridiction judiciaire. Quant aux effets de l'adoption plénière, ils ont été aménagés par la loi afin de laisser subsister la filiation d'origine à l'égard du conjoint et de sa famille même si elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. Enfin, il est rappelé que depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 310 du code civil pose le principe selon lequel « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère »³⁷. En d'autres termes, la filiation produit les mêmes effets qu'elle soit établie par les modes d'établissement du droit commun ou par adoption. Il est intéressant de constater que c'est en comparant la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint avec celle d'un enfant adoptable que la première chambre civile de la Cour de cassation estime que celle-ci est facilitée par la loi.

Cette conclusion serait loin de s'imposer si l'on comparait la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint à l'établissement de la filiation selon les règles du droit commun ou par transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil. En l'état du droit positif, il nous semble que la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint est utilisée pour reconnaître un lien de filiation qui n'apparaît pas entièrement légitime et comme moyen pour le tenir à distance du droit commun. Ainsi, pour les couples de femmes ayant recours à une PMA à l'étranger, le lien de filiation à l'égard de la seconde mère, co-auteure du projet parental mais qui n'a pas porté l'enfant, est établi selon cette procédure³⁸ alors que pour les couples hétérosexuels ayant recours à un don de sperme en France, l'homme établit sa filiation selon les règles du droit commun en absence de tout fondement biologique à sa paternité. Le recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint pose difficulté en ce que le lien de filiation n'est pas reconnu immédiatement puisqu'il faut que l'autorité judiciaire se prononce sur la demande. Ce décalage dans le temps est particulièrement problématique en cas de

32 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° [12-30138](#).

33 - Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvois n° [15-28597](#) ; voir aussi n° [16-16901](#) et n° [16-50025](#).

34 - Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvois n° [15-28597](#).

35 - Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvois n° [15-28597](#).

36 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° [10-19053](#), §5.

37 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° [10-19053](#), §5.

38 - Cour de cassation, Avis du 22 septembre 2014, n° 1470006 et n° [1470007](#).

décès d'un des parents ou de séparation³⁹. Par ailleurs, dans le cas où il serait difficile pour les couples de femmes de démontrer avoir eu recours à un donneur de sperme, certaines juridictions considèrent que seule une adoption ne peut être prononcée, amputant ainsi l'enfant d'une partie de ses droits de succession. En matière de GPA, l'établissement du second lien de filiation par le biais de la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint vise à instaurer la même distance : le second parent -époux ou épouse du géniteur- ne peut pas établir sa filiation selon le droit commun car il n'est ni le géniteur ni la gestatrice de l'enfant. Cela sous-entend *a contrario* que les règles d'établissement de la filiation du titre VII du Code civil consacrent nécessairement un lien de filiation qui aurait un fondement biologique : nous avons vu que cela était le cas pour la mère du fait de l'attachement au fondement gestationnel de la maternité ; en revanche, l'établissement volontaire de la paternité ne nécessite aucunement un fondement biologique -sauf en cas de reconnaissance frauduleuse de paternité effectuée dans l'objectif de contourner les règles relatives au séjour des étrangers sur le territoire. Aussi, les projets parentaux illégitimes -réalisés par PMA par des couples de femmes ou par GPA par des couples hétérosexuels ou d'hommes à l'étranger- se retrouvent relégués aux confins du droit de la filiation : le second parent doit nécessairement avoir recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint quand bien même la reconnaissance du projet parental serait organisée par l'État dans lequel a eu lieu la GPA. Dans cette situation, la première chambre civile a estimé, dans ses arrêts du 5 juillet 2017, que la transcription de l'acte de naissance ne pouvait être ordonnée qu'à l'égard du géniteur tandis que le second parent devait adopter l'enfant. Elle a également jugé que cette solution est conforme au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En dépit de ce contrôle de conventionalité, la Cour de cassation semble douter de la compatibilité de son analyse avec l'interprétation faite par la CEDH de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, et c'est pourquoi elle forme une demande d'avis à la Cour de Strasbourg.

B. Les évolutions possibles en matière de maternité d'intention : vers une prise en compte du fondement génétique ?

Ainsi, dans son arrêt du 5 octobre 2018, la Cour de cassation « s'interroge sur l'étendue de la marge

d'appréciation dont disposent les États signataires de la Convention » à l'égard de la reconnaissance de la maternité d'intention⁴⁰. La première question qui est posée par la Cour de cassation concerne le refus de transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention : s'agit-il d'une violation de l'article 8 de la Convention à l'égard de la mère d'intention et/ou des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ? Par ailleurs, la Cour de cassation se demande « s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention »⁴¹. Enfin, il est demandé à la CEDH de se prononcer sur la position actuelle de la Cour de cassation qui consiste à permettre à la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique : cela permet-il de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales ? La demande d'avis consultatif faite à la Cour européenne des droits de l'homme doit permettre de déterminer les options possibles en droit français, en absence d'évolution législative. Elles sont au nombre de quatre : la transcription de l'acte de naissance doit être totale, y compris concernant la mère d'intention, la transcription de l'acte de naissance n'est totale que lorsque la mère d'intention est la génitrice, la transcription ne peut être que partielle avec un recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint lorsque la mère d'intention n'est pas génitrice, ou dans tous les cas. La Cour de cassation s'est, depuis le 5 avril 2017 et de manière constante⁴², prononcée en faveur de cette dernière option sans jamais distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Il s'agit maintenant de savoir si l'interprétation retenue des arrêts Mennesson et Labassée est conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, y compris lorsque la femme est la génitrice de l'enfant compte tenu de l'attachement de la CEDH au fondement biologique de la parenté. Autrement dit, cela revient à demander à la CEDH si la réalité au sens de l'article 47 du Code civil en matière de maternité peut être réduite à celle de l'accouchement ou si elle doit également être entendue -et donc étendue- à l'existence d'un lien génétique voire à celle d'un projet parental commun⁴³.

En absence de légalisation de la GPA, il apparaît que les enjeux actuels se cristallisent sur la question de la prise en compte des effets de celle-ci en termes de filiation sur le territoire national et la pénalisation des pratiques lorsque cela est possible. Il s'agit toutefois d'un sujet qui pourrait

39 - En ce sens, Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 85 : « Comme en matière d'AMP réalisée à l'étranger par les couples de femmes, cette situation génère un décalage dans le temps entre l'établissement de la filiation du parent biologique et du parent d'intention. Ainsi, pendant le délai d'adoption, le parent d'intention n'a aucun droit sur l'enfant, pas plus que l'enfant n'en a à son égard, ou plus exactement ils ne pourraient bénéficier l'un, l'autre, que des seuls effets éventuels et incertains d'une filiation établie à l'étranger sans être reconnue en France, ce qui génère une situation d'insécurité juridique dont les conséquences peuvent être importantes en cas de décès d'un des parents ou de séparation ».

40 - Ass. Plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19053, §7.

41 - *Ibidem*.

42 - Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 15-28597, n° 16-16901 et n° 16-50025 ; Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2017, n° 16-50061 et Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-50021.

43 - En ce sens, le Conseil d'État souligne qu'« une telle fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente. Aussi, la grille de lecture de l'article 47 peut ne plus sembler si pertinente qu'elle a pu l'être », Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 85.

rentrer dans le périmètre du projet de loi de révision des lois de bioéthique. Néanmoins, le Conseil d'État se prononce en faveur d'un *statu quo* après avoir examiné plusieurs évolutions possibles : dans un premier temps, il serait envisageable d'entendre la réalité de l'article 47 du code civil au sens de la « réalité juridique au sens du droit local » mais « cela aurait des impacts préjudiciables dans d'autres domaines du droit, notamment en matière de lutte contre la fraude documentaire »⁴⁴. Il pourrait alors être opportun d' « autoriser la transcription de l'acte de naissance à l'égard des deux parents d'intention après la mise en œuvre d'un contrôle quant au respect de standards éthiques minimaux, tels que le recueil du consentement de la mère porteuse avant et après la naissance de l'enfant, l'absence de rémunération, son bon état de santé ou encore l'exigence d'un jugement étranger »⁴⁵. Néanmoins, le Conseil d'État estime que cela suppose d'un côté que la GPA puisse être éthiquement responsable alors qu'il se prononce au contraire pour un maintien de son interdiction de principe et de l'autre, cela implique que certains enfants n'auraient toujours pas de lien de filiation reconnu. La dernière option consistant à reconnaître la double filiation des enfants issus de GPA valablement réalisées à l'étranger est également écartée car elle viderait, selon le Conseil d'État, de son sens l'interdiction de la GPA. Pour le Conseil d'État, « au vu de l'ensemble de ces éléments, il semble que le fait de devoir recourir à l'adoption pour le parent dépourvu de lien biologique, certes contraignant, n'est pas inadapté » et « la solution actuelle semble respecter un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le souci du maintien de l'interdiction de la GPA »⁴⁶. Quant au CCNE, il souhaite « le maintien et le renforcement de [la [prohibition de la GPA], quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs ». En ce sens, il est recommandé de ne permettre qu'une « délégation d'autorité parentale en faveur du parent d'intention n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, car elle respecte la réalité des conditions de sa naissance »⁴⁷. Dans la même logique, il est également préconisé que « l'état civil des enfants garde la trace et le nom de tous les intervenants à la convention de gestation et que les enfants aient accès au contrat qui a permis leur naissance, aux fins de pouvoir construire leur identité et reconstituer l'ensemble de leur histoire »⁴⁸. La position du CCNE apparaît bien en retard par rapport aux évolutions jurisprudentielles en matière de filiation. Quant à faire de l'état civil le réceptacle de l'histoire des enfants nés d'un don, cela fait fortement écho aux propositions réalisées par Irène Théry et Anne-Marie Leroyer dans le rapport

qu'elles avaient dirigé en 2014⁴⁹.

En définitive, la GPA ne remet pas en cause la norme sociale qui s'exprime au sein du droit commun de la filiation : la maternité est nécessairement naturelle tandis que la paternité est une construction sociale qui vise d'abord à remplir une fonction de soutien financier. Néanmoins, elle l'aménage car le fondement génétique est utilisé pour pallier l'absence de certitude de la maternité ; cet usage circonstanciel fait écho à son recours subsidiaire lorsqu'il s'agit d'établir judiciairement la filiation de l'enfant à l'égard du géniteur ou d'éviter les reconnaissances mensongères de paternité qui visent à contourner les règles relatives au séjour des étrangers sur le territoire français. Quant au fondement gestationnel de la maternité qui fonde et justifie l'interdiction de la GPA, il n'est aucunement remis en cause : la mère d'intention ne peut établir sa filiation qu'en ayant recours à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint, comme la seconde mère qui a eu recours, avec son épouse, à une PMA à l'étranger. Il est peu probable que l'avis que doit rendre la CEDH ou que la révision des lois de bioéthique ne fassent évoluer cette construction jurisprudentielle qui a été mise en place progressivement en prenant à chaque fois davantage en compte l'intérêt de l'enfant, sans jamais remettre en cause l'interdiction de la GPA ni les normes sociales sur lesquelles repose le système actuel de filiation.

Marie Mesnil

44 - Conseil d'État, *op. cit.*, p. 86.

45 - *Ibidem*.

46 - Conseil d'État, *op. cit.*, p. 87.

47 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017, p. 40.

48 - *Ibidem*.

49 - Irène THERY et Anne-Marie LEROYER (dir.), « [Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle](#) », Rapport au Ministère de la famille, 2014 ; voir not. Laurie MARGUET et Marie MESNIL, « [Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français](#) », Actualités Droits-Libertés, 6 juin 2014 et Laurie MARGUET et Marie MESNIL, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », Mouvements, 2015/2, n° 82, pp. 49-57.

Jean Martin Andarelli

Directeur d'Hôpital

Les ordonnances médicales

L'histoire de l'ordonnance médicale est révélatrice du lien étroit entre médecine et pharmacie. C'est à partir de l'histoire de la pharmacie que l'on peut tracer l'origine de l'ordonnance en raison du peu d'écrits.

Durant l'Antiquité les fonctions de médecin et de pharmacien étaient conjointes.

Au Moyen Age la préparation et l'administration des plantes médicinales et la réalisation de l'acte médical étaient assurées par la même personne appelée l'apothicaire.

Au XII^e siècle apparaissent *les pigmentarius* qui se répartissaient entre les épiciers vendant des produits alimentaires et les apothicaires qui délivraient les « drogues médicinales » et *les medicus*.

En 1271 les écrits royaux interdisent d'une part, aux apothicaires de fournir des remèdes sans la présence d'un médecin qui fait une prescription orale et, d'autre part la substitution d'une substance par une autre sans l'autorisation du prescripteur.

Un édit royal de 1322 interdit aux apothicaires de vendre ou de donner des laxatifs toxiques sans l'ordonnance d'un médecin.

Une décision royale du 25 avril 1777 porte création du collège de pharmacie et de la maîtrise de pharmacie.

Une loi du 11 avril 1803 en son article 32 pose l'obligation de présentation d'une ordonnance pour tous les médicaments (préparations médicinales ou drogues). L'ordonnance est faite et signée par les docteurs en médecine ou en chirurgie et par les officiers de santé (Pierre Bretonneau ; Emile Begin). Ces derniers étaient des personnes n'ayant obtenu ni le baccalauréat ni le titre de docteur mais qui avaient fait valider leur pratique par un jury départemental puis par un jury universitaire. Ils ne pouvaient pratiquer que dans le ressort du département où ils avaient obtenu le diplôme. Le titre d'officier de santé a été supprimé en 1892.

La création de la sécurité sociale en 1946 rend nécessaire l'ordonnance pour assurer le remboursement notamment des médicaments prescrits par le médecin.

Un code de la santé publique a été institué en 1953. Il rassemble les lois existantes qui régissent la pratique médicale et la délivrance d'une ordonnance médicale. Ces textes ont été adaptés depuis par l'évolution de la

règlementation (voir en infra).

Jusqu'au XX^e siècle les médecins libéraux ou en hôpital étaient limités dans leurs ordonnances plus par le manque ou l'insuffisance de médicaments actifs que par la réglementation.

Depuis le XX^e siècle l'évolution des textes et la contrainte économique ont tendu vers un contrôle de la liberté de prescription du médecin. Ainsi le code de la santé publique interdit la délivrance de certaines substances (héroïne ...). L'interdiction de la substitution d'une substance par une autre, sans l'autorisation du prescripteur, a été levée par l'introduction du droit de substitution en 1999. Le code de la sécurité sociale (article L162-16) et le code de la santé publique (R5125-23) donnent le droit au pharmacien de remplacer une spécialité prescrite par une autre sans l'accord du médecin rédacteur de l'ordonnance. Ce principe a été introduit pour permettre au pharmacien de fournir des médicaments dits « génériques » « à la place des » médicaments princeps.

Si la grande majorité des ordonnances médicales concernent les médicaments, les prescriptions peuvent concerner aussi les soins (injections musculaires...) et les équipements (béquilles, lunettes, aides auditives ...).

Il convient de noter que le médecin n'a pas le monopole de la prescription et que d'autres professions de santé ont un pouvoir propre mais limité de faire une ordonnance : le chirurgien-dentiste, la sage-femme (arrêté du 4 février 2013 paru au Journal Officiel de la République Française - JORF- du 13 février 2013), le pédicure-podologue, l'infirmier (arrêté du 20 mars 2012 paru au JORF du 30 mars 2012), etc.

I- La prescription médicale est limitée par le formalisme à observer

Si le praticien est libre de sa prescription médicale il doit en pratique respecter un certain formalisme et observer un certain nombre de règles qui atténuent son pouvoir de prescription mais qui tout à la fois le responsabilisent et le protègent.

Il sera développé ci-après ce qu'est une ordonnance médicale, les différentes formes que celle-ci peut revêtir puis quelle est sa conformité ainsi que sa validité.

A) Qu'est-ce qu'une ordonnance médicale

L'article 34 (article R.4127-34 du code de la santé publique (CSP) stipule que : « le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution ».

Une prescription médicale en ville ou en établissement public de santé (EPS) est un acte médical important qui consiste à prescrire un traitement sur un document écrit manuscrit ou informatique appelé une ordonnance, après avoir effectué un diagnostic. La prescription peut concerner des médicaments mais aussi des dispositifs médicaux (tout équipement, instrument, appareil, matière, produit, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'humain à des fins médicales ...) des examens biologiques ou radiologiques, des actes de kinésithérapie ou des cures thermales, des arrêts de travail, des indications d'aptitude physique ou d'inaptitude physique, de validation ou de contre-indication à la pratique d'un sport, des règles d'hygiène ou de diététique, des interventions nécessaires de professionnels de santé.

Quand un médecin libéral ou d'un EPS rédige une prescription médicale, il engage sa responsabilité professionnelle mais cet engagement devient un élément de confiance et de garantie pour le patient. Cette règle s'applique pour tous les médecins libéraux et les médecins hospitaliers (EPS) Décision TA (Tribunal Administratif) de Versailles du 24 mars 2006 dans un litige opposant un médecin vacataire et un établissement de santé qui avait licencié un médecin vacataire refusant de faire des prescriptions écrites et qui faisait des prescriptions oralement aux personnels infirmiers. Le tribunal précise dans son jugement que « la rédaction d'une prescription médicale constitue eu égard à la responsabilité qui s'y attache, une mission exclusive des médecins ».

L'ordonnance est un document écrit fait par un médecin libéral ou un médecin d'un EPS qui permet au malade de connaître son traitement et au pharmacien de lui délivrer.

A la fin de la consultation, le médecin va établir ses prescriptions par une ordonnance qui engage sa responsabilité. La remise de l'ordonnance doit être accompagnée par des explications claires et précises, nécessaires au patient et à son entourage, en vue d'une bonne observance du traitement prescrit. Toutefois la liberté du patient reste entière de suivre ou de ne pas suivre la prescription médicale.

Si la prise de médicaments ne doit pas être interrompue subitement ou sans avis médical, cette précision est à inscrire sur l'ordonnance et à préciser au patient et à son entourage.

Le médecin prescripteur doit apposer sa signature, par tout moyen approprié, sous la dernière ligne de l'ordonnance, pour éviter tout ajout ou toute fraude.

B) Les différents types d'ordonnances médicales

Ces différents types d'ordonnances concernent les médecins de ville comme ceux des EPS. Les médecins hospitaliers soit en hospitalisation soit en consultation publique ou au titre de leur activité privée à l'hôpital (EPS ou établissements médico-sociaux) peuvent rédiger des ordonnances et prescrire les traitements adaptés à leurs malades.

Le code de la santé publique précise que : « Le prescripteur peut rédiger l'ordonnance manuellement ou sur support informatique ».

L'article R 5132-4 du CSP indique que : « En cas de perte ou de vol de leurs ordonnances, les médecins prescripteurs en font la déclaration sans délai aux autorités de police ».

L'ordonnance médicale n'est pas un modèle unique mais peut prendre cinq formes différentes qui sont précisées ci-après :

1 - L'ordonnance classique

Il est admis que le médecin de ville ou d'un EPS peut utiliser tout type de support dès lors que les mentions obligatoires prévues par la réglementation y sont indiquées.

L'ordonnance peut être faite de manière manuscrite ou peut être établie par voie informatique. Dans la pratique les supports d'ordonnances sont désormais imprimés au moyen d'un logiciel de prescription ou bien pré-imprimés pour répondre à la réglementation. Un arrêté du 10 août 2010 modifié publié au JORF fixe les caractéristiques permettant la lecture automatique des éléments d'identification du prescripteur sur les ordonnances :

L'utilisation d'un procédé d'impression du type code à barres qui comporte deux codes à barres correspondant à :

- l'identifiant personnel du prescripteur autorisé à exercer : numéro RPPS (répertoire partagé des professionnels de santé).

- l'identifiant de la structure d'activité au titre de laquelle est établie l'ordonnance : il s'agit du numéro FINESS (Fichier National des Etablissements Sanitaires et Sociaux) ou du code ADELI pour l'exercice libéral (Automatisation des listes = ADELI).

Ces codes-barres doivent être pré imprimés. L'identification du prescripteur par l'utilisation du tampon n'est plus conforme à la réglementation.

2 - L'ordonnance « bizona »

Elle a été créée en application de l'article R 161-45 du code de la sécurité sociale.

L'ordonnance bizona permet au médecin de ville comme au médecin d'un EPS de distinguer clairement les prescriptions (médicaments et examens) en rapport ou non avec une affection de longue durée (ALD) et pris en charge à 100 % et ceux liés à d'autres maladies pris en charge aux taux de remboursements habituels.

3 - L'ordonnance sécurisée

Depuis la suppression des carnets à souches le 1^{er} juillet 1999 les ordonnances dites sécurisées ou protégées doivent être utilisées pour prescrire les médicaments classés comme stupéfiants en application de l'article R.5132-5 du CSP. Ces dispositions s'appliquent aux médicaments à usage humain et aux médicaments destinés à la médecine vétérinaire.

Toutefois l'utilisation des ordonnances sécurisées n'est

pas limitée aux médicaments stupéfiants. Les médecins qui le souhaitent peuvent utiliser ces ordonnances pour les commandes à usage professionnel de médicaments notamment les médicaments inscrits sur les listes I et II de substances vénéneuses.

Les ordonnances sécurisées répondent à des spécifications techniques précises. Seuls des éditeurs agréés par l'AFNOR (Agence Française de Normalisation) peuvent fabriquer des ordonnances sécurisées.

Ces ordonnances sécurisées pourraient être multipliées notamment dans les EPS.

4 - L'ordonnance de médicaments ou de produits et prestations d'exception

L'arrêté du 26 juin 2006, les articles R. 163-2, 3^e alinéa et R.165-1 du code de la sécurité sociale (CSS) et l'article L.115 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre régissent ces ordonnances.

Il s'agit d'ordonnances utilisées pour la prescription d'un médicament, un produit, ou une prestation dont le remboursement est soumis à une formalité particulière.

Les médicaments d'exception sont des médicaments particulièrement coûteux et d'indication précise. Des médicaments de cette nature sont prescrits en milieu hospitalier et notamment dans les Centres Hospitaliers Régionaux Universitaires (CHRU) avec un financement spécifique des Agences Régionales de Santé qui porte notamment sur les molécules onéreuses.

Ces ordonnances comportent 4 volets dont 1 pour l'assuré, 2 pour l'Assurance Maladie et 1 pour le pharmacien.

5 - L'ordonnance informatique (courriel)

La loi n° 2004-10 du 13 août 2004 relative à l'Assurance Maladie a introduit à son article 34 la possibilité de prescrire des soins ou des médicaments par voie électronique. La loi prévoit 3 conditions à remplir :

- a) le prescripteur doit être clairement identifié
- b) elle doit être « établie, transmise et conservée dans des conditions propres à garantir son intégrité et sa confidentialité ».
- c) le médecin de ville ou d'un EPS doit avoir fait préalablement l'examen clinique du patient.

Quel en est le fonctionnement :

Le patient se rend chez son docteur. Le médecin libéral ou d'un EPS dépose une prescription électronique sur une base de données sécurisée et peut imprimer une preuve électronique.

Le pharmacien de ville ou hospitalier scanne le code-barres et télécharge la prescription électronique.

Le pharmacien de ville ou hospitalier délivre les médicaments au patient et archive la prescription électronique pour qu'elle ne puisse pas être délivrée une seconde fois.

Très peu développée en France (11 % dont 5 % pour les médicaments) selon un sondage IPSOS, la généralisation de la « e-prescription » est une priorité pour la CNAM (Caisse Nationale d'Assurance Maladie).

C) La conformité et la validité d'une ordonnance médicale

La conformité et le délai de validité d'une ordonnance médicale faite par un médecin de ville ou d'un EPS sont nécessaires d'une part à la délivrance de médicaments ou à la prescription d'un acte médical et d'autre part en vue de la prise en charge par l'Assurance Maladie.

1 - la conformité d'une ordonnance

L'ordonnance médicale est obligatoirement délivrée par un professionnel de santé en ville ou en EPS et la plupart du temps par un médecin. L'ordonnance est souvent établie en double exemplaire. L'ordonnance doit comporter les mentions suivantes :

- La date
- Le nom du patient concerné
- Le nom des médicaments ou des actes médicaux demandés
- La dose prescrite en cas de traitement par voie médicamenteuse
- La durée du traitement et le nombre de renouvellement si nécessaire
- La mention NR en cas de médicament non remboursable
- La mention NS en cas de médicament non substituable (fourniture d'un médicament générique à la place d'un médicament princeps par exemple). Le droit de substitution a été introduit en 1999. Depuis 1999, les pharmaciens sont autorisés à substituer un médicament générique à celui prescrit par le médecin, à condition que ce médicament soit dans le même groupe générique et que le médecin prescripteur n'ait pas exclu cette possibilité par l'apposition de la mention non substituable sur l'ordonnance. Pour limiter le risque de confusion par le patient, le pharmacien doit indiquer sur l'ordonnance le nom du médicament qu'il a substitué (loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé du 29 décembre 2011 ;
- Article L 5121-1-2 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015). L'inscription par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) d'un médicament générique au sein du répertoire garantit le fait qu'il peut se substituer au médicament d'origine, dans les mêmes conditions d'efficacité, de sécurité d'emploi et de qualité. Il est possible de vérifier sur son smartphone si une molécule est inscrite ou non au répertoire des médicaments génériques en téléchargeant gratuitement l'E-mémo Générique depuis l'Appstore ou sur GooglePlay.

Dans le cas d'une prescription de médicaments l'original et

le duplicata d'ordonnance doivent être remis au pharmacien qui devra au moment de la délivrance des médicaments, annoter sur l'exemplaire original la quantité de médicaments fournis, le montant des médicaments ainsi que la part prise en charge par l'Assurance Maladie.

Avec la carte vitale et la carte de tiers payant, le pharmacien (en cas de délivrance de médicaments) ou le professionnel de santé concerné (cas d'un acte médical fait par un spécialiste) transmet la copie de l'ordonnance à la caisse d'Assurance Maladie. Le cas échéant, c'est l'assuré qui doit adresser lui-même la demande de remboursement à l'Assurance Maladie.

Il est à noter le cas spécifique de PUI (pharmacie à usage intérieur) des structures hospitalières notamment publiques. Il s'agit de la pharmacie qui se situe à l'intérieur d'un établissement de santé dans lequel sont traités des malades (article L 5126 du CSP) et qui a une double mission :

- assurer les approvisionnements en médicaments et dispositifs médicaux des services de soins.
- contribuer à leur bon usage et à leur sécurité d'utilisation.

La PUI est au centre de la prise en charge thérapeutique des patients.

Certains EPS qui disposent d'une PUI, peuvent être autorisés par les ARS (Agences Régionales de Santé), à dispenser des médicaments à des patients non hospitalisés (patients ambulatoires). Ces médicaments sont « rétrocedés » par les PUI à ces patients. Ces médicaments figurent sur une « liste de rétrocession ». Les médicaments inscrits sur cette liste présentent notamment des contraintes particulières de distribution, de dispensation, d'administration ou nécessitent un suivi de la prescription ou de la délivrance (des anticancéreux, des antirétroviraux, des antifongiques...).

2 - la validité d'une ordonnance médicale

Concernant la prescription de médicaments, l'ordonnance médicale d'un médecin de ville ou d'un EPS a une durée de validité qui lui est propre, même si habituellement, la délivrance des médicaments dans un délai de 3 mois à compter de la date de prescription par le médecin est faite par le pharmacien.

Certains médicaments, comme les stupéfiants, doivent être retirés dans un délai de 3 jours.

Les ordonnances pour acte médical spécifique : imagerie, biologie, ophtalmologie... ont une validité spécifique à la prescription médicale.

La durée de validité d'une ordonnance médicale va déterminer le besoin ou pas de renouveler l'ordonnance.

Le renouvellement de l'ordonnance peut être prévu par le médecin directement sur l'ordonnance par période de 1 mois ou de 3 mois. Si aucun renouvellement d'ordonnance n'est prévu, il convient alors de consulter à nouveau le médecin.

Dans le cas d'un traitement chronique, quand la durée de validité de l'ordonnance renouvelable est expirée

et inférieure à 1 an le pharmacien peut dispenser les médicaments nécessaires à la poursuite du traitement sous conditions (information préalable du médecin traitant pour une délivrance exceptionnelle et de courte durée en fonction de l'âge, de la localisation géographique de la maladie concernée...). Il s'agit de permettre au patient de consulter son médecin qui décide de renouveler ou pas le traitement.

II- Les modalités de la prescription médicale sont encadrées

Si le principe est la libre prescription par le médecin de ville ou d'EPS, elle est effectuée dans un cadre précisé par les lois et les règlements qui constituent l'encadrement juridique. La prescription qui fait l'objet d'un remboursement à des taux variables doit s'effectuer également en tenant compte du contexte économique général, du progrès scientifique fort dans le champ médical et de l'évolution des coûts des médicaments (VIH = virus de l'immuno-déficience humaine, cancer, etc.). Les ordonnances médicales individuellement délivrées engendrent des dépenses fortes pour la collectivité à savoir le remboursement par la sécurité sociale française.

A) L'encadrement juridique

Un ensemble complexe de lois et de règlements multiples est compilé notamment dans 4 codes différents. Le travail important de codification qui a été fait a atténué cet arsenal juridique.

Le code de déontologie médicale

Le code concerne tous les médecins libéraux ou des EPS .

En 1825, le terme de « déontologie » est apparu pour la 1^{ère} fois en langue française et est issu de la traduction de l'ouvrage du philosophe Jeremy Bentham intitulé « Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science ».

En 1845 le Docteur Max Simon publie le 1^{er} ouvrage de déontologie médicale intitulé « Déontologie médicale ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation ».

Aujourd'hui la déontologie médicale rassemble les éléments d'un discours sur les devoirs du médecin (devoirs généraux des médecins, devoirs envers les patients, rapport des médecins entre eux et avec les membres des autres professions de santé et les règles relatives à l'exercice de la profession) ce qui suppose une certaine autonomie de pratique et de régulation.

Le code de déontologie médicale a été créé en 1947 et publié en 1949 et sa 4^{ème} version actualisée (progrès scientifique et technique ; développement de l'informatique ; débats éthiques ; fin de vie ; médecine d'urgence ; exercice salarié et cabinet de groupe...) répond à des éléments de forme et de fond, et remonte au décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995. Le code comprend 112 articles. Le code de

déontologie médicale affirme la primauté de la personne. Le médecin est au service de l'individu avant d'être à celui de la santé publique. Les principes du respect de la vie humaine et de la dignité de la personne (ajouté en 1995) sont affirmés. Le principe de la responsabilité personnelle des actes réalisés par le médecin est reconnu.

Le médecin doit être compétent eu égard à la nature de sa mission attestée par un doctorat de médecine et son inscription au conseil de l'ordre des médecins, par une formation professionnelle continue et plus récemment le développement professionnel continu (formation continue + évaluation des pratiques professionnelles).

Le médecin doit maintenir son niveau de compétences au plus haut vis-à-vis de ses malades et de la mise en jeu de sa responsabilité professionnelle devant les tribunaux qui s'est fortement accrue.

La déontologie est conçue pour le praticien, proche de « l'individu patient » par la mission qui lui incombe, mais aussi responsable devant l'opinion publique, par la fonction qu'il occupe.

Le code de déontologie médicale n'est pas seulement élaboré par la profession médicale représentée par le conseil national de l'ordre des médecins mais soumis à l'administration, au Conseil d'État et au Gouvernement. Le code est publié au final au JORF sous la signature du Premier Ministre.

Le code de déontologie se présente comme une gouvernance morale du médecin qui prescrit.

Le médecin doit observer le secret professionnel qui impose une confiance réciproque entre le médecin et son patient tous les deux acteurs du colloque singulier ((expression de Georges Duhamel) ou de la rencontre singulière (expression de Paul Ricœur).

La confiance est nécessaire à la confiance pour que le patient puisse confier au médecin les choses les plus intimes qui le concernent. Chacun doit savoir que rien des propos qui sont tenus, ne filtre à l'extérieur. Le médecin ne peut dissimuler un pronostic grave même si des disciplines (notamment l'oncologie) prévoient un dispositif d'annonce. Le médecin doit agir avec tact et mesure à l'égard de ses patients.

Les dispositions du code de déontologie s'imposent à tout médecin, sous peine d'éventuelles poursuites disciplinaires.

L'interne en médecine occupe une place essentielle dans le fonctionnement des établissements d'hospitalisation et notamment en CHRU en participant activement aux soins dans les services. Nombreuses sont les situations où sa responsabilité est susceptible d'être mise en cause.

La question de l'ordonnance médicale et de l'interne se pose dans tous les EPS et notamment dans les CHRU. L'article R6153-2 du code de la santé publique (CSP) dispose que : « L'interne est un agent public. Praticien en formation spécialisée, il consacre la totalité de son temps à sa formation

médicale, odontologique ou pharmaceutique en stage et hors stage ». Le statut d'agent public fait que l'hôpital est responsable des actes médicaux de l'interne. Le principe est celui de la responsabilité professionnelle de l'établissement.

L'article R6153-3 du CSP (modifié par Décret n° 2010-1187 du 8 octobre 2010 qui a édicté pour l'essentiel les dispositions relatives au statut des internes et notamment son article 4) précise que : « L'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève ».

L'article R6153-6 du CSP (modifié par Décret n° 201-1187 article 7) prévoit notamment que : « Les internes sont soumis au règlement des établissements ou organismes dans lesquels ils exercent leur activité... ». L'interne a droit au repos de sécurité et participe à la continuité des soins et ainsi assure des gardes à l'hôpital ou dans la structure de santé où il fait son stage.

La question centrale est celle de l'interne et de l'ordonnance médicale. La position du Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) est que toutes les prescriptions nécessaires à la prise en charge du patient et notamment la prescription des médicaments soumis à prescription médicale obligatoire est susceptible d'être déléguée par le maître de stage en faisant la distinction suivante :

- La délégation d'activité peut être étendue pour l'interne qui a accompli le nombre de semestres lui permettant d'exercer dans sa spécialité de manière indépendante... Au bout d'un certain nombre de semestres les internes peuvent obtenir une licence de remplacement.

- La délégation sera plus limitée et dépendra de l'appréciation portée par le maître de stage, sur la compétence de l'interne, qui moins avancé dans son cursus, ne peut pas bénéficier d'une licence de remplacement.

- Dans les deux cas de figure, évoqués ci-dessus, l'interne doit être identifié en sa qualité ainsi que le maître de stage agréé qui est son référent dans les ordonnances médicales et documents médicaux remis au patient.

D'une façon générale pour le CNOM les patients doivent connaître la qualité des personnes qui les prennent en charge.

Le code de la santé publique

Le code de la santé publique (CSP) français a été créé en 1953, puis a été périodiquement refondu par différents textes (notamment l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, les décrets n° 2003-461 et 2003-462 du 21 mai 2003 ; les décrets de 2004 et de 2005 ; plusieurs décrets de novembre et décembre 2016...). Sa publication a permis l'abrogation simultanée de centaines de textes ainsi codifiés. Le CSP contient le code de déontologie médicale.

Le CSP est un ensemble juridique complexe qui comporte de très nombreux textes qui s'appliquent aux médecins de ville et des EPS.

Le CSP fixe l'aspect technique de l'ordonnance médicale. Ainsi, la prescription d'une spécialité pharmaceutique mentionne ses principes actifs par leur DCI (dénomination commune internationale) ou à défaut, leur dénomination dans la pharmacopée européenne ou française (article L5121-1-2 du CSP) la forme pharmaceutique (gélule, sachet soluble, ampoule...) et la voie d'administration/voie orale, injection... (article R.5125-55 du CSP) ; la posologie et le mode d'emploi. Et s'il s'agit d'une préparation l'ordonnance indique la formule détaillée.

Le code de la sécurité sociale

Le code concerne tous les médecins en exercice privé ou en EPS.

Le système actuel de sécurité sociale a été créé par les ordonnances du 4 et 19 octobre 1945. La France a choisi de construire un système de sécurité sociale qui vise à couvrir toute la population avec une affiliation obligatoire qui s'impose aux employeurs et aux salariés. Cette volonté est issue de l'élan et des idéaux de la Résistance Française. Les fondateurs sont Pierre Laroque, Alexandre Parodi et Ambroise Croizat. La sécurité sociale comprend 5 branches :

- La branche maladie, qui recouvre les risques maladie, maternité, invalidité et décès.
- La branche accidents du travail et maladies professionnelles.
- La branche famille.
- La branche retraites.
- La branche cotisations/recouvrement.

La sécurité sociale comporte différents régimes :

- Le régime général qui concerne plus de 80 % de la population française.
- Le régime social des indépendants qui concerne tous les travailleurs non salarié à l'exclusion des agriculteurs. Toutefois le RSI a été supprimé au 1 janvier 2018 et rejoint le régime général de protection sociale. La réforme du RSI ne doit pas affecter ni les modalités de calcul des cotisations ni le versement des prestations des ex bénéficiaires du RSI. La réforme ne modifie pas les droits des travailleurs indépendants et notamment les remboursements des soins prescrits par les ordonnances médicales.

- La Mutualité sociale agricole
- Les régimes spéciaux

Le code de la sécurité sociale français est un recueil de textes législatifs ou réglementaires présenté notamment sous forme d'articles ayant pour objet de préciser le financement, l'organisation, le fonctionnement, le régime juridique global de la sécurité sociale française.

Les modalités de prescription et de délivrance des produits et prestations sont prévues à la section 9 du code de la sécurité sociale.

L'article R165-36 (créé par le décret n° 2012-860 du 5 juillet 2012) prévoit que la prescription de produits ou de prestations inscrits sur la liste prévue à l'article L165-1 ne peut être faite pour une durée supérieure à 12 mois.

L'article R165-37 (créé par le décret précité du 5 juillet 2012) précise que l'ordonnance comportant la prescription d'un produit ou d'une prestation inscrit sur la liste prévue à l'article L165-1 indique soit la durée totale de la prescription, soit le nombre de renouvellements de la prescription par périodes maximales d'1 mois, dans la limite de 12 mois.

L'article R165-38 (créé par le décret de 2012 déjà cité) indique que l'ordonnance du médecin de ville ou travaillant en EPS précise la durée du traitement (traitement pour 4 jours) le conditionnement (exemple : 1 boîte de 12 comprimés ou 3 ampoules buvables), le renouvellement de la prescription (ordonnance pour 1 mois renouvelable 2 fois). L'ordonnance mentionne aussi le nom, le prénom, le sexe, la date de naissance et si nécessaire la taille et le poids du patient.

Elle doit être datée du jour de sa rédaction et écrite de façon lisible (le traitement de texte en cours de généralisation est facilitateur de la lecture) pour éviter toute confusion sur le nom du médicament, sur les doses, sur le mode d'administration, sur la durée du traitement.

Le code général des impôts

L'ordonnance médicale est concernée par l'article 1649 quater E bis de ce code (modifié par la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 en son article 37), pour le mode de règlement de la consultation médicale et notamment le paiement par chèque quand le médecin précise qu'il est membre d'un centre de gestion agréé.

La réglementation Européenne

Elle concerne l'exercice médical libéral ou l'exercice médical en EPS.

- La Directive européenne sur les droits des patients : la Directive n° 2011/24/UE du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers vise à garantir la mobilité des patients et la libre prestation de services de santé.

Elle est applicable depuis le 25 octobre 2013 dans les États membres de l'Union Européenne et depuis le 1 août 2015 pour les États de l'Espace Economique Européen (Islande, Lichtenstein, Norvège). Elle ne s'applique pas à la Suisse.

* La Directive d'Exécution 2012/52/UE de la Commission du 20 décembre 2012 établissant des mesures visant à faciliter la reconnaissance des prescriptions médicales établies dans un autre État membre. Cette directive a été transposée en droit français par le décret n° 2013-1216 du 23 décembre 2013 relatif à la reconnaissance des prescriptions médicales établies dans un autre État membre de l'Union Européenne.

* Le règlement CE n° 883/2004 portant sur la coordination

des systèmes de sécurité sociale et le règlement CE n° 987/2009 fixant les modalités d'application de ce règlement sont des textes importants pour protéger les droits en matière de sécurité sociale des personnes se déplaçant dans l'UE (ainsi qu'en Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse). Le règlement CE 883/2004 ne remplace pas les systèmes nationaux par un système européen unique. Parmi ses dispositions, il prévoit une Carte Européenne d'Assurance Maladie (CEAM) gratuite. Cette mesure permet aux personnes qui séjournent dans un pays de l'UE autre que leur pays de résidence (y compris pour des vacances), d'accéder aux prestations médicales pendant leur séjour dans les mêmes conditions et aux mêmes prix que les personnes assurées dans ce pays. Les frais sont ensuite payés ou remboursés par le système de sécurité sociale de leur pays d'origine. La CEAM est délivrée par les services d'Assurance Maladie du pays de la personne assurée.

B) L'encadrement financier et économique

L'ordonnance médicale de ville ou en EPS a un rôle majeur dans le taux de remboursement des dépenses engagées par le malade pour se soigner. Le médecin prescripteur de soins, d'équipements, de prothèses, de médicaments... doit établir une ordonnance dans un cadre juridique précis qui influe sur le taux de remboursement.

En 1998, la carte Vitale est créée pour d'une part moderniser le système de remboursement des assurés et d'autre part pour simplifier leurs démarches. La carte Vitale est une carte électronique individuelle d'assuré social. Elle atteste de l'affiliation d'une personne à un régime d'Assurance Maladie et des droits spécifiques dont elle bénéficie au regard de sa situation. Elle ne contient aucun élément médical mais renferme toutes les informations administratives nécessaires au remboursement des soins et à la prise en charge en cas d'hospitalisation.

En 2000, la création de la couverture maladie universelle (CMU) permet, à toute personne française ou étrangère, résidant en France depuis plus de 3 mois, de manière stable et régulière d'accéder aux soins.

En 2004, l'Assurance Maladie connaît une réforme structurelle. Une loi fait évoluer l'Assurance Maladie en vue de renforcer son efficacité. Elle redéfinit l'organisation de l'offre de soins et de la maîtrise médicalisée des dépenses de santé. Elle est associée à la définition de la politique hospitalière et de la politique du médicament et dispose de nouveaux pouvoirs dans le domaine des soins de ville

En 2016, la CMU devient la Protection Universelle Maladie (PUMa). La PUMa permet de disposer de droits continus à toute personne travaillant et résidant en France de façon stable.

La sécurité sociale concerne tous les malades pour chaque dépense de santé et chacun y participe financièrement. La partie de dépense financière, qui reste, à la charge de l'assuré est appelée «ticket modérateur».

Le ticket modérateur est la partie de dépenses de santé qui reste à la charge de l'assuré une fois que l'Assurance Maladie a remboursé sa part. Il s'applique à tous les frais de santé remboursables : consultation chez le médecin, examen de biologie et d'imagerie médicale, achat des médicaments prescrits... Le pourcentage du ticket modérateur est variable selon :

- La nature du risque (maladie, maternité, invalidité, accident du travail/maladie professionnelle)
- L'acte réalisé ou le traitement
- Le respect ou non du parcours de soins coordonnés.

Par ailleurs, il existe un montant non remboursé de 1€ au titre de la participation forfaitaire à chaque consultation d'un médecin généraliste conventionné exerçant en secteur 1. Pour une boîte de médicaments, une franchise médicale de 0,50€ par boîte de médicaments ou tout autre conditionnement (flacon) est due par le malade. Elle est déduite des remboursements par l'Assurance Maladie.

La participation forfaitaire est un dispositif mis en place le 1^{er} janvier 2005 d'un montant de 1€ dont tout assuré social âgé de plus de 18 ans doit s'acquitter pour toute consultation ou tout acte médical (examens biologique ou d'imagerie médicale compris). Il existe certains cas où la participation forfaitaire n'est pas due (consultations chez les chirurgiens-dentistes) mais tous ne seront pas cités dans le cadre de notre présent travail.

Cette participation forfaitaire, est destinée à la sécurité sociale en vue de contribuer au maintien du système de santé français.

La franchise médicale, en vigueur en France depuis le 1^{er} janvier 2008, est une somme d'argent qui reste à la charge de l'assuré social dans le cas où l'Assurance Maladie fait un remboursement. Le montant de la franchise médicale varie selon qu'elle s'applique sur les boîtes de médicaments, les actes paramédicaux et les transports sanitaires.

Toutefois la complémentaire santé ("mutuelle") peut le prendre en charge en partie ou en totalité. Mais les complémentaires santé ne prévoient pas la prise en charge des franchises dans la plupart des cas.

Le mode de prélèvement de la franchise médicale diffère en fonction du fait que l'assuré bénéficie ou non du tiers payant.

Dans les EPS pour les personnes ayant besoin de soins, mais ayant du mal à y accéder, en raison de l'absence de protection sociale, de leurs conditions de vie, de leurs difficultés financières, il existe des structures dénommées PASS (Permanence d'Accès aux Services de Soins). Ces permanences de soins permettent aux plus démunis :

- d'aller dans une consultation de médecine générale ou spécialisée
- de faire des examens biologiques ou d'imagerie médicale
- d'avoir, si besoin, des soins infirmiers

- d'obtenir des médicaments prescrits par le médecin hospitalier

Les PASS spécifiques des EPS peuvent fournir des soins bucco dentaires et psychiatriques.

Malgré l'ordonnance médicale, les remboursements de l'Assurance Maladie ne couvrent pas la totalité des frais engagés par les assurés sociaux. La franchise médicale est une des dépenses médicales qui restent à la charge des assurés tout comme le ticket modérateur, la participation forfaitaire et le forfait hospitalier.

Le forfait hospitalier qui a été créé par la loi du 9 janvier 1983 est d'un montant de 20 € au 1 janvier 2018. Il existe des cas d'exonération (bénéficiaires de PUMa ou AME (Aide médicale d'État)) qui ne sont pas tous traités dans le cadre de ce travail.

Le médecin, après examen clinique, peut considérer que le patient relève d'une affection de longue durée (ALD) et prescrit un traitement dans ce contexte. Une ALD est une maladie chronique à caractère grave, qui peut être exonérante (article D160-4 du code de la sécurité sociale et décret n° 2015-1882 du 30 décembre 2015 article 1= (AVC, diabète, cancer...) à savoir prise en charge à 100 % par l'Assurance Maladie. Les soins relatifs au traitement d'ALD sont généralement très coûteux. Ces ALD exonérantes sont inscrites sur une liste dite ALD 30 compte tenu du fait qu'initialement il y avait 30 affections concernées.

Il existe d'autres ALD (article L324-1 du code de la sécurité sociale) qui n'ouvrent pas droit à une exonération du ticket modérateur et qui sont appelées ALD non exonérantes (glaucome, arthrose, épilepsie...). Les patients sont pris à charge à 65 % du tarif de la sécurité sociale. Tous les soins dispensés dans le cadre de l'ALD sont remboursés aux taux habituels.

Les patients souffrant d'ALD doivent respecter le parcours de soins coordonnés pour bénéficier d'un remboursement optimal des frais de santé en rapport avec la maladie.

Le parcours de soins coordonnés en France fait que chaque assuré social de plus de 16 ans doit désigner un médecin traitant de son choix avant de consulter un autre spécialiste, pour bénéficier d'un remboursement à taux plein sauf en cas d'urgence, pour consulter un gynécologue, un ophtalmologue, un psychiatre, un stomatologue, un chirurgien-dentiste.

Le parcours de soins coordonnés est un parcours que l'assuré social qui a déclaré un médecin traitant fait pour bénéficier de soins par un médecin ou par un spécialiste. Il convient de toujours passer par le médecin traitant déclaré pour bénéficier d'une consultation chez un spécialiste. L'application du parcours de soins coordonnés permet à l'assuré de bénéficier d'un remboursement par l'Assurance Maladie à hauteur de 70 % du tarif de référencement de la sécurité sociale.

Ainsi, la liberté de prescription du médecin est encadrée au plan financier par un certain nombre de mesures financières

qui conditionnent le montant des remboursements faits par l'Assurance Maladie en raison d'une situation économique et financière globale contrainte.

Le progrès scientifique, les découvertes de nouveaux traitements coûteux (quadrithérapies, nouvelles molécules onéreuses...) les avancées technologiques importantes (sous l'impulsion des équipes de recherche des CHRU et des EPS) dans le domaine de la santé, la survenance de nouvelles maladies (VIH, cancer, la propagation d'autres épidémies de grippe notamment), la résurgence de maladies qui paraissaient éradiquées (tuberculose notamment), l'espérance de vie plus longue (Alzheimer, Parkinson en plus grand nombre à un âge plus élevé...) conduisent l'Assurance Maladie à supporter des coûts de plus en plus élevés.

La volonté des autorités nationales de tenir le budget de l'Assurance Maladie, et en tout état de cause de réduire fortement le déficit conduit à resserrer les dépenses et de ce fait de contrôler les dépenses et notamment les dépenses de médicaments avec la mise en place des médicaments génériques.

Il s'ensuit une limitation des remboursements des médicaments prescrits par les médecins et un encadrement des ordonnances médicales.

Les EPS ont contribué sensiblement à l'effort de réduction des dépenses de médicaments ou de dispositifs médicaux prescrits en hospitalisation.

Les ordonnances médicales sont ainsi le point de départ de l'engagement financier fait par le patient au moyen de la carte vitale et de la CEAM à un moindre niveau.

L'ordonnance dématérialisée pourrait être un véritable outil de coordination entre le pharmacien et le médecin. La prescription électronique n'est en France qu'à ses débuts et est en retard par rapport à des pays comme l'Espagne ou le Danemark.

L'Assurance Maladie a exprimé la volonté de généraliser selon son calendrier prévisionnel entre 2019 et 2022 l'ordonnance numérique par le développement de l'e-prescription dès 2019 avec une montée en charge progressive.

La négociation entre l'Assurance Maladie qui a proposé d'héberger sur son serveur les ordonnances dématérialisées et les syndicats médicaux s'annonce serrée compte tenu du fait que les médecins ne souhaiteraient pas une modification ultérieure possible par voie numérique de leurs prescriptions.

Les EPS (CHRU notamment) pourraient servir de porteurs de la généralisation des ordonnances numériques.

Jean Martin Andarelli

Adèle Lutun

Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Quelles perspectives pour les produits de santé connectés et l'intelligence artificielle en santé en France ?

En 2016, l'Hôpital des Yeux de Moorfields, en Angleterre a conclu un partenariat¹ de cinq ans avec DeepMind Health, une entité Google, afin d'explorer le potentiel de l'intelligence artificielle (IA) et du machine learning dans le domaine des maladies de l'œil. Un article paru en septembre 2018² rendait public le succès de ce partenariat.

Après entraînement de l'intelligence artificielle, les chercheurs ont comparé les diagnostics effectués par des médecins et ceux de l'intelligence artificielle. Sur 997 images de tomographie en cohérence optique (OTC), l'IA a obtenu un score de 94.5 % de bons diagnostics, similaire à celui obtenu par les spécialistes de la rétine, qui avaient accès aux OTC ainsi qu'à de la documentation. A titre de comparaison, des spécialistes de la rétine à qui étaient présentés les OTC seuls eurent raison entre 6.7 et 13 % des cas³.

Afin de permettre l'explicabilité du diagnostic, cette intelligence artificielle s'articule en deux réseaux de neurones (« neural network »). Le premier réseau de neurones a été entraîné afin d'identifier différents symptômes sur les OTC, qui avaient été préalablement étudiés et annotés par une équipe d'optométristes et d'ophtalmologistes. Ce premier réseau neuronal a étudié 14.884 OTC dé-identifiés par l'hôpital avant transmission à DeepMind. Le deuxième réseau neuronal analysait les résultats du premier réseau et était capable de proposer un diagnostic, sous forme de pourcentage d'indice de confiance, ainsi que les recommandations thérapeutiques adéquates.

Forts de ce succès les chercheurs ont fait savoir qu'ils

comptaient évaluer l'intelligence artificielle dans le cadre d'un essai clinique afin d'obtenir un outil permettant de réduire le temps passé par les médecins à analyser des OCT, approuvé par les autorités compétentes⁴.

Il faut souligner que DeepMind n'en est pas à son premier coup d'éclat. En effet, leur application Streams permettant la détection des insuffisances rénales aiguës est d'ores et déjà utilisée dans plusieurs hôpitaux anglais. Toutefois, les conditions dans lesquelles Streams a été développée ont soulevé de nombreuses questions au regard du respect de la vie privée des patients dont les données avaient été utilisées⁵. Il semble que DeepMind et les hôpitaux aient fait de nombreux progrès depuis. A titre d'exemple, l'hôpital des yeux de Moorfields a consacré plusieurs pages de son site à l'information du public concernant l'expérimentation menée avec Deepmind.

Les professionnels médicaux en Angleterre introduisent progressivement de l'intelligence artificielle afin d'accompagner leurs diagnostics et prescriptions, par des partenariats publics/privés, avec une approche adaptée à leur pratique. En France, il semble que le sujet ne soit pas aussi mûr. Il est donc intéressant d'étudier les perspectives envisagées dans les nombreux rapports publiés récemment, qu'ils traitent de thématiques plus générales **(I)** ou soient spécialement dédiées à la santé **(II)**.

I. Les perspectives envisagées par le rapport Villani et l'étude du Conseil d'État

En septembre 2017, Cédric Villani se voyait confier une mission sur l'intelligence artificielle ayant abouti à la publication d'un rapport⁶ enthousiaste dont l'un des focus était dédié à la « santé à l'heure de l'IA » **(a)**. Le Conseil d'État⁷, s'est également saisi du sujet, de manière plus mesurée, dans le cadre d'une étude dédiée à la révision des lois bioéthiques **(b)**.

a. L'enthousiasme du rapport Villani face à l'intelligence artificielle en santé

Les attentes exprimées par le rapport Villani face à l'intelligence artificielle en santé sont grandes. L'utilisation de

4- Op. Cit. 3.

5- Voir Lutun Adèle, « Compatibilité des cadres légaux applicables et mise en œuvre de projets big data en santé : approche comparative Etats-Unis et Royaume-Uni », *JDSAM n°20 - 2018*, p. 30

6- Villani Cédric, « Donner un sens à l'intelligence artificielle, pour une stratégie nationale et européenne », 29 mars 2018, 235 p. [consulté le 09/11/2018].

7- Conseil d'Etat, section du rapport et des études « Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? », 29 juin 2018, 262 p. [consulté le 09/11/2018].

1- Moorfields Eye Hospital NHS Foundation Trust, « [Moorfields and DeepMind Health research partnership latest update](#) » [consulté le 09/11/2018].

2- De Fauw Jeffrey et al., « [Clinically applicable deep learning for diagnosis and referral in retinal disease](#) », *Nature Medicine*, Vol 24, septembre 2018, 1342 - 1350.

3- Burgess Matt, « [Now DeepMind's AI can spot eye disease just as well as your doctor](#) », *Wired*, 13 août 2018.

l'IA afin d'accompagner la décision médicale et l'orientation dans le parcours de soins pourrait être très bénéfique, tant au regard de l'amélioration de la qualité des soins que de la réduction des coûts⁸.

Afin de permettre le développement de cette technologie vertueuse, le rapport propose quelques idées sur le recueil de données qualitatives permettant de suivre le patient en temps réel pour développer une médecine personnalisée et prédictive. L'un des axes porte sur la régulation de l'innovation en santé à l'heure de l'IA et suggère d'expérimenter de nouvelles procédures de qualification et certification des algorithmes en santé, dans l'esprit d'un programme lancé par la Food and Drug Administration aux États-Unis⁹. Pour ce faire, le rapport recommande de saisir l'opportunité des lois de bioéthique afin d'y intégrer les enjeux liés à l'IA en santé.

Concernant la certification d'algorithmes dans le domaine de la santé, il convient de souligner deux actualités survenues depuis la publication de ce rapport. Tout d'abord, une décision du Conseil d'État¹⁰ est venue préciser que les logiciels d'aide à la prescription (LAP) qualifiés de dispositifs médicaux ne pouvaient se voir imposer la certification de la Haute autorité de Santé (HAS) en plus de l'obligation de marquage CE. Par un communiqué de presse du 18 juillet 2018, la HAS a précisé que la certification des LAP restait possible sur la base du volontariat¹¹. Par ailleurs, la HAS a renouvelé la composition de la Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé (CNEDiMETS). Outre le recrutement d'un membre d'associations d'usagers supplémentaire, l'autorité souligne l'intégration de « nouveaux membres aux profils variés pour s'adapter aux nouveaux enjeux du secteur. »¹² A titre d'exemple, la CNEDiMETS s'est dotée d'un expert de l'e-santé en tant que membre suppléant.

Le rapport Villani établit donc que la médecine de demain devra intégrer l'intelligence artificielle, notamment sous la forme de logiciels d'aide à la prescription ou d'aide au diagnostic. Toutefois, ce rapport souligne également que cela ne pourra avoir lieu que si une plateforme pour le système de santé adaptée aux usages liés à l'IA est mise en place. Si le rapport Villani souligne qu'il est crucial de s'interroger sur l'éthique et l'IA, ainsi que sur l'impact qu'elle aurait en termes d'emplois, l'étude du Conseil d'État développe longuement

les éventuelles conséquences négatives que pourrait entraîner l'usage de l'intelligence artificielle dans le domaine de la santé.

b. Les problématiques diverses liées à l'utilisation de l'IA en santé soulevées par le Conseil d'État

Au-delà des problématiques soulevées par la collecte et le traitement des données de santé dans le cadre du développement de l'intelligence artificielle en santé, le Conseil d'État souligne que les dispositifs utilisés dans le domaine de la santé et basés sur l'intelligence artificielle ne sont pas neutres. A titre d'exemple, le Conseil d'État rappelle « le risque d'une conditionnalité croissante de l'assurance maladie en fonction de l'observance »¹³. Si une telle condition générale liée à l'observance n'est aujourd'hui pas rendue possible par le droit, celui-ci est susceptible d'évoluer.

En effet, le Conseil d'État¹⁴ a annulé en 2014 deux arrêtés ministériels qui modifiaient les modalités de remboursement par l'assurance maladie du dispositif médical dit à pression positive continue (PPC) utilisé par des patients souffrant d'apnée du sommeil, conditionnant le remboursement à l'utilisation effective du dispositif médical. Ces deux arrêtés furent annulés pour incompétence au motif que la loi n'avait pas donné compétence aux ministres de subordonner par voie d'arrêtés le remboursement d'un dispositif à pression positive continue à l'observance du patient¹⁵. Le Conseil d'État ne s'étant pas prononcé sur le bien-fondé de ce mécanisme, il reste possible pour le législateur de prendre les mesures adéquates afin de faire évoluer le cadre législatif pour subordonner un remboursement à une observance.

Ensuite, le Conseil d'État souligne que de tels dispositifs pourraient altérer en profondeur la relation de soin qui existe entre le médecin et le patient¹⁶. Tout d'abord, l'utilisation de tels outils pourrait déposséder le soignant d'une partie de son savoir médical, confronté à des algorithmes dont le processus d'apprentissage n'est pas toujours transparent, qui pourraient remettre en cause l'autonomie du médecin dans l'établissement de son diagnostic. Afin que ces scénarii ne se réalisent pas, le Conseil d'État préconise une exigence d'explicabilité des algorithmes, qui ne saurait se limiter à la publication d'un code source ainsi que la sanctuarisation du rôle du médecin en rappelant qu'un diagnostic établi uniquement par un système d'intelligence artificielle pourrait être interdit en application des dispositions légales relatives à l'exercice illégal de la médecine, qui pourraient être revues afin de préciser ce cas particulier.

Le Conseil d'État met donc en garde contre le développement d'une IA en santé qui ne prendrait pas en

8 - Villani Cédric, « Donner un sens à l'intelligence artificielle, pour une stratégie nationale et européenne », 29 mars 2018, p. 195.

9 - Le rapport fait référence au programme « Software Pre-Cert Pilot Program » ayant pour objectif le développement d'un modèle de régulation permettant d'évaluer la sécurité et l'efficacité de technologies logicielles sans pour autant bloquer leur accès par les patients qui souhaiteraient les utiliser. U.S. Food and Drug Administration, « [Digital Health Software Precertification \(Pre-Cert\) Program](#) », 27 septembre 2018 [Consulté le 09/11/2018].

10 - CE, 12 juillet 2018, n°387156.

11 - Haute Autorité de Santé, « [Certification des logiciels d'aide à la prescription, une démarche primordiale pour l'amélioration des pratiques des médecins](#) », 18 juillet 2018 [Consulté le 09/11/2018].

12 - Communiqué de presse de la HAS « [Evaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé : une commission renouvelée](#) », 26 octobre 2018 [Consulté le 29/10/2018].

13 - Conseil d'Etat, section du rapport et des études « Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? », 29 juin 2018, p. 200.

14 - CE, 28 novembre 2014, Association coopération patients, n°366931.

15 - Voir en ce sens : Debet Anne, Objets connectés et santé, [JDSAM, numéro spécial 2017, n°15](#), pp 34-42.

16 - Conseil d'Etat, section du rapport et des études, « Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? », 29 juin 2018, p. 204.

compte les problématiques cruciales soulevées dans son étude, nuanciant ainsi l'enthousiasme du rapport Villani. Fort heureusement, le cas anglais présenté en introduction illustre la possibilité de développer des intelligences artificielles transparentes et maîtrisées. La réflexion sur l'intégration de l'IA dans le domaine de la santé en France, s'est poursuivie par la publication de deux rapports relatifs à la stratégie en santé et au Health data hub.

II. Les perspectives selon les derniers rapports du Ministère de la santé

L'été et la rentrée 2018 furent particulièrement riches en publication de rapports émanant du ministère de la santé. En effet, de nombreuses communications ont été réalisées autour de la nouvelle stratégie de santé (a) et du Health data hub (b), chacun abordant rapidement la question de l'intégration des technologies récentes en santé.

a. Le magasin numérique d'applications et objets de santé connectés de la nouvelle stratégie de santé

Le Ministère des Solidarités et de la Santé propose la création d'un « Espace Numérique de Santé » (ENS) dans le cadre de la stratégie de transformation du système de santé « Ma santé 2022 »¹⁷. Ces ENS prendront la forme de comptes personnels uniques, créés dès la naissance, permettant à l'utilisateur d'accéder à l'ensemble de ses données et services de santé tout au long de sa vie¹⁸.

Espace Numérique de Santé de l'utilisateur		Implication industrie, éditeurs, start-up,...	
Identification : INS/Id Numérique	Authentification : France Connect / ...	Habilitations : qui l'autorise ? Paramétré par l'utilisateur dans l'ENS	Traçabilité : qui a accédé ?
Mes informations générales <ul style="list-style-type: none"> Etat civil (dont situation sociale) Mon équipe de soins Mes aidants, personnes de confiance Mes directives anticipées ... 	Mon assurance Maladie (Ameli) <ul style="list-style-type: none"> Mes droits RO et mes remboursements Mes droits RC et mes remboursements Ma e-Carte Vitale 		
Mon dossier de santé <ul style="list-style-type: none"> Mon carnet de santé (antécédents, allergies, vaccins, groupe sanguin,...) Mon DMP : <ul style="list-style-type: none"> Diplômes en provenance des professionnels (compte-rendu, résultats d'examen, courriers, ...) Documents en provenance du patient Mes constantes de santé (poids, TA, glycémie...) en provenance des professionnels de santé, de l'utilisateur, des applications santé / bien-être et objets connectés référencés, ... Mes ordonnances 	Mes sites d'informations référencés en Santé (SPIS, HAS, ANSM, CNAM) <ul style="list-style-type: none"> Informations sur les pathologies Informations de prévention Informations sur l'offre de soins (annuaire professionnels, établissements,...) 		
Mon agenda de santé (interfacé avec les solutions d'agenda grand public)	Mon « store » santé <ul style="list-style-type: none"> Portails patients, applications et objets connectés référencés en provenance de : <ul style="list-style-type: none"> Éditeurs, start-ups, industriels Établissements, plateformes de coordination Pouvoirs publics 		
Mes échanges sécurisés <ul style="list-style-type: none"> Ma messagerie de santé (échanges usager-professionnels) Mes outils de télémédecine (messagerie instantanée, web-conférence, capture photo,...) Notifications, alertes (dont alertes sanitaires) Signalements, évaluations et avis (dont e-Satis) Participation à des études cliniques Dispositif de signature électronique 	Accès direct depuis l'ENS (appel contextuel)	Système d'autorisation <ul style="list-style-type: none"> Application 1 Application 2 Application 3 Application 4 	
	Portail patient clinique Service de suivi du diabète		

Image extraite du rapport « Chantier Numérique – Consultations Stratégie de transformation du système de santé », page 10.

17 - Ministère des solidarités et de la santé, « [Ma santé 2022 un engagement collectif](#) », Dossier de presse, 18 septembre 2018, p. 19 [Consulté le 11/11/2018].

18 - Pon Dominique et Coury Annelore, « [Stratégie de transformation du système de santé](#) », Rapport final – Accélérer le virage numérique, pp 8 – 16 [Consulté le 11/11/2018].

Au sein de cet espace se trouvera notamment un « magasin numérique », un portail référençant des applications et objets connectés provenant de plusieurs catégories d'acteurs tels que des industriels, des établissements ou des pouvoirs publics.

Afin d'être référencées dans le magasin numérique, les applications devront respecter des référentiels de sécurité, d'interopérabilité et d'engagement éthique. Le Ministère insiste sur la nécessité d'adopter une approche pragmatique du référencement des applications en proposant une distinction entre les services à faible ou forte incidence médicale. Les premiers feront l'objet d'un engagement à un référentiel d'autoévaluation, des contrôles par échantillonnages a posteriori pourront ensuite être réalisés. Les seconds devront être labellisés a priori. Il est à noter que le rapport ne s'étend pas sur la notion d'incidence médicale.

Par ailleurs, le Ministère propose que les modèles économiques de ces applications référencées prennent en compte le nombre d'utilisateurs concernés ainsi que la qualité de leur expérience. Toutefois, aucune proposition n'est faite quant à la mesure de la qualité de l'expérience des utilisateurs, qui est un axe particulièrement intéressant mais dont la mise en pratique pourrait se révéler délicate.

Cet ESN est donc un projet ambitieux, dont la mise en œuvre conditionne le développement de nouveaux outils et pratiques, qui constituerait une belle avancée dans le domaine du numérique en santé. Le « magasin numérique » en particulier permettrait de créer un écosystème dans lequel des applications ou outils basés sur des IA pourraient être proposés à des patients. Le rapport relatif à la stratégie en santé ne développe pas la question des données sur lesquelles pourraient être entraînées les applications faisant appel à de l'IA sur le magasin numérique, le sujet étant abordé par la mission Health Data Hub.

b. Le Health Data Hub, garant d'un accès aisé et unifié aux données de santé

À la suite de la remise du rapport Villani qui préconisait la mise en place d'une plateforme pour le système de santé adapté aux usages de l'IA, le Président de la République a annoncé la création d'un « Health Data Hub ». La Ministre des solidarités et de la santé a lancé en juin une « mission de préfiguration de ce laboratoire d'exploitation des données de santé. »¹⁹.

Les trois experts pilotes ont rendu leur rapport affichant comme objectifs la nécessité d'assurer l'excellence et l'indépendance de notre système de soins, tout en encourageant la compétitivité de la France et de l'Europe dans le domaine hautement stratégique des données de santé.

19 - Ministère des solidarités et de la santé, « Agnès Buzyn lance la mission de préfiguration du « Health Data Hub » un laboratoire d'exploitation des données de santé », Communiqué de presse, 12 juin 2018.

Pour ce faire, le rapport préconise une meilleure utilisation des données de santé. Pour ce faire, le Health Data Hub agira comme un tiers de confiance, afin de faciliter le partage des données par la mise en relation et accompagnement d'acteurs, de facilitation des process...

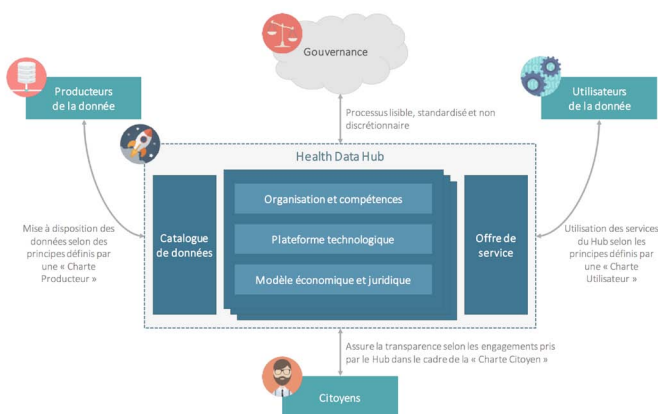


Image issue du rapport « Mission Health Hub », page 26.

A l'occasion de la réalisation de la mission, les pilotes ont rencontré de nombreux acteurs afin d'évaluer leurs attentes et ont étudié le patrimoine des données de santé existantes. Sans surprise, l'ensemble des acteurs souhaite mieux connaître et pouvoir plus facilement accéder aux données de santé²⁰.

La section du rapport dédiée au patrimoine des données, qui présente les bases de données ou catégories de données susceptibles d'intégrer le catalogue des données partagées par le Hub est particulièrement intéressante au regard des possibilités qui seront offertes aux fabricants de produits de santé.

Au cours des auditions, les pilotes ont pu noter qu'il existait une forte attente de la part de l'écosystème des acteurs en santé autour des données d'hospitalisation et dossier patient informatisé hospitalier et de groupements hospitaliers de territoire (GHT), telles que les données d'imagerie médicale et des signaux (ex : ECG). Le rapport souligne leur « très fort potentiel compte tenu des techniques d'intelligence artificielle qui existent aujourd'hui »²¹. En effet, comme démontré par l'IA en ophtalmologie développée outre-manche, ces données sont celles qui, pour le moment sont le plus facilement exploitables, au regard de leur structure et des possibilités d'anonymisation. Toutefois, la maturité de ces données n'est pas homogène, en raison notamment de la multiplicité et la dissémination des systèmes d'information hospitaliers et la difficulté d'exploitation de données non structurées telles que les historiques cliniques et comptes-rendus médicaux²².

Les données d'imagerie de ville représentent une autre

source particulièrement intéressante pour les logiciels ou applications d'aide au diagnostic basés sur de l'intelligence artificielle. Les pilotes de la mission ont évalué que ces données étaient moyennement matures, en raison d'une absence de centralisation et de structure. Toutefois, ils soulignent que les technologies de valorisation de ces données sont mûres.²³ Autrement dit, la France pourrait voir naître des initiatives pérennes dans le domaine, sous réserve que les données soient accessibles.

Le rapport affiche, au titre de ses objectifs à court termes l'accès aux données du Hub afin d'encourager l'apprentissage d'algorithmes d'intelligence artificielle. Le Hub pourra donc accompagner les acteurs de l'intelligence artificielle en santé en ouvrant les données de santé à des fins de recherche de tels outils. Une fois ce système suffisamment robuste, il pourrait être développé dans les conditions réelles, au sein des systèmes d'information des établissements de santé. « Le Hub n'ayant pas de rôle de régulateur en termes de certification des DM intégrant des technologies d'intelligence artificielle. »²⁴

Le rapport de la mission de préfiguration propose une feuille de route ambitieuse, la première échéance étant, à la fin de cette année, de disposer notamment du modèle opérationnel du Hub ainsi que des bases de données clés à ingérer. Fin 2021, le déploiement de la plateforme se conclurait par la mise en place des hub locaux sur l'ensemble du territoire. Les acteurs de l'intelligence artificielle en santé pourraient donc rapidement trouver des outils adaptés à leurs besoins.

A la lecture de l'ensemble de ces rapports, il apparaît donc que l'IA en santé cristallise de nombreuses questions et attentes, mais que son développement sur le territoire n'en est qu'aux prémices, et semble être en retard par rapport aux initiatives anglaises. En effet, les expérimentations réalisées outre-manche permettent de démystifier l'utilisation de l'intelligence artificielle en santé et démontrent également que des structures telles que DeepMind apprennent de leurs erreurs et que le développement de l'IA en santé peut être itératif et vertueux, si tant est qu'il est rendu possible, notamment par l'accès aux données.

Adèle Lutun

20 - Polton Dominique, Cuggia Marc, Wainrib Gilles, "Health data hub, mission de préfiguration", page 15 [Consulté le 11/11/2018].

21 - Op. Cit. p. 61.

22 - Op. Cit. p. 62.

23 - Op. Cit. p. 64.

24 - Op. Cit. p. 56.

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Intervention prétorienne pour la condition de mauvaise foi s'agissant de la mise en œuvre de la déchéance conventionnelle de la garantie du contrat d'assurance terrestre

À propos de deux arrêts de la deuxième chambre civile du 5 juillet 2018

Résumé

L'assureur doit établir la mauvaise foi de l'assuré pour prétendre à l'application d'une clause prévoyant la déchéance de garantie en cas de fausse déclaration relative au sinistre.

Certaines décisions ont une portée qui dépasse le strict cadre des espèces dans lesquelles elles ont été rendues. Elles peuvent donc livrer des enseignements pour différentes branches d'assurance, dont celle de l'assurance de responsabilité. Tel est le cas pour cette jurisprudence initiée en juillet 2018 (FS-P + B + R + I), qui mérite donc un signalement dans la présente chronique. C'est encore l'occasion de faire une présentation de la déchéance qui est susceptible de priver l'assuré de garantie en raison du non-respect d'obligations qui lui incombent lors de la survenance d'un sinistre.

Par deux arrêts destinés à une large diffusion, signalés sur le site de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile, spécialisée en droit des assurances, apporte une clarification sur une condition d'application de la déchéance de garantie¹.

1 - Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-20.488, Bull. civ. II et n° 17-20.491, Bull. civ. II ; D. 2018, AJ, p. 1498 ; D. 2018, p. 1845, note D. Noguéro ; RGDA août-sept. 2018, 115w8, p. 402, note crit. J. Kullmann, *Déclaration mensongère de sinistre : le régime de la déchéance demeure bancale !* ; JCP G 2018, 1012, note crit. L. Mayaux, *La fin des déchéances ?* : critiquant un revirement portant « un coup très dur, peut-être fatal, à la technique de la déchéance », déjà menacée et stigmatisée ; AJ contrat oct. 2018, p. 425, obs. B. Néraudau et P. Guillot ; Gaz. Pal. 30 oct. 2018, n° 37, 333w9, p. 63, note D. Noguéro..

La solution retenue nous paraît inviter à distinguer entre la faute pour déclaration tardive du sinistre² et celle erronée pour une autre obligation.

Le souscripteur a l'obligation légale de déclarer le sinistre. Il doit apporter la preuve de la matérialité du sinistre et de la réunion des conditions de la garantie. D'autres obligations peuvent être mises à sa charge par la police d'assurance lors de la réalisation du risque. En pratique, elles sont fréquentes et très variées selon les contrats. Elles sont généralement regroupées dans une rubrique : « *Que devez-vous faire en cas de sinistre ?* »³. Ces obligations supplémentaires, contractuelles, ont souvent pour but de vérifier la véracité du sinistre, son étendue et de faciliter son règlement, par une collaboration de l'assuré. Elles participent de la lutte contre la fraude à l'assurance qui consiste à commettre des manœuvres frauduleuses pour obtenir ou tenter d'obtenir un avantage indu de la part de l'assureur. Hors les sanctions pénales (escroquerie ; faux et son usage ; leur tentative)⁴, la déchéance est une sanction civile⁵.

Les deux espèces concernent l'assurance automobile auprès du même assureur, la MACIF. Dans l'une, il s'agit d'un sinistre vol déclaré survenu le 13 juillet 2012. Dans l'autre, le 8 janvier 2014, l'assuré a porté plainte pour dégradation et destruction du véhicule incendié la veille⁶. Pour refuser d'intervenir, la mutuelle a opposé la déchéance conventionnelle de garantie rédigée classiquement de la façon suivante : « toute fausse déclaration sur la nature, les causes, les circonstances ainsi que les conséquences du sinistre, ou toute utilisation de moyens frauduleux, vous prive de tout droit à garantie et vous expose à des poursuites pénales ». L'assureur a été assigné en paiement par ses sociétaires.

Pour le vol, la cour d'appel d'Amiens a admis, par arrêt du 26 novembre 2016, que l'assuré a « fait une fausse déclaration susceptible d'avoir une incidence sur les conséquences du sinistre », partant le jeu de la déchéance. Pour l'incendie, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré, par arrêt du 27 avril 2017, que suffisait la preuve du caractère erroné de certains éléments relatifs à la valeur d'achat et au kilométrage

2 - La doctrine fait souvent le rapprochement avec l'absence de toute déclaration. V. not. J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 1444 s..

3 - Rappel, C. assur., art. R. 112-1, al. 1^{er}, mentions du contrat. Outre le nouveau document d'information normalisé (DIN) depuis 2018, C. assur., art. R. 112-6, 7^o.

4 - Sur l'autorité de la chose jugée : Civ. 2^e, 22 nov. 2007, n° 06-20.029 ; RCA 2008, n° 81 (relaxe). - Définition de la tentative : Crim. 17 déc. 2008, n° 08-82.085, Bull. crim. n° 259 ; D. 2009, p. 1796, note A. Prothais.

5 - *Adde* E. Juen, Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d'un régime, RTD civ. 2017, p. 565 - J. Prorok, L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale, RTD civ. 2018, p. 327. Les débats et références citées.

6 - Comp. sur le vol et un incendie consécutif, pour l'articulation des garanties, Rapport annuel 2014 du Médiateur du GEMA, p. 58.

du véhicule pour faire jouer la déchéance⁷.

Les deux décisions⁸ sont censurées pour violation de la loi, au visa identique de l'ancien article 1134 du Code civil, rappelant l'exécution de bonne foi des conventions, devenu l'article 1104 avec la réforme du 10 février 2016, disposition d'ordre public selon son alinéa 2⁹. Ce texte serait le visa actuel avec une solution inchangée. Le même attendu de principe est forgé : « l'assureur doit établir la mauvaise foi de l'assuré pour prétendre à l'application d'une clause prévoyant la déchéance de garantie en cas de fausse déclaration relative au sinistre ».

Nettement, pour la première fois, la Cour de cassation pose une condition d'application d'une déchéance contractuelle qui a pour effet de priver d'indemnisation pour le sinistre en cause et qui décide souvent l'assureur, par la suite, à résilier la police, notamment lors de l'échéance annuelle¹⁰. Il s'agit d'une incursion du droit commun des obligations dans le contrat d'assurance, souvent dit d'extrême bonne foi. Déjà stricte sur les exigences pour la validité de la déchéance, la Cour de cassation renforce sa vigilance quant à la mise en œuvre de cette sanction lourde de conséquences. Elle ajoute une condition sur laquelle la loi est demeurée jusque-là silencieuse.

La déchéance est une sanction qui obéit à des conditions de validité pour sa régularité, partant son opposabilité au souscripteur/assuré, et à des exigences pour son application concrète lors d'un sinistre. Successivement, nous aborderons le respect des conditions de validité de la déchéance (I) et le contrôle de la mise en œuvre de la déchéance (II).

I. Le respect des conditions de validité de la déchéance.

La déchéance n'a pas vocation à jouer de plein droit. Elle doit être prévue contractuellement selon une certaine forme. Son champ est délimité par son objet. Aussi, la prévision contractuelle et les caractères très apparents (A) sont indispensables comme l'objet précisé de la déchéance (B).

A) La prévision contractuelle et les caractères très apparents.

Ces points n'étaient pas en discussion devant la Cour de cassation. Toutefois, implicitement mais nécessairement, ils ont été vérifiés, ce qui est une stricte exigence sous la vigilance de la jurisprudence.

7 - En annexe de l'arrêt, valeur d'achat déclarée de 16500€, au lieu de 13800€ ; contrôle technique antérieur faisant état de 155 203 kms en 2012, pour un kilométrage déclaré de 130 000 kms lors du sinistre en 2014.

8 - Infirmant le jugement en appel.

9 - Entérinant la jurisprudence, l'alinéa 1^{er} exige que la bonne foi soit présente à différentes phases : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

10 - Depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite loi *Hamon*, art. L. 113-12-1 C. assur., introduisant l'exigence de motivation.

1) La prévision contractuelle.

Dernièrement, la deuxième chambre civile s'est manifestée relativement à la nécessité d'insérer la déchéance dans une clause expresse et spéciale du contrat. Les juges du fond ne peuvent négliger de s'intéresser à cet aspect¹¹, même pour une déclaration frauduleuse¹², n'en déplaise à certains auteurs¹³. La déchéance doit être prévue par le contrat (y compris pour la déclaration tardive du sinistre, obligation légale), ou un document contractuel opposable, comme la notice délivrée à l'adhérent de l'assurance de groupe¹⁴, car il s'agit d'une sanction conventionnelle.

La clause expresse doit être insérée dans la police, habituellement dont les conditions générales¹⁵. Les conditions particulières signées peuvent renvoyer aux conditions générales à ce propos, selon les modalités habituelles pour l'opposabilité¹⁶. Dans un premier temps, le renvoi a été admis pour une note de couverture qui s'applique en général en fonction des conditions générales de la police type. Si la clause de renvoi n'existait pas, il fallait prouver l'information de l'assuré titulaire de la note de couverture, par la remise des conditions générales¹⁷. En définitive, la jurisprudence exige que la déchéance figure formellement, comme pour l'exclusion, dans la note elle-même, même si celle-ci n'est en règle soumise à aucune condition de forme¹⁸. La connaissance précède l'acceptation. Dans cette optique, la déchéance n'est pas opposable si l'assuré n'a eu connaissance des conditions générales contenant la clause précisant la déchéance pour déclaration tardive que postérieurement au sinistre pour lequel la déclaration est faite¹⁹.

11 - Recherche à effectuer, Civ. 2^e, 6 févr. 2014, n° 13-11.767 ; D. 2015, Pan., p. 1231, spéc. p. 1239, obs. D. Noguéro ; RCA 2014, n° 177 - Civ. 2^e, 5 mars 2015, n° 13-14.364 ; D. 2015, Pan., p. 1231, spéc. p. 1239, obs. D. Noguéro ; RGDA 2015, p. 193, note crit. J. Kullmann : « sans vérifier si une clause de déchéance figurait dans le contrat signé par l'assuré ou dans un autre document qui lui soit opposable » - Civ. 2^e, 8 sept. 2016, n° 15-16.890 ; RCA 2016, n° 354 et n° 355, note H. Groutel ; RDC 2017, p. 88, obs. F. Leduc.

12 - H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 1^{re} éd., 2008, n° 835 - M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, LGDJ, Manuel, 3^e éd., 2014, n° 338.

13 - J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance*, op. cit., n° 1460 : édition marquant néanmoins une évolution de position.

14 - C. assur., art. L. 141-4.

15 - Civ. 1^{re}, 24 févr. 1965, n° 63-12.345, Bull. civ. I, n° 161 - Civ. 1^{re}, 30 oct. 1967, n° 65-11.553, Bull. civ. I, n° 314 ; D. 1968, p. 175 ; JCP 1968, II, 15590, note J. Bigot ; RGAT 1968, p. 43, note A. Besson : « ces clauses doivent être insérées dans les polices elles-mêmes » non le règlement intérieur de la société, même communiqué (ou les statuts) - Civ. 1^{re}, 3 nov. 1982, n° 81-15.552, Bull. civ. I, n° 310 (dénaturation) - Civ. 1^{re}, 9 mai 1994, n° 92-12.990, Bull. civ. I, n° 168 - Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n°s 98-12.849 et 98-12.905, Bull. civ. I, n° 273 - Civ. 2^e, 7 févr. 2013, n° 12-12.349 (dénaturation) - Civ. 2^e, 14 sept. 2017, n° 16-21.674 (implic.) - Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-14.731 (implic.).

16 - Civ. 1^{re}, 30 mai 1995, n° 92-17.566 - Civ. 2^e, 3 mars 2011, n° 10-11.826 ; RGDA 2011, p. 686, note S. Abravanel-Jolly - Civ. 2^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.909 ; RDI 2015, p. 602, obs. P. Dessuet ; Gaz. Pal. 2015, n°s 347-349, p. 13, note D. Noguéro (ici, non).

17 - Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-10.266, Bull. civ. I, n° 105 (exclusion ici). - Détection de la seule note, sans précision, avant la remise du contrat, Civ. 1^{re}, 26 févr. 1980, n° 78-15.824, Bull. civ. I, n° 64.

18 - Civ. 1^{re}, 31 mars 1993, n° 91-16.179 (exclusion) ; - Civ. 1^{re}, 13 mai 1997, n° 95-12.790 (exclusion).

19 - Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 86-19.230, Bull. civ. I, n° 247.

En pratique, il est rare que les polices actuelles omettent une telle clause, tant pour l'assurance automobile que pour celle habitation, quant aux assurances de dommages. Il en va semblablement pour des assurances de responsabilité. En l'occurrence, la prévision contractuelle est effective. Pour le sinistre vol, la cour d'appel a estimé que l'assureur est « fondé à se prévaloir de la clause de déchéance de garantie contractuellement prévue » dans « les conditions générales du contrat liant les parties, remises à » l'assuré²⁰. Par ce rappel, les juges du second degré soulignent l'opposabilité de la déchéance régulière. La clause est dans le champ contractuel, à la connaissance du souscripteur, au plus tard avant la survenance du sinistre. Il y a respect du droit commun de l'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du Code civil qui dispose que « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées »²¹. Une telle exigence était déjà en vigueur en droit des assurances. Pour le sinistre incendie, la déchéance figure également dans les conditions générales et l'arrêt ne s'y attarde donc pas outre mesure.

2) La forme : des caractères très apparents.

En outre, lorsque la clause de déchéance existe²², elle doit satisfaire à des exigences formelles, comme les exclusions conventionnelles, par exemple. En effet, l'article L. 112-4, *in fine*, du Code des assurances énonce que de telles clauses « ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents »²³, point souverainement apprécié, pour décider de la validité²⁴ ou non²⁵ de la stipulation examinée, en présence d'une contestation²⁶. La jurisprudence sur les exclusions est transposable. La Cour de cassation surveille la motivation donnée²⁷.

Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion rédigé par l'assureur (le plus souvent) et de bonne foi. Étant donné que la clause a de graves conséquences quant à la garantie, l'attention de l'assuré doit être spécialement attirée par ce formalisme pour qu'il mesure les conséquences de son comportement²⁸. L'idée est que la déchéance saute

aux yeux²⁹ de l'assuré parcourant son contrat, en attirant particulièrement son attention. Si la typographie n'a pas à être forcément différente de celle des autres stipulations (police utilisée, taille)³⁰, il faut trouver un moyen (couleur, encadré, rubrique dédiée, titre, emplacement...) ou une combinaison de méthodes remplissant l'objectif de grande lisibilité³¹, de clarté et de signalement. La clause doit se détacher nettement à première lecture. La Fédération du secteur a émis des recommandations à ce sujet.

Condition de sa validité³² - en l'absence d'origine légale³³ -, la clause doit formellement être rédigée en caractères très apparents³⁴ tant pour les comportements ou obligations visés que pour les conséquences encourues. La déchéance doit indiquer quelle est la sanction de telle obligation décrite³⁵. Ainsi, tout assuré³⁶ sait exactement ce qu'il doit faire et ce qu'il advient s'il s'abstient de déclarer correctement selon la clause. En outre, son obscurité ou son ambiguïté ne permettraient pas de reprocher à l'assuré de ne pas avoir respecté ses obligations *post* sinistre, ne serait-ce déjà qu'avec l'interprétation de faveur³⁷. La clause serait inefficace, donc neutralisée. La déchéance est à la fois spéciale, claire et précise³⁸.

S'agissant du sinistre incendie, la cour d'appel a relevé que « les conditions générales du contrat souscrit par (l'assuré) portent en caractères gras et visibles la mention » qui correspond au contenu reproduit de la clause de déchéance. Ainsi, les juges du second degré ont admis la régularité formelle de la clause bien insérée dans la police. Pour le sinistre vol, la forme de la clause n'est pas évoquée mais elle correspond certainement aux exigences légales car sinon l'avocat diligent n'aurait pas manqué de la critiquer devant les juges du fond, pour être recevable.

29 - Rapport annuel 2000 du Médiateur du GEMA, p. 3.

30 - Civ. 6 janv. 1948, D. 1948, p. 153, note P. L.-P. ; JCP 1948, II, 4225, obs. A. Besson ; RGAT 1948, p. 48, note A. Besson (exigence de lisibilité) - Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n° 86-11.005, Bull. civ. I, n° 205 ; RGAT 1988, p. 769, note J. Bigot - Civ. 1^{re}, 11 déc. 1990, n° 89-15.248. - Il advient que la jurisprudence soit parfois exigeante pour caractériser de tels caractères très apparents d'où la prudence d'employer une autre typologie que celle des clauses moins contraignantes.

31 - Civ. 14 mai 1946, RGAT 1946, p. 281, note A. Besson.

32 - Civ. 1^{re}, 30 oct. 1967, n° 65-11.553 préc. - Civ. 2^e, 11 juin 2009, n° 08-18.778 ; RCA 2009, n° 228 - Civ. 2^e, 27 mars 2014, n° 13-15.835 préc..

33 - Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, n° 89-12.854, Bull. civ. I, n° 350 (exclusion) - Civ. 1^{re}, 19 déc. 2000, n° 99-18.380 (exclusion).

34 - Pas seulement apparents, Crim. 30 janv. 1992, n° 90-86.931, Bull. crim., n° 41 ; RCA 1992, n° 279 ; RGAT 1992, p. 499, note H. Margeat (exclusion) - Civ. 2^e, 15 avr. 2010, n° 09-11.667 ; RGDA 2010, p. 676, note J. Kullmann (nullité).

35 - Civ. 1^{re}, 16 avr. 1956, Bull. civ. I, n° 164 ; RGAT 1956, p. 145, note A. Besson - Civ. 1^{re}, 9 juill. 1996, n° 94-16.109 - CA Bordeaux, 11 déc. 2001, JCP G 2002, Act. 608.

36 - Civ. 1^{re}, 11 juill. 2001, n° 99-20.636 ; RGDA 2001, p. 925, note J. Kullmann : pas de dispense pour un assuré ancien agent général d'assurance de l'assureur.

37 - C. consom., art. L. 211-1, al. 2 ; C. civ., art. 1190, pour le contrat d'adhésion. - Comp. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, n° 85-16.362 préc. : « lors même que les clauses de déchéance contenues dans les contrats d'assurance sont d'interprétation stricte, celle qu'invoquait la compagnie d'assurances et qui sanctionnait l'exagération de mauvaise foi par l'assuré de l'étendue du dommage était claire et précise ».

38 - Civ. 1^{re}, 27 févr. 1990, n° 88-12.544, Bull. civ. I, n° 54.

20 - Sur la remise, Civ. 1^{re}, 23 sept. 2003, n° 01-13.405.

21 - Et, *a contrario*, C. consom., art. R. 212-1, 1°.

22 - Contenu de la notice pour la coassurance relative à certaines opérations collectives, C. assur., art. L. 145-3.

23 - Civ. 2^e, 27 mars 2014, n° 13-15.835 ; RCA 2014, n° 211, note H. Groutel : à rechercher.

24 - Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, n° 86-14.262, Bull. civ. I, n° 121 : rubrique et mots.

25 - Civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, n° 91-21.114, Bull. civ. I, n° 346 (hors langue française ; exclusion ici) - Civ. 2^e, 15 déc. 2011, n° 10-26.983 ; RCA 2012, n°s 84 et 85 ; RGDA 2012, p. 601, note A. Péliissier, et p. 606, note M. Bruschi ; Gaz. Pal. 2012, n°s 228-231, p. 39, note X. Leducq.

26 - Irrecevable pour la première fois en cassation, Civ. 1^{re}, 19 juin 1990, n° 88-14.532 - Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, n° 85-16.362. - Aussi pour les caractères très apparents, Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 98-13.063 ; RGDA 2000, p. 518, note L. Mayaux.

27 - Civ. 2^e, 4 févr. 2010, n° 09-10.335 ; RDI 2010, p. 221, obs. D. Noguéro - Civ. 2^e, 27 mars 2014, n° 13-15.835 préc..

28 - Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 86-19.230 préc. - Civ. 1^{re}, 9 mai 1994, n° 92-12.990 préc. - Civ. 2^e, 27 mars 2014, n° 13-15.835 préc..

B) L'objet précisé de la déchéance.

La validité de principe de la déchéance oblige néanmoins à préciser son objet pour l'accueillir.

1) Licéité au nom de la liberté contractuelle.

Le principe est celui de la liberté contractuelle pour stipuler une clause de déchéance, licite dès lors qu'elle n'est pas prohibée par la loi³⁹, comme le rappelle l'article L. 113-11 du Code des assurances⁴⁰.

La crainte de la qualification de clause abusive⁴¹ pour une indemnité d'un montant disproportionné mise à la charge de l'assuré pour le consommateur qui n'exécute pas ses obligations⁴², devrait être dissipée, y compris dans le principe, sauf conception très extensive de l'indemnité. La déchéance est plutôt la perte d'un droit, non une véritable indemnité mise à la charge de l'assuré/consommateur. Une nuance est peut-être à apporter dans un cas particulier. Certains juges ont admis la possibilité d'imputer à l'assuré à qui est appliquée la déchéance, les frais d'enquête pour découvrir la fraude⁴³. Cette extension de la sanction pourrait être critiquée⁴⁴.

2) Notion et champ de la déchéance.

En l'absence de définition légale, le mot « déchéance » est parfois employé à tort, dans un sens trop général, y compris

par le législateur⁴⁵, ce qui peut rendre son appréhension unitaire difficile. Elle n'est pas toute exception opposée par l'assureur à une demande de garantie mais un mode d'extinction d'un droit.

Pour le jeu éventuel de la déchéance, le contrat est valable (pas de nullité), il produit ses effets (non suspendu ou résilié), et le risque est accepté (pas d'exclusion ; conditions satisfaites). La déchéance est la perte du droit à garantie (due) de l'assureur, édictée conventionnellement, à l'encontre d'un assuré qui n'a pas exécuté ses obligations (là commencent les divergences sur le moment) *en cas* de sinistre.

La doctrine est divisée sur la notion de déchéance⁴⁶, plus ou moins largement comprise⁴⁷. Retenant un critère chronologique, la Cour de cassation a jugé que les manquements antérieurs au sinistre relevaient de l'exclusion (opposable *erga omnes*), non de la déchéance⁴⁸. Même critiquée par une partie de la doctrine, cette jurisprudence est de droit positif⁴⁹. Le droit à garantie est né par suite de la survenance du sinistre, mais il est perdu en raison d'un certain comportement de l'assuré, d'où la sanction des fautes commises après le sinistre⁵⁰. En toute hypothèse, pour le genre de déchéance des affaires étudiées, la fausse déclaration intervient nécessairement après sinistre⁵¹. On est déchu d'un droit acquis.

La présente jurisprudence pourrait conforter cette conception de la déchéance (*post* sinistre), ce pourquoi certains auteurs, partisans d'une autre analyse, la critiquent vivement, affichant leur pessimisme sur le sort de cette sanction contractuelle.

Ici, nous avons rappelé le contenu traditionnel de la déchéance, que l'on retrouve dans nombre de polices avec des variantes. La légère spécificité est l'ajout sur les moyens frauduleux et celui sur les poursuites pénales. Ils ne figurent pas toujours dans les contrats. La jurisprudence fournit de nombreuses illustrations de rédaction de clauses.

La déchéance s'inscrit dans la lutte contre le phénomène

39 - Comp. des textes, dont certains utilisant parfois largement le vocable de déchéance, pour dresser une interdiction, C. assur., art. L. 113-17, al. 2 ; art. L. 175-12, al. 2 ; art. L. 127-2-2, al. 1^{er} ; art. L. 211-6 ; art. R. 124-1 ; art. R. 175-5 ; art. A. 230-6, annexe ; art. A. 230-7, annexe - Ou une sanction, C. assur., art. L. 211-11, al. 2 et art. R. 211-41 ; art. L. 441-4 ; art. R. 421-15, al. 8 ; art. R. 421-20 ; art. R. 441-16, al. 1^{er}.

40 - Civ. 1^{re}, 2 juill. 1996, n° 94-15.294 - Civ. 2^e, 30 juin 2004, n° 03-14.254, Bull. civ. II, n° 335 : nullité, présentation tardive de justificatif. - Déjà, Civ. 1^{re}, 9 mai 1956, Bull. civ. I, n° 181 ; RGAT 1956, p. 147, obs. A. Besson - V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 1^{re} éd., 2012, n° 663 : « lorsque le Code des assurances a prévu une sanction spécifique à un comportement ou à un manquement, seule cette dernière peut être mise en œuvre, il n'y a pas de place pour une quelconque déchéance ». - Comp. retard de production de pièces, Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, n° 82-16.653, Bull. civ. I, n° 104.

41 - L. Mayaux, L'avenir des déchéances, in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Lextensoéditions, 2011, p. 105, spéc. 106-107. - Déjà, Recomm. n° 85-04 de la Commission des clauses abusives, 6 déc. 1985, Contrats d'assurance dénommés « multirisques habitation ». Rendue à une époque où le délai légal de déclaration de sinistre était un maximum et où le préjudice à prouver par l'assureur n'était pas exigé pour la déchéance pour déclaration tardive.

42 - C. consom., art. R. 212-2, 3° (liste grise ; présomption).

43 - Crim. 25 nov. 2015, n° 14-84.948. - Comp. pour une tentative d'escroquerie en assurance automobile (constat mensonger sur un accident), Crim. 30 janv. 1995, n° 93-85.513 ; RGAT 1995, p. 453, note E. Fortis : des dommages-intérêts (anc. art. 1382 C. civ.) accordés à l'assureur pour le préjudice consistant « essentiellement en des peines et soins causés par la fausse déclaration et les nécessités d'y faire échec ».

44 - Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 98-10.331 ; RCA 2000, n° 380 ; RGDA 2000, p. 1119, note A. Favre Rochex : le défaut de motivation est retenu contre l'arrêt d'appel se prononçant « sans indiquer le fondement de sa décision ». La cour d'appel a accordé une somme à la mutuelle qui « justifie avoir eu recours aux services de l'ALFA pour réunir les preuves du caractère frauduleux de la déclaration de sinistre de la société (assurée) et avoir engagé une dépense de ce montant correspondant aux montants des mémoires et frais des agents d'investigation ».

45 - Par exemple, pour la déclaration de l'aggravation du risque (C. assur., art. L. 113-2, al. 1^{er}, 3° et al. 2). Encore, en assurance construction, C. assur., art. A. 243-1, annexes I et III. Et même, pour certains cas, par l'art. L. 113-11 C. assur..

46 - Sur l'approche générale, et la distinction défaut de diligence ou absence de loyauté, B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ, Domat, 2^e éd., 2015, n° 486, les références citées.

47 - Pour certains, la déchéance pourrait concerner des mesures de prévention, avant tout sinistre. L'enjeu existe pour une partie du régime juridique applicable. - V. not. L. Mayaux, L'avenir des déchéances, préc., p. 108 s..

48 - Civ. 3^e, 17 oct. 2007, n° 06-17.608, Bull. civ. III, n° 176 ; RGDA 2008, p. 66, note crit. L. Mayaux ; RCA 2007, n° 375, note H. Groutel ; D. 2007, p. 2805 ; D. 2009, p. 253, obs. H. Groutel ; N. Leblond, Un rôle nouveau pour le sinistre en assurance, RCA 2008, chr. 4. - Comp. des oscillations parfois, Civ. 2^e, 10 avr. 2008, n° 07-12.028 ; RGDA 2008, p. 909, note J. Kullmann : mesures de prévention. *Contra* : Civ. 2^e, 13 déc. 2012, n° 11-22.412 (exclusion).

49 - Appui du critère chronologique, C. assur., art. L. 191-5 ; art. R. 124-1, al. 1^{er} ; art. R. 175-5 ; art. A. 220-3, annexe, art. 5, 2°.

50 - La qualification juridique erronée donnée par le contrat serait redressée. CPC, art. 12.

51 - Rapport annuel 2006 du Médiateur du GEMA, p. 7.

de la fraude à l'assurance, coûteux, au final, à la mutualité des assurés. Malgré une telle précision sur les suites pénales, il faut indiquer qu'il est rare que l'assureur décide de s'engager dans une telle voie, du moins dans un premier temps, lorsqu'il dénie sa garantie. La persistance de la contestation, au-delà même de la médiation nationale, pourrait être un cas de procès pénal pour escroquerie à l'assurance⁵², par exemple. En son temps, le médiateur de la FFSA n'hésitait pas à rappeler et répéter aux assureurs qu'à défaut d'éléments de preuve fournis, ils ne pouvaient lui demander de retenir dans son avis la fraude voire l'infraction, sans même le moindre dépôt de plainte⁵³.

Pour l'incendie, l'assuré a déclaré immédiatement le sinistre. Tout en accusant réception de cette déclaration, l'assureur « a refusé sa garantie en invoquant plusieurs inexactitudes affectant cette déclaration ». En l'espèce, les renseignements transmis par l'assuré « portent sur des éléments essentiels à la détermination du montant de l'indemnisation : valeur d'achat et kilométrage du véhicule » de 2007. Il est évident que communiquer des informations fausses sur ces aspects peut influencer l'appréciation de la perte subie par l'assuré, qui, dans cette assurance de biens ou de choses, ne peut obtenir davantage que le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre, dans le respect du principe indemnitaire de l'article L. 121-1, alinéa 1^{er}, du Code des assurances. Par exemple, la valeur d'achat d'un véhicule, neuf ou d'occasion, donne un repère qui permet d'effectuer le calcul au cours du temps jusqu'au sinistre. Ce serait comparable à une exagération de ses pertes subies par un professionnel de santé, ou à la fourniture de faux justificatifs.

Pour le vol, la donnée kilométrique est aussi un indicateur de la valeur du véhicule, outre son millésime, comme son état d'entretien. En pratique, il est fréquent que celui qui tente d'obtenir un montant d'indemnisation supérieur à la valeur réelle de son bien, modifie les paramètres, tels que le kilométrage⁵⁴, pour que l'expert évalue à la hausse. C'est le reproche fait ici à l'assuré par la cour d'appel s'appuyant sur une facture d'entretien antérieure à la date du sinistre, pour effectuer une comparaison entre ce qui a alors été constaté par un tiers et la déclaration effectuée auprès de l'assureur.

Pour retenir la déchéance, encore faut-il qu'elle soit opposée par l'assureur pour une obligation de déclaration

incorrectement exécutée⁵⁵ en lien avec le sinistre pour lequel est sollicitée une indemnisation⁵⁶.

En considération des conséquences importantes pour les assurés, privés de toute garantie pour le sinistre déclaré, il faut encore veiller sérieusement à l'application concrète de la déchéance. De plus, si l'opposabilité de la déchéance à des tiers est parfois écartée, spécialement en assurance de responsabilité civile⁵⁷, en assurance de biens, les assurés peuvent la subir⁵⁸, d'où le contrôle instauré. Lorsque la déchéance est opposable, cela signifie que l'assureur est entièrement délié de son obligation, non seulement envers l'assuré, mais encore à l'égard des tiers. En cas d'inopposabilité, l'assureur ne doit pas sa garantie à son cocontractant mais il la doit à des tiers, et il dispose d'un recours contre l'assuré, sauf à supporter le risque d'insolvabilité de celui-ci.

II. Le contrôle de la mise en œuvre de la déchéance.

En l'absence de réglementation spéciale dans le Code des assurances, la Cour de cassation se prononce distinctement sur l'exigence de la mauvaise foi du souscripteur **(A)**, qu'elle érige en condition *sine qua non* du jeu de la déchéance par ailleurs régulière. Il faut évoquer, par rapprochement, une autre condition relative au préjudice de l'assureur **(B)**.

A) L'exigence de la mauvaise foi du souscripteur.

Dans les deux cas, il s'agit d'assurés cumulant la qualité de souscripteurs de la police. Les deux qualités pouvant être distinguées, la mauvaise foi est à rechercher du côté du

55 - L'inexactitude doit être démontrée. Ex. Civ. 2^e, 4 oct. 2018, n° 17-25.911 : censure au visa de l'anc. art. 1134 C. civ. pour « des motifs impropres à caractériser une fausse déclaration sur les circonstances de l'accident ». En effet, « le jugement, après avoir rappelé les termes de la déclaration de sinistre et les conclusions des différents experts, énonce que, compte tenu des fortes incertitudes pesant sur les conditions dans lesquelles le dommage s'est produit, il convient de constater que l'assureur a fait une juste application des conditions générales du contrat relatives aux conséquences d'une fausse déclaration ». En débat, l'hypothèse classique, souvent soumise aux médiateurs, de dommages au véhicule ayant « subi un choc avec un tiers non identifié alors qu'il était en stationnement ».

56 - Comp. pour un refus d'extension de la déchéance à des sinistres antérieurs, Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, n° 00-20.334.

57 - Assurances de responsabilité, C. assur., art. R. 124-1 (et implic. art. L. 124-2). Assurance automobile, C. assur., art. R. 211-13, al. 1^{er}, 2^e (comp. art. L. 211-6). Assurance RC aérienne, C. assur., art. R. 175-5 (renvoi pour l'assurance spatiale, art. R. 176-1). Assurance des engins de remontée mécanique, C. assur., art. A. 220-3, annexe art. 5, 2^e. Assurance responsabilité des chasseurs, attestations, C. assur., art. A. 230-6, annexe et art. A. 230-7, annexe. Fonds de garantie, C. assur., art. R. 421-20, al. 2. La jurisprudence à propos de l'art. L. 121-13 C. assur. pour les créanciers privilégiés ou hypothécaires disposant d'une action directe. - L'idée de personnalisation de la peine, peut-être (outre le droit propre de la victime bénéficiant d'une action directe), n'empêche pas l'assureur garant vis-à-vis de tiers, de se retourner contre l'assuré pour remboursement, avec certes le risque d'insolvabilité.

58 - Ou le bénéficiaire d'une assurance pour compte, par exemple, sur le fondement de la stipulation pour autrui, C. assur., art. L. 112-1, al. 3. - Ex. Civ. 1^{re}, 4 juin 1996, n° 94-13.614 : déclaration frauduleuse - L'art. L. 112-6 C. assur., texte général sur l'opposabilité des exceptions, n'est pas d'ordre public, selon l'art. L. 111-2 du même code.

52 - Crim. 3 mai 2018, n° 17-85.012 ; RGDA juill. 2018, 115u7, p. 361, note M. Asselain.

53 - Rapport annuel 2011 du médiateur de la FFSA, pp. 23-25.

54 - Ex. Civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 11-26.938 - Civ. 2^e, 26 oct. 2017, n° 16-23.844.

souscripteur sollicitant la garantie de l'assureur⁵⁹.

La loi pour le contrat d'assurance terrestre est éclairée par la jurisprudence qui s'applique dans les deux affaires analysées. Certains peuvent néanmoins douter de l'apport prétorien. La comparaison avec la médiation de l'assurance permet de bien faire ressortir la portée des arrêts.

1) Du contrat à la loi interprétée.

Le législateur n'a pas distingué entre l'assuré de bonne foi ou celui de mauvaise foi pour sanctionner au titre de la déchéance. L'accord des parties peut y remédier à l'occasion - stipulation très fréquente pour la déclaration erronée -, ce qui oblige à caractériser la mauvaise foi⁶⁰ qui reste appréciée souverainement⁶¹. Désormais, tout en se prononçant sur l'exigence générale de la mauvaise foi par un attendu de principe⁶² et son visa, répétés, la deuxième chambre civile règle la question de la charge de la preuve⁶³. À la suite de l'article 2268 ancien du Code civil, l'actuel article 2274 du même code précise que la bonne foi se présume et qu'il appartient à celui qui allègue la mauvaise foi de l'établir. Le rôle du juge est élargi⁶⁴.

Fort logiquement, selon nous, l'assureur qui souhaite opposer la déchéance afin de refuser d'intervenir pour régler sa prestation lors d'un sinistre est tenu de prouver la mauvaise foi du souscripteur au-delà du simple caractère erroné des déclarations faites. Nous retrouvons le même schéma que pour la fausse déclaration du risque entraînant la nullité en cas de mauvaise foi sur le fondement de l'article L. 113-8 du Code des assurances. Il ne suffit pas que l'assureur démontre la fausse déclaration du sinistre, celle-ci devant être réalisée sciemment, soit de mauvaise foi.

L'assurance terrestre rentre dans le rang⁶⁵. On se

59 - V. *supra* la question de l'opposabilité à certains bénéficiaires.

60 - Civ. 2^e, 3 nov. 2011, n° 10-30.876 ; RGDA 2012, p. 344, note J. Kullmann ; D. 2012, p. 1980, obs. H. Groutel : clause, en connaissance de cause. - Civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 11-26.938 préc. : clause, volontairement et sciemment.

61 - Civ. 1^{re}, 7 févr. 1989, n° 87-12.729 : mauvaise foi (clause) - Civ. 1^{re}, 27 mars 1990, n° 87-17.749 (clause) - Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, n° 89-16.863 (clause) - Civ. 1^{re}, 4 juin 1996, n° 94-13.614 préc. (clause) - Civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, n° 99-10.650, Bull. civ. I, n° 243 ; D. 2004, Somm., p. 912, obs. H. Groutel ; RCA 2003, n° 53 : volontairement - Civ. 2^e, 21 nov. 2013, n° 12-15.888 : sciemment (clause) - Civ. 1^{re}, 26 janv. 2011, n° 10-13.713 : connaissance de cause - Civ. 2^e, 12 déc. 2013, n° 12-28.882 : intentionnellement - Civ. 2^e, 6 févr. 2014, n° 13-12.187 - Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 13-14.001 : mauvaise foi (clause) - Civ. 2^e, 12 juin 2014, n° 13-19.996 - Civ. 2^e, 23 oct. 2014, n° 13-15.979 - Civ. 2^e, 23 oct. 2014, n° 13-23.418 : sciemment - Civ. 2^e, 26 oct. 2017, n° 16-23.844 préc. : intentionnel (clause) - Comp. pour priver de garantie loyers impayés, la caractérisation de l'intention et l'appréciation souveraine, Civ. 2^e, 25 oct. 2018, n° 17-15.890.

62 - Comp. la référence à la mauvaise foi : Civ. 1^{re}, 6 déc. 1960, n° 59-11.191, Bull. civ. I, n° 530 (clause) - Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, n° 85-16.362 préc. (clause) - Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 88-10.050 (sans précision sur la clause) - Civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 11-26.938 préc. (non établie) - Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-14.439 (clause la mentionnant) - Comp. thèse du pourvoi Civ. 2^e, 12 sept. 2013, n° 12-24.650, Bull. civ. II, n° 168 ; RCA 2013, n° 360.

63 - C. civ., anc. art. 1315 ; devenu art. 1353.

64 - Comp. le pouvoir modérateur pour la clause pénale, C. civ., art. 1231-5.

65 - Comp. référence à la mauvaise foi, C. assur. art. R. 421-15, al. 8.

rapproche du droit local - plus large néanmoins -, qui énonce à l'article L. 191-5 du Code des assurances qu'« En cas de manquement à une obligation lui incombant après la survenance du sinistre, l'assuré n'encourt la déchéance qu'en cas de faute lourde ou d'inexécution intentionnelle de sa part »⁶⁶. Pareillement, pour l'assurance maritime, l'article L. 172-28 du Code des assurances prévoit que « L'assuré qui a fait de mauvaise foi une déclaration inexacte relative au sinistre est déchu du bénéfice de l'assurance ». L'assurance aérienne est dans cette ligne à l'article L. 175-18, alinéa 2, du même code : « L'assureur peut prévoir une clause de déchéance totale ou partielle lorsque l'assuré a fait de mauvaise foi une déclaration inexacte relative au sinistre ou lorsque l'assuré a déclaré tardivement le sinistre. Dans cette dernière hypothèse, l'assureur doit prouver que ce retard lui a causé un préjudice ». L'assurance spatiale y renvoie explicitement à l'article L. 176-1 du même code. Ces dernières assurances sont pourtant réputées, en tendance, moins protectrices que les assurances terrestres, parce qu'elles laissent davantage de place à la liberté contractuelle⁶⁷.

La preuve de l'intention par tous moyens peut être plus ou moins difficile à rapporter. Lorsque l'assuré aura réalisé et produit des documents falsifiés pour des justificatifs, sa bonne foi présumée sera plus aisément écartée⁶⁸ que lorsqu'il a simplement effectué une déclaration sur tel ou tel point, qui suppose toujours de vérifier le contexte.

Il convient de caractériser une telle mauvaise foi qui ne saurait être présumée du seul fait de la déclaration incorrecte. Lors de la déclaration du sinistre, fréquemment, pour ne pas dire systématiquement, les assureurs demandent à leurs assurés de renseigner un questionnaire comprenant différentes informations et de fournir différentes pièces. Pour l'automobile, la date d'achat, neuf ou d'occasion, comme le prix⁶⁹ ou le mode de paiement voire les conditions d'acquisition⁷⁰, ainsi que son état⁷¹ ou le kilométrage parcouru⁷², sont des questions récurrentes.

Lorsque les éléments sont réunis, les médiateurs d'assurance, qui sont souvent saisis d'une réclamation avant une action en justice devant le juge - au contact de la réalité

66 - Le droit local prévoit l'inexécution intentionnelle pour un manquement du souscripteur postérieur au sinistre, mais aussi la faute lourde qui, si elle est équipollente au dol dans ses effets (C. civ., art. 1231-3 et 1231-4), ne comporte pas un élément intentionnel dans sa définition. Aussi, l'alignement sur le droit commun pourrait se faire pour se cantonner à l'hypothèse de la mauvaise foi.

67 - Comp. L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : « le soutien de l'article L. 172-28 du Code des assurances qui fait sienne cette solution en assurances maritimes ne convainc qu'à moitié. S'agissant d'un texte spécial, il est plus facile d'y voir une dérogation que la matière d'une analogie ».

68 - Ex. Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-14.731, préc.

69 - Civ. 1^{re}, 27 mars 1990, n° 87-17.749 préc. - Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n° 97-15.548 ; RCA 2000, n° 142 ; RGDA 2000, p. 597, note A. Favre Rochex - Paris, 3 mars 2015, n° 12/23052 ; Gaz. Pal. 2015, n°s 347-349, p. 27, note J.-G. Moore.

70 - Civ. 2^e, 23 oct. 2014, n° 13-15.979 préc.

71 - Civ. 2^e, 28 avr. 2011, n° 10-18.537 ; RCA 2011, n° 300 - Civ. 2^e, 23 oct. 2014, n° 13-23.418 préc. : et la valeur.

72 - Civ. 2^e, 21 nov. 2013, n° 12-15.888 préc.

de terrain -, n'hésitent pas à faire jouer la déchéance⁷³.

2) L'application révélatrice aux cas.

Pour le sinistre vol, la cour d'appel a fait une déduction trop rapide : l'assuré « qui disposait d'une facture d'entretien de son véhicule du 26 juin 2012 mentionnant un kilométrage de 87 325 kilomètres à cette date quand il a déclaré le 16 juillet 2012 que le véhicule avait un kilométrage d'environ 80 000 kilomètres, a par conséquent fait une fausse déclaration »⁷⁴. L'emploi du terme « environ » signifie à peu près et non une exactitude parfaite. La Haute juridiction a probablement été sensible à cela. En toute hypothèse, la motivation paraissait légère ce qui explique le renvoi après cassation devant la cour d'appel de Douai, sans préjuger de l'issue du litige. Celle-ci tiendra probablement compte, parmi les données de fait disponibles, de la date de prise d'effet au 3 décembre 2013 pour un sinistre du 7 janvier 2014, qui peut laisser entendre, avec la proximité de la facture par rapport au sinistre, que l'erreur kilométrique est inexcusable, à défaut de faute intentionnelle établie en vertu de l'article L. 113-1 du Code des assurances⁷⁵.

Même à admettre un kilométrage donné par le souscripteur comme étant certain, sans approximation ou réserve quant à son exactitude (une fourchette ou une estimation : environ, approximativement, etc.), il nous semble qu'il faudrait tenir compte d'une erreur commise, du moins en présence d'un faible écart en kilomètres. Il devrait en aller de même d'une erreur minime sur le prix d'achat du véhicule⁷⁶. Elle peut traduire davantage une négligence par ignorance ou inadvertance qu'une réelle intention de mentir ou de tromper sciemment. C'était la pratique du Médiateur du GEMA⁷⁷ à laquelle obéissait la MACIF avant la fusion avec la médiation de la FFSA⁷⁸ au sein de la Fédération française de l'assurance (FFA), en 2015, avec la Médiation de l'assurance. Les médiateurs nationaux peuvent rendre un avis en droit et/ou en équité. La ligne de crête consiste à identifier le loup manipulateur ou la brebis innocente.

Pour le sinistre incendie, la cour d'appel a retenu une fausse déclaration sur la valeur d'achat et le kilométrage du véhicule et s'en est contentée. En effet, ostensiblement, elle a négligé la caractérisation de la mauvaise foi. Les juges aquisextains ont dispensé l'assureur de rapporter la preuve de la mauvaise foi, se bornant à constater la déclaration inexacte. En ce sens, ils ont jugé que « l'assureur n'a pas dès lors à démontrer la mauvaise foi de l'assuré ou l'intention malhonnête, mais seulement le caractère erroné

des renseignements transmis », puisqu'ils portent ici « sur des éléments essentiels à la détermination du montant de l'indemnisation ». Dans cette logique, ce degré de gravité susceptible d'avoir une incidence sur l'indemnisation serait suffisant. Elle est condamnée comme pour le sinistre vol sur le terrain de la charge de la preuve. Il faudra que les juges du fond, sur renvoi, recherchent la mauvaise foi pour le jeu éventuel de la déchéance⁷⁹. Les éléments de preuve de la déchéance doivent être fournis et la motivation soignée⁸⁰.

Certes, la clause de déchéance de l'assureur ne comportait pas une expression que l'on rencontre parfois qui est celle d'une déclaration intentionnelle ou sciemment ou de mauvaise foi ou en connaissance de cause⁸¹. Dans l'optique de la déchéance, de telles expressions sont équivalentes, qui s'intéressent à la psychologie de l'assuré. Néanmoins, la clause faisait allusion aux poursuites pénales, à côté des moyens frauduleux, mais en fin de phrase. Il nous semble que l'absence de l'adjectif renforce la portée de la solution adoptée.

3) La discussion sur l'apport prétorien.

Comme cela a justement été observé⁸², la Cour de cassation ne censure pas pour dénaturation⁸³, malgré le visa employé. Il a été défendu fermement que la clause de déchéance était, ici, claire, précise et sans ambiguïté, la référence aux poursuites pénales suffisant, dans cette opinion, à exprimer l'exigence contractuelle de mauvaise foi⁸⁴. Dans cette logique, on comprendrait mal la prise de position de la Cour de cassation, au regard de son visa, d'autant que la pratique, la doctrine et la jurisprudence, retiennent le caractère intentionnel, à savoir la déclaration faite sciemment, en connaissance de cause, de mauvaise foi, afin de faire jouer la sanction contractuelle.

Certes, en fait, de nombreuses clauses prévoient littéralement la condition de mauvaise foi, exprimée d'une manière ou d'une autre. En ce cas, respectueux de la lettre limpide du contrat, les juges sont tenus de l'appliquer, et donc de vérifier l'existence de l'intention chez le souscripteur. La jurisprudence fournit de nombreux exemples en ce sens. Toutefois, en pratique, la rédaction des clauses est éminemment variable⁸⁵. On s'éloigne à

79 - En annexe de l'arrêt, on apprend que l'assuré défend qu'il a remis à l'expert le contrôle technique comprenant un kilométrage supérieur à celui signalé à l'assureur, pour tenter de défendre sa bonne foi. Il reste encore le faux prix d'achat.

80 - Rapport annuel 2014 du Médiateur du GEMA, p. 38.

81 - Sur une telle rédaction, Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-14.731, préc..

82 - J. Kullmann, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 - L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : ni sur la charge de la preuve (C. civ., anc. art. 1315 ; art. 1353).

83 - C. civ. anc. art. 1134. Visa classique. Après la réforme de 2016, clairement, C. civ., art. 1192.

84 - J. Kullmann, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018.

85 - Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-19.723 ; RGDA oct. 2018, 115y8, p. 460, note M. Asselain : « toute omission, réticence, fausse déclaration intentionnelle ou non dans la déclaration du sinistre expose[r]ait l'Assuré à une déchéance de garantie et à la résiliation de l'adhésion ». Simulation pour feindre un état d'invalidité et fausse déclaration intentionnelle, jugées non démontrées.

73 - Rapport annuel 2014 du Médiateur du GEMA, p. 39 - Rapport d'activité 2017 de la Médiation de l'assurance, p. 33.

74 - En annexe de l'arrêt, il est indiqué que l'assuré a tenté de corriger le kilométrage erroné initialement déclaré.

75 - Fondement différent. Ex. Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-14.731, préc..

76 - En ce sens, Médiateur du GEMA, Rapport annuel 2009, p. 13 - Rapport annuel 2012, p. 14.

77 - Groupement des entreprises mutuelles d'assurance, fondé en 1964, et sa médiation en place dès 1988.

78 - Fédération française des sociétés d'assurances, avec son médiateur national en place à partir de 1993.

l'occasion de la prétendue évidence selon laquelle la teneur des clauses comprendrait systématiquement la référence à la malhonnêteté. Parfois, la déchéance vise simplement une formule du genre : toute fausse déclaration sur la nature, les causes, les circonstances ainsi que les conséquences du sinistre, vous prive de tout droit à garantie. Il n'est pas fait référence à la psychologie de l'assuré. L'hypothèse n'est en rien d'école.

Il a été défendu que la présente clause signifiait qu'elle pouvait déclencher à la fois la déchéance et la poursuite pénale, si bien que seules les fausses déclarations de mauvaise foi entraînent dans son champ d'application, ce qui rendait pour le moins curieux les arrêts se positionnant ainsi pour d'obscures raisons⁸⁶. Il est vrai que si l'on prend la fin de la phrase, séparée d'une virgule de son début qui décrit les comportements critiquables, on lit dans la continuité, avec la conjonction de coordination : « vous prive de tout droit à garantie et vous expose à des poursuites pénales ». Dans cette optique, il peut effectivement sembler que la sanction civile se cumule possiblement avec la sanction pénale, aux mêmes conditions. Par parenthèse, à observer le contentieux, les actions au pénal sont vraiment très rares, en comparaison de celles sur le terrain civil où l'assureur se trouve en position de force en refusant la mise en œuvre de sa garantie, face à la contestation éventuelle de l'assuré.

Peut-être y-a-t-il une autre manière de voir. En effet, à côté de la formule assez classique, la clause ajoutait l'alternative (« ou ») de « toute utilisation de moyens frauduleux ». Là, explicitement, sans nul doute, la mauvaise foi est exigée par écho à la fraude. Dès lors, la lecture de la suite de la phrase pourrait être polluée par le type de comportement effectivement reproché à l'assuré, qui pourrait entraîner exclusivement la sanction civile ou un cumul optionnel des sanctions indiquées. Si l'on n'est pas absolument convaincu, on peut néanmoins admettre une relative incertitude, notamment par rapport à d'autres clauses plus explicites.

Et n'avons-nous pas affaire à des consommateurs au sens technique du terme ? Si la convention les liant à un professionnel, comme un assureur, ne contient pas des clauses « présentées et rédigées de façon claire et compréhensible », celles-ci « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur »⁸⁷. Le juge est tenu de diriger l'interprétation dite de faveur au profit du consommateur, c'est-à-dire de livrer le sens ou la version à son avantage⁸⁸. La réforme du droit commun des contrats en 2016 généralise cette directive impérative, pour

les contrats d'adhésion⁸⁹, ce qu'est fréquemment le contrat d'assurance, surtout pour les polices de masse, à l'article 1190 du Code civil : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». Peu importe alors la qualité ou non de consommateur. Si la commune volonté des parties à rechercher n'est pas détectable, l'article 1188, alinéa 2, du Code civil prévoit encore : « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Dans cette optique, une personne raisonnable n'est pas un juriste confirmé apte à analyser la portée subtile d'une virgule ou d'une conjonction.

En outre, même à admettre le caractère univoque de la clause, il ne faut pas occulter le contexte. Ici, délibérément, les juges aixois ont estimé que l'assureur n'avait pas à démontrer la mauvaise foi ou l'intention malhonnête. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a dès lors donné sa réponse à ce sujet, dont la portée, certes, dépasse l'espèce considérée. Quant aux juges amiénois, leur caractérisation de la mauvaise foi, au regard de la motivation, pouvait sembler plus que légère.

À délaissier la voie de l'interprétation, la solution posée par la Cour de cassation n'en est pas moins certaine. Dans son rôle - qu'elle tend à affirmer ostensiblement - de source du droit, du moins de création, elle pose une règle d'ordre public, refoulant la liberté contractuelle sur le point jugé⁹⁰. Certains pourraient y voir une espèce d'*obiter dictum* implicite (par indifférence à la rédaction contractuelle exacte)⁹¹, si la clause dans les affaires jugées leur apparaît limpide comme exigeant réellement la mauvaise foi. Après tout, la même Cour n'a-t-elle pas, concrètement, fait jouer, par effet équivalent, la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 modifiant l'article L. 132-5-2 du Code des assurances, exigeant désormais que la prorogation du délai de renonciation en assurance-vie soit offerte aux seuls « souscripteurs de bonne foi », par un revirement de jurisprudence⁹², par nature rétroactif, introduisant désormais le contrôle de l'abus de droit ? Parfois, l'étonnement de certains quant à l'apport prétorien est étrangement sélectif. C'est la fraude qui est chassée, point la négligence ou la maladresse. La violation de la loi avec le visa sur la bonne foi forge le fondement de ce principe⁹³.

Plus largement, relevons qu'en appliquant le droit

89 - Définition modifiée à compter du 1^{er} octobre 2018, C. civ., art. 1110, al. 2.

90 - Comp. L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : critique sur l'opportunité de « cette atteinte au pouvoir de la volonté » des parties, en préférant le principe de proportionnalité des sanctions, et en réservant néanmoins le jeu de la clause abusive. Soulignons cependant que, le plus souvent, le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion dont l'assureur est le maître du contenu.

91 - Et également au regard des moyens de cassation invoqués, reproduits par les annexes des arrêts.

92 - Depuis, Civ. 2^e, 19 mai 2016, n° 15-12.767 : Bull. civ. II.

93 - D. Noguéro, notes préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 - J. Kullmann, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018. V. le moyen en annexe, Civ. 2^e, 4 oct. 2018, n° 17-25.911, préc. : pour la démonstration d'une fausse déclaration faite sciemment, invocation de l'anc. art. 1134 C. civ., devenu art. 1103, et de l'art. L. 175-28 C. assur., outre la charge de la preuve.

86 - J. Kullmann, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018. - Autre analyse de la clause, L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : la Cour « ne s'abrite pas derrière la clause de déchéance dont le contenu très général faisait référence à « toute fausse déclaration » même si l'allusion finale à des sanctions pénales a pu être comprise comme valant limitation à la seule faute intentionnelle ».

87 - C. consom., art. L. 211-1, al. 2 ; art. L. 133-2, al. 2 (ancien), ou non-professionnel, en plus.

88 - *Adde* sur le pouvoir de soulever d'office les dispositions protectrices, C. consom., art. L. 141-4.

commun, la jurisprudence ne fait pas montre d'unilatéralisme pour réserver la sanction de la mauvaise foi à un seul des cocontractants. Selon les cas, l'assuré est visé comme l'assureur, à l'occasion. Certains pourraient même défendre qu'appliquer une déchéance sans s'attacher à l'état d'esprit du souscripteur, serait pour l'assureur ne pas exécuter de bonne foi le contrat d'assurance en présence d'un sinistre donnant en principe droit à garantie traduite en prestation⁹⁴.

4) La comparaison avec la médiation.

Dans son rapport pour l'exercice 2017, rendu public en juin 2018, Philippe Baillet, le Médiateur de l'assurance⁹⁵, invite à bien distinguer déclaration erronée et mauvaise foi, en évoquant deux temps de la démarche. « La déclaration effectuée sur la nature du sinistre ou les circonstances de sa survenance doit s'avérer différente de la réalité. Pour autant, cette seule condition n'est pas suffisante lorsque la clause exige une intentionnalité. Dans ce cas et dans un second temps, l'assureur doit être en mesure de prouver le caractère intentionnel de cette fausse déclaration, afin de pouvoir s'en prévaloir »⁹⁶. Visiblement, le message déjà communiqué par les médiateurs précédents mérite répétition pour certains.

Tout en appelant à « éviter de sanctionner des assurés de bonne foi »⁹⁷, le Médiateur semble néanmoins réserver la solution en fonction de la rédaction de la clause de déchéance. Il indique que sa réflexion porte sur « une clause conditionnée à un caractère intentionnel »⁹⁸. Dans le prolongement, il regrette que « nombre d'assureurs écartent la garantie dès lors qu'une fausse déclaration est démontrée, sans plus démontrer l'existence de son caractère intentionnel. Or, les deux éléments sont cumulativement requis pour la bonne application de la clause de déchéance de garantie ». Sur ce point, on ne peut que le suivre (respect de la loi des parties). Mais la Cour de cassation va plus loin car elle paraît indifférente à la rédaction de la clause s'agissant de l'exigence de mauvaise foi qui, par conséquent, devient générale pour une déchéance contractuelle, que le caractère intentionnel soit ou non mentionné. Il est nécessairement sous-entendu pour une telle sanction, peu important le libellé de la stipulation qui ne saurait donc être dénaturée désormais.

Antérieurement, le Médiateur du GEMA a pu insister sur la

nécessité de rapporter la preuve du caractère intentionnel⁹⁹. La généralité de l'attendu de principe laisse entendre qu'il importe peu que la clause s'étende ou non sur l'intention ou la mauvaise foi. La solution nous paraît raisonnable car il s'agit, en définitive, d'appliquer une peine privée¹⁰⁰. Une telle précaution pour cantonner l'effet de la déchéance a été introduite de façon prétorienne¹⁰¹. Elle devrait s'imposer y compris lors du règlement extrajudiciaire des litiges, et même dès l'étape de la gestion d'un dossier sinistre.

B) Le préjudice de l'assureur.

La déchéance a une répercussion sur le droit à garantie, et la condition de mauvaise foi ne s'étend pas à la déchéance pour déclaration tardive du sinistre, ou à celle pour non-déclaration dans le délai de l'aggravation du risque (inusitée en pratique, et dont la qualification même de déchéance est discutée)¹⁰², qui exigent en revanche la preuve d'un préjudice.

1) L'étendue de la déchéance.

La déchéance ne conduit pas à la nullité de la police mais a pour effet de priver l'assuré de garantie pour tel sinistre déterminé en présence de son comportement critiquable¹⁰³. Le droit à garantie n'est pas perdu dans l'absolu. Le contrat demeure valable ; c'est le droit à garantie qui est affecté du fait d'une certaine conduite après tel sinistre. En conséquence, les sinistres indemnisés par le passé ne sont pas rétroactivement remis en question. De même, normalement et sauf résiliation régulière, le contrat continue. Des sinistres nouveaux pourront être garantis à

99 - Implic. Médiateur du GEMA. Rapport annuel 2005, p. 9 : « Sauf dans un cas, où il est apparu qu'on ne pouvait parler de fausse déclaration intentionnelle, le médiateur ne peut que constater que les déchéances étaient bien encourues » - Rapport annuel 2006, p. 2 : « plusieurs éléments allaient pourtant dans le sens de la sincérité du sociétaire. Le médiateur a rappelé que la déchéance ne pouvait jouer qu'en cas de fausse déclaration intentionnelle et que la charge de la preuve du caractère intentionnel incombait à la mutuelle », et p. 7 : « tout cela ne vaut que si la fausse déclaration a été intentionnelle », soit une erreur volontaire. « Un doute sérieux subsistait, qui ne pouvait que profiter au sociétaire, puisque la charge de la preuve incombe sans conteste à l'assureur » - Rapport annuel 2008, p. 11 - Rapport annuel 2009, p. 13 : l'assureur peut prouver le caractère intentionnel « par tous moyens, y compris par présomption. Tout est donc question d'espèce » - Rapport annuel 2011, p. 13 : la rétractation de la version initiale et la caractérisation de la mauvaise foi - Rapport annuel 2012, pp. 13-14 - Rapport annuel 2014, p. 38. V. sur le repentir spontané, H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre, op. cit.*, n° 835 - J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance, op. cit.*, n° 1465.

100 - H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre, op. cit.*, n° 835 : « une pure peine privée sanctionnant la seule mauvaise foi du déclarant ».

101 - Comp. L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : « On passera très vite sur le fait que la Cour, en ajoutant une condition tenant à la mauvaise foi de l'assuré, à celles prévues à l'article L. 113-2 du Code des assurances serait allée *contra legem*. D'une part l'argument n'est plus recevable depuis longtemps pour qui reconnaît à la jurisprudence un pouvoir créateur. D'autre part, un esprit un peu imaginaire pourra toujours se dire que l'exigence se retrouve « en creux » dans les hypothèses visées à l'article L. 113-11 du Code des assurances où la déchéance est interdite ».

102 - C. assur., art. L. 113-2, al. 1^{er}, 3^e et al. 2. Sur les suites de la déclaration ou non et les sanctions principalement appliquées, C. assur., art. L. 113-4.

103 - Rapport annuel 2014 du Médiateur du GEMA, p. 37.

94 - Adde N. Balat, Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?, D. 2018, p. 2099.

95 - Rapport d'activité 2017 de la Médiation de l'assurance, pp. 32-33, rubrique *C'est pas ma faute*. Et pour une suggestion qui nous paraît bienvenue, p. 10 : « les assureurs pourraient utilement renforcer leurs communication et mises en garde, en rappelant, à l'occasion de la survenance d'un sinistre - notamment dans le cadre de l'éventuel formulaire ou questionnaire de déclaration de sinistre - l'absolue nécessité de l'exactitude des faits déclarés et des preuves fournies. Trop de saisines découlent de déclarations erronées, effectuées dans la précipitation ou sous l'émotion du sinistre subi ».

96 - Rapport d'activité 2017 de la Médiation de l'assurance, p. 32.

97 - Rapport d'activité 2017 de la Médiation de l'assurance, p. 10, *in fine*.

98 - Rapport d'activité 2017 de la Médiation de l'assurance, p. 32.

l'avenir.

Sur cette question de la résiliation, signalons qu'il a pu être proposé, prospectivement, de permettre à l'assureur de doubler la sanction de la fraude pour plus d'efficacité¹⁰⁴. La menace de la fin du contrat, additionnée à celle de la perte du droit à garantie, renforce-t-elle vraiment la dissuasion pour celui qui a décidé de frauder ? La circonspection nous semble sérieusement s'imposer quant à ce type de prévention. Dans cette optique de double peine, outre l'opposition à l'assuré indélicat de la perte de la garantie, l'assureur disposerait d'une faculté conventionnelle de résiliation unilatérale, extrajudiciaire et sans préavis, pour se débarrasser immédiatement du fraudeur. Rappelons qu'en cas de défaut de paiement de la prime - manquement avéré à une obligation fondamentale du souscripteur -, l'assureur qui ne souhaite pas agir judiciairement, est néanmoins tenu de respecter une procédure prévue par l'article L. 113-3 du Code des assurances (en étapes, avec des délais), afin de mettre fin au contrat, sauf l'hypothèse de l'accord des parties. L'exception d'inexécution des contrats synallagmatiques du droit commun est donc ici écartée¹⁰⁵. Pour autoriser cette option, selon ses partisans, devrait être adaptée la rédaction de la clause de déchéance insérant expressément cette possibilité de résiliation¹⁰⁶.

Mais, il faudrait déjà passer le filtre des clauses abusives, le cas échéant. Sont présumées abusives, les clauses suivantes : « Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable » ; « Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel » (en combinaison ?)¹⁰⁷. Dans la liste noire, figure également une clause, dont l'analyse pourrait être amplifiée, même si, à la lettre, elle ne paraît pas correspondre à la situation (l'assureur conservant néanmoins la prime) : « Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat »¹⁰⁸. Sur ce terrain, l'imagination défensive ne manquerait pas de s'exercer, menaçant par capillarité les facultés unilatérales de l'assureur de mettre légitimement fin au contrat.

C'est pourquoi, nous préférons le cadre habituel de la résiliation à l'échéance de l'article L. 113-12 du Code des assurances. L'assureur pourrait la motiver par la suite de

la fraude démontrée précédemment¹⁰⁹. Selon la date du sinistre pour lequel la fraude est découverte, l'assureur n'a pas des siècles à patienter (quelques mois si la durée du contrat est, généralement, celle d'un an)¹¹⁰. De plus, sa méfiance est déjà aiguisée pour exercer sa vigilance lors de l'éventuelle survenance d'un autre sinistre durant la période de couverture avant rupture. Surtout, rien n'interdit à l'assureur d'user, à la suite du jeu de la déchéance, donc conséquemment à un sinistre, de la faculté de résilier après sinistre¹¹¹, s'il l'a prévue par une clause et qu'il respecte la procédure légale impérative¹¹². Relevons cependant que pour l'assurance automobile, qui concernait nos deux affaires, la résiliation après sinistre obéit à des cas d'ouverture restrictifs¹¹³. La loi ne permet pas n'importe quelle résiliation unilatérale post-sinistre. La convention des parties ne saurait aller outre. Plus largement, à défaut de texte l'autorisant explicitement¹¹⁴, le droit de résiliation unilatérale de l'assureur - de source conventionnelle dans

109 - Souvent, aujourd'hui, quand il soupçonne la fraude malheureusement non prouvée, l'assureur patiente jusqu'à l'échéance pour se débarrasser du client. Il lui appartient de trouver le motif autre pour habiller la raison profonde de sa décision. Pourquoi pas la sinistralité ?

110 - *Contra* : M. Asselain, note préc. sous Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-19.723 : « mais c'est lui imposer, de façon inéquitable, un délai que rien ne justifie ».

111 - C. assur., art. R. 113-10. Un mois de couverture après la notification (alinéa 1^{er}), donc un préavis imposé, et le principe de divisibilité de la prime (alinéa 3). - Comp. sur ce genre d'encadrement, dans le principe, art. 2 : 604 Résiliation en cas de sinistre, des PDECA (principes du droit européen du contrat d'assurance) de novembre 2015.

112 - *Contra* : M. Asselain, note préc. sous Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-19.723 : « mais il n'est pas sûr que les conditions d'application de ce dernier texte soient jugées remplies dans l'hypothèse où le sinistre qui a fait l'objet de la déclaration frauduleuse n'a en réalité jamais eu lieu ». Selon nous, si la résiliation est permise après un sinistre réel sans fraude, il nous semble qu'*a fortiori* il doit en aller ainsi en cas de fraude, y compris pour un sinistre fictif. Pour un sinistre fictif, l'auteur relève justement que si l'assureur s'est prévalu de la clause de déchéance, il lui appartient logiquement de prouver la fraude de son assuré. Il est vrai que certains peuvent raisonner en termes de matérialité du sinistre, partant en condition de la garantie, dont l'assuré supporte la charge de la preuve (V. les rapports de la médiation à ce sujet). Il est vrai que l'hésitation peut être permise, surtout lorsque l'assureur détecte immédiatement la fraude et donne comme raison de son refus d'intervention le défaut de preuve de l'existence du sinistre déclaré. Lorsque le motif donné du refus de garantie est ouvertement la déchéance, le principe de cohérence, outre la force obligatoire du contrat, nous paraît interdire de jongler avec les motivations alternatives pour tenter d'échapper à son obligation, en contournant les contraintes probatoires. Souvent, le comportement critiquable pourra se révéler tardivement, après l'indemnisation effective. Cherchant le remboursement du paiement indu, l'assureur aura admis, au moins un instant de raison, que le sinistre existait. Mais, même lorsqu'il oppose directement que l'assuré a menti sur la réalité du sinistre qu'il ne démontre pas, ne poursuit-il pas, en fait, une fraude ? Une chose est d'exiger de prouver la matérialité du sinistre afin de déclencher le processus d'indemnisation ; autre chose est de sanctionner le comportement visant à fabriquer un sinistre pour obtenir une indemnité non due. Celui qui a triché en exagérant son sinistre bien réel doit-il être traité différemment de celui ayant totalement inventé un sinistre ? V. encore, selon l'interprétation bienveillante d'un juge, la clause abusive, en liste noire, C. consom., art. R. 212-1, 12^e : « Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».

113 - C. assur., art. A. 211-1-2 (alinéa 1^{er}). Là encore avec notification de l'assureur, ouvrant un mois de couverture (alinéa 2), voire le préavis de deux mois si la résiliation à l'échéance intervient (alinéa 3).

114 - Civ. 1^{er}, 7 mars 1989, n° 87-12.034 : Bull. civ. I, n° 106 ; RGAT 1989, p. 526, note H. Margeat et J. Landel.

104 - Lire M. Asselain, note préc., spéc. p. 461, *in fine*, sous Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-19.723.

105 - C. civ., art. 1219, après la réforme des contrats de 2016.

106 - M. Asselain, note préc. sous Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-19.723. L'auteur effectue, à partir de la rédaction de la clause comprenant la résiliation, une interprétation *a contrario* de la décision ayant simplement rejeté le jeu de la déchéance pour des questions de preuve. Il est toujours délicat d'extrapoler sur un point non jugé directement. En revanche, l'auteur indique que la voie de la résiliation judiciaire est ouverte (citant TGI Lyon, 11 mai 1984, RGAT 1984, p. 399, note J. Bigot).

107 - C. consom., art. R. 212-2, 4^e et 8^e.

108 - C. consom., art. R. 212-1, 9^e. Et peut-être même son 8^e : « Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ».

un contrat souvent d'adhésion - accompagnant la perte de garantie pour le sinistre révélant la fraude de l'assuré, ne nous paraît ni opportun, ni régulier au regard des différentes contraintes évoquées¹¹⁵.

Revenons à l'apport de nos deux arrêts de juillet 2018. Sur l'étendue de la sanction de la déchéance, il faut préciser que les clauses rappelaient la privation totale de garantie¹¹⁶, non une possible mais théorique réduction partielle d'indemnité¹¹⁷. Comme a pu le décider la jurisprudence, la déchéance a alors un caractère indivisible¹¹⁸. Son effet se répercute sur la totalité de l'indemnité¹¹⁹. L'objectif de dissuasion serait déjoué, et la mutualité moins bien protégée, si l'assuré pouvait tenter d'adopter un comportement avec une sanction modulée une fois pris par la patrouille¹²⁰. Il faut ajouter les difficultés pratiques pour ventiler une indemnité amputée, qui incitent encore les assureurs à stipuler assez systématiquement la privation entière de garantie. L'effet comminatoire doit être conforté en présence d'une clause ne pouvant être actionnée que preuve faite de la mauvaise foi exprimée par un mensonge ou une manœuvre autre. La perspective n'est pas d'appliquer à tout prix et aveuglément une sanction, d'ailleurs fortement conditionnée et encadrée. La prophylaxie est plutôt espérée, malgré certains irréductibles fraudeurs.

Pourra intervenir la répétition de l'indu si le paiement est effectué avant la découverte de la fraude¹²¹. Il en va d'autant plus ainsi, assurément, que désormais ce n'est pas une simple erreur de l'assuré, mais un dol dans l'exécution de ses obligations, violées sciemment, au regard de son intention, sans faute de l'assureur. Aussi, l'assureur est en droit d'obtenir un remboursement si l'indemnité a été versée avant le constat du jeu de la déchéance dont l'assureur (non renonçant) ignorait alors qu'il pouvait l'opposer¹²².

2) L'exigence cantonnée de la preuve du préjudice.

À partir de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, davantage protectrice des assurés sous cet aspect, l'article

115 - L'arrêt du 13 septembre 2018 ne nous paraît pas l'avoir explicitement consacré.

116 - *Idem*, Civ. 2^e, 14 sept. 2017, n° 16-21.674 préc. - Ex. de production de faux documents justificatifs, Civ. 1^{er}, 8 nov. 1989, n° 88-10.050 préc. - Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-14.439 préc..

117 - Sur ce point, Rapport annuel 2013 du Médiateur du GEMA, p. 16. - Comp. la spécificité de l'assurance aérienne (déchéance totale ou partielle), C. assur., art. L. 175-18, al. 2.

118 - H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, op. cit., n° 835 : pour les auteurs, le principe de la divisibilité des effets de la déchéance est supplétif. Ils relèvent néanmoins qu'en pratique les clauses prévoient l'indivisibilité des effets. - Même optique pour la déclaration frauduleuse, J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance*, op. cit., n° 1463.

119 - Civ. 1^{er}, 13 nov. 1991, n° 89-20.766 ; RCA 1992, n° 26 ; RGAT 1992, p. 93, note R. Maurice : clause d'indivisibilité, MACIF - Civ. 2^e, 3 nov. 2011, n° 10-30.876 préc. (implic.) : clause d'indivisibilité, et la suite, Civ. 2^e, 12 juin 2014, n° 13-19.996 préc. - Civ. 2^e, 12 déc. 2013, n° 12-28.882 préc. (en annexe de l'arrêt).

120 - Rapport annuel 2013 du Médiateur du GEMA, p. 17.

121 - C. civ., art. 1302 s..

122 - Prescription de droit commun, Civ. 2^e, 8 sept. 2016, n° 15-16.890 préc.. - Le point de départ est le jour de la découverte de la faute de l'assuré. - Comp. escroquerie et délai de prescription du remboursement, Civ. 1^{er}, 27 févr. 1996, n° 94-12.645, Bull. civ. I, n° 105.

L. 113-2 du Code des assurances prévoit que « Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais (, notamment celui pour la déclaration de sinistre,) ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice »¹²³, souverainement apprécié¹²⁴. La recherche est à mener¹²⁵ et à motiver¹²⁶. Il s'agit de situations où l'assureur n'a pu intervenir rapidement pour la défense de ses intérêts, désormais impossible.

On devine que la conception retenue du préjudice et son lien de causalité avec le manquement réduit déjà, en fait, le jeu non automatique de cette déchéance. C'est une évolution vers un droit contrôlé, et plus discrétionnaire, surtout qu'il s'agit d'une peine privée¹²⁷, que certains aimeraient voir supprimer/prohiber ou remplacer, au nom de la proportionnalité¹²⁸, par une sanction plus douce (des dommages-intérêts pour le retard, si l'assuré est négligent ; ou une réduction proportionnelle de la garantie au regard du préjudice subi)¹²⁹. Le texte rappelle traditionnellement un cas d'excuse de l'assuré, entendu plutôt strictement en jurisprudence : la déchéance « ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure »¹³⁰. Une telle impossibilité d'agir ne correspond pas à l'hypothèse de la fausse déclaration intentionnelle pour d'autres obligations. C'est une invitation supplémentaire à les distinguer, en partie, en reconnaissant des particularités.

Si le préjudice est exigé, tel ne devrait pas être le cas, selon nous, pour la mauvaise foi, malgré les arrêts commentés (leur attendu de principe est cantonné, pour l'heure, à la

123 - F. Leduc, Déchéance pour déclaration tardive de sinistre et préjudice de l'assurance, in *Etudes offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 247 (les références citées). L'auteur s'interroge notamment sur le tempérament à la logique institutionnelle sous l'influence consumériste, en défendant le but comminatoire de la déchéance/déclaration tardive. - M. Mertz, Les obligations en cas de sinistre, *Gaz. Pal.* 8-9 juin 1994, p. 27.

124 - Civ. 1^{er}, 7 janv. 1997, n° 94-21.869, Bull. civ. I, n° 2.

125 - Civ. 1^{er}, 7 oct. 1998, n° 96-18.595, Bull. civ. I, n° 281 ; RCA 1998, n° 398, note H. Groutel ; RGDA 1999, p. 105, note L. Mayaux - Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-11.391 ; RDI 2009, p. 488, obs. D. Noguéro ; RCA 2009, n° 228.

126 - Civ. 1^{er}, 20 déc. 1993, n° 91-18.379 - Civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 11-25.056 ; RCA 2013, n° 74 - Civ. 1^{er}, 4 juin 2014, n° 12-26.549 ; RGDA 2014, p. 387, note M. Asselain.

127 - Dont la nature évolue cependant pour la déclaration tardive avec la loi d'hybridation de 1989.

128 - B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, op. cit., n° 492 - L. Mayaux, L'avenir des déchéances, préc., p. 113 s..

129 - Raisonner en terme de responsabilité contractuelle pour faute, sans mauvaise foi à démontrer, pourrait conduire à moduler la somme due à la hauteur du préjudice subi, montant moindre que les prestations dues par l'assureur, ou équivalent, selon les espèces. Une telle solution inspirée de la responsabilité civile pourrait être réservée à la seule déclaration tardive du sinistre. - Comp. sur l'altération de la figure de la déchéance par la preuve du préjudice, H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, op. cit., n°s 823-824 - M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, op. cit., n° 343.

130 - Depuis l'exigence du préjudice - preuve à la charge de l'assureur -, qui limite déjà le jeu de la déchéance, et prévient les abus possibles, la règle a, en fait, moins d'occurrences d'application. - Sur la définition en matière contractuelle, C. civ., art. 1218. Et la charge de la preuve, art. 1231-1.

fausse déclaration)¹³¹. L'exigence de la preuve du préjudice devrait être exclusivement réservée à l'hypothèse de la déchéance contractuelle pour cause de déclaration tardive du sinistre, en lien avec l'obligation légale de déclaration dans les délais fixés¹³². L'objectif d'une telle déchéance n'est pas de lutter contre un enrichissement injustifié par suite d'une déclaration inexacte, une fraude possible, mais contre un retard dans la gestion du sinistre, dû à la négligence de l'assuré, pouvant parfois nuire à l'assureur¹³³. Sauf clause¹³⁴ renforçant encore la protection de l'assuré, la mauvaise foi ne saurait être imposée comme condition¹³⁵. En pratique, l'assureur reste libre de renoncer en cas de bonne foi de son cocontractant ayant effectué une déclaration tardive, que ce soit par souci de préserver son image commerciale ou même par un geste commercial.

La nouvelle condition de fond du préjudice, introduite à compter du 1^{er} mai 1990¹³⁶, dont la preuve incombe à l'assureur¹³⁷, par tous moyens, vise expressément la seule déchéance tardive¹³⁸. Elle n'est pas spécifiée légalement pour un autre type de déchéance¹³⁹. Certains en déduisent qu'il n'y a pas nécessité du préjudice¹⁴⁰. Il faut probablement nuancer ou du moins expliciter.

La fraude dévoilée constitue le préjudice subi par l'assureur à qui un règlement est demandé¹⁴¹. L'indemnité n'est pas due. Le préjudice inhérent à la fraude est présumé exister. Si l'assureur prouve la déclaration inexacte sciemment, il n'a

pas à aller au-delà. C'est comme cela qu'il faut comprendre, selon nous, la formule jurisprudentielle, peut-être elliptique ou troublante, selon laquelle « la clause de déchéance litigieuse sanctionnant non pas la déclaration tardive du sinistre dans les termes de l'article L. 113-2, alinéa 4, du Code des assurances, mais la majoration intentionnelle de ses conséquences dommageables, n'était pas subordonnée à la preuve d'un préjudice réel subi par l'assureur »¹⁴². Le préjudice n'est en rien la mesure de la sanction. L'assurance « tous risques » ne dispense pas l'assuré de correctement déclarer le sinistre. Par exemple, il peut y avoir des conséquences sur la franchise ou l'application du coefficient de réduction/majoration¹⁴³.

L'assureur peut renoncer librement, au cas par cas, à opposer la déchéance régulière¹⁴⁴. Il peut le faire explicitement ou de façon tacite (non présumée), non équivoque¹⁴⁵, à partir d'un comportement qu'il adopte duquel on peut raisonnablement déduire la volonté de ne pas opposer la déchéance à l'assuré, qui en supporte la preuve. Il pouvait en aller ainsi lorsque l'assuré était de bonne foi, par exemple. Lorsque la mauvaise foi est érigée en condition du jeu de la déchéance, on peut penser que la statistique de l'éventuelle renonciation de l'assureur devrait reculer jusqu'à disparaître. Le pouvoir de modération n'est plus laissé à l'autorégulation, c'est-à-dire concrètement à la discrétion du cocontractant professionnel¹⁴⁶, puisque, d'une certaine manière, il glisse en amont en empêchant d'opposer une déchéance en cas de bonne foi.

Ces deux décisions pourraient développer encore la distinction partielle de régime entre la déchéance pour déclaration tardive de sinistre et celle pour déclaration erronée de mauvaise foi (particularité) qui a une fonction punitive d'un assuré et de préservation de la mutualité. Elles permettent de préciser encore la notion de déchéance, en tentant d'assurer un équilibre entre la protection de la communauté des assurés gérée par les assureurs et la lutte contre les tricheurs démasqués.

David Noguéro

131 - Comp. L. Mayaux, note préc. sous Civ. 2^e, 5 juill. 2018 : « On ne peut donc dire que l'exigence d'un préjudice remplace, par un jeu de vases communicants, la limitation de la déchéance aux seules fautes intentionnelles ».

132 - En ce sens, rapport annuel 2010 du Médiateur du GEMA, p. 5. - Argument, C. assur., art. L. 175-18, al. 2.

133 - Dans l'hypothèse inverse de la mauvaise foi de l'assureur dans la gestion du sinistre, exigence d'un préjudice en lien de causalité avec le manquement, Com. 5 sept. 2018, n° 17-15.866, Bull. civ. IV.

134 - Plutôt illusoire en pratique, pour un contrat d'adhésion.

135 - *Contra* : Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Précis, 14^e éd., 2017, n° 539 - B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances, op. cit.*, n° 491. - Comp. F. Leduc, Déchéance pour déclaration tardive de sinistre et préjudice de l'assurance, préc., p. 261. - Et prospective, A. d'Hauteville, Plaidoyer pour une réforme des clauses de déchéance en droit des assurances, RGDA 2004, p. 299. - Comp. Recomm. n° 85-04 de la Commission des clauses abusives, préc. : « de façon générale, sont abusives les clauses qui assortissent la méconnaissance de l'une quelconque des obligations imposées à l'assuré en cas de sinistre d'une déchéance totale du bénéfice de l'assurance, sauf en cas de mauvaise foi dûment établie, la seule sanction admissible étant l'indemnité mesurée au dommage effectivement subi par l'assureur du fait de la négligence constatée ». - Encore, Recomm. n° 89-01 Assurance des véhicules automobiles de tourisme, 19 mai 1989 - Recomm. n° 90-01 Assurance complémentaire à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location en option d'achat.

136 - Pas avant, Civ. 1^{re}, 30 mai 1995, n° 92-17.566 préc.. - Contrats en cours, sinistre postérieur à l'entrée en vigueur, Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-18.595 préc.. - Comp. assurance aérienne, C. assur., art. L. 175-18, al. 2, *in fine*.

137 - Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 98-10.331 préc..

138 - Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 12-35.147 - Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° 12-26.549 préc..

139 - Médiateur du GEMA, Rapport annuel 2001, p. 7 - Rapport annuel 2003, p. 5 - Rapport annuel 2007, p. 6 - Rapport annuel 2010, p. 5.

140 - J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance, op. cit.*, n° 1461.

141 - Rapport annuel 2007 du Médiateur du GEMA, p. 6.

142 - Civ. 1^{re}, 28 nov. 2001, n° 00-15.444 ; RGDA 2002, p. 91, note J. Kullmann. - Comp. pour la RC extracontractuelle, Civ. 2^e, 16 avr. 2015, n° 14-14.573 ; RGDA 2015, p. 286, note J. Kullmann.

143 - Médiateur du GEMA. Rapport annuel 2007, p. 6 - Rapport annuel 2009, p. 13 - Rapport annuel 2011, p. 13 - Rapport annuel 2012, p. 13.

144 - Sur le principe, Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, n° 82-16.653 préc. - Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n° 86-11.005 préc. - Exemple légal, C. assur., art. L. 113-17, al. 1^{er}.

145 - Civ. 1^{re}, 27 févr. 1990, n° 88-12.544 préc..

146 - Tempéré par l'éventuelle intervention d'un avis en équité de la médiation de l'assurance. Cet avis ne s'impose plus aux assureurs dans le dispositif de la FFA, selon le choix français lors de la transposition des textes communautaires, dès lors il s'agit d'un avis de portée différente de celui du médiateur du GEMA jusqu'en 2015 s'imposant aux seuls assureurs.

Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé : contexte et focus sur l'engagement des responsabilités

Lorsque le 11 mai 1997 le robot Deep Blue, conçu par la société IBM, a battu le champion du monde d'échec Garry Kasparov, il n'apparaissait pas envisageable de faire jouer une intelligence artificielle au jeu de Go avant plusieurs centaines d'années, ce jeu étant considéré comme le plus complexe au monde car beaucoup plus intuitif que le jeu d'échec. Pourtant dès mars 2016, AlphaGo, développé par Google Deep Mind, a battu le joueur sud-coréen Lee Sedol, meilleur joueur du monde de Go, par 4 manches à 1. Depuis, la supériorité de la machine sur d'autres joueurs mondiaux a été confirmée.

Relevant il y a encore peu de la science fiction, l'utilisation de l'Intelligence Artificielle (IA) intègre désormais notre quotidien et, comme a pu le démontrer le Rapport Villani¹, tous les domaines d'activités seront touchés par ce tsunami numérique de nature à impacter tous les métiers. Les médias, les écrivains² et aussi les juristes doivent donc se saisir de ce sujet afin d'anticiper les bouleversements à venir et réfléchir aux besoins de régulation de cette révolution numérique³.

Les applications de l'IA en santé sont et deviendront de plus en plus nombreuses, qu'il s'agisse d'offrir une aide au diagnostic, comme le propose déjà le célèbre programme Watson d'IBM, une lecture d'imageries médicales, une assistance robotique aux interventions chirurgicales ou encore de proposer des robots dit sociaux susceptibles d'interagir avec les humains afin de faciliter notamment la prise en charge des personnes âgées dépendantes.

1 - Cédric Villani, [Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne](#), mars 2018

2 - Not. sur le sujet : L. Alexandre, *La guerre des intelligences*, Ed. JC Lattès ; L. Ferry, *La révolution transhumaniste*, Plon ; D. Gruson, *SARRA une intelligence artificielle*, Beta Publisher ; Guy Vallancien, *La médecine sans médecin, le numérique au service du malade*, Gallimard avril 2015.

3 - La Faculté de Droit de l'Université Paris Descartes organisera tout au long de l'année à venir une série de [workshops consacrés aux besoins de régulation de l'IA](#) dans les différents secteurs d'activités

Afin de bien comprendre les implications de l'IA en termes de responsabilité dans le domaine médical encore faut-il bien appréhender cette IA et donc savoir de quoi il s'agit.

Il importe tout d'abord de distinguer l'IA d'un simple logiciel qui, de nature finalement assez passive, se contente d'exécuter le programme pour lequel il a été configuré. L'IA représente quant à elle un dispositif actif permettant de proposer des analyses susceptibles de s'améliorer au fur et à mesure de son alimentation par de la donnée.

Il faut également veiller à distinguer les IA dites « faibles », actuellement utilisées, des IA « fortes » qui se développeront à l'horizon 2020-30. Grâce à la technique du *machine learning* ou apprentissage automatique, ces dernières seront en mesure de s'auto-alimenter par leurs propres analyses des résultats leur permettant ainsi d'affiner leurs appréciations. Ces IA seront également capables d'acquérir une certaine autonomie vis-à-vis de leurs programmes initiaux, leur auto-apprentissage étant en effet susceptible de les mener à des analyses s'éloignant de celles pour lesquelles elles ont été initialement programmées. L'IA s'éduque donc plus qu'elle ne se programme grâce au *training data* et, au stade le plus élevé de la technique, au *deep mining* ou apprentissage profond dont le processus d'analyse est proche de celui des réseaux neuronaux.

Le développement de l'intelligence artificielle suppose une alimentation massive du système intelligent en données afin de rendre les algorithmes prédictifs de plus en plus performants et fiables. La capacité d'analyse de l'IA semble sans limite, Watson étant par exemple déjà capable d'analyser un dossier médical de 300 pages en une demi-seconde !

Si les promesses de l'IA semblent réelles et séduisantes dans le domaine de la santé, son développement n'est pas sans poser d'importantes problématiques juridiques.

Il est tout d'abord impératif que l'essor de cette nouvelle technologie se fasse dans le respect des droits du patient. La collecte des données de santé réalisée pour les besoins d'alimentation des IA doit ainsi se faire sans violation du secret médical. Il importe également que le patient soit informé de l'utilisation de ses données. Il apparaît également essentiel que, soigné ou diagnostiqué avec l'assistance d'une intelligence artificielle, il puisse y consentir de manière éclairée. Le patient doit également conserver la possibilité de s'opposer à tout recours à l'IA à l'occasion de ses soins. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique prévoit en effet que le patient soit informé sur « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention proposées » ainsi « que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus »⁴. Le patient a également le droit

4 - Ibid.

de « participer à la prise de décision le concernant »⁵. Ainsi toute personne prise en charge doit se voir reconnaître la possibilité de choisir son traitement ainsi que ses modalités, ce qui implique un éventuel refus de recours à l'IA. On verra d'ailleurs plus loin que cette solution est confortée par la réglementation relative aux opérations de profilage.

Le développement de l'IA en santé et l'importante collecte de données qu'il suppose implique par ailleurs de veiller au respect de la réglementation sur la protection des données⁶.

La logique de l'IA semble à première vue difficilement conciliable avec les exigences de la loi modifiée⁷ du 6 janvier 1978⁸. L'efficacité du système intelligent repose en effet sur un usage massif de données qui implique parfois, dans un contexte de Big data, une collecte dont la finalité n'est pas toujours très précise alors que la réglementation sur la protection des données impose au contraire de respecter un principe de minimisation des données qui suppose de ne pas traiter les données au-delà du strictement nécessaire. Par ailleurs, cette réglementation oblige à limiter le traitement dans le temps alors que le suivi du patient doit se faire sur le long terme, idéalement durant toute sa vie. A ce double titre, la réglementation sur la protection des données peut apparaître comme un frein à l'expansion des systèmes intelligents. Ce d'autant plus, que les développeurs non respectueux de cette réglementation encourent, depuis l'entrée en vigueur du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)⁹, des sanctions très lourdes pouvant s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaire annuel mondial.

Pour autant, il apparaît souhaitable d'envisager cette réglementation, non pas comme un empêchement de progrès, mais plutôt comme un garant de la protection de l'individu face aux risques de celui-ci. Sur le fondement de ce dispositif, le patient doit ainsi consentir à l'utilisation de ses données. La référence à « l'intérêt légitime » du traitement peut néanmoins dispenser du recueil d'un tel consentement¹⁰. Dès lors, et afin de ne pas freiner les perspectives de développement de l'IA, peut-être serait-il envisageable qu'une autorité régulatrice, a priori la Cnil, présume de l'existence d'un tel intérêt légitime pour certains usages de l'IA en santé.

Le patient doit également être informé des finalités du traitement, c'est à dire des raisons de réalisation de celui-ci. Cette exigence risquera cependant de s'avérer problématique vis à vis des intelligences fortes susceptibles de mener des analyses pour lesquelles elles n'étaient pas initialement

programmées et donc pour des finalités différentes¹¹. A ce titre, on peut peut-être conseiller au développeur de recueillir des consentements dont l'objet serait assez large et généraliste afin de ne pas limiter les potentialités de leur IA.

Le patient dispose également de différents droits dont celui d'accéder à ses données, d'en demander la correction, voire la suppression. Il est en effet normal qu'il reste maître de ses informations personnelles et que le principe d'autodétermination informationnelle s'exprime pleinement s'agissant de données aussi sensibles. Néanmoins, et toujours avec l'ambition de ne pas gêner le développement de la science, peut-être serait-il envisageable d'admettre de limiter les droits du patient comme par exemple dans le cas de la recherche sur les pathologies rares pour lesquelles le traitement de toutes nouvelles données est précieux. La loi autorise d'ailleurs le responsable de traitement à rejeter une demande de suppression de données lorsqu'il peut invoquer le fait que le traitement est réalisé en vertu « d'une mission d'intérêt public »¹² ou « pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique »¹³. Là encore, des présomptions pourraient être posées au bénéfice de certains usages de l'IA en santé.

Il faut par ailleurs relever que le respect du droit de correction ou d'oubli des données¹⁴ risque de s'avérer problématique s'agissant d'un système intelligent dont le contenu aurait été sécurisé par la technique de la *blockchain*, celle-ci impliquant en effet toute impossibilité de modifier les éléments la composant¹⁵.

Il importerait donc d'opérer un arbitrage entre respect des droits du patient et bénéfices attendus pour tous de l'IA en santé.

Si les droits des personnes dont les données sont traitées doivent être respectés à l'occasion du fonctionnement de l'IA, le principe du *privacy by design* impose désormais d'y réfléchir en amont, au stade de la conception de l'outil de traitement de la donnée, ce qui devrait conduire à un intéressant partenariat entre informaticiens et juristes spécialisés.

Pour finir sur ce sujet, dont le besoin de développement dépasse l'objet de cette étude, il faut probablement souhaiter la mise en place par la Cnil d'un pack de conformité propre à l'IA en santé comme il en existe en matière assurantielle

5 - Ibid.

6 - Not. sur le sujet : L. Maisnier-Boché, Intelligence artificielle et données de santé, *JDSAM 2017, n° 17*, dossier spéc. p. 25.

7 - Dernière modification par la [loi n° 2018-493 du 20 juin 2018](#) relative à la protection des données personnelles.

8 - [Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978](#) relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

9 - [Règlement \(UE\) 2016/679](#) du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

10 - Art. 7, 5° de la loi du 6 janvier 1978.

11 - L'évolution de la finalité d'un traitement n'est certes pas interdite mais le responsable de traitement doit alors recontacter toutes les personnes concernées ce qui s'avérerait délicat. Heureusement il sera possible d'invoquer l'exception de l'article 14 du RGPD qui dispense d'une telle obligation lorsque « cette information se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés ».

12 - Art. 40 de la loi informatique et libertés.

13 - Ibid.

14 - Art. 40 de la loi informatique et libertés.

15 - Du fait de la procédure d'autocontrôle que suppose le fonctionnement de la blockchain, il faudrait en effet modifier simultanément tous les blocs de la chaîne pour permettre la modification d'une donnée ce qui semble impossible. Des recherches semblent cependant montrer qu'une modification réalisée auprès de plus de 51% des blocs permettrait la modification.

ou dans le cadre des voitures connectées. Afin de ne pas scléroser l'essor de l'IA, de nombreux acteurs appellent en effet à une régulation du secteur par la *soft law*¹⁶.

Une fois cernée la technique de l'IA, ses différents usages en santé ainsi que les problématiques juridiques qu'elle soulève, il importe comme promis dans le titre de cette étude de proposer un focus sur la question des responsabilités encourues à l'occasion de son utilisation dans le domaine de la santé¹⁷. Il faut en préambule préciser que ni la Cour de cassation ni le Conseil d'État n'ayant été pour l'heure saisis de contentieux impliquant l'IA, l'analyse proposée sera de nature prospective.

L'on montrera tout d'abord qu'il importe de maintenir une responsabilité personnelle du professionnel de santé qui utilise une IA et non considérer qu'un tel usage allège sa responsabilité ou conduit à des responsabilités de nature collective (**Partie I**). On mettra ensuite en évidence la variabilité des régimes de responsabilité en fonction des contextes de survenance des dommages faisant intervenir une IA (**Partie II**).

Partie I : Le maintien de la responsabilité personnelle de l'utilisateur de l'IA

L'IA ne devrait pas conduire à dédouaner le médecin qui doit au contraire conserver sa responsabilité pleine et entière lorsqu'il utilise un système intelligent, la reconnaissance de la personnalité juridique de ce dernier devant impérativement être écartée (**A**). On peut cependant s'interroger sur l'exigence de ce maintien de la responsabilité personnelle de l'utilisateur de l'IA face au développement d'un usage plus collectif des systèmes intelligents (**B**).

A. Le refus de la reconnaissance de la personnalité juridique du robot et le maintien de la responsabilité personnelle du professionnel de santé

La doctrine se divise sur l'intérêt d'une reconnaissance de la personnalité juridique des robots et des systèmes intelligents¹⁸. Dans une résolution de février 2017, le Parlement

16 - Le Conseil National de l'Ordre des Médecins propose ainsi la création « d'un observatoire national des technologies d'intelligence artificielle et robotique en santé qui recense leurs résultats et l'évolution des usages » afin d'orienter les travaux à réaliser en matière de recommandations en « droit souple » : recommandations n°29 et 31 du rapport intitulé « [Médecins et patients dans le monde des données, des algorithmes et de l'IA](#) », janvier 2018.

17 - On peut ici rappeler qu'en vertu des trois célèbres lois de la robotique formulées par l'écrivain Isaac Asimov en 1942, le système intelligent ne devrait pas causer de dommage à l'homme. Cet auteur a en effet affirmé 1° : qu'un robot ne doit pas porter atteinte à un être humain ; 2° qu'il doit obéir aux ordres donnés par l'humain et 3° qu'il doit protéger son existence tant que sa protection n'entre pas en conflit avec les deux premières lois.

18 - Not. contre : G. Loiseau et M. Bourgeois, Du robot en droit à un droit des robots, JCP G 2014, 1231 ; A. Bensamoun et G. Loiseau, L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ?, D. 2017, p. 581 ; Not. En faveur d'une telle reconnaissance : A. Bensoussan et J. Bensoussan, Droits des robots, Ed. Larcier, 2^{ème} Ed. 2019.

européen avait préconisé une telle reconnaissance¹⁹. Cette proposition qui n'a été partagée ni par le Comité économique et social européen²⁰, ni dans le rapport stratégie France IA²¹, ni dans le rapport Villani²², semble aujourd'hui heureusement abandonnée, les différents acteurs préférant une approche « *human in command* ».

La voie de la reconnaissance de la personnalité juridique du robot serait en effet de nature à poser plus de questions qu'elle n'apporterait de solutions. Elle conduirait tout d'abord à s'interroger sur la délicate question de savoir à partir de quand le robot serait susceptible d'acquérir cette personnalité juridique, celle-ci étant réservée selon la proposition aux « seuls robots doués d'une intelligence artificielle forte ». L'octroi de cette personnalité serait donc trop largement emprunte de casuistique et donc source d'insécurité juridique.

Par ailleurs, cette solution ne ferait que déplacer les difficultés d'engagement des responsabilités sans vraiment les régler. La reconnaissance de la personnalité juridique du robot étant évidemment une fiction juridique son effectivité ne pourrait en effet que reposer sur la souscription d'une assurance de responsabilité civile. Mais resterait alors intacte la question de savoir qui devrait être tenu de souscrire cette assurance. On ne voit dès lors pas la plus value de cette théorie par rapport au questionnement traditionnel relatif à la personne tenue de répondre des dommages causés par l'IA.

Le fait que l'IA forte soit demain en mesure d'acquérir une certaine marge d'autonomie vis à vis de son créateur ne semble pas non plus de nature à justifier la reconnaissance d'une telle personnalité juridique. On peut ici faire un parallèle, peut-être excessif, avec la responsabilité des parents du fait de leurs enfants. Ces derniers sont en effet aussi bien responsables d'un bambin complètement dépendant d'eux que d'un grand adolescent mineur évoluant, de manière autonome, en dehors de leur surveillance.

La reconnaissance de la personnalité juridique des robots supposerait par ailleurs de créer une nouvelle catégorie juridique entre les hommes et les biens. On a certes pu reconnaître certaines spécificités à l'animal, désormais considéré comme un être vivant doué de sensibilité²³, mais sans que cela n'ait pour autant conduit ni à leur conférer la personnalité juridique ni à réformer les règles de responsabilité.

Cette voie d'une personnalisation des robots risque dès lors de générer d'importantes perturbations tant éthiques que juridiques sans pour autant apporter une réponse aux

19 - Résolution du 16 février 2017. Le texte proposait ainsi « qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques dotées de droits et de devoirs bien précis y compris celui de réparer tout dommage causé à un tiers ».

20 - Avis du CESE du 31 mai 2017.

21 - [Rapport remis le 21 mars 2017](#).

22 - Ref. préc.

23 - Article 515-14 du Code civil.

problèmes de réparation des dommages causés par ces systèmes intelligents. Pour toutes ces raisons, il semble donc préférable de s'en tenir à la stricte responsabilité pour faute applicable en matière médicale.

Il importe en effet que le médecin ne se « cache » pas derrière le processus décisionnel de l'IA mais qu'il doive au contraire continuer d'assumer ses choix et ses responsabilités, même assisté d'une IA. Il doit conserver son analyse critique et ne pas se transformer en un simple bureau d'enregistrement de la recommandation donnée par la machine. Ce vœu est d'ailleurs partagé par le Conseil national de l'ordre des médecins dans son dernier rapport consacré à l'évolution de la profession confrontée à ces nouvelles technologies²⁴. Admettre le contraire serait d'ailleurs de nature à dévaloriser le professionnel de santé qui verrait alors sa fonction évoluer vers une mission d'exécution des décisions prises par l'IA, comme une infirmière amenée à suivre les prescriptions du médecin²⁵.

Afin d'inciter les médecins à conserver leur vigilance, il serait peut-être souhaitable de rappeler, dans le cadre de la prochaine loi de bioéthique, une disposition qui indiquerait que « quels que soient les moyens numériques ou informatiques utilisés, le professionnel de santé doit rester maître de sa décision médicale et l'assumer »²⁶.

Malgré ce souhait d'un maintien d'une responsabilisation du soignant, on ne peut néanmoins pas nier que le développement de la performance des systèmes intelligents risque à terme d'inhiber les médecins qui pourraient perdre confiance en leur jugement. Il est vrai que la supériorité de la machine, notamment en matière de dépistage ou de lecture d'imageries médicales, est désormais reconnue celle-ci se basant sur des milliers de cas cliniques alors que le médecin ne peut se fonder que sur son expérience personnelle. Cette évolution ne risque-t-elle pas dès lors d'empêcher le médecin de contredire l'analyse de la machine ? Ce dernier pourrait en effet craindre que sa responsabilité soit systématiquement engagée toutes les fois où il aura eu le courage et la conviction de suivre son jugement personnel et qu'il se serait finalement trompé. L'on peut espérer que les magistrats sauront faire preuve de nuances pour préserver la liberté de manœuvre du praticien. Afin de faciliter l'analyse des juges et des experts, il faudrait cependant mettre en place un process exigeant que le médecin motive dans le dossier médical les raisons qui l'ont incité à s'écarter de la conclusion proposée par l'IA.

Le médecin doit donc s'efforcer de conserver un jugement actif face à l'IA, le système intelligent devant rester un outil d'assistance de l'Humain.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier que la réglementation sur

la protection des données renforce cette exigence selon laquelle la machine doit toujours fonctionner sous le contrôle décisionnel d'un individu. Le RGPD règlemente désormais les opérations de profilage que l'on peut définir comme le fait de faire l'objet d'une décision individuelle automatisée qui affecte de manière significative²⁷. Si ces opérations sont normalement interdites s'agissant des données de santé, elles sont heureusement autorisées si la personne concernée y consent ou que le traitement peut être considéré comme présentant un intérêt public. Ces deux exceptions devraient largement permettre le recours aux IA en santé qui ont justement pour objet d'apprécier le profil d'un patient afin d'en tirer des conclusions médicales (choix d'un traitement, décision d'intervention ou modalités de celle-ci)²⁸. La réglementation européenne entend cependant protéger la personne confrontée à ces opérations de profilage en lui reconnaissant un droit spécifique d'information et la possibilité de s'y opposer. Surtout, et c'est ce qui nous intéresse ici, la personne concernée peut alors prétendre à une intervention humaine.

En conclusion, il importe donc de ne pas laisser une IA décider seule, celle-ci devant toujours être suivie et surveillée par son utilisateur qui, en tant que soignant, doit assumer les choix médicaux réalisés.

On peut finir sur la question du maintien de la responsabilité personnelle du professionnel de santé en étendant le sujet au cas où le soignant n'est pas utilisateur d'une IA mais prescripteur en tant qu'il recommande l'usage d'applications mobiles à ses patients. L'avenir devrait en effet conduire à ce que de plus en plus de pathologies, s'agissant surtout des maladies chroniques, soient suivies au moyen de ces objets connectés amenés à se perfectionner grâce à l'intelligence artificielle. Le professionnel de santé pourrait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de son obligation de conseil en cas de dommage résultant d'une application défectueuse. Il serait néanmoins rigoureux d'exiger du médecin qu'il se tienne au fait du développement de tous ces dispositifs et de leur détail de fonctionnement. Il s'avèrerait donc souhaitable d'organiser une labellisation des applications en santé afin d'aider le prescripteur à faire le tri entre les différentes solutions proposées, cette entité pouvant d'ailleurs voir sa responsabilité engagée en cas de mauvaise recommandation. Le médecin pourrait conserver la possibilité de s'écarter de ces recommandations mais devrait alors personnellement assumer les conséquences de ce choix vis à vis de son patient.

De manière générale, Il faudrait par ailleurs veiller à une meilleure formation, initiale et continue, des soignants sur ces outils connectés.

Il importera également de travailler à la sécurisation des outils proposant des dispositifs d'alerte en cas de

24 - Rapport préc. du Cnom.

25 - Lire dans le sens d'une dégradation du rôle des professionnels de santé : l'ouvrage de L. Alexandre, ref. préc.

26 - Proposition exprimée lors d'une audition par le groupe du Comité consultatif national d'éthique consacré à l'IA et la robotisation en santé. Rapport de synthèse du CCNE.

27 - Article 10 de la loi informatique et libertés et article 22 du RGPD.

28 - On note que le considérant 71 du RGPD indique que ces opérations de profilage « ne devraient pas concerner un enfant ». Il faut espérer que cette recommandation puisse être ignorée s'agissant de l'enfant patient.

problèmes identifiés par l'appareil connecté. On ne peut en effet exiger du médecin qu'il soit, à toute heure et à tout moment, connecté et réactif en cas d'alarme déclenchée par l'application. Peut-être serait-il judicieux de mettre en place des plateformes de gestion des alertes avec des systèmes de garde de médecins sur le modèle du système de régulation du SAMU.

Sous les quelques aménagements suggérés, les différentes hypothèses envisagées plaident donc en faveur du maintien de la responsabilité personnelle de l'utilisateur de l'IA. Ce choix pourrait certes conduire à aggraver la responsabilité des professionnels de santé et donc à augmenter le coût de leur assurance déjà très élevé dans certaines spécialités. Cette crainte doit cependant être relativisée car l'utilisation de l'IA devrait, au contraire, être de nature à réduire les erreurs d'analyse médicale et donc les possibilités d'engagement de la responsabilité des soignants. L'IA peut apparaître à ce titre comme une chance dans un contexte toujours difficile d'assurabilité du risque médical.

Il faudra d'ailleurs veiller à une parfaite couverture assurancielle des protagonistes de l'essor de l'IA. On regrette en effet que la loi du 19 mai 1998²⁹ sur les produits défectueux n'ait pas été l'occasion d'imposer la souscription d'une assurance de responsabilité civile à tous les producteurs. Ce défaut a heureusement été en partie corrigé par la loi Kouchner du 4 mars 2002³⁰, l'article L. 1142-2 du code de la santé publique imposant à tous « les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé » d'assurer le risque d'engagement de leur responsabilité. Dès lors, dans le cadre des soins, les patients devraient toujours être en mesure de bénéficier d'une couverture assurantielle. Afin cependant d'éviter les trous de garanties, il serait utile de légiférer sur le sujet en exigeant que tout développeur ou concepteur d'un dispositif intelligent ayant recours à l'IA soit tenu de souscrire une assurance de responsabilité civile.

Si les différents arguments évoqués plaident en faveur du maintien de la responsabilité personnelle des utilisateurs d'IA, cette conviction peut cependant être interrogée face à l'aspect collectif des pratiques qui se développeront dans un contexte de généralisation de l'IA en santé.

B. Usage collectif de l'IA et impact sur les responsabilités

La question est ici de savoir si l'usage collectif qu'impliquera probablement le recours à l'IA en santé imposera d'évoluer vers des responsabilités de nature plus collective ou s'il restera malgré tout possible de s'en tenir au principe de la responsabilité personnelle des utilisateurs ?

L'essor des systèmes intelligents dans le domaine de la santé devrait impliquer des mutations profondes des

29 - [Loi n°98-389 du 19 mai 1998](#) relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

30 - [Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002](#) relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

différents métiers intervenant dans la prise en charge des patients. De plus en plus d'informaticiens pourraient ainsi être intégrés dans le fonctionnement des établissements de santé. Les métiers des auxiliaires médicaux seraient également amenés à évoluer avec le développement de nouvelles compétences qui pourront notamment être reconnues grâce à la création par la loi Touraine³¹ de « l'exercice en pratique avancée »³². On pourrait par exemple imaginer le développement d'infirmiers/ingénieurs informatiques. Le recours à l'IA devrait aussi imposer une association entre professionnels de santé et d'autres acteurs dont nous peinons encore à cerner les profils.

Ces évolutions ne devraient cependant pas conduire à remettre en cause le principe d'une responsabilité personnelle du professionnel de santé. La jurisprudence reste d'ailleurs très attachée à cette personnalisation de la condamnation civile³³. Si l'on fait un parallèle avec les règles applicables en matière de fin de vie on peut également affirmer qu'il en est de même du législateur. On rappelle en effet que si la décision de recourir à une sédation profonde suppose le respect d'une procédure collégiale, la décision finale doit être prise par un seul médecin devant en assumer les conséquences³⁴.

La jurisprudence parvient d'ailleurs déjà à organiser la répartition des responsabilités lorsque qu'un médecin est assisté de personnels infirmiers pour les besoins d'une intervention. Si l'opération intervient dans le cadre d'un établissement public et que chacun des protagonistes peut être considéré comme « salarié » de l'établissement, le dommage est pris en charge par l'hôpital, les différentes fautes commises devant alors assimilées à des fautes de service.

La logique s'avère plus complexe lorsque le chirurgien intervient cette fois à titre libéral, un tel exercice étant fréquent dans un établissement privé à but lucratif et également susceptible de se rencontrer lorsqu'un praticien hospitalier est autorisé à recevoir une patientèle privée au sein d'un hôpital public. Dans ces cas, la jurisprudence distingue selon la nature de l'acte dommageable : lorsque la faute est commise par une infirmière qui agit de manière parfaitement autonome et dans le champ de ses compétences propres, celle-ci reste sous la responsabilité de l'établissement de santé qui la salarie, la clinique devant alors seule répondre du dommage. Par contre, lorsque l'infirmière

31 - [Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016](#) de modernisation de notre système de santé.

32 - Art. L. 4301-1, I du code de la santé publique.

33 - Par ex : Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2013, n° 12-21. 338 « lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement du patient, (ils ont) l'obligation pour chacun d'eux d'assurer un suivi de leurs prescriptions afin d'assumer (leur) responsabilité personnelle au regard de (leurs) compétences » ; Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n° 13-14288 « un médecin tenu...d'exercer sa profession en toute indépendance, ne saurait être lié par le diagnostic établi antérieurement par un confrère, mais doit apprécier, personnellement et sous sa responsabilité, le résultat des examens et investigations pratiqués ».

34 - Articles L. 1110-5-1, L. 1111-4 et R. 4127-37-2 du Code de la santé publique.

agit sur prescription du médecin et réalise un acte lourd qui dépasse le champ de ses compétences propres, il y a alors un transfert du lien de préposition qui conduit le médecin à devoir assumer les conséquences de l'acte dommageable.

Une telle répartition des responsabilités pourrait être utilement invoquée en cas de dommages causés à l'occasion de l'utilisation d'une IA. Ainsi, soit le paramétrage ou l'usage de l'IA relève de la compétence de l'infirmière et alors l'établissement devrait répondre des préjudices subis, soit l'IA est utilisée par l'infirmière, ou tout autre assistant, sous les ordres du médecin, et ce dernier serait alors tenu de répondre de la faute commise. L'introduction d'une IA dans un contexte collectif de soins ne semble donc pas empêcher l'application des solutions du droit positif.

Cette première partie a permis de démontrer que la responsabilité de l'utilisateur de l'IA doit rester personnelle et que le recours à ces nouvelles technologies n'était pas fondamentalement de nature à bouleverser les règles de responsabilité actuellement applicables. Des différences de régimes de responsabilité se rencontrent cependant, ceux-ci variant selon le contexte d'utilisation de l'IA.

Partie II : Variabilité des régimes de responsabilité selon les circonstances de survenance des dommages faisant intervenir une IA

En fonction des contextes d'intervention des préjudices différents régimes de responsabilité peuvent être mis en œuvre. Une première sous-partie proposera un inventaire des cas de figure susceptibles de se rencontrer (A) tandis que la deuxième sera consacrée à l'hypothèse où le dommage est causé par un défaut du système intelligent (B).

A. Inventaire des logiques de responsabilité invocables

Conformément au principe inscrit dans la loi Kouchner en matière de responsabilité médicale, il sera majoritairement fait usage d'une logique de responsabilité pour faute.

Première hypothèse : le médecin utilise mal le système intelligent, par exemple en faisant une erreur de programmation. Dans ce cas, le dommage étant causé à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, la loi Kouchner imposera de recourir à une classique responsabilité pour faute. Il n'y a pas de raison en effet que la logique de responsabilité soit différente lorsque le médecin utilise un système intelligent plutôt qu'un bistouri électrique. L'actuel usage des 80 robots-chirurgiens qui officient déjà dans les établissements de santé français et les 300 que l'on dénombre dans le monde³⁵ n'ont d'ailleurs pas conduit à la modification des principes de responsabilité applicable.

Deuxième hypothèse : le robot ou l'IA ont causé un

dommage à un patient suite à un défaut de maintenance, par exemple du fait d'une absence d'actualisation d'un logiciel IA ayant conduit à une analyse médicale erronée ou dépassée. Dans ce cas, le dommage devra logiquement incomber à l'établissement de santé ou au praticien utilisateur ayant la charge de la maintenance sur la base, là encore, d'une classique responsabilité pour faute, un acte de prévention, de diagnostic ou de soins étant à nouveau en cause.

Troisième hypothèse : on se projette en imaginant un robot qui opère seul mais qui, on l'espère, restera sous une surveillance humaine plus ou moins indirecte. On imagine alors qu'il soit confronté à un problème quelconque et qu'il déclenche un dispositif d'alerte. Le contentieux sera alors réglé en tranchant la question de savoir si la réaction de l'équipe soignante aura été satisfaisante ou non. La responsabilité du médecin ou de l'établissement pourra ainsi être engagée en cas d'identification d'un défaut de réactivité et donc, classiquement, sur la base de la recherche de la commission d'une faute.

On constate dans ces différents cas de figure qu'il n'ait pas besoin de créer un nouveau régime de responsabilité pour répondre aux besoins d'indemnisation des dommages causés à l'occasion du recours à l'IA en santé. S'agissant d'un dommage intervenu dans le cadre d'une prise en charge médicale, il sera en effet fait usage du régime de la responsabilité pour faute de la loi Kouchner.

Le développement des IA en santé proposera peut-être un autre cas de figure dont la solution n'est pour l'heure pas aisée à envisager du fait des difficultés d'appréhension des évolutions de ces systèmes intelligents. Il y a en effet de fortes chances que les IA de demain soient en mesure d'autoriser une démarche de reprogrammation du système par l'utilisateur afin de lui permettre de l'adapter à l'évolution de ses besoins. Cette situation risque de conduire à de délicats débats d'experts afin de définir qui du concepteur ou de l'utilisateur devra répondre des dommages causés par l'IA dans de telles circonstances. Des clefs de répartition des responsabilités devront être définies mais qui relèvent plus ici de la compétence de l'informaticien que du juriste.

Si les différentes hypothèses envisagées s'agissant d'une utilisation de l'IA dans le domaine de la santé impliquent largement le recours à la responsabilité pour faute, les solutions dégagées seront par contre différentes si le dommage est dû à la défectuosité du système intelligent.

B. Régimes de responsabilité applicables en cas de dommages causés par le défaut d'une IA

Les préjudices peuvent ici être dus à un défaut de diagnostic résultant d'un bug du système intelligent, notamment lié à l'effet boîte noire ³⁶de l'IA, ou à l'intégration de données erronées de nature à fausser l'analyse. Les dommages sont

35 - Chiffre proposé dans le rapport précité du Cnom.

36 - Ce concept renvoie à l'idée que nous ne sommes plus toujours en mesure d'expliquer par quel raisonnement le système intelligent est arrivé à la conclusion qu'il propose.

également susceptibles d'être plus directement causés par un robot médical défaillant.

Il apparaît envisageable de retenir la responsabilité **finale** du fabricant de l'IA. Cette affirmation suppose néanmoins de vérifier que l'IA est bien susceptible d'entrer dans le champ d'application de la loi du 19 mai 1998³⁷ sur les produits défectueux **(1)**, de prévoir une limitation des possibilités d'exonération **(2)** et de préciser la proposition de reconnaissance d'une responsabilité « finale » **(3)**.

1° Invocation de la loi sur les produits défectueux

En tant que texte spécial, cette loi semble devoir s'imposer lorsque le dommage est dû à un défaut de l'IA. Mais encore faut-il vérifier que ces systèmes intelligents entrent bien dans le champ de ce texte, normalement applicable aux « biens meubles »³⁸.

L'IA devant être considérée comme une chose incorporelle on peut a priori en douter. Si l'application du texte ne pose pas de difficulté lorsque le système intelligent est intégré dans un robot qui entre sans problème dans la qualification juridique des biens meubles, les choses sont en effet plus délicates pour les IA dépourvues de corporéité.

Mais l'on peut alors utilement invoquer la solution retenue pour les logiciels dont on a considéré qu'ils entraient bien dans le champ d'application de la loi sur les produits défectueux. En effet, dès 1988, la Commission des communautés européennes a clairement indiqué que « *la directive s'applique aux logiciels, comme elle s'applique d'ailleurs aux produits artisanaux et artistiques* »³⁹. Cette position a ensuite été confirmée en 1998, par une réponse ministérielle dans laquelle il est affirmé que « la loi de 1998 à vocation à englober l'intégralité de la catégorie juridique des meubles, à laquelle appartient les logiciels »⁴⁰.

Si l'applicabilité de la loi sur les produits défectueux a donc été admise aux logiciels, on ne voit pas pourquoi elle serait refusée pour les IA. Une telle affirmation formulée par les Hautes juridictions suffirait ainsi à régler la question.

On rappellera également qu'en vertu de l'article 1245-2 du code civil, les dommages causés par l'électricité, chose pourtant incorporelle, entre dans le champ d'application de la loi.

Une difficulté de mise en œuvre de ce texte résulte cependant des facultés d'exonération offertes au défendeur.

2° Le besoin de limitation des facultés d'exonération

On s'inquiète particulièrement ici de la possibilité d'exonération pour risque de développement qui permet au producteur d'échapper à sa responsabilité, malgré le

constat du défaut de son produit, s'il parvient à établir que l'état des connaissances techniques au moment de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler le défaut⁴¹.

L'invocation par le producteur du fait que « le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement » est également de nature à inquiéter⁴².

Ces modalités d'exonération s'avèrent particulièrement problématiques s'agissant des IA dites fortes car, comme indiqué dans l'introduction, elles seront susceptibles d'évoluer en prenant une certaine autonomie vis à vis de leur concepteur et pourront dès lors proposer des fonctionnalités qui n'auront pu être testées lors de leur création. A ce titre, l'invocation d'une impossibilité de déceler le défaut à l'époque de la mise en circulation ou de l'apparition de celui-ci après la commercialisation risque d'être trop aisément invocable.

Une réponse jurisprudentielle pourrait être en mesure de régler cette difficulté. Les juges devraient en effet pouvoir considérer qu'une telle faculté d'exonération serait un non-sens s'agissant des IA apprenantes qui, par nature, sont amenées à évoluer après leur mise en circulation.

On notera d'ailleurs dans ce sens, que le projet de réforme de la responsabilité civile, porté par Jean-Jacques Urvoas, envisage d'écarter toute faculté d'exonération pour risque de développement en matière de produits de santé⁴³. Et on ajoute que, dans une décision du 7 décembre 2017⁴⁴, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que les logiciels d'aide à la prescription médicale devaient être considérés comme des dispositifs médicaux, et donc des produits de santé au sens du Code de la santé publique⁴⁵. Le rapprochement de ces deux solutions devrait ainsi permettre de réduire les facultés d'exonération de bon nombre de concepteurs d'IA.

On peut enfin imaginer que le défendeur tente d'échapper à sa responsabilité en invoquant celle d'un autre acteur de la chaîne de fabrication et de commercialisation de l'IA. La conception de ces systèmes intelligents s'avère en effet complexe car elle fait appel à des concepteurs, des programmeurs et des développeurs. La question de la détermination des responsabilités risque à ce titre de soulever d'importants débats d'experts. Mais il apparaît essentiel de faciliter le processus indemnitaire des potentielles victimes en considérant que la responsabilité de ces différents acteurs puisse être engagée de manière solidaire. Ce choix semble d'ailleurs dicté par le fait que le législateur a lui-même prévu que « En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante

37 - [Loi n°98-389 du 19 mai 1998](#) relative à la responsabilité du fait des produits défectueux intégrée aux articles 1245 et s. du code civil.

38 - Sur la question : Ph. Letourneau, *contrat informatique et électronique*, Dalloz coll. Référence, 9ème éd. n° 212.

39 - JOCE 8 mai 1989.

40 - Réponse ministérielle 15 juin 1998, n° 15677 JOAN Questions, 24 aout 1998, p. 4728.

41 - Art. 1245-10 4° du code civil.

42 - Art. 1245-10 2° du code civil.

43 - Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017. [Art. 1298-1](#).

44 - Affaire C-329/16.

45 - Art. L. 5311-1 du CSP.

et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables »⁴⁶. Libre ensuite au *solvens* actionné par la victime de tenter de faire prendre en charge une partie de la dette d'indemnisation par les co-responsables.

Il importe en tout cas de mettre la victime à l'abri de ces débats d'experts en lui facilitant l'octroi d'une indemnisation. C'est d'ailleurs à ce titre qu'est proposée la mise en place d'une responsabilité dite « finale » du producteur de l'IA défectueuse.

3. La reconnaissance d'une responsabilité « finale » du producteur de l'IA

L'idée consiste à permettre aux victimes de dommages causés par le défaut d'une IA d'agir en première intention contre l'établissement ou le professionnel de santé utilisateur, à charge pour ces acteurs de se retourner ensuite contre le fabricant de l'IA. Une telle solution s'avère particulièrement indispensable lorsque, comme cela sera souvent le cas, le producteur ou l'importateur du système intelligent est étranger.

Cette solution serait indiscutablement de nature à favoriser le patient victime mais celui-ci doit néanmoins conserver la possibilité d'une action exercée directement contre le fabricant, le choix du défendeur devant donc lui être laissé.

Cette proposition d'action en première intention contre l'utilisateur de l'IA serait aisée à intégrer car elle est déjà en partie admise par les juges. En effet, depuis une décision de 2011⁴⁷, la Cour de justice de l'Union européenne considère que l'utilisateur n'est pas responsable sur le fondement de la directive relative aux produits défectueux⁴⁸ mais que l'engagement de sa responsabilité reste possible sur le fondement des dispositions nationales de droit commun. En France, un tel renvoi ne conduit cependant pas aux mêmes solutions selon que sont saisies les juridictions administratives ou civiles.

Le Conseil d'État, faisant application de sa jurisprudence Marzouk⁴⁹, considère qu'un établissement utilisateur d'un matelas chauffant défectueux ayant brûlé un patient est tenu d'une responsabilité sans faute à l'égard de ce dernier⁵⁰.

La jurisprudence civile préfère, quant à elle, faire application d'une responsabilité pour faute. Telle est la solution dégagée à l'occasion d'un arrêt du 12 juillet 2012 s'agissant de l'utilisation d'une prothèse de testicule défectueuse⁵¹.

46 - Art. 1245-7 du code civil.

47 - CUEJ 21 déc. 2011, Aff. C-495/10, CHU Besançon / T. Duutruieux et CPAM du Jura.

48 - Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

49 - CE 9 juillet 2013, n° 220437.

50 - CE, 12 mars 2012, n° 327449.

51 - Cass, 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17510.

Il suffirait donc d'un alignement de la jurisprudence civile sur la jurisprudence administrative pour que les victimes bénéficient d'une prise en charge facilitée par sollicitation de leur interlocuteur le plus direct, ce dernier ayant ensuite la possibilité de recourir contre le fabricant du produit. Une telle évolution permettrait de mettre en place la solution évoquée d'une responsabilité finale du producteur de l'IA défectueuse.

On pourrait nous opposer le fait que ce changement jurisprudentiel risque d'alourdir la responsabilité des établissements de santé privés et renchérir le coût déjà élevé de leur assurance. Il sera en effet parfois difficile d'établir la défectuosité de l'IA ce qui privera l'établissement de tout recours. Mais ces difficultés sont justement de nature à convaincre de la nécessité d'offrir à la victime une action de première intention contre l'établissement de santé utilisateur. On fera par ailleurs remarquer que l'actuelle différence de régime entre les deux natures de responsabilité en cas d'utilisation d'un produit défectueux ne semble pas avoir engendré un surcoût d'assurabilité du risque des établissements de santé publics.

Conclusion

En résumé donc, soit l'IA cause un dommage du fait d'un défaut de conception et la loi sur les produits défectueux serait susceptible de s'appliquer, à titre subrogatoire, après une action en première intention contre l'utilisateur, sur la base d'une responsabilité sans faute, soit le dommage intervient en dehors de tout défaut, dans le cadre d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, et il devrait alors être fait application d'une responsabilité pour faute sur le fondement de la loi Kouchner.

Dans les cas probablement exceptionnels où le dommage serait causé par une IA en dehors de toute faute de son utilisateur et en l'absence de constat de défaut de cette dernière, la solidarité nationale pourrait être amenée à prendre le relais sous réserve que les seuils requis soient atteints⁵².

Une dernière hypothèse peut enfin être envisagée en cas de préjudices intervenus indépendamment de la survenue d'un défaut de l'IA et, cette fois, en dehors d'une prise en charge médicale. Dans ce cadre, il serait envisageable de recourir à la responsabilité du fait des choses qui suppose l'application d'une responsabilité sans faute. Tel pourrait être le cas s'agissant de dommages causés par des robots sociaux intervenant dans la prise en charge non médicale des personnes âgées dépendantes (exemple du phoque Paro). L'invocation de la distinction de la garde de la structure et de la garde de la chose pourrait ici permettre la distribution des responsabilités encourues.

Au regard des différents cas de figure envisagés, le droit positif, soutenu par de ponctuelles évolutions

52 - Art. L. 1142-1, II du code de la santé publique.

jurisprudentielles, semble donc en mesure de répondre aux besoins d'indemnisation des dommages susceptibles d'être causés par l'introduction des IA dans le domaine de la santé. Il faut en parallèle espérer que le secteur s'autorégule grâce à des outils relevant de la *soft law* et que des recommandations de la Cnil⁵³ ou d'autres autorités régulatrices, telle la Haute autorité de santé, soient adoptées.

L'adoption d'une législation spécifique à l'IA n'apparaît par contre pas souhaitable, une telle réglementation risquant de scléroser le développement de cette technique et de freiner ses perspectives notamment en matière de santé. Cette conclusion ne vaut cependant qu'en l'état actuel de développement des IA, la réflexion devant probablement être revue lorsque les IA dites fortes s'imposeront...

Lydia Morlet-Haidara

.....
53 - Rapport de la Cnil « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'IA », déc. 2017.

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Droit de la concurrence

La vigilance qu'imposent en des secteurs sensibles les politiques publiques est une donnée qui ne saurait être impunément méconnue par ceux auxquels elle s'adresse et dont il est à craindre qu'ils s'en affranchissent. A ce titre, des limites sont apportées à la liberté qui préside normalement à leurs activités. Un ensemble de mesures est ainsi appelé à être mis en œuvre en particulier pour garantir en toutes circonstances le bon exercice de la concurrence.

Comme la présente rubrique en atteste régulièrement, le spectre d'atteintes aux intérêts protégés par les textes en vigueur constitue une menace qui ne se dément guère. La nécessité d'une riposte efficace s'impose dès lors au gré de débordements prévus comme tels par les autorités ou instances compétentes. Certes, les espèces varient. Mais la riposte voulue par les pouvoirs publics continue à jouer dans toute sa cohérence. Ainsi, le droit de la concurrence persiste à assurer une double sauvegarde : celle de la liberté **(1)** et de la loyauté **(2)** de la concurrence.

1. Santé et liberté de la concurrence

L'ouverture des marchés, on le sait, est une priorité que sauvegardent à grande échelle les pouvoirs publics. L'exigence dont il est ici question est précisément conçue pour recouvrir un champ d'activités suffisamment large pour y inclure celui de la santé. Au nom de la liberté de la concurrence, sont dans cette optique énumérés certains comportements susceptibles de nuire à la qualité des échanges de produits ou services de soins à destination de la collectivité.

Les modalités d'intervention de ce droit varient selon des hypothèses distinctes. Dans une optique traditionnelle, on observera que l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles **(A)** et le contrôle de concentrations **(B)** rendent largement compte de l'actualité en la matière.

A. Santé et interdiction des pratiques anticoncurrentielles

Dans une logique où prédomine le souci de faire jouer pleinement la loi du libre jeu de l'offre et de la demande,

il est clairement interdit aux opérateurs du marché de recourir à des pratiques qui puissent l'entraver selon des schémas définis par les textes. Il revient alors aux autorités compétentes de se prononcer au cas par cas sur des stratégies qui n'échappent pas nécessairement à tout reproche.

L'hypothèse que l'on évoque ici attire une nouvelle fois l'attention au regard d'une double prohibition que pourraient méconnaître des laboratoires ou établissements de soins. Deux exemples récents suscitent l'intérêt en ce qu'ils concernent la prohibition des ententes anticoncurrentielles **(a)** et celle des abus de position dominante **(b)**.

a) Santé et prohibition des ententes anticoncurrentielles

La latitude dont disposent, comme les autres, les acteurs de santé ne se comprend en vérité qu'au regard d'initiatives rigoureusement conformes aux textes applicables. L'interdiction des ententes anticoncurrentielles recouvre à cet égard une large gamme de comportements qui conduit le cas échéant les entreprises du médicament à répondre de leurs choix.

Le sujet qu'il convient d'analyser dans ces lignes est à l'évidence sensible. Il concentre l'ensemble des efforts déployés par les pouvoirs publics pour mettre en place une « politique » du médicament tout à la fois responsable en termes de dépenses publiques et soucieuse des intérêts vitaux de la communauté des patients. Ce n'est certainement pas par hasard, comme en témoigne la présente publication, que se recoupent en la matière des disciplines et approches diverses... Il n'empêche que le droit de la concurrence y occupe une place singulière.

Son influence est double. Tout d'abord, on observera que l'incitation y joue un rôle essentiel. Encore très récemment, une nouvelle fois, l'Autorité de la concurrence s'est spontanément emparée du thème étudié au travers du lancement d'une consultation publique¹. Ensuite, on rappellera que la part du contentieux est loin d'être secondaire. En témoignent au cours de la période étudiée deux décisions importantes. L'une concerne les modalités des conditions générales de vente d'un médicament **(1°)**. L'autre se rapporte à l'existence d'une entente anticoncurrentielle constatée dans la distribution de médicaments vétérinaires **(2°)**.

1° De la portée des conditions générales de vente d'un médicament

Les pratiques de laboratoires pharmaceutiques sont, on le sait, placées sous haute surveillance. Il leur est interdit, comme à toute autre entité économique, d'enfreindre les

1 - Autorité de la concurrence, Santé/Ouverture d'une consultation publique Communiqué de presse du 18 octobre 2018 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

interdictions posées au titre de la sauvegarde de la liberté de la concurrence. Dans ce contexte, la menace d'entente anticoncurrentielle conduit les autorités compétentes à un examen minutieux des contrats qu'ils peuvent être amenés à conclure avec autrui.

Un arrêt du Tribunal de l'Union européenne rendu le 26 septembre 2018² traite sous un jour particulier du contenu d'un accord conclu entre GlaxoSmithKline SA et des grossistes établis en Espagne en relation d'affaires avec cette société. Était ici plus précisément en cause le contenu des conditions générales de vente par lesquelles s'opérait une distinction relative à la politique de prix prévue par le contrat. Selon la requérante (EAEPC), la stipulation de prix différents pour les médicaments destinés à la revente sur le marché national par rapport à ceux facturés pour l'exportation constituait une atteinte aux règles posées à l'article 101 TFUE, sans exemption ou justification possible. Le présent litige conduit en vérité le Tribunal à un examen détaillé de la décision antérieurement rendue par la Commission à un moment stratégique du procès³. On en retiendra essentiellement deux points.

Tout d'abord, le Tribunal estime dûment étayé le rejet antérieur du recours de la requérante pour des raisons de procédure (points 39 s.). Il en est ainsi plus précisément à un double point de vue. Les juges écartent en premier lieu les arguments tirés d'une prétendue violation des principes régissant les décisions de rejet des plaintes par la Commission (points 68 s.). Le Tribunal considère en particulier dans ce cadre que s'il incombe à la Commission de veiller à l'application des principes fixés à l'article 101 TFUE en instruisant les cas d'infraction présumée et en « proposant les moyens propres à y mettre fin », des éléments de la présente espèce fondaient la décision prise par la Commission. Non seulement l'application de l'accord avait été suspendue dès octobre 1998 par le Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal de la concurrence), mais la Commission a vérifié qu'il ne persistait plus d'effets du comportement de GSK en 1998 sur le marché et qu'il n'y avait pas non plus de risque que l'infraction se reproduise (point 84). Les magistrats rejettent en second lieu le grief tiré d'un défaut de motivation de la décision attaquée (points 89 s.).

Ensuite, le Tribunal valide la décision dont il était saisi au regard d'éléments aptes à dénier l'intérêt de l'Union européenne à la sanction des agissements litigieux reprochés à GSK SA. La question se posait également, et peut être surtout, de l'influence que pouvait avoir en l'espèce la cessation des pratiques imputées par la requérante à GSK. Sur ce point, l'arrêt étudié apporte également d'importants éléments de réponse. Il intègre en effet l'ensemble des paramètres à prendre en considération dans ce litige. Dans

un premier temps, par rapport au passé, c'est à dire la cessation du comportement critiqué par la requérante, le Tribunal estime que faute pour celle-ci d'avoir fourni « des indices concrets que le comportement avait subsisté après 1998 ou que GSK envisageait d'appliquer ces mesures de nouveau en Espagne », la Commission n'avait entaché la décision attaquée d'aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que le comportement de GSK avait effectivement cessé en 1998 » (points 108 s.). Dans un second temps, par rapport à l'avenir, le Tribunal statue en outre sur deux aspects décisifs. D'une part, au terme d'une analyse approfondie, le Tribunal écarte la thèse de la requérante selon laquelle le comportement de GSK aurait continué de générer des effets anticoncurrentiels « dans la mesure où elle n'a pas établi l'existence d'un lien causal entre le système brièvement mis en œuvre par GSK en 1998 et les prétendus « effets anticoncurrentiels » qui découleraient de pratiques actuellement par d'autres producteurs pharmaceutiques » (points 114 s.). D'autre part, le Tribunal développe une série d'arguments destinés à conforter la décision de la Commission de présumer que l'affaire qui fait l'objet de la plainte en cause pouvait être valablement portée devant les autorités nationales (points 123 s.). L'arrêt étudié contient à cet égard d'intéressantes précisions sur les possibilités de coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres.

Le spectre d'une entente anticoncurrentielle est en revanche établi dans une affaire dont l'Autorité de la concurrence a eu à connaître récemment.

2° De l'existence d'une entente anticoncurrentielle dans la distribution de médicaments vétérinaires

La liberté des échanges marchands instituée par les textes est à l'évidence mise à mal par des pratiques « souterraines » mises au point par des entreprises en vue de se soustraire au jeu normal de la concurrence. L'hypothèse alimente un contentieux qui, on le sait, recouvre toutes sortes d'activités y compris à connotation médicale ou pharmaceutique. Il convient à ce titre d'évoquer une décision de l'Autorité de la concurrence rendue le 26 juillet 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires⁴. Les faits dont l'Autorité s'est autosaisie sur la base d'un rapport d'enquête de la DGCRF⁵ donnent lieu à une analyse exhaustive des « torts » imputés aux différents acteurs du marché en cause et au prononcé d'une sanction déterminée dans le cadre d'une transaction en faveur des « coupables » qui n'ont pas contesté la réalité des choses.

La décision étudiée s'appuie sur des pratiques sans conteste prohibées par les dispositions de l'article L. 420-

2 - TUE, 26 septembre 2018 aff. T-574-14 European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAEPC) c. Commission européenne et GlaxoSmithKline SA

3 - Cf. sur ce point A. Ronzano, L'actu - concurrence n°37 du 1^{er} octobre 2018 à consulter sur le site www.lactuconcurrence.fr

4 - Autorité de la concurrence, Décision n°18-D-15 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

5 - Cf. Communiqué de presse du 26 juillet 2018

1 du code de commerce et du paragraphe premier de l'article 101 TFUE. Longuement détaillées par l'Autorité, elles s'inscrivent au moins dans une double perspective. Dans un premier temps, sont dénoncées des pratiques relatives au partage de clientèle opéré par les trois premiers acteurs du marché (points 157 s.). Dans un second temps, sont caractérisées des pratiques mises en œuvre lors d'un « épisode » particulièrement sensible. L'Autorité de la concurrence se réfère ici à la stratégie mise en place par l'ensemble des distributeurs de médicaments vétérinaires et leur organisme professionnel (la FMDV) pour tirer profit de la situation d'urgence sanitaire engendrée par la propagation rapide de la fièvre catarrhale ovine entre 2007 et 2010 (points 169 s.). Il leur est alors reproché « de s'être mis d'accord sur le niveau des coûts qu'ils allaient respectivement présenter à l'administration afin de maximiser le montant de l'indemnisation qui leur serait versée par l'État au titre des prestations logistiques déployées pour assurer la distribution des vaccins lors des trois campagnes de vaccination » et « d'avoir fixé en commun les prix facturés aux vétérinaires lors des deuxième et troisième campagnes de vaccination obligatoire ».

Ainsi stigmatisées dans leur nature et leur caractère, ces pratiques exposaient leurs auteurs à des sanctions que l'Autorité de la concurrence détaille le moment venu (points 197 s.). Elles tiennent plus précisément à une double préoccupation. Entre tout d'abord logiquement en considération la gravité des pratiques en cause. L'Autorité rappelle à cet égard que « les pratiques consistant pour des entreprises concurrentes à s'entendre afin de coordonner leur prix ou leurs stratégies commerciales ainsi que de procéder à des répartitions de marché ou de clientèle sont considérées en droit national et européen comme les plus graves en raison de leurs répercussions sur le fonctionnement de la concurrence » (point 202). Il ne lui restait plus en quelque sorte qu'à mesurer la part de chacune des entreprises dans la réalisation du dommage à l'économie. Mais intervient également une certaine atténuation des sanctions effectivement prononcées en raison des effets de la procédure de transaction sollicitée par les entités en cause (points 147 s.). L'Autorité de la concurrence sanctionne ainsi à hauteur de 16 millions d'euros les distributeurs en gros de médicaments vétérinaires ainsi que leur organisme professionnel (la FDMV) auquel elle attribue une influence déterminante dans l'élaboration et l'organisation de l'infraction mise en œuvre dans le cadre de la crise sanitaire liée à la propagation de la FCO (fièvre catarrhale ovine) (point 211). Il n'est pas pour autant le plus lourdement mis à contribution.

Le grief de pratique anticoncurrentielle a également été retenu dans un autre contexte.

b) Santé et prohibition des abus de position dominante

L'activité d'établissements de soins doit être conforme aux règles de concurrence édictées en vue de l'ouverture des marchés. Il est toujours à craindre en ce domaine que des « entreprises » méconnaissent les interdictions

établies par les textes. Une décision récente de l'Autorité de la concurrence met précisément en lumière les dérives susceptibles de tomber en la matière sous le coup de la qualification d'abus de position dominante⁶. L'article L. 420-2 du code de commerce a ainsi pu être mis en œuvre à l'encontre d'une entité chargée de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse. Il lui a effectivement été reproché, compte tenu de sa situation de monopole (1°), de s'être livrée à des pratiques abusives (2°).

1° D'une situation de monopole

Le grief d'abus de position dominante a ici été retenu à l'égard d'une entreprise (Sanicorse) seule en charge de l'activité précédemment décrite. L'Autorité de la concurrence fait en vérité une stricte application des règles qui impliquent que soit au préalable dûment caractérisée sur un marché donné la position de l'entreprise en cause.

Sur le premier point, la définition du marché pertinent correspond aux critères mis en avant dans une précédente décision dont l'Autorité prend soin de rappeler les éléments essentiels (points 95 s.). Il en résulte que le marché pertinent peut être défini comme étant « le marché de l'élimination des DASRI, comprenant tant les prestations d'incinération que les prestations d'inertage » (point 103). Il est en outre précisé que « les établissements publics de santé étant des personnes morales de droit public, ils sont, à ce titre, tenus par les dispositions du PREDIS qui, conformément au principe de proximité, prévoient que les DASRI produits en Corse doivent être traités en Corse » (point 107).

Sur le second point, l'Autorité de la concurrence s'appuie sur des documents officiels qui attestent de l'existence d'un monopole de fait de la société Sanicorse depuis 1997. Elle précise qu'en outre « l'existence de fortes barrières à l'entrée sur le marché, liées notamment à l'importance des investissements rendus nécessaires à la fois par la nécessité de se conformer aux standards ICPE et par la mise en place d'un réseau logistique adapté au contexte d'insularité, rend difficile l'arrivée de nouveaux opérateurs » (point 116).

Au-delà de l'établissement d'une position dominante, l'Autorité de la concurrence s'attache à caractériser l'abus qui a pu en être fait en l'espèce.

2° De pratiques abusives

L'infraction susceptible d'être reprochée à l'entreprise poursuivie tient à une pluralité d'agissements qu'incriminent formellement les textes applicables. L'Autorité les énumère avec précision pour entrer en voie de condamnation.

Le grief d'abus de position dominante est tout d'abord établi au regard d'une politique de prix incompatible avec les règles établies en la matière. L'Autorité fait ainsi la part des choses. Sans doute, le principe est-il celui de la liberté

6 - Décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

de fixation des prix par les entreprises (point 117). Mais, en complément, sont appelées à jouer, tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne, des règles, qui énumèrent des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence s'en saisit ici avec, tout à la fois, précision et fermeté (points 119 s.). Elle expose en ces termes la « tonalité » de son intervention : « Si le rôle d'une autorité de concurrence est avant tout de protéger les conditions concurrentielles d'une libre fixation des prix par les acteurs du marché et non pas d'être un régulateur de prix et de leurs augmentations, il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, lorsqu'une entreprise en position dominante dispose, en l'absence d'une réglementation ou d'une régulation de ses tarifs, de la latitude suffisante pour imposer des conditions commerciales inéquitables au regard du contexte juridique et économique dans lequel elles sont mises en œuvre, elle puisse apprécier sa pratique tarifaire, et la sanctionner le cas échéant, au regard de la répression des abus de position dominante » (point 131). Elle fait dès lors application de ces principes au cas d'espèce pour se prononcer sur la nature et le caractère des augmentations tarifaires pratiquées par Sanicorse au détriment de différents établissements de soins liés à elle par contrat. A l'issue d'un inventaire détaillé des pièces du dossier, elle considère que cette entreprise en monopole sur le marché de l'élimination des DASRI en Corse, a augmenté ses tarifs de façon brutale, significative et persistante entre 2011 et 2015. « Ces augmentations tarifaires, appliquées en outre de manière hétérogène et erratique, sous la menace de résiliation de contrats ou l'abstention de soumission à des appels d'offres, n'ont pu être justifiées par aucun élément objectif tel que notamment une augmentation corrélée des coûts spécifique et significative » (point 208).

La réalité de la pratique anticoncurrentielle reprochée à Sanicorse expose celle-ci à une sanction calculée par l'Autorité sur la base d'éléments qu'elle s'emploie à chiffrer avec rigueur au regard de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie (points 224 s.). Le montant de la sanction pécuniaire est ainsi fixé à 199.000 euros. Le Communiqué de presse indique au demeurant qu'elle s'inscrit dans une pratique décisionnelle bien établie en matière de prix inéquitable et excessif⁷.

La liberté de la concurrence garantie par les textes se mesure ainsi à l'aune du respect de l'interdiction de pratiques anticoncurrentielles dans les formes qui viennent d'être évoquées. Le moins que l'on puisse dire est que tout est fait par les autorités compétentes pour faire « vivre » un dispositif édicté dans l'intérêt du plus grand nombre. Il en va de même dans une perspective complémentaire.

B. Santé et contrôle des opérations de concentration

La structure des marchés, on le sait, est clairement une donnée qui ne saurait laisser indifférents les pouvoirs publics. Elle est en effet le siège éventuel de démarches trop conquérantes pour que puisse bien s'opérer une concurrence effective. Pour cette raison, est appelé à jouer le cas échéant un contrôle des concentrations.

La « page » qu'il s'agit d'ouvrir ici, pour traditionnelle qu'elle soit, n'en est pas moins cette fois encore particulièrement remplie. Il se confirme ainsi que l'année 2018 est par exemple une année de fusions et d'acquisitions chez les géants de la pharmacie⁸. On en revient alors à l'examen des résultats d'une procédure par laquelle les autorités compétentes cherchent à s'assurer de la faisabilité d'opérations de concentration sans risque pour l'ouverture des marchés.

Les décisions de contrôle de la Commission de l'Union européenne (a) et de l'Autorité de la concurrence (b) apportent une contribution décisive en la matière.

a) Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

L'implantation des entreprises pour une activité donnée sur un marché dont elles ont pris possession est clairement soumise à des facteurs d'évolution plus ou moins sensibles. Il leur est alors imposé d'en tenir compte et d'opter le cas échéant pour de nouvelles stratégies. Le maillage du territoire est ainsi appelé à connaître de changements dotés d'incidences auxquelles les pouvoirs publics n'entendent pas rester indifférents.

Dans cette perspective, les opérations de concentration constituent une menace réelle pour l'équilibre des forces en présence. Il est en effet toujours à craindre que le jeu de la concurrence se restreigne au profit de grandes entités qui accaparent d'importantes parts de marché sans de véritables bienfaits pour la collectivité. A l'échelle de l'Union européenne, la Commission est ainsi appelée à intervenir pour veiller à la sauvegarde de la liberté de la concurrence dans une telle hypothèse. Son action repose en vérité sur des mécanismes qu'il peut être utile de mettre en lumière (1°), pour comprendre les décisions intervenues récemment dans le secteur de la santé (2°).

1° Mécanisme

Pas plus que dans les précédentes chroniques, il ne s'agit d'entrer dans le détail d'une procédure minutieusement décrite par les textes. L'étude serait rapidement fastidieuse et, pour tout dire, relativement éloignée des thèmes de pur droit de la concurrence appliqué à la santé. Seul l'un de ses aspects sera évoqué cette fois-ci au regard d'une initiative prise, il y a peu, par la Commission de l'Union européenne

7 - Communiqué de presse du 28 septembre 2018 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

8 - Cf cette rubrique [JDSAM_2018_n°20](#) p. 82 note 33 avec nos observations ; *adde* l'acquisition de Novartis à 2 milliards en oncologie Les Echos 18 octobre 2018

au titre d'une faculté qui lui est effectivement offerte par les textes.

On se réfère ici aux modalités de l'examen du projet de prise de contrôle exclusif du groupe Capio par Ramsay Générale de santé. Le 13 août dernier, la Commission a en effet décidé de renvoyer à l'Autorité de la concurrence l'examen de cette opération⁹. A l'initiative des parties, la Commission a considéré que l'Autorité française était la mieux placée pour étudier cette opération de concentration, « au regard notamment de son impact sur le marché national et de l'expérience de l'Autorité dans ce secteur. Il est en outre précisé que « l'Autorité sera attentive à ce que l'opération renvoyée n'affecte pas la concurrence, au détriment des patients, notamment en matière de qualité de l'offre de soins et de prix des prestations hospitalières dans les régions où l'activité se chevauche, en particulier dans les départements de la Haute Garonne et du Rhône ». L'Autorité nationale vient au demeurant de se prononcer en faveur de cette opération¹⁰.

En dehors de cette particularité de procédure, doivent être mentionnées différentes décisions intervenues dans le domaine de la santé au terme d'une analyse simplifiée.

2° Décisions

Comme il vient d'être dit, l'actualité en la matière est particulièrement fournie. La Commission de l'Union européenne a en effet approuvé un certain nombre d'opérations de concentration dans le domaine de la santé. Les domaines ainsi couverts sont les plus variés.

On évoquera en premier lieu l'approbation d'opération de concentrations liées à des activités de service à destination des patients. Entrent notamment dans ce cadre les décisions rendues au profit d'établissements d'assurances¹¹, de centres de soins¹², d'organismes de recherche et data processing¹³.

On mentionnera en deuxième lieu l'approbation d'opérations de concentration relatives à la manufacture ou la vente de produits de santé. Plusieurs décisions rendent compte de la dynamique de cette branche d'activités¹⁴.

L'importance de ces décisions ne saurait occulter la part

prise par l'Autorité de la concurrence en la matière.

b) Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

Les opérations de concentration représentent également une menace pour l'ouverture des marchés nationaux. Il revient ainsi également à l'Autorité de la concurrence de procéder à leur contrôle selon les dispositions en ce sens du code de commerce. Il convient ici de « suivre » le courant précédemment évoqué pour recenser les nombreux changements de structures récemment opérés sur le territoire national par des acteurs de santé.

L'Autorité de la concurrence a eu ainsi à connaître de concentrations liées en la matière à des prestations de services (1°) ou à la vente de produits (2°).

1° De concentrations liées à des prestations de service

Le contrôle que l'Autorité de la concurrence est en droit d'exercer recouvre, on le sait, un vaste ensemble d'activités. Il n'est dès lors guère surprenant qu'elle soit appelée à se prononcer sur des concentrations liées, en santé, à des prestations de services. L'expression utilisée ici englobe plus précisément différentes hypothèses.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence a approuvé, comme par le passé, une concentration dans laquelle les entreprises étaient présentes dans le secteur de la biologie médicale¹⁵.

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence a été appelée à examiner des opérations de concentration sur le marché de la prévoyance ou l'assurance de personnes. Elle les a approuvées comme n'étant pas de nature à porter atteinte à la concurrence¹⁶.

En troisième lieu, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision remarquée sur une prise de contrôle exclusif dans le secteur de l'offre de diagnostics et de soins en établissements de santé en France¹⁷. Sur renvoi de la Commission de l'Union européenne à l'initiative des parties, on s'en souvient¹⁸, l'Autorité a « notamment écarté en l'espace

9 - Cf. Communiqué de presse du 21 septembre 2018 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

10 - Décision 18-DCC-162 du 15 octobre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Capio par Ramsay Générale de santé à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr ; cf. également infra

11 - Affaire M.8931 Malakoff Médéric /Ilmarinen Communiqué de presse MEX/18/4282 du 25 juin 2018, JOUE C 230 du 2 août 2018 p.1

12 - Affaire M.9051 Sheares Healthcare/TPG Growth/AHH Communiqué de presse MEX/18/5141 du 23 août 2018, JOUE C 310 du 3 septembre 2018 p.1

13 - Affaire M. 8991 Alphabet/ResLed/JV Communiqué de presse MEX/18/5985, JOUE C 365 du 9 octobre 2018 p. 2

14 - Affaire M. 8922 Phoenix PIB Austria/Farmexim and Help F arma Communiqué de presse MEX/184282 du 25 juin 2018, JOUE C 223 du 27 juin 2018 p.5 ; Affaire M.8889 Teva/ PGT OTC Assets Communiqué de presse MEX/ 18/4343 du 2 octobre 2018, JOUE C 359 du 5 octobre 2018 p.1 ; Affaire M. 8956 Biogen/Samsung Biologics/Bioepis JV Communiqué de presse MEX/ 18/5742, JOUE C 345 du 27 septembre 2018 p.1

15 - Décision n° 18-DCC-167 du 16 octobre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Biopath, SMTbio et Polibio par le groupe Unilabs

16 - Décision n° 18-DCC-89 du 14 juin 2018 relative à la fusion de fait entre le groupes mutualistes AG2R La Mondiale et Matmut ; Décision 18-DCC 99 du 27 juin 2018 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice entre Macif Sam (groupe Macif) et Apreva Mutuelle (groupe Aesio) ; Décision n°18-DCC-118 du 18 juillet 2018 relative au rapprochement des groupes Malakoff Médéric et Humanis ; Décision n°18-DCC-147 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Egaréseaux par les groupes VYV et Malakoff Médéric ; Décision n°18-DCC-157 du 25 septembre relative au passage d'un contrôle exclusif par Malakoff Médéric à un contrôle conjoint avec La Poste de Nouvéal à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

17 - Décision n°18-DCC-162 du 15 octobre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Capio par Ramsay Générale de Santé à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

18 - Cf. supra ; comp. ante décision n° 17-DCC-95 du 23 juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Médipôle Partenaires par le groupe Elsan [JDSAM 2018 n°18](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) p. 87 avec nos observations

un double risque : celui d'un effet tarifaire défavorable sur les prestations annexes non médicales (supplément chambre individuelle, hébergement, téléphone etc.) et tout risque de dégradation de la qualité de l'offre de soins médicaux offerts aux patients »¹⁹.

D'autres décisions s'inscrivent dans un cadre distinct.

2° De concentrations liées à la vente de produits

Sans pouvoir en dire plus à l'heure où ces lignes sont écrites, on indiquera tout d'abord que sont en cours d'examen deux opérations. L'Autorité de la concurrence a en effet reçu le 5 octobre notification du projet de prise de contrôle exclusif par la société Carrefour France, filiale du Groupe Carrefour, de la société So.bio spécialisée dans la vente de produits biologiques²⁰. De même, l'Autorité a reçu notification le 15 octobre 2018, dans le secteur de la fabrication et de la distribution de remèdes à base de plantes, du projet de prise de contrôle exclusif d'Inula SA par Adrian²¹. Le sort réservé à ces opérations sera bien sûr examiné dans la prochaine livraison de cette rubrique.

On évoquera ensuite dans ce même domaine deux décisions rendues par l'Autorité de la concurrence. La première conclut au respect des engagements pris à l'occasion l'autorisation du rachat de la société Dolisos par la société Boiron dans le secteur de l'homéopathie²². Etait plus précisément en cause, comme l'indique le résumé de cette décision, « le respect du maintien de la qualité de l'offre de la nouvelle entité en ce qui concerne les médicaments en nom commun, c'est à dire les médicaments directement issus d'une souche homéopathique par dilution ». Il appartenait dès lors à l'Autorité de la concurrence de s'assurer de la régularité de l'opération au regard de l'ambiguïté d'un engagement pris en l'espèce par « l'acquéreur » (engagement n° 1). Après un examen minutieux des différentes interprétations susceptibles de lui être données et du contexte tant économique que juridique dans lequel il devait s'appliquer, l'Autorité décide de lui accorder un non-lieu. La seconde décision digne d'intérêt est celle dans laquelle l'Autorité approuve, dans les secteurs de la fourniture de solutions de modelage esthétique et de la fourniture de produits cosmétiques, la prise de contrôle exclusif de la société LPG Systems par The Carlyle Group²³.

La liberté de la concurrence est ainsi une priorité majeure à la sauvegarde de laquelle concourent de toute évidence des règles strictes, sans que puissent s'en écarter

19 - Cf. Communiqué de presse du 16 octobre 2018

20 - A consulter, Les opérations en cours d'examen sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

21 - A consulter, Les opérations en cours d'examen sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

22 - Décision n°18-D-08 relative au respect des engagements pris par à l'occasion du rachat de la société Dolisos par la société Boiron dans le secteur de l'homéopathie à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

23 - Décision n°18-DCC-141 du 16 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société LPG Systems par The Carlyle Group à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

valablement leurs destinataires. La mise en œuvre du droit de la concurrence, toutefois, ne s'arrête pas là.

2. Santé et loyauté de la concurrence

Les rapports de concurrence englobent dans les textes un ensemble de préoccupations auxquelles doivent se soumettre ses différents acteurs. S'il existe bien un droit spécial du marché, comme il vient d'être vu, il n'est pas exclusif d'un autre regard sur la qualité des relations nouées entre elles par les différentes parties prenantes. Un retour au droit commun de la responsabilité civile s'impose à cet égard en vue de la protection des concurrents eux-mêmes et des consommateurs. Il leur est en particulier imposé par là-même de respecter la loyauté qui doit présider aux échanges marchands. Au-delà du principe, il reste à en déterminer l'influence effective au regard de situations concrètes potentiellement nuisibles. Il revient alors aux tribunaux de départager les « belligérants » au cas par cas, en fonction d'abus dont ne manquent pas de se prévaloir les demandeurs.

Le grief de concurrence déloyale recouvre en vérité une gamme de comportements qui n'échappent pas nécessairement à tout reproche. L'hypothèse d'un dénigrement fautif alimente à cet égard un contentieux d'autant plus intéressant qu'il conduit à la recherche d'un subtil équilibre. En témoignent des espèces récentes dans lesquelles ont été développées de ce point de vue les modalités de protection des concurrents (A) et des consommateurs (B).

A. Loyauté de la concurrence et protection des concurrents

Le recours au droit commun de la responsabilité civile est par définition largement ouvert. Il autorise l'action de quiconque susceptible d'établir la faute dont il peut se prétendre victime. Les dispositions de l'article 1240 du code civil ont ainsi vocation à intervenir tant dans un cadre privé que dans les relations d'affaires. Le grief de concurrence déloyale constitue à cet égard, au premier chef, une mesure utile à la défense des intérêts des concurrents.

En l'absence d'illustrations données par les textes, il revient aux tribunaux de se prononcer sur l'existence ou non d'agissements illicites. Le dénigrement alimente en ce sens un contentieux mettant en cause notamment des acteurs de santé²⁴. Un arrêt récent de la Haute juridiction²⁵ livre un certain nombre d'enseignements en la matière au travers d'un principe (1°) dont il précise la portée (2°).

24 - Cf. notamment sur cette question J.P Gridel, Le dénigrement en droit des affaires : La mesure d'une libre critique JCP G 2017 doctr.543 ; C. Le Goffic, JCl. Concurrence consommation Fasc.210

25 - Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018 Dalloz actualité 26 septembre 2018 observations A . Hacene, D.2018 p .2010 Note C. Bigot, JCP E 2018 1447 , JCP G 2018 1042 note J. Raynaud.

a) Principe

L'exercice de la concurrence est certes placé sous l'égide d'un principe de liberté. Mais il n'autorise pas pour autant le recours à des stratégies qui puissent constituer un manque de probité à l'égard d'autrui. Il est ainsi demandé aux juges de se livrer à un exercice plutôt délicat lié à l'analyse des faits litigieux.

Comme en témoigne l'arrêt étudié, la difficulté majeure tient à la recherche d'une méthode qui puisse concilier des points de vue potentiellement antinomiques. En l'espèce, la Cour de cassation avait à se prononcer sur le caractère licite ou non de la publication par voie électronique d'un article et d'un bulletin d'information mettant en cause la commercialisation par un laboratoire pharmaceutique d'un médicament pour nourrissons. L'Uvesterol était alors présenté sur les différents supports comme « un complément empoisonné pour vos enfants », « un complément inquiétant pour vos enfants » ou « un poison pour vos enfants ». Dans ce contexte, les laboratoires Crinex s'estimaient fondés à agir en justice aux fins d'obtenir la suppression de l'article litigieux et des commentaires l'accompagnant, la cessation de la diffusion du bulletin d'information et la réparation de son préjudice. La Cour d'appel, comme le tribunal de commerce²⁶ avait fait droit à cette demande²⁷. La Haute juridiction adopte un point de vue inverse et censure sa décision aux vises de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1240 du code civil.

On retiendra de cet arrêt un double enseignement. Tout d'abord, il constitue un rappel utile des « vicissitudes » d'une critique trop appuyée des produits d'une entreprise tierce, « même en l'absence d'une concurrence directe et effective entre les personnes concernées ». Ensuite, il insiste sur la possibilité de tenir pour un dénigrement « la divulgation par l'une d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre ».

L'arrêt étudié va encore au-delà de cette première approche.

b) Portée du principe

Le raisonnement suivi par la Haute juridiction est en réalité plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord. D'une part, dans la forme, le visa de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est le signe de l'attraction qu'est appelée à jouer dans ce type de conflit l'attachement des magistrats à la liberté d'expression. D'autre part, dans le fond, s'agissant de propos tenus dans une matière sensible, « sujet d'intérêt général » portant en l'espèce « sur la santé publique », il va pour ainsi dire de soi qu'ils relèvent de convictions qui ne sauraient être indifféremment imputées à leur auteur ou,

à l'inverse, demeurer impunies. Le débat se déplace alors en quelque sorte vers l'examen du contenu d'un droit de critique aux contours multiples²⁸.

La possibilité d'intégrer aux règles de concurrence l'intérêt des consommateurs vient compléter dans une certaine mesure le dispositif qui vient d'être mis en lumière.

B. Loyauté de la concurrence et protection des consommateurs

Le rapprochement dont il est ici question peut, à première vue, surprendre. Il est vrai que l'exigence d'une concurrence loyale est appelée à jouer avant tout en faveur des « opérationnels » fondés à réagir contre certains excès. Mais il convient également d'observer que la qualité intrinsèque des stratégies marchandes joue de surcroît en faveur des consommateurs. Il est clair en effet qu'ils ont tout à gagner de pratiques marchandes exemptes de vices. La ligne de partage entre les comportements permis et ceux prohibés reste toutefois à établir.

Témoigne de cette difficulté une décision récente dans laquelle se posait la question de savoir si la mise au point et la divulgation d'un comparateur de devis d'opticiens relevaient ou non d'un dénigrement fautif²⁹.

L'ordonnance de référé rendue par le Tribunal écarte en réalité ce grief sur un double fondement : celui d'une règle de fond **(a)** et d'une règle de forme **(b)** qu'il convient de dégager dans ces lignes.

a) Règle de fond

Il est clair que la pratique de relevé de prix peut déplaire à ceux au détriment desquels elle s'opère. Elle est susceptible en effet de mettre en évidence des écarts qui n'ont parfois rien d'anodin. Dans ce contexte, est appelée à se poser la question de la licéité d'une telle pratique au regard des règles qui régissent le droit de la concurrence et, parmi elles, l'interdiction de la concurrence déloyale.

Dans l'espèce étudiée, le Tribunal de grande instance de Paris refuse, en référé, de faire droit à l'action intentée par le Rassemblement des opticiens de France en vue d'obtenir la suppression, à l'intérieur du site de l'organisme de défense des consommateurs UFC Que choisir, des devis comparateurs des prix d'opticiens. En d'autres termes, les juges de l'urgence estiment que l'outil d'évaluation en cause ne saurait constituer un trouble manifestement illicite. Il en est ainsi à l'issue, notamment, d'une analyse stricte des règles de concurrence. Point par point, en effet, le tribunal examine le devis litigieux pour conclure à l'absence de dénigrement.

On observera tout d'abord, d'un point de vue général, que l'ordonnance du 6 mars 2018 s'inscrit dans un courant

28 - Cf. sur ce point C. Bigot, note précitée

29 - Trib. gr. inst. Paris (réf) 6 mars 2018, Légipresse n°360 p.289 observations E. Andrieu ; le texte de l'ordonnance de référé peut être consulté sur le site Internet www.legalis.net

26 - Trib. comm. Paris, 30 mars 2015 n°2015006830

27 - Paris, 26 avril 2017 n°15/07604

plutôt favorable à la pratique du « relevé de prix » auquel ont volontiers recours les entreprises³⁰. Il s'agit en effet d'un « outil » potentiellement utile à l'information des consommateurs dans un secteur donné. D'ailleurs, il est à souligner ici que le comparateur n'émane pas d'un concurrent, mais d'une structure réputée pour son savoir-faire en matière d'information du public.

On relèvera ensuite, par rapport au cas d'espèce, l'abondance d'arguments développés par les juges en vue du rejet des prétentions du demandeur. La méthode employée ne prête guère à controverse. Pour conclure à l'absence de dénigrement, le tribunal passe en effet en revue l'ensemble des « rubriques » retenues à des fins d'analyse par l'UFC. Dans cette optique, tant les éléments du comparateur de prix que des articles s'y rapportant sont analysés, sans que le grief de dénigrement puisse être valablement retenu.

La règle de fond n'est pas la seule à avoir influencé la décision des juges.

b) Règle de forme

Dans la lignée de la contestation initiée par le demandeur, le débat portait également sur l'existence éventuelle d'une publicité trompeuse dont se serait rendue coupable l'UFC. Le tribunal rejette également cette prétention.

Sans doute, après avoir énuméré un certain nombre d'hypothèses sensibles, estime-t-il que les dispositions de l'article L.121-2 du code de la consommation contribuent effectivement à la protection des consommateurs. Mais, aussitôt, le tribunal écarte sur ce point les prétentions du demandeur en observant qu'il n'est pas dans la mission du Rassemblement des opticiens de France de s'en prévaloir. De ce point de vue encore, l'action tendant à retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, au sens des articles 808 et 809 du code de procédure civile, ne pouvait prospérer.

La défense des concurrents et des consommateurs ne peut en vérité s'accommoder de complaisance à l'égard des dispositions qui lui sont applicables....

Caroline Carreau

30 - Cf. notamment sur cette question E. Lamazerolles, Le droit de relever les prix chez un concurrent à la lumière de la jurisprudence JCP G 2010 1471 ; L.Grynbaum, Publicité et Internet RLC 2012 n°31 p.146

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences Po Paris, Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145

La faillite des assurances des médecins libéraux mise à la charge du fonds créé pour les protéger des « trous de garantie »

Les lecteurs de cette revue s'en souviennent peut-être¹, l'application combinée des lois des 4 mars et 30 décembre 2002, dites, respectivement, « Kouchner » et « About », avait fait naître des « trous » dans la couverture d'assurance des médecins du fait des risques d'expiration et d'épuisement des garanties. Ainsi, les praticiens libéraux qui avaient régulièrement payé leurs assurances « responsabilité civile professionnelle » (RCP) couraient désormais le risque de n'être pas couverts au-delà d'un certain délai ou d'un certain montant de garanties.

Le risque était particulièrement élevé pour les obstétriciens car, en cas d'accident lors d'un accouchement, les dommages-intérêts définitifs ne sont fixés qu'à la majorité de la victime et pour une durée très longue puisque l'espérance de vie des personnes handicapées s'allonge grâce aux progrès de la médecine. Compte tenu des sommes en jeu une dizaine de médecins étaient ainsi menacés de ruine par le seul effet des lois de 2002 et alors qu'ils avaient régulièrement payé leurs primes d'assurance RCP.

Il fallut attendre la loi de finances pour 2012 pour que fût créé un « fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral » (article L 426-1 du code des assurances). Financé par « une contribution forfaitaire annuelle à la charge des professionnels de santé » exerçant à titre libéral, ce fonds doit intervenir quand les garanties assurancielles commerciales sont expirées ou épuisées.

Mais la loi de finances a limité l'intervention de ce fonds aux cas des « accidents médicaux consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins faisant l'objet d'une réclamation, au sens de l'article L. 251-2 du code des

assurances, soit déposée à compter du 1^{er} janvier 2012 en cas d'expiration du délai de validité de la couverture du contrat d'assurance mentionné au même article L. 251-2, soit mettant en jeu un contrat d'assurance conclu, renouvelé ou modifié à compter du 1^{er} janvier 2012 »².

En pratique, cela signifie que le fonds ne peut pas intervenir dans certains cas, lorsqu'une plainte a été portée avant 2012. Ainsi, une dizaine de praticiens demeurent menacés de faillite parce qu'ils sont privés de la protection du fonds, alors même que celui-ci est financé exclusivement par les professionnels de santé libéraux...

Les pouvoirs publics persistent à refuser l'extension du champ d'intervention du fonds au motif qu'elle menacerait son équilibre financier. Mais cette assertion n'a jamais été démontrée : alors que la loi de finances pour 2012 prévoyait que le gouvernement devait présenter au Parlement, « avant le 31 décembre 2016 », le bilan définitif du dispositif créé par l'article L. 426-1 du code des assurances, les pouvoirs publics n'ont jamais publié un tel rapport.

L'attitude des pouvoirs publics est encore plus incompréhensible depuis l'entrée en application de l'ordonnance n° 2017-1609 du 27 novembre 2017.

En effet, l'article 15 de cette ordonnance charge le fonds, à partir du 1^{er} juillet 2018, « d'indemniser les bénéficiaires des contrats souscrits par les professionnels de santé exerçant à titre libéral conformément à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, en cas de retrait d'agrément des entreprises d'assurance opérant en France. » (paragraphe II de l'article L 426-1 C. ass.).

Cela signifie donc que le fonds, financé par les seuls praticiens de santé, devra désormais indemniser les victimes de dommages médicaux lorsque les pouvoirs publics auront retiré leur autorisation d'exercice aux assurances qui avaient encaissé les primes des praticiens libéraux pour les couvrir contre leurs risques RCP.

Et, alors qu'elle a mis à sa charge une éventuelle nouvelle dépense, l'ordonnance n'a pas prévu d'affecter au fonds une recette nouvelle. Les pouvoirs publics ne semblent plus se soucier du risque d'atteinte à l'équilibre financier du fonds...

En pratique, les praticiens libéraux seront donc mis deux fois à contribution : une fois par les primes qu'ils versent aux assurances ; une autre fois par leur contribution au fonds qui prendra en charge la faillite des assurances qui auront encaissé les primes avant de se voir retirer leur agrément par les pouvoirs publics.

Et une dizaine de médecins restent menacés de ruine

2 - NB : Cette précision capitale ne se trouve pas dans la [présentation par Legifrance de l'article L 426-1](#) du code des assurances. Il faut se référer aux [dispositions d'article 146 de la loi de finances](#).

1 - V. Rémi Pellet, « Le fonds de garantie des dommages médicaux », JDSAM, n°1, 2016, [en ligne](#).

parce que les pouvoirs publics leur refusent le bénéfice de l'intervention d'un fonds qui a été créé pour couvrir un risque juridique et financier que les lois de 2002 ont créé !

De surcroît, l'assurance maladie risque d'être la victime collatérale de la ruine de ces médecins. En effet, compte tenu des sommes en jeu, le patrimoine des praticiens condamnés ne pourra pas couvrir les sommes dépensées par la branche maladie de la Sécurité sociale pour la couverture des soins dispensés aux victimes des erreurs médicales. Ainsi, la limitation du champ d'intervention du Fonds financé par les professions de santé libérales aboutirait à augmenter les charges de l'assurance maladie qui, elle, est financée par la collectivité nationale (au moyen des cotisations sociales et de la CSG).

Rémi Pellet

Stéphane Brissy

Maitre de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

L'obligation de l'employeur de protéger la santé des salariés selon le rapport Lecocq.

Le rapport remis au Premier Ministre en août dernier par la députée Charlotte Lecocq, ainsi que Bruno Dupuis et Henri Forest, sur la santé au travail contient des propositions d'évolutions visant un « système simplifié pour une prévention renforcée » selon l'intitulé donné au rapport par ses auteurs. Parmi les seize recommandations formulées, certaines d'entre elles concernent directement l'obligation pour l'employeur de prendre les mesures nécessaires à la protection de la sécurité et de la santé physique et mentale des salariés affirmée par l'article L 4121-1 du Code du travail. Cette obligation, qui constitue le socle du droit de la santé au travail, est issue de la transposition de la directive européenne du 12 juin 1989 relative à la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail¹. L'assise communautaire de l'obligation de sécurité, rappelée par le rapport, empêche sa remise en cause mais certaines recommandations du rapport pourraient entailler la responsabilité de l'employeur dans la prévention des risques professionnels.

Partant du constat que les démarches de prévention des risques restent insuffisantes dans les entreprises françaises, les auteurs du rapport proposent de « *ne pas fonder l'incitation à la prévention sur la seule menace de la sanction* », de « *mener des actions de sensibilisation des dirigeants sur le lien santé au travail / performance de l'entreprise* » et de « *compléter les aides incitatives* » (recommandation n° 4). La philosophie plus incitative que coercitive imprimée au rapport est déjà clairement posée et la remise en question de l'obligation patronale de sécurité intervient assez rapidement. Selon le rapport, « *les employeurs sont encore souvent guidés par la contrainte administrative et le respect formel d'obligations réglementaires, davantage qu'ils ne le sont par la conviction du lien entre performance globale et santé. Les salariés, quant à eux, apparaissent encore souvent comme des objets de droit, subissant leurs conditions de travail en contrepartie du*

pouvoir d'organisation exclusif de l'employeur encadré par une obligation de sécurité et non comme des sujets dotés de libre arbitre en capacité de prendre en charge leur environnement de travail » (p. 44). La responsable désignée par les auteurs est l'obligation de sécurité de résultat qui découragerait la prévention. « *Les représentants employeurs déplorent les effets qu'ils jugent contreproductifs, de l'obligation de sécurité de résultat à l'égard des salariés [...]. Ils considèrent que cette jurisprudence a en quelque sorte instauré un droit à la santé inaccessible plutôt qu'un droit à la protection de la santé tel qu'il est énoncé par l'article L 4121-1 du code du travail* » (p. 65). En sont déduites deux recommandations : simplifier l'évaluation des risques dans les entreprises pour la rendre opérationnelle (recommandation n° 13) et simplifier la réglementation, notamment en rendant les décrets applicables à titre supplétif (recommandation n° 14).

Simplifier l'évaluation des risques :

Pour atteindre cet objectif, les auteurs proposent de :

- Limiter la formalisation de l'évaluation aux risques majeurs dans les plus petites entreprises ;
- Rendre obligatoire un seul document pour toutes les entreprises, appelé le plan de prévention des risques intégrant les éléments d'évaluation des risques et se substituant ainsi au document unique d'évaluation des risques ;
- Faire accompagner les entreprises pour l'élaboration de leur plan de prévention par les structures régionales et supprimer en conséquence la fiche d'entreprise.

Le document unique d'évaluation des risques professionnels est ici clairement mis en cause dans son contenu voire dans son existence même. Pour mémoire, l'article R 4121-1 du Code du travail impose à tout employeur de transcrire et mettre à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il est tenu de procéder en application de l'article L 4121-3 du même code. Ce texte impose à tout employeur d'évaluer les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs et de mettre en place « les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs » et transpose une obligation prévue par l'article 9 de la directive du 12 juin 1989. Une suppression totale du document unique d'évaluation des risques, y compris pour les petites entreprises, n'est dès lors pas envisageable. Les propositions formulées dans le rapport Lecocq peuvent toutefois entamer sa valeur. A l'heure actuelle ce document est obligatoire dans toutes les entreprises et doit mentionner chaque risque potentiel, y compris à défaut de précision et d'indication

1 - Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, JOCE n° L 183 du 29 juin 1989.

sur les substances ou produits utilisés². La généralité de cette obligation vise à faire réfléchir tout employeur et chef d'établissement sur les risques, même non évidents, que peut créer l'activité, même s'il n'en trouve pas. La démarche d'analyse rendue ainsi obligatoire doit permettre de dépasser les évidences pour améliorer la démarche de prévention. C'est notamment cette généralité que le rapport Lecocq souhaite remettre en question en limitant la transcription par écrit des risques évalués et des mesures de protection aux risques majeurs pour les plus petites entreprises. Outre que la définition des « risques majeurs » reste à apporter et pourrait constituer une source de contentieux importante, la conception essentiellement formelle du document unique qui se dégage de cette proposition doit ici être discutée.

La formalisation doit inciter à la réflexion et aboutir à une prévention primaire des risques professionnels. L'obligation de sécurité se manifeste surtout par l'identification des risques et l'inscription de mesures de prévention dans le document unique d'évaluation des risques professionnels³. Il doit notamment marquer le passage d'une analyse simplement individuelle des risques à une analyse collective intégrant l'organisation du travail comme facteur de risque. Limiter la formalisation à des risques dits « majeurs » pourrait nuire à cette analyse collective et à une conception large de la santé au travail qu'elle est censée permettre⁴. Laisser croire que l'évaluation des risques et la mise en place de mesures de prévention peut se limiter à des risques évidents et/ou importants dans leurs conséquences éventuelles, ce serait en outre prendre la responsabilité de susciter des contentieux qu'un document complet peut réduire fortement. L'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention exigées par les articles L 4121- 1 et L 4121-2 du Code du travail peut certes être exonéré de responsabilité⁵, et en cela les termes d'obligation de sécurité de résultat ne correspondent pas à l'état du droit. Néanmoins, la démarche exigée par les deux textes précités ne se limite aucunement à certains risques. Ils traduisent en cela l'exigence d'adaptation du travail à l'homme, rappelée à l'article L 4121-2, 4° , et qui constitue le cœur de la directive de 1989. Le document unique constitue l'occasion de réfléchir sur tous les risques liés au travail, avec la collaboration des représentants du personnel qui constituent des relais d'information sur le travail réel. La mise à jour du document unique au moins une fois par an, en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail, de santé et de sécurité ou lorsqu'une information supplémentaire

concernant l'évaluation d'un risque est recueillie⁶ rappelle également la visibilité que ce document est censé permettre sur le travail réel et l'ancrage qu'il y trouve.

Il constitue également une source d'informations pour de nombreux acteurs de la santé au travail qui y ont accès, parmi lesquels les agents de l'inspection du travail, les professionnels de santé des services de santé au travail ou encore les agents des services de prévention des organismes de sécurité sociale⁷. A cet égard il ne constitue pas uniquement un mode de contrôle de la démarche de prévention des risques adoptée par une entreprise mais aussi un moyen d'assurer la traçabilité des expositions professionnelles. Deux rapports récents mettent en évidence cette fonction du document unique⁸.

Outre l'importance du document d'évaluation des risques, le rapport Lecocq propose de remettre en cause la valeur juridique de l'ensemble des dispositions réglementaires du code du travail relatives à la santé au travail.

La supplétivité des dispositions réglementaires.

La recommandation 14 du rapport Lecocq préconise de « proportionner les obligations et les moyens à déployer dans les entreprises en fonction de leur spécificité et des risques effectivement rencontrés par les salariés ». L'objectif n'est pas différent de la recommandation précédente mais il est cette fois proposé de simplifier l'ensemble de la réglementation et plus précisément de « rendre les décrets applicables à titre supplétif lorsque l'entreprise adopte des dispositions de prévention qui répondent au même objectif que la réglementation sans en suivre les modalités d'application concrètes ».

Le recours à la supplétivité mérite ici quelques observations. Déjà généralisée au droit de la durée du travail par la « loi travail » du 8 août 2016⁹, il est donc proposé de l'étendre à toutes les dispositions réglementaires du droit de la santé au travail. Sans être supprimées, ces dispositions ne seraient ainsi applicables qu'à défaut de pratiques et règles répondant à l'objectif de prévention adoptées au sein d'une entreprise. En matière de durée du travail, la supplétivité de certaines normes se manifeste par leur effacement face à une norme conventionnelle. Ici elle s'exercerait à l'égard de « dispositions » qui peuvent tout aussi bien viser des décisions unilatérales que des normes négociées.

2 - Cass. soc., 8 juill. 2014, n°13-15470 ; JDSAM 4-2014, p. 83, note N. Desbacq.

3 - M. A. Moreau, L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes), Dr. soc. 2013, p. 410.

4 - Sur cette conception, v. S. Fantoni, F. Héas, Pour une reconfiguration des principes en santé au travail, Dr. soc. 2016, p. 531.

5 - Cass. soc. 25 nov. 2015, n°1424444, Dr. soc. 2016, p. 457, obs. P. H. Antonmattei ; G. Pignarre, L. F. Pignarre, La prévention, pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? Réflexions suscitées par deux arrêts remarquables de la Cour de cassation, Rev. Dr. Trav. 2016, p. 151.

6 - Art. R 4121-2 c. trav.

7 - Art. R 4121-4 c. trav.

8 - P. Frimat, Mission relative à la prévention et à la prise en compte de l'exposition des travailleurs aux agents chimiques dangereux, 2018, notamment la proposition n°4. - Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les maladies et pathologies professionnelles dans l'industrie (risques chimiques, psychosociaux ou physiques) et les moyens à déployer pour leur élimination, 19 juillet 2018, notamment les propositions 8, 9, et 10.

9 - F. Canut, F. Géa, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie). A propos de la « loi travail » du 8 août 2016, Dr. Soc. 2017, p. 47.

La norme supplétive reste un instrument de référence, un modèle et conserve en cela une fonction directrice dans l'ordre juridique¹⁰. Une supplévitivité généralisée des normes réglementaires ne remet pas en cause leur force obligatoire mais leur confère une obligatorité par défaut¹¹.

Néanmoins, la légitimité, déjà contestable dans son étendue, associée à la norme négociée par les partenaires sociaux dans l'entreprise, l'établissement ou la branche ne pourrait ici justifier à elle seule la prévalence accordée à la « disposition » adoptée. Ce faisant, un pas supplémentaire serait franchi dans le rejet de l'État comme créateur de normes puisque son intervention serait remise partiellement en question par des décisions n'émanant pas nécessairement d'un dialogue social.

Les dispositions réglementaires peuvent en outre présenter une utilité que la prévalence d'une disposition de forme et de contenu indéterminés ne serait pas nécessairement apte à remplir. Que l'on songe par exemple aux mentions obligatoires que doivent contenir les attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail prévues aux articles D 4711-1 et suivants du Code du travail. Leur aspect formel ne doit pas masquer l'objectif informatif que ces mentions obligatoires poursuivent et il n'est pas certain qu'une norme interne à l'entreprise y satisfasse, même si elle est censée poursuivre le même objectif.

De plus, donner aux décrets un caractère supplétif ne mettra pas nécessairement l'employeur à l'abri du contrôle judiciaire, lequel a été et reste essentiel dans la construction du droit de la santé au travail. Si l'on peut déjà se demander qui contrôlera la concordance entre les normes internes et l'objectif des dispositions réglementaires sur lesquelles elles prévalent, le contrôle judiciaire restera de toutes façons possible. La supplévitivité n'empêchera pas le juge de s'assurer que les conditions de travail envisagées au sens large répondent au principe d'adaptation du travail à l'homme et à la responsabilité de l'employeur qui en découle dans la prévention des risques professionnels, en vérifiant par exemple que la charge de travail correspond aux qualifications et horaires de travail ou que des mesures de prévention des risques de harcèlement ont été prises, quand bien même aucune disposition réglementaire ne contient de telles obligations. De ce point de vue, la supplévitivité risque bien de n'être qu'un leurre pour nombre d'employeurs. Elle ne résout pas à elle seule en outre certaines nécessités de simplification qui n'impliquent pas nécessairement un changement dans l'ordre d'applicabilité de la norme réglementaire.

Elle évacue enfin un peu vite les nécessaires questionnements sur le poids des normes techniques issues d'organismes privés ou de référentiels détaillés et parfois

déconnectés du travail réel sur site mis en place au sein de groupes de sociétés.

La clinique du travail nous enseigne qu'une bonne organisation du travail doit intégrer les expériences tirées du travail réel et ne peut reposer uniquement sur une norme générale et prescriptive¹². En cela, les normes légales ou réglementaires peuvent être insuffisantes mais elles peuvent aussi inciter à une démarche casuistique visant à partir du travail pour mettre en place les politiques de prévention. Le juge lui-même procède à ce type de démarche. Vouloir supprimer ou limiter la force de ces normes peut rejoindre une vision restrictive de leurs objectifs et de leur utilité, ainsi qu'une vision individualisée du droit qui remet en cause ses fonctions mêmes¹³.

Stéphane Brissy

10 - C. Pérès-Dourdou, La règle supplétive, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004.

11 - F. Canut, F. Géa, op. cit.

12 - N. Chaignot-Delage et C. Dejours (dir.), Clinique du travail et évolutions du droit, puf, 2017, p. 174.

13 - V. A. Garapon, Où va le droit ? Le devenir systémique du droit, JCP G, 2018, doct. 587.

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Note sous Cass. crim., 25 septembre 2018, n° 18-83.956, inédit

La non-assistance à personne en péril, délit volontaire, suppose une omission, totale ou partielle, de porter secours sans risque pour soi-même ou pour les tiers.

Définie par les dispositions de l'article 223-6, al. 2 du code pénal, la non-assistance à personne en péril, délit d'omission par excellence, traduit toute la difficulté d'appréhender un fait négatif, une abstention. Elle vise « *quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant le secours* ». La peine encourue est une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Bien que de nature générale, les termes employés concernent plus particulièrement les professionnels de santé, tenus, par la nature de leur métier, à une obligation d'assistance.

En l'espèce, une personne, dont l'époux éprouvait de grandes souffrances notamment de nature digestive et respiratoire, avait contacté le service des urgences d'un établissement de santé afin d'obtenir le secours nécessaire. Après un interrogatoire sommaire, le médecin régulateur de santé décida d'envoyer sur place un confrère de SOS Médecins et prescrivit, sans effet, un médicament censé apporter une amélioration de l'état de santé du malade. Ce dernier, cependant, décéda ; ses proches portèrent plainte. Le juge d'instruction rendit, dans un premier temps, une ordonnance de non-lieu, qui fut, par la suite, infirmée par un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Toulouse du 14 juin 2018. La chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 25 septembre 2018, rejeta le pourvoi contre la décision des juges du fond.

Deux groupes de questions ont attiré notre attention : la difficulté d'appréciation du péril (I) et la difficulté d'une assistance adéquate (II).

I. La difficulté d'appréciation du péril

Il convient d'abord de préciser que le devoir d'assistance s'impose quelle que soit la nature du péril et son origine¹. Il peut donc s'agir d'une maladie, d'un accident, d'une faute éventuelle de la victime. Le péril, qui doit être certain², peut être défini comme une « *situation faisant craindre un mal futur* »³. Il ne doit pas être confondu avec le dommage effectivement survenu. La non-assistance à personne en péril est, en conséquence, un délit formel. Bien que les textes ne mentionnent pas le caractère imminent du péril, cela résulte d'une jurisprudence constante⁴. Le péril n'est plus imminent dès lors qu'il a été réalisé⁵.

L'article 223-6, al. 2 du code pénal incrimine un comportement intentionnel, un véritable refus d'agir, qu'il faut distinguer du mobile qui incite à s'abstenir⁶. La connaissance du péril est, en conséquence, un élément constitutif du délit. La connaissance peut découler d'une observation personnelle et directe de celui qui a l'obligation de secourir. L'ignorance du péril peut, en revanche, résulter d'une erreur d'appréciation de la situation ou du diagnostic commise de bonne foi⁷. La volonté de l'agent étant anéantie, on ne saurait lui reprocher son acte. Selon la jurisprudence, la conscience du péril suffit pour que le délit soit constitué⁸.

L'appréciation du danger est plus délicate lorsque la connaissance de celui-ci n'est qu'indirecte. Dans cette hypothèse, une simple apparence du péril grave crée l'obligation de se déplacer personnellement afin de vérifier la réalité du danger⁹. Par ailleurs, le repentir actif, consistant à revenir sur les lieux en raison d'une prise de remords, ne fait pas disparaître l'infraction¹⁰. Il s'agit, de toutes les manières, d'une appréciation *in concreto*, en tenant compte notamment des connaissances (ou d'absence de connaissances) de la personne mise en cause ainsi que de la complexité de la situation dans laquelle se trouve l'agent¹¹.

En l'espèce, le médecin a été contacté par une personne s'exprimant clairement et étant en mesure de répondre de manière cohérente aux questions posées par le professionnel de santé. Ce dernier, toutefois, d'après les rapports de deux experts, n'a pas posé de questions suffisamment précises

1 - Cass. crim., 31 mai 1949, *JCP* 1949, II, 4945, note Magnol.

2 - Cass. crim., 13 janv. 1955, *JCP* 1955, 8560, note Pageaud.

3 - Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 5^e éd. 2016, LexisNexis, n°145.

4 - Cass. crim., 31 mai 1949, préc.

5 - Cass. crim., 1^{er} fév. 1955, *JCP* 1955, II, 8582.

6 - M. Véron, *Droit pénal spécial*, 16^e éd. 2017, n° 206.

7 - Cass. crim., 26 nov. 1969, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 82.

8 - Cass. crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 123 ; *RSC* 1997, 838, obs. Y. Mayaud.

9 - Cass. crim., 21 janv. 1954, *D.* 1954, 224.

10 - Cass. crim., 15 avr. 2008, *Dr. pénal* 2008, comm. 94 ; *RSC* 2008,910, obs. Y. Mayaud.

11 - Cass. crim. 22 juin 2016, n° 14-86.243.

sur le type de douleur, sa localisation, son intensité, son déplacement. De surcroît, aucun test permettant de valider ou d'infirmer l'hypothèse du syndrome coronaire aigu n'a été proposé. L'origine coronarienne ou aortique de la douleur n'a pas non plus été invoquée. L'interrogatoire effectué par le médecin régulateur était, en conséquence, pour le moins lacunaire. Le manque d'informations sur l'état du patient, malgré l'expérience du praticien, l'a ainsi empêché de poser un diagnostic correct. Par ailleurs, le rapport d'expertise souligne qu'il n'est pas nécessaire que le médecin urgentiste puisse poser avec exactitude le diagnostic de la pathologie dont souffre le malade. Son rôle consiste à apprécier la gravité du péril et à répondre à la question de savoir si le pronostic vital est engagé. Pour cette raison, la chambre de l'instruction, contrairement au magistrat instructeur, n'a pas estimé qu'il existait une erreur légitime justifiant l'attitude du médecin. Les charges suffisantes permettant le renvoi du praticien devant une juridiction de jugement étaient donc réunies.

En conséquence, l'insuffisance de précisions relatives à l'état de santé du malade peut être reprochée au médecin lorsque celui-ci a effectué l'interrogatoire préalable de manière superficielle. Le manque de connaissances suffisantes de l'état de santé, dès lors, n'est pas excusable puisqu'il révèle une indifférence au sort d'autrui caractérisant le délit de non-assistance à personne en péril.

Pour que ce dernier soit constitué, il est nécessaire aussi de se pencher sur l'assistance résultant du péril.

II. La difficulté d'une assistance adéquate

L'article 223-6, al. 2 du code pénal prévoit deux modalités d'assistance : agir personnellement ou provoquer les secours. Le choix, cependant, ne relève pas du libre arbitre de la personne concernée¹². L'analyse de la jurisprudence montre une préférence pour l'action personnelle si l'agent est en mesure d'apporter les secours nécessaires¹³. Il est toutefois possible de cumuler les modes d'intervention, à savoir agir personnellement dans un premier temps en prodiguant les premiers soins au blessé et provoquer les secours ensuite en faisant appel à un médecin¹⁴. Ne peut cependant se dispenser de l'obligation d'agir personnellement que celui qui ne dispose pas de capacités nécessaires pour faire face au péril ou qui s'exposerait au danger en agissant personnellement.

L'obligation d'assistance n'est qu'une obligation de moyens, à savoir la loi pénale n'exige pas de sauver la personne en danger. Cela est conforme à la nature de l'obligation qui pèse sur le médecin puisque ce dernier n'a

pas le devoir de guérir le patient¹⁵. Les juges cependant apprécient si les moyens mis en œuvre ont été adaptés à la situation¹⁶. Lorsque, en conséquence, le praticien se contente de donner seulement des conseils de nature générale (repos, usage de médicaments courants etc.) alors qu'il a connaissance de l'extrême gravité de l'état dans lequel se trouve le malade, son comportement, en raison de l'indifférence manifestée, peut être assimilé à une véritable abstention. L'infraction sera constituée même dans l'hypothèse où le péril a pu être évité si son auteur n'a pas mis en œuvre les moyens adaptés¹⁷. Les juges procèdent ainsi à un examen de proportionnalité permettant de savoir si les moyens employés étaient adéquats.

L'obligation d'assistance suppose l'absence de risque pour soi-même ou pour les tiers. L'absence de risque signifie qu'il n'existe pas de risque sérieux pour la vie ou la santé justifiant l'inaction. Il ne serait pas raisonnable d'imposer à l'agent une attitude héroïque. La Cour de cassation censure les juges du fond ayant retenu la responsabilité pénale du prévenu sans avoir établi que l'assistance aurait pu être apportée sans risque pour lui-même ou pour les tiers¹⁸. L'absence de risque cependant ne signifie pas l'absence totale de risque. Les mauvaises conditions météorologiques ne peuvent, dès lors, justifier l'inaction du médecin¹⁹.

En l'espèce, le médecin régulateur, en raison d'un interrogatoire mené de manière superficielle et lacunaire, ne disposait pas d'éléments suffisants lui permettant d'évaluer l'état de santé du malade. Cette insuffisance a entraîné une assistance inadéquate, constitutive d'une violation de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique consacrant le droit de recevoir des soins appropriés, puisque le praticien s'était contenté d'envoyer un médecin au domicile du patient au lieu d'ordonner son évacuation urgente vers un établissement de santé. Son intervention était, en conséquence, jugée inadaptée, ce qui a justifié la décision des juges du fond de le renvoyer devant une juridiction de jugement.

Le pourvoi en cassation fait grief à l'arrêt de la cour d'appel de ne pas s'être prononcée sur le caractère volontaire de l'abstention. La Cour de cassation ne retient pas cet argument, avancé dans le but de remettre en question le pouvoir souverain des juges du fond. L'insuffisance de motifs n'ayant pas convaincu, la cassation disciplinaire de l'arrêt a été évitée. Le praticien est, en conséquence, renvoyé devant le tribunal correctionnel pour non-assistance à personne en péril.

On peut, enfin, s'interroger sur la pertinence de la qualification retenue. Rappelons, en effet, que le délit d'homicide involontaire, prévu à l'article 221-6 du code pénal, peut être commis par maladresse, imprudence,

15 - Cass. civ., 20 mai 1936, *D.* 1936, 1, 88, concl. Matter, rapp. Josserand ; *S.* 1937, 1, 321, note Breton ; *GADC*, Dalloz, 2^e éd. 2016, n° 33.

16 - Cass. crim., 15 mars 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 2, 107.

17 - Cass. crim. 21 janv. 1954, *D.* 1954, 224 ; 17 déc. 1959, *D.* 1960, 398.

18 - Cass. crim., 20 fév. 2013, *Dr pénal* 2013, comm. 89.

19 - Cass. crim., 4 fév. 1998, *Dr. pénal* 1998, chron. 96.

12 - Cass. crim., 26 mars 1997, *Dr. pénal* 1997, comm. 125.

13 - Aix-en Provence, 20 mars 1947, *JCP* 1947, Cass. crim., 20 févr. 1958, *JCP* 1858, II, 10805 ; Cass. crim., 113 mars 2007, *Dr. pénal* 2007, comm.82.

14 - Cass. crim., 26 juin 1954, *JCP* 1954, II, 8320.

inattention ou négligence. Si les deux premières formes d'élément matériel désignent des faits positifs, des actes de commission, les deux dernières désignent des faits négatifs, des abstentions, qui peuvent être totales ou partielles. Ces dernières sont susceptibles d'une double qualification, celle d'homicide involontaire et celle de non-assistance à personne en péril. Le juge ne peut retenir les deux infractions, mais une seule, ce qu'on appelle le *concours idéal de qualifications*. Comment ce choix s'opère-t-il ? Dans quels cas opter plutôt pour l'homicide involontaire ou pour la non-assistance à personne en péril ? Il convient, d'abord, de préciser qu'il s'agit, de toutes les manières, d'une analyse *in concreto*, au cas par cas. Ensuite, l'attitude de l'auteur de l'infraction nous semble décisive ici puisque le choix porte sur un délit involontaire et un délit volontaire. Lorsque le comportement de l'auteur de l'infraction révèle une certaine indifférence *en connaissance de cause*, il convient de retenir la non-assistance à personne en péril. Ce choix, cependant, n'est pas toujours aisé, l'élément moral étant par définition plus difficile à définir, comme le démontre l'arrêt commenté.

Ana Zelcevic-Duhamel

Didier Tabuteau

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, responsable d'enseignement de protection sociale et de santé à l'Institut d'études politiques de Paris

Une clarification discrète mais opportune du droit des prélèvements sociaux.

Une discrète ordonnance du 12 juin 2018¹ relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale a modifié en profondeur des articles de principe du code de la sécurité sociale. Elle a fait l'objet d'un décret d'application en date du 27 septembre 2018². Si l'ordonnance est intervenue à droit constant, et, partant, sans affecter le niveau des prélèvements obligatoires supportés par les contributeurs et assurés sociaux, elle mérite néanmoins attention pour plusieurs motifs.

Une réforme réalisée au moyen d'une ordonnance prévue par une loi de financement de la sécurité sociale

Le premier tient à la procédure retenue pour réaliser cette réforme. L'ordonnance a été prise sur le fondement de l'article 13 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2017³. Cette disposition autorise le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par voie d'ordonnance « toute mesure relevant du domaine de la loi afin de simplifier et d'harmoniser les définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale prévues au code de la sécurité sociale et au code rural et de la pêche maritime ».

La particularité de la procédure tient au vecteur législatif dans lequel a été introduit cet article puisqu'il s'agit d'une loi de financement de la sécurité sociale. Or la possibilité d'une

habilitation dans une LFSS ne va pas de soi dans la mesure où si les LFSS présentent, dans leur domaine facultatif toutes les caractéristiques de la loi ordinaire, le champ des dispositions qui peuvent y figurer est strictement encadré et le juge constitutionnel censure régulièrement les « cavaliers sociaux » qui ne respectent pas cadre.

La disposition sur le fondement de laquelle, les articles du domaine facultatif sont le plus souvent admis est celle imposant que la mesure ait un effet sur les recettes ou les dépenses de l'année, voire sur celles des années ultérieures des régimes de sécurité sociale lorsque, dans ce dernier cas, elles ont un caractère permanent, (1° et 2° du B et du C de l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale). Or un article d'habilitation ne peut avoir, par lui-même, d'effet sur les recettes ou les dépenses de la sécurité sociale. La loi organique admet également que des « dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des cotisations et contributions affectées aux régimes obligatoires de base » figurent en LFSS (3° du B de l'article LO 111-3). Mais là encore, un article d'habilitation ne modifie pas, par lui-même, de telles dispositions.

Si le Conseil constitutionnel ne s'est pas expressément prononcé sur la constitutionnalité de l'article 13 de la LFSS 2017⁴ ni a fortiori sur le fondement de son admission en LFSS, il n'a pas soulevé d'office la question de sa conformité à la Constitution⁵. Il faut enfin noter qu'un article d'habilitation a également été admis dans la LFSS pour 2018⁶. Son article 15, consacré à la réforme du régime social des indépendants (RSI), prévoit l'intervention d'une ordonnance « afin d'assurer la cohérence des textes au regard des dispositions du présent article et le respect de la hiérarchie des normes, de regrouper les dispositions qui le justifient dans le livre VI du code de la sécurité sociale et d'abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet »⁷. Or cette disposition n'a pas plus été censurée par le juge constitutionnel alors pourtant que l'article 15 lui a été déféré pour d'autres motifs⁸.

L'insertion d'un article d'habilitation dans un projet de loi de financement de la sécurité sociale n'apparaît ainsi pas exclu par principe. On peut penser que le souci de cohérence des dispositions incluses dans un tel projet, voire une interprétation compréhensive du mécanisme du dispositif financier d'ensemble (DFE) qui permet d'admettre des dispositions ne relevant pas du domaine facultatif des LFSS si elles sont indissociables de dispositions pouvant y trouver place, peuvent justifier de telles insertions.

1- Ordonnance n° 2018-474 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale

2- Décret n° 2018-821 du 27 septembre 2018 portant mise en conformité des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale

3- Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016

4- Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016

5- CC, 22 décembre 2016, 2016-742 DC

6- Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017

7- XVIII de l'article 15.

8- CC, 21 décembre 2017, 2017-756 DC, Cts 27 à 53

Les paradoxes de la simplification administrative

L'ordonnance du 12 juin 2018 souligne certains paradoxes qui peuvent s'attacher aux mesures de simplification du droit. La lecture de l'ordonnance n'invite pas spontanément à regarder le texte comme une disposition de simplification... Sa lecture est aride et technique. Pourtant, les utilisateurs du code de la sécurité sociale devraient rapidement adhérer à la logique qui a présidé à son élaboration.

Le texte permet, dans un premier temps, de regrouper au sein de trois longs articles L 136-1-1 , L 136-1-2 et L 136-1-3 les règles régissant l'assiette de la contribution sociale généralisée portant sur les revenus d'activité et les revenus de remplacement qui est prévue à l'article L 136-1. Le premier de ces articles (L 136-1-1 du CSS) pose le principe selon lequel la contribution est due « sur toutes les sommes, ainsi que les avantages et accessoires en nature ou en argent qui y sont associés, dus en contrepartie ou à l'occasion d'un travail, d'une activité ou de l'exercice d'un mandat ou d'une fonction élective, quelles qu'en soient la dénomination ainsi que la qualité de celui qui les attribue, que cette attribution soit directe ou indirecte ». Ensuite, à titre indicatif et pédagogique, l'article énumère de nombreuses catégories de revenus et d'indemnités qui entrent dans cette assiette. Cet article de clarification couvre deux pages du journal officiel...

L'article suivant (L 136-1-2 du CSS) précise l'assiette de la CSG sur les revenus de remplacement. La contribution est ainsi due « sur toute somme destinée à compenser la perte de revenu d'activité, y compris en tant qu'ayant droit, et versée sous quelque forme que ce soit et quelle qu'en soit la dénomination ». L'article énumère ensuite les pensions et allocations qui sont exclues de cette assiette, comme par exemple les pensions de retraite et d'invalidité des personnes dont le montant des revenus de l'avant-dernière année est inférieur à certains seuils. Enfin l'article L 136-1-3 du code de la sécurité sociale dresse, dans son I, la liste des prestations sociales qui ne sont pas assujetties à la CSG et précise, dans son II, l'exclusion de son assiette d'autres sommes notamment celles assurant la prise en charge des frais de santé.

La clarification des textes se poursuit avec la réécriture de l'article emblématique définissant l'assiette des cotisations de sécurité sociale, l'article L 242-1 du code de la sécurité sociale. La technique de rédaction est ici plus évidemment simplificatrice puisqu'est substituée à la liste des composants des cotisations figurant actuellement dans le code une référence à l'assiette de la CSG. La suite de l'article énonce les sommes relevant de l'assiette de la CSG, qui sont cependant exclues de celle des cotisations de sécurité sociale.

Une hiérarchie implicite des prélèvements sociaux

Derrière son apparence technique, l'ordonnance révèle également une hiérarchie implicite des prélèvements sociaux. En faisant le choix d'un prélèvement pivot pour définir les assiettes des contributions et cotisations sociales,

l'ordonnance instaure un ordre de prééminence qui fait de la CSG le prélèvement de référence. Alors que les cotisations sociales ont constitué le socle originel du financement des prestations de sécurité sociale et conservent un statut constitutionnel original qui les distingue des impositions, leur assiette est désormais définie par référence à celle d'un impôt : la CSG.

Comment ne pas y voir une étape supplémentaire du bouleversement juridique et institutionnel qui affecte la sécurité sociale depuis la montée en puissance de ses ressources fiscales au gré de diverses taxes, de la création de la CSG et de l'établissement des lois de financement de la sécurité sociale ?

En outre, l'ordonnance du 12 juin 2018 fait également des dispositions régissant l'assiette de la CSG et celle des cotisations de sécurité sociale les textes de référence pour d'autres prélèvements sociaux comme le versement de transport prévu à l'article L 2333-65 du code général des collectivités territoriales, la participation des employeurs à l'effort de construction mentionnée à l'article L 313-1 du code de la construction et de l'habitation ou le financement des chèques-vacances résultant de l'article L 411-10 du code du tourisme.

Conclusion

Ainsi, une ordonnance austère et longue d'une douzaine de pages du journal officiel peut contribuer à la clarification d'un code de la sécurité sociale dont la structure et la rédaction restent largement perfectibles. La réforme créant la protection universelle maladie (PUMA), réalisée par la loi du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016⁹, avait également été, au-delà du fond de la réforme, l'occasion de clarifier et d'affiner le délicat vocabulaire du droit de la sécurité sociale. Elle avait conduit à revisiter les notions d'affiliation, d'immatriculation, d'assujettissement, de bénéficiaire d'un régime et à introduire celle de prise en charge des frais de santé¹⁰. Nul doute que d'autres textes auront, à l'avenir, à approfondir et prolonger ces démarches qui peuvent se prévaloir de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹¹.

Didier Tabuteau

9 - Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015

10 - Voir également son décret d'application : décret n° 2017-736 du 3 mai 2017 relatif aux règles d'identification, d'affiliation et de rattachement des bénéficiaires des prestations de sécurité sociale et portant modifications de diverses dispositions relatives à l'assurance maladie

11 - CC, 23 mars 2017, 2017-750 DC

Joanna Peltzman

Avocate à la Cour, Cabinet DS Avocats

L'interdiction du glyphosate : état de la question au regard des enjeux environnementaux et sanitaires

Le glyphosate est une substance active utilisée dans la fabrication d'herbicides. Les produits contenant du glyphosate sont des produits phytopharmaceutiques tels que définis dans le règlement européen CE 1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques.

Breveté et mis sur le marché par l'Américain Monsanto en 1974 comme agent actif du Roundup, le glyphosate est une molécule chimique tombée aujourd'hui dans le domaine public. Le principe actif du glyphosate ne fonctionne pas seul, il est associé à d'autres produits afin d'éliminer toutes les plantes, à l'exception de celles modifiées génétiquement pour lui résister.

Le glyphosate permet d'accroître les surfaces cultivées et de réduire les coûts de main d'œuvre, cette recherche de productivité est permise par le modèle économique des grandes exploitations issues de l'après-guerre et le renforce en retour.

Aujourd'hui, les solutions alternatives au glyphosate apparaissent plus coûteuses et moins faciles à utiliser pour les agriculteurs¹. Sans glyphosate, les agriculteurs devraient se tourner vers d'autres herbicides potentiellement toxiques ou revenir au désherbage mécanique qui présente le double désavantage d'être plus coûteux (ce qui pourrait avoir un impact sur le coût des denrées alimentaires) et d'engendrer des externalités négatives liées à l'utilisation d'énergies fossiles et à l'érosion des sols.

L'enjeu est donc d'estimer les coûts et les avantages de l'utilisation de l'herbicide et prendre en compte les coûts liés au renoncement de son utilisation, ce que l'on appelle les coûts d'opportunité.

À côté des enjeux économiques et des coûts d'opportunité du glyphosate, les enjeux sanitaires - l'innocuité et la toxicité du produit ne peuvent être déterminées par les scientifiques - sont fréquemment relayés par les médias.

1 - Rapport INRA novembre 2017 « Usages et alternatives au glyphosate dans l'agriculture française »

En effet, en 2015, le Centre international de recherche sur le cancer (CIRC, qui dépend de l'OMS) a classé le glyphosate comme cancérigène probable pour l'homme². Le rôle du CIRC est d'intervenir très en amont et d'évaluer les dangers et non les risques de certaines substances chimiques. De son côté, l'agence européenne des produits chimiques (ECHA) considère que la substance n'est pas cancérigène, tout comme l'agence européenne de sécurité des aliments (EFSA). Les agences de sécurité sanitaires évaluent donc les risques, en situation réelle et permettent un « regard objectif » de la toxicité des produits. Selon ces agences, le glyphosate en utilisation réelle ne présente pas de risque cancérigène ni génotoxique.

C'est dans ce contexte tendu de controverses opposant schématiquement l'opinion publique et les fabricants utilisant le glyphosate comme composants de leurs produits, que la question des enjeux juridiques de l'interdiction du glyphosate se pose.

L'exemple du glyphosate illustre une fois de plus, la tension qui existe entre la preuve scientifique et la production de norme à laquelle le législateur est confronté sous la pression des citoyens qui l'ont élu³.

Cet article qui se veut juridique et non scientifique, a pour vocation de présenter l'état du droit et des réglementations applicables en matière de glyphosate, sans alimenter les polémiques autour de la commercialisation du produit.

I - État des lieux des mesures permettant le contrôle du glyphosate en l'absence de son interdiction pure et simple

Partant du postulat que le droit -comme la nature- a horreur du vide, l'absence d'interdiction constatée (A) n'empêche pas la mise en place de contrôles des produits contenant du glyphosate (B).

A. Approbation renouvelée de la licence du glyphosate dans l'Union Européenne et en France

À ce jour, la commercialisation du glyphosate n'est pas interdite et le produit peut librement circuler au sein des marchés des États membres de l'Union européenne.

Malgré les débats scientifiques en présence, les décideurs n'ont pas choisi de mettre en œuvre le principe de précaution. Les mécanismes d'évaluation des risques mis

2 - Le classement du CIRC n'évalue pas le risque, mais le danger mesuré par la force des indices scientifiques montrant un effet cancérigène.

3 - Yvon Martinet et Joanna Peltzman JDSAM n°18-2017 p103 : « perturbateurs endocriniens : quelle(s) action(s) juridique(s) envisager dans un contexte d'insécurité scientifique et juridique ? ».

en place tant au niveau européen qu'au niveau national et le processus d'approbation en vigueur n'ont pas conduit à une interdiction définitive de commercialisation du produit. En effet, le processus d'approbation qui permet aux produits de protection des plantes d'être commercialisés en Europe est un processus par étapes. Tout d'abord, la substance active fait l'objet d'une évaluation des risques au niveau de l'Union européenne. Les produits sont soumis à une évaluation de leur innocuité et à un processus d'enregistrement au niveau national. Les données évaluées par les États membres, ainsi que les critères d'évaluation et de décision, sont prescrits par la législation de l'Union européenne sur les produits de protection des plantes. Par conséquent, les mêmes exigences normatives s'appliquent dans chaque État membre. Ce sont toutefois les différents États membres qui sont les mieux placés pour évaluer l'impact des pratiques agricoles, du climat et des terroirs sur les performances et l'innocuité de produits spécifiques.

C'est dans ce contexte qu'en juin 2016, la Commission européenne, qui devait statuer sur le renouvellement de l'approbation de la licence du glyphosate, a finalement prolongé l'approbation alors en vigueur jusqu'au 15 décembre 2017 au plus tard, dans l'attente d'un réexamen de la classification harmonisée par ECHA et d'une évaluation complémentaire d'un possible caractère perturbateur endocrinien par l'EFSA. À l'issue de ces travaux, l'ECHA n'a pas modifié le classement harmonisé actuel du glyphosate. L'EFSA, quant à elle, a conclu à l'absence de caractère perturbateur endocrinien et réaffirmé que le glyphosate ne pose aucun risque inacceptable à la santé humaine ou à l'environnement.

Une première proposition de la Commission européenne, visant à renouveler l'approbation du glyphosate pour dix ans, n'a pas recueilli un soutien suffisant de la part des États membres et finalement, la Commission a renouvelé l'approbation du glyphosate pour cinq ans sur son territoire.

Dix-huit États se sont montrés favorables à ce renouvellement d'approbation contre neuf votes contre et une abstention⁴.

Le glyphosate peut donc être commercialisé au sein des États membres de l'Union européenne, jusqu'en décembre 2022. A cette date, l'Europe devra se prononcer sur l'interdiction définitive ou au contraire renouveler l'approbation de la licence du glyphosate pour une période donnée.

Les États-membres, sous réserve des risques de distorsion de concurrence, peuvent réglementer au niveau national l'autorisation des produits phytopharmaceutiques obtenus à partir du glyphosate.

Seul le Gouvernement français s'est fixé un objectif de non-renouvellement de l'autorisation de mise sur le marché des produits contenant du glyphosate d'ici 2021.

4 - Règlement d'exécution (UE) 2017/2324

En ce qui concerne les usages non agricoles, l'utilisation du glyphosate par les collectivités dans les espaces verts ouverts au public est déjà interdite en France depuis le 1^{er} janvier 2017, son utilisation par les particuliers sera interdite à partir du 1^{er} janvier 2019⁵.

Par ailleurs, dans le cadre du projet de loi de finances 2019, le Gouvernement prévoit une hausse de la taxation pour pollution diffuse. Cette hausse devrait être de 50 % pour le glyphosate dès le 1^{er} janvier 2019, représentant 1€ de plus par kilogramme vendu. Les 50 M€ de revenus supplémentaires que devrait générer cette évolution chaque année seront utilisés pour développer l'agriculture biologique et financer les actions mises en place dans le cadre du plan Ecophyto2+.

Il existe aujourd'hui 198 produits autorisés contenant du glyphosate, dont 58 font actuellement l'objet d'une demande de renouvellement auprès de l'Agence Nationale de Sécurité Sanitaire de l'alimentation, de l'Environnement et du Travail (ANSES). « Ces demandes d'AMM feront l'objet d'une analyse pour exclure les usages ayant déjà des alternatives avérées », a indiqué le Ministre de la transition et de la solidarité.

Il résulte de ce qui précède que la France s'est engagée dans la transition vers une agriculture moins dépendante aux produits phytopharmaceutiques. S'agissant plus spécifiquement du glyphosate, le Gouvernement français envisage la conduite d'une étude expérimentale poussée sur la dangerosité de la substance afin d'en porter les résultats au niveau européen, ainsi qu'un renforcement de la recherche-développement pour accélérer la disponibilité en méthodes alternatives et leur appropriation par les agriculteurs. Or, pour l'instant, cet objectif n'a pas été transposé dans un texte de loi, l'Assemblée Nationale ayant rejeté les amendements proposés en ce sens dans le cadre de l'examen du projet de la loi Agriculture et alimentation.

B. Procédures établies et contrôle a priori de l'usage du glyphosate

L'absence d'interdiction de la commercialisation du glyphosate ne signifie pas que la substance puisse être commercialisée sans vérification préalable. Au contraire, les produits contenant du glyphosate doivent faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché (AMM)⁶, procédure rigoureuse prévue par le Règlement européen n° 1107/2009.

En France, les AMM des produits phytopharmaceutiques sont délivrées à l'issue d'une évaluation des risques réalisée par l'ANSES. Le ministre chargé de l'agriculture reste compétent pour délivrer des autorisations de mise sur le marché provisoires (pour 120 jours au plus) en cas de situation d'urgence phytosanitaire⁷. Ce qui concerne environ 100 demandes par an et 80 autorisations⁸.

5 - Article L.253-7 du Code rural et de la pêche maritime

6 - Articles L. 253-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime

7 - Article 53 du règlement CE n°1107/2009 précité

8 - En ce sens, voir le contrôle du Conseil d'Etat n°332804, 332805 et 332806 du 7 mars 2012

Les modalités des évaluations réalisées par l'ANSES sont harmonisées avec les agences sanitaires des États membres à travers des guides de procédure communs qui fixent la méthodologie d'examen des études conduites par les industriels à l'appui de leurs dossiers de demande. Des informations complémentaires issues de sources bibliographiques ou des dispositifs de vigilance et de surveillance sont également prises en compte dans le cadre de l'examen de ces demandes d'autorisation de mise en marché.

La mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques s'effectue en deux étapes :

- les substances actives ou éléments chimiques et leurs composés présents à l'état naturel ou produits par l'industrie, qui constituent les ingrédients « actifs » des préparations commerciales, sont approuvés au niveau européen, par un vote à la majorité qualifiée des États membres, après évaluation par l'EFSA des risques liés à ces substances ainsi que de leur efficacité sur la base d'un rapport d'étude préparé par un État membre désigné rapporteur ;

- les préparations commerciales, composées d'une ou plusieurs substances approuvées au niveau européen, sont autorisées sur la base d'une évaluation réalisée par les États membres regroupés depuis 2011 en trois zones définies dans l'Union européenne. La France appartient à la zone sud qui inclut la Bulgarie, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, Chypre, Malte et le Portugal. Au sein d'une zone, l'évaluation réalisée par un État membre s'applique aux autres pays de la zone.

A ce jour, l'objectif affiché au niveau européen et national est de limiter l'usage des produits pharmaceutiques, et ce compris le glyphosate. A cet égard, plusieurs outils juridiques ont été mis en place afin de rationaliser et limiter l'intensité du recours aux pesticides.

Ainsi, la Directive 2009/128/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 instaure un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable.

L'objectif principal de cette directive est de limiter l'utilisation des produits phytopharmaceutiques au sein de l'Union européenne et d'inciter les agriculteurs à s'orienter vers la protection intégrée des cultures. Cette directive impose notamment à chaque État membre un cadre général d'action comprenant l'élaboration d'un plan d'action national, un dispositif de formation des utilisateurs professionnels et le contrôle du matériel d'épandage. Dans le but de mieux protéger l'environnement, elle prévoit l'interdiction de la pulvérisation aérienne, la protection du milieu aquatique et de l'eau potable, ainsi que la protection des zones sensibles, notamment les sites Natura 2000 protégés en vertu des directives 79/409/CEE et 92/43/CEE. Elle instaure également un suivi statistique particulier de l'utilisation des produits phytosanitaires contenant des substances actives particulièrement préoccupantes.

La transposition de la Directive 2009/128/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 a conduit en France à l'adoption des plans Ecophyto I et II.

Le plan Ecophyto I (2009-2014) a laissé place au plan Ecophyto II récemment modifié en juillet 2018, co-piloté par les ministères de l'agriculture et de l'environnement. L'objectif des plans Ecophyto est de limiter l'usage les risques et les impacts des produits phytosanitaires en réduisant de 25 % d'ici 2020 et 50 % d'ici 2025 le recours aux produits phytosanitaires. Ces objectifs impliquent nécessairement des mutations profondes du système de productions. Le budget alloué aux plans est de 70 millions d'euros par an, financé par la redevance pour pollution diffuse (RPD) payée par tout acheteur professionnel de produits phytosanitaires.

Les nombreuses actions prévues par les plans Ecophyto I et II doivent être déclinées au niveau local par les « comités régionaux d'organisation et de suivi », sous l'égide des DRAAF⁹.

La non-interdiction ne signifie donc pas une totale liberté d'utilisation du glyphosate et de ses composés, des réglementations en limitent et contrôlent l'usage. La sensibilisation des populations aux enjeux écologiques et aux risques sanitaires pousse les gouvernements à la recherche d'un développement durable par le biais des incitations financières (taxations) et normatives. Par ailleurs, le principe de précaution et la protection des citoyens peuvent conduire les juges sur la voie des réparations.

II – Modalités de réparation du préjudice en l'absence d'interdiction définitive de commercialisation du glyphosate

L'établissement du lien de causalité entre une pathologie et une substance toxique est un préalable à une éventuelle indemnisation. Elle peut découler d'études scientifiques dont la démonstration ne laisse aucun doute (cas de l'amiante), elle peut également être présumée¹⁰. Mais la question du lien de causalité se pose également en cas d'incertitude scientifique **(A)**. Ce qui est le cas du glyphosate pour lequel la dangerosité avérée de la substance active laisse place à une controverse scientifique fréquemment débattue devant les juges **(B)**.

A. Reconnaissance du lien de causalité nonobstant l'incertitude scientifique

A titre liminaire, il sera rappelé ici que l'établissement du lien de causalité entre une pathologie et une substance toxique est un préalable à une éventuelle indemnisation des requérants. Cette preuve peut découler d'études scientifiques dont la démonstration ne laisse aucun doute

9 - Direction régionale de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Forêt
 10 - La présomption d'imputabilité peut être légitimée par la loi (cas des essais nucléaires) ou un décret

(cas de l'amiante), mais elle peut également être présumée. La présomption d'imputabilité peut être légitimée par la loi (comme c'est le cas des essais nucléaires¹¹) ou par un décret.

Concernant le glyphosate, l'accès à l'information sur le contenu des produits utilisés (secret industriel et commercial de la formule et des co-formulants) est délicate à obtenir par les requérants¹². Ainsi, dans une affaire datant de 2016 - au sujet de la confidentialité des informations concernant le glyphosate - la Cour de Justice de l'Union européenne a conclu que les informations sur ce pesticide qui concernaient la santé et la sécurité devaient être mises à la disposition du public. L'action intentée devant la Cour faisait suite au refus de la Commission européenne de donner accès à ces informations et la Convention d'Aarhus a été invoquée par les requérants.

En France, les demandes de communication de documents de l'association Phyto-Victimes ont conduit à une jurisprudence établie par plusieurs jugements du Tribunal administratif de Paris en 2015 et 2016. Elle impose aujourd'hui au ministère chargé de l'agriculture et à l'ANSES de communiquer les dossiers d'AMM et d'étiquettes commerciales de produits phytopharmaceutiques.

Une fois la preuve de l'exposition détenue, il reste à établir le lien de causalité entre la pathologie et l'exposition aux pesticides dont la toxicité fait encore débat¹³.

En droit interne, depuis 2006 la jurisprudence française, notamment celle de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation, a admis à plusieurs reprises que le doute scientifique ne fait pas nécessairement obstacle à la preuve requise du demandeur dès lors que celui-ci fait valoir des présomptions graves, précises et concordantes de l'aptitude du produit à causer un dommage du type de celui dont se plaint la victime¹⁴. Cette jurisprudence a été confortée le 21 juin 2017 par une décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne - saisie d'une question préjudicielle par la Cour de Cassation française - qui a posé le principe suivant :

« L'article 4 de la Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 Juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à un régime probatoire national tel que celui en cause au principal en vertu duquel, lorsque le juge du fond est saisi d'une action visant à mettre en cause la responsabilité du producteur d'un vaccin du fait d'un

défaut allégué de ce dernier, il peut considérer, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il se trouve investi à cet égard, que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et la maladie ».

La Cour de Justice de l'Union européenne admet donc la preuve par un faisceau d'indices graves et concordants.

En matière administrative, la décision rendue par le Conseil d'État le 28 Juin 2017¹⁵ relative à la reconnaissance et l'indemnisation des victimes des essais nucléaires va dans le même sens. Le Conseil d'État a considéré que « *dès lors qu'un demandeur satisfait aux conditions de temps, de lieu et de pathologie prévues par l'article 2 de la loi du 5 janvier 2010 modifiée, il bénéficie de la présomption de causalité entre l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires français et la survenance de sa maladie. Cette présomption ne peut être renversée que si l'administration établit que la pathologie de l'intéressé résulte exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires, en particulier parce qu'il n'a subi aucune exposition à de tels rayonnements* ».

C'est l'affirmation par les juridictions françaises de l'autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique, le lien de causalité peut être retenu nonobstant l'incertitude scientifique.

B. Accès au juge et médiatisation des procédures

Force est de constater que les décisions judiciaires impliquant le glyphosate pourtant autorisé à être commercialisé, sont de plus en plus fréquentes et souvent très médiatisées.

Les régimes de responsabilité existants trouvent à s'appliquer au cas particulier des produits phytopharmaceutiques et plus particulièrement du glyphosate :

- en vertu de la directive de 1985, transposée en droit français en 1998¹⁶, la responsabilité des fabricants peut être recherchée du fait de la défectuosité de son produit. La loi écarte toutes exigences de preuve de faute du fabricant pour engager sa responsabilité. Néanmoins, le demandeur pourra agir, dans un délai de prescription de dix ans, en prouvant le lien de causalité avec le dommage ;

- compte tenu des AMM accordées sur le territoire national, la responsabilité de l'État pourrait également être recherchée (au même titre que la responsabilité de l'Union européenne en ce qui concerne les autorisations

11 - Conseil d'État, 7^{ème}-2^{ème} Chambres réunies, n°409777 28 Juin 2017

12 - *Affaire C-673/13 P, Commission européenne c. Stichting Greenpeace Nederland et Pesticide Action Network Europe (PAN Europe), arrêt du 23 novembre 2016.*

13 - L'expertise scientifique se construit plus difficilement lorsque les pathologies sont d'origine plurifactorielle (influence de facteurs comportementaux ou génétiques, expositions à une multitude de substances toxiques), différée (cancers, maladies neurologiques) et souvent consécutives à des expositions de longue durée.

14 - Concernant les hormones de croissance Cass. Civ. 1, 24 janvier 2006, n° 03-20178 et concernant le distilbène Cass. Civ. 1, 7 mars 2006, n° 04-16179 et 04-16180

15 - Conseil d'État, 7^{ème}-2^{ème} Chambres réunies, n°409777 28 Juin 2017

16 - Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux

des matières actives qui composent ces produits). La responsabilité de l'État pourrait aussi être recherchée sur le fondement du défaut d'information du public ;

- la responsabilité de l'employeur pourrait être recherchée pour faute inexcusable, domaine dans lequel la jurisprudence est bien établie depuis le revirement de la Cour de cassation de 2002 avec « *l'obligation pour l'employeur de sécurité découlant du contrat de travail* »¹⁷;

Ainsi, en France, plusieurs procédures judiciaires ont été engagées contre Monsanto.

Une à l'initiative du céréalier charentais Paul François, intoxiqué par un pesticide chloré, le Lasso, anciennement commercialisé par Monsanto. Après une annulation en cassation, la procédure doit reprendre début février 2019. Une autre intentée par la famille Grataloup, en Isère, dont l'enfant souffre de malformations qu'elle attribue à l'usage du désherbant Glyper, un générique du Roundup utilisé par la mère alors qu'elle était enceinte. Enfin, le parquet de Lyon a ouvert une enquête préliminaire pour « *administration de substances nuisibles* » après la découverte de traces de glyphosate dans du miel.

Par ailleurs, deux questions préjudicielles (affaires C-616/17¹⁸ et C-115/18¹⁹) portant sur la conformité de la procédure d'autorisation des produits phytosanitaires (dont le glyphosate) avec le principe de précaution, ont été formulées en octobre 2017 et en février 2018 par les Tribunaux de Foix et de Guingamp. La décision de la Cour de justice est très attendue. Elle pourrait, en effet, donner des éclairages importants sur la validité de la décision de renouvellement de l'autorisation du glyphosate au regard du droit européen et, notamment, du principe de précaution.

Aux États-Unis, dans l'état de Californie, un premier procès visant à obtenir la réparation des dommages provoqués par l'utilisation du glyphosate a été intenté par un plaignant atteint d'un cancer du système lymphatique qu'il attribue à l'utilisation répétée de l'herbicide Roundup. En première instance, le tribunal californien a reconnu la dangerosité du glyphosate et a condamné Monsanto à verser 289,2 millions de dollars d'indemnisation à Monsieur Dewayne Johnson. Les jurés ont considéré que les produits à base de glyphosate visés par la plainte n'étaient pas aussi sûrs que les utilisateurs étaient en droit de l'attendre, qu'ils étaient « *un facteur substantiel* » de la maladie du plaignant, que les risques posés par ces produits « *étaient connus ou pouvaient être connus à la lumière des connaissances généralement admises par la communauté scientifique au moment de leur fabrication, de leur distribution et de leur vente* » et que Monsanto avait failli à en informer ses clients. Les jurés ont en outre estimé que la société avait agi avec « *malveillance* ».

17 - Gwladys Beauchet JDSAM n°20 -2018 « *L'exposition aux pesticides : vers une meilleure indemnisation ?* »

18 - L'acte introductif d'instance date du 26 octobre 2017 et une date d'audience a été fixée au 20 novembre 2018.

19 - L'acte introductif d'instance date du 12 février 2018, pour cette affaire, aucune date d'audience n'est encore fixée.

Le 22 octobre 2018, le verdict a été maintenu sur le fond, mais le montant des dommages punitifs a été fixé à 78 millions de dollars qui ont été acceptés par le plaignant le 8 novembre dernier.

Pour autant, la procédure ne s'arrête pas là puisqu'environ huit mille requêtes judiciaires visent actuellement le glyphosate aux États-Unis.

Monsanto a annoncé faire appel du jugement rendu dans l'affaire l'opposant à Dewayne Johnson. « *Nous ferons appel de la décision et continuerons à défendre vigoureusement ce produit qui bénéficie de quarante ans d'utilisation sans danger et qui continue à être un outil essentiel, efficace et sans danger pour les agriculteurs et autres usagers* ». Affaire à suivre...

Joanna Peltzman

Fernando Aith

Professeur Titulaire de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo – Brésil ; Co-directeur scientifique du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil (Cepedisa/USP)

Roberta de Freitas Campos

Assistante de Coopération Internationale de la Fondation Oswaldo Cruz – Brésil ; Co-directeur du Centre d'Études sur la Bioéthique et la Diplomatie en Santé – NETHIS/FIOCRUZ

La coopération internationale pour la consolidation du droit à la santé : les stratégies de l'Union des nations sud-américaines (Unasur)

1. Introduction

Cet article traite de la coopération internationale en santé en tant que mécanisme de consolidation du droit humain à la santé, plus particulièrement dans le bloc régional de l'Union des nations sud-américaines (Unasur).

Depuis 1945, quand l'Organisation des Nations Unies (ONU) a été créée, la coopération internationale se justifie comme objectif et postulat juridique pour atteindre des droits humains¹. Cependant, à la lumière de la Théorie des Relations Internationales², les États peuvent entretenir des relations conflictuelles ou des relations de coopération, les formes les plus extrêmes de ces deux possibilités étant la guerre et l'intégration.

La coopération internationale dans le domaine de la santé entre les pays de l'Unasur – bloc régional d'intégration politique – contribue à la consolidation du droit à la santé dans la région. Le développement de l'intégration régionale permet l'adoption de mécanismes et de processus de

1 - ORGANISATION DES NATIONS UNIS (ONU). **Charte**. Conférence de São Francisco, 1945. Article 1 — Les buts des Nations Unies sont les suivants : (...) 3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion (...).

2 - DE LOMBAERDE, Philippe; VAN LANGENHOVE, Luk. **Indicators of Regional Integration**: Methodological Issues. IIS Discussion Paper No. 64, 2013.

garantie du droit à la santé, tels que la création d'organes et d'institutions spécialisés dans ce thème, l'adoption de résolutions, de recommandations et d'autres instruments juridiques qui reconnaissent la santé comme un droit, et qui orientent et appuient les pays dans la formulation de politiques publiques dans le domaine de la santé.

La consolidation du droit à la santé via la coopération, dans le contexte du bloc régional, se produira dans la mesure où (i) se développent les relations entre ces pays à travers l'échange d'expériences et la proposition d'objectifs et de stratégies communes pour affronter des problèmes de santé ; (ii) elle permet une compréhension et une reconnaissance commune de la santé comme droit humain ; et (iii) se mettent en place des organes et des institutions spécialisés dans ce thème.

Une recherche développée dans le Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil, a analysé les Traités internationaux de droits humains dans le cadre des Nations unies qui abordent la coopération internationale, ainsi que le droit à la santé et les documents constitutifs et instrumentaux de l'Unasur (Traité constitutif, Plan d'action pour la Santé de l'Unasur, Résolutions du Conseil de Santé de l'Unasur) disponibles sur les pages web de l'Organisation et de l'Institut Sud-américain de Gouvernement pour la Santé (ISAGS).

Les données collectées ont été analysées sur la base de trois points fondamentaux pour une meilleure compréhension du thème.

Le premier point a situé le contexte actuel de la gouvernance mondiale et ses implications pour le droit à la santé, ainsi que perspective de la participation démocratique dans la construction de ce droit dans le cadre international.

Le second point a vérifié les aspects conceptuels, politiques et juridiques de la coopération internationale et des blocs d'intégration régionale.

Le troisième point a été l'étude de la coopération internationale dans le domaine de la santé dans le cadre de blocs d'intégration régionale, principalement le cas de l'Unasur.

L'objectif de l'analyse était d'identifier la reconnaissance du droit à la santé, le degré d'institutionnalisation de la coopération internationale dans le domaine de la santé, les énoncés prévus et les mécanismes instaurés pour la démocratie et la participation citoyenne et les compétences du bloc en matière de santé. En ce qui concerne cet aspect, l'analyse s'est appuyée sur l'exemple de l'Union européenne.

Nous avons voulu analyser, de manière dialogique, le contexte actuel et les mécanismes existants pour la construction du droit à la santé dans le bloc Unasur à partir

de la thèse habermasienne³ (1996) qui propose qu'un contexte social est nécessaire à la démocratie se fondant sur les droits humains.

2. La santé comme thème de l'intégration régionale

Le thème santé est de plus en plus présent dans l'ordre du jour international, soit en tant qu'objet de politique extérieure des pays, soit par l'influence de questions internationales comme la sécurité, le commerce et le développement sur les problèmes de santé.

Il existe une variété d'acteurs et d'intérêts qui influencent la construction de normes et de politiques internationales de santé. Y compris des organisations internationales (des blocs régionaux ou du Système ONU) qui partagent une autorité législative sur la santé, et d'autres acteurs (institutions privées) qui influent sur le processus législatif international de la santé.

Le terme de santé mondiale est lié à (i) la participation d'acteurs, en plus des États, dans l'élaboration de normes internationales qui ont un impact sur la santé ; et (ii) la compréhension selon laquelle les problèmes de santé sont liés à des aspects sociaux, politiques et économiques.

Une plus grande participation de la société dans les discussions sur la santé pourrait contribuer à une action plus cohérente des États, leur donnant plus de force face aux lobbies et intérêts venant d'acteurs défavorables.

L'importance de la santé dans les relations internationales se manifeste également par l'assimilation du thème avec les aspects sociaux dans les programmes des blocs d'intégration régionale, et la mise en place d'institutions et de mécanismes pour le rendre opérationnel.

Les processus d'intégration régionale fonctionnent comme des mécanismes de coopération internationale qui peuvent améliorer la capacité des pays à résoudre des problèmes de santé communs. Pour que les politiques régionales fassent effet, doivent être considérés :

(i) - L'ensemble des règles et des politiques présentes dans les Traités, Protocoles, Résolutions, Déclarations, etc. qui incluent la reconnaissance de la santé comme un droit, ainsi que la définition de compétences et d'institutions pour agir sur les thèmes de la santé dans ces blocs ;

(ii) - La participation citoyenne à la définition et au suivi de ces politiques.

3. Le droit de la santé dans le cadre de l'Unasur

En ce qui concerne l'Union des nations sud-américaines (Unasur), d'importants aspects ont été identifiés, configurant des potentialités pour la consolidation de ce droit. La reconnaissance et la réaffirmation de la santé comme un

droit ont pu être vérifiées dans ses documents constitutifs et dans d'autres décisions et résolutions émises par les chefs de Gouvernement et d'États ou les ministres de la Santé du bloc.

L'Unasur est plutôt innovatrice lorsqu'elle adopte comme un de ses objectifs de coopération l'engagement de construire un espace d'intégration dans le domaine de la santé.

Ainsi, dans son architecture, des institutions, des dispositifs et des stratégies propres ont été définis pour la construction des politiques de santé de l'Unasur, tels que le Conseil de ministres de la Santé, les réseaux d'institutions de santé, et l'Institut Sud-américain de Gouvernement pour la Santé (ISAGS).

Quant à la possibilité de participation des citoyens des pays de l'Unasur dans la définition des politiques de santé, il a été vérifié que la démocratie sanitaire est prévue comme un principe qui doit servir à conduire l'adoption des politiques de santé dans ce bloc.

Malgré les potentialités de l'Unasur qui ont été identifiées en ce qui concerne la consolidation du droit à la santé dans la région, les mécanismes qui permettent la participation des principaux intéressés aux décisions prises dans ce bloc ont montré une certaine fragilité. L'Unasur, bien qu'elle soit considérée comme une expérience d'intégration innovatrice, puisqu'elle établit une communication entre les secteurs social, culturel, politique et environnemental qui va au-delà des préoccupations économiques et des bénéfices douaniers ; une expérience qui exalte la consolidation de la démocratie dans le Traité constitutif et présente comme fondement et objectifs général et spécifiques la promotion de la participation citoyenne, échoue en ne mettant pas en place de vastes espaces de manifestation populaire et en ne garantissant pas la représentation de la société civile organisée dans les Conseils permanents, Groupes de travail et organes officiels.

Il n'a pas encore été incorporé, dans les organes ou dans les Conseils permanents de l'Unasur, de mécanismes pour la manifestation de la société civile organisée, comme la participation de représentants de groupes liés aux matières des Conseils ou Groupes de travail respectifs ou encore l'utilisation de forums, ou d'autres espaces pour que le citoyen expose ses idées et propose des actions.

Aucune audience publique, ni forum pour débats, plébiscite, référendum ne sont prévus, ni aucun moyen de communication entre les organes de l'Unasur et les citoyens des pays membres de l'Unasur. L'objectif de constituer une citoyenneté sud-américaine (Art. 3, i, Traité constitutif) semble être loin de devenir réalité, étant donné que la population se maintient à la marge du processus décisionnel et du développement du bloc, ne pouvant contribuer à la transformation de la réalité sociale. Il n'existe pas d'espace pour la divulgation d'informations et d'idées, de discussions et de manifestations. Pendant ce temps, les États membres continuent de négocier et de prendre des décisions sans écouter ceux qui sont directement atteints par ces actes.

3 - HABERMAS, J. **Between facts and norms**: contributions to a Discourse of Theory of Law and Democracy, 1996.

4. Participation démocratique des citoyens dans la gouvernance mondiale

La participation citoyenne doit être garantie amplement, par le dialogue et l'interaction entre les différents acteurs sociaux. Il est dit que « cette relation avec les acteurs sociaux doit être démocratique, transparente, pluraliste et reconnaître l'indépendance des différentes instances de la société civile ». ⁴

Il est vrai que souligner la participation citoyenne au Traité constitutif de l'Unasur représente une avancée importante dans le processus d'intégration latino-américaine, mais un long chemin doit malgré tout être parcouru. La démocratie participative, dans ce sens, est essentielle dans toute discussion sur le développement social, étant impossible d'admettre le progrès au détriment du droit à la parole du citoyen.

La discussion sur de nouvelles formes de participation et sur la gouvernance de la santé mondiale a gagné de l'élan avec la réforme de l'OMS en 2011, qui a intégré des objectifs élargis de réforme programmatique, de gouvernance et de gestion. Dans le domaine de la gouvernance, les principaux points concernent l'augmentation du niveau de collaboration avec d'autres acteurs qui influencent la politique de santé mondiale et la garantie que l'OMS exerce le rôle d'autorité de direction et de coordination de la santé mondiale, comprenant la définition et les termes d'une proposition d'un cadre de collaboration de l'OMS avec les acteurs non étatiques. Cependant, ce processus a reçu des critiques sur la possible inclination de l'OMS à un processus de privatisation ⁵.

La proposition du Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques (Fensa) de l'OMS, approuvé en mai 2016, donne la définition des catégories d'acteurs non étatiques – organisations non gouvernementales, entités du secteur privé, fondations philanthropiques et institutions académiques — et les règles pour la collaboration avec chacun d'entre eux, et la création d'un système en ligne afin que l'acteur non étatique postule pour collaborer avec l'OMS de façon moins bureaucratique et plus transparente. Le cadre ne modifie pas les façons de participation dans les espaces décisionnels de l'OMS, n'altérant pas la responsabilité de l'État dans sa gouvernance.

Face à la préoccupation au sujet des intérêts privés dans la gouvernance de la santé mondiale, il faut repenser les formes et les possibilités de participation démocratique des citoyens dans la gouvernance mondiale. La gouvernance mondiale diffère de la gouvernance nationale sur un aspect

critique : il n'y a pas de gouvernement au niveau mondial. Les populations sont organisées en États souverains, mais il n'y a pas d'autorité politique hiérarchique ou de gouvernement mondial qui ait une juridiction sur ces États. Ainsi, les décisions dans les arènes internationales, à partir de consensus entre les États qui représentent leur population, se font de façon démocratique – démocratique si on considère que chaque État a le droit de vote et que, en règle générale, les votes des différents pays ont le même poids. ⁶ Cependant, nous nous interrogeons, à partir de la théorie de la démocratie participative, sur la légitimité de ces décisions à niveau international.

La théorie de Habermas contribue à la mise en place d'une gouvernance démocratique de la santé, pour la légitimation des normes légales et pour l'effective participation populaire en postulant la nécessité d'établir des espaces de délibération, selon nous, à niveau mondial.

La construction d'espaces mondiaux de débat et de prise de décisions entre les citoyens du monde à travers une démocratie cosmopolite ⁷, peut être interprétée comme étant quelque chose d'utopique, vu l'existence amplifiée des inégalités entre les pays, dans les pays, et par conséquent entre les sujets individuels de leur population.

Les inégalités sont ici comprises comme les différences les plus variées entre les régimes politiques, systèmes politiques, systèmes économiques, sociaux, culturels, géographiques, expériences, cognitives, etc., qui n'excluent pas nécessairement ; la multiplicité culturelle, par exemple, est fondamentale pour la construction d'une véritable communauté mondiale.

Les critiques de cette proposition signalent que les inégalités empêcheraient l'effective participation de ces sujets ; et que la complexité du monde contemporain empêcherait la définition de consensus mondiaux par les propres citoyens. En ce sens, la participation transnationale à travers une société civile internationale qui coexisterait avec les États mérite notre attention sur « Qui sont ceux qui constituent la société civile internationale ? Comment leur intervention peut-elle être considérée comme légitime ? À qui renvoie leur représentation ? » ⁸, ou de façon plus incisive : « Où est le contrôle du gouvernement ? À qui les ONG rendent-elles des comptes ? Aux personnes et gouvernement du pays où elles servent ou aux personnes

6 - L'exception est le Conseil de sécurité de l'ONU, où le système de vote donne un poids plus important aux cinq membres permanents : Chine, États-Unis, Russie, France et Royaume-Uni. N'importe lequel d'entre eux peut bloquer une proposition par la présentation d'un vote négatif, même si les quatre autres membres permanents et les dix membres non permanents votent pour. C'est ce qu'on appelle le pouvoir de veto.

7 - HELD, D. **Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance.** Californía: Stanford California Press, 1995 ; ARCHIBUGI, D. **The global Commonwealth of Citizens.** New Jersey: Princeton University, 2008. 298 p.

8 - VILLA, R. D.; TOSTES, A. P. B. **Democracia Cosmopolita Versus Política Internacional.** *Lua Nova*, São Paulo, v. 66, p. 96, 2006. Disponible: <https://goo.gl/z59>. Accès: 10 jul. 2016.

4 - SOLÓN, P. Reflexiones a mano alzada sobre el Tratado de Unasur. *Revista de la Integración*, n. 2, p. 17, 2008. Texte original: "esta relación con los actores sociales debe ser democrática, transparente, pluralista y reconocer la independencia de las diversas instancias de la sociedad civil."

5 - DINIZ, M. G. A. **Democracia sanitária e participação social na Organização Mundial de saúde: das organizações não governamentais aos atores não estatais.** 2016. 148 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, 2016.

qui fournissent les fonds ? ».⁹

La proposition de la commission *The Lancet* au sujet de la gouvernance mondiale pour la santé¹⁰ (OTTERSEN, 2014) de créer une plateforme mondiale pour débattre entre les acteurs de la santé mondiale maintient un degré de représentativité qui doit être dépassé, car il ne garantit pas la participation de la population en dehors des groupes représentés par les ONG, et intègre également à la participation les représentants d'intérêts qui peuvent entrer en conflit avec la santé publique, quand on évoque les mêmes questions déjà citées plus haut.

Il serait donc plus plausible d'inclure les questions de santé mondiale dans les espaces de participation et de délibération, c'est-à-dire dans les instruments de démocratie sanitaire déjà existants dans le contexte national, tels que les conseils, les conférences, les chambres techniques, etc. Il faudrait également une amplification et une amélioration de ces espaces de façon à garantir l'exercice de la démocratie participative par les citoyens de façon directe.

La consolidation de ces espaces demanderait aussi l'engagement de l'État en ce qui concerne les effets des décisions prises qui auraient des répercussions au-delà de la sphère nationale. Les délibérations dans ces espaces seraient liées aux actions de l'État dans le contexte international.

Une autre possibilité serait de développer régionalement de tels instituts, par exemple les espaces délibératifs qui existent, bien qu'il y en ait encore peu, dans l'Union européenne, où la population du bloc est appelée à participer et délibérer sur des processus et des questions liées à la santé, à l'exemple des consultations publiques de la Direction générale de la santé de la Commission européenne¹¹, de l'Agence européenne du médicament (AEM)¹², de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (AES)¹³. Des mécanismes initialement à caractère consultatif devraient être proposés à la population d'autres blocs régionaux.

5. Considérations finales

Pour construire la gouvernance démocratique de la santé mondiale, il faut consolider et poser les bases de l'intervention de l'État dans la gouvernance mondiale de la santé à partir de nouveaux moyens formels de communication avec la société, comme une façon de rendre effective la démocratie participative des décisions dans les arènes internationales.

9 - WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO Director-General addresses NGO community:** Opening remarks at a consultation on WHO engagement with nongovernmental organizations, 18 October 2012. Disponible: <https://goo.gl/lj7aTP>. Accès: 11 Juin 2016. "Where is government oversight? To whom are NGOs accountable? To the people and government in the country where they serve or to the people who provide the funds?"

10 - OTTERSEN, O. P., et al. The political origins of health inequity: prospects for change. **The Lancet**, Oslo, v. 383, fev. 2014. Disponible: <https://goo.gl/ugSGGn>. Accès: 10 Juillet 2016.

11 - Disponible sur : <<https://goo.gl/ER9k9G>>.

12 - Disponible sur : <<https://goo.gl/r3gTO2>>.

13 - Disponible sur : <<https://goo.gl/p4qYbk>>.

En ce sens, l'Unasur a la tâche de consolider la démocratie en cherchant à l'encourager en tant que régime commun. Ce régime a comme but de garantir le processus d'intégration complet et participatif entre les pays de l'Amérique du Sud. C'est seulement à travers la participation active de la société dans le processus démocratique et d'intégration qu'il sera possible de garantir et d'exercer les droits fondamentaux et les objectifs communs prévus.

Fernando Aith & Roberta de Freitas Campos

Remerciement

Nous remercions la Professeur Sueli Gandolfi Dallari, de l'Université de São Paulo, Brésil, pour avoir contribué de manière fondamentale à la construction de l'article.

Références bibliographiques

- ARCHIBUGI, D. **The global Commonwealth of Citizens.** New Jersey: Princeton University, 2008. 298 p.
- DE LOMBAERDE, Philippe; VAN LANGENHOVE, Luk. **Indicators of Regional Integration:** Methodological Issues. IIS Discussion Paper No. 64, 2013.
- DINIZ, M. G. A. **Democracia sanitária e participação social na Organização Mundial de saúde:** das organizações não governamentais aos atores não estatais. 2016. 148 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, 2016.
- HABERMAS, J. **Between facts and norms:** contributions to a Discourse of Theory of Law and Democracy, 1996.
- HELD, D. **Democracy and the global order:** from the modern state to cosmopolitan governance. Califórnia: Stanford California Press, 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas.** Conferência de São Francisco, 1945.
- OTTERSEN, O. P., et al. The political origins of health inequity: prospects for change. **The Lancet**, Oslo, v. 383, fev. 2014. Disponible em: <https://goo.gl/ugSGGn>. Acesso em : 10 jul. 2016.
- SOLÓN, P. Reflexiones a mano alzada sobre el Tratado de Unasur. **Revista de la Integración**, n. 2, p. 12-18, 2008.
- VILLA, R. D.; TOSTES, A. P. B. Democracia Cosmopolita Versus Política Internacional. **Lua Nova**, São Paulo, v. 66, p. 69-107, 2006. Disponible em: <https://goo.gl/z59>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO Director-General addresses NGO Community:** Opening remarks at a consultation on WHO engagement with nongovernmental organizations, 18 October 2012. Disponible em: <https://goo.gl/lj7aTP>. Acesso em 11 de junho de 2016.

Pour des agences régionales de santé et des conseils régionaux travaillant davantage en synergie afin d'améliorer partout l'état de santé de toute la population

Cédric Arcos

Directeur général adjoint du conseil régional d'Île-de-France en charge des politiques de solidarité, de santé, de sécurité et de la modernisation, est ancien directeur d'hôpital, qui a également été délégué général adjoint de la Fédération Hospitalière de France (FHF). Diplômé de l'École des Hautes Etudes en Santé Publique et de l'Institut des Hautes Etudes en Protection Sociale, il est Maître de conférences à Sciences Po et Ambassadeur du système de santé danois et gouverneur de la Fédération internationale des hôpitaux.

Pierre-Henri Bréchat

Médecin de santé publique de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP), il est membre du comité exécutif de la Chaire santé de Sciences Po et membre de l'Institut Droit et Santé (IDS) - Inserm UMR S 1145 - de l'Université Paris 5 (Paris Descartes), de l'Université Sorbonne Paris Cité. Il est fellow de l'Institute for Health Care Delivery Research d'Intermountain Healthcare et admis au Clinical Excellence Research Center (CERC) de l'Université Stanford aux États-Unis d'Amérique.

Résumé

La réduction des inégalités de santé et l'amélioration de la santé de toute la population partout sur le territoire impose que les compétences et les actions du conseil régional et des autres collectivités territoriales deviennent davantage synergiques de celles de l'agence régionale de santé (ARS). Pour cela, les conseils régionaux, à rebours de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) et au regard de leur large champ d'action, de la transversalité de leurs interventions mais également de leur responsabilité d'être les garants de l'équilibre territorial à long terme, doivent devenir des acteurs engagés dans la politique de santé et pouvoir impulser une double dynamique : l'intégration des compétences et des actions des autres collectivités territoriales aux leurs - régionalisation de la santé oblige - et l'intégration de leurs actions à celles de l'ARS pour couvrir l'ensemble des déterminants de la santé - complémentarité oblige.

Summary

Reducing health inequalities and improving the health of the entire population throughout the territory requires that the skills and actions of regional council and other local authorities become more synergistic with those of the health regional agency (ARS). For this, the regional council, contrary to the Law n° 2015-991 of 7 August 2015 on the new territorial organization of the Republic (NOTRe), in view of their very wide scope of action, of the transversality of their interventions but also of their responsibility to be the guarantors of the territorial balance in the long term, must become actors engaged in the health policy and be able to impulse a double dynamic: the integration of the competences and the actions of the other territorial authorities with their - regionalization of health requires - and the integration of their actions with those of the ARS to cover all determinants of health - complementarity requires.

Des arguments en santé publique et en droit

Les facteurs liés aux habitudes de vie ou comportements favorables à la santé et ceux reliés au système de soins apportent moins de possibilités pour améliorer la santé d'une population que la prise en compte des facteurs liés aux caractéristiques sociales et sociétales (éducation et formation ainsi que l'apprentissage, travail, revenu, logement, réseau social, etc.), à l'environnement (conditions de vie, contamination des milieux comme l'air, l'eau, les sols et la prévention et la gestion des déchets, l'agriculture, les changements environnementaux climatiques, les ultraviolets, etc.) et aux facteurs biologiques ou endogènes¹.

Ainsi, pour améliorer la santé de la population, plutôt que de se concentrer sur les seuls aspects liés à l'offre de soins comme cela a malheureusement été la tendance ces dernières décennies en France, c'est bien l'ensemble des déterminants de la santé qu'il faut prendre en compte et sur lesquels il faut agir, notamment les facteurs liés aux caractéristiques sociales et sociétales et à l'environnement, ainsi que les facteurs liés aux habitudes de vie ou comportements favorables à la santé, et les soins médicaux². Une telle approche intégrée et globale se heurte aujourd'hui en France à l'organisation de la gouvernance du système de

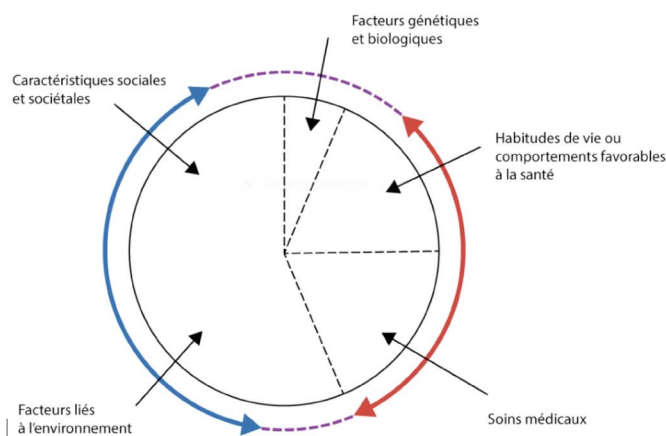
1 - Tarlov AR, St Peter RF. Introduction. In: Tarlov AR, St Peter RF. The society and population health reader. Volume II, a state and community perspective. New York : The Press, 2000 : IX-XXV.

2 - Béraud C. Rôle des soins et de la santé publique dans la prévention des atteintes à la santé et à la solidarité. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2017 ; 3 (56) : 63-69.

santé qui non seulement tend à fragmenter l'approche des problématiques en matière de santé mais ne permet pas de considérer la santé comme un tout nécessitant la mise en œuvre de politiques coordonnées en faveur de l'ensemble des déterminants de la santé et ne relevant pas toutes du ministère en charge de la santé et de ses différentes agences.

Comme peut le montrer le Schéma 1, les soins médicaux et les facteurs liés aux comportements favorables à la santé sont particulièrement investis par l'Agence Régionale de Santé (ARS), tandis que le conseil régional peut investir particulièrement et de façon complémentaire les facteurs liés à l'environnement ainsi que les caractéristiques sociales et sociétales, comme les transports, le logement, l'enseignement secondaire et supérieur, la formation professionnelle et les apprentissages en alternance, le développement économique et l'innovation, l'agriculture, la gestion des programmes européens, le sport et la culture, l'aménagement du territoire et l'environnement mais aussi la politique d'éducation dans les lycées ou encore l'impulsion de la politique de recherche et d'innovation. Faire du conseil régional un acteur institutionnel engagé et compétent sur le territoire pour le long terme, ayant une politique de santé, apparaît être une voie à même de couvrir l'ensemble des déterminants de la santé ayant un impact *in fine* sur l'état de santé de la population. Des partenariats renforcés entre l'ARS et le conseil régional, condition d'une bonne coordination des interventions, doivent donc être davantage développés et intégrés, d'autant plus qu'ils peuvent investir les deux l'ensemble des déterminants de la santé [Schéma 1].

Schéma 1 : La répartition empirique du poids des différents déterminants de la santé entre Agence régionale de santé et conseil régional



Source : Tarlov A.R., St Peter R.F., « Introduction », in Tarlov A.R., St Peter R.F., *The society and population health reader, vol. II, A state and community perspective*, New York, The Press, 2000, IX-XXV.

D'après Bréchat PH. *Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie*. Rennes, Presses de l'EHESP 2016 : 98.

Légendes : Conseil régional : en bleu ; Agence régionale de santé : en rouge ; zones communes : en violet.

Les larges compétences complémentaires des ARS et des conseils régionaux sur un *continuum* d'offres et d'actions relevant de la sécurité sanitaire, de la prévention, des

soins ambulatoires et hospitaliers, du médico-social, ayant des effets sur les déterminants de la santé³ peuvent être aujourd'hui envisagés et des parcours de santé communs peuvent être élaborés et mis en œuvre⁴ [Schéma 1].

D'autant plus que le système de santé et d'assurance maladie français semble dans une impasse au regard de la difficulté à améliorer l'état de santé de la population malgré l'ampleur des moyens humains et financiers engagés, dans un moment où une crise de confiance semble également s'être emparée des usagers comme des professionnels de santé sur la capacité de notre système à prévenir et à soigner mieux demain. La gouvernance centralisée du système de santé et d'assurance maladie en même temps que son incapacité à intégrer dans la politique de santé des actions concernant l'ensemble des déterminants de la santé pour toute la population partout sur le territoire rendent indispensables l'émergence d'une telle approche.

Selon le baromètre santé 360 « Nouveaux usages en santé » réalisé par Odoxa et présenté le 26 mars 2018, les indicateurs de notre système de santé et d'assurance maladie sont en nette et rapide dégradation : l'évolution de l'insatisfaction a progressé de 15 points passant de 9 % en mai 2015 à 24 % en mars 2018 - les Français sont devenus avant-derniers au niveau européen -, la satisfaction à l'égard du déroulement du parcours de soins chute de 14 points depuis mai 2015 pour les médecins pour arriver à 65 % de mauvaise opinion, - 9 points depuis 2017 pour les directeurs d'hôpitaux pour arriver à 90 % de mauvaise opinion et n'est que de 49 % pour les usagers. Face à une telle crise de confiance et de légitimité, qui est nouvelle pour le système de santé et d'assurance maladie français, qui bénéficiait jusque-là d'un niveau de confiance élevé, il devient urgent de mobiliser de nouveaux partenariats et de faire de l'alliance entre les ARS et les conseils régionaux une voie d'avenir du système de santé et d'assurance maladie, seule façon pour espérer le maximum de possibilités pour améliorer ces résultats. D'autant plus que quand les citoyens sont sollicités pour choisir les priorités de santé d'une région, ce sont majoritairement les déterminants de la santé qui sont retenus en priorité. Ainsi, les cinq priorités pour la région de Franche-Comté, privilégiées par les réponses des citoyens étaient en 2011 par ordre décroissant : disposer d'un logement, se nourrir convenablement, disposer d'un certain revenu, disposer d'une eau de qualité et développer le dépistage du cancer⁵.

La mobilisation de ces partenariats est d'autant plus importante à réaliser que le paragraphe 11 de l'Observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé

3 - Lopez A. Réguler la santé. Rennes, Presses de l'EHESP, 2013 ; Jourdain A, Bréchat PH (dir). La nouvelle planification sanitaire et sociale. Deuxième édition. Rennes, Presses de l'EHESP, 2012 ; Basset B, Lopez A. Planification sanitaire. Méthodes et enjeux. Rennes, Éditions ENSP, 1997.
4 - De tels parcours étaient expérimentés en 2018 par Agirc-Arrco et le Conseil régional Ile-de-France.
5 - Bréchat PH, Magnin-Feysot C, Jeunet O, Attard A, Duhamel G, Tabuteau D. Priorités de santé, régions, territoires de santé et citoyens : L'exemple Franc-Comtois. Santé publique 2011 ; 23 (3) : 169-182.

susceptible d'être atteint - article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - élaborée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, dont la France est État partie, précise que le droit à la santé est interprété comme un droit global, dans le champ duquel entrent non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'accès à une eau potable et à des moyens adéquats d'assainissement, l'accès à une quantité suffisante d'aliments sains et à un logement décent, la santé au travail ainsi que l'accès à l'éducation et à l'information relatives à la santé. Un autre aspect important est la participation de la population à la prise de toutes les décisions en matière de santé aux niveaux communautaire, national et international.

Et cela, même si ce n'est que depuis 2016 que par la loi de modernisation de notre système de santé, que « *la politique de santé relève de la responsabilité de l'État* ». Cela, à la suite⁶ du préambule de la Constitution de 1946, qui précise que « *la Nation [...] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé [...]* » et de la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé de 2002 qui a précisé que « *la Nation [défini] sa politique de santé selon des priorités pluriannuelles* ».

ARS, conseil régional et autres collectivités territoriales : complémentaires mais trop peu coordonnées

La création des ARS en 2009, mises en place au 1^{er} avril 2010, constitue une étape importante du processus de territorialisation de l'action de l'État en matière de santé⁷. Pour autant, cette territorialisation n'a pas signifié décentralisation des responsabilités et possibilité pour un large engagement des acteurs institutionnels territoriaux dans la réussite de la politique de santé malgré une planification en santé de plus en plus globale⁸. La loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé vient conforter les ARS dans le contexte de la réforme territoriale de 2015 ayant réduit le nombre de régions de 22 à 13⁹. Afin de renforcer l'efficacité des politiques publiques et la démocratie sanitaire, l'animation territoriale conduite par les ARS et la territorialisation de la politique de santé, cette loi précise que le Projet Régional de Santé (PRS) – outil

de planification en santé - devra être défini « *en cohérence avec la stratégie nationale de santé et dans le respect des lois de financement de la sécurité sociale, les objectifs pluriannuels de l'agence régionale de santé dans ses domaines de compétences, ainsi que les mesures tendant à les atteindre* » (Art. L. 1434-1.). Selon l'Article L. 1434-2., le PRS est constitué : d'un cadre d'orientation stratégique, qui détermine des objectifs généraux et les résultats attendus à dix ans ; d'un Schéma Régional de Santé (SRS), établi pour cinq ans sur la base d'une évaluation des besoins sanitaires, sociaux et médico-sociaux et qui détermine, pour l'ensemble de l'offre de soins et de services de santé, y compris en matière de prévention, de promotion de la santé et d'accompagnement médico-social, des prévisions d'évolution et des objectifs opérationnels [...] » ; et d'un Programme Régional relatif à l'Accès à la Prévention et aux Soins des personnes les plus démunies (PRAPS)¹⁰.

Si la région est devenue le véritable échelon de référence dans l'organisation du système de santé, les conseils régionaux créés en 1972¹¹ y ont un rôle actuellement limité : agrément des écoles et des instituts de formation, financement des aides aux étudiants inscrits en formation sanitaire et sociale, etc. Des représentants du conseil régional siègent au conseil de surveillance des établissements publics de santé ainsi qu'au sein du conseil d'administration des ARS. A titre expérimental, les conseils régionaux peuvent participer au financement des équipements hospitaliers. Ils développent des outils de planification en santé comme le Schéma Régional d'Aménagement, de Développement Durable et d'Égalité des Territoires (SRADDET), le Plan régional pour la qualité de l'air, le Plan régional de prévention et de gestion des déchets ou le Schéma Régional de Développement Économique, d'Innovation et d'Internationalisation (SRDEII).

D'autres collectivités territoriales peuvent concourir au *continuum* et à l'amélioration de l'état de santé de la population. Les départements sont les pivots de l'action sanitaire et sociale : le président du conseil départemental arrête, avec le préfet, le Schéma Départemental d'Organisation Sociale et Médico-Sociale (SDOSMS) en faveur des personnes âgées, et les Centres Locaux d'Information et de Coordination (CLIC) coordonnent l'action gériatrique. Le département est compétent et finance les services et les consultations de santé maternelles et infantiles des centres de Protection Maternelle et Infantile (PMI). Il assure une partie de la prise en charge du handicap de l'enfant dans les centres d'action médicaux-sociaux. Le président du conseil départemental peut être président du conseil d'administration des établissements de santé départementaux. Des représentants du conseil départemental siègent au conseil d'administration des hôpitaux locaux, des centres hospitaliers et centres hospitaliers régionaux ainsi que du centre hospitalier universitaire. A titre expérimental, le

6 - Borgetto M. La santé dans l'histoire constitutionnelle française. Dossier « Constitutions et santé ». Revue de droit sanitaire et sociale 2013 ; Revue de droit sanitaire et social 2013 ; numéro hors-série : 9-30.

7 - Tabuteau D. Les agences régionales de santé : une forme nouvelle et originale d'exercice des compétences sanitaires de l'État. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2013 ; 1 : 19-21.

8 - Bréchat PH, Lopez A. Pour une planification en santé adaptée à notre temps. Dossier « La loi santé ». Revue de droit sanitaire et social 2016 ; Juillet - Août : 612-619.

9 - Bréchat PH, Lopez A. Pour des agences régionales de santé dotées de plus de moyens de régulation. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2017 ; 55 : 75-87.

10 - Bréchat PH, Lopez A. Pour une planification en santé adaptée à notre temps. Dossier « La loi santé ». Revue de droit sanitaire et social 2016 ; Juillet - Août : 612-619.

11 - Appelés alors Établissements Publics Régionaux (EPR).

département peut participer au transfert de compétence en matière de protection judiciaire de la jeunesse. Pour les communes¹², le maire a un pouvoir d'intervention en matière de salubrité publique (assainissement, baignades, immeubles menaçant de ruine, remise en état des terrains). Les communes peuvent se doter de Services Communaux d'Hygiène et de Santé (SCHS) qui peuvent en plus mettre en place des mesures de vaccination et de désinfection. Elles peuvent aussi se doter de dispensaires et de centres de santé. Le maire est membre du conseil de surveillance de l'hôpital local, du centre hospitalier ou du centre hospitalier régional¹³. A titre expérimental, les communes peuvent exercer la responsabilité de la résorption de l'habitat insalubre¹⁴.

Les conseils régionaux, les conseils départementaux et les communes, peuvent apporter leur concours aux conditions d'installation ou de maintien des professionnels de santé, particulièrement en zone rurale ou déficitaire en offre de soins : pour les deux premiers, financement des structures de type maison médicale, indemnités de logement et de déplacements des étudiants ; et pour le dernier : prise en charge partielle ou totale des frais d'investissement ou de fonctionnement liés à l'activité des soins, mise à disposition de locaux, mise à disposition de logement, versement d'une prime à l'installation, versement d'une prime d'exercice forfaitaire au professionnels de santé exerçant à titre libéral¹⁵.

Il y a actuellement un « mille-feuille » administratif régional dans le domaine de la santé, peu efficace et peu visible pour la population et les professionnels de santé.

Si l'ARS, le conseil régional et les autres collectivités territoriales peuvent participer à l'amélioration de l'état de santé de la population, leurs actions sont, institutionnellement et dans les faits, peu coordonnées entre elles. Si le PRS est établi par le directeur général de l'ARS après avis de la Conférence Régionale de Santé et de l'Autonomie (CRSA), des collectivités territoriales et du préfet de région, le mode d'élaboration et sa stratégie correspondait peu aux exigences réglementaires, bibliographiques ou de partenariat, en même temps que l'offre, l'exigence démocratique et de méthodologie sont peu prises en compte¹⁶. Malgré ces enseignements, l'élaboration du PRS de deuxième génération

a continué à laisser peu de place à la concertation des acteurs et ne permettait pas véritablement de prendre en compte les avis émis pendant la procédure¹⁷. Si le préfet de région préside le Comité de l'Administration Régionale (CAR), véritable conseil d'administration de l'État en région dont le directeur général de l'ARS est membre, ainsi que le conseil de surveillance de l'ARS dont est également membre le président du conseil régional, et si le préfet de département peut disposer des moyens de l'ARS dans la gestion des crises sanitaires, cela peut engendrer des ambiguïtés sur le terrain, préjudiciables à la mise en place d'une politique de santé efficiente, socialement efficace et durable. Comme c'est aussi le cas pour la difficile coopération entre les ARS et les Directions Régionales de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale (DRJSCS) qui sont rattachées aux préfets¹⁸. Concernant les conseils régionaux, alors même que la santé est une préoccupation importante pour l'avenir des territoires et alors même que la politique de santé est un déterminant majeur pour la cohésion du territoire et pour son attractivité, aucune relation formelle n'existe avec l'ARS sur ce sujet. En pratique, leurs relations sont souvent nourries mais, d'un point de vue institutionnel et en dehors de la présence du président du conseil régional au conseil d'administration de l'ARS, aucun autre point de rendez-vous formel n'existe, traduisant bien en cela le fait que les organisateurs de la politique de santé et d'assurance maladie tout comme le législateur n'ont pas jusque ici considéré qu'ARS et conseil régional devaient nécessairement coordonner leurs actions. C'est d'ailleurs ce constat qui a conduit une région comme l'Ile-de-France à proposer en 2018 au directeur général de l'ARS, par son avis sur le PRS de deuxième génération, d'instituer un rendez-vous annuel avec les élus régionaux, afin de pouvoir rendre compte et débattre de la politique de santé et d'assurance maladie sur le territoire, à l'instar du débat annuel qui existe entre les élus régionaux et le préfet de région qui vient rendre compte de l'action de l'État au conseil régional¹⁹.

La proposition de faire des conseils régionaux des acteurs engagés en matière de santé constitue bien une rupture importante dans l'approche française. Dans un système de santé et d'assurance maladie marqué par une centralisation forte et prégnante, envisager de confier aux conseils régionaux des responsabilités assumées et affichées pour améliorer l'état de santé de la population apparaît comme une dimension totalement nouvelle. Nombreux sont en effet les acteurs qui verraient dans une régionalisation des approches de santé un risque pour l'égalité républicaine mais aussi un facteur d'affaiblissement de la gouvernance du système de santé et d'assurance maladie. Preuve en

12 - El Ghazi L. Les politiques municipales de santé publique. Dossier « Santé et vie politique ». SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2012 ; 34 : 19-33.

13 - Depuis 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) le maire n'est plus Président de droit, ce qui avait été mal vécu par les édiles locaux considérant que cette loi revenait à les exclure de la santé.

14 - Villeneuve P. Les compétences sanitaires des collectivités territoriales. Dossier « territoire et santé ». Revue de droit sanitaire et social 2009 ; numéro hors-série : 86-97.

15 - Villeneuve P. Les compétences sanitaires des collectivités territoriales. Dossier « territoire et santé ». Revue de droit sanitaire et social 2009 ; numéro hors-série : 86-97.

16 - Bouzouf L, Bréchat PH, Gravelat C, Lopez A, Raimondeau J, Théis Y, Thébault P, Briot P, Batifoulier P, Malone A, Denis JL. Plan Stratégique Régional de Santé et Agence Régionale de Santé : Bilan mitigé en faveur d'améliorations. Droit & Santé 2017 ; 80 : 771-781.

17 - A cet égard, l'avis sur le PRS 2 rendu par le Conseil régional d'Ile-de-France évoque expressément ce point méthodologique comme une source de difficulté, le mode d'élaboration et d'itération entre l'ARS Ile-de-France et ses partenaires étant en décalage avec les méthodes modernes de concertation.

18 - Vidana JL. Les agences régionales de santé : de l'usage du mythe du préfet sanitaire. Revue de droit sanitaire et social 2012 ; 2 : 267-279.

19 - Propositions du Conseil Régional d'Ile-de-France dans son avis rendu le 3 juillet 2018 sur le PRS de deuxième génération.

est par exemple, la difficulté avec laquelle se déroulaient jusque-là les débats sur cette question, par exemple lorsque certains parlementaires et sénateurs avaient proposé de réfléchir à la création d'Objectifs Régionaux de Dépenses d'Assurance Maladie (ORDAM)²⁰. Preuve en est enfin la volonté du législateur, à l'occasion de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) d'exclure les conseils régionaux de toute responsabilité en matière de santé.

Cependant, les « mille-feuilles » administratifs régional et d'outils de planification en santé sont triplés d'un « mille-feuille » de territoires en charge de la santé, à savoir par exemple les nouveaux territoires de démocratie sanitaire des ARS qui remplacent les territoires de santé, les territoires prioritaires des ARS pour délimiter les interventions dans la lutte contre les déserts médicaux, les bassins de vie de l'INSEE, les Schémas Départementaux de Coopération Intercommunale (SDCI)²¹ qui servent de cadre de référence à l'évolution de la carte intercommunale dans chaque département, les territoires infra-urbains de la politique de la ville que sont les Zones Urbaines Sensibles (ZUS), etc. Il est à noter qu'il n'y a pas de participation des conseils régionaux dans la délimitation des territoires pertinents en santé publique car ces territoires renvoient à une définition légale et que la loi ne leur reconnaît aucune compétence en la matière, alors qu'ils financent souvent les Observatoires Régionaux de la santé (ORS). Cet enchevêtrement de zonages sans démarche globale ni concertation encore opérationnelle malgré les conseils territoriaux de santé des territoires de démocratie sanitaire est source de dilution de l'action publique ainsi que de stigmatisation de populations.

Pour un nouveau dispositif

Une première étape de la co-construction de ce nouveau dispositif peut viser au décroisement entre l'État et les collectivités territoriales et entre l'ensemble des déterminants de la santé au sens de l'Observation générale n° 14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies ainsi que des composantes du *continuum* par l'élaboration commune d'un « territoire pertinent en santé publique »²². Ce territoire prend en compte par des travaux multidisciplinaires, l'ensemble des données concernant les besoins de santé de la population à partir de l'ensemble des déterminants de la santé, ainsi que des spécificités du territoire considéré, qu'elles

20 - Voir par exemple : les propositions de loi organique créant des objectifs régionaux de dépenses d'assurance maladie (ORDAM), n° 13, déposée le 27 juin 2012 ; n°985, déposées le vendredi 25 mai 2018 ; Daudigny Y. (président), Le Menn J, Milon A. (rapporteurs). Refonder la tarification hospitalière au service du patient. Mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale. Sénat, 2011-2012, rapport d'information n°703 : 3 ; Bréchat PH. Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016 : 146-150.
 21 - Articles 35 à 37 de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.
 22 - Bréchat PH. Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016 : 99-105.

soient temporelles, géographiques, socio-culturelles, socio-économiques, écologiques, etc. Le territoire de santé publique est un espace socialement construit par la concertation entre l'État, l'assurance maladie, les collectivités territoriales, le professionnel et l'acteur de santé, l'élu et le représentant syndical, le représentant d'associations d'usagers et le citoyen, le responsable d'organisation non gouvernementale et l'entrepreneur. Il favorise la conception de territoires adaptés aux besoins de santé de la population et des solutions appropriées pour y répondre²³. Cela est davantage porteur de réduction des inégalités sociales et territoriales de santé et d'amélioration de l'état de santé de toute la population partout sur le territoire. Le territoire de santé publique favorise la mise en cohérence des actions et des financements, ainsi que l'efficacité et l'efficience des partenariats entre l'État, l'assurance maladie et les collectivités territoriales. Cela favoriserait davantage une mobilisation générale pour réduire les déserts médicaux, ce qui n'est actuellement pas le cas, malgré la mise en place en octobre 2017, à la suite d'autres réformes, des zones prioritaires et des territoires fragiles²⁴. Force est de constater que les territoires choisis par les ARS pour définir les zones prioritaires nécessitant une intervention publique ne font pas consensus au sein des conseils régionaux, qui ont identifié leurs propres territoires prioritaires et engagés leurs actions, parfois sans coordination et sans cohérence avec les interventions de l'ARS. Il est à noter que certains systèmes de santé et d'assurance maladie de la High Value Healthcare collaborative (HVHC)²⁵ américaine comme *Intermountain Healthcare* considéré comme l'un des systèmes laïcs le plus efficient, socialement efficace et durable au monde²⁶, n'ont pas de désert médical et prennent en compte au niveau infra-régional l'ensemble des déterminants de la santé²⁷.

Le territoire pertinent en santé publique doit permettre l'intégration des priorités de santé nationales aux priorités régionales et infra-régionales tout en adaptant le *continuum* aux besoins de santé de la population. Il doit permettre l'alignement stratégique des institutions en charge des

23 - Moquet-Anger ML. Territoires de santé et égalité des citoyens. Dossier « Territoire et santé ». Revue de droit sanitaire et social 2009 ; numéro hors-série : 121-123.
 24 - En 2007, il a été estimé que 2,3 millions de personnes vivaient dans 643 zones identifiées comme « en difficulté » ou « fragiles » en termes de présence médicale, cité dans : Juilhard JM. Offre de soins : comment réduire la fracture territoriale ? Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales 4 octobre 2007, n°14.
 25 - Foury C. La High Value Healthcare Collaborative américaine : un modèle pour l'Europe et pour la France. Revue Hospitalière de France 2017 ; novembre-décembre : 49-53.
 26 - Notamment par J.-A. Muir Gray, directeur du service national des connaissances du National Health Service (NHS) du Royaume-Uni (Gray JAM. La création de valeur dans le système de santé, réflexions de Sir Muir Gray pour le système de santé du XXI^{ème} siècle. Communication orale. Séminaire « Prospective Santé 2020 », Paris, 16 novembre 2011) ou le Professeur Chris Ham, chief executive of the Kings fund du Royaume-Uni (Ham C. Doctors must lead efforts to reduce waste and variation in practice. British Medical Journal 2013 ; 6 (346) : f3668).
 27 - Knighton A, Savitz L, Belnap T, Stephenson B. Introduction of an area deprivation index measuring patient socio-economic status in an integrated health system : implications for population health. Generating Evidence § Methods to improve patient outcomes 2016 ; 4 (3) : 1238.

différentes politiques publiques au sein des territoires ainsi que la réduction des trois « mille-feuilles ». Cela, afin d'organiser le « puzzle sanitaire »²⁸ en un système de santé et d'assurance maladie régional et infra-régional prenant en compte l'ensemble des déterminants de la santé, efficient, socialement efficace et durable. L'aménagement du territoire de santé publique²⁹ doit favoriser l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation de programmes régionaux et territoriaux de santé, de réseaux de services de santé et de services sociaux, de parcours de soins et de parcours de santé, l'aménagement du territoire en faveur de la santé ainsi que les financements et les métiers innovants. Les priorités de santé verticales de l'ARS, souvent centrées sur les soins médicaux et les facteurs liés aux comportements favorables à la santé peuvent être intégrées à des priorités horizontales en faveur des autres déterminants de la santé portés par le Conseil régional. Au final, cette approche permettrait de considérer la santé comme un élément central de la cohésion et de l'attractivité d'un territoire, ayant des impacts sur l'emploi, l'éducation, l'innovation d'un territoire, justifiant la coordination des acteurs territoriaux au premier rang desquels les conseils régionaux, dépassant ainsi une approche aujourd'hui uniquement centrée sur les soins et générant une confusion dans les interventions des différentes collectivités territoriales.

Une deuxième étape de cette nouvelle approche serait que le PRS de l'ARS ainsi que les SRADDET, Plan régional pour la qualité de l'air, Plan régional de prévention et de gestion des déchets et SRDEII du conseil régional puissent être interconnectés. Pour ce faire, les travaux pourraient être réalisés au CAR³⁰, en même temps que le SDCI de la préfecture et avec la DRJSCS ou au sein du Comité Territorial de l'Action Publique (CTAP) créé par la Loi NOTRe et qui vise précisément à coordonner l'action des acteurs locaux, pour décider entre régions, départements et EPCI de politiques qu'ils choisissent de mettre en œuvre en commun ou de confier à l'une d'entre elles. Une telle évolution nécessiterait au préalable de modifier ladite Loi NOTRe et d'insérer la santé au rang des compétences régionales. Une telle coordination permettrait de mieux cerner les besoins de santé ainsi que les territoires de santé publique pour mettre en place des services et des actions coordonnées, complémentaires, efficaces et efficaces. Cela permettrait également d'améliorer l'articulation de l'action des différents décideurs et financeurs pour des réponses globales et cohérentes³¹,

28 - Tabuteau D. Politique de santé et territoires. Dossier « Territoire et santé ». Revue de droit sanitaire et social 2009 ; numéro hors-série : 7-15.

29 - Bréchat PH. Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016 : 110-118.

30 - L'un des objectifs du CAR est de définir collégialement les grandes orientations stratégiques de l'action de l'État dans la région, et il peut être notamment consulté sur les conditions d'organisation et de fonctionnement des services de l'État dans la région en vue de l'harmonisation de la gestion des moyens ou de la mise en œuvre d'actions communes, ainsi que sur la préparation et l'exécution des programmes nationaux ou communautaires concernant la région.

31 - Vinsonneau A. La régulation du secteur social et médico-social près la loi HPST : des règles de plus en plus complexes. Dossier « Action sociale : la nouvelle donne territoriale ». Revue de droit sanitaire et social 2011 ; 1 : 41-53.

dont ont particulièrement besoin par exemple les usagers ayant une pathologie chronique ou les usagers précaires. Ces travaux d'interconnexion des outils de planification en santé favorisent la mise en place des « programmes territoriaux de santé publique » des « territoires de santé publique ». Cela permettrait enfin et surtout d'inscrire la santé comme une préoccupation globale et centrale, comme un enjeu stratégique de l'action territoriale et de reconnaître ainsi qu'une action des différents acteurs compétents est la seule voie efficace pour améliorer l'état de santé de toute la population partout sur le territoire mais également pour faire de la santé un élément d'attractivité et de croissance économique.

Les impératifs de réduction des inégalités de santé et d'amélioration de l'état de santé de la population partout sur le territoire peuvent imposer que l'ARS et le conseil régional puissent devenir des partenaires incontournables, sur des arguments de santé publique et de droit. De plus, si le niveau régional s'est imposé pour le regroupement au sein des ARS des Directions Départementales et Régionales des Affaires Sanitaires et Sociales (DDASS et DRASS) ainsi que des Unions Régionales des Caisses d'Assurance Maladie (URCAM) et des parties sanitaires des Caisses Régionales d'Assurance Maladie (CRAM), il pourrait l'être également pour les collectivités territoriales en faveur du conseil régional pour les questions de santé. Des compétences claires doivent être données aux collectivités territoriales de même qu'il doit être mis en place des « garde-fous suffisants pour pallier aux inégalités d'un territoire à l'autre »³². En effet, toute rupture d'égalité d'une collectivité à une autre n'est pas nécessairement, en matière de droits sociaux, contraire à la Constitution et les mécanismes de compensation financière prévus par le législateur sont actuellement insuffisants lorsqu'il y a un transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales³³. Cela peut être réalisé à la suite de la réforme territoriale de 2015 qui réduit le nombre de régions de 22 à 13.

Pour une stratégie et des objectifs, des outils de pilotage et de régulation ainsi que des services communs et partagés

La stratégie de santé de l'ARS et du conseil régional peuvent viser à atteindre les 3 objectifs des systèmes de santé et d'assurance maladie appelés « Triple Aim », soit améliorer la santé de la population, accroître la qualité des soins et la satisfaction des usagers, tout en maîtrisant les coûts³⁴. Les 3 objectifs du « Triple Aim » ont été conceptualisés par Donald Berwick et l'*Institute for Healthcare Improvement* (IHI) aux États-Unis et ont été adoptés comme le fondement

32 - Eckert Malécot M. Agence régionale de santé et préfet. In : Couty E, Kouchner C, Laude A, Tabuteau D (dir). La loi HPST : regards sur la réforme du système de santé. Rennes, Presses de l'EHESP, 2010 : 363-371.

33 - Borgetto M. Les enjeux de la décentralisation en matière sociale. L'égalité, la solidarité. Informations sociales 2005 ; 1 (121) : 6-16.

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

absolument nécessaire de la transformation des systèmes de santé et d'assurance maladie.

L'ARS et le conseil régional peuvent se fixer également l'atteinte des cinq objectifs complémentaires de l'Accountable Care Organization (ACO) introduite aux États-Unis d'Amérique par la législation Patient protection and Affordable Care Act du 31 mars 2011, en sachant que la mise en œuvre de ces quatre premiers objectifs sur cinq permet une économie significative des dépenses de santé³⁵. Cette économie peut par exemple être utilisée, soit le cinquième et dernier objectif, au profit de la réduction des inégalités et du développement de la prévention, des professionnels de santé et des établissements de santé, de la recherche et de l'enseignement, voire contribuer à l'amélioration du panier de soins et de sa couverture par l'assurance maladie³⁶.

Un système informatique national du système de santé et d'assurance maladie, ultrasécurisé regroupant les données cliniques – garantissant le secret professionnel –, administratives, financières et sociales pour l'ensemble des déterminants de la santé doit être mis en place. Il doit pouvoir produire des tableaux de bord de suivi et de résultat, tant au niveau régional qu'au niveau des territoires de santé publique, basés sur des données probantes, pour permettre à ses responsables et à ses professionnels de santé de mesurer, en temps réel, les évolutions des résultats obtenus par rapport aux objectifs du Triple Aim, de l'ACO et de la réduction des inégalités, et ce par programme, parcours et réseau. Il permet aussi de dynamiser l'émulation entre territoires de santé publique et régions afin de tirer l'ensemble des résultats et des territoires vers l'excellence³⁷.

Des recherches, actuellement peu développées en France, sont à mettre en œuvre. Elles devraient notamment porter sur la régulation et le pilotage de la transformation du système de santé et d'assurance maladie ainsi que l'amélioration continue de la qualité des actions en faveur de la santé, des soins et du système. Il faut aussi développer la recherche comparative sur les démarches d'efficience organisationnelles et cliniques tout en capitalisant sur les progrès en informatique et en Intelligence Artificielle (IA). Les résultats de la recherche irrigueront les formations initiales et continues en santé publique pluridisciplinaires et interinstitutionnelles, sur les défis des systèmes de santé et d'assurance maladie du XXI^{ème} siècle et l'amélioration continue de la qualité, intégrant la recherche et les meilleurs outils informatiques, de façon centralisée et

au sein d'établissements conçus pour une telle formation³⁸. Il conviendrait d'engager une stratégie régionale de partenariats pour développer les compétences manquantes, tout en construisant une dynamique capable de fédérer les forces existantes dans ces domaines de la recherche et de la formation au niveau régional ou interrégional en lien avec l'industrie, notamment informatique. Cela favoriserait notamment la constitution de « pôles régionaux de recherches et d'enseignements en santé publique »³⁹ en capacité de développer de partenariats internationaux avec d'autres systèmes de santé et d'assurance maladie, des universités et des industriels et pourraient favoriser l'émergence de « pôles de compétitivité en santé publique »⁴⁰. Cela favoriserait la réussite des expérimentations cliniques et organisationnelles innovantes, comme par exemple celles prévues à l'article 51 de la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2018 : parcours de santé, parcours de soins, nouveaux financements, aménagement du territoire en faveur de la santé.

Pour une nouvelle gouvernance

Pour mettre en place un changement aussi important dans la conduite de la politique de santé et d'assurance maladie et considérer que l'amélioration de l'état de santé de la population d'un territoire ne peut être atteint que par la mise en place d'actions coordonnées et transversales décidées et initiées au plus près des besoins de santé de la population, une évolution profonde de la gouvernance du système est incontournable.

En premier lieu, au niveau national, la gouvernance intégrée dans laquelle le Ministre en charge de la santé a pleine autorité sur ses services et ceux de l'assurance maladie doit être renforcée de même que la gouvernance intégrée dans laquelle le directeur général de l'ARS a pleine autorité sur ses services et les caisses d'assurance maladie. Ainsi que le démontre l'analyse des raisons du succès des systèmes de santé hautement efficaces et socialement efficaces, qu'il s'agisse de ceux de la HVHC dont *Intermountain Healthcare* ou de la *Kaiser Permanente*, seule une gouvernance parfaitement intégrée permet en effet d'aligner les objectifs et les actions des acteurs avec les besoins et les financements. En France aujourd'hui, les services du ministère en charge de la santé et ceux de l'assurance maladie sont trop nombreux et peu alignés, générant sur certains programmes de prévention par exemple, au mieux de la concurrence au pire de l'inefficacité.

35 - 1)- Rechercher l'adhésion des professionnels aux recommandations de bonnes pratiques ; 2)- Obtenir une meilleure coordination entre les secteurs du *continuum* ; 3)- Promouvoir le travail en équipe pluridisciplinaire ; 4)- Assurer la mise en place et l'utilisation d'un dossier de santé électronique.

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

37 - Bréchat PH, Lopez A. Pour des agences régionales de santé dotées de plus de moyens de régulation. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2017 ; 55 : 75-87.

38 - Bréchat PH. Les cinq piliers de la formation moderne des responsables et des professionnels des systèmes de santé et d'assurance maladie. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2018 ; 19 : 23-28.

39 - Accolés à des « Maisons Régionales de Veille Sanitaire et d'Epidémiologie (MRVSE) » au sein d'« Instituts Régionaux pour la Qualité et l'Équité en Santé (IRQES) », cité dans : Bizard F (dir). Faire vivre l'idéal républicain au cœur de la refondation de notre système de santé. InstitutSanté refonder notre système de santé 2018 ; novembre : 7-9.

40 - Bréchat PH, Lopez A. Pour des agences régionales de santé dotées de plus de moyens de régulation. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2017 ; 55 : 75-87.

Pour cela, le renforcement et la responsabilisation de l'étage du ministère en charge de santé ainsi que la responsabilisation de l'étage interministériel et la coopération entre les différents acteurs de politiques publiques sont indispensables. La création d'une Agence Nationale de Santé (ANS)⁴¹, d'une agence nationale de promotion et de régulation de la santé⁴² ou d'un Institut pour la Qualité et l'Équité en Santé (IQES)⁴³ peut être envisagée. Fondamentalement, ces évolutions, qui seraient un bouleversement dans notre paysage politique et administratif, s'inscriraient en droite ligne de l'approche intitulée « *santé dans toutes les politiques* », définie en 2013 lors de la huitième conférence mondiale sur la promotion de la santé à Helsinki, soit une « *approche intersectorielle des politiques publiques qui tient compte systématiquement des conséquences sanitaires des décisions, qui recherche des synergies et qui évite les conséquences néfastes pour la santé afin d'améliorer la santé de la population et l'équité en santé* »⁴⁴. Au système cloisonné français, au sein duquel la politique de santé est éclatée entre de nombreux départements ministériels ne relevant pas de l'autorité du Ministre en charge de la santé, au point de constituer un « *patchwork* », selon la formule de Didier Tabuteau⁴⁵, pourrait ainsi succéder un système dont l'organisation administrative permettrait un meilleur alignement stratégique des différentes politiques. Ce besoin d'une plus forte intégration des politiques est depuis plusieurs années une préoccupation des pouvoirs publics qui ont ainsi créé, en 2014 un Comité Interministériel pour la Santé (CIS)⁴⁶, présidé par le Premier ministre, afin de contribuer à la prise en compte de l'éducation pour la santé et à la promotion de la santé dans l'ensemble des politiques publiques. Pour autant, au regard des enjeux de santé publique et du besoin d'une action coordonnée pour améliorer durablement l'état de santé de la population, il semble aujourd'hui nécessaire d'aller plus loin que ce seul CIS pour engager la France dans la voie d'une pleine intégration de la santé dans les différentes politiques publiques⁴⁷.

Au niveau national, il peut sembler nécessaire de faire évoluer le positionnement comme les missions du ministère en charge de la santé pour le recentrer sur ses missions stratégiques et l'éloigner ainsi d'une fonction de régulation opérationnelle, parfois quotidienne, qui embolise ses équipes et déresponsabilise l'ensemble des acteurs de la chaîne qui

attendent de l'échelon national des décisions qui relèvent pourtant de leur compétence et de leur responsabilité. Dans la gouvernance actuelle, en effet, les actions de ce ministère se confondent entre des missions régaliennes de définition des grands enjeux de santé publique et des missions de régulation territoriale, de production de normes et de contrôle renforcé de l'action des ARS. Ainsi, ce ministère peut se retrouver confronté à des décisions qui ne devraient pas relever de la compétence d'un acteur positionné au-dessus de la mêlée, ce qui rend malheureusement inefficace et peu lisible son action. Un système de santé et d'assurance maladie territorialisé, reposant sur l'alliance entre des acteurs responsables sur un territoire suppose donc une gouvernance basée sur un principe de confiance, dans lequel le ministère en charge de la santé serait l'acteur arbitre, en charge de la définition de la politique de santé publique, de l'équité entre les territoires et de l'évaluation des résultats de santé au sein des territoires. Cela impliquerait, en toute logique, de retirer au ministère en charge de la santé toute compétence en matière d'organisation et de renforcer dans le même mouvement ses compétences d'évaluation et de régulation en matière de santé publique, grâce aux outils de pilotage et de régulation ainsi que des services communs et partagés. Bien entendu, dans cette nouvelle organisation des compétences, le ministère en charge de la santé serait positionné comme le garant de la qualité du *continuum* ainsi que des compétences des professionnels de santé, dont il continuerait à définir les conditions de recrutement, de formation initiale et continue et d'évaluation. Une de ses missions serait aussi de participer davantage à l'alignement interministériel des objectifs et des politiques des différents départements ministériels ayant un impact sur la santé : éducation, agriculture, énergie, santé, et cohésion sociale notamment.

Cette évolution puissante ne pourra être possible sans un *aggiornamento* de la conception même de la politique de santé et d'assurance maladie. Au jacobinisme traditionnel selon lequel seule une politique nationale est garante de l'égalité entre les citoyens, doit succéder une politique de responsabilisation des territoires, par laquelle les écarts importants aujourd'hui constatés entre ces derniers seront combattus par des initiatives adaptées à la réalité de chaque territoire.

Dans cette nouvelle gouvernance adaptée à un système de santé territorialisé, le niveau régional est appelé à jouer un rôle majeur⁴⁸. Le conseil régional, de par sa taille critique et ses financements, et surtout par sa mission centrale de préparer et d'assurer l'avenir du territoire, de l'aménager pour stimuler la croissance et les emplois, d'organiser les déplacements et l'éducation, mais aussi d'agir pour garantir sa cohésion, de former les professionnels du territoire et de préparer aux métiers, semble l'échelon le plus pertinent pour fortifier une politique de santé et d'assurance maladie. Cela nécessitera en premier lieu de faire évoluer le positionnement des ARS, et de leur confier une autonomie renforcée. A une

41 - Courrèges C, Lopez A. L'agence nationale de santé : le défi d'un pilotage national unifié, refusant technocratie et centralisation. Santé publique 2012 ; 3 : 229-240.

42 - Tabuteau D. Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé. Paris, Editions Odile Jacob 2013 : 248.

43 - Avec la création d'un secrétaire d'Etat à la Santé Publique rattaché au Premier Ministre et au Ministre en charge de la santé, cité dans : Bizard F (dir). Faire vivre l'idéal républicain au cœur de la refondation de notre système de santé. InstitutSanté refonder notre système de santé 2018 ; novembre : 7-9.

44 - Déclaration d'Helsinki sur la santé dans toutes les politiques 2013, OMS (WHA67.12) 2014.

45 - Tabuteau D. Politique de santé et territoires. Dossier « Territoire et santé ». Revue de droit sanitaire et social 2009 ; numéro hors-série : 7-15.

46 - Décret n° 2014-629 du 18 juin 2014 ; articles D1411-30 à D1411-32 du Code de la santé publique.

47 - Arcos C, De Kervasdoué J. L'assurance maladie est-elle encore utile ? Editions SPH ; 2013.

48 - Arcos C. Pourquoi la santé a un besoin urgent d'un projet et d'une vision politiques. L'Opinion, le jeudi 30 août 2018.

gouvernance dans laquelle les marges d'actions et d'initiatives des ARS sont aujourd'hui réduites par un Ministère en charge de la santé qui en a fait des outils directs de déclinaison de sa politique doit donc succéder une organisation basée sur une pleine autonomie des Agences et sur leur capacité à conduire des expérimentations avec le conseil régional, et à déployer des politiques de santé et d'assurance maladie qui soient davantage en phase avec les besoins et les spécificités de chaque territoire. Bien entendu, les ARS resteront soumises aux règles et décisions prises par le ministère en charge de la santé (politique de vaccination, politique de remboursement des thérapeutiques, standards de qualité et de bonnes pratiques, etc.) aussi bien qu'en matière de formation et de qualification des professionnels de santé. En outre, elles seront soumises à une impérieuse nécessité de rendre des comptes au ministère quant aux effets de leurs politiques à travers l'atteinte des objectifs du *Triple Aim*, de l'ACO, de la réduction des inégalités et de la mise en place des « pôles régionaux de recherches et d'enseignements en santé publique ». Au final, elles seront garantes de leurs actions et comptables des résultats obtenus, dessinant ainsi un système davantage basé sur la confiance et l'évaluation des résultats que sur la méfiance *a priori* et le contrôle systématique, grâce à des outils communs de pilotage et de régulation ainsi que des services partagés.

En second lieu, cette plus grande régionalisation de la gouvernance du système de santé et d'assurance maladie doit se traduire par une implication pleine et entière des conseils régionaux dans la conduite de la politique de santé et d'assurance maladie. D'un point de vue organique, les présidents de conseils régionaux se verraient confier la présidence des ARS et pourraient ainsi travailler en étroite collaboration avec le directeur général, comptable avec lui des politiques conduites et des résultats obtenus, dans le respect du cadrage initial défini par le ministère en charge de la santé, et dans la limite des moyens financiers définis par des ORDAM. Cette présidence de l'ARS est aujourd'hui assurée par le Préfet de Région⁴⁹ qui, à la tête du Conseil de surveillance, n'exerce, dans les faits, qu'un rôle accessoire dans les choix stratégiques de santé, le rôle du Conseil de surveillance se limitant à l'approbation du compte financier et à l'émission d'un avis sur le PRS, le projet de Contrat Pluriannuel d'Objectifs et de Moyens (CPOM) de l'Agence et les résultats de l'action menée par l'Agence. Confier au Président de Région la présidence des ARS nécessiterait donc une évolution plus profonde de la gouvernance des ARS afin que cette présidence ne soit pas honorifique et que le Président de région puisse effectivement, à la tête d'un Conseil de surveillance aux pouvoirs élargis, avoir un rôle marqué dans les choix stratégiques de santé opérés sur le territoire. En outre, il serait nécessaire de faire évoluer la procédure de nomination des Directeurs Généraux d'ARS, aujourd'hui nommés en Conseil des ministres, et d'instaurer un mécanisme par lequel le Directeur Général serait nommé par le gouvernement et sur proposition du Président de

Région. D'un point de vue plus fonctionnel, le Président du conseil régional aurait pour sa part la responsabilité d'intégrer les déterminants de la santé qu'il porte à ceux portés par l'ARS au sein de l'écosystème territorial de santé. Il favoriserait l'engagement des collectivités territoriales à intégrer la dimension santé dans l'ensemble des politiques, des transports en passant par le logement, l'aménagement urbain ou encore les politiques de solidarité. La réunion régulière du CAR et/ou de la CTAP favoriserait la construction de cette nouvelle politique de santé et d'assurance maladie basée sur l'ensemble des déterminants de la santé et des actions des collectivités territoriales, des départements aux établissements publics de coopération intercommunale, ainsi que l'évaluation des résultats atteints.

Pour produire pleinement ses effets, la plus grande régionalisation de la conduite des politiques de santé devra s'accompagner d'une responsabilisation financière régionale, au risque sinon de faire des conseils régionaux des « décideurs non payeurs ». Ainsi, à côté de l'Objectif National des Dépenses d'Assurance Maladie (ONDAM) pourraient être mis en place des ORDAM, placés sous la responsabilité de l'ARS et des collectivités territoriales. Concrètement, au sein de l'ONDAM serait identifiée une enveloppe nécessaire à la conduite de la politique de santé publique et placée sous la responsabilité du Ministre en charge de la santé, tandis que le reste des crédits serait ventilé entre les régions pour constituer lesdits ORDAM. Leur ventilation entre les régions françaises pourrait suivre une logique de santé populationnelle mais également poursuivre un objectif de réduction des inégalités de santé, des crédits supplémentaires pouvant être alloués à certains territoires pour les aider à développer leurs politiques. Ainsi dans une telle logique, le financement de la santé continuerait à poursuivre une logique nationale (financement par l'impôt national) tandis que l'utilisation des crédits relèverait d'une logique régionale permettant de faire coïncider les moyens utilisés pour la santé avec les besoins et projets locaux. Bien entendu, pour se prémunir de toute déresponsabilisation, les régions verraient leur responsabilité financière engagée en cas de dépassement des crédits alloués par le biais des ORDAM, sauf situation de santé exceptionnelle. Dans un tel schéma, la relation avec l'État s'inscrirait dans la politique de contractualisation État-collectivités locales prévue par la loi de programmation des finances publiques.

Au plan infra-régional, si la régulation de l'offre de soins relèverait de l'ARS et du Président du conseil régional et serait conduite en pleine complémentarité avec l'ensemble des autres politiques conduites sur le territoire, son organisation serait déployée directement par les acteurs locaux de santé, responsabilisés et rassemblés au sein des Communautés Professionnelles Territoriales de Santé (CPTS) ou de Groupements de Santé du Territoire formés des établissements hospitaliers publics comme privés et des différents acteurs de soins de ville. Dans une logique de meilleur accompagnement de ces acteurs locaux et de soutien à leurs initiatives, les délégations territoriales des ARS verraient leur rôle renforcé pour se positionner comme

.....
 49 - Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, « Hôpital, patients, santé et territoire » (HPST).

des interlocuteurs de synthèse au service des projets de terrain en même temps que des acteurs de la déclinaison locale des politiques régionales. Dans le même mouvement, les ORS verraient leur rôle sensiblement évoluer pour devenir des organismes d'aide à la décision de l'ARS et du Conseil Régional mais également d'appui aux projets locaux des acteurs de santé, en mettant à leur disposition des indicateurs d'action mais également des outils d'évaluation de leurs projets et programmes. Ils seraient soutenus par les nouveaux outils et services.

Ce mouvement de régionalisation, pour être pleinement efficace et assurer une amélioration notable des indicateurs de santé, devra lui-même s'accompagner d'une montée en puissance de l'implication des citoyens dans les grands choix de santé. Cette démocratie sanitaire devra s'incarner au sein des régions, poursuivant ainsi les premières expérimentations conduites en Franche-Comté notamment et dont le colloque organisé le 15 septembre 2012 à Besançon par l'Association des représentants des usagers dans les cliniques, associations sanitaires et hôpitaux de Franche-Comté (ARUCAH), a rendu compte : « Les dix ans de l'ARUCAH, Bilan de dix ans d'expériences de démocratie citoyenne pour la population franc-comtoise : perspectives d'avenir pour les collectivités territoriales ? ».

Conclusion

La réduction des inégalités de santé et l'amélioration de la santé de toute la population partout sur le territoire, nécessite impérativement que les actions des conseils régionaux et des autres collectivités territoriales deviennent davantage complémentaires de celles de l'ARS. Cela impose la mise en place d'une double dynamique des conseils régionaux : l'intégration des missions et des actions des autres collectivités territoriales aux leurs – territorialisation de l'action de l'État en matière de santé et réforme territoriale obligent - et l'intégration de leurs actions à celles de l'ARS pour couvrir l'ensemble des déterminants de la santé – efficacité et efficacité obligent. Le système de santé régional et infra-régional doit devenir encore plus efficient, socialement efficace et durable en gagnant en intégration, efficacité et visibilité. Cela nécessite l'élaboration et la mise en œuvre d'une stratégie et d'objectifs, d'outils de pilotage et de régulation ainsi que des services, communs et partagés, au sein d'une nouvelle gouvernance. Des ARS et des conseils régionaux pourraient ouvrir la voie au sein de régions « expérimentatrices », dans un cadre juridique précis autorisant les régions volontaires à déroger à certaines normes, à une politique de santé basée sur l'ensemble des actions ayant un impact sur la santé⁵⁰

Cédric Arcos & Pierre-Henri Bréchat

.....
50 - Bréchat PH. Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016 : 148-149 ; Bizard F (dir). Faire vivre l'idéal républicain au cœur de la refondation de notre système de santé. InstitutSanté refonder notre système de santé 2018 ; novembre : 7-9.

1 – Organisation sanitaire, politiques de santé

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de la Chaire Santé de Sciences Po, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique, Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

Marie Grosset

Magistrate, membre de la Chaire santé de Sciences Po Paris

Laurence Warin

Doctore à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP

2 – Droits des malades et bioéthique

Anne Debet

Professeur à l'Université Paris Descartes l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatiér et Associés

3 – Établissements de santé et médico-sociaux

Jean-Martin Andarelli

Directeur d'hôpital

Xavier Cabannes

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

Christophe Debout

Infirmier anesthésiste cadre de santé, docteur en épistémologie et philosophie des sciences, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion Faculté de droit, d'économie et de gestion de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Marc Dupont

Directeur d'hôpital, direction des affaires juridiques à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, chargé d'enseignement à la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

4 – Produits de santé

François Bocquet

Assistant hospitalo-universitaire, Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Albane Deggrasat-Théas

MCU-PH, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Pascal Paubel

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

5 – Assurances des activités de santé

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Avocat Of Counsel chez De Gaulle Fleurance & associés

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

6 – Responsabilité et indemnisation

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Assurance (IRJS), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris 1 (IAP-Paris 1)

Clémentine Lequillerier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

7 – Propriété intellectuelle et concurrence

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Taliens

Caroline Le Goffic

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

8 – Financement et fiscalité

Alain Gubian

Directeur financier, Directeur des statistiques, des études et de la prévision, Acoos

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Paris Descartes et à Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris, Consultant, Cabinet Ginstié Magellan Paley-Vincent

9 – Travail et risques professionnels

Stéphane Brissy

Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Philippe Coursier

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales

Pierre Mazière

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

10 – Droit pénal de la santé

Mathieu Gautier

Avocat, VATIER AVOCATS

Delphine Jaafar

Avocat associé, VATIER AVOCATS, Ancien Secrétaire de la Conférence du Barreau de PARIS, Ancien Auditeur du CHEDE

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

11 – Assurance maladie obligatoire et complémentaire

Didier Tabuteau

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, responsable d'enseignement de protection sociale et de santé à l'Institut d'études politiques de Paris

12 – Environnement et santé

Gwladys Beauchet

Avocate associée, Cabinet DS Avocats

Yvon Martinet

Avocat associé, ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, membre du Conseil de l'Ordre, Cabinet DS Avocats

Patricia Savin

Avocate associée, Docteur en droit, Cabinet DS Avocats

Joanna Peltzman

Avocate à la Cour, Cabinet DS Avocats

13 – Nouvelles de l'Étranger

Duncan Fairgrieve

Maître de conférences à l'Institut d'Études Politiques de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Directeur de la publication

Frédéric Dardel

Président de l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité

Directeurs de la rédaction

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Didier Tabuteau

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, responsable d'enseignement de protection sociale et de santé à l'Institut d'études politiques de Paris

Coordinatrice de la rédaction

Laurence Warin

Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP

Conception graphique

Charlotte de Bruyn

Responsable de la communication de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Comité scientifique et international

Fernando Aith

Professeur à l'Université de Sao Paulo - USP, Co-Directeur du Centre d'Études et de Recherches en Droit de la Santé

Lary Brown

Professor of Health policy and management, Columbia University

Sueli Dallari

Professeur à l'Université de Sao Paulo, Directrice du centre d'études et de recherches en droit de la santé

Penney Lewis

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

Olivier Guillod

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

Catherine Régis

Professeur à l'Université de Montréal, Chaire de recherche du Canada en droit et politiques de la santé

William M. Sage

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

Geneviève Schamps

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

Dominique Sprumont

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

Comité éditorial

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Assurance (IRJS), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris 1 (IAP-Paris 1)

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de la Chaire Santé de Sciences Po, praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique, Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

Stéphane Brissy

Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Xavier Cabannes

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

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Philippe Coursier

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Anne Debet

Professeur à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Duncan Fairgrieve

Maître de conférences à l'Institut d'Études Politiques de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Avocat Of Counsel chez De Gaulle Fleurance & associés

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Caroline Le Goffic

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Clémentine Lequillier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Pierre Mazière

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Pascal Paubel

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université Paris Descartes, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Paris Descartes et à Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Didier Tabuteau

Professeur associé à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, responsable d'enseignement de protection sociale et de santé à l'Institut d'études politiques de Paris

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité